

Università Commerciale “L. Bocconi”
Dottorato di Diritto internazionale dell’Economia
XX ciclo

*La cooperazione giudiziaria internazionale
nella lotta agli illeciti economici*

Tutor: Chiar.mo Prof. Giorgio Sacerdoti

Candidata: Dott.ssa Artemisia Lorusso
Matricola n. 1003631

INDICE

<i>Introduzione</i>	v
---------------------------	---

CAPITOLO I

Il diritto internazionale e la cooperazione fra Stati in materia penale

1. Globalizzazione e criminalità economica: le nuove sfide della cooperazione internazionale in materia penale	1
2. I limiti spaziali all'applicazione della legge penale tra ordinamenti nazionali e diritto internazionale	8
3. La cooperazione internazionale in materia penale	18
3.1. Le modalità della cooperazione internazionale in materia penale: l'extradizione e la mutua assistenza giudiziaria	21
3.2. Le altre modalità della cooperazione internazionale in materia penale	25
4. La mutua assistenza giudiziaria in materia penale: l'evoluzione del sistema convenzionale	29
5. L'azione del Consiglio d'Europa nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale	40
5.1. La Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959	44
5.2. I Protocolli addizionali alla CEAG	50
6. I principi dell'assistenza giudiziaria: la reciprocità	53
6.1. Gli altri principi dell'assistenza giudiziaria in materia penale: doppia incriminazione, <i>locus regit actum</i> e specialità	56
7. La tutela dei diritti dei singoli nel quadro della cooperazione internazionale in materia penale	62
7.1. La tutela dei diritti umani nelle forme di cooperazione internazionale diverse dall'extradizione	68
7.2. Il coordinamento fra gli strumenti della cooperazione internazionale penale e la tutela dei diritti dell'uomo	77
8. Ordinamento italiano e cooperazione internazionale in materia penale	81

CAPITOLO II
La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea

Parte I – L'evoluzione della cooperazione in materia penale nell'Unione europea

1. La creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: le origini della cooperazione.....	83
2. Gli Accordi di Schengen e le “misure compensative”	90
3. L'istituzionalizzazione della cooperazione giudiziaria in materia penale: i Trattati di Maastricht e di Amsterdam	96
3.1. Il Trattato di Amsterdam ed il nuovo Terzo pilastro.....	101
3.2. L'incorporazione dell' <i>acquis</i> di Schengen	112
4. Dal vertice di Tampere al Programma dell'Aja: la fase attuale della cooperazione in materia penale nell'Unione europea	113

Parte II – Gli strumenti adottati dall'Unione europea per la cooperazione giudiziaria in materia penale

5. La realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia fra forme di cooperazione e riavvicinamento delle legislazioni penali nazionali	119
5.1. Il rapporto fra il ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali e la cooperazione fra Stati nel quadro dell'Unione europea.....	122
6. La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea: dalla mutua assistenza al mutuo riconoscimento	129
6.1. La cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea per neutralizzare i proventi della criminalità organizzata: la decisione-quadro sul blocco o sequestro dei beni a fini probatori o di confisca	136
6.2. Gli altri atti adottati nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea in materia di confisca	138
7. L'assistenza giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea a fini probatori: dalla Convenzione del 2000 all' <i>evidence warrant</i>	141
7.1. La Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 2000 ed il Protocollo del 2001	145
7.2. I nuovi orizzonti dell'assistenza giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea: l' <i>evidence warrant</i> ed il principio di disponibilità della prova.....	151

8. La dimensione esterna della cooperazione giudiziaria penale dell'Unione europea	157
8.1. Gli accordi fra Unione europea e Stati Uniti sull'extradizione e sulla mutua assistenza giudiziaria del 2003	161
8.2. La tutela dei diritti umani negli accordi fra Stati Uniti e Unione europea.....	167
8.3. Altre disposizioni rilevanti	170
9. La cooperazione in materia penale nel Trattato di Lisbona	172

CAPITOLO III

La cooperazione internazionale per il sequestro e la confisca dei proventi di reato

1. La criminalità organizzata come “criminalità del profitto” e lo sviluppo di nuovi strumenti di contrasto	179
2. La confisca dei proventi di reato come moderno strumento nella lotta alla criminalità economica	183
3. La cooperazione in materia di sequestro e confisca dei proventi di reato	187
3.1. Le prime forme di cooperazione internazionale per la confisca dei proventi di reato: dalla Convenzione di Vienna del 1988 contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope	193
3.2. (segue) ... alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato	198
3.2.1. Le misure da adottare a livello nazionale	201
3.2.2. La cooperazione internazionale in materia di sequestro e confisca ai sensi della Convenzione del 1990	204
4. L'evoluzione della cooperazione in materia di confisca	208
5. La confisca nella cooperazione fra gli Stati dell'Unione europea.....	214
6. La confisca nelle convenzioni settoriali: corruzione e criminalità organizzata transnazionale	217
7. La disciplina italiana sulla cooperazione internazionale in materia di confisca	220
<i>CONCLUSIONI</i>	223
<i>INDICE DEI PRINCIPALI ATTI INTERNAZIONALI ESAMINATI</i>	225
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	227

INTRODUZIONE

La globalizzazione è il fenomeno che negli ultimi anni ha maggiormente influenzato la vita delle popolazioni di tutto il mondo. Essa offre nuove opportunità per la crescita economica ed il miglioramento delle condizioni di vita delle persone, tuttavia è ormai chiaro che, se non controllata, può anche comportare degli squilibri rilevanti, capaci di accrescere le differenze, sia fra i diversi Paesi - in particolare fra quelli industrializzati e quelli in via di sviluppo - che all'interno degli Stati, fra le diverse fasce della popolazione. Appare altresì evidente che il venir meno delle barriere al movimento delle persone e dei capitali, e l'azzeramento degli spazi e dei tempi necessari per le transazioni economiche rappresentano nuove opportunità per la criminalità, specie quella economica. Il fenomeno interessa soprattutto la criminalità organizzata, in quanto solo associazioni ben strutturate possono operare e competere con tutti gli altri attori criminali che si affacciano sulla scena mondiale. L'Italia conosce bene questo tipo di criminalità, che per molto tempo ha avuto una dimensione strettamente locale: tuttavia è ormai evidente che fenomeni come la *mafia*, la *camorra* e la *'ndrangheta* hanno da tempo cominciato ad operare al di là dei confini nazionali, divenendo una minaccia per paesi anche molto lontani dal nostro. Ciò che caratterizza le nuove forme di criminalità organizzata, non solo italiane, è la loro operatività *oltre* gli Stati, sfruttando le nuove occasioni fornite dalla globalizzazione "senza regole, senza remore e senza limiti, prestando obbedienza alla *lex maxima* del profitto"¹, ponendosi come delle vere e proprie imprese criminali multinazionali, in grado di destabilizzare l'economia legale di interi paesi.

Alla luce dell'evoluzione della criminalità, gli Stati hanno dovuto ripensare alle proprie politiche criminali nazionali. La materia penale rappresenta un settore assai delicato, ove la cooperazione internazionale ha faticato ad affermarsi a causa della reticenza degli Stati a limitare la propria sovranità. Ciò si giustifica alla luce dell'importanza che l'esercizio della giurisdizione penale riveste nei rapporti fra lo Stato ed i suoi cittadini.

¹ M. PISANI, *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 703.

La “giurisdizione” può assumere diverse forme: si parla di *jurisdiction to prescribe* per indicare il potere spettante allo Stato di emanare leggi, mentre la *jurisdiction to adjudicate* rappresenta il potere dello Stato di sottoporre a giudizio gli individui. Infine, la *jurisdiction to enforce* è il potere dello Stato di dare esecuzione ai propri atti. Le prerogative collegate alla giurisdizione appartengono a tutti gli Stati, e sono espressione dell’eguale sovranità ad essi riconosciuta nel diritto internazionale.

Appare evidente che finché l’esercizio di tali poteri resta nell’ambito territoriale di ciascun Stato, ciò non assume rilevanza dal punto di vista del diritto internazionale, rientrando nel cosiddetto “dominio riservato” di ogni entità statale. I confini territoriali, oltre a garantire la non ingerenza di altri soggetti, possono però costituire un limite all’esercizio effettivo del potere degli Stati. Questa è la situazione che si è venuta a creare con le nuove forme di criminalità: quando infatti la condotta criminale presenta un qualsiasi elemento di estraneità rispetto all’ordinamento che vuole reprimerla, l’esistenza di confini territoriali diviene un ostacolo per il dispiegarsi della potestà punitiva di uno Stato. Per fornire un semplice esempio di ciò, la fuga all’estero dell’autore del reato può impedire allo Stato di esercitare la propria giurisdizione.

Proprio la consapevolezza di quanto fin qui descritto ha spinto gli Stati sin dalla fine dell’Ottocento ad instaurare forme di collaborazione, che prevedevano la consegna a titolo di cortesia dei responsabili di crimini al fine di poterli sottoporre a giudizio nel paese ove la condotta era stata posta in essere. La cooperazione internazionale in materia è pertanto sorta al fine di meglio tutelare gli interessi interni dei singoli Stati, ognuno egoisticamente interessato all’efficiente esercizio del proprio potere, e quindi in un’ottica di reciprocità.

L’avvento della globalizzazione e le conseguenti trasformazioni della criminalità hanno reso tale esigenza ancora più forte, anche perché le dimensioni assunte, specie dalla criminalità organizzata, sono tali da costituire ormai una minaccia per molteplici ordinamenti. Tuttavia da più parti si è osservato che alla caduta delle barriere per la criminalità non è corrisposta con la medesima velocità e portata il venir meno dei confini per l’azione delle autorità giudiziarie e di polizia dei singoli paesi. È chiaro che la cooperazione internazionale in materia penale presenta molteplici difficoltà, soprattutto per l’esistenza di sistemi giuridici diversi fra loro, che spesso creano

diffidenza fra gli Stati. Tale mancanza di fiducia verso ordinamenti lontani e che non si conoscono crea forti perplessità nel momento in cui uno Stato deve prestare la propria assistenza ad un altro per la repressione di un reato, anche considerando che spesso i diritti e le garanzie previsti nei singoli sistemi divergono molto fra loro. Proprio alla luce di ciò si comprende invece perché la cooperazione in materia penale diviene più semplice fra Stati appartenenti allo stesso contesto regionale: spesso anche la semplice vicinanza territoriale, favorendo la conoscenza, permette di superare le difficoltà sopra indicate.

* * * * *

Varie sono le problematiche connesse alla cooperazione internazionale in materia penale. La forma di collaborazione fra Stati a fini penali più nota - e più studiata - è l'extradizione, ovvero la consegna di individui autori di reati al fine di sottoporli a procedimento o all'esecuzione della pena già inflitta. Tuttavia gli Stati hanno instaurato altri meccanismi di cooperazione, il cui obiettivo è quello di assistere le autorità nazionali in tutte le fasi del procedimento penale, dalle indagini all'esecuzione della pena. Nel presente lavoro particolare attenzione verrà dedicata proprio a tali forme di cooperazione, specie all'assistenza giudiziaria internazionale a fini probatori: l'acquisizione di prove all'estero è infatti divenuta una questione centrale per tutti gli operatori del diritto, sia dal punto di vista dell'accusa (che grazie alle nuove forme di assistenza può ottenere le prove necessarie per le indagini), che della difesa, che si trova a dover garantire i propri assistiti anche in occasione dell'attuazione di questi meccanismi di assistenza fra Stati.

Per le ragioni sopra enunciate, è evidente che i contesti regionali più ristretti, quali l'Unione europea, ma anche, se pur con un diverso livello di integrazione, il Consiglio d'Europa, hanno dato origine alle forme di cooperazione in materia penale più sofisticate, e per tale ragione grande attenzione verrà dedicata all'analisi degli strumenti adottati in tali ambiti.

Il punto di vista attraverso cui si procederà all'analisi dei meccanismi di collaborazione internazionale sopra enunciati è quello della lotta ad una manifestazione particolare della criminalità, vale a dire la criminalità economica o del profitto. Proprio con

riferimento a questa forma di criminalità a partire dagli anni '90 gli Stati hanno elaborato strumenti che mirano a colpire la dimensione economica, attraverso la neutralizzazione degli immensi profitti tratti dalle condotte poste in essere, che costituiscono allo stesso tempo il movente e la linfa delle organizzazioni criminali.

CAPITOLO I

IL DIRITTO INTERNAZIONALE E LA COOPERAZIONE FRA STATI IN MATERIA PENALE

SOMMARIO: 1. Globalizzazione e criminalità economica: le nuove sfide della cooperazione internazionale in materia penale; 2. I limiti spaziali all'applicazione della legge penale tra ordinamenti nazionali e diritto internazionale; 3. La cooperazione internazionale in materia penale; 3.1. Le modalità della cooperazione internazionale in materia penale: l'estradizione e la mutua assistenza giudiziaria; 3.2. Le altre modalità della cooperazione internazionale in materia penale; 4. La mutua assistenza giudiziaria in materia penale: l'evoluzione del sistema convenzionale; 5. L'azione del Consiglio d'Europa nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale; 5.1. La Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959; 5.2. I Protocolli addizionali alla CEAG; 6. I principi dell'assistenza giudiziaria: la reciprocità; 6.1. Gli altri principi dell'assistenza giudiziaria in materia penale: doppia incriminazione, *locus regit actum* e specialità; 7. La tutela dei diritti dei singoli nel quadro della cooperazione internazionale in materia penale.

1. Globalizzazione e criminalità economica: le nuove sfide della cooperazione internazionale in materia penale

La “globalizzazione” è un fenomeno che trae le sue origini dalle relazioni internazionali, ed ha prodotto i suoi effetti su quasi tutti gli aspetti della vita sociale, con modalità mai sperimentate in precedenza². La caratteristica fondamentale della globalizzazione può essere sicuramente individuata nell'estrema contrazione della dimensione temporale e spaziale delle attività umane, nel senso che oggi l'azione umana, da qualsiasi parte provenga, può potenzialmente raggiungere qualsiasi parte del globo, superando l'ostacolo della distanza e riducendo praticamente a zero il tempo di esecuzione³. Uno dei campi che è stato maggiormente trasformato da tale fenomeno è senza dubbio quello dell'economia: con una formula assai efficace, e non priva di connotazione critica, si è detto che “gli affari dell'economia - o, meglio, *la volontà di*

² J. DELBRÜCK, *Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization*, in *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 2001, n. 1, p. 14. Vasta è ormai la letteratura riguardante questo fenomeno. Per un'analisi critica delle conseguenze della globalizzazione, in particolare nei rapporti fra paesi più ricchi, che se ne sarebbero avvantaggiati, e paesi meno sviluppati cfr. J. E. STIGLITZ, *Globalization and its Discontents*, New York, 2002; lo stesso autore in un'opera recente propone alcune soluzioni per far godere tutti i paesi dei vantaggi connessi ad un mondo globalizzato, basate su un maggiore equilibrio fra i paesi ricchi e quelli più poveri, in cui ognuno faccia la sua parte, i primi promuovendo, ad esempio, un regime commerciale più equo o nuove forme di finanziamento ai paesi in via di sviluppo, questi ultimi assumendosi la responsabilità di portare avanti uno sviluppo sostenibile (J. E. STIGLITZ, *La globalizzazione che funziona*, trad. it. a cura di D. Cavallini, Torino, 2006).

³ In questo senso cfr. Z. BAUMAN, *Globalization. The Human Consequences*, Oxford, 1998, p. 3 ss.; P. VIRILIO, *The Lost Dimension*, New York, 1992, p. 12; A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, p. 6.

profitto del moderno capitalismo - non tollerano confini. I luoghi non sono più decisivi; ciò che conta è il “*dovunque*” del produrre e dello scambiare”⁴. Oltre alla “globalizzazione”, intesa come il venir meno dei confini dei rapporti sociali ed economici, ulteriori fattori, quali la creazione di un mercato mondiale fondato sul libero-scambio, l’intensificarsi dei flussi finanziari e l’accresciuta mobilità dei flussi monetari, nonché lo sviluppo di mezzi di comunicazione rapidi e sofisticati, hanno contribuito a generare risorse economiche il cui godimento non è vincolato da limiti territoriali⁵. Come si può facilmente intuire, verso tali nuove forme di ricchezza si è rivolto negli ultimi anni l’interesse della criminalità, divenuta assai abile nello sfruttare le possibilità offerte dall’economia globalizzata, dimostrando flessibilità e capacità di trasformazione tali da causare molte difficoltà nell’elaborazione di adeguati strumenti repressivi⁶: a tal proposito è stato osservato che “le frontiere sono cadute per i criminali ma non anche per la polizia giudiziaria e per l’autorità giudiziaria”⁷.

Anche i cambiamenti politici e sociali, che hanno interessato in particolare l’Europa, hanno avuto un profondo impatto sull’assetto delle nuove forme di criminalità. In primo luogo non si può non rilevare che il venir meno delle frontiere e dei controlli fra i Paesi dell’Unione europea, e lo stesso realizzarsi delle libertà di circolazione di mezzi, persone, servizi e capitali, hanno offerto nuove possibilità alle organizzazioni criminali⁸. Allo stesso tempo, profondi mutamenti hanno investito i sistemi economici degli Stati

⁴ N. IRTI, *S-Confinatezza*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Parte speciale del diritto penale e legislazione penale*, Milano, 2006, p. 2929. Il medesimo superamento dei confini territoriali appartiene alla tecnica, nel senso che le scoperte scientifiche e le applicazioni pratiche si muovono velocemente da un paese all’altro, diventando in poco tempo un bene comune: poiché la tecnica è allo stesso tempo strumento ed incentivo dell’economia, l’A. parla di *tecno-economia*.

⁵ R. ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2^a ed., Berna, 2003, p. 2. L’A. sottolinea che tali nuove forme di ricchezza sono emerse “au profit des honnêtes gens, mais aussi des malfaiteurs”.

⁶ Il rapporto del Segretario-Generale delle Nazioni Unite del 1993 sull’impatto del crimine organizzato sulla società evidenziava che: “Modern technology has provided new impetus not only to legitimate trade and commerce, but also to criminal business enterprises. Thus, mass communications have facilitated contacts with associates in other countries and continents, modern banking has facilitated international criminal transactions, and the modern revolution in electronics has given criminal groups access to new tools enabling them to steal millions and to launder the huge illicit profits” (cfr. *The Impact of Organised Criminal Activities upon Society at Large: Report of the Secretary-General*, UN Doc. E/CN.15/1993/3 dell’11 gennaio 1993, p. 4).

⁷ G. LATTANZI, *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Documenti Giustizia*, 2000, n.6, p. 1038.

⁸ Sugli strumenti elaborati in seno all’Unione europea per compensare l’abolizione dei controlli alle frontiere interne v. *infra* Cap. II.

dell'Est europeo, determinando il passaggio da un controllo statale centralizzato a regimi aperti all'iniziativa privata, spesso però privi di un'efficace regolamentazione e di controlli, e quindi terreno fertile per attività delittuose volte al perseguimento di ingenti profitti⁹.

Il mutato contesto globale in cui le organizzazioni criminali hanno trovato terreno fertile ha condotto ad un cambiamento radicale anche delle tecniche di contrasto: come è stato acutamente evidenziato “modern criminal policy is no longer conceivable if it does not also include an international element”¹⁰.

I fenomeni fin qui considerati hanno portato all'emersione e allo sviluppo di una nuova forma di criminalità cosiddetta “transnazionale”. La definizione “crimine transnazionale” è stata coniata dal Prof. Gerhard O. W. Müller durante i lavori del 5th United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders¹¹, di cui il Prof. Müller era Segretario Esecutivo. In quella sede si è proposto di ricomprendere sotto tale “etichetta” tutti quei crimini “comuni”, in quanto previsti dalla maggior parte delle legislazioni penali nazionali, ma che riguardano cittadini di diversi paesi, siano essi autori o vittime del comportamento delittuoso; parimenti, si può parlare di crimine transnazionale per tutti quei casi in cui il reato viene commesso sul territorio di più Stati¹².

⁹ E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo ed internazionale*, Padova, 2007, p. 3.

¹⁰ P. WILKITZKI, *Development of an Effective International Crime and Justice Programme - An European View*, in A. ESER, O. LAGODNY, *Principle and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, 1992, Freiburg, p. 270.

¹¹ Tenutosi a Ginevra dal 1° al 12 settembre 1975.

¹² Fifth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, *Changes in Forms and Dimensions of Criminality - Transnational and National*, Working Paper presented by the Secretariat, A/CONF.56/3, par. 118. Sulla definizione di crimine transnazionale cfr. G. O. MÜLLER, *Transnational Crime: Definitions and Concepts*, in P. WILLIAMS, D. VLASIS (ed.), *Combating Transnational Crime: Concepts, Activities and Responses*, 1998, p. 13 ss. Sulla distinzione fra crimini internazionali e crimini transnazionali cfr. A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 23 ss; P. GAETA, *sub Voce Crimini internazionali*, in S. CASSESE (ed.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. 2, Milano, 2006, p. 1689 ss. Entrambi gli autori citati evidenziano che i crimini internazionali rappresentano violazioni di norme internazionali aventi per lo più natura consuetudinaria, e il cui scopo è quello di proteggere interessi fondamentali per l'intera comunità internazionale, non rilevando se la commissione avvenga entro i confini di un solo Stato (si pensi al genocidio), o la cittadinanza dell'autore (o delle vittime). I crimini transnazionali, invece, sono reati comuni, sanzionati dalle legislazioni nazionali, commessi da individui allo scopo di trarre vantaggi per lo più economici: essi comportano la violazione di norme che mirano a salvaguardare beni, la cui rilevanza può essere condivisa da uno o più Stati, senza però che siano coinvolti interessi “superiori” della comunità internazionale. Sull'opportunità di distinguere fra diritto internazionale penale *stricto sensu* e diritto penale transnazionale, anche al fine di predisporre strumenti di repressione più mirati, cfr. N. BOISTER, *Transnational criminal law?*, in

La nozione di crimine transnazionale è stata infine cristallizzata nella recente Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale¹³: ai sensi dell'art. 3, par. 2, della Convenzione, un reato è di natura transnazionale se: a) è commesso in più di uno Stato; b) è commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avviene in un altro Stato; c) è commesso in uno Stato, ma in esso è implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; o d) è commesso in uno Stato ma ha effetti sostanziali in un altro Stato.

La trasformazione della criminalità dovuta alle nuove possibilità offerte dalla globalizzazione investe sia i beni oggetto delle attività criminali, che le modalità di esecuzione delle stesse.

Con riferimento alla natura dei beni, in primo luogo si può affermare che l'attenzione delle nuove forme di criminalità si è indirizzata verso i beni mobili, dai tabacchi, alle armi e alla droga, fino a coinvolgere gli esseri umani stessi, oggetto di tratta o di immigrazione clandestina¹⁴. Allo stesso tempo, i proventi economici derivanti da tali attività illecite devono essere reimpiegati in attività lecite: l'attività di riciclaggio costituisce quindi un ulteriore stimolo allo sviluppo di rapporti internazionali. Proprio la mobilità che caratterizza le operazioni di *trafficking* ha contribuito allo sviluppo dei contatti tra gruppi criminali attivi nei diversi paesi coinvolti in tali attività, dando origine ad una trasformazione in senso transnazionale della criminalità¹⁵.

European Journal of International Law, vol. 14, 2003, p. 953 ss., in part. p. 961 ss, il quale sostiene che per distinguere i due concetti occorre far riferimento ai valori e interessi che si vogliono tutelare, da identificarsi: nel caso del diritto internazionale penale, con i valori superiori della pace e della sicurezza internazionale, nonché con la tutela dei beni supremi della vita e della dignità umana; nel caso del diritto penale transnazionale, con interessi nazionali, minacciati da condotte criminose che trascendono i confini nazionali, e la cui rilevanza è condivisa dai cittadini di molteplici Stati.

¹³ Aperta alla firma a Palermo il 12-15 dicembre 2000 ed entrata in vigore sul piano internazionale il 29 settembre 2003. L'Italia ha ratificato la convenzione con L. 16 marzo 2006, n. 146. Come è stato osservato, la Convenzione di Palermo è il risultato della convergenza di due distinte prospettive criminali emerse nelle sedi internazionali, la prima concentrata sulla transnazionalità del crimine e sugli strumenti della cooperazione internazionale necessari per fronteggiare tale nuova minaccia, la seconda mirante a far emergere in tutti gli Stati - e non solo in quelli maggiormente interessati dal fenomeno, quali l'Italia - la consapevolezza della pericolosità dell'azione criminosa dei gruppi organizzati (in questo senso cfr. G. MICHELINI, G. POLIMENI, *Il fenomeno del crimine transnazionale e la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, p. 5 ss.).

¹⁴ F. SPIEZIA, *Crimine transnazionale e procedure di cooperazione giudiziaria*, Milano, 2006, p. 4.

¹⁵ *Ibidem*.

La globalizzazione ha inciso anche sulle modalità di attuazione dei comportamenti illeciti: grazie alle nuove tecnologie, specie nel campo delle telecomunicazioni, sono state superate le problematiche connesse alla dimensione spaziale delle varie attività umane, specie di quelle economiche, essendo possibile effettuare a basso costo ed in un tempo assai ridotto ogni tipo di transazione, a prescindere dalla collocazione spaziale dei soggetti e dei beni coinvolti. Ovviamente tale processo ha inciso sulle modalità di attuazione delle attività economiche lecite, così come di quelle illecite.

La globalizzazione dei mercati e del sistema finanziario ha attratto in modo particolare la criminalità organizzata, sempre alla ricerca di nuove attività da cui trarre profitti. La “criminalità organizzata transnazionale” mantiene le caratteristiche tipiche dei gruppi organizzati che agiscono a livello nazionale, quali, ad esempio, l’associazione dei membri allo scopo di porre in essere attività criminose in modo continuativo, il fine ultimo di perseguire profitti attraverso attività illecite, l’uso dell’intimidazione e della violenza: tuttavia operando in diversi paesi, direttamente o tramite collegamenti con altri gruppi organizzati, essa è in grado di aumentare il proprio giro di attività, ottenendo maggiori profitti e capitali disponibili, ed aumentando il proprio potere e la propria influenza¹⁶. Tale forma di criminalità è stata quindi percepita come una minaccia globale dall’intera Comunità internazionale, la quale ha sentito la necessità di dotarsi di adeguati strumenti internazionali per la sua repressione: il risultato più importante di tale processo è sicuramente rappresentato dalla già menzionata Convenzione contro il crimine organizzato transnazionale e dai suoi Protocolli addizionali¹⁷ delle Nazioni Unite, adottati dall’Assemblea Generale dell’ONU il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001.

¹⁶ Per un’analisi delle differenze fra criminalità organizzata nazionale e transnazionale cfr. M. C. BASSIOUNI, E. VETERE, *Organized Crime and its Transnational Manifestations*, in M. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law - Crimes*, 2nd ed., New York, 1999, p. 887 ss.

¹⁷ Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea, adottati dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite con risoluzione n. 55/23 ed entrati in vigore rispettivamente il 25 dicembre 2003 ed il 28 gennaio 2004; Protocol against the Illicit Manufacturing and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, adottato dall’Assemblea delle Nazioni Unite con risoluzione n. 55/255 ed entrato in vigore il 3 luglio 2005. L’Italia ha ratificato la Convenzione ed i suoi tre protocolli con L. 16 marzo 2006, n. 146. Sulle misure di cooperazione fra Stati previste dalla Convenzione v. *infra* Cap. III.

Il Consiglio d'Europa ha individuato alcuni settori specifici verso cui la criminalità organizzata ha indirizzato i propri interessi negli ultimi anni¹⁸. Ciò che è emerso è che, oltre ai traffici di droga e persone, e alle operazioni di contrabbando, le organizzazioni criminali hanno diretto le proprie attività verso i reati economici, e proprio da questo settore derivano i danni più rilevanti. Nel concetto di “reati economici” possono ricondursi una serie di condotte criminose le quali, pur mirando tutte al conseguimento dei guadagni più alti possibili, presentano una certa diversificazione, comprendendo oltre ai reati contro il patrimonio, anche i crimini contro la pubblica amministrazione (si pensi alla corruzione), contro la regolarità dei mercati finanziari, o ancora le frodi fiscali¹⁹. L'attenzione che la criminalità organizzata ha cominciato a riservare a tali crimini rende ormai superabile la tradizionale dicotomia tra reati economici o *white collar crime*²⁰, ovvero i crimini commessi da uomini d'affari al fine di trovare una scorciatoia verso lauti guadagni, e i *black collar crime*, ovvero quei crimini tradizionalmente commessi da malviventi appartenenti ad organizzazioni criminali²¹.

¹⁸ Council of Europe, *Organised crime situation report 2005 - Focus on the threat of economic crime*, consultabile sul sito www.coe.int.

¹⁹ Nel 1981 il Consiglio d'Europa ha adottato una raccomandazione diretta agli Stati membri che sottolineava l'importanza di rafforzare la lotta contro i crimini economici, individuati in un elenco allegato all'atto, ovvero “cartel offences; fraudulent practices and abuse of economic situation by multinational companies; fraudulent procurement or abuse of state or international organizations' grants; computer crime (e.g. theft of data, violation of secrets, manipulation of computerized data); bogus firms; faking of company balance sheets and book-keeping offences; fraud concerning economic situation and corporate capital of companies; violation by a company of standards of security and health concerning employees; fraud to the detriment of creditors (e.g. bankruptcy, violation of intellectual and industrial property rights); consumer fraud (in particular falsification of and misleading statements on goods, offences against public health, abuse of consumers' weakness or inexperience); unfair competition (including bribery of an employee of a competing company) and misleading advertising; fiscal offences and evasion of social costs by enterprises; customs offences (e.g. evasion of customs duties, breach of quota restrictions); offences concerning money and currency regulations; stock exchange and bank offences (e.g. fraudulent stock exchange manipulation and abuse of the public's inexperience); offences against the environment” (Appendix to Recommendation No. R (81) 12, of the Committee of Ministers to Member States on economic crime, adopted by the Committee of Ministers on 25 June 1981, disponibile su www.coe.int).

²⁰ Il termine “white collar crime” fu coniato nel 1940 dal Prof. Sutherland, sociologo e criminologo, il quale per la prima volta evidenziò le caratteristiche di tale forma di criminalità perpetrata da soggetti appartenenti a classi sociali medio-alte, e strettamente collegata all'attività lavorativa da questi svolta (E. H. SUTHERLAND, *White-Collar Criminality*, *American Sociological Review*, no. 5, 1940, p. 1 ss.; v. anche E. H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale (1983)*, Milano, 1987). Recentemente, sulla criminalità economica, anche con riferimento all'Italia, cfr. P. MARTUCCI, *La criminalità economica*, Roma - Bari, 2006.

²¹ Council of Europe, *Organised crime situation report 2005 – Focus on the threat of economic crime* cit., p. 13. Secondo quanto riportato nel report del 2005, i reati economici “preferiti” dalle organizzazioni criminali comprenderebbero vari tipi di frodi (in particolare fiscali), pratiche corruttive specie nel settore

Criminalità economica e criminalità organizzata presentano attualmente caratteristiche comuni, operando entrambe al fine di massimizzare i profitti ricavabili dalle loro attività e sfruttando le diversità degli ordinamenti nazionali entro cui si ritrovano ad operare²². Allo stesso tempo, la criminalità economica ha assunto sempre più carattere transnazionale, e questo perché, da una parte, essa segue l'economia ufficiale, che nella sua forma moderna si fonda sui rapporti fra diverse realtà nazionali, specie nel settore finanziario; dall'altra parte, la delocalizzazione dei fattori produttivi consente, specie alle imprese multinazionali, di scegliere paesi la cui legislazione sia meno incisiva rispetto alla repressione di determinate condotte²³.

I tradizionali strumenti repressivi, specie quelli della cooperazione giudiziaria internazionale, si sono dimostrati ben presto inadeguati rispetto alla nuova realtà criminologica fin qui brevemente delineata: allo stesso tempo, le diversità fra le normative nazionali e tra i livelli di repressione adottati dai diversi Stati hanno favorito

degli appalti pubblici, la formazione di veri e propri cartelli che con azioni intimidatorie bloccano l'accesso ai mercati, la contraffazione, nonché il riciclaggio di danaro. Nello stesso senso cfr. C. E. PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali: atti del III convegno internazionale promosso dal Centro studi giuridici "Francesco Carrara" Lucca: Lucca, 24-25 maggio 2002*, Milano, 2005, p. 912 ss., il quale individua tre profili di omologazione fra criminalità organizzata e criminalità economica, vale a dire: (i) dal punto di vista del tipo di autore, che anche nella criminalità economica appare sempre più essere un'organizzazione, come una società di capitali o un'impresa complessa; (ii) rispetto ai beni giuridici tutelati, nel senso che quando la criminalità d'impresa diviene criminalità da produzione essa va ad incidere sui beni fondamentali della persona, prima monopolio della criminalità violenta organizzata; (iii) in riferimento alle tipologie delle condotte punibili, nel senso che se in passato poteva affermarsi che la criminalità economica si rivolgeva più alle cose che alle persone, mentre quella organizzata adottava modalità violente e minatorie a carattere interpersonale, attualmente non può non rilevarsi che, ad esempio nei casi di corruzione più gravi come nelle note vicende di Tangentopoli, anche i reati economici assumono forme fortemente limitative della libertà personale di autodeterminarsi.

²² Council of Europe, *Organised crime situation report 2005 - Focus on the threat of economic crime* cit, p. 14.

²³ In questo senso cfr. P. MARTUCCI, *La criminalità economica* cit., p. 94 ss. Manacorda (S. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Napoli, 1999, p. 17 ss.) individua quali fattori che favoriscono la commissione su scala internazionale di illeciti economici l'intensificarsi degli scambi commerciali, la persistente disparità giuridica fra le legislazioni nazionali e l'emergere di nuovi attori economico-istituzionali che affiancano o addirittura sostituiscono lo Stato. In particolare, mentre l'esistenza di legislazioni differenti permette ai criminali di pianificare le loro operazioni riducendo al minimo il "rischio penale", il trasferimento di competenze da parte degli Stati a organismi internazionali ha prodotto la creazione di nuove dinamiche criminali nei confronti di questi ultimi (si pensi alle frodi comunitarie). L'A. evidenzia inoltre che anche il ricorso a strutture societarie multinazionali può costituire una modalità per aggirare le normative penali nazionali, attraverso la frammentazione territoriale tra il luogo di decisione e di luogo di attuazione delle politiche aziendali, che rende più difficile individuare i responsabili di determinate condotte.

la creazione di veri e propri “paradisi criminali”, nella cui direzione si sono sviluppati fenomeni di *forum shopping*²⁴.

Già agli inizi del ‘900, Donnedieu de Vabres, il rappresentante francese fra gli otto giudici nominati per il processo di Norimberga, affermava che all’internazionalizzazione della criminalità occorre rispondere attraverso l’internazionalizzazione della repressione²⁵. Tale obiettivo può essere perseguito attraverso due vie: 1) l’armonizzazione degli istituti sostanziali previsti dalle normative nazionali, in modo da non lasciare spazi di impunità; 2) il potenziamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria internazionale. Mentre l’unificazione normativa su scala universale è un obiettivo ambizioso, ma più difficilmente perseguibile, notevoli sono invece gli sviluppi della cooperazione internazionale fra gli Stati, sia dal punto di vista degli obiettivi perseguiti che degli strumenti elaborati.

Nel nuovo ordine giuridico globale, fondato sulla convivenza fra Stati sovrani, organizzazioni internazionali, agenzie nazionali e sovranazionali, la cooperazione internazionale è divenuta dunque l’elemento essenziale per regolare i rapporti fra i diversi attori della scienza internazionale²⁶.

2. I limiti spaziali all’applicazione della legge penale tra ordinamenti nazionali e diritto internazionale

L’accresciuta capacità di movimento degli uomini e l’intensificarsi dei rapporti tra soggetti appartenenti a diversi ordinamenti giuridici, cui si assiste a partire dal XIX secolo, pongono nuove sfide ai sistemi repressivi statali, facendo sorgere l’esigenza di predisporre nuovi meccanismi per garantire l’effettiva applicazione del diritto penale interno, ed evitare che si creino spazi di impunità dovuti alla presenza di confini posti all’esercizio della potestà punitiva dello Stato. Tale necessità si pone in particolare con riferimento a quei fatti caratterizzati da “elementi di estraneità” rispetto all’ordinamento

²⁴ G. GRASSO, *Globalizzazione e criminalità economica: la tutela penale di fronte al problema della trasparenza dei mercati sul piano internazionale*, relazione presentata all’incontro di studio sul tema “Il diritto della globalizzazione e il ruolo della giurisdizione”, Roma 6-8 marzo 2006, disponibile su www.csm.it.

²⁵ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Crimes ed délits commis à l’étranger*, Parigi, 1906, p. 8.

²⁶ Così S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006, p. 11.

nazionale, estraneità che può riguardare il luogo di commissione del reato, i soggetti - sia dal punto di vista attivo (in quanto autori del reato) che dal punto di vista passivo (in quanto vittime) -, o gli interessi lesi²⁷. È in questo contesto che si sviluppa il cosiddetto “diritto penale internazionale”, ovvero quel ramo del diritto penale che si occupa dei limiti spaziali della giurisdizione penale dei singoli Stati e della sfera di applicazione della legge penale, nonché dei meccanismi di cooperazione fra Stati per garantire un’effettiva repressione dei reati²⁸.

Con riferimento alla prima categoria di norme che compongono il diritto penale internazionale – ovvero quelle sui limiti spaziali della giurisdizione penale e della sfera

²⁷ Secondo la tripartizione elaborata da N. LEVI, *Diritto penale internazionale*, Padova, 1949, p. 17 ss.

²⁸ Su tale definizione cfr. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 871. Il diritto penale internazionale, inteso come base e limite del campo di applicazione del diritto penale nazionale, serve proprio a stabilire se un determinato Stato abbia la potestà punitiva su un’azione compiuta all’estero, o da uno straniero o che lede un bene giuridico straniero (H.H. JESCHECK, *L’oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, p. 633 ss.). Sulla nozione di “diritto penale internazionale” e sul contenuto di tale disciplina si registra un ampio dibattito in dottrina (per una ricostruzione delle differenti posizioni in materia cfr. I. CARACCILO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale*, Napoli, 2000, p. 1 ss.), in particolare in relazione alla distinzione fra “diritto penale internazionale” e “diritto internazionale penale”. Quest’ultimo comprende le norme di origine internazionale che definiscono e sanzionano i crimini internazionali - ovvero quegli illeciti di particolare gravità la cui commissione colpisce l’intera Comunità internazionale -, che impongono agli Stati l’obbligo di processare e punire gli autori, e che fissano le regole per l’instaurazione e lo svolgimento a livello internazionale dei relativi procedimenti penali (A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. Diritto sostanziale*, Bologna, 2005, p. 11). Diritto penale internazionale e diritto internazionale penale si differenziano quindi in relazione: alle fonti, riconducibili al diritto interno nel primo caso, al diritto internazionale nel secondo; allo scopo, da identificarsi nel primo caso nella protezione degli ordinamenti giuridici nazionali, nel secondo caso nella protezione di interessi superiori della Comunità internazionale; e all’oggetto, che nel primo caso è il coordinamento degli ordinamenti giuridici statali, mentre nel secondo caso è la repressione dei crimini internazionali (I. CARACCILO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale* cit., p. 30 ss.). Non distingue tra diritto penale internazionale e diritto internazionale penale quella dottrina che ritiene che il diritto penale internazionale derivi dall’emergere di valori comuni ed aspettative universali, i quali devono essere protetti attraverso l’imposizione di sanzioni penali a carico degli autori: il diritto penale internazionale consisterebbe quindi nella convergenza degli aspetti penali del diritto internazionale - quali i crimini internazionali o la responsabilità penale internazionale - e gli aspetti internazionali del diritto penale - quali l’efficacia extraterritoriale delle norme sulla giurisdizione penale, i conflitti di giurisdizione e la cooperazione internazionale - ed avrebbe lo scopo di punire certe condotte considerate lesive sia a livello interno che internazionale (cfr. M. C. BASSIOUNI, *An appraisal of the Growth and Developing Trends*, in J. DUGARD, C. VAN DEN WYNGAERT (eds), *International Criminal Law and Procedure*, Aldershot, Brookfield, Singapore, Sydney, 1996, p. 70). Di recente è stata invece proposta la denominazione “diritto penale transnazionale”, da preferire a quella “diritto penale internazionale” proprio per evidenziare che l’estensione dell’applicabilità della legge penale nazionale a fatti commessi all’estero non deriva da una fonte internazionale, ma dall’estensione unilaterale della potestà punitiva dello Stato (A. ESER, *Nationales und transnationales Strafrecht: Völkerstrafrecht – Europäische Strafrecht*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 26 Auflage, Monaco, 2001, p. 16).

di applicazione della legge penale²⁹ – , si tratta di un complesso di regole che si è sviluppato all'interno dei singoli ordinamenti, rappresentando la risposta “unilaterale” degli Stati alle nuove forme di criminalità: come è stato osservato, tale soluzione si fonda su esigenze o pretese autonome dei singoli ordinamenti sovrani, piuttosto che sulla volontà di cooperare con gli altri soggetti statali nella repressione della criminalità³⁰.

Dall'osservazione delle soluzioni adottate nei diversi ordinamenti giuridici nazionali, si è giunti ad individuare una serie di criteri astratti o “principi” comunemente utilizzati

²⁹ In dottrina si assiste ad un ampio dibattito sulla coincidenza o meno tra sfera di applicazione della legge penale e sfera di esercizio della giurisdizione. Treves (T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973) evidenzia come la tendenza comune sia quella di sovrapporre questi due concetti, poiché senza potestà punitiva non sarebbe esperibile l'azione penale (p. 40): tuttavia l'A. ritiene che sia necessaria una distinzione fra criteri sull'applicazione della legge penale, intesa come “l'ambito cui si estendono le valutazioni contenute nelle norme sotto il profilo delle coordinate spaziali e personali del fatto” (p. 67), e criteri di giurisdizione, i quali stabiliscono le condizioni ed i limiti dell'applicazione concreta delle norme (p. 126 ss.). La distinzione fra sfera di applicazione della legge penale e sfera della giurisdizione penale serve, fra l'altro, a giustificare casi quali le immunità degli agenti diplomatici, ove si assiste ad uno scollamento tra applicazione della legge e esercizio della giurisdizione (nel senso che eventuali fatti illeciti da questi commessi vengono comunque considerati reati, anche se la giurisdizione dello Stato ospitante è esclusa). Nel senso che nel diritto penale internazionale la determinazione della legge precede l'individuazione del giudice competente (poiché occorre accertare se vi sia un interesse dello Stato ad esercitare la propria giurisdizione) cfr. anche I. CARACCILO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale* cit., p. 36; *contra* H.H. JESCHECK, *International Criminal Law: Its Object and Recent Development*, in C.M. BASSIOUNI, V. P. NANDA (eds), *A Treatise on International Criminal Law*, Illinois, 1973, p. 50 ss.), secondo il quale solo dopo aver stabilito se lo Stato ha giurisdizione su un determinato fatto si può passare all'individuazione della legge applicabile, che normalmente è la stessa legge penale dello Stato che esercita la giurisdizione penale, ma non è sempre così (si pensi ad esempio all'art. 6 del codice penale svizzero - come formulato prima della riforma disposta dalla Legge Federale del 13 dicembre 2002 e in vigore dal 1° gennaio 2007 - , relativo ai fatti commessi all'estero da cittadini svizzeri, che prevedeva l'applicazione della legge più favorevole fra quella svizzera e quella - straniera - del luogo di commissione del reato: secondo l'attuale formulazione dell'art. 6, co. 2, invece, la legge del luogo di commissione è divenuta parametro per l'irrogazione della pena ai sensi della legge svizzera, nel senso che la sanzione non può essere più grave di quella irrogabile secondo la legge penale del luogo di commissione). Anche se la dottrina maggioritaria tende ad escludere che vi sia una coincidenza tra la sfera di applicazione della legge penale e l'ambito della giurisdizione penale (cfr. in questo senso P. ZICCARDI, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1950, p. 475; T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale* cit, p. 58, ove l'A. parla di “indimostrato dogma della loro coincidenza”), tuttavia nelle moderne legislazioni penali si osserva una corrispondenza tra *forum* e *ius* dovuta allo scopo tradizionale del diritto penale, che è quello della protezione di beni giuridici appartenenti all'ordinamento interno.

³⁰ P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale negli atti d'istruzione penale*, Padova, 1980, p. 23-24. Al contrario, la seconda categoria di norme del diritto penale internazionale, che comprende le fonti di origine internazionale, per lo più pattizie, con cui gli Stati hanno istituito forme di cooperazione giudiziaria internazionale, rappresenta la risposta più moderna alle forme di criminalità che presentano collegamenti con più Stati. Tuttavia, non bisogna dimenticare che entrambe le categorie di norme ricomprese nel diritto penale internazionale perseguono il medesimo scopo, ovvero il garantire l'applicazione, l'efficacia ed il rispetto del diritto nazionale (I. CARACCILO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale* cit., p. 63).

dagli Stati per determinare l'applicazione nello spazio della legge penale nazionale. Tali principi sono stati codificati nel 1935 dalla Harvard Law School in un Progetto di convenzione sulla giurisdizione penale³¹, il cui scopo era quello di fissare dei criteri per la ripartizione della giurisdizione penale fra gli Stati, così da evitare conflitti fra ordinamenti nazionali resi sempre più frequenti dall'accresciuta capacità di spostarsi degli uomini. Nel Progetto di convenzione sono enunciati quattro principi: quello di territorialità (art. 3), quello della personalità attiva, che si fonda sulla nazionalità dell'autore del reato (artt. 5-6); quello della difesa, che si basa sulla nazionalità degli interessi lesi dal reato (art. 7-8) e quello dell'universalità (art. 9-10)³².

L'identificazione dei summenzionati principi, se da una parte rappresenta un'utile indicazione rispetto alla prassi degli Stati, tuttavia secondo la dottrina prevalente non permette di individuare una regola di diritto internazionale generale imposta agli Stati³³, ed in particolare non fornisce indicazioni utili per identificare il criterio prevalente od una gerarchia fra gli stessi³⁴. La questione del rapporto tra estensione unilaterale della

³¹ Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime, in *The American Journal of International Law, Supplement: Research in International Law*, vol. 29, 1935, p. 439 ss.

³² Il principio di cittadinanza passiva, fondato sulla nazionalità della vittima del reato, pur presente in alcune legislazioni nazionali, è stato ritenuto meramente ancillare e quindi non inserito nel Progetto di convenzione (v. *Jurisdiction with Respect to Crime - Introductory Comment*, in *The American Journal of International Law, Supplement: Research in International Law*, vol. 29, 1935, p. 445). Si noti che nell'ordinamento italiano tale criterio è accolto dall'art. 10 c.p., che prevede la punibilità secondo la legge italiana dello straniero che commetta all'estero un reato ai danni di un cittadino italiano (sempre che si tratti di un delitto punito con l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo ad un anno, e che l'autore si trovi nel territorio dello Stato; occorre inoltre la richiesta del Ministro di Giustizia, o l'istanza o la querela della persona offesa). Sul principio della personalità attiva si fonda invece l'art. 9 c.p. (Delitto comune del cittadino all'estero), la cui operatività è però subordinata ad alcune condizioni (limite di pena, presenza sul territorio, richiesta del Ministro di Giustizia). Sui principi della giurisdizione penale v. anche M. N. SHAW, *International Law*, fifth ed., Cambridge, 2003, p. 579 ss.

³³ In tal senso cfr. per tutti R. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano 1972, p. 83 ss., secondo il quale tali principi "costituiscono un elenco completo ... ma sono del tutto estranei al contenuto di eventuali norme giuridiche internazionali", limitandosi a dar conto di tutte le opzioni utilizzabili per determinare la giurisdizione in materia penale. Nel senso che tali principi sarebbero invece da qualificarsi come principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili ai sensi dell'art. 38, par. 1, lett c), dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, in quanto comuni alla gran parte dei sistemi giuridici statali, v. invece I. CARACCILO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale* cit., p. 72.

³⁴ T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale* cit., p. 59 ss, il quale sottolinea che nessuno dei principi osservati è codificato in modo prevalente ed esclusivo, ma al contrario nei diversi sistemi giuridici si osserva una combinazione dei vari criteri. Si parla spesso di principio di territorialità *temperato* per indicare la prassi della maggior parte degli Stati moderni di ricorrere al principio di territorialità non in senso stretto, ma mitigato dall'adozione parziale di altri principi. Ciò avviene anche nell'ordinamento italiano, ove la regola generale sull'applicazione spaziale della legge penale è enunciata dall'art. 6 c.p., secondo il quale "chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la

sfera di applicazione della legge penale da parte degli ordinamenti nazionali e regole poste dal diritto internazionale è stato definito un vero e proprio “rompicapo”³⁵ per la dottrina, internazionalistica e non, soprattutto con riferimento all’identificazione di regole di origine internazionale sulla determinazione della giurisdizione penale degli Stati³⁶. Per quanto riguarda questo ultimo aspetto, appare decisiva la decisione della

legge italiana”. La disciplina italiana accoglie quindi il principio di territorialità nell’applicazione della legge penale (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2003, p. 120; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale* cit., p. 875; A. PAGLIARO, voce *Legge Penale nello spazio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, p.1055; *contra*, nel senso della prevalenza del principio di universalità con temperamenti, M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, 1999, p. 169; F. DEAN, *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Milano, 1963, p. 69; P. ZICCARDI, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana* cit., p. 462), come si evince dagli artt. 6-10 c.p., i quali prevedono i casi in cui la legge italiana si applica al cittadino o allo straniero che commettano un reato all’estero. Nell’art. 7 c.p. “Reati commessi all’estero” si ritrova invece il “principio della difesa”, poiché è prevista l’applicabilità della legge italiana nei confronti del cittadino o dello straniero che commette all’estero un reato lesivo degli interessi dello Stato (es. delitti contro la personalità dello Stato italiano o delitti di contraffazione del sigillo dello Stato o di uso di tale sigillo contraffatto). Inoltre, lo stesso art. 7, al n. 5, prevede l’applicabilità della legge italiana al cittadino o allo straniero per fatti compiuti in territorio straniero nel caso in cui ciò sia previsto da speciali disposizioni di legge o da convenzioni internazionali: attraverso tale riserva, che “si muove nell’area del principio di universalità” (M. ROMANO, *Art. 7*, in *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, Milano, 2004, p. 129), sarebbe possibile dare attuazione in Italia a quelle convenzioni internazionali che prevedono l’obbligo per gli Stati contraenti di perseguire gli autori di determinati crimini a prescindere da ogni collegamento territoriale (si pensi alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle Forze armate in campagna, per il miglioramento delle condizioni dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle Forze armate sul mare, sul trattamento dei prigionieri di guerra e sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra). Tuttavia la dottrina italiana prevalente ritiene che l’art. 7, n. 5, c.p. non possa da solo legittimare la punibilità secondo la legge italiana di reati commessi all’estero in virtù della ratifica da parte dell’Italia di accordi internazionali che prevedono obblighi di incriminazione (sull’insufficienza della sola ratifica per ottemperare a tali obblighi cfr. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1976, p. 93): il rispetto del principio di legalità, infatti, richiederebbe la formulazione in un atto legislativo interno di una norma incriminatrice *ad hoc* (in questo senso cfr. G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. I, Milano, 2000, p. 219, e la bibliografia ivi riportata; L. CONDORELLI, *Il sistema della repressione dei crimini di guerra nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel Primo Protocollo Addizionale del 1977*, in *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali*, in P. LAMBERTI ZANARDI, G. VENTURINI (a cura di), Milano, 1998, p. 32; F. LATTANZI, *I rapporti fra giurisdizioni penali internazionali e giurisdizioni penali interne*, in *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali* cit., p. 56).

³⁵ N. LEVI, *Diritto penale internazionale*, Padova, 1949, p. 102.

³⁶ Fra i numerosi contributi della dottrina sui limiti della giurisdizione penale cfr. P. ZICCARDI, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1950, in part. p. 463 ss.; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1954, p. 214 ss.; F. DEAN, *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Milano, 1963, in part. p. 29 ss.; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli 1968, p. 633 ss.; R. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, p. 34 ss.; M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto internazionale. Gli aspetti giuridici della coesistenza fra Stati*, vol. II, Milano, 1983, p. 3 ss.; P. PICONE, *L’applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale*, in *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno ed internazionale*, Padova, 1989, p. 85 ss.; D. CARREAU, *Droit International*, Parigi, 2004, p. 336 ss.; B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli,

Corte Permanente di Giustizia Internazionale del 1927, resa nel famoso caso *Lotus*³⁷. Nell'agosto del 1926, la collisione tra la nave francese Lotus e quella turca Boz-Kourt aveva causato la morte di otto cittadini turchi (fra marinai e passeggeri). Dopo l'arrivo della nave francese ad Istanbul, il suo comandante era stato arrestato e sottoposto a processo dai giudici turchi, i quali affermavano la propria giurisdizione sul fatto in base al principio della personalità passiva previsto dal codice penale turco, suscitando forti proteste da parte del governo francese. In virtù di uno speciale accordo fra le parti, la controversia era stata sottoposta alla Corte Permanente di Giustizia Internazionale, la quale doveva in primo luogo stabilire la compatibilità del comportamento della Turchia con il diritto internazionale, indicando, in caso di parere negativo, i principi di diritto internazionale violati. Nel delineare le regole di diritto internazionale inerenti all'esercizio della giurisdizione penale da parte degli Stati, la Corte muove dal presupposto che il diritto internazionale disciplina le relazioni tra Stati indipendenti, alla cui volontà è rimessa la creazione di norme internazionali (tramite accordi e lo sviluppo di consuetudini), e per tale motivo qualsiasi restrizione alla libertà degli stessi non può essere presunta, ma deve derivare da una espressa previsione di diritto internazionale. Il rispetto del principio di sovranità e di eguaglianza sovrana tra gli Stati impone sugli stessi il divieto di esercitare il proprio potere sul territorio di un altro Stato: applicato all'esercizio della giurisdizione, tale limite esclude che uno Stato possa svolgere al di fuori del territorio nazionale qualsiasi attività diretta ad assicurare l'applicazione delle proprie leggi, salvo che non sia espressamente autorizzato a farlo da una norma di diritto internazionale di origine consuetudinaria o pattizia³⁸, ed in tal senso la giurisdizione deve essere intesa come territoriale. Tuttavia, secondo la Corte da ciò non deriverebbe l'esistenza nel diritto internazionale di un divieto generale per gli Stati di applicare la propria legge ad ogni fatto commesso al di fuori del territorio nazionale: al contrario, gli Stati godrebbero della più ampia discrezionalità in materia, la cui

2006, p. 191 ss. Per una rassegna degli autori che si sono occupati fin dagli inizi del '900 di tale problema v. anche P. BENVENUTI, *Sui limiti internazionali alla giurisdizione penale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1974, p. 238 ss., sub nota 3.

³⁷ PCIJ, Ser. A., No. 10, 1927.

³⁸ In questi termini cfr. P. BENVENUTI, *Sui limiti internazionali alla giurisdizione penale* cit., p. 241.

limitazione sarebbe ammessa solo in casi specifici³⁹: da ciò deriverebbe in particolare che il principio di territorialità nell'applicazione della legge penale non può essere considerato una regola imposta dal diritto internazionale⁴⁰. Ciononostante, nel caso *Lotus* la Corte Permanente di Giustizia internazionale ha preferito comunque far riferimento al principio di territorialità per risolvere la controversia fra Francia e Turchia, accogliendo una nozione “ubiquitaria” di tale criterio: secondo la Corte, infatti, poiché la condotta del comandante francese ha prodotto effetti sulla nave turca, tale localizzazione degli effetti permette di giustificare la giurisdizione della Turchia in base al principio di territorialità, non essendo quindi necessario pronunciarsi sulla validità alla luce del diritto internazionale del principio della personalità passiva previsto dal codice turco.

Dalla sentenza *Lotus* è possibile desumere una serie di indicazioni riguardo alla disciplina prevista dal diritto internazionale in relazione all'esercizio della giurisdizione penale da parte degli Stati. In primo luogo, occorre far riferimento ad una regola fondamentale del diritto internazionale, ovvero il principio di sovranità territoriale degli Stati. Tale norma, di natura consuetudinaria, attribuisce ad ogni Stato il diritto di esercitare in via esclusiva il proprio potere di governo sulla comunità che si trova stanziata sul suo territorio, ma correlativamente impone il divieto di esercitare sul territorio altrui, e senza consenso dello Stato interessato, il proprio potere di governo, regolando così la pacifica convivenza sul piano internazionale di una molteplicità di enti statali tutti dotati di autonomia ed indipendenza⁴¹. La potestà punitiva e l'esercizio della funzione giurisdizionale rappresentano manifestazioni della sovranità riconosciuta ad

³⁹ “Far from Laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion, which is only limited in certain cases by prohibitive rules: as regards other cases, every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable” (Corte Permanente di Giustizia Internazionale, caso *S.S. Lotus* cit., p. 15).

⁴⁰ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, caso *S.S. Lotus* cit, p. 18.

⁴¹ Sul principio di sovranità si veda B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, p. 178 ss. Tale visione della sovranità degli Stati può essere ricondotta secondo Cassese ad un modello “groziano” delle relazioni internazionali, in cui ogni Stato agisce per la realizzazione dei propri interessi, mentre l'ordinamento internazionale assicura la coesistenza e la cooperazione fra gli stessi; a tale modello si contrappone quello “kantiano”, che si fonda sull'ottica solidaristica delle relazioni fra Stati (A. CASSESE, *International Criminal Law*, cit., p. 18 e 64 ss). Sulla relazione tra sovranità territoriale degli Stati ed obbligo di astenersi dal compiere atti d'impero non autorizzati in territorio altrui cfr. F. POCAR, *L'esercizio non autorizzato del potere statale in territorio straniero*, Padova, 1974, p. 3 ss.

ogni Stato, ma proprio la coesistenza di una moltitudine di poteri sovrani comporta l'esistenza di limiti all'esercizio di tali funzioni⁴²: in particolare, il rispetto della sovranità altrui fa sorgere nei confronti di tutti gli Stati un obbligo di non ingerenza negli affari di un altro ordinamento, ed il divieto di esercitare attività coercitive in territori stranieri⁴³. Il diritto internazionale quindi si limiterebbe a fissare delle "prohibitive rules"⁴⁴ fondate sul rispetto della sovranità altrui, lasciando per il resto gli Stati liberi di determinare l'ambito di applicazione spaziale della propria legge⁴⁵. Fra i limiti che devono essere rispettati dagli Stati nell'esercizio della propria giurisdizione derivanti dal diritto internazionale rientrano sicuramente, oltre al già ricordato principio di non ingerenza negli affari interni degli altri Stati, anche le norme sul trattamento degli stranieri, sui diritti dell'uomo e sulle immunità⁴⁶. A tale libertà assoluta degli Stati

⁴² Laszloczky parla di "frantumazione della sovranità fra una moltitudine di entità sovrane" (P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale negli atti d'istruzione penale* cit., p. 5).

⁴³ In alcuni ordinamenti l'esercizio di atti di indagine sul territorio nazionale da parte di autorità straniere non autorizzate è addirittura considerato un reato: si veda l'art. 271 del Codice penale svizzero, "Atti compiuti senza autorizzazione per conto di uno Stato estero", che punisce con la pena detentiva fino a tre anni (e non inferiore ad un anno nei casi gravi), o con la pena pecuniaria, chiunque, senza esservi autorizzato, compie o favorisce sul territorio svizzero per conto di uno Stato estero, di un partito estero o di un'altra organizzazione all'estero, atti che spettano a poteri pubblici.

⁴⁴ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, caso *S.S. Lotus* cit., p. 15.

⁴⁵ La conseguenza della mancanza di norme positive di diritto internazionale implica che il legislatore nazionale sia "internazionalmente" libero (e dal punto di vista dell'ordinamento italiano anche "costituzionalmente", non essendovi norme di diritto internazionale cui adeguarsi ex art. 10 Cost.) di determinare i criteri di collegamento per l'applicazione della legge penale, ovvero quegli elementi che permettono di stabilire il collegamento fra una vicenda storica e lo Stato da cui promana la legge da applicare (F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Digesto Discipline Penalistiche VII*, Torino, 1993, p. 368). Come si è già detto, il diritto internazionale non attribuisce nessuna prevalenza al criterio della territorialità: nello stesso senso si è espressa anche la Corte Costituzionale italiana, nella sentenza del 22 dicembre 1961, n. 67, *Penso e Baracchini c. Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1962, p. 271 ss. Infine, la Corte europea dei diritti dell'uomo nella decisione del 12 dicembre 2001 sulla ricevibilità del ricorso 52207/99 *Bankovik e altri c. Belgio e altri 16 Stati Parti contraenti* ha sancito che il diritto internazionale generale non esclude che l'esercizio della giurisdizione penale possa fondarsi su criteri diversi da quello territoriale, anche se quest'ultimo ha un peso preminente negli ordinamenti giuridici nazionali.

⁴⁶ Secondo Benvenuti la misura di tali limiti dipende dalle esigenze pratiche avvertite dalla Comunità internazionale in un dato momento storico (P. BENVENUTI, *Sui limiti internazionali alla giurisdizione penale*, in *Rivista di diritto internazionale* cit., p. 242 ss). L'A. identifica una serie di casi in cui l'esercizio della giurisdizione si tradurrebbe nella violazione di norme di diritto internazionale: 1) nel caso di esercizio della giurisdizione su individui che si trovano al di fuori del territorio dello Stato, quando ciò comporterebbe, ad esempio, la violazione della norma sulla libertà di navigazione sull'alto mare o il divieto di non ingerenza negli affari interni di altri Stati, che comporta la non perseguibilità del cittadino straniero per atti compiuti nello Stato di appartenenza ed impostigli dal potere d'imperio di tale Stato; 2) anche in presenza di un collegamento territoriale, nel caso in cui esista un divieto specifico di esercizio della giurisdizione o una norma autorizzativa (es. diritto di passaggio inoffensivo delle navi negli stretti internazionali, diritto per le navi in avaria di cercare riparo nel mare territoriale o diritto delle navi

di determinare la sfera di applicazione della propria legge penale parte della dottrina oppone l'esistenza nel diritto internazionale di un principio di ragionevolezza, che impedirebbe l'esercizio della giurisdizione con riferimento a fattispecie che non presentano una correlazione significativa con il foro⁴⁷.

Secondo una recente interpretazione, l'attribuzione di una portata illimitata alla potestà giurisdizionale degli Stati in materia penale deriverebbe da una concezione autoritaria dello Stato, titolare di una serie di obblighi e diritti che il diritto internazionale si limiterebbe a riconoscere: una concezione più moderna dello Stato e delle relazioni internazionali condurrebbe invece all'opposta soluzione, secondo la quale è il diritto internazionale che determina la sovranità territoriale ed i relativi diritti ed obblighi spettanti ad ogni entità statale⁴⁸.

Dopo il caso *Lotus*, altre vicende hanno sollevato il problema del coordinamento fra gli Stati per l'esercizio della giurisdizione penale. Nel 1988 l'esplosione del volo 103 della

mercantili di accedere liberamente a porti in tempo di pace); 3) infine nel caso di immunità riconosciute dal diritto internazionale (es. agenti diplomatici).

⁴⁷ Cfr. in questo senso P. BENVENUTI, *Sui limiti internazionali alla giurisdizione penale*, in *Rivista di diritto internazionale* cit., p. 246; dà conto di tale posizione della dottrina, ritenendo però prevalente la tesi della completa libertà degli Stati nella determinazione della sfera di validità della legge e dell'ambito di operatività della giurisdizione, C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006, p. 9 ss. in particolare *sub* nota 16: l'A. evidenzia che, pur non volendo riconoscere carattere precettivo al principio di ragionevolezza, tuttavia gli Stati, di fatto e per ragioni di opportunità, tendono a delimitare l'ambito di esercizio della propria giurisdizione penale. Alla luce di tale impostazione si comprendono le critiche rivolte alla legge belga del 1993, che sanciva la giurisdizione delle corti del Belgio su crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio commessi da qualsiasi individuo, anche non cittadino belga, in qualsiasi luogo e contro chiunque, senza neppure richiedere la presenza dell'autore sul territorio belga per poter esercitare l'azione penale: tale legge è stata poi modificata nel 2003, anche per effetto delle pressioni di alcuni Stati.

⁴⁸ P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale degli Stati per crimini internazionali*, in A. CASSESE, S. CHIAVARIO, G. A. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, p. 497 ss. Ritenere che il diritto internazionale sia o meno il fondamento diretto della competenza giurisdizionale degli Stati comporta ovviamente delle conseguenze, in particolare in riferimento alla possibilità di individuare un ordine di priorità tra confliggenti pretese punitive, e sulla valenza dei principi sulla giurisdizione penale. Per quanto riguarda il primo aspetto, accogliendo l'orientamento "permissivistico" non sarebbe possibile individuare una priorità fra pretese punitive, in quanto ciò implicherebbe una scelta fra le libertà degli Stati poste tutte sullo stesso piano; riconducendo invece la fonte della competenza giurisdizionale degli Stati al diritto internazionale sarebbe possibile individuare con esattezza i soggetti legittimati, ed eventualmente stabilire una priorità fra pretese punitive. In relazione ai principi sulla giurisdizione penale invece, se si assume che non vi siano regole di diritto internazionale a contenuto positivo, non ha senso far riferimento alla territorialità o alla nazionalità attiva o passiva, essendo rilevante unicamente il non aver leso diritti di un altro Stato, e la prassi in questo senso servirebbe ad indicare quali principi non si pongono in contrasto con il diritto internazionale; al contrario, accettando che il diritto internazionale sia la fonte della giurisdizione penale degli Stati, la prassi assumerebbe un'importanza cruciale, perché potrebbe condurre ad affermare l'esistenza di norme consuetudinarie che legittimano il ricorrere ad uno dei principi sulla giurisdizione penale.

compagnia americana Pan Am nei cieli della cittadina scozzese Lockerbie ha dato origine ad una lunga controversia tra Stati Uniti, Regno Unito e Libia, risoltasi, anche grazie all'intervento del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, con un accordo in base al quale i due cittadini libici sono stati giudicati in Olanda secondo il diritto scozzese⁴⁹.

Anche nel caso *Achille Lauro* il coinvolgimento di diversi Stati ha dato origine ad un conflitto fra giurisdizioni, risolto dalla Corte di Cassazione italiana a favore dell'Italia, considerando i reati commessi sulla motonave italiana come perpetrati in territorio italiano⁵⁰.

I casi fin qui esaminati danno conto delle difficoltà incontrate nel contesto internazionale nel conciliare l'esistenza di sfere di giurisdizione spesso concorrenti. L'accresciuta consapevolezza degli Stati della necessità di superare tali ostacoli, al fine di reprimere in modo efficace la commissione di reati che presentino collegamenti con più ordinamenti nazionali ha condotto allo sviluppo della seconda categoria di norme del diritto penale internazionale, ovvero quelle relative alla cooperazione giudiziaria fra

⁴⁹ Il processo si è risolto nel 2001, con una condanna ed un'assoluzione (cfr. *International Enforcement Law Report*, n. 17, p. 117 ss.). Per una dettagliata ricostruzione della vicenda cfr. M. PLACHTA, *The Lockerbie Case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle Aut Dedere Aut Judicare*, in *European Journal of International Law*, vol. 12, 2001, p. 125 ss. L'A. affronta la questione dell'emersione di una terza alternativa rispetto all'obbligo *aut dedere aut iudicare* previsto nella cooperazione fra Stati in materia penale, ovvero *l'aut transferere*, soluzione cui si è giunti nel caso *Lockerbie* a seguito della mediazione delle Nazioni Unite: occorre però considerare la particolarità di tale vicenda, considerata dallo stesso Consiglio di Sicurezza una minaccia per la pace e la sicurezza internazionale. Sul caso si è pronunciata anche la Corte Internazionale di Giustizia, che ha rigettato la richiesta avanzata dalla Libia di adottare misure cautelari volte ad impedire a Stati Uniti e Regno Unito di costringere la stessa a consegnare i cittadini libici accusati in violazione di quanto previsto dalla Convenzione di Montreal del 1971 per la repressione degli illeciti contro la sicurezza dell'aviazione civile (ICJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, *Provisional Measures*, Order of 14 April 1992, *I.C.J. Reports* 1992, p. 3; ICJ, *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, *Provisional Measures*, Order of 14 April 1992, *I.C.J. Reports* 1992, p. 14).

⁵⁰ Corte di Cassazione, sez. I penale, sentenza del 30 ottobre 1985, pubblicata in *Il Foro Italiano*, parte II, 1986, fasc. 1, p. 232. La motonave italiana Achille Lauro era stata dirottata al largo delle coste egiziane da terroristi palestinesi, che avevano poi ucciso un passeggero statunitense. La Cassazione ha affermato la giurisdizione italiana sul fatto osservando che secondo il diritto internazionale generale, così come stabilito anche nella Convenzione di Ginevra del 1958 sul mare territoriale e la zona contigua, la giurisdizione penale dello Stato di bandiera si estende anche a fatti commessi quando la nave si trovi in acque territoriali straniere, salvo che il fatto arrechi un qualche pregiudizio alla vita delle popolazioni costiere. Sul caso cfr. U. LEANZA, *Il nuovo diritto del mare e la sua applicazione nel Mediterraneo*, Torino, 1993, p. 190 ss.; sulle vicende successive relative al dirottamento dell'aereo egiziano con a bordo i presunti mandanti ed esecutori cfr. anche G. GAJA, *Sulla repressione penale per i fatti dell'"Achille Lauro"*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1985, p. 588 ss.

Stati in materia penale, la cui disciplina è contenuta per lo più in accordi internazionali. Tale cooperazione interstatale, il cui scopo è quello di permettere agli Stati di veder soddisfatte le proprie pretese punitive e di applicare la propria legge penale, può assumere diverse forme, come si vedrà nel paragrafo successivo.

3. Le modalità di cooperazione internazionale in materia penale

Seguendo uno schema proposto da Albin Eser⁵¹, la repressione dei crimini transnazionali può avvenire su tre differenti livelli. Il primo livello, anche del punto di vista storico, è quello nazionale, che vede coinvolti molteplici e paralleli sistemi penali. La repressione dei crimini attraverso tale pluralità di ordinamenti potrebbe essere efficace se vi fosse una completa armonia fra le diverse legislazioni, un'applicazione delle stesse strettamente territoriale e perfetti meccanismi di consegna del presunto colpevole alle autorità del luogo di commissione del reato: questa armonia tra ordinamenti non è però realistica, e – come si è già detto nel precedente paragrafo – il rischio di conflitti di giurisdizione positivi o negativi è sempre in agguato⁵². Per superare tali problematiche è apparso quindi necessario agli Stati spostarsi dalla dimensione nazionale a quella internazionale, passando così a quello che Eser definisce il secondo livello della lotta contro il crimine transnazionale, ovvero la cooperazione tra Stati⁵³. La collaborazione internazionale assume una rilevanza fondamentale, poiché solo cooperando fra di loro – ed in particolare attraverso la conclusione di accordi internazionali – gli Stati possono superare i già ricordati limiti della giurisdizione nazionale in materia penale, adeguandosi così al venir meno delle barriere territoriali nell'esercizio delle attività criminali. Il terzo livello della lotta ai crimini transnazionali,

⁵¹ A. ESER, *Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases. A Problem in Outline*, in E. M. WISE, *Criminal science in a global society: essay in honor of Gerhard O. W. Müller*, Littleton, 1994, p. 6 ss.

⁵² A. ESER, *Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases* cit., p. 6.

⁵³ Si tratta di una cooperazione “procedurale” tra Stati, la quale non incide sulla normativa penale sostanziale nazionale, facendo sussistere il rischio di lasciare impuniti fatti particolarmente gravi, o di creare forti diversità di trattamento nei diversi ordinamenti: per tale ragione una seconda modalità di cooperazione internazionale ai crimini transnazionali consiste nel creare obblighi di incriminazione a carico degli Stati, come è avvenuto sia a livello di diritto internazionale generale che tramite accordi internazionali con riferimento a reati particolarmente lesivi di interessi comuni all'intera Comunità internazionale, quali, ad esempio, la schiavitù o la pirateria all'inizio del '900, o il genocidio (cfr. A. ESER, *Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases* cit., p. 7-8).

invece, prevede l'istituzione di un sistema sovranazionale cui gli Stati dovrebbero delegare parte della propria giurisdizione penale, dotato di un codice penale internazionale e di una corte penale internazionale⁵⁴: in tal modo si realizzerebbe la cosiddetta "esecuzione diretta" del diritto internazionale.

L'elaborazione delle nozioni di "sistema di esecuzione diretta" e "sistema di esecuzione indiretta" del diritto penale internazionale si deve, come è noto, a M. Cherif Bassiouni⁵⁵. Il modello "perfetto" di esecuzione diretta del diritto penale internazionale prevede un sistema di giustizia penale verticalmente integrato e globale, che comprenda tutte le componenti della giustizia penale, dalle indagini all'esecuzione delle sentenze⁵⁶. Nella prassi si è osservato un maggiore sviluppo di una versione temperata di tale modello, con l'attribuzione di poteri giurisdizionali a Tribunali internazionali, i quali devono però fare affidamento sugli Stati per l'arresto e la consegna della persona accusata, l'assistenza giudiziaria e l'esecuzione delle sentenze⁵⁷.

Il sistema di esecuzione indiretta si basa invece sull'attuazione del diritto penale internazionale attraverso gli ordinamenti giuridici nazionali, e deriva dall'obbligo

⁵⁴ La Corte penale internazionale istituita nel 1998 non può considerarsi un'entità sovranazionale: si tratta piuttosto di un organo internazionale, la cui azione è "complementare" a quella degli Stati, nel senso che la Corte può attivarsi nel caso in cui lo Stato che avrebbe giurisdizione si rifiuti o non sia in grado di farlo. Gli Stati che hanno ratificato lo Statuto della Corte penale internazionale non hanno quindi inteso delegare parte della propria competenza giurisdizionale alla Corte, la quale quindi non è in grado di limitare la sovranità degli Stati contraenti, né di pregiudicare i sistemi giuridici nazionali che siano in grado e vogliano adempiere ai propri obblighi internazionali (M. C. BASSIOUNI, *Introduction to international criminal law*, New York, 2003, p. 499 ss.). Per quanto riguarda la creazione di un codice penale internazionale, l'unico esempio in tal senso è rappresentato dall'opera di codificazione di M. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law: A Draft International Criminal Code*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn, 1987.

⁵⁵ M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, 1999, p. 185 ss.; ID., *Introduction to international criminal law* cit., p. 18 ss. e 333 ss. Tali nozioni sono state utilizzate per la prima volta nel 1989 durante il 14° Congresso internazionale di diritto penale (cfr. *Risoluzioni della 4ª Sezione del 14° Congresso dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, in *International Review of Penal Law*, no. 61, 1990, p. 131). Si fa qui riferimento alla nozione di diritto penale internazionale elaborata dallo stesso Bassiouni, ovvero quel complesso normativo che unisce gli aspetti penali del diritto internazionale e gli aspetti internazionali del diritto penale, ed il cui scopo è la punizione di quei comportamenti il cui disvalore è universalmente condiviso.

⁵⁶ M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale* cit., p. 185. Il Tribunale militare internazionale di Norimberga ed il Tribunale militare internazionale per l'Estremo Oriente rappresentano gli unici casi di attuazione di tale modello, non particolarmente apprezzato dagli Stati probabilmente perché implicante una profonda limitazione della loro sovranità.

⁵⁷ Si parla di sistema di esecuzione "quasi diretta" del diritto penale internazionale (M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale* cit., p. 189). Sono riconducibili a tale modello i Tribunali per la ex-Jugoslavia e per il Rwanda, nonché la Corte penale internazionale.

gravante sugli Stati di *aut dedere aut iudicare*⁵⁸. Accanto ai summenzionati sistemi di esecuzione del diritto penale internazionale, Bassiouni individua un ulteriore regime giuridico, ovvero quello della cooperazione inter-statale in materia penale, che disciplina le “modalità con cui gli Stati danno attuazione, nelle loro relazioni bilaterali, alle prescrizioni delle rispettive legislazioni penali”⁵⁹. Il sistema di esecuzione indiretta del diritto penale internazionale ed il regime della cooperazione fra Stati in materia penale condividono i medesimi strumenti per la repressione dei crimini, nel senso che il primo si giova dei mezzi che gli Stati hanno elaborato nell’ambito del secondo per collaborare nella repressione di reati comuni e di rilevanza nazionale: in tal modo le modalità di cooperazione cui gli Stati fanno riferimento prescindono dal fatto che i crimini che si vogliono reprimere siano tali ai sensi del diritto internazionale o dei diritti penali interni⁶⁰.

Tradizionalmente si era soliti individuare quattro forme di cooperazione fra Stati in materia penale, ovvero l’extradizione, l’assistenza giudiziaria, l’esecuzione delle sentenze penali straniere ed il trasferimento dei procedimenti⁶¹. Tuttavia lo sviluppo di nuove forme di collaborazione interstatale ha condotto la dottrina più recente ad individuare otto modalità di cooperazione tra Stati in materia penale, aggiungendo alle quattro già menzionate il riconoscimento delle sentenze penali straniere, il sequestro e la confisca dei proventi di reati, lo scambio di informazioni tra intelligence e forze di polizia, e la creazione di spazi giudiziari⁶². Come si dirà più avanti, gli Stati hanno concluso accordi internazionali per regolamentare la loro collaborazione con riferimento a singole modalità della cooperazione internazionale, mentre non si riscontra ad alcun

⁵⁸ M. C. BASSIOUNI, *op. loc. ult. cit.*, p. 190 ss.

⁵⁹ M. C. BASSIOUNI, *Le modalità di cooperazione internazionale in materia penale: il “sistema di esecuzione indiretta” e i regimi di “cooperazione inter-statale in materia penale*, in M. C. BASSIOUNI (a cura di), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Milano, 2005, p. 33.

⁶⁰ M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale cit.*, p. 191, *sub nota* 413.

⁶¹ P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale negli atti d’istruzione penale cit.*, p. 27 ss.; E. MÜLLER-RAPPARD, *International Cooperation in Prosecution and Punishment*, in M.C. BASSIOUNI (ed.), *Post-conflict justice*, New York, 2002, p. 914.

⁶² M. C. BASSIOUNI, *Introduction to international criminal law cit.*, p. 347 ss., il quale individua quindi complessivamente otto modalità di cooperazione internazionale: (i) estradizione; (ii) assistenza giudiziaria; (iii) esecuzione di sentenze penali straniere; (iv) riconoscimento di sentenze penali straniere; (v) trasferimento di procedimenti penali; (vi) sequestro e confisca di beni; (vii) scambio di informazioni fa livello di intelligence e di forze di polizia; (viii) creazione di spazi giudiziari.

livello (bilaterale, multilaterale o universale) l'elaborazione di strumenti che regolino in un'unica sede tutte le forme della cooperazione internazionale in materia penale⁶³. Una certa tendenza a disciplinare in maniera unitaria la cooperazione fra Stati in materia penale si riscontra invece in convenzioni relative alla repressione di crimini specifici, che spesso contengono una serie di norme su estradizione, mutua assistenza giudiziaria, trasferimento di procedimenti ed esecuzione delle sentenze⁶⁴.

3.1. Le modalità della cooperazione internazionale in materia penale: l'extradizione e la mutua assistenza giudiziaria

L'extradizione⁶⁵, come è noto, consiste nella consegna ad uno Stato richiedente di una persona che si trova sul territorio dello Stato richiesto, affinché sia sottoposta a processo o ad esecuzione della pena inflitta con sentenza definitiva. Essa rappresenta la forma di cooperazione fra Stati più antica, originariamente qualificata come uno scambio di cortesie fra sovrani, e per lungo tempo ha rappresentato l'unica forma di cooperazione fra Stati in materia penale⁶⁶. Dal punto di vista del diritto internazionale si discute se si sia formata, alla luce della prassi fra gli Stati, una norma consuetudinaria che imponga agli stessi l'obbligo di *aut dedere aut iudicare*⁶⁷: allo stato attuale si ritiene che tale

⁶³ Un esempio importante, anche se rimasto a livello di progetto, è costituito dal *Draft European Comprehensive Convention on International Cooperation in Criminal Matters* dell'8 agosto 1996, elaborato dal Comitato di esperti sul funzionamento delle Convenzioni europee nel campo penale, il cui scopo era quello di riunire in un solo strumento le discipline relative ad estradizione, assistenza giudiziaria, trasferimento di procedimenti ed esecuzione delle pene contenute nelle varie convenzioni del Consiglio d'Europa. Il Comitato europeo per i problemi penali ha però deciso di sospendere i lavori, ritenendo non realistica la finalizzazione della Convenzione: è stato però deciso di divulgare il testo del progetto, affinché esso potesse costituire una base di partenza.

⁶⁴ Questa soluzione è adottata ad esempio dalla recente Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale (v. *infra* Cap. III).

⁶⁵ Sull'extradizione all'interno di una ormai vasta letteratura cfr. M. C. BASSIUNI, *International Extradition. United States Law and Practice*, New York, 2002; G. GILBERT, *Transnational Fugitive Offenders in International Law, Extradition and other Mechanisms*, The Hague-Boston-London, 1998. R. QUADRI, voce *Extradizione (Diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1968, p. 1 ss.; V. DEL TUFO, voce: *Extradizione (Diritto Internazionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XIII, p. 2.

⁶⁶ Bassiuni sottolinea che fino al XX secolo la cooperazione internazionale si è concentrata esclusivamente sull'extradizione (M. C. BASSIUNI, *Introduction to international criminal law* cit., p. 412).

⁶⁷ L'originaria formulazione del principio in *aut dedere aut punire* si deve ad Hugo Grotius nel 1624 (H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, lib. II, cap. XXI, sez. III-IV: per la traduzione in italiano si veda E. ZANETTI, in *L'indice penale*, 1996, p. 241 ss). La riformulazione del principio in *aut dedere aut iudicare* è avvenuta nel 1973 ad opera di Bassiuni, secondo il quale alla luce degli scopi del diritto penale

principio non costituisca una regola di diritto internazionale generale, salvo che con riferimento a determinati crimini internazionali⁶⁸. Dall'abbondante prassi internazionale in materia di estradizione sono emersi altri principi che trovano una diffusa applicazione, così da sollevare dubbi sulla loro natura. In particolare, parte della dottrina sostiene che il principio di non discriminazione – secondo il quale l'extradizione deve essere rifiutata se la parte richiesta ha fondati motivi di ritenere che la richiesta di estradizione ha lo scopo di perseguire o punire una persona in ragione della sua razza, religione, nazionalità o opinione politica, o ritiene che per tali motivi la posizione del soggetto da estradare sarà pregiudicata – insieme al divieto di trattamenti disumani o degradanti costituiscono norme di *jus cogens*, che non possono essere quindi derogate da norme pattizie o disposizioni nazionali⁶⁹. Si discute poi se altri principi, pur trovando una larga diffusione nella prassi, possano considerarsi norme di diritto consuetudinario⁷⁰: il principio della doppia incriminazione, alla luce del quale una persona può essere estradata solo per un fatto previsto come reato in entrambi gli ordinamenti dello Stato richiedente e dello Stato richiesto, e che si fonda in parte sul

contemporaneo, il giudicare chi è sospettato di un reato è una finalità che precede quella del punire (M. C. BASSIOUNI, *op. loc. ult. cit.*).

⁶⁸ M. C. BASSIOUNI - E. M. WISE, *Aut Dedere aut Judicare: The Obligation to Extradite or Prosecute in International Law*, London, Dordrecht, Boston, 1995, p. 28-39. Il dovere degli Stati di procedere o estradare deriva per lo più da trattati internazionali (v. ad esempio le quattro convenzioni di Ginevra del 1949 – art. 49, par. 2, della 1^a Convenzione, art. 50, par. 2, della 2^a Convenzione, art. 129, par. 2, della 3^a Convenzione, e art. 146, par. 2, della 4^a Convenzione – second cui “[e]ach High Contracting Party shall be under the obligation to search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a prima facie case”; v. anche la Convenzione europea per la repressione del terrorismo del 1977, il cui art. 6 stabilisce che “[e]ach Contracting State shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over an offence mentioned in Article 1 in the case where the suspected offender is present in its territory and it does not extradite him after receiving a request for extradition from a Contracting State whose jurisdiction is based on a rule of jurisdiction existing equally in the law of the requested State”), mentre solo per i crimini internazionali la cui repressione rientra fra i principi di *jus cogens* (aggressione, genocidio, crimini contro l'umanità, apartheid, crimini di guerra, pirateria, schiavitù e tortura) tale obbligo assurge al rango di diritto internazionale generale, vincolante quindi tutti gli Stati a prescindere dall'esistenza di un accordo internazionale.

⁶⁹ P. GULLY-HART, *The European Approach to Extradition*, in M. BASSIOUNI, *International Criminal Law: Procedural and Enforcement Mechanisms*, 3^a ed., 2008, in corso di pubblicazione.

⁷⁰ P. GULLY-HART, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale tali principi non hanno ancora raggiunto il rango di norme di diritto consuetudinario. Nel senso che tali principi si applicherebbero solo in assenza di disposizioni contrarie contenute nel trattato di estradizione cfr. R. QUADRI, *Voce: Estradizione*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1967, vol. XVI, p. 9.

principio della reciprocità, ed in parte su quello di legalità⁷¹; il principio di specialità, secondo il quale l'estradata può essere processato o punito solo in relazione ai fatti per i quali è stata concessa l'extradizione, salvo che lo Stato richiesto presti il suo consenso⁷²; il principio del *ne bis in idem* – la cui natura di norma consuetudinaria è esclusa dalla dottrina maggioritaria⁷³ –, che impone il divieto di sottoporre un individuo a processo per uno stesso fatto già oggetto di un procedimento penale nel medesimo Stato o in uno Stato diverso, e per il quale è già stato assolto o condannato; il divieto di estradare nel caso in cui vi sia il rischio che l'individuo non possa godere di un giusto processo nello Stato richiedente o che sia sottoposto a pena di morte; il divieto di estradizione per reati politici⁷⁴.

Attraverso l'extradizione gli Stati hanno quindi inteso superare i limiti territoriali alla propria potestà punitiva: tuttavia l'inflizione della sanzione penale non può essere considerata il solo scopo della collaborazione internazionale⁷⁵. È infatti evidente che i limiti spaziali alla sovranità di uno Stato incidono anche sul compimento degli atti strumentali all'accertamento della responsabilità penale, quali ad esempio la raccolta di

⁷¹ P. GULLY-HART, *op. loc. ult. cit.*, in particolare *sub* nota 62; M. C. BASSIUNI, *International Extradition and the World Public Order*, 1974, p. 322. Tuttavia, tra le ragioni della previsione della doppia incriminabilità potrebbe anche ravvisarsi ma la “sfiducia” tra ordinamenti stranieri. Sul principio della doppia incriminabilità v. anche *infra* par. 6.1.

⁷² Il rispetto di tale principio da parte degli Stati è problematico, dal momento che, una volta avvenuta l'extradizione, lo Stato richiesto perde ogni controllo sul rispetto dei termini entro i quali essa stata concessa: in caso di ripetute violazioni del principio, lo Stato richiesto potrebbe sospendere l'esecuzione del trattato o denunciarlo (tale soluzione è suggerita da V. DEL TUFO, *Voce: Extradizione (Diritto Internazionale)* cit., p. 2). Sul principio di specialità v. anche *infra* par. 6.1.

⁷³ Sull'inesistenza di una norma di diritto internazionale generale sul *ne bis in idem* internazionale cfr. *ex multis* B. SWART, *Article 9: Non bis in idem*, in M. C. BASSIUNI (ed.), *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, *Nouvelles Études Pénales*, 11, 1993, p. 174; G. CATELANI, *I rapporti internazionali in materia penale*, Milano, 1995, p. 59; R. BARATTA, *Ne bis in idem, diritto internazionale e valori costituzionali*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. I, Milano, 1999, p. 5; C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 929 ss. In generale sul principio del *ne bis in idem* internazionale v. anche N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Milano, 1984. Anche se l'applicazione del principio del *ne bis in idem* internazionale implica un minor “sacrificio” della sovranità statale in materia penale rispetto, ad esempio, agli “effetti positivi” che derivano dall'obbligo di riconoscere e dare esecuzione ad una sentenza straniera, tuttavia gli Stati si mostrano ancora restii nell'accettare di attribuire effetti extra-territoriali al giudicato straniero, e ciò si deve soprattutto alla diffidenza verso sistemi giurisdizionali stranieri (in questo senso cfr. F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità*, Milano, 2003, p. 221 e *sub* n. 13).

⁷⁴ Occorre rilevare che con riferimento all'extradizione del cittadino il diritto internazionale generale non contempla alcun divieto, anche se nella prassi la nazionalità è un elemento che può ostacolare la consegna (cfr. DEL TUFO, *Voce: Extradizione (Diritto Internazionale)* cit., p. 7 ss).

⁷⁵ P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale negli atti d'istruzione penale* cit., p. 9.

prove o l'audizione di testimoni. La sussistenza di altre esigenze funzionali all'esercizio della propria giurisdizione ha spinto gli Stati a sviluppare forme di cooperazione ulteriori e diverse rispetto all'extradizione, in particolare nel settore dell'assistenza giudiziaria.

Il termine "assistenza giudiziaria" o "mutua assistenza giudiziaria", dal tedesco "internazionale Rechtshilfe"⁷⁶, indica quel complesso di attività svolte dallo Stato richiesto per aiutare lo Stato richiedente nello svolgimento della propria attività giurisdizionale. In tale contesto si collocano in primo luogo le rogatorie internazionali, che rappresentano lo strumento giuridico attraverso cui uno Stato richiede la cooperazione di un altro Stato nello svolgimento di atti processuali, come comunicazioni, notificazioni o attività di acquisizione probatoria⁷⁷. Con riferimento a tali attività si parla di assistenza giudiziaria "minore" o "accessoria" rispetto alla pratica dell'extradizione: originariamente infatti le norme sull'assistenza giudiziaria erano contenute negli stessi accordi di estradizione, e la loro finalità era da considerarsi accessoria rispetto all'interesse all'extradizione⁷⁸. Oggi tale accessorialità può ritenersi del tutto superata, anche alla luce dei numerosi strumenti internazionali che, come si vedrà, sono stati adottati nell'ambito dell'assistenza giudiziaria⁷⁹. Le norme relative

⁷⁶ Letteralmente "assistenza giuridica internazionale": tuttavia all'aggettivo "giuridico" è stato preferito quello "giudiziario", ritenendo più importante evidenziare la qualifica dell'organo assistito piuttosto che la natura dell'assistenza (P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale negli atti d'istruzione penale* cit., p. 26, *sub* nota 8). Tale definizione mal si concilia con la pratica dei paesi di common law in cui l'attività istruttoria è svolta anche da forze di polizia, senza l'intervento di un organo giurisdizionale.

⁷⁷ Per questa definizione cfr. G. DI CHIARA, voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Enciclopedia del diritto*, 1998, Milano, p. 890; nello stesso senso cfr. A. GIOVENE, voce *Rogatoria*, in *Digesto discipline penalistiche*, 1997, Torino, p. 385. Estendendo la portata di tale strumento, alcuni Stati hanno adottato la pratica di concludere accordi con altri paesi per l'invio di una "commissione rogatoria" composta da un giudice o da un pubblico ministero titolare dell'indagine, per svolgere direttamente l'attività investigativa sul territorio straniero (M. C. BASSIUNI, *The "Indirect Enforcement System": Modalities of International Cooperation in Penal Matters* cit., p. 431).

⁷⁸ M. PISANI, *Le convenzioni di assistenza giudiziaria in materia penale*, in F. MOSCONI, M. PISANI, *Le convenzioni di estradizione e assistenza giudiziaria*, Milano, 1984, p. 129. All'interno degli accordi di estradizione, le norme sull'assistenza giudiziaria riguardavano generalmente due aspetti, ovvero la consegna al Paese richiedente di oggetti collegati all'estradando, e l'assistenza giudiziaria da prestare a seguito del rifiuto di estradizione per motivi di cittadinanza.

⁷⁹ Nonostante l'acquisita autonomia della disciplina dell'assistenza giudiziaria fra Stati, la qualificazione della stessa come forma di cooperazione "minore" non è scomparsa, ma continua ad essere utilizzata in contrapposizione all'istituto dell'extradizione (cfr. ad esempio A. GAITO, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006, p. 1018): sul punto cfr. M. R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005, p. 2, secondo cui attualmente tale definizione può essere giustificata tenendo conto della minore incisività dell'assistenza giudiziaria sulla libertà del soggetto interessato rispetto all'extradizione.

all'assistenza giudiziaria internazionale sono contenute in convenzioni internazionali o in disposizioni interne, destinate ad operare in assenza di accordi internazionali⁸⁰. Secondo la dottrina maggioritaria non è invece possibile affermare l'esistenza di una norma consuetudinaria che imponga agli Stati l'obbligo di prestarsi assistenza giudiziaria, e per tale motivo in assenza di norme convenzionali o interne essa può essere concessa solo su base volontaria, a titolo di cortesia (comity) internazionale e spesso su base di reciprocità⁸¹.

3.2. Le altre modalità della cooperazione internazionale in materia penale

Estradizione e assistenza giudiziaria rappresentano le forme forse più interessanti della cooperazione internazionale in materia penale, e sono anche i settori in cui, come si vedrà, negli ultimi anni si è assistito ad una sempre maggiore articolazione della relativa disciplina. È comunque utile passare brevemente in rassegna anche le altre modalità di cooperazione fra Stati, tenendo presente che mentre alcune di esse non hanno avuto un grande successo nelle prassi, per altre invece si sta assistendo negli ultimi anni ad un notevole sviluppo. Così, ad esempio, nel campo dell'esecuzione delle sentenze straniere, dopo l'iniziativa intrapresa dal Consiglio d'Europa negli anni '80 in relazione al trasferimento delle persone condannate⁸², non si è avuto uno sviluppo di ulteriori

⁸⁰ Con riferimento all'ordinamento italiano, l'art. 696 c.p.p., co. 2, prevede l'applicazione della disciplina codicistica nel caso non vi siano accordi internazionali o norme di diritto internazionale generale applicabili alla cooperazione internazionale.

⁸¹ Così D. D. SPINELLIS, *Securing Evidence Abroad: A European Perspective*, in M. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law. Procedural and Enforcement Mechanisms*, New York, 1999, p. 362. Sull'inesistenza di una norma consuetudinaria che imponga agli Stati l'obbligo di assistenza giudiziaria cfr. N. GALANTINI, *La cooperazione internazionale per la ricerca e l'acquisizione della prova*, in O. DOMINIONI, *Argomenti di procedura penale internazionale*, Milano, 1982, p. 46; di recente A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova, 2003, p. 24 ss, la quale ritiene che la formazione di una norma consuetudinaria in tal senso non sia neppure prospettabile, tenuto conto del fatto che non esistono strumenti a carattere universale che regolino l'assistenza giudiziaria in materia penale, mentre si assiste ad una sempre maggiore articolazione su base pattizia della disciplina dell'assistenza giudiziaria in relazione a particolari crimini o in specifiche aree geografiche. *Contra* A. BRANCACCIO, *Metodi di cooperazione e assistenza giudiziaria*, in *Diritto penale internazionale*, 1979, p. 95 ss.

⁸² Convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento delle persone condannate del 21 marzo 1983, ETS n. 112, in vigore sul piano internazionale dal 1° luglio 1985 (ratificata dall'Italia con L. 25 luglio 1988, n. 334, in *GU* n. 188 dell'11 agosto 1988 - S. O. n. 73) ed aperta anche a Stati non membri del Consiglio d'Europa (ad esempio, gli Stati Uniti hanno ratificato la convenzione l'11 marzo 1983), cui si aggiunge un Protocollo addizionale aperto alla firma degli Stati contraenti della Convenzione nel dicembre 1997, ed entrato in vigore fra gli Stati che lo hanno ratificato (fra cui non rientra l'Italia) il 1° giugno 2000. Solo alcuni Stati dell'Unione europea (fra cui l'Italia) hanno poi ratificato l'Accordo

strumenti, mentre la prassi ha dimostrato uno scarso ricorso a tale forma di collaborazione⁸³. Strettamente collegata a questa forma di collaborazione è il riconoscimento delle sentenze penali straniere, settore nel quale per molto tempo gli Stati hanno rifiutato di attuare qualsiasi tipo di collaborazione, considerando tale riconoscimento una limitazione della propria sovranità⁸⁴. A livello di ordinamenti nazionali la prassi appare nel senso di riconoscere determinati effetti delle sentenze straniere, piuttosto che ammetterne un riconoscimento generalizzato⁸⁵, mentre in ambito internazionale lo strumento più rilevante è rappresentato dalla Convenzione europea

relativo all'applicazione tra gli Stati membri delle Comunità europee della Convenzione europea sul trasferimento delle persone condannate del 25 maggio 1987: tale accordo, pur non essendo attualmente in vigore poiché non è stato ratificato da tutti gli Stati membri della Comunità europea al momento dell'apertura del trattato alla firma, è tuttavia applicabile nelle relazioni reciproche fra gli Stati che lo hanno ratificato ed hanno emesso una dichiarazione in tal senso, come previsto dall'art. 4 dell'Accordo stesso. Per un commento sui summenzionati strumenti dal punto di vista dell'ordinamento italiano cfr. V. DELICATO, *A proposito dei nuovi strumenti di cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, p. 285 ss. Fra gli accordi analoghi stipulati al di fuori del contesto europeo si possono ricordare la Convenzione interamericana sulla notifica all'estero delle sentenze penali del 1993 (OAS, Treaty series, no.76) con cui le parti contraenti si impegnano a prestarsi la più ampia collaborazione anche con riferimento al trasferimento delle persone condannate, e lo Schema per il trasferimento dei condannati nell'ambito del Commonwealth, firmato nell'agosto del 1986 ad Harare.

⁸³ M. C. BASSIUNI, *Introduction to international criminal law* cit., p. 357. Tale forma di cooperazione ha un contenuto umanitario, in quanto mira a favorire la risocializzazione del condannato, riportandolo nel proprio paese di origine e vicino alla propria famiglia: tuttavia gli Stati non hanno mostrato un particolare favore nella sua attuazione, poiché il problema dell'esecuzione della sentenza si intreccia con la questione del riconoscimento del giudizio penale straniero. Per tale motivo parte della dottrina, tra cui lo stesso Bassiuni, ha proposto di considerare l'esecuzione delle sentenze non come l'esecuzione di un giudizio penale, ma l'esecuzione amministrativa delle conseguenze dello stesso, senza quindi dover ammettere l'efficacia del giudicato penale. Sulla cooperazione internazionale in materia, con riguardo in particolare all'ambito europeo, cfr. F. BESTAGNO, *Il trasferimento dell'esecuzione delle condanne penali tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1994, p. 269 ss.

⁸⁴ Sul riconoscimento delle sentenze penali straniere cfr. D. ÖHLER, *Recognition of Foreign Penal Judgments*, in M. C. BASSIUNI, *International Criminal Law* cit., p. 607 ss. Alla base della riluttanza degli Stati a riconoscere le sentenze straniere vi è anche la mancata fiducia verso ordinamenti giuridici diversi e poco conosciuti.

⁸⁵ I. CARACCILO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale* cit., p. 107, in part. *sub* nota 135, ove l'A. cita alcune soluzioni adottate in Paesi europei. Con riferimento all'ordinamento italiano, il riconoscimento delle sentenze penali straniere – la cui disciplina è contenuta negli artt. 730-741 del libro XI del codice di procedura penale – è ammesso agli effetti stabiliti dall'art. 12 c.p., nn. 1, 2 e 3, ovvero per stabilire la recidiva o un altro effetto penale della condanna, per dichiarare l'abitudine o la professionalità nel reato o la tendenza a delinquere, per applicare una pena accessoria che la condanna importerebbe ai sensi della legge italiana o per applicare una misura di sicurezza; l'art. 731 c.p.p. prevede inoltre il riconoscimento anche ad "altri effetti" previsti da un accordo internazionale. La dottrina sottolinea che il riconoscimento del giudicato penale straniero costituisce un'alternativa alla regola del rinnovamento del giudizio per reati commessi e giudicati all'estero, e che esso non mira a parificare alle sentenze italiane quelle straniere: queste ultime sono considerate piuttosto come un fatto storico giuridico che diventa il presupposto di un ulteriore procedimento devoluto al giudice italiano (A. GAITO, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere* cit., p. 953).

sulla validità internazionale delle sentenze penali del 28 maggio 1970 elaborata in seno al Consiglio d'Europa⁸⁶.

Anche il trasferimento dei procedimenti penali non ha avuto successo nella prassi della cooperazione internazionale, nonostante i vantaggi che potrebbero essere raggiunti attraverso di esso, come la risoluzione dei conflitti di giurisdizione o il superamento delle difficoltà connesse alle procedure di estradizione⁸⁷. Tale modalità di cooperazione si fonda sul presupposto che esista una giurisdizione con cui il fatto da giudicare presenta maggiori elementi di collegamento, così da costituire un *forum conveniens*⁸⁸. I pochi strumenti internazionali che attuano il trasferimento dei procedimenti penali sono stati elaborati in ambito europeo fra gli anni '60 e '70. La Convenzione europea per la repressione delle infrazioni stradali del 1964 prevede una particolare potestà punitiva a favore degli Stati contraenti, i quali si obbligano a perseguire coloro che risiedono sul loro territorio qualora compiano un reato relativo alla circolazione stradale in un altro Stato contraente, nel caso quest'ultimo lo richieda⁸⁹. La successiva Convenzione

⁸⁶ ETS n. 70. La Convenzione, ratificata finora da 20 Stati membri del Consiglio d'Europa (fra cui non rientra l'Italia), prevede la competenza di ogni parte contraente ad eseguire le sentenze penali di un'altra parte quando quest'ultima lo richieda, e sempre che il fatto per cui si procede ed il suo autore siano punibili ai sensi della legge dello Stato richiesto. Fra i requisiti che devono sussistere affinché la parte richiesta dia esecuzione alla sentenza, l'art. 5 della Convenzione prevede che la persona condannata sia residente o cittadino dello Stato richiesto, o che lo Stato richiedente non ritenga di essere in grado di darvi esecuzione neppure a seguito di estradizione. Infine, la Convenzione prevede anche delle norme sul *ne bis in idem*, stabilendo che la persona nei cui confronti è stata resa una sentenza penale "europea" (ovvero emessa da uno degli Stati contraenti a seguito di un giudizio) non può essere sottoposta a nuovo procedimento o all'esecuzione della pena in un altro Stato contraente se è stato assolto, o se la sentenza è stata eseguita o è in fase di esecuzione, o se sono intervenute cause di estinzione della stessa. Limiti all'operatività del *ne bis in idem* sono previsti in caso di reati commessi da chi ricopre una carica pubblica o che coinvolgono una persona con tale qualifica; allo stesso modo, uno Stato contraente può non riconoscere l'effetto del *ne bis in idem* nel caso in cui il fatto sia stato commesso tutto o in parte nel suo territorio.

⁸⁷ Sul punto si veda I. CARACCILO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale* cit., p. 104, che sottolinea che il trasferimento deve riguardare solo il procedimento penale e non anche l'imputato, altrimenti si realizzerebbe una forma dissimulata di estradizione. Sul trasferimento di procedimenti penali si veda J. SCHUTTE, *Transfer of Criminal Proceedings. The European System*, in M. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law. Procedural and Enforcement Mechanisms* cit., p. 643 ss.; F. BESTAGNO, *Il trasferimento dell'esecuzione delle condanne penali tra gli Stati membri dell'Unione europea* cit., p. 278 ss., ove l'A. evidenzia che il trasferimento dei procedimenti penali e dell'esecuzione rappresentano forme di cooperazione "primaria" fra gli Stati, in quanto hanno ad oggetto l'inserimento di una fase del processo penale iniziato in uno Stato in un altro ordinamento statale (mentre le forme di cooperazione secondaria, quali estradizione e assistenza giudiziaria, comportano la collaborazione con lo Stato richiedente, nel cui ambito soltanto ha luogo il processo penale).

⁸⁸ M. C. BASSIOUNI, *Introduction to international criminal law* cit., p. 358.

⁸⁹ ETS n. 52. La Convenzione, ratificata da 5 Stati (Cipro, Danimarca, Francia, Romania e Svezia), rappresenta un esempio interessante di collaborazione internazionale in un settore dove chiaramente la

europea sul trasferimento dei procedimenti penali del 1972 ha invece portata generale, e prevede la competenza di ciascun Stato parte a perseguire, secondo la propria legge penale, qualsiasi violazione cui si applicabile la legge penale di un altro Stato contraente, previa richiesta di quest'ultimo e se il fatto costituisce reato in entrambi gli ordinamenti⁹⁰. Infine nel 1990 è stato concluso l'Accordo tra gli Stati membri delle Comunità europee sul trasferimento dei procedimenti penali, con lo scopo di semplificare le procedure della Convenzione del 1972: tale accordo non è tuttavia stato ratificato da nessuno Stato membro.

Come è stato rilevato, il trasferimento dei procedimenti e l'esecuzione delle sentenze rappresentano forme di collaborazione fra Stati che mirano alla gestione comune del procedimento, attraverso una rinuncia di sovranità da parte dello Stato territorialmente competente, a condizione che lo Stato richiesto assuma l'esercizio dell'azione penale o l'esecuzione della condanna⁹¹: l'insuccesso di tali forme di cooperazione può forse essere spiegato proprio nell'eccessiva limitazione dei poteri che gli Stati dovrebbero accettare.

Le restanti modalità di cooperazione internazionale in materia penale, vale a dire il sequestro e la confisca dei proventi di reati, lo scambio di informazioni tra intelligence e forze di polizia, e la creazione di spazi giudiziari, rappresentano la forma più moderna della collaborazione fra Stati. Il sequestro e la confisca di proventi hanno assunto una rilevanza fondamentale nella lotta alle più moderne forme di criminalità, il cui scopo, come si è detto, è quello di ottenere profitti sempre più rilevanti addirittura in grado di incidere sull'economia dei paesi coinvolti: proprio per la rilevanza di tale strumento di

mobilità dei soggetti è in *re ipsa* e può costituire un serio ostacolo alla repressione dei reati. Il trattato prevede inoltre che lo Stato di commissione del fatto possa richiedere allo Stato di residenza dell'autore di eseguire la sentenza, ma solo nel caso in cui il condannato sia stato posto nella condizione di difendersi.

⁹⁰ ETS n. 73. La Convenzione, ratificata da 25 Stati membri del Consiglio d'Europa (non dall'Italia), prevede che ogni parte contraente possa richiedere ad un'altra di iniziare un procedimento al ricorrere di certe condizioni, fissate nell'art. 8, che possono riferirsi al particolare collegamento dell'autore con lo Stato richiesto (perché ivi residente o suo cittadino), o alla maggiore probabilità che questi partecipi al procedimento nello Stato richiesto, o ancora quando la maggior parte delle prove si trovano sul territorio di quest'ultimo. L'accordo contiene anche delle norme sugli effetti del *ne bis in idem*, la cui disciplina ricalca quella prevista nella Convenzione europea sulla validità internazionale delle sentenze penali del 1970.

⁹¹ V. ESPOSITO, voce *I rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma 1991, p. 2 ss.

cooperazione internazionale nella lotta contro la criminalità economica, ad esso è dedicato il Capitolo III del presente lavoro.

Un'efficace lotta alla criminalità transfrontaliera richiede un effettivo coordinamento fra le agenzie di *intelligence* dei diversi Stati e le forze di polizia: tuttavia in questo settore non esiste una disciplina che regoli gli aspetti internazionali di tali attività, e ciò comporta un'incertezza giuridica pericolosa soprattutto dal punto di vista del rispetto dei diritti individuali⁹².

Infine la creazione di spazi giudiziari regionali e sub-regionali comporta il superamento delle tradizionali forme di cooperazione internazionale in materia penale, dal momento che i particolari legami intercorrenti fra gli Stati che ne fanno parte permettono un avanzamento della qualità della collaborazione internazionale, facilitandola e rendendola più veloce, come l'esperienza dell'Unione europea ha dimostrato⁹³.

4. La mutua assistenza giudiziaria in materia penale: l'evoluzione del sistema convenzionale

L'accresciuta dimensione internazionale della criminalità ha ben presto reso evidente agli Stati che il contatto con ordinamenti stranieri può rendersi necessario in tutte le fasi del procedimento penale, non essendo più sufficiente limitare la cooperazione alla sola estradizione. Proprio per far fronte alle nuove esigenze della collaborazione fra Stati nella repressione delle più moderne forme di criminalità, fra cui in primo luogo quella economica, gli ordinamenti nazionali si sono trovati a ricorrere sempre più frequentemente all'assistenza giudiziaria da parte di Stati stranieri: per quanto riguarda la criminalità economica, inoltre, alcuni paesi più di altri sono stati oggetto di richieste di assistenza, in quanto luoghi di elezione per la movimentazione ed il deposito di flussi di denaro di origine illecita (l'esempio classico in tal senso è la Svizzera).

⁹² M. C. BASSIOUNI, *Introduction to international criminal law* cit., p. 371. Sulle nuove forme della cooperazione internazionale di polizia v. P. GULLY-HART, *Cooperation between central authorities and police officials: the changing face of International legal assistance in criminal matters*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 76, 2005, p. 27 ss.

⁹³ Sulla cooperazione internazionale in materia penale nell'Unione europea v. *infra* Cap. II. Per altre realtà regionali al di fuori del contesto europeo che attuano speciali forme di cooperazione internazionale v. *infra* par. 4.

Alla luce delle caratteristiche della moderna criminalità la cooperazione internazionale, un tempo considerata solo un'ipotesi residuale a disposizione delle autorità nazionali competenti, è divenuta dunque un elemento fondamentale per l'attività investigativa.

Scopo dell'assistenza giudiziaria internazionale è quello di sviluppare i meccanismi attraverso cui gli Stati si prestano aiuto per lo svolgimento di tutte quelle attività funzionali al procedimento penale, dalle indagini, al processo di fronte ad un Tribunale. Nel prestare assistenza, lo Stato richiesto si trova a svolgere attività “un glamorous but highly practical”⁹⁴, quali la raccolta di prove scritte o documentali, l'audizione di testi, la notificazione di atti, o la perquisizione ed il sequestro a fini probatori. Negli ultimi anni poi la crescente dimensione economica della criminalità ha indotto gli Stati a sviluppare nuove forme di assistenza reciproca per l'individuazione dei proventi di reato e la loro confisca, tema su cui si tornerà più avanti.

Nonostante l'evidente rilevanza pratica di questa forma di collaborazione internazionale, gli Stati si sono mostrati per lungo tempo restii nel concedere il proprio aiuto ad autorità straniere, sul presupposto che l'applicazione del diritto penale dovesse restare strettamente nazionale, e non vi fosse dunque motivo di attivarsi per permettere ad un ordinamento straniero di dare attuazione al proprio diritto penale⁹⁵.

A causa dell'inesistenza di un obbligo di cooperazione in materia penale riconducibile al diritto internazionale generale⁹⁶, le relazioni fra gli Stati in materia di assistenza giudiziaria si sono inizialmente sviluppate sulla base di rapporti di cortesia internazionale. Al fine di stabilire una maggiore certezza nei rapporti internazionali in materia, gli Stati hanno quindi sentito la necessità di concludere accordi internazionali sulla mutua assistenza giudiziaria, prima a livello bilaterale, e successivamente, in particolare a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, a livello multilaterale.

Il primo tentativo di predisporre una convenzione multilaterale universale sull'assistenza giudiziaria si deve al Comitato di esperti per la progressiva codificazione del diritto internazionale, istituito dalla Società delle Nazioni nel 1928. È interessante

⁹⁴ W. C. GILMORE, *Mutual assistance in criminal and business regulatory matters*, Cambridge, 1995, p. xii.

⁹⁵ Per alcuni esempi di questa chiusura nei confronti del diritto penale straniero v. D. MCCLEAN, *International co-operation in civil and criminal matters*, Oxford, 2002, p. 154-155.

⁹⁶ V. *supra* par. 3.1.

rilevare che nella relazione finale al Consiglio della Società delle Nazioni, i *rapporteur* Prof. Schücking e Prof. Diena esclusero che in quel momento storico fosse realizzabile una convenzione multilaterale che prevedesse un obbligo generale di collaborazione fra gli Stati in materia penale per lo svolgimento di indagini preliminari o per la notificazione di atti giudiziari, ritenendo invece preferibile inserire norme sull'assistenza giudiziaria in trattati riguardanti crimini di rilevanza internazionale⁹⁷. Il progetto di una convenzione sull'assistenza giudiziaria fu portato avanti dalla Harvard Law School nell'ambito della ricerca sul diritto internazionale, e nel 1939 fu pubblicato il lavoro finale⁹⁸. Esso conteneva norme sulla notificazione di documenti e sull'assunzione di prove all'estero sia con riferimento al procedimento civile che a quello penale, prevedendo l'applicazione della medesima disciplina procedurale⁹⁹: vi erano inoltre disposizioni per l'assistenza a tribunali internazionali e per l'ottenimento di informazioni sulla legge straniera.

È unanimemente riconosciuto che una nuova fase nel settore dell'assistenza giudiziaria internazionale si è aperta dopo la seconda guerra mondiale, con il passaggio, in particolare in Europa, dal bilateralismo al multilateralismo¹⁰⁰: in tale contesto, la

⁹⁷ *General Introduction*, in *The American Journal of International Law, Supplement: Research in International Law*, vol. 33, 1939, p. 7. Il progetto di convenzione elaborato dal Comitato di esperti per la progressiva codificazione del diritto internazionale riguardava la citazione di testimoni ed esperti per la comparizione nello Stato richiedente, il trasferimento dei detenuti per rendere testimonianza, e la produzione di documenti: non era invece disciplinata l'assunzione di prove nello Stato richiesto (D. McCLEAN, *International co-operation in civil and criminal matters* cit., p. 125).

⁹⁸ *Draft Convention on Judicial Assistance*, in *The American Journal of International Law, Supplement: Research in International Law*, vol. 33, 1939, p. 15 ss.

⁹⁹ In particolare, l'art. 1 del progetto di convenzione disciplinava la notifica di atti relativi ad un procedimento civile, prevedendo la trasmissione della relativa richiesta all'autorità competente dello Stato richiesto direttamente da parte del Tribunale competente presso lo Stato richiedente, oppure tramite canali diplomatici; lo Stato richiesto poteva non dare esecuzione alla richiesta nel caso in cui in base alla propria legge non sussistesse la giurisdizione dello Stato richiedente sulla persona destinataria della notifica, o in caso di assenza del soggetto, o ancora se l'esecuzione della richiesta sarebbe stata contraria all'interesse pubblico. L'art. 4 del progetto di convenzione, riguardante l'assunzione all'estero di prove nell'ambito di un procedimento civile, disciplinava le modalità di redazione, trasmissione ed esecuzione di una lettera rogatoria, mentre l'art. 5 prevedeva la possibilità di nominare dei commissari che svolgessero direttamente nello Stato richiesto l'assunzione delle prove. I successivi articoli 6 e 7 riguardanti la notificazione di atti e l'assunzione di prove all'estero nell'ambito del procedimento penale richiamavano i summenzionati articoli 2, 4 e 5, prevedendo però la possibilità di non eseguire la richiesta nel caso in cui la persona "target" dell'attività fosse l'accusato stesso, o si procedesse per un reato politico.

¹⁰⁰ R. MONACO, voce *Cooperazione giudiziaria internazionale, II) in materia penale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. aggiornamento V, Roma, 1996, p. 2. Con riferimento all'ordinamento italiano, l'evoluzione della disciplina sull'assistenza giudiziaria può essere suddivisa in tre fasi storiche (M. PISANI, *Le convenzioni di assistenza giudiziaria in materia penale* cit., p. 129 ss): I) dall'Unità d'Italia alla prima

Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale (CEAG) del 20 aprile 1959 rappresenta l'esempio più importante¹⁰¹. Senza sottovalutare l'importanza della conclusione di una convenzione quale la CEAG, non può non rilevarsi che l'importanza dell'elaborazione di forme di cooperazione internazionale a livello multilaterale rileva soprattutto dal punto di vista politico e per il conseguente ampliamento del numero di Stati che accettano di sottoporsi ad obblighi internazionali in materia di assistenza giudiziaria: per quanto riguarda invece il contenuto degli obblighi introdotti da convenzioni internazionali sull'assistenza giudiziaria, essi restano comunque di natura bilaterale, nel senso che in concreto si sviluppano comunque tra due Stati, quello richiedente e quello richiesto¹⁰².

guerra mondiale: in questo periodo non vi erano convenzioni disciplinanti esclusivamente l'assistenza giudiziaria, ma le relative norme erano contenute negli accordi bilaterali di estradizione stipulati dall'Italia; II) dal primo dopoguerra alla seconda guerra mondiale: nel 1922 fu indetta a Roma una conferenza fra i paesi successori dell'Austria (Austria, Regno serbo-croato-sloveno, Cecoslovacchia e Ungheria), a seguito della quale l'Italia concluse con tali paesi delle convenzioni bilaterali sull'extradizione e sulla protezione giudiziaria e legale dei sudditi, comprendente anche misure sull'assistenza giudiziaria. Nel 1926 furono conclusi due accordi con la Turchia, uno sull'extradizione, l'altro sulla protezione giudiziaria e l'assistenza reciproca delle autorità giudiziarie in materia civile e penale e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie. In controtendenza con la pratica di autonomizzazione della disciplina sull'assistenza giudiziaria si pongono gli accordi conclusi con Cuba nel 1928, con la Finlandia nel 1929 con Panama e Venezuela nel 1930, disciplinanti nel medesimo contesto estradizione ed assistenza giudiziaria. Negli anni successivi, tuttavia, si stabilizza la tendenza a stipulare accordi specifici nella materia dell'assistenza giudiziaria: in tale quadro si inseriscono gli accordi del 1935 con il Perù e del 1936 con la Francia sulla comunicazione delle sentenze penali, lo scambio di note del 1937 con il Giappone per la reciproca assistenza civile e penale e per l'esecuzione di commissioni rogatorie, e l'accordo con la Germania del 1937 per l'assistenza giudiziaria nei procedimenti penali in materia di circolazione; III) dal secondo dopoguerra ad oggi: dopo che furono rimessi in vigore i trattati bilaterali precedentemente conclusi, altri accordi sull'assistenza giudiziaria furono conclusi con Francia (1955) e Israele (1956). È nel 1959, tuttavia, che con la conclusione della Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria si apre una nuova fase della cooperazione in materia di assistenza giudiziaria. Sulla "storia" dei trattati bilaterali stipulati dall'Italia sulla mutua assistenza giudiziaria v. anche R. MONACO, *op. loc. ult. cit.*; G. LA GRECA, *Origine e primi sviluppi della cooperazione giudiziaria internazionale*, in G. LA GRECA, M. R. MARCHETTI, *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, 2003, p. 3 ss.). I trattati bilaterali sull'assistenza giudiziaria attualmente vigenti per l'Italia sono circa una ventina, fra cui il Trattato di mutua assistenza in materia penale con gli Stati Uniti del 1982, e l'Accordo tra l'Italia e la Svizzera che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20.04.1959 e ne agevola l'applicazione, del 1998 (la maggior parte dei testi delle convenzioni sono reperibili sul sito web del Ministero di Giustizia, www.giustizia.it; per una raccolta dei testi v. M. PISANI, F. MOSCONI, D. VIGONI, *Codice delle convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, IV ed., Milano, 2004).

¹⁰¹ ETS n. 30, resa esecutiva in Italia con l. 23 febbraio 1961, n.215, in *GU* 13 aprile 1961, n.92, sui cui v. *infra* par. 5 e seguenti.

¹⁰² A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale* cit., p. 57 ss., la quale sottolinea che nel campo dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia di prova la vera alternativa non è fra strumenti bilaterali o multilaterali, ma fra il modello classico in cui tali strumenti rientrano, e le forme più recenti di cooperazione, riscontrabili solo in determinate realtà - ci si riferisce alle squadre investigative comuni

La logica evoluzione del multilateralismo avrebbe dovuto condurre allo sviluppo di forme di collaborazione a livello universale. In effetti, nel 1990 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato quattro "trattati-tipo"¹⁰³ in materia di cooperazione penale internazionale¹⁰⁴: tali strumenti tuttavia si prefiggono non di stabilire una disciplina generale applicabile a livello universale, ma di promuovere la modernizzazione degli strumenti bilaterali già esistenti, nonché la conclusione di accordi bilaterali da parte di quegli Stati che ancora non hanno un sistema di relazioni bilaterali in questa materia¹⁰⁵. In particolare, il Trattato-tipo sull'assistenza giudiziaria prevede che le parti si prestino la più ampia collaborazione per le indagini ed i processi penali. L'art. 1 del Trattato da una parte definisce le attività che rientrano nell'assistenza giudiziaria ai sensi del medesimo accordo, ovvero l'assunzione di prove, la notificazione di atti giudiziari, l'esecuzione di perquisizioni e sequestri a fini probatori, l'esame di oggetti e luoghi, la trasmissione di informazioni e di documenti, compresi quelli bancari, finanziari e commerciali; dall'altra precisa che non rientrano nell'assistenza giudiziaria l'arresto o la detenzione di una persona a fini di estradizione, l'esecuzione di sentenze straniere, il trasferimento di detenuti e di procedimenti penali. Fra i settori che non rientrano nell'assistenza non sono invece citati i reati fiscali¹⁰⁶. Fra i motivi di rifiuto della richiesta di assistenza vi sono l'eventuale pregiudizio alla sovranità, alla sicurezza, all'ordine pubblico e ad interessi pubblici essenziali dello Stato richiesto, la natura politica del reato per cui si procede, nonché la circostanza che il fatto per cui si procede è oggetto di indagine o procedimento nello Stato richiesto, o se

previste dalla Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale fra gli Stati membri dell'Unione europea del 2000 -, che posso ricondursi al modello dell'organo comune, in grado di agire sul territorio di più Stati ed i cui risultati sono utilizzabili in più ordinamenti.

¹⁰³ Per tale espressione cfr. M. PISANI, *Quattro trattati-tipo dell'ONU per la cooperazione internazionale in materia penale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, p. 443 ss.

¹⁰⁴ Model Treaty on Extradition, Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, Model Treaty on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters, Model Treaty on the Transfer of Supervision of Offenders Conditionally Sentenced or Conditionally Released, approvati con quattro risoluzioni (nn. 45/116, 45/117, 45/118 e 45/119). Tali trattati sono stati elaborati nell'ambito dei Congressi ONU sulla prevenzione del crimine ed il trattamento dei delinquenti, che si tengono ogni 5 anni dal 1955 e riuniscono specialisti di diritto penale e funzionari. Per un commento generale sui modelli di trattato v. R. S. CLARK, *Crime: The UN agenda on International cooperation in criminal process*, in *Nova Law Review*, 1991, p. 475.

¹⁰⁵ R. S. CLARK, *Crime: The UN agenda on International cooperation in criminal process* cit., p. 479.

¹⁰⁶ La non esclusione dei reati di natura fiscale, così come il superamento del segreto bancario - che ai sensi dell'art. 4, co. 2, non può da solo giustificare il rifiuto di eseguire la richiesta di assistenza - rendono il Modello avanzato rispetto ad analoghi strumenti internazionali.

l'attivazione di un procedimento penale nello Stato richiedente sarebbe contrario al principio del *ne bis in idem*¹⁰⁷; non rientra invece fra le cause di rifiuto la mancanza di doppia incriminazione. Il Trattato non include nell'ambito dell'assistenza che gli Stati possono prestarsi la materia del sequestro e della confisca dei proventi di reato: tale settore è invece oggetto di un Protocollo Opzionale allegato al Trattato. La scelta di disciplinare separatamente dall'assistenza giudiziaria la materia del sequestro e della confisca dei proventi di reato si fonda sul diverso inquadramento teorico di tale attività, il cui scopo non è quello di agevolare o assicurare la formazione di mezzi di prova, ma di aggredire i patrimoni di origine criminale per sottrarli definitivamente alla disponibilità degli autori di reati¹⁰⁸. Per quanto riguarda la disciplina prevista dal Protocollo – composto da soli sei paragrafi, formulati in termini ampi e generali così da lasciare agli Stati la possibilità di negoziare a livello bilaterale ulteriori norme di dettaglio –, il primo paragrafo fornisce la definizione di “proceeds of crime”, che comprende ogni tipo di beneficio diretto ed indiretto derivante dalla commissione di reato, prevedendo anche la cosiddetta confisca di valore, ovvero di una somma equivalente al profitto realizzato attraverso il reato. Il Protocollo prevede poi una serie di obblighi a carico dello Stato richiesto funzionali all'esecuzione della misura: una volta ricevuta la richiesta, è infatti previsto che lo Stato si attivi per localizzare i proventi di reato che si trovino sotto la propria giurisdizione, nonché per garantire che i risultati delle proprie ricerche non vadano dispersi nell'attesa di un provvedimento definitivo da parte dello Stato richiedente. Infine è previsto l'obbligo per lo Stato richiesto di dare esecuzione, nei limiti previsti dalla propria legge, alle decisioni definitive di sequestro e confisca provenienti dallo Stato richiedente.

I Trattati-tipo elaborati in seno alle Nazioni Unite danno quindi conto dell'esigenza sentita dalla Comunità internazionale di sviluppare forme di cooperazione in materia penale, ma non attraverso una disciplina generale a livello universale. Dall'analisi delle

¹⁰⁷ Art. 4 del Modello.

¹⁰⁸ L. SALAZAR, *I Modelli di trattato delle Nazioni Unite in materia di cooperazione giudiziaria penale*, in A. DE GUTTRY, F. PAGANI, *La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio*, Padova, 1995, 203, ove l'A. sottolinea che la scelta di regolare la materia del sequestro e della confisca dei proventi di reato in un protocollo opzionale trovava giustificazione nella volontà di non forzare gli Stati a collaborare in un settore che all'epoca esulava dalle forme tradizionali di cooperazione internazionale in materia penale.

convenzioni che gli Stati hanno concluso a partire dalla citata Convenzione europea del 1959, emerge invece che l'evoluzione del sistema convenzionale può essere inquadrato sotto due tendenze, la "regionalizzazione" e la "settorializzazione"¹⁰⁹.

Il fenomeno della "regionalizzazione" può essere definito come lo sviluppo di forme di cooperazione internazionale in cui sono coinvolti almeno tre Stati di una specifica area geografica¹¹⁰, il cui obiettivo ultimo è il raggiungimento di un'armonizzazione del diritto penale sostanziale tra ordinamenti collegati da interessi economici e strategie politiche comuni, così da reprimere quei comportamenti lesivi di interessi giuridici sopranazionali¹¹¹. Come è noto, questo fenomeno si è sviluppato soprattutto in Europa grazie all'attività prima del Consiglio d'Europa e poi dell'Unione europea, ma anche in altri contesti geografici si riscontrano esperienze simili¹¹². Nell'ambito dell'Organizzazione degli Stati americani¹¹³, ad esempio, è stata conclusa nel 1992 la

¹⁰⁹ A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale* cit., p. 47 ss., in part. p. 59 ss. e p. 68 ss.

¹¹⁰ J. SCHUTTE, *The Regionalization of International Criminal Law and the Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings. Commentary and Preparatory Questions for the Colloquium of the AIDP in Helsinki*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1994, p. 29.

¹¹¹ N. GALANTINI, *La regionalizzazione del diritto penale internazionale e la protezione dei diritti umani nella cooperazione internazionale in materia penale*, in *Cassazione penale*, 1994, p. 1685.

¹¹² Restando sempre in Europa, esistono poi dei contesti "sub-regionali", in cui sono state instaurate forme peculiari di cooperazione in virtù dei rapporti assai intensi che legano gli Stati coinvolti, anche per la loro vicinanza territoriale: ci si riferisce all'Unione economica del Benelux, cui aderiscono Belgio, Olanda e Lussemburgo, e al Consiglio Nordico, che riunisce i Paesi Scandinavi (Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia, Svezia). Nel 1982 i Paesi del Benelux hanno concluso un accordo su estradizione e mutua assistenza giudiziaria, modificato da un Protocollo nel 1974; allo stesso modo i Paesi scandinavi hanno concluso accordi sull'extradizione (1959), sull'esecuzione delle sentenze penali (1963), e sulla mutua assistenza giudiziaria in materia penale (1974). Tutti gli Stati menzionati sono parti contraenti della CEAG del 1959: come si vedrà meglio più avanti, la CEAG prevede la possibilità che gli Stati contraenti concludano accordi, bilaterali o multilaterali, per integrare la Convenzione stessa e facilitare la cooperazione (art. 26).

¹¹³ L'Organizzazione degli Stati americani (OAS), la cui istituzione risale al 30 aprile 1948 con la firma della cosiddetta Carta di Bogotà (Carta dell'Organizzazione degli Stati americani), è riconducibile al sistema delle organizzazioni regionali promosse dalle Nazioni Unite per sviluppare la cooperazione e la difesa comune fra gli Stati membri delle medesime: essa costituisce il sistema regionale più importante dopo quello europeo (così B. CONFORTI, *Diritto Internazionale* cit., p. 396). Scopo dell'Organizzazione, che riunisce gli Stati Uniti, il Canada e gli Stati dell'America latina (attualmente aderiscono all'OAS 34 Stati, a cui deve aggiungersi Cuba, la cui partecipazione è stata però sospesa nel 1962) è "to achieve an order of peace and justice, to promote their solidarity, to strengthen their collaboration, and to defend their sovereignty, their territorial integrity, and their independence" (art. 1 della Carta dell'Organizzazione degli Stati americani). Nel 1969 la maggior parte degli Stati dell'OAS (fra cui non figurano gli Stati Uniti) ha firmato la Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo, entrata in vigore nel 1978, che prevede anche un controllo giurisdizionale affidato ad una Commissione e ad una Corte di Giustizia. Fra gli scopi fondamentali dell'Organizzazione indicati nell'art. 2 della Carta dell'Organizzazione degli Stati americani figura alla lett. e) "to seek the solution of political, juridical, and economic problems that may arise among them": tale obiettivo viene perseguito anche attraverso la conclusione di convenzioni sull'assistenza giudiziaria.

Convenzione interamericana sulla mutua assistenza giudiziaria in materia penale, seguita nel 1993 da un Protocollo addizionale che estende l'assistenza anche ai casi di reati fiscali¹¹⁴.

Altri esempi di cooperazione a livello regionale si riscontrano nell'ambito della Lega degli Stati arabi, i cui Stati membri hanno concluso nel 1985 una Convenzione generale sull'assistenza giudiziaria in materia penale, e fra gli Stati dell'Africa Occidentale, che nel 1992 hanno firmato una Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale¹¹⁵. Deve essere infine menzionata l'attività svolta dal Segretariato del Commonwealth, il quale nel 1983 è stato incaricato dai Ministri della Giustizia dei paesi del Commonwealth di elaborare una proposta di "Commonwealth Scheme for Mutual Assistance in Criminal Matters", approvata nel 1986 ad Harare¹¹⁶: per quanto riguarda la natura giuridica dello "scheme", esso non è uno strumento in grado di creare obblighi a carico degli Stati, ma piuttosto un set di raccomandazioni per favorire lo sviluppo dell'assistenza giudiziaria tra questi, garantendo un'ampia flessibilità agli Stati¹¹⁷.

Le ragioni del "successo" dell'approccio regionale nell'assistenza giudiziaria in materia penale sono varie. In primo luogo, è chiaro che la vicinanza territoriale rende più probabile il contatto fra ordinamenti e più frequente il ricorso all'assistenza giudiziaria. Allo stesso tempo, poiché è più facile che gli Stati abbiano una migliore conoscenza

¹¹⁴ Inter-American Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, OAS Treaty Series no. 75; Optional Protocol related to the Inter-American Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, OAS Treaty Series no. 77 (tutti i testi delle convenzioni concluse in ambito OAS sono reperibili sul sito www.oas.org). La Convenzione sull'assistenza giudiziaria è entrata in vigore nel 1996, ed è stata ratificata da una ventina di Stati membri dell'OAS, fra cui gli Stati Uniti (per un'analisi delle disposizioni più rilevanti si veda D. MCCLEAN, *International co-operation in civil and criminal matters* cit., p. 223-224). Il Protocollo, invece, è entrato in vigore nel 2002 ed è attualmente applicabile nelle relazioni fra i sette Stati che lo hanno ratificato (fra cui gli Stati Uniti). Gli Stati membri dell'OAS hanno concluso altre convenzioni sull'assistenza giudiziaria, per lo più in materia civile o commerciale: in materia penale va ricordata invece la Convenzione sull'estradizione (Interamerican Convention on Extradition, OAS Treaty Series no. 60), conclusa a Caracas nel 1981 ed entrata in vigore nel 1992, che è stata però ratificata solo da alcuni Stati membri dell'OAS, per lo più dell'America latina.

¹¹⁵ Il testo è pubblicato in W.C. GILMORE, *Mutual Assistance in Criminal and Business Regulatory Matters* cit., p. 202.

¹¹⁶ La versione aggiornata del Commonwealth Scheme for Mutual Assistance in Criminal Matters è reperibile sul sito www.thecommonwealth.org.

¹¹⁷ Per un'analisi dello Scheme for Mutual Assistance in Criminal Matters si veda D. MCCLEAN, *International co-operation in civil and criminal matters* cit., p. 196 ss.

degli ordinamenti di paesi territorialmente attigui, ciò comporta una maggiore fiducia reciproca, facilitando la disponibilità degli Stati a prestarsi assistenza¹¹⁸.

Si parla invece di “settorializzazione” per indicare quella tendenza allo sviluppo di forme più intense di cooperazione con riferimento a determinate fattispecie criminose¹¹⁹.

Numerose sono le convenzioni internazionali concluse dagli Stati per promuovere la lotta contro forme di criminalità in relazione alle quali esiste un interesse comune alla repressione: tali strumenti, oltre a prevedere obblighi di incriminazione a carico degli Stati, contengono altresì delle disposizioni riguardanti l’assistenza giudiziaria, anche se spesso formulate in termini generali. Così, ad esempio, la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 1997¹²⁰ prevede che “[e]ach Party shall, to the fullest extent possible under its laws and relevant treaties and arrangements, provide prompt and effective legal assistance to another Party for the purpose of criminal investigations and proceedings brought by a Party concerning offences within the scope of this Convention and for non-criminal proceedings within the scope of this Convention brought by a Party against a legal person” (art. 9). La Convenzione di Vienna contro il traffico di

¹¹⁸ In questo senso cfr. F. BESTAGNO, *Il trasferimento dell’esecuzione delle condanne penali tra gli Stati membri dell’Unione europea* cit., p. 277 ss., e la dottrina citata *sub* nota 23.

¹¹⁹ A. CIAMPI, *L’assunzione di prove all’estero in materia penale* cit., p. 50 ss. L’A. riconduce nel fenomeno della settorializzazione anche l’ipotesi, di scarsa applicazione pratica, della conclusione di accordi di assistenza giudiziaria per la gestione di singole vicende giudiziarie: uno dei pochi esempi in tal senso è l’accordo tra Stati Uniti ed Italia relativo alle procedure per l’assistenza reciproca nell’amministrazione della giustizia in relazione al caso della società aeronautica Lockheed, del 29 marzo 1976 (il testo dell’accordo è rinvenibile in M. PISANI, *Italia - Stati Uniti: cooperazione in materia penale*, Milano, 2007, p. 83 ss.). Tale accordo fu concluso fra il Ministero della Giustizia italiano ed il Dipartimento di giustizia statunitense per condurre le necessarie indagini ai fini di procedimenti civili, amministrativi e penali instaurati nei due paesi per lo scandalo della società americana Lockheed, accusata di aver corrotto alti funzionari e uomini politici per aggiudicarsi la fornitura di aeromobili da trasporto: occorre però rilevare che non si tratta di un vero e proprio accordo internazionale, ma piuttosto di un’intesa fra autorità amministrative, ragione per cui esso è stato applicato in base al D.L. 1° aprile 1976, n. 76, poi convertito con L. 30 aprile 1979, n. 179. Esso è composto da otto articoli, i quali disciplinano le modalità per la trasmissione di informazioni e documenti, e per l’assunzione di testimonianze, prevedendo addirittura che ufficiali di uno Stato possano condurre audizione direttamente sul territorio di un altro (art. 7).

¹²⁰ OECD Convention on combating bribery of foreign public officials in International Business Transactions, fatta a Parigi il 21 novembre 1997 (il testo della convenzione ed i documenti ad essa collegati sono reperibili sul sito dell’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico www.oecd.org).

stupefacenti e sostanze psicotrope del 1988¹²¹, contiene invece una disciplina di dettaglio sulla cooperazione fra Stati, prevedendo disposizioni assai articolate relative alla confisca (art.5), all'extradizione (art. 6), alla mutua assistenza giudiziaria (art. 7) e al trasferimento di procedimenti (art. 8)¹²². Infine, anche la recente Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale contiene norme dettagliate sulla cooperazione fra gli Stati aderenti in materia di confisca, estradizione assistenza giudiziaria, ed anche di cooperazione di polizia¹²³.

Un secondo aspetto della “settorializzazione” si riferisce invece all'elaborazione di strumenti di cooperazione per la protezione di beni comuni a più Stati¹²⁴: appare evidente che l'emersione di un bene comune a più Stati può avvenire solo in contesti di profonda integrazione, ed infatti l'esempio più importante – ed anche unico nel suo genere – è rappresentato dalla Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 1995, seguita da due Protocolli del 1996 (uno relativo alla corruzione dei funzionari collegata alle frodi comunitarie, l'altro sulla competenza della Corte di Giustizia ad interpretare in via pregiudiziale la Convenzione), e dal Secondo Protocollo del 1997 che prevede, tra l'altro, disposizioni in materia di confisca per i reati di riciclaggio, corruzione e frode¹²⁵.

¹²¹ Convention against the Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, conclusa a Vienna il 20 dicembre 1988 (il testo della Convenzione è reperibile all'indirizzo http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf), su cui v. diffusamente *infra* Cap. III.

¹²² Per quanto riguarda la mutua assistenza giudiziaria, l'art. 7 delle Convenzione prevede che le Parti si prestino la più vasta assistenza giudiziaria, in particolare per raccogliere testimonianze o deposizioni, notificare atti giudiziari, effettuare perquisizioni e confische, esaminare oggetti e visitare luoghi, fornire informazioni e corpi del reato, fornire originali o copie certificate conformi di documenti e fascicoli pertinenti, compresi estratti bancari, documenti contabili, fascicoli di società e documenti commerciali e per identificare o individuare prodotti, beni, strumenti o altre cose al fine di raccogliere elementi di prova (par. 2). Lo stesso articolo disciplina le modalità di trasmissione della richiesta (par. 9), il contenuto della stessa (par. 10), ed i motivi di rifiuto (par. 15).

¹²³ Sulle disposizioni relative alla cooperazione internazionale nella Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale v. *infra* Cap. III.

¹²⁴ A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale* cit., p. 61 ss.

¹²⁵ Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, in *GU* n. C 316 del 27 novembre 1995, p. 48 ss.; Primo protocollo del 27 settembre 1996 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, in *GU* n. C 313 del 23 ottobre 1996, p. 2 ss.; Protocollo del 29 novembre 1996 concernente l'interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee in *GU* n. C 151 del 20 maggio 1997, p. 12 ss.; Secondo protocollo, del 19 giugno 1997, del Consiglio della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee in *GU* n. C 221 del 19 luglio 1997, p. 12 ss. (il Secondo Protocollo non è ancora in vigore, poiché occorre la ratifica da parte di tutti gli Stati membri dell'Unione europea; l'Italia

Come si avrà modo di osservare nel prosieguo del lavoro, l'attività della Comunità internazionale nel campo della cooperazione giudiziaria penale sta proseguendo secondo le due tendenze sopra esaminate. Da una parte, è nei contesti regionali che si assiste all'introduzione di nuovi principi nella collaborazione fra Stati, fondati su una forte fiducia fra ordinamenti nazionali; dall'altra, a livello universale - ci si riferisce alle convenzioni elaborate in seno alle Nazioni Unite - pare essersi consolidata la tendenza alla settorializzazione, e conseguentemente lo sviluppo della cooperazione internazionale penale avviene con riferimento alla repressione di specifiche forme di criminalità, quali la criminalità organizzata, la corruzione o il riciclaggio.

Altra forma di cooperazione che si sta sviluppando negli ultimi anni è quella con i Tribunali internazionali, i quali hanno bisogno dell'assistenza degli Stati per il compimento di varie attività funzionali ai procedimenti celebrati davanti ad essi, dalle indagini, all'esecuzione della pena¹²⁶. Sembra invece abbandonato il progetto di una convenzione universale sulla cooperazione internazionale in materia penale in generale, o anche a forme specifiche di essa, quali estradizione o assistenza giudiziaria.

Occorre infine rilevare che la cooperazione internazionale in materia penale, al di fuori degli strumenti multilaterali, continua ad essere regolata da una fitta rete di accordi bilaterali¹²⁷, nonché dalle disposizioni nazionali relative ai rapporti con ordinamenti stranieri.

ha provveduto solo di recente a ratificare il protocollo con L. 135 del 4 agosto 2008, in *GU* n. 203 *SO* del 30 agosto 2008). Sulla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità v. *infra* Cap. II.

¹²⁶ Sulla cooperazione fra Tribunali internazionali e Stati, cfr. fra gli altri M. CASTELLANETA, *La cooperazione fra Stati e Tribunali Penali Internazionali*, Bari, 2002; A. CIAMPI, *The obligation to cooperate*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford, 2002, p. 1581 ss.; ID., *Other Forms of Cooperation*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court* cit., 1679 ss.

¹²⁷ Ad esempio, l'Italia ha concluso accordi sull'extradizione con circa trenta Stati, e sull'assistenza giudiziaria in materia penale con circa venti paesi, fra cui gli Stati Uniti, Canada, Australia, cui si fa ampio ricorso nella prassi. Anche gli Stati Uniti hanno e continuano a promuovere una fitta rete di relazioni bilaterali per la cooperazione in materia penale.

5. L'azione del Consiglio d'Europa nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale

Come si è già avuto modo di osservare, la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, fatta a Strasburgo il 20 aprile 1959, ha dato inizio ad una nuova era della cooperazione fra Stati nel settore penale. Prima di passare all'esame della disciplina prevista dalla Convenzione del 1959, è utile soffermarsi sul contesto in cui essa è stata predisposta.

Il Consiglio d'Europa, con sede a Strasburgo, comprende 47 Stati membri, fra cui tutti gli Stati membri dell'Unione europea, molti Stati dell'Europa orientale, ed ancora Russia e Svizzera: hanno inoltre lo statuto di osservatori Canada, Stati Uniti, Messico, Israele, Giappone e Santa Sede. Ai sensi dell'art. 1 del Trattato istitutivo del Consiglio d'Europa¹²⁸, firmato a Londra nel 1949, scopo dell'organizzazione "is to achieve a greater unity between its members for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage and facilitating their economic and social progress [...]. This aim shall be pursued through the organs of the Council by discussion of questions of common concern and by *agreements and common action in economic, social, cultural, scientific, legal and administrative matters and in the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms*". Il perseguimento degli obiettivi sanciti nello Statuto avviene essenzialmente attraverso tre tipi di azione: lo scambio reciproco di informazioni su questioni di interesse comune; l'elaborazione e l'adozione di raccomandazioni destinate ai governi degli Stati membri per promuovere una linea comune nell'attuazione di determinate politiche; la predisposizione e la conclusione di convenzioni, la cui firma e ratifica è lasciata alla discrezionalità degli Stati membri del Consiglio d'Europa¹²⁹.

¹²⁸ Firmato a Londra il 5 maggio 1949 da 10 Stati (Belgio, Danimarca, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia), ETS no. 1. Tutte le convenzioni del Consiglio d'Europa sono reperibili all'indirizzo www.coe.int.

¹²⁹ E. MÜLLER-RAPPARD, *Inter-State Cooperation in Penal Matters Within the Council of Europe Framework*, in M. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law. Procedural and Enforcement Mechanisms* cit., p. 331 ss. Con riferimento alla conclusione di accordi internazionali, l'A. opportunamente evidenzia che, se è vero che sugli accordi multilaterali elaborati in seno al Consiglio d'Europa vi è in genere un consenso tra gli Stati membri, tuttavia occorre che tali strumenti vengano poi recepiti negli ordinamenti interni attraverso i procedimenti di ratifica, e, ovviamente, solo gli Stati che hanno ratificato le convenzioni saranno vincolati alle stesse (in effetti è raro che una convenzione sia ratificata da tutti gli

L'attività dell'Organizzazione nella predisposizione di accordi internazionali¹³⁰ ha condotto nel 1950 alla conclusione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che, come è noto, ha istituito un sistema giurisdizionale per la tutela dei diritti umani, affidato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, considerato un modello di riferimento a livello universale. Per quanto riguarda la cooperazione in materia penale, nel quadro del Consiglio d'Europa sono state predisposte una trentina di convenzioni a partire dagli anni '50, quando sono state concluse la Convenzione europea sull'estradizione (1957) e la Convenzione europea sulla mutua assistenza giudiziaria (1959)¹³¹. Le convenzioni

Stati membri del Consiglio: l'eccezione più rilevante è costituita dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo). Come si vedrà, alcuni trattati elaborati dal Consiglio d'Europa sono aperti all'adesione anche di Stati non membri dell'Organizzazione.

¹³⁰ I termini "accordo" e "convenzione" sono qui utilizzati come sinonimi: tuttavia nella prassi il termine "convenzione" è usato con riferimento ai quei trattati multilaterali aperti all'adesione di un alto numero di Stati, mentre il termine "accordo" viene utilizzato maggiormente nel caso di trattati bilaterali, o multilaterali ma con un numero ristretto di Stati.

¹³¹ Alcune convenzioni sono già state esaminate *supra*, par. 3.2. Per un quadro delle convenzioni predisposte dal Consiglio d'Europa (fino al 1999) cfr. E. MÜLLER-RAPPARD, *Inter-State Cooperation in Penal Matters Within the Council of Europe Framework* cit., p. 336 ss. Per comprendere la vastità dei temi affrontati nel quadro del Consiglio d'Europa, si riporta di seguito l'elenco delle convenzioni predisposte sulla cooperazione giuridica in materia penale al 2008: Convenzione europea di estradizione del 1957, ETS n. 24; Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959, ETS n. 30; Convenzione europea sulla sorveglianza delle persone condannate o liberate sotto condizione del 1964, ETS n. 51; Convenzione europea per la repressione delle infrazioni stradali del 1964, ETS n. 52; Convenzione europea sull'efficacia internazionale delle sentenze penali del 1970, ETS n. 70; Convenzione europea sul rimpatrio dei minori del 1970, ETS n. 71; Convenzione europea sul trasferimento delle procedure penali del 1972, ETS n. 73; Convenzione europea sull'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra del 1974, ETS n. 82; Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione del 1975, ETS n. 86; Convenzione europea sugli effetti internazionali della decadenza del diritto di condurre un veicolo a motore del 1976, ETS n. 88; Convenzione europea per la repressione del terrorismo del 1977, ETS n. 90; Protocollo addizionale alla Convenzione europea nel campo dell'informazione sul diritto estero del 1978, ETS n. 97; Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione del 1978, ETS n. 98; Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1978, ETS n. 99; Convenzione europea sul controllo dell'acquisto e detenzione di armi da fuoco del 1978, ETS n. 101; Convenzione sul trasferimento delle persone condannate del 1983, ETS n. 112; Convenzione europea relativa al risarcimento delle vittime di reati violenti del 1983, ETS n. 116; Convenzione europea sulle infrazioni coinvolgenti i beni culturali del 1985, ETS n. 119 (non ancora in vigore); Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato del 1990, ETS n. 141; Accordo sul traffico illecito via mare, che applica l'articolo 17 della Convenzione delle Nazioni unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope del 1995, ETS n. 156; Protocollo addizionale alla Convenzione sul trasferimento delle persone condannate del 2000, ETS n. 167; Convenzione sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale del 1998, ETS n. 172 (non ancora in vigore); Convenzione penale sulla corruzione del 1999, ETS n. 173; Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 2001, ETS n. 182; Convenzione sulla criminalità informatica del 2001, ETS n. 185; Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica, relativo all'incriminazione di atti di natura razzista e xenofobica commessi a mezzo di sistemi informatici del 2003, ETS n. 189; Protocollo di emendamento alla Convenzione europea per la repressione del terrorismo del 2003, ETS n. 190 (non ancora in vigore); Protocollo addizionale alla

appartenenti a questa prima fase dell'azione del Consiglio d'Europa, che ha segnato l'inizio del multilateralismo nella cooperazione penale, miravano ad una armonizzazione delle regole già esistenti a livello di accordi bilaterali in vigore tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa: a tal fine è previsto che sia la Convenzione sull'estradizione che quella sull'assistenza giudiziaria abrogano, per quanto riguarda i territori cui sono applicabili, gli accordi bilaterali che regolano le relazioni fra Stati contraenti nelle rispettive materie¹³². L'opera di unificazione attraverso le summenzionate convenzioni è stata perseguita anche prevedendo che gli Stati contraenti possano concludere accordi, bilaterali e multilaterali, fra di loro nelle materie coperte dalle Convenzioni del 1957 e del 1959 solo per completarne ed agevolarne l'applicazione¹³³.

Seguendo una classificazione temporale della produzione convenzionale del Consiglio d'Europa proposta dalla dottrina¹³⁴, dopo la fase iniziale caratterizzata dall'intento di unificare la disciplina su estradizione e mutua assistenza giudiziaria senza però superare i confini previsti dagli accordi bilaterali già esistenti, il decennio 1961-1971 è stato caratterizzato dallo sviluppo di nuovi strumenti e metodi nella cooperazione penale. In tale contesto si collocano le già menzionate Convenzioni per la repressione delle infrazioni stradali del 1964, sulla validità internazionale delle sentenze penali del 1970 e sul trasferimento dei procedimenti penali del 1972, che introducono nuovi metodi sulla cooperazione tra Stati in materia penale¹³⁵, nonché la Convenzione europea sulla sorveglianza delle persone condannate o liberate sotto condizione del 1964, che segna l'emergere del principio della riabilitazione sociale del condannato fra i criteri che devono guidare la collaborazione fra Stati.

Convenzione penale sulla corruzione del 2003, ETS n. 191; Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo del 2005, ETS n. 196; Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani del 2005; Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo del 2005, ETS n. 198.

¹³² Convenzione europea di estradizione, art. 28, par. 1; Convenzione europea di mutua assistenza giudiziaria, art. 26, par. 1.

¹³³ Convenzione europea di estradizione, art. 28, par. 2; Convenzione europea di mutua assistenza giudiziaria, art. 26, par. 3.

¹³⁴ Cfr. E. MÜLLER-RAPPARD, *Inter-State Cooperation in Penal Matters within the Council of Europe Framework* cit., p. 336 ss.

¹³⁵ Sottolinea la modernità di tali convenzioni che portano ad una "compenetrazione tra Stati" E. AMODIO, *L'attività del Consiglio d'Europa e il processo penale italiano*, in AA. VV., *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, p. 582 ss.

Lo sviluppo di nuove forme di cooperazione continua nel periodo 1972-1990, in cui l'azione del Consiglio d'Europa comporta un'espansione del campo di applicazione delle convenzioni, la limitazione delle eccezioni all'obbligo di collaborare previsto nei vari testi, nonché una semplificazione nei meccanismi di cooperazione. In tale ottica si collocano, ad esempio, i Protocolli addizionali alla Convenzione di estradizione del 1975 e del 1978, i quali prevedono, rispettivamente, l'esclusione della natura politica (con conseguente impossibilità di rifiutare l'estradizione) dei crimini contro l'umanità previsti dalla Convenzione contro il genocidio del 1948 e dei crimini di guerra previsti dalle Convenzioni di Ginevra del 1949, e l'estensione dell'estradizione ai reati di natura fiscale. Anche il Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1978 estende l'obbligo di assistenza ai reati di natura fiscale. Nel 1990 viene poi conclusa la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, a testimonianza del fatto che anche nel Consiglio d'Europa emerge la necessità di predisporre nuovi strumenti di contrasto alla criminalità.

Dalla fine degli anni Novanta ad oggi l'opera del Consiglio d'Europa è proseguita sia nel senso di ampliare l'operatività delle convenzioni precedenti, come nel caso del Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 2001 di cui si dirà oltre, sia al fine di adeguare la collaborazione fra gli Stati membri alle esigenze repressive poste dalle nuove forme di criminalità, cui fanno riferimento, ad esempio, la Convenzione sulla criminalità informatica del 2001 o la nuova Convenzione per la prevenzione del terrorismo del 2005.

È evidente che l'attività del Consiglio d'Europa in materia di cooperazione penale risentirà sempre di più degli atti adottati a livello di Unione europea, specie se si considera che l'attività dell'Unione in tale settore è in continuo aumento. Tuttavia il Consiglio d'Europa è destinato a rimanere una sede di fondamentale importanza per lo sviluppo della cooperazione penale internazionale, anche solo per la capacità di coinvolgere paesi che si pongono al di fuori del contesto dell'integrazione comunitaria.

5.1. La Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959

La CEAG rappresenta uno strumento di particolare importanza nel panorama della cooperazione internazionale in materia penale per molteplici ragioni. In primo luogo, la Convenzione introduce alcuni principi particolarmente avanzati, soprattutto per l'epoca in cui essa fu elaborata, primo fra tutti l'eliminazione, anche se non totale, del requisito della doppia incriminabilità al fine di prestare assistenza. Assai rilevante è poi il ruolo che la CEAG assume rispetto ai successivi strumenti elaborati in materia. Come si dirà meglio più avanti, tutti gli atti adottati dagli Stati membri dell'Unione europea in materia si sono "innestati" sulla CEAG, al fine di migliorarne l'applicazione fra di essi. Al di fuori del contesto europeo, alla CEAG si ispira anche la Convenzione interamericana sulla mutua assistenza giudiziaria del 1992¹³⁶.

L'ultimo elemento, ma non il meno importante, che contribuisce a rendere la CEAG un punto di riferimento per lo studio della cooperazione internazionale in materia penale è l'ampio ricorso che si è fatto nella pratica a tale strumento, e che continua farsi a cinquant'anni dalla sua conclusione, anche e sempre più con riferimento alla criminalità economica, in considerazione della tendenza di questa a superare i confini dei singoli Stati.

La Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, fatta a Strasburgo il 20 aprile 1959 ed entrata in vigore nel 1962, è stata ratificata da tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, ad eccezione di San Marino, e da uno Stato non membro, Israele¹³⁷. Trattandosi del primo di caso di convenzione multilaterale sull'assistenza giudiziaria, si è proceduto all'elaborazione di una disciplina flessibile così da adattarsi ai diversi ordinamenti giuridici degli Stati aderenti, prevedendo un obbligo generale di prestare assistenza, e un insieme di regole sui limiti di tale obbligo¹³⁸. I lavori sulla CEAG sono iniziati subito dopo l'elaborazione della Convenzione sull'estradizione del 1957: al Comitato di esperti incaricati della predisposizione del testo apparve subito evidente l'opportunità di separare le relative discipline, sulla considerazione che il

¹³⁶ In questo senso cfr. A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero* cit., p. 70.

¹³⁷ L'art. 28 CEAG prevede, infatti, che il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa possa invitare qualsiasi Stato non membro ad aderire alla Convenzione. L'Italia ha ratificato la Convenzione con L. 23 febbraio 1961, n. 215 (in *GU* del 13 aprile 1981, n. 215).

¹³⁸ D. MCCLEAN, *International judicial assistance*, Oxford, 1992, p. 133.

minore impatto dell'assistenza giudiziaria sulla libertà personale degli individui permetteva di superare alcuni limiti previsti per l'estradizione. Così, ad esempio, si è deciso di garantire l'obbligo di assistenza per ogni tipo di reato a prescindere dalla gravità della pena, e di non richiedere il requisito della doppia incriminabilità¹³⁹.

Ai sensi dell'art. 1 CEAG, la parti contraenti si impegnano ad applicarsi reciprocamente "l'assistenza giudiziaria più ampia possibile in qualsiasi procedura concernente reati, la cui repressione, al momento in cui l'assistenza giudiziaria è domandata, è di competenza delle autorità giudiziarie della Parte richiedente". Il riferimento alla competenza di *autorità giudiziarie* sembra non tener conto del fatto che in alcuni paesi, specie quelli di *common law*, gli organi inquirenti sono considerati autorità amministrative: tuttavia, ai sensi del successivo art. 24 qualsiasi Parte contraente può, al momento della ratifica o dell'adesione alla Convenzione, indicare le autorità che essa considera "autorità giudiziarie" ai fini della CEAG¹⁴⁰. Dal tenore dell'art. 1 si desume inoltre la volontà di interpretare la CEAG nel senso più ampio possibile, così da estenderne l'applicabilità ad ogni pratica riconducibile all'assistenza giudiziaria¹⁴¹.

Per quanto riguarda il campo di applicazione della CEAG, essa comprende tutte le attività tradizionalmente riconducibili all'assistenza giudiziaria (acquisizione di prove, notifiche e comunicazioni, perquisizioni e sequestri), con l'eccezione di ciò che riguarda l'individuazione e la confisca dei proventi di reato. La Convenzione prevede inoltre altre forme di cooperazione, come lo scambio periodico di informazioni sulle sentenze penali emesse nei confronti di cittadini (art. 22) e la trasmissione di denunce al fine di richiedere ad un'altra Parte contraente l'apertura di un procedimento nei confronti di

¹³⁹ Explanatory Report on the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, p. 2. Per quanto riguarda la Convenzione europea sull'estradizione, l'art. 2 prevede che "[d]anno luogo all'estradizione i fatti che le leggi della Parte richiedente e della Parte richiesta puniscono con una pena o con una misura di sicurezza privative della libertà di un massimo di almeno un anno o con una pena più severa". Si veda però *infra* quanto previsto dall'art. 5 CEAG.

¹⁴⁰ Explanatory Report on the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Commentary of Art. 1 and Art. 24. Allo stesso tempo si è preferito escludere dal campo di applicazione della Convenzione lo scambio diretto di informazioni tra forze di polizia, prevedendo solo la possibilità di ricorrere all'Interpol nel caso di trasmissione diretta fra autorità giudiziarie.

¹⁴¹ Ciò ha permesso, ad esempio, di ricorrere alla videoconferenza per l'audizione di testimoni nelle more dell'entrata in vigore di accordi internazionali che prevedono espressamente la possibilità di utilizzare tale strumento (sul punto B. PIATTOLI, *Nuove tecniche e nuove garanzie: l'assunzione della prova tramite videoconferenza*, in T. RAFACI (ed.), *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, p. 151).

una determinata persona (art. 21)¹⁴². Come precisato dall'art.1, par. 2, la CEAG non si applica né all'esecuzione di provvedimenti di arresto e di condanna (materie che chiaramente esulano dall'assistenza giudiziaria, riconducibili invece alla disciplina dell'estradizione), né ai reati militari.

Sempre nell'ottica di garantire la più ampia collaborazione, la Convenzione prevede tassativamente i casi in cui l'assistenza giudiziaria può essere rifiutata, ovvero se la domanda si riferisce a reati considerati dallo Stato richiesto come politici, o connessi a reati politici, o reati fiscali, o ancora nel caso in cui lo Stato richiesto ritiene che l'esecuzione della domanda possa pregiudicare i propri sovrani, sicurezza, ordine pubblico o altri interessi essenziali. Mentre la seconda parte della disposizione mira a rassicurare gli Stati sulla portata dell'obbligo di cooperazione dagli stessi assunto con la sottoscrizione della Convenzione, la possibilità di rifiutare l'assistenza in caso di reati politici o fiscali si pone nel solco della tradizione sviluppatasi in particolare con riferimento all'estradizione, secondo cui le summenzionate categorie di reati avrebbero mera rilevanza interna e non sussisterebbe quindi alcun interesse alla collaborazione internazionale¹⁴³.

Le attività di assistenza cui la CEAG dedica maggior attenzione sono l'esecuzione di rogatorie e la notifica di atti processuali e provvedimenti giudiziari (Titolo II, artt. 3-6), nonché la citazione a comparire di testimoni, periti e persone sottoposte a procedimento penale (Titolo III, artt. 7-12).

Attraverso l'inoltro di una lettera rogatoria, definita "a mandate given by a judicial authority of one country to a foreign judicial authority to perform in its place one or

¹⁴² Tale previsione risponde all'esigenza di perseguire chi, dopo aver commesso il reato nel territorio dello Stato richiedente, si è rifugiato nello Stato richiesto e non può essere estradato (in questo senso cfr. W. C. GILMORE, *Mutual assistance in criminal and business regulatory matters* cit., p. xiii).

¹⁴³ Secondo il Quadri, mentre per i reati fiscali e per quelli militari la non estradabilità è da ricollegarsi al disinteresse dell'ordinamento nazionale per l'attuazione del comando straniero, con riferimento ai reati politici si aggiunge anche la volontà di evitare di cooperare con un altro Stato nell'attuazione di una "vendetta guidata dalle passioni di parte o da interessi che sono privi di valore al di fuori di una determinata cerchia politica" (R. QUADRI, voce *Estradizione (Diritto internazionale)* cit., p. 43). Sul rifiuto di estradare per reati politici cfr. N. PARISI, *Estradizione e diritti dell'uomo. Fra diritto internazionale convenzionale e generale*, Milano, 1993, p. 7 ss. Tuttavia occorre evidenziare che la discrezionalità dell'opposizione dei motivi di rifiuto ex art. 2 CEAG non preclude in ogni caso l'assistenza giudiziaria per reati politici o fiscali: allo stesso tempo, la possibilità di rifiutare dipende dalla qualificazione del fatto operata dallo Stato richiesto, non rilevando quella dello Stato richiedente (D. MCCLEAN, *International judicial assistance* cit., p. 133). Sulle modifiche conseguenti ai Protocolli addizionali vedi *infra* par. 5.2.

more specified actions”¹⁴⁴, una Parte richiede all'altra il compimento di attività di acquisizione probatoria, che può consistere nell'audizione di testimoni, periti o della persona accusata¹⁴⁵, o nello svolgimento di perquisizioni e sequestri a fini probatori, nonché la trasmissione di corpi di reato, fascicoli o documenti da produrre come prova. L'art. 3, par.1, CEAG prevede che lo Stato richiesto darà esecuzione alle rogatorie trasmesse dalle autorità giudiziarie di un'altra Parte *nelle forme previste dalla propria legislazione*: la Convenzione accoglie quindi il principio del *locus regit actum* che, come si vedrà, ha per lungo tempo costituito il modello tradizionale nell'esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria, mentre negli strumenti più recenti si sta andando nella direzione opposta¹⁴⁶. Tuttavia, al fine di superare la rigidità posta da tale principio e permettere un coinvolgimento di quei soggetti dello Stato richiesto maggiormente interessati all'attività probatoria, la Convenzione del 1959 ha previsto la possibilità di dar luogo alla cosiddetta “rogatoria partecipata”: ai sensi dell'art. 4 CEAG, infatti, non solo nel caso in cui la Parte richiedente ne faccia espressa domanda la Parte richiesta deve fornire informazioni su data e luogo dell'esecuzione, ma quest'ultima può anche permettere alle autorità e alle persone interessate dello Stato richiedente di assistere all'esecuzione¹⁴⁷.

Si è detto che la natura dell'assistenza giudiziaria ha permesso di superare i limiti posti alla cooperazione fra Stati in materia di estradizione, specie con riferimento al requisito della doppia incriminabilità. Tali limiti tuttavia tornano in rilievo nella CEAG con

¹⁴⁴ Explanatory Report on the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Commentary of Art. 3.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Vedi *infra* Cap. II.

¹⁴⁷ Come si legge nel rapporto esplicativo della Convenzione, il consenso alla partecipazione di autorità e persone interessate dello Stato richiedente può essere prestato solo se la legge dello Stato richiesto vi consenta (Explanatory Report on the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Commentary of Art. 4). Il ricorso alla rogatoria partecipata è auspicato anche dal Comitato dei Ministri nella Raccomandazione n. R (80) 8 adottata il 27 giugno 1980, ove si afferma che “[w]hen applying Article 4 of the convention and subject to its domestic law, the competent authority of the requested state should make generous use of its discretion to allow officials of the requesting state and interested persons to be present at the execution of letters rogatory and to co-operate in these proceedings as actively as possible”. Sull'evoluzione dell'istituto della rogatoria partecipata cfr. D. VIGONI, *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta*, in G. LA GRECA, M. R. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale* cit., p. 417 ss. È interessante rilevare che nel Rapporto esplicativo si fa riferimento alla posizione del Rappresentante italiano, secondo il quale il sistema italiano non permetteva la presenza della persona interessata all'esecuzione della rogatoria, ma solo delle autorità giudiziarie: tale dichiarazione non ha più senso alla luce delle modifiche del codice di procedura penale italiano fondato sulla centralità del contraddittorio nella formazione della prova.

riferimento a perquisizioni e sequestri - a fini probatori -, ritenute evidentemente pratiche di assistenza giudiziaria più “invasive”: a tal fine, l’art. 5 CEAG prevede la possibilità per gli Stati contraenti di subordinare, tramite la formulazione di riserve, l’esecuzione di queste attività ad alcune condizioni, quali: (a) il reato motivante la commissione rogatoria deve essere punibile secondo la legge della Parte richiedente e della Parte richiesta; (b) il reato motivante la commissione rogatoria deve essere idoneo nel paese richiesto a dar luogo all’extradizione; (c) l’esecuzione della commissione rogatoria deve essere compatibile con la legge della Parte richiesta. Inoltre, nel caso in cui una Parte contraente effettui una riserva in tale senso, qualsiasi altra parte può applicare nei confronti di questa la regola della reciprocità, subordinando quindi le richieste di assistenza equivalenti al ricorrere delle medesime condizioni (art. 5, par. 2)¹⁴⁸.

Per quanto riguarda invece la disciplina sulle notifiche e sulla comparizione di testi, periti e persone sottoposte a procedimento penale, l’art. 7 CEAG sulla consegna di atti processuali e provvedimenti giudiziari appare riferirsi in particolare al caso di citazione a comparire nel paese richiedente¹⁴⁹: la rimessione degli atti non è soggetta a formalità particolari, a meno che la Parte richiedente non abbia richiesto espressamente determinate modalità. Nel caso in cui un teste od un perito citati a comparire dallo Stato richiedente tramite atto consegnato dallo Stato richiesto non ottemperino a tale richiesta, essi non saranno passibili di alcuna sanzione o misura coercitiva, salvo che non si rechino spontaneamente sul territorio dello Stato richiedente (art. 8): tale disposizione riflette la prassi internazionale secondo cui testimoni e periti sono liberi di scegliere se

¹⁴⁸ Attraverso la formulazione di una riserva, uno Stato manifesta la propria volontà di non accettare certe clausole del trattato, o di accettarle con alcune modifiche o secondo una certa interpretazione (cd. “dichiarazioni interpretative” - cfr. B. CONFORTI, *Diritto Internazionale* cit., p. 88 ss.). Ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, uno Stato al momento di sottoscrivere, ratificare, accettare, approvare un trattato o aderirvi può formulare una riserva se ciò non sia espressamente proibito dal trattato stesso o essa non sia incompatibile con l’oggetto e lo scopo del trattato. Attraverso lo strumento della riserva si vuole fare in modo, specie nel caso di convenzioni aperte ad un largo numero di Stati, che il mancato raggiungimento del consenso su un determinato argomento non pregiudichi l’accordo sull’intero testo. Per quanto riguarda la CEAG, la possibilità di formulare riserve su qualsiasi disposizione è espressamente prevista dall’art. 23: con riferimento a perquisizioni e sequestri, solo 7 su 47 Stati contraenti non si sono avvalsi della facoltà di formulare riserve ai sensi dell’art. 5, fra cui l’Italia.

¹⁴⁹ Explanatory Report on the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Commentary of Art. 7.

recarsi o meno nel territorio dello Stato richiedente¹⁵⁰. La Convenzione regola infine il trasferimento di una persona detenuta nel territorio dello Stato richiedente per essere ivi sentita come teste o sottoposta a confronto: il trasferimento può essere rifiutato nel caso in cui la persona detenuta non vi consenta, la sua presenza sia necessaria per lo svolgimento di un procedimento in corso nello Stato richiesto, se il trasferimento comporti il prolungamento della sua detenzione, o sussistano altre considerazioni imperative che si oppongono al trasferimento (art. 11, par. 1). Il Titolo II della Convenzione si chiude con la disciplina dell'immunità riconosciuta a testi, periti e persone sottoposte a procedimento, con alcune distinzioni. Infatti, mentre i testimoni ed i periti comparsi nello Stato richiedente non possono essere sottoposti a procedimento o privati della libertà personale per fatti o condanne anteriori alla loro partenza dallo Stato richiesto, per quanto riguarda le persone che si recano nello Stato richiedente per sottoporsi ad un procedimento – a cui chiaramente non può essere applicata la medesima disciplina di testi e periti – la Convenzione prevede il divieto che questi siano perseguiti o privati della libertà personale per fatti o condanne anteriori alla partenza dallo Stato richiesto *non* indicati nella citazione¹⁵¹.

Il Titolo VI della CEAG disciplina infine la procedura per la formulazione e l'inoltro delle richieste di assistenza. Mentre l'art. 14 disciplina il contenuto delle richieste, l'art. 15 prevede la trasmissione delle medesime dal Ministero di Giustizia della Parte richiedente al Ministero di Giustizia della Parte richiesta: in caso di urgenza è inoltre prevista la trasmissione diretta tra autorità giudiziarie. La disposizione ha una grande rilevanza dal punto di vista procedurale, poiché permette di fare a meno dei tradizionali canali diplomatici e di velocizzare l'iter della richiesta¹⁵².

Le restanti norme della CEAG sulla procedura riguardano la traduzione delle domande e degli allegati (art. 16), la non necessità della legalizzazione dei documenti trasmessi

¹⁵⁰ Explanatory Report on the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Commentary of Art. 8.

¹⁵¹ Tale previsione risponde al principio di specialità, che mira a garantire sia la posizione dell'individuo oggetto coinvolto nell'assistenza che lo Stato richiesto: v. *infra* par. 6.1.

¹⁵² L'importanza di prevedere meccanismi facili e veloci di assistenza giudiziaria per contrastare in modo efficace la criminalità è sottolineato da R. DUSSAIX, *Some Problems Arising from the Practical Application, from the Judicial Point of View, of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*, in European Committee on Crime Problems, *Problems Arising from the Practical Application of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*, 1971, p. 38.

(art. 18), l'obbligo di motivare il rifiuto all'assistenza (art. 19), le spese relative all'esecuzione della richiesta (art. 20).

Fra le disposizioni finali (artt. 23-30), l'art. 26 disciplina il rapporto fra la CEAG e altri accordi sull'assistenza giudiziaria in materia penale fra gli Stati contraenti, prevedendo l'abrogazione da parte della CEAG delle corrispondenti disposizioni dei trattati bilaterali, con l'eccezione delle norme sulla trasmissione diretta delle domande e la traduzione dei documenti allegati alla richiesta. Il criterio di prevalenza della CEAG subisce però alcune eccezioni. In primo luogo, essa non pregiudica gli obblighi di assistenza giudiziaria derivanti da un accordo internazionale bilaterale o multilaterale in un settore determinato (art. 26, par. 2). È inoltre previsto che le parti contraenti possano regolare l'assistenza giudiziaria sulla base di una legislazione uniforme o di un ordinamento particolare in vigore nei reciproci rapporti, escludendo così l'applicazione della CEAG: di tale esclusione devono dare comunicazione al Segretario Generale del Consiglio d'Europa (art. 26, par. 4)¹⁵³. Infine, ai sensi del par. 3, è previsto che gli Stati contraenti della CEAG possono concludere accordi bilaterali o multilaterali sull'assistenza giudiziaria in materia penale solo per *completare* le disposizioni della CEAG o *agevolarne l'applicazione*: tale previsione permette di comprendere i rapporti intercorrenti fra la CEAG e gli atti adottati in materia nell'ambito dell'Unione europea¹⁵⁴.

5.2. I Protocolli addizionali alla CEAG

La disciplina sull'assistenza giudiziaria in materia penale prevista dalla CEAG è stata integrata da due protocolli successivi, il cui scopo è quello di superare alcuni limiti alla cooperazione previsti dal testo del 1959 e di modernizzare la Convenzione stessa.

¹⁵³ Disposizione analoga è contenuta nella Convenzione europea di estradizione del 1957 (art. 28), in virtù della quale la decisione-quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 sul mandato d'arresto europeo ha sostituito nei rapporti fra gli Stati membri dell'Unione la Convenzione del 1957 (si veda, ad esempio, la dichiarazione contenuta nella Nota verbale della Rappresentanza permanente italiana del 25 aprile 2006 trasmessa al Segretariato Generale, disponibile sul sito www.coe.int).

¹⁵⁴ Su cui v. *infra* Cap. II.

Il Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, fatto a Strasburgo il 17 marzo 1978¹⁵⁵, è stato ratificato da quasi tutti gli Stati contraenti della CEAG¹⁵⁶, i quali con la sottoscrizione del medesimo si sono impegnati a non esercitare il diritto di rifiuto all'assistenza giudiziaria previsto dall'art. 2, lett. a, CEAG nel caso di reati fiscali¹⁵⁷. Sempre nell'ottica di ampliare e facilitare l'assistenza, l'art. 2 del Protocollo prevede che gli Stati che si sono avvalsi della facoltà di subordinare l'esecuzione di perquisizioni e sequestri ex art. 5 CEAG al requisito della doppia incriminabilità si impegnano, nel caso di cooperazione per reati fiscali, a ritenerlo soddisfatto nel caso in cui la legge dello Stato richiesto preveda un reato della stessa natura. Il Protocollo prevede inoltre l'estensione dell'assistenza giudiziaria prevista dalla CEAG anche alla cooperazione per l'esecuzione ed il recupero di pene pecuniarie e spese processuali, nonché alle materie riguardanti la sospensione ed interruzione delle pene detentive (art. 3). Infine, il Protocollo rafforza la cooperazione in materia di comunicazioni di informazioni del casellario giudiziario (art. 4).

Il 1° febbraio 2004 è entrato in vigore il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, ratificato però finora (dicembre 2008) da soli 17 Stati, sui 47 contraenti della CEAG¹⁵⁸. Il Secondo Protocollo mira ad adeguare la CEAG ai moderni e più veloci strumenti di cooperazione fra Stati: la velocità è l'elemento chiave delle nuove procedure, come si evince dalle modifiche apportate dall'art 1 del Secondo Protocollo all'art. 1 della Convenzione del 1959, che introducono l'obbligo di prestarsi la più ampia assistenza giudiziaria “nel termine più

¹⁵⁵ ETS n. 99.

¹⁵⁶ L'Italia ha ratificato il Protocollo con L. 436 del 24 luglio 1985, in *GU* n. 297 del 18 dicembre 1985. Fra gli Stati che non hanno ratificato il protocollo vi sono Svizzera e Liechtenstein, la cui mancata sottoscrizione rileva in considerazione del fatto che il protocollo estende l'assistenza ai reati fiscali. L'art. 8 del Protocollo prevede inoltre la possibilità di escludere o limitare, tramite formulazione di riserve, l'applicabilità nei suoi confronti di alcune disposizioni, fra cui quelle relative all'assistenza per i reati fiscali: così ad esempio, il Lussemburgo si è riservato il diritto di prestare assistenza in caso di reati fiscali solo nel caso di frode fiscale ai sensi delle proprie disposizioni interne.

¹⁵⁷ Con riferimento ai reati tributari, si è a lungo sostenuto che il diritto internazionale prevedesse un regime di specialità nella cooperazione fra Stati in tale settore, alla luce del quale questi ultimi prevedevano non un divieto di collaborazione, ma la facoltà di non cooperare. Con la conclusione del Protocollo del 1978, tale approccio sembrerebbe in via di superamento (in questo senso cfr. A. DI AMATO, R. PISANO, *I reati tributari*, in *Trattato di Diritto Penale dell'Impresa*, vol. 7°, Padova, 2002, p. 733 ss.).

¹⁵⁸ Concluso a Strasburgo l'8 novembre 2001, ETS n. 182. L'Italia non ha ancora né firmato né ratificato il Protocollo.

breve”¹⁵⁹. L’applicazione della CEAG viene poi estesa anche al “diritto penale amministrativo”, ovvero a quei fatti di natura penale perseguiti però da autorità amministrative¹⁶⁰, nonché ai procedimenti riguardanti la responsabilità delle persone giuridiche. Fra le novità introdotte dal Secondo Protocollo occorre ancora menzionare la possibilità di trasmissione diretta fra autorità giudiziarie anche al di fuori del caso di urgenza (art. 4 Secondo Protocollo, che modifica art. 15 CEAG), nonché la possibilità di ricorrere all’audizione di testimoni tramite videoconferenza (art. 9 Secondo Protocollo), alla trasmissione spontanea di informazioni fra le autorità competenti degli Stati parte (art. 11 Secondo Protocollo), alle osservazioni transfrontaliere e alle squadre investigative comuni (artt. 17 e 20 Secondo Protocollo). Infine, anche per quanto riguarda l’esecuzione delle richieste, in deroga a quanto previsto dall’art. 3 CEAG, il Secondo Protocollo si pone sulla stessa linea degli strumenti più recenti – in particolare della Convenzione di assistenza giudiziaria fra gli Stati membri dell’Unione europea del 2000¹⁶¹ - prevedendo che, nel caso in cui nella richiesta si faccia riferimento a determinate modalità di esecuzione, la Parte richiesta vi darà seguito anche se queste le risultino *unfamiliar*, sempreché e nella misura in cui ciò non sia contrario ai principi fondamentali del proprio diritto¹⁶².

¹⁵⁹ La lentezza e la macchinosità delle forme tradizionali di cooperazione fra Stati si devono al fatto che essa si è sviluppata attraverso i canali diplomatici (H. G. NILSSON, *From classical judicial cooperation to mutual recognition*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 77, 2006, p. 1, secondo il quale “the diplomats have done the job of judges”).

¹⁶⁰ Come si legge nel Rapporto esplicativo del Secondo Protocollo (par. 22), l’estensione dell’assistenza fra Stati a fatti perseguibili da autorità amministrative si fonda sulla circostanza che spesso la medesima fattispecie (ad esempio grave inquinamento dovuto a negligenza, o reati da circolazione stradale) ricade in alcuni Stati sotto la giurisdizione penale, in altri sotto quella amministrativa.

¹⁶¹ Su cui *infra* Cap. II, par. 7.

¹⁶² È interessante rilevare quanto riportato nel Rapporto esplicativo del Secondo Protocollo su tale punto: “Where mutual legal assistance is requested, the main interest at stake is that justice be done. Admittedly that interest is shared by both States; however it is predominantly held by the State where proceedings have been engaged, i.e. the requesting Party. The requesting Party alone would carry out the proceedings if it were not for the fact that the sovereignty of another State stops it at some border. Hence the reason for requesting another State to assist in carrying out its proceedings... Possibly for practical reasons, the Convention did not integrate the implications of this philosophy... Presently, the need is recognised by all to open new frontiers to judicial co-operation. The first such new frontier consists in coming back to basics and executing what is requested, as opposed to executing equivalent actions. What is requested is often no more than what is legally required in the requesting Party for evidentiary purposes. Equivalent action executed instead of what is requested often is not admissible in the requesting Party for evidentiary purposes” (Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters Explanatory Report. Commentary of art. 8).

6. I principi dell'assistenza giudiziaria: la reciprocità

Alla luce di quanto si è detto finora sull'evoluzione dell'assistenza giudiziaria fra Stati in materia penale è possibile individuare una serie di principi, per lo più di origine pattizia, che ne informano la disciplina. Occorre altresì premettere che il sistema internazionale di assistenza giudiziaria penale si presenta come tendenzialmente omogeneo – non solo fra gli Stati europei –, anche perché le convenzioni internazionali in materia hanno per lungo tempo riprodotto le regole generali della Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959¹⁶³.

Si è soliti dire che il principio di reciprocità regola i rapporti di cooperazione giudiziaria fra Stati¹⁶⁴. In generale, il principio di reciprocità ha un ruolo fondamentale nelle relazioni fra Stati, rappresentando un'estrinsecazione del principio di uguaglianza sovrana degli Stati¹⁶⁵: la reciprocità costituisce inoltre un meccanismo di autotutela per gli Stati, potendo giustificare l'adozione di contromisure nel caso in cui un altro soggetto violi disposizioni internazionali¹⁶⁶.

Tale interpretazione del principio di reciprocità è ovviamente applicabile anche nel campo della cooperazione giudiziaria, tanto che “ogni rogatoria chiesta, concessa, negata, diventa misura della cooperazione futura”¹⁶⁷. La reciprocità tuttavia non può essere considerata come fonte autonoma di obblighi internazionali, capace di operare come principio suppletivo in mancanza di una convenzione o di una norma interna, e di imporre ad uno Stato di tenere un determinato comportamento nei limiti di quanto posto

¹⁶³ D. CARCANO, *I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti di concedibilità o utilizzabilità*, in G. LA GRECA, M. R. MARCHETTI, *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, 2003, p. 119.

¹⁶⁴ D. CARCANO, *Norme comuni e norme internazionali sull'assistenza giudiziaria in materia penale*, in *Documenti Giustizia*, 2000, n. 6, p. 1061.

¹⁶⁵ M. FRIGO, *La reciprocità nell'evoluzione del diritto del commercio internazionale*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XIX-XX, Milano, 1992, 431. Sottolinea l'importanza della reciprocità per l'osservanza del diritto internazionale da parte degli Stati anche A. MIELE, *La comunità internazionale - I caratteri originari*, Torino, 1995, p. 79 ss. Nel senso che la reciprocità, pur costituendo un potente fattore di formazione del diritto internazionale, non crea però vincoli giuridicamente rilevanti v. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico* cit., p. 268. Per una ricostruzione del dibattito sulla natura del principio di reciprocità nel diritto internazionale cfr. C. CAMPIGLIO, *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, Padova, 1995, p. 9 ss.

¹⁶⁶ In questo senso v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale* cit., p. 357 ss.

¹⁶⁷ P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale negli atti d'istruzione penale* cit., p. 104, *sub* nota 25.

in essere da un altro Stato¹⁶⁸. In questo senso si è più volte espressa la Corte di Cassazione italiana, che ha posto in evidenza il carattere politico del principio di reciprocità, quale espressione della sovranità piena di ogni Stato e dell'assoluta parità giuridica fra gli Stati¹⁶⁹. La Suprema Corte ha distinto fra reciprocità *stricto sensu*, che ricorre quando una norma convenzionale subordina l'applicabilità di certe disposizioni da parte di uno Stato ad un altro all'assunzione dei medesimi obblighi da parte di quest'ultimo, e reciprocità internazionale di fatto, accertata attraverso il ripetuto comportamento reciproco degli Stati.

Secondo la definizione resa dalla Corte di Cassazione, la reciprocità "consiste nell'identità di trattamento da parte di due o più Stati di una fattispecie identica"¹⁷⁰. Con riferimento alla lotta contro la delinquenza, un'interpretazione restrittiva di tale nozione rischierebbe però di pregiudicare la collaborazione fra Stati, poiché, ad esempio, per forme di criminalità tipiche di una determinata realtà territoriale (si pensi alla mafia) potrebbe non sussistere un interesse alla cooperazione da parte di paesi in cui il medesimo fenomeno non assume un certo rilievo o non suscita particolare allarme, e

¹⁶⁸ Ci si riferisce a quella dottrina sviluppatasi con riferimento all'extradizione (A. MILANA, *In tema di condizioni e limiti all'extradizione e relativi riflessi processuali*, in *Giustizia penale*, 1964, III, p. 469 ss.), secondo cui l'extradizione passiva in mancanza di una convenzione o di una specifica norma dovrebbe essere concessa a condizioni non più onerose di quelle previste dall'ordinamento dello Stato richiedente. Sul punto la Suprema Corte italiana ha escluso che il principio di reciprocità costituisca una norma di diritto internazionale generale, e che quindi l'extradizione di un individuo possa essere condizionata da un'identità di trattamento da parte dello Stato richiedente (Cass., 11 agosto 1971, in *Giustizia penale*, 1972, III, 10).

¹⁶⁹ Cass., 6 settembre 1990, Messina, in *Giurisprudenza Italiana*, 1991, II, p. 1 ss, con nota di T. TREVISSON LUPACCHINI, *Vaglio degli indizi e deroghe alla reciprocità nell'ambito della Convenzione europea di estradizione*. La sentenza riguardava la concessione dell'extradizione di un cittadino italiano alla Germania: nell'impugnare la sentenza della Corte di Appello di Cagliari del 3 maggio 1990 che aveva deliberato in senso favorevole alla concessione dell'extradizione, il ricorrente sosteneva che, poiché nel ratificare la Convenzione europea di estradizione del 1957 la Germania aveva formulato una riserva volta ad escludere in ogni caso la concessione dell'extradizione per i propri cittadini, in quanto vietata dall'art. 16 della propria Costituzione, in forza del principio di reciprocità l'Italia avrebbe dovuto negare l'extradizione di un proprio cittadino verso tale paese. Inoltre, la stessa Convenzione del 1957 prevede all'art. 6 la possibilità di rifiutare l'extradizione dei propri cittadini: la Suprema Corte non ha ritenuto operante nei confronti di tale norma la regola espressa dall'art. 26 della medesima Convenzione, secondo cui quando una Parte contraente ha espresso una riserva su una disposizione, essa potrà pretendere l'applicazione della stessa disposizione da un'altra Parte soltanto nella misura in cui essa l'ha accettata, sostenendo che la reciprocità dell'art. 26 opererebbe solo con riguardo a disposizioni che impongono determinati obblighi, e non per quelle, come l'art. 6, che prevedono invece delle facoltà a favore degli Stati contraenti. La riserva formulata dalla Germania, riguardante la volontà di avvalersi in ogni caso della facoltà ex art. 6, non impedirebbe quindi a tale Stato di richiedere ad un altro l'extradizione di un cittadino, salva la facoltà dello Stato richiesto di avvalersi a sua volta del diritto di rifiuto previsto convenzionalmente.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

non sussisterebbe quindi l'interesse ad ottenere il medesimo trattamento¹⁷¹. Dalle osservazioni fin qui svolte si deve pertanto concludere che il principio di reciprocità va interpretato in senso restrittivo, salvo che disposizioni pattizie o interne non ne amplino la portata.

Per quanto riguarda l'applicazione del principio di reciprocità nell'assistenza giudiziaria in materia penale, esso è richiamato nella Convenzione del 1959, il cui art. 5 prevede che se uno Stato ha subordinato l'esecuzione di perquisizioni e sequestri al ricorrere delle condizioni previste dal medesimo articolo, qualsiasi altra Parte potrà applicare la regola della reciprocità. Tale previsione va ricollegata a quella generale prevista dall'art. 23 CEAG in tema di riserve, secondo cui una Parte che avesse formulato una riserva su una disposizione della Convenzione può pretendere l'applicazione della medesima da parte di un altro Stato contraente solo nei limiti in cui l'ha accettata. Come è stato osservato¹⁷², entrambe le norme riflettono il normale operare della disciplina delle riserve, così come previsto dall'art. 21 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati¹⁷³: la reciprocità non deve essere quindi considerata il parametro attraverso il quale gli Stati si prestano assistenza giudiziaria, almeno a livello convenzionale. Per quanto riguarda gli ordinamenti nazionali, la reciprocità può assumere una certa rilevanza, ma solo in determinate situazioni. Prendendo in considerazione l'ordinamento italiano, l'art. 723, comma 4°, c.p.p. prevede la facoltà per il Ministro di giustizia di non dare corso ad una rogatoria (passiva) quando lo Stato richiedente non dia garanzie di reciprocità idonee. In virtù della già ricordata prevalenza del diritto internazionale sulla disciplina codicistica sancito dall'art. 696 c.p.p., tale disposizione è destinata ad operare solo in mancanza di norme internazionali; inoltre l'assenza di reciprocità non comporta in ogni caso il rifiuto all'assistenza, essendo questo rimesso all'apprezzamento del Ministro di giustizia.

¹⁷¹ In questo senso cfr. G. CATELANI, *I rapporti internazionali in materia penale* cit., p. 56.

¹⁷² A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale* cit., p. 34 ss.

¹⁷³ L'art. 21 della Convenzione di Vienna (Effetti giuridici delle riserve e delle obiezioni alle riserve) così dispone: 1. Una riserva formulata in conformità degli articoli 19, 20 e 23 nei confronti di un'altra parte: a) modifica, per lo Stato autore della riserva, nelle sue relazioni con quest'altra Parte le disposizioni del trattato sulle quali verte la riserva, nella misura prevista da detta riserva; e b) modifica nella stessa misura tali disposizioni per quest'altra parte nelle sue relazioni con lo Stato autore della riserva.

2. La riserva non modifica le disposizioni del trattato per le altre parti del trattato nei loro rapporti inter se.

6.1. Gli altri principi dell'assistenza giudiziaria in materia penale: doppia incriminazione, *locus regit actum* e specialità

Esaminando le disposizioni più rilevanti previste dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale si è già fatta menzione di altri due principi che regolano la cooperazione fra Stati in materia, ovvero il principio della doppia incriminazione e quello del *locus regit actum*.

Il principio della doppia incriminazione richiede che l'azione (o l'omissione) in relazione alla quale si chiede cooperazione configuri un reato ai sensi della legge sia dello Stato richiedente, che di quello richiesto. Tale principio deriva da quello di legalità, ma è anche strettamente collegato ai principi di sovranità e reciprocità¹⁷⁴: poiché la cooperazione fra Stati in ambito penale si fonda sulla sussistenza di un interesse comune alla repressione di determinati comportamenti, ciò si verifica solo quando il disvalore di un fatto sia riconosciuto da tutti i soggetti coinvolti, giustificando quindi una limitazione di sovranità dello Stato richiesto. Il principio della doppia incriminazione assume una rilevanza fondamentale in materia di estradizione, dal momento che l'adozione di un provvedimento così restrittivo della libertà personale di un individuo da parte dello Stato richiesto esige che il fatto sia punibile anche secondo l'ordinamento di quest'ultimo¹⁷⁵: esso è previsto in tutte le convenzioni in materia, bilaterali e multilaterali¹⁷⁶, e per quanto riguarda l'ordinamento italiano, è sancito dall'art. 13, comma 2°, c.p., secondo cui “[l]’estradizione non è ammessa, se il fatto che forma oggetto della domanda di estradizione non è preveduto come reato dalla legge italiana e dalla legge straniera”.

¹⁷⁴ R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON, E. WILMSURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2007, p. 74 ss., che rinvia a N. JAREBORG (ed.), *Double Criminality - Studies in International Criminal Law*, Upsala, 1989.

¹⁷⁵ In questo senso cfr. R. QUADRI, voce *Estradizione* cit., p. 25.

¹⁷⁶ Si veda, come esempi, l'art. 2 della Convenzione europea sull'estradizione; a livello bilaterale, l'Accordo di estradizione fra Italia e Stati Uniti del 13 ottobre 1983 prevede, all'art. II, che: “[u]n reato, comunque denominato, dà luogo ad estradizione solamente se è punibile secondo le leggi di entrambe le parti contraenti con una pena restrittiva della libertà per un periodo superiore ad un anno o con una pena più severa”.

Il principio di doppia incriminazione costituisce quindi un limite alla cooperazione fra gli Stati, e per tale ragione esso deve essere interpretato in buona fede¹⁷⁷. Negli strumenti più recenti si è inoltre cercato di superare tale restrizione, almeno con riferimento a specifiche realtà: in tal senso l'esempio più rilevante è costituito dal mandato d'arresto europeo, il quale prevede una lista di casi in cui si deve dare esecuzione al mandato "without verification of the double criminality of the act"¹⁷⁸.

Per quanto riguarda l'assistenza giudiziaria, durante l'analisi della disciplina della Convenzione del 1959 si è già avuto modo di evidenziare come gli Stati hanno ritenuto di poter superare il requisito della doppia incriminazione, sul presupposto del minor impatto che le procedure di assistenza giudiziaria hanno sugli individui coinvolti, salvo che nel caso di perquisizioni e sequestri. È interessante rilevare che l'ordinamento italiano prevede invece la possibilità di rifiutare l'esecuzione di una rogatoria se il fatto per cui l'autorità straniera richiede assistenza non è previsto come reato dalla legge italiana, e non risulta che l'imputato abbia prestato il suo consenso all'esecuzione della stessa (art. 724 c.p.p., comma 5°, lett. b)¹⁷⁹.

Altro principio che caratterizza l'assistenza giudiziaria, e che è attualmente soggetto ad evoluzione, è quello del *locus regit actum*, ovvero l'applicazione nell'esecuzione delle domande di assistenza della legge del luogo in cui le attività richieste vengono svolte

¹⁷⁷ Così, ad esempio, il diverso *nomen iuris* del reato non fa venire meno la sussistenza del requisito, essendo invece sufficiente che anche l'ordinamento richiesto qualifichi il fatto come penalmente rilevante.

¹⁷⁸ Decisione-quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, 2002/584/GAI, in *GU* n. L 190, del 18 luglio 2002, art. 2, par. 2. La versione italiana è meno chiara sul punto, parlando di reati che danno luogo alla consegna "indipendentemente dalla doppia incriminazione".

¹⁷⁹ Anche in questo caso non deve dimenticarsi che, in virtù del più volte citato art. 696 c.p.p., la disciplina ex art. 724 c.p.p. è destinata ad operare in mancanza di convenzioni internazionali. La *ratio* della disposizione è quella di evitare che l'Italia presti la propria collaborazione ad un altro Stato in mancanza di un interesse comune a reprimere un fatto il cui disvalore è condiviso. È stato inoltre sostenuto che la norma mira ad introdurre una parità di trattamento fra Stati che hanno ratificato la Convenzione del 1959 e quelli che non l'hanno ratificata, sul presupposto che l'adesione alla Convenzione del 1959 implichi di fatto la sussistenza della doppia incriminazione, nel senso che fra gli Stati contraenti esiste una condivisione sul disvalore da attribuire a certi comportamenti (N. PARISI, *National Report - Italy*, in A. ESER, O. LAGODNY, C.L. BLAKESLEY (eds.), *The Individual as a Subject of International Cooperation in Criminal Matters*, Baden Baden, 2002, p. 323). Secondo Marchetti, il disposto dell'art. 724, co. 5°, lett. b), opererebbe anche nel caso in cui una convenzione preveda la "facoltà" di rifiutare l'assistenza giudiziaria in mancanza del requisito della doppia incriminazione, indicando all'autorità giudiziaria la soluzione da adottare in un procedimento per l'esecuzione della richiesta: tale interpretazione è giustificata dall'opportunità di evitare di rimettere ad un giudice apprezzamenti discrezionali riservati in altri settori, quali ad esempio l'extradizione, al Ministro di Giustizia (M. R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale* cit., p. 47).

(*lex loci*), legge che chiaramente sarà diversa da quella dello Stato richiedente (*lex fori*, nel senso di legge del luogo in cui si svolge il procedimento che ha dato origine alla richiesta di assistenza), in base alla quale invece verrà valutata l'utilizzabilità processuale dei risultati ottenuti. Come si è già avuto modo di vedere, nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla mutua assistenza giudiziaria tale principio si ritrova nell'art. 3, par. 1, che prevede l'esecuzione delle domande da parte dello Stato richiesto "nelle forme previste dalla sua legislazione": allo stesso tempo la Convenzione prevede però delle deroghe, ad esempio con riferimento all'audizione di testimoni o periti, per i quali è prevista la deposizione sotto giuramento, se lo Stato richiedente ne fa espressa domanda e la legge dello Stato richiesto non vi si oppone (art. 3, par. 2). Le ragioni "pratiche" di questo principio sono evidenti: dal punto di vista dell'ordinamento richiesto, è normale e più semplice che il giudice applichi la propria legge processuale, mentre l'applicazione di istituti di diritto straniero creerebbe maggiori difficoltà¹⁸⁰. Tuttavia, come sottolinea la dottrina più recente¹⁸¹, non deve ritenersi che il principio del *locus regit actum* derivi da una norma di diritto internazionale generale, che imporrebbe l'obbligo di eseguire le richieste di assistenza nelle forme previste dalla legge dello Stato di esecuzione. Lo stesso art. 3 CEAG non intende imporre un obbligo allo Stato richiesto di dare esecuzione alla domanda secondo la propria legge¹⁸², ma mira piuttosto a limitare le pretese della Parte richiedente, lasciando libera la Parte richiesta di procedere secondo le proprie forme o accogliendo modalità della legge straniera espressamente richieste. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'art. 725, comma 2°, c.p.p. prevede che nell'esecuzione delle attività richieste: "si applicano le norme di questo codice, salva l'osservanza delle forme espressamente richieste dall'autorità giudiziaria straniera che non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato": anche il legislatore italiano si è quindi uniformato ai canoni tradizionali dell'assistenza giudiziaria, prevedendo però da una parte la possibilità di

¹⁸⁰ Cfr. in questo senso C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova, 1998, p. 187.

¹⁸¹ A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale* cit., p. 258 ss. e 400 ss.

¹⁸² Con la conseguenza che uno Stato che desse spontaneamente esecuzione ad una richiesta secondo le modalità previste dalla legge dello Stato richiedente commetterebbe un illecito internazionale (A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale* cit., p. 402).

deviare dalla disciplina interna per venire incontro alle esigenze dell'ordinamento richiedente, e dall'altra l'osservanza dei principi inderogabili del sistema italiano¹⁸³.

Il principio del *locus regit actum* ha subito una notevole evoluzione. Si è già visto che nel Secondo Protocollo addizionale alla CEAG – entrato in vigore nel 2004 per gli Stati che lo hanno ratificato, fra cui non vi è l'Italia – si stabilisce la regola opposta, ovvero l'esecuzione delle domande di assistenza secondo le modalità espressamente indicate, con l'unico limite della non contrarietà di queste ai principi fondamentali dell'ordinamento richiesto. Il Secondo Protocollo recepisce l'impostazione della Convenzione sulla mutua assistenza giudiziaria fra Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000¹⁸⁴, il cui art. 4 prevede che nell'esecuzione delle domande di assistenza “lo Stato membro richiesto osserva le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente, salvo che la presente convenzione disponga altrimenti e sempreché le formalità e le procedure indicate non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro richiesto”. Nell'ottica di una moderna ed efficace assistenza giudiziaria – il cui scopo è quello di agevolare l'innesto dell'atto compiuto dallo Stato richiesto nel processo dello Stato richiedente¹⁸⁵ - il principio dell'applicazione della *lex fori* nell'esecuzione delle richieste di cooperazione diviene quindi la regola, mentre il ricorso alle forme della *lex loci* si configura come eccezione, motivata dall'esigenza di salvaguardare i principi fondamentali dell'ordinamento richiesto.

¹⁸³ C. VALENTINI, *op. loc. ult. cit., sub nota 17*. Questa impostazione è mantenuta anche negli accordi bilaterali sull'assistenza giudiziaria stipulati dall'Italia: nel Trattato di mutua assistenza in materia penale tra Italia e Stati Uniti del 1982 (ratificato con L. n. 224 del 26 maggio 1984, e pubblicato in *GU*. n. 165 *S.O.* del 16 maggio 1984), ad esempio, è previsto che l'esecuzione della richiesta avvenga in conformità con le disposizioni del trattato e con le leggi dello Stato richiesto, ma è altresì prevista l'osservanza delle modalità indicate nella domanda, a meno che non siano vietate dalla legislazione dello Stato richiesto (art. 4). Anche l'art. V del già menzionato accordo tra Italia e Svizzera che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20.04.1959 e ne agevola l'applicazione del 1998 prevede che: “[q]uando l'assistenza è concessa, lo Stato richiesto farà tutto il possibile per rispettare, ai fini dell'esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria, ogni modalità espressamente indicata dallo Stato richiedente, sempre che quest'ultima non sia in conflitto con i principi del diritto dello Stato richiesto”. Per i riflessi del principio del *locus regit actum* sull'utilizzabilità degli atti assunti nel processo italiano si veda D. CARCANO, *I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti di concedibilità o utilizzabilità cit.*, p. 125 ss.

¹⁸⁴ V. *infra* Cap. II.

¹⁸⁵ D. CARCANO, *I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti di concedibilità o utilizzabilità cit.*, p. 122.

Ultimo principio su cui è utile soffermarsi è quello di specialità. Anche il principio di specialità nasce con riferimento all'extradizione, al fine di limitare i poteri esercitabili sull'estradata da parte dello Stato richiedente, imponendo il divieto per quest'ultimo di procedere nei confronti dell'individuo per fatti anteriori e diversi da quelli per i quali è stata concessa l'extradizione¹⁸⁶. La dottrina ha assunto posizioni divergenti sulla *ratio* di tale regola. Da una parte si afferma che detto principio riguarda i rapporti fra Stati ed il rispetto di sovranità, contribuendo a fissare con certezza il contenuto dei diritti e dei doveri che essi si assumono nei rapporti reciproci¹⁸⁷; dall'altra, il limite posto dalla specialità opererebbe come garanzia nei confronti dell'estradata¹⁸⁸. A favore della prima soluzione, secondo cui la specialità riguarderebbe solo il rapporto fra Stati, si deve rilevare che la possibilità di prestare il consenso così da superare le restrizioni poste dal rispetto di quanto richiesto nella domanda originaria spetta allo Stato richiesto, e non all'individuo¹⁸⁹. Parte della dottrina sottolinea però che il principio di specialità non sarebbe idoneo a garantire la correttezza dei rapporti fra Stati, perché una volta avvenuta la consegna lo Stato richiesto si troverebbe nell'impossibilità di far rispettare i limiti entro cui l'extradizione è stata concessa: al contrario, l'individuo estradata, attraverso i rimedi giuridici previsti dall'ordinamento richiedente, potrebbe attivarsi per far valere il mancato rispetto della regola di specialità¹⁹⁰. Altra questione su cui la dottrina appare divisa è se il principio di specialità possa essere considerato una norma

¹⁸⁶ Il principio di specialità con riferimento all'extradizione nasce al fine di evitare l'aggiramento del divieto di estradizione per reati politici (G. DI CHIARA, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera* cit., p. 888).

¹⁸⁷ In questo senso cfr. A. GAITO, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera* cit., p. 920.

¹⁸⁸ Per questa posizione cfr. G. CATELANI, *I rapporti internazionali in materia penale* cit., p. 45.

¹⁸⁹ Così, l'art. 14 della convenzione europea di estradizione prevede il divieto di procedere nei confronti di un individuo per fatti anteriori alla consegna non indicati nella domanda, salvo che la Parte che lo ha consegnato vi consenta. Anche ritenendo che il principio di specialità tuteli sia lo Stato di rifugio che l'individuo, quest'ultimo non potrebbe comunque rinunciare unilateralmente ad un diritto di cui non è l'unico titolare (M. R. MARCHETTI, *L'extradizione: profili processuali e principio di specialità*, Padova, 1990, p. 268). Rilievo al consenso dell'individuo è dato nelle cosiddette procedure semplificate di estradizione.

¹⁹⁰ Così G. CATELANI, *op. loc. ult. cit.* Per una rassegna della giurisprudenza italiana sulle conseguenze dell'inosservanza del principio di specialità - la cui violazione determina una causa di non procedibilità che inibisce l'esercizio dell'azione penale - cfr. G. DE AMICIS, *Ne bis in idem, principio di specialità e libertà fondamentali CEDU: limiti all'esecuzione delle richieste straniere* (versione provvisoria), paper presentato durante l'incontro di studio sul tema "Cooperazione giudiziaria, mandato d'arresto europeo e strumenti di giustizia penale nell'Unione europea: dalla mutua assistenza giudiziaria al comune programma investigativo", Roma, 2007, p. 46 ss.

di diritto internazionale generale, destinata ad operare anche in mancanza di qualsiasi previsione sul punto¹⁹¹.

Con riferimento all'assistenza giudiziaria, il rispetto del principio di specialità vieta allo Stato richiesto di utilizzare i risultati ottenuti dall'esecuzione della richiesta per il perseguimento di fatti diversi da quelli per cui la domanda è stata richiesta. Differentemente da quanto avviene in materia di estradizione, la regola della specialità non è sempre prevista nelle convenzioni sulla mutua assistenza giudiziaria: così ad esempio nessun riferimento espresso alla specialità è contenuto nella Convenzione del 1959¹⁹². Tuttavia anche in mancanza di un riferimento espresso, la previsione di ipotesi di rifiuto dell'assistenza può essere considerata una proiezione del principio di specialità, nel senso che sicuramente lo Stato richiedente non potrà utilizzare gli elementi acquisiti a seguito dell'assistenza per procedimenti concernenti fatti in cui questa sarebbe esclusa¹⁹³. Sempre con riferimento alla CEAG, deve rilevarsi che molti Stati al momento della formulazione delle riserve hanno fatto riferimento al rispetto della condizione di specialità: un esempio importante è costituito dall'art. 2, lett. b, della dichiarazione depositata dalla Svizzera, secondo cui "Switzerland reserves the right to afford mutual assistance under the Convention only on the express condition that the results of investigations made in Switzerland and the information contained in documents or files transmitted are used solely for the purpose of examining and trying the offences in respect of which mutual assistance is provided"¹⁹⁴.

¹⁹¹ A favore del riconoscimento del principio di specialità quale norma di diritto consuetudinario cfr. M. R. MARCHETTI, *L'extradizione: profili processuali e principio di specialità* cit., p. 179; nel senso che la prassi degli Stati stia conducendo a tale soluzione G. DIANESE, *Le rogatorie internazionali in materia penale*, Napoli, 2002, p. 56; *contra* A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale* cit., p. 183 ss.

¹⁹² Più frequentemente il riferimento alla specialità si ritrova in accordi bilaterali stipulati dall'Italia: si veda, ad esempio, l'art. 8, par. 3, del Trattato di mutua assistenza in materia penale tra Italia e Stati Uniti del 1982, secondo il quale lo Stato richiedente "non utilizzerà le prove ottenute, né le informazioni dalla stesse derivanti, per motivi diversi da quelli dichiarati nella richiesta, senza previa autorizzazione dello Stato richiesto".

¹⁹³ D. CARCANO, *I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti di concedibilità o utilizzabilità* cit., p. 132 ss.

¹⁹⁴ La posizione della Svizzera è particolarmente rilevante, anche perché spesso il mancato rispetto di tale condizione ha comportato il blocco dell'esecuzione delle richieste provenienti dall'Italia durante le indagini su tangentopoli degli anni '90. Nel trasmettere gli atti di esecuzione le autorità elvetiche frequentemente fanno riferimento espresso al limite di utilizzo dei medesimi: altrettanto spesso le autorità italiane non rispettano le restrizioni, senza peraltro che ciò comporti l'inutilizzabilità degli atti (dà conto di

La dottrina ha evidenziato che l'estensione del principio di specialità al regime delle rogatorie garantirebbe il rispetto delle prerogative delle diverse entità statali, permettendo allo Stato richiesto di mantenere un controllo delle informazioni che fuoriescono dal suo territorio¹⁹⁵. Anche in questo caso bisogna per evidenziare che, una volta trasmessi gli atti, diviene concretamente difficile per lo Stato richiesto vigilare sull'osservanza da parte dello Stato richiedente delle condizioni apposte all'utilizzo e reagire ad una eventuale violazione: una soluzione possibile, nel caso di ripetute violazioni da parte dello Stato richiedente dei limiti posti dallo Stato richiesto, sarebbe il rifiuto da parte di quest'ultimo di eseguire domande successive inoltrate dallo Stato autore della violazione¹⁹⁶. Attraverso i mezzi predisposti dagli ordinamenti interni un soggetto interessato potrebbe invece ottenere l'inutilizzabilità degli atti trasmessi dallo Stato richiesto. Il legislatore italiano, ad esempio, ha previsto espressamente che, nel caso in cui lo Stato estero abbia posto condizioni all'utilizzabilità degli atti richiesti, l'autorità giudiziaria sia vincolata al rispetto di esse (art. 729 c.p.p.): l'inosservanza di tale condizioni, così come la violazione di norme pattizie che prevedano espressamente la regola della specialità, è causa di inutilizzabilità, eccepibile e rilevabile in ogni stato e grado del procedimento¹⁹⁷.

7. La tutela dei diritti dei singoli nel quadro della cooperazione internazionale in materia penale

Gli studi relativi alla cooperazione internazionale in materia penale si sono a lungo concentrati sui limiti derivanti dall'esistenza di una molteplicità di enti sovrani, e su come superare tale "protezionismo giuridico" al fine di una più efficace repressione della criminalità transnazionale. La tensione verso il conseguimento della più ampia

tale situazione anche G. DIANESE, *Le rogatorie internazionali in materia penale* cit., p. 52 ss., con riferimento al caso *All Iberian*).

¹⁹⁵ G. DIANESE, *Le rogatorie internazionali in materia penale* cit., p. 56.

¹⁹⁶ Alla fine degli anni '90 la Svizzera ha minacciato di bloccare oltre duecento richieste pendenti da parte dell'autorità italiana a causa dell'utilizzo fatto dal Servizio Centrale degli Ispettori Tributarî presso il Ministero delle Finanze di documenti bancari ottenuti dalla Procura di Milano per contestare reati di natura fiscale (sulla vicenda si veda P. BERNASCONI, *Le rogatorie penali italo-svizzere al centro delle polemiche*, in *Diritto penale e processo*, 1998, p. 403 ss.).

¹⁹⁷ La causa di inutilizzabilità prevista dall'art. 729 c.p.p. è direttamente riconducibile a norme pattizie, senza che sia necessaria alcuna corrispondenza con i divieti probatori previsti dall'ordinamento italiano (N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, p. 428).

collaborazione possibile fra Stati in materia penale ha forse fatto passare in secondo piano un altro problema, fondamentale proprio alla luce del settore in oggetto, ovvero la protezione dei diritti dell'uomo nell'ambito della cooperazione internazionale penale.

Il rapporto fra cooperazione internazionale in materia penale e diritti umani si articola sotto diversi profili. Se alcuni autori hanno rilevato addirittura un'antinomia fra diritti umani e collaborazione fra Stati, in considerazione del fatto che il rispetto dei diritti individuali può essere fonte legittima di rifiuto di prestare assistenza ad uno Stato straniero, ed operare quindi come un limite alla collaborazione¹⁹⁸, altri hanno sottolineato come l'incidenza dei diritti umani sulla cooperazione internazionale penale rilevi anche sotto ulteriori punti di vista. In particolare, i diritti umani possono operare, oltre che come "limiti" alla cooperazione per le ragioni sopra enunciate, anche come: (i) "incentivi", quando la collaborazione è posta in essere proprio per ottenere il rispetto dei diritti umani violati in un certo ordinamento; (ii) "piattaforma per un miglior coordinamento degli Stati", come nel caso del *ne bis in idem* internazionale, ove il diritto dell'individuo a non essere giudicato più volte per lo stesso fatto si intreccia con il corretto coordinamento dell'azione penale dei singoli Stati; (iii) "complementi integrativi", ove l'esigenza di proteggere diritti individuali conduca alla predisposizione di meccanismi di garanzia interni a garanzia del rispetto dei diritti degli individui *target* della cooperazione fra Stati (prevedendo ad esempio il diritto alla riparazione a favore di chi si stato detenuto ingiustamente in uno Stato nell'attesa di essere estradato verso un altro)¹⁹⁹.

Nonostante l'evidente rilevanza del tema della protezione dei diritti umani nell'ambito delle procedure di cooperazione fra Stati in materia penale, in dottrina non si è dedicata particolare attenzione alla questione, se non con riferimento all'extradizione. Allo stesso tempo, solo di recente negli strumenti internazionali in materia sono state introdotte clausole relative all'obbligo di rispettare i diritti umani nel dar seguito alle richieste di collaborazione²⁰⁰.

¹⁹⁸ In questo senso G. TRANCHINA, *I diritti giudiziari. Introduzione*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (ed.), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Torino, 2005, p. 161.

¹⁹⁹ M. PISANI, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (ed.), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo* cit., p. 171 ss.).

²⁰⁰ Disposizioni sulla tutela dei diritti umani si ritrovano nel Secondo Protocollo addizionale alla CEAG (v. *supra* par. 5.2.), il cui preambolo richiama la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 e la

La spiegazione di tale mancato raccordo fra cooperazione internazionale penale e diritti umani sembra avere un duplice fondamento²⁰¹. Da una parte si è soliti ritenere che la collaborazione fra Stati ai fini dell'esercizio della propria giurisdizione coinvolga solo le relazioni internazionali fra questi, e non incida in alcun modo sulle posizioni soggettive dei singoli individui, se non in casi limite riguardanti il rischio di tortura o di trattamenti degradanti²⁰². Allo stesso tempo, quest'ultima ipotesi di violazione è stata ravvisata solo nel caso dell'extradizione, mentre con riferimento alle forme di cooperazione "minori", quali l'assistenza giudiziaria, si è a lungo ritenuto che esse non possano pregiudicare diritti umani fondamentali. Proprio quest'ultimo aspetto suscita le maggiori perplessità. Appare infatti evidente che anche altre modalità di cooperazione internazionale penale, diverse dall'extradizione, danno luogo a forti compressioni della sfera individuale (si pensi al caso di un sequestro di beni a fini probatori o dell'esecuzione di un ordine di confisca), soprattutto nell'ottica del rafforzamento della collaborazione fra Stati. Alla progressiva internazionalizzazione della lotta contro la criminalità e allo sviluppo di forme di cooperazione fra Stati in materia penale sempre più penetranti dal punto di vista degli ordinamenti nazionali dovrebbe dunque corrispondere il rafforzamento della tutela dei diritti umani²⁰³.

Come si è già rilevato, il settore della cooperazione internazionale penale in cui il tema della protezione dei diritti umani appare maggiormente esplorato è quello dell'extradizione, e ciò in ragione delle importanti implicazioni che la procedura

Convenzione per la protezione delle persone in relazione all'elaborazione automatica dei dati a carattere personale del 1981; nel preambolo della Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale fra gli Stati membri dell'Unione europea (v. *infra* Cap. II) si legge che "è interesse comune degli Stati membri assicurare che l'assistenza giudiziaria tra gli Stati membri sia attuata in maniera rapida ed efficace, compatibile con i principi fondamentali del loro diritto interno e nel rispetto dei diritti individuali nonché dei principi della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950".

²⁰¹ A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale* cit., p. 93.

²⁰² In questo senso si è più volte espressa anche la Corte di Cassazione italiana. Nel caso *Acampora* (Cass., sez. VI, 29 agosto 1996, pubblicata in *Cassazione penale*, 1997, p. 3126), la Suprema Corte ha affermato che nel caso in cui lo Stato richiesto nel dar corso ad una procedura di assistenza giudiziaria travalichi i limiti formali posti a propria garanzia, ciò può incidere solo sui rapporti interstatali, mentre non fa sorgere alcun diritto soggettivo in capo ai singoli *target* della procedura di assistenza (nel caso di specie si eccepiva l'inutilizzabilità di interrogatori resi in Svizzera e trasmessi in Italia in pendenza dei ricorsi degli indagati contro le decisioni svizzere di esecuzione). Nello stesso senso cfr. Cass., sez. fer., 2 settembre 1996, *Pacifico*, in *Cassazione penale*, 1997, p. 171 ss.

²⁰³ Così R. J. CURRIE, *Human rights and international legal assistance: resolving the tension*, in *Criminal law forum*, 2000, no. 11, p. 143.

estradizionale può avere sulla libertà personale, l'integrità fisica e la vita di un individuo. Con riferimento all'estradizione si è addirittura giunti ad affermare l'esistenza di una norma di diritto internazionale generale che vieta l'estradizione quando vi sia il rischio che la persona sia sottoposta a pena di morte, tortura o trattamenti inumani e degradanti²⁰⁴. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di pronunciarsi sul rispetto dei diritti umani in materia di estradizione nel celebre caso *Soering*²⁰⁵, in cui la Corte ha ravvisato la configurabilità di una responsabilità degli Stati contraenti per violazione dell'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'uomo nell'ipotesi in cui si proceda all'estradizione di un individuo nonostante vi siano fondate ragioni di ritenere che questi sarà sottoposto a tortura, o trattamenti inumani o degradanti: in particolare, la Corte ha fondato tale responsabilità dello Stato sull'aver posto in essere un'azione "which has as a direct consequence the exposure of an individual to proscribed ill-treatment"²⁰⁶. In dottrina si è rilevato che la

²⁰⁴ In questo senso, e in generale sulle "interferenze" tra rispetto dei diritti umani ed estradizione, cfr. N. PARISI, *Estradizione e diritti dell'uomo* cit., p. 63 ss.; J. DUGARD, C. VAN DEN WYNGAERT, *Reconciling extradition with human rights*, in *American Journal of International Law*, 1998, p. 187 ss. In generale, il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti è pacificamente riconosciuto come un principio di *jus cogens*, e quindi non derogabile in virtù di obblighi internazionali di rango inferiore quali, ad esempio, quelli derivanti da un trattato di estradizione (sul punto cfr. G. GAJA, *Rapporti fra trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, in F. SALERNO, *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione. Atti del Convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini (29-30 ottobre 1999)*, Padova, 2003, p. 125 ss.).

²⁰⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito*, sentenza 7 luglio 1989. Un cittadino tedesco di nome Jean Soering aveva conosciuto negli Stati Uniti, dove si trovava per studiare, una ragazza americana con cui aveva instaurato una relazione sentimentale, cui i genitori della giovane si opponevano: Soering, il quale era affetto da disturbi mentali, aveva quindi ucciso i genitori della fidanzata, ed era poi scappato nel Regno Unito con lei. Gli Stati Uniti avevano quindi richiesto a quest'ultimo paese l'estradizione dei due giovani: la fidanzata era stata estradata e condannata a 90 anni di carcere per complicità nell'omicidio. Con riferimento all'autore del reato, il Regno Unito aveva richiesto garanzie da parte del governo statunitense che nel caso in cui Soering fosse stato riconosciuto colpevole dell'omicidio non sarebbe stata applicata la pena di morte. Ciononostante, Soering si era rivolto alla Corte di Strasburgo, lamentando che nel caso in cui il Regno Unito lo avesse estradato negli Stati Uniti egli avrebbe subito un trattamento e una pena disumani e degradanti, in violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Sul caso *Soering* cfr. fra gli altri R. B. LILICH, *The Soering case*, in *American Journal of International Law*, 1990, p. 128 ss.; C. VAN DEN WYNGAERT, *Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, no. 4, p. 757 ss.

²⁰⁶ *Soering* cit., par. 91. Ciò che è disumano e degradante non è solo la condanna alla pena di morte, ma anche l'esposizione di un individuo al cosiddetto "death row phenomenon", ovvero lo stare nel "braccio della morte" nell'attesa che venga presa una decisione sull'esecuzione della pena capitale. Secondo la Corte di Strasburgo, affermare una tale responsabilità degli Stati contraenti per ciò che può avvenire in uno Stato non parte della Convenzione non conduce ad un'applicazione extraterritoriale della medesima, ma permette di dare attuazione concreta alla tutela prevista dalla CEDU a favore di tutti coloro

pronuncia della Corte di Strasburgo nel caso *Soering* ha affermato l'esistenza di un legame tra diritti umani e cooperazione internazionale penale prima non riconosciuto, che si fonda sulla presa di coscienza che gli Stati nel momento in cui assumono un qualche ruolo nell'ambito di un procedimento penale, anche se celebrato all'estero, devono farsi carico anche della tutela dei diritti umani: ciò che resta da stabilire è fino a dove arrivi tale responsabilità²⁰⁷.

La Corte di Strasburgo non ha invece ritenuto che nel caso *Soering* l'estradizione potesse dar luogo alla violazione di diritti inerenti il giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione²⁰⁸: tuttavia essa ha affermato che “[t]he Court does not exclude that an issue might exceptionally be raised under Article 6 (art. 6) by an extradition decision in circumstances where the fugitive has suffered or risks suffering a *flagrant denial of a fair trial* in the requesting country”²⁰⁹. Tale affermazione assume una particolare rilevanza. È infatti facile configurare l'ipotesi di violazioni di disposizioni sui diritti umani riguardanti la vita, l'integrità umana o la libertà personale a seguito di estradizione. Più difficile è che le altre forme di cooperazione internazionale, fra cui l'assistenza giudiziaria, comportino in via diretta il pregiudizio dei medesimi diritti, e questa è forse la ragione principale per cui si è a lungo sottovalutata l'incidenza della tutela dei diritti umani in relazione a tali attività. Il discorso cambia se si prende in considerazione il caso in cui l'individuo *target* della cooperazione internazionale rischi di essere sottoposto nello Stato richiedente ad un processo non equo, in violazione di quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, ma anche dall'art. 14 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966²¹⁰. Il diritto

che sono sottoposti alla giurisdizione di una Parte contraente (compresi dunque coloro che sono oggetto di decisioni sulla cooperazione internazionale).

Di recente la Corte europea ha affermato i principi fissati dal caso *Soering* con riferimento al caso dell'espulsione di un cittadino tunisino da parte dell'Italia per ragioni di prevenzione del terrorismo, stabilendo che il divieto di tortura prevale anche sulle esigenze di ordine pubblico interno (Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 37201/06, *Saadi c. Italia*, sentenza 22 febbraio 2008; per un commento cfr. A. GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 449 ss.).

²⁰⁷ R. J. CURRIE, *Human rights and international legal assistance: resolving the tension* cit., p. 148.

²⁰⁸ Il ricorrente lamentava, infatti, che, nel caso fosse stato estradato, non avrebbe potuto esercitare i suoi diritti di difesa, poiché lo Stato della Virginia non prevedeva un sistema di assistenza giudiziaria per i non abbienti.

²⁰⁹ *Soering* cit., par. 113.

²¹⁰ Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1976.

ad un equo processo implica, fra gli altri, il diritto all' "equality of arms" - ovvero all'uguaglianza fra le parti quanto ai mezzi a disposizione per sostenere la propria posizione²¹¹ - e ad essere giudicati da giudici indipendenti ed imparziali in una pubblica udienza (art. 6, par. 1, CEDU), nonché il diritto di essere informati dell'accusa e di predisporre una difesa efficace, interrogando i testimoni a carico e quelli a scarico. Alla luce delle garanzie che derivano dall'art. 6 CEDU, in dottrina si è giunti ad affermare che nel contesto attuale della cooperazione internazionale la condotta di uno Stato, il quale presta assistenza ad un altro Stato per lo svolgimento di un procedimento in cui non è garantita l'osservanza delle norme sul giusto processo, dovrebbe essere valutata alla stregua del comportamento di quello che esegue una richiesta di estradizione verso uno Stato in cui l'individuo rischia di essere sottoposto ad un processo non equo, o ad una pena derivante dalla celebrazione di questo²¹². Tale soluzione appare però lontana dall'essere applicata, se si considera che anche il divieto di estradare nel caso vi sia il rischio di violazione del diritto al *fair trial* è stato affermato solo in via di principio dalla Corte nel ricordato caso *Soering*, ma non vi sono pronunce in cui la Corte abbia accertato una tale violazione da parte di Stati contraenti²¹³. Al contrario, la Corte di Strasburgo ha affermato che non spetta ad uno Stato contraente accertare che lo Stato richiedente abbia osservato nel procedimento per il quale si richiede la cooperazione tutti i principi sanciti dall'art. 6 della Convenzione: una tale verifica, specie nei confronti di uno Stato non parte della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, sarebbe in contrasto con l'attuale tendenza a rafforzare la cooperazione internazionale in materia penale²¹⁴.

²¹¹ Sul principio dell'equality of arms come ricavato dall'art. 6, par.1, CEDU cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 14448/88, *Dombo Beeher BV v. Netherlands*, sentenza del 27 ottobre 1993.

²¹² A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale* cit., p. 96.

²¹³ In particolare, la Commissione europea dei diritti dell'uomo ha in più casi escluso la responsabilità degli Stati richiesti in relazione all'art. 6 della Convenzione per l'esecuzione di una domanda di assistenza: sul punto cfr. A. KLIP, *The Decrease of Protection under Human Rights Treaties in International Criminal Law*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1997, p. 292 ss.

²¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 12747/87, *Drozd e Janousek c. Francia e Spagna*, sentenza 26 giugno 1992, par. 110. Il caso riguardava la vicenda di due detenuti reclusi in Francia in base ad una sentenza emessa dal Principato di Andorra, la cui soggettività internazionale all'epoca dei fatti suscitava molti dubbi e si riteneva che la sovranità sul territorio fosse di fatto esercitata da Francia e Spagna. Non disponendo Andorra di un sistema carcerario, per consuetudine le sentenze venivano eseguite in Francia o in Spagna, ma comunque disciplinate come esecuzione di provvedimenti stranieri. Andorra ha ratificato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel 1996.

7.1. La tutela dei diritti umani nelle forme di cooperazione internazionale diverse dall'extradizione

La Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 non contiene alcun riferimento alla tutela dei diritti umani. La proposta di inserire una disposizione sulla possibilità di rifiutare l'assistenza nel caso in cui sussistano fondate ragioni di ritenere che il procedimento in corso nello Stato richiedente abbia intenti persecutori o discriminatori, come previsto nella Convenzione europea sull'extradizione del 1957 (art. 3, par. 2), venne rigettata in quanto ritenuta “unnecessary in the case of mutual assistance under Council of Europe arrangements”²¹⁵. La non necessarietà di inserire una previsione del genere può essere letta in due differenti modi: da una parte, si potrebbe pensare che la conclusione di una convenzione sull'assistenza giudiziaria nel quadro del Consiglio d'Europa, e alla luce del sistema da esso creato per tutelare i diritti umani, fa sì che il rispetto di tali diritti sia implicito (su questa interpretazione si tornerà più avanti); dall'altra, tenuto conto del trattamento differenziato rispetto all'extradizione, per cui una clausola anti-discriminazione è stata ritenuta necessaria, sembrerebbe che per le altre forme di cooperazione penale internazionale non si ravvisi il rischio di violazioni di tal genere. Per dimostrare la rilevanza del tema anche con riferimento a procedure di cooperazione internazionale diverse dall'extradizione appare dunque utile individuare quali siano in concreto i diritti suscettibili di essere violati dagli Stati, in particolare nell'ambito dell'esecuzione di una richiesta di assistenza giudiziaria. Anche con riferimento all'extradizione, infatti, la dottrina ha evidenziato come dalla prassi delle corti nazionali ed internazionali emerga l'inesistenza di un principio generale secondo il quale l'extradizione debba essere rifiutata ogni volta che vi sia il rischio di violazione di un qualsiasi diritto dell'individuo: solo casi quali la tortura o, a certe condizioni, il diniego di un giusto processo, possono far venire meno l'obbligo di procedere all'extradizione²¹⁶.

Ai fini della nostra analisi è dunque rilevante individuare (i) quali siano i diritti che le procedure di assistenza giudiziaria internazionale possono pregiudicare, e (ii) se il rischio di commettere tali violazioni possa far venir meno l'obbligo di cooperare.

²¹⁵ Explanatory report on the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, *sub* art. 2.

²¹⁶ J. DUGARD, C. VANDEN WYNGAERT, *Reconciling extradition with human rights* cit., p. 205.

Il divieto di discriminazione per ragioni legate al sesso, alla razza, alla lingua, alla religione o alle opinioni politiche è sancito in vari strumenti internazionali, e previsto nella maggior parte degli ordinamenti interni²¹⁷. Tale principio appare in verità trascurato negli strumenti multilaterali sull'assistenza giudiziaria internazionale, come già evidenziato con riferimento alla CEAG²¹⁸: esso è invece presente, ad esempio, in alcuni accordi bilaterali sulla mutua assistenza giudiziaria stipulati dall'Italia²¹⁹. Il rischio di discriminazione è poi previsto come motivo ostativo di esecuzione di richieste di assistenza anche nella disciplina interna di molti ordinamenti: in particolare, nell'ordinamento italiano la sussistenza del rischio che il procedimento *a quo* sia viziato da intenti discriminatori può condurre il Ministro di Giustizia, in sede di vaglio politico, o i giudici della corte d'appello competenti, in sede giurisdizionale, a negare l'esecuzione della domanda di assistenza²²⁰. Allo stesso modo, la legge federale svizzera sull'assistenza internazionale in materia penale del 20 marzo 1981 (AIMP) prevede l'irricevibilità della domanda di cooperazione se vi è motivo di credere che il procedimento all'estero tenda a perseguire o punire una persona in ragione delle sue opinioni politiche, della sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o per considerazioni di razza, confessione o nazionalità (art. 2)²²¹.

Secondo alcuni l'accertamento da parte dello Stato richiesto dell'intento discriminatorio del procedimento per cui è richiesta assistenza sarebbe assai complicato per

²¹⁷ Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 14; Patto sui diritti civili e politici, artt. 2 e 26; art. 3 della Costituzione italiana.

²¹⁸ Nel Trattato-tipo sull'assistenza giudiziaria delle Nazioni Unite (v. *supra* par. 4), è prevista la facoltà di uno Stato di rifiutare l'assistenza se sussistono fondate ragioni di ritenere che la richiesta sia stata formulata per perseguire un individuo a causa della sua razza, sesso, religione, cittadinanza, origine etnica, o delle sue opinioni politiche.

²¹⁹ Si veda ad esempio il trattato di mutua assistenza in materia penale con l'Australia (art. 6), o quello con il Canada (art. 3).

²²⁰ Artt. 723, co. 2, e 724, co. 5, lett. c), c.p.p. La *ratio* di tali disposizioni è la volontà da parte dello Stato italiano di non contribuire allo svolgimento di un processo discriminatorio nei confronti di un individuo. Tuttavia, i limiti summenzionati vengono meno ove l'imputato presti il suo consenso all'esecuzione della richiesta: ciò può avvenire quando questi abbia interesse all'acquisizione di certi elementi. Sul punto cfr. M. R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale* cit., p. 49.

²²¹ L'art. 2 AIMP prevede inoltre che la domanda di assistenza sia irricevibile quando vi sia motivo di ritenere che il procedimento estero non corrisponda ai principi procedurali della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, o del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

l'impossibilità di avere una visione globale dei fatti²²². Alla luce di tale considerazione appare utile soffermarsi sulla sentenza emessa dal Tribunale federale svizzero nel 2007 nel caso *Khodorkovsky*²²³. Il ricorso sui cui si è pronunciata la Suprema Corte svizzera prende origine dalla richiesta di assistenza giudiziaria formulata dalla Federazione russa alla Svizzera per l'ottenimento di documenti, per lo più bancari, da utilizzare nel procedimento penale instaurato in Russia nei confronti di alcuni dirigenti del gruppo petrolifero Yukos, fra cui il fondatore del gruppo, il Sig. Khodorkovsky, accusato di vari reati, fra cui riciclaggio, frode fiscale ed evasione fiscale. Nel 2006, il Ministero Pubblico della Confederazione accoglieva con decisione di chiusura la richiesta formulata dalla Federazione russa per l'acquisizione di documenti di un conto bancario presso una banca di Zurigo. Khodorkovsky impugnava tale provvedimento, chiedendo la sospensione dell'esecuzione della domanda di assistenza nell'attesa delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, da questi adita, sulla vicenda; il ricorrente chiedeva inoltre che venisse dichiarata irricevibile la domanda di assistenza della Federazione russa in base all'art. 2 AIMP, sul presupposto che il procedimento in atto nei suoi confronti in Russia fosse in realtà fondato su motivazioni politiche ed economiche. In effetti, sulle vicende giudiziarie che hanno colpito il colosso del petrolio Yukos sussistono molti dubbi, ed in particolare si sospetta che il governo russo abbia voluto colpire i cosiddetti "oligarchi" colpevoli di arricchirsi grazie alle privatizzazioni in atto in Russia. L'accertamento da parte delle autorità elvetiche del contesto in cui erano stati instaurati i procedimenti penali in Russia a carico dei dirigenti del gruppo Yukos presentava molte difficoltà, anche per la mancanza di informazioni da parte del governo russo: né poteva essere sufficiente per motivare un rifiuto il fatto che anche altri paesi, fra cui il Regno Unito o il Lichtenstein, avessero già rifiutato di cooperare con la Federazione russa eccependo l'intento discriminatorio, per ragioni politiche, dell'azione penale riguardante la società. Al fine di accertare la natura del procedimento instaurato dalle autorità russe, il Tribunale federale svizzero prende quindi in considerazione la risoluzione 1416 (2005) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio

²²² In questo senso R. J. CURRIE, *Human rights and international legal assistance: resolving the tension* cit., p. 156.

²²³ Tribunale federale svizzero, sentenza del 13 agosto 2007, *Khodorkovski c. Ministero Pubblico della Confederazione*, 1A.29/2007.

d'Europa, in cui si evidenziava come il contesto in cui erano avvenuti gli arresti dei dirigenti della società Yukos desse conto di numerose violazioni di diritti fondamentali; allo stesso tempo altri elementi, quali i provvedimenti amministrativi e fiscali emanati contro la società ed i suoi manager, portavano alla conclusione che i procedimenti penali si inserivano in un piano di contrasto del governo della ricca classe degli oligarchi²²⁴. Sulla base di quanto affermato dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa nel 2005, e ribadito nella successiva risoluzione 1523 (2006), tenuto conto anche dell'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Gusinskiy*²²⁵, nonché dei rapporti presentati da alcune organizzazioni non governative, quali Amnesty International e Human Rights Watch, il Tribunale federale svizzero ha affermato che l'esecuzione della domanda di assistenza della Federazione russa si poneva in contrasto con l'art. 2 AIMP, ai sensi del quale una domanda di assistenza è irricevibile quando il procedimento estero *a quo* non rispetta i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del Patto sui diritti civili e politici, o ha intenti persecutori. Come evidenziato dalla Suprema Corte svizzera, la *ratio* della norma è di evitare che la Svizzera concorra, a causa della cooperazione prestata in materia di assistenza giudiziaria o estradizione, allo svolgimento in un altro Stato di un procedimento lesivo di diritti umani riconosciuti a livello internazionale²²⁶. Il ricorso del sig. Khodorkovski veniva quindi accolto, e l'esecuzione della richiesta di assistenza giudiziaria da parte della Federazione russa rifiutata.

La sentenza del Tribunale federale svizzero è interessante sotto diversi punti di vista. In primo luogo, l'utilizzo di fonti sovranazionali, o addirittura provenienti da organizzazioni non governative, al fine di accertare i fatti dà conto di un atteggiamento assai moderno ad aperto alla realtà internazionale da parte dei giudici elvetici. In secondo luogo, e questo è forse l'elemento più importante, la decisione costituisce un esempio concreto di come l'esecuzione di una domanda di assistenza giudiziaria possa

²²⁴ Council of Europe, Parliamentary Assembly, resolution 1418/2005, *The circumstances surrounding the arrest and prosecution of leading Yukos executives*, disponibile su <http://assembly.coe.int>, par. 14.

²²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 70276/01, *Gusinskiy c. Russia*, sentenza del 19 maggio 2004, in cui la Corte ha ritenuto che la Procura generale russa abbia compiuto veri e propri atti di intimidazione nei confronti del ricorrente al fine di costringerlo a vendere la propria società ad un ente controllato dallo Stato.

²²⁶ Tribunale federale svizzero, sentenza del 13 agosto 2007 cit., par. 2.3.

condurre alla violazione da parte dello Stato richiesto, in concorso con lo Stato richiedente, di diritti umani fondamentali e del principio di non discriminazione.

Oltre al diritto a non subire trattamenti discriminatori, l'assistenza giudiziaria può incidere sul rispetto di altri principi fondamentali, quale il già citato diritto ad un processo equo. In dottrina è stata proposta la distinzione fra applicazione diretta e applicazione indiretta dell'art. 6 CEDU²²⁷. Si ha applicazione diretta dell'art. 6 CEDU quando il controllo di conformità con quanto ivi sancito riguarda l'utilizzazione da parte dello Stato richiedente dei risultati della cooperazione internazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata sull'argomento nel caso *A.M. c. Italia*, in cui ha ravvisato la violazione dell'art. 6 par. 1 e par. 3, lett. d) (che stabilisce il diritto dell'imputato a controesame i testimoni a carico) da parte dell'Italia per una decisione di condanna emessa in base alle sole dichiarazioni di cittadini statunitensi acquisite tramite rogatoria, senza che l'accusato potesse interrogare a sua volta tali testimoni²²⁸. Si parla invece di applicazione indiretta dell'art. 6 CEDU quando il vaglio dei giudici di Strasburgo riguarda la condotta dello Stato richiesto diretta a dare esecuzione ad una domanda di cooperazione internazionale. In campo civile, nel caso *Pellegrini c. Italia*²²⁹ la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la responsabilità dell'Italia per violazione dell'art. 6 CEDU conseguente alla delibazione di una sentenza di annullamento di matrimonio emanata da uno Stato non contraente (la Santa Sede). La ricorrente lamentava gravi violazioni del suo diritto di difesa nell'ambito del procedimento svoltosi di fronte al tribunale ecclesiastico, che aveva poi emesso la sentenza oggetto del giudizio di delibazione in Italia. I giudici di Strasburgo hanno

²²⁷ G. RAIMONDI, *Garanzie del giusto processo in relazione ai meccanismi di cooperazione giudiziaria internazionale*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (ed.), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, p. 192 ss.

²²⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 37019/97, *A.M. c. Italia*, sentenza del 14 dicembre 1999. Occorre rilevare che a seguito delle modifiche apportate dalla L. 479/1999 (cd. Legge Carotti) all'art. 512 *bis* un caso simile a quello esaminato dalla Corte di Strasburgo nel 1999 - in cui vi era stata l'acquisizione delle dichiarazioni di testimoni cittadini statunitensi mediante semplice lettura degli atti acquisiti tramite rogatoria, senza alcun tentativo di sentire in Italia le medesime persone - non potrebbe più verificarsi, essendo attualmente possibile dare lettura di dichiarazioni rese all'estero solo nel caso in cui l'esame dibattimentale sia assolutamente impossibile. Inoltre ai sensi dell'art. 526, co. 1 *bis*, introdotto nel 2001, la copevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si sia sempre sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore.

²²⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 30882/96, *Pellegrini c. Italia*, sentenza del 20 luglio 2001, su cui cfr. C. FOCARELLI, *Equo processo e riconoscimento di sentenze civili straniere*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 955 ss.

ritenuto sussistente la responsabilità dell'Italia per non aver verificato che la ricorrente avesse effettivamente subito un processo equo prima di dar esecuzione alla decisione del tribunale ecclesiastico, ammettendo quindi la possibilità che anche tale forma di cooperazione internazionale (l'esecuzione di provvedimenti stranieri) possa indirettamente pregiudicare i diritti soggettivi che derivano dall'art. 6 CEDU.

Anche il diritto di proprietà, sancito nel Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1952²³⁰, può subire rilevanti limitazioni a causa di provvedimenti adottati nell'ambito di procedure di cooperazione giudiziaria internazionale, sia a seguito di provvedimenti temporanei - si pensi ad un sequestro a fini probatori -, sia per l'esecuzione di decisioni definitive che comportino la privazione di un bene, come nel caso della confisca. La Corte di Strasburgo ha avuto modo di pronunciarsi di recente sul rapporto fra tutela del diritto di proprietà e cooperazione internazionale nel caso *Saccoccia c. Austria*²³¹. Il ricorrente, un cittadino statunitense condannato per condotte di riciclaggio di denaro, lamentava che l'Austria, nel dare esecuzione ad un ordine di confisca proveniente dagli Stati Uniti, aveva violato i suoi diritti di difesa, non avendo adottato la decisione di esecuzione a seguito di una pubblica udienza e dopo averlo sentito; richiedeva inoltre che venisse accertata la violazione da parte dell'Austria del suo diritto di proprietà, dal momento che la decisione austriaca di esecuzione della confisca era da considerarsi illegittima²³². Quanto al primo profilo - la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU - la Corte, pur ribadendo che la pubblicità dell'udienza ed il contraddittorio rappresentano aspetti fondamentali del diritto ad un giusto processo, ha rilevato la possibilità di una deroga a tali principi alla luce del tipo di procedimento da svolgere. Nel caso di specie, l'attività dei giudici austriaci nel decidere sull'esecuzione dell'ordine di confisca emesso negli Stati Uniti non richiedeva

²³⁰ L'art. 1 del Protocollo stabilisce che: "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende".

²³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, ricorso n. 69917/01, *Saccoccia c. Austria*, sentenza del 18 dicembre 2008.

²³² In particolare, Saccoccia rilevava che oggetto del provvedimento erano beni non direttamente collegati ai reati per cui era stato condannato, e tale tipo di confisca non era permessa ai sensi del Trattato di mutua assistenza fra Austria e Stati Uniti del 1998.

lo svolgimento di un'udienza pubblica o l'audizione di testimoni, dovendosi solo valutare la sussistenza dei requisiti tecnici, necessari per eseguire un provvedimento straniero, previsti dalla *Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz*, la legge austriaca concernente l'extradizione e l'assistenza giudiziaria²³³, e dal Trattato di assistenza giudiziaria fra Austria e Stati Uniti del 1998: alla luce di ciò, la presenza del ricorrente non era necessaria, potendo la Corte austriaca decidere in base alle evidenze scritte prodotte²³⁴.

La Corte non ha rilevato alcuna violazione da parte dell'Austria anche con riferimento alla censura riguardante la violazione del diritto di proprietà, alla luce dei principi che regolano il rapporto fra la tutela del diritto di proprietà e la cooperazione giudiziaria in materia penale. L'esecuzione di un ordine di confisca, infatti, rientra nel diritto di ogni Stato di disciplinare l'uso dei beni per fini di interesse generale, enunciato nello stesso art. 1 del Protocollo addizionale del 1952²³⁵. Secondo i giudici di Strasburgo, il rafforzamento della cooperazione internazionale nella lotta al riciclaggio di denaro proveniente dal traffico di droga è sicuramente un interesse di portata generale, che però deve essere bilanciato con il diritto del singolo al pacifico godimento dei suoi beni: nel compiere questa operazione, la Corte riconosce che gli Stati conservano un certo margine di discrezionalità. Applicando tali principi al caso di specie, i giudici di Strasburgo hanno rilevato che le ragioni del ricorrente sono state rappresentate in modo sufficiente nei procedimenti relativi all'esecuzione delle decisioni straniere e, tenuto conto del menzionato margine di discrezionalità riconosciuto ad ogni Stato, hanno ritenuto che l'esecuzione dell'ordine di confisca da parte dell'Austria soddisfi l'esigenza di un equo bilanciamento fra il diritto di proprietà del ricorrente e l'interesse generale

²³³ In particolare, la legge austriaca prevede che sia dia seguito a richieste straniere di cooperazione giudiziaria quando lo Stato richiedente dia garanzie di reciprocità. Quanto all'esecuzione di provvedimenti stranieri, essa è possibile quando la decisione straniera sia stata adottata nell'ambito di un procedimento che garantisce il rispetto dei principi sanciti dall'art. 6 CEDU, sussista il requisito della doppia incriminabilità e l'esecuzione non debba considerarsi prescritta ai sensi del diritto austriaco.

²³⁴ *Saccoccia c. Austria* cit., par. 77-79.

²³⁵ L'art. 1 del Protocollo addizionale stabilisce tre principi, ovvero il pacifico godimento della proprietà da parte dei singoli, la possibilità di essere deprivati dei propri beni solo a certe condizioni, e la possibilità di ogni Stato di limitare l'uso dei beni per fini di interesse generale (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 ottobre 1986, *AGOSI c. Regno Unito*, ricorso n. 9118/80, par. 48).

alla cooperazione internazionale contro il riciclaggio di denaro proveniente dal traffico di droga²³⁶.

Anche il diritto alla tutela della vita privata e familiare, sancito dall'art. 8 CEDU e dall'art. 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, deve fare i conti con la moderna esigenza di rafforzare la collaborazione fra Stati nella lotta alla criminalità. La protezione dei dati personali è già oggetto di una convenzione conclusa nel 1981 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa²³⁷. Restando in ambito europeo, si deve rilevare che la Convenzione di assistenza giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea del 2000 si occupa espressamente della tutela dei dati personali trasmessi in base ad essa, siano essi automatizzati o meno²³⁸. Anche il Secondo Protocollo addizionale alla CEAG del 2001²³⁹ prevede una norma sulla protezione dei dati personali "trasmessi da una Parte a un'altra a motivo dell'esecuzione di una domanda fatta sulla base della presente Convenzione o di uno dei suoi Protocolli" (art. 26): sembra dunque essersi affermata la tendenza a coordinare le esigenze di cooperazione internazionale con quelle di tutela della *privacy* degli individui coinvolti, i quali potranno far valere eventuali violazioni di fronte ai competenti organi nazionali, e ciò inciderà sull'utilizzabilità degli atti eventualmente ottenuti o sulla possibilità di trasmettere quanto acquisito allo Stato richiedente.

A conclusione di questa " rassegna " dei diritti individuali suscettibili di essere pregiudicati dalle modalità di cooperazione internazionale penale diverse dall'extradizione, è utile far riferimento ad altri due principi che mirano a tutelare i

²³⁶ *Saccoccia c. Austria* cit., par. 90.

²³⁷ Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale, adottata a Strasburgo il 28 gennaio 1981, ETS n. 108. La Convenzione, entrata in vigore il 1° ottobre 1985 e ratificata dall'Italia con L. 21 febbraio 1989, n. 98, prevede una serie di garanzie che gli Stati contraenti devono adottare nei propri ordinamenti interni per il trattamento automatizzato dei dati personali, al fine di armonizzare il livello di tutela previsto nei diversi Stati, esigenza divenuta sempre più rilevante a seguito dell'aumento dello scambio internazionale di informazioni di questo tipo.

²³⁸ Art. 23 della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea (v. *infra* Cap. II). Come si legge nel Rapporto esplicativo della Convenzione "[è] la prima volta che una convenzione sulla cooperazione giudiziaria in materia penale contempla regole relative allo scambio di dati tra due o più Stati membri. Il Consiglio le ha tuttavia ritenute necessarie, in particolare tenuto conto dell'introduzione nella convenzione di taluni metodi investigativi non esclusivamente giudiziari" (Relazione esplicativa sulla convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, in *GU* n. C 379, del 29 dicembre 2000, p. 7 ss, *sub* art. 23).

²³⁹ V. *supra* par. 5.2.

singoli nell'ambito della collaborazione fra Stati, vale a dire il *ne bis in idem* internazionale e il principio di specialità. Si è detto che il principio del *ne bis in idem* internazionale non è riconosciuto come norma di diritto internazionale generale²⁴⁰, tuttavia il divieto di sottoporre un individuo ad un processo per il medesimo fatto in più Stati opera come motivo ostativo alla cooperazione internazionale in virtù di disposizioni *ad hoc* inserite in alcuni accordi in materia. Così ad esempio, la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato del 1990 prevede come motivo di rifiuto facoltativo della cooperazione richiesta la circostanza che “the requested Party considers that compliance with the action sought would be contrary to the principle of *ne bis in idem*” (art. 18, par. 1, lett. e). Il principio del *ne bis in idem* è invece causa di rifiuto obbligatorio di una richiesta di assistenza ai sensi dell'art. III dell'Accordo fra Italia e Svizzera del 1998 che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale e ne agevola l'applicazione²⁴¹. Per quanto riguarda il principio di specialità, si è già detto dei dubbi sulla possibilità di configurarlo come un diritto previsto a favore del singolo²⁴²: alla luce dei nuovi principi che governano le relazioni fra Stati e alla doverosa attenzione alla tutela dei diritti umani nell'ambito della cooperazione internazionale penale, ci sembra che anche la violazione di tale principio da parte dello Stato richiedente dovrebbe essere sanzionata a garanzia della posizione dell'individuo coinvolto nelle procedure di assistenza giudiziaria.

²⁴⁰ V. *supra* par. 3.1.

²⁴¹ V. *supra sub* nota 93.

²⁴² V. *supra* par. 6.1.

7.2. Il coordinamento fra gli strumenti della cooperazione internazionale penale e la tutela dei diritti dell'uomo

Nei paragrafi precedenti si è cercato di evidenziare quali siano i rischi concreti di violazione di diritti umani fondamentali derivanti dalla collaborazione fra Stati in materia penale. Appare ora necessario individuare le modalità di tutela di tali diritti nel quadro del rafforzamento della cooperazione internazionale, divenuta irrinunciabile per un contrasto efficace delle moderne forme di criminalità.

Si è già rilevato come siano pochi i casi in cui le convenzioni sulla cooperazione internazionale in materia penale fanno riferimento espresso alla tutela dei diritti umani. Per quanto riguarda gli strumenti più recenti, mentre in alcuni casi si registra la volontà di coordinare la cooperazione nella lotta contro il crimine con il rispetto dei diritti umani (si veda il Preambolo della Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale fra gli Stati membri dell'Unione europea del 2000, in cui la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è espressamente richiamata), stupisce invece l'assenza di "clausole umanitarie" in atti di ultima generazione, come nel caso della Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale²⁴³. Anche lo Statuto della Corte Penale Internazionale fa riferimento alla tutela dei diritti umani nell'ambito di procedure di acquisizione di prove²⁴⁴. Per quanto riguarda gli strumenti elaborati nell'ambito dell'Unione europea sulla cooperazione fra Stati membri in materia penale (v. *infra*

²⁴³ Come si dirà più avanti (v. *infra* Cap. III), la Convenzione ONU del 2000 prevede una serie di disposizioni che regolano i differenti aspetti della cooperazione fra Stati (estradizione, assistenza giudiziaria, sequestro e confisca). Nel preambolo della Convenzione non si fa alcun riferimento ad alcuno degli strumenti elaborati in seno alle Nazioni Unite in tema di diritti umani. L'art. 16, par. 14, sull'estradizione prevede che in nessun caso dalla Convenzione può derivare l'obbligo di estradare quando via siano fondate ragioni di ritenere che l'individuo sia oggetto di un procedimento discriminatorio; nessun riferimento viene invece fatto alla possibilità o meno di rifiutare l'estradizione verso un paese che preveda la pena di morte, e al principio di specialità. In materia di assistenza giudiziaria non vi sono invece norme che permettano di rifiutare la cooperazione nel caso di procedimenti discriminatori o, più in generale, nel caso vi sia il rischio di violazione di diritti fondamentali. La Convenzione prende invece in considerazione la protezione dei testimoni da potenziali atti di intimidazione (nulla però è detto sulle immunità delle persone citate a comparire di fronte ad uno Stato), la tutela delle vittime del reato, nonché la tutela dei terzi nei casi di confisca. Sulla tutela dei diritti umani nella Convenzione di Palermo cfr. M. AGRIMI, *La cooperazione giudiziaria internazionale nella Convenzione di Palermo contro il crimine organizzato transnazionale e la tutela dei diritti umani*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (ed.), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo* cit., p. 73 ss.

²⁴⁴ Ai sensi dell'art. 69 dello Statuto della Corte Penale Internazionale gli elementi di prova ottenuti in violazione dello Statuto o dei diritti dell'uomo internazionalmente riconosciuti non sono ammissibili nel caso in cui: a) la violazione metta seriamente in dubbio la credibilità degli elementi di prova; oppure b) l'ammissione della prova comprometterebbe e pregiudicherebbe gravemente l'integrità del procedimento.

Cap. II), la tutela dei diritti umani è garantita dal richiamo operato dall'art. 6 del Trattato istitutivo dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, cui gli atti di diritto derivato, compresi quelli del cosiddetto terzo pilastro, si devono conformare.

In assenza di disposizioni di coordinamento fra accordi sulla cooperazione internazionale penale e convenzioni sui diritti dell'uomo, la soluzione del conflitto fra obblighi derivanti da diverse fonti convenzionali non è agevole. Sicuramente si può affermare che nell'ipotesi in cui la disposizione pattizia relativa alla tutela dei diritti umani sia riproduttiva di una norma di *jus cogens* (si pensi al divieto di tortura), in nessun caso uno Stato potrebbe derogarvi, e quindi il mancato adempimento dell'obbligo di cooperazione non darebbe origine ad un illecito internazionale²⁴⁵. Al di fuori di questa ipotesi, il conflitto potrebbe risolversi alla luce della disciplina sul diritto dei trattati. Il criterio della prevalenza nel caso di accordi successivi fra le stesse parti e sulla medesima materia - da interpretarsi in senso non restrittivo - del trattato concluso per ultimo, previsto dall'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969²⁴⁶, condurrebbe ad affermare la prevalenza degli strumenti sulla cooperazione internazionale in materia penale sulle convenzioni, la maggior parte risalenti nel tempo, relative alla tutela dei diritti umani, e ciò non è accettabile, né corrispondente alla volontà degli Stati, i quali si dimostrano più aperti a collaborare con quelle parti che garantiscano un certo livello di tutela dei diritti umani. Sembra invece maggiormente d'aiuto per la risoluzione del conflitto qui esaminato il principio stabilito dall'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna, secondo cui nell'interpretazione di un trattato si deve tenere conto "di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti": l'applicazione di tale principio permetterebbe di interpretare le disposizioni degli accordi sulla cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale alla luce degli obblighi incombenti sulle parti in virtù della Convenzione

²⁴⁵ In questo senso, relativamente all'estradizione, cfr. G. GAJA, *Rapporti fra trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, in F. SALERNO, *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione. Atti del Convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini* (29-30 ottobre 1999), Padova, 2003, p. 125 ss.; sul punto cfr. anche R. J. CURRIE, *Human rights and international legal assistance: resolving the tension* cit., p. 164, il quale evidenzia che tale soluzione non è però applicabile alla gran parte dei diritti umani.

²⁴⁶ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati fra Stati, conclusa a Vienna il 23 maggio 1969, entrata in vigore il 27 gennaio 1980, UN Treaty Series, vol. 1155, p. 331.

europea dei diritti dell'uomo o del Patto sui diritti civili e politici, o di qualsiasi altro strumento in vigore fra gli Stati coinvolti relativo alla tutela dei diritti umani. Tale interpretazione sarebbe ancor più giustificata nel caso di convenzioni concluse nel settore penale in seno al Consiglio d'Europa, tenuto conto del sistema di tutela dei diritti che vige in tale contesto, fondato su una Convenzione e una Corte sovranazionale che può decidere anche su ricorsi individuali.

Un ulteriore meccanismo che permetterebbe ad uno Stato di rifiutare la cooperazione con un altro senza incorrere in responsabilità internazionale quando vi siano ricadute sui diritti umani è il ricorso alla clausola del rispetto dell'ordine pubblico, previsto come motivo di rifiuto in numerose convenzioni, fra cui la CEAG (art. 2, lett. b)²⁴⁷: tuttavia, mentre il ricorso all'eccezione della contrarietà all'ordine pubblico potrebbe legittimare il rifiuto dello Stato richiesto, e non esporlo quindi a responsabilità internazionale, esso non potrebbe però servire ad un individuo per contestare l'esecuzione di una domanda di cooperazione, essendo ogni valutazione rimessa alla discrezionalità dello Stato.

Il problema della violazione dei diritti umani in occasione di procedure di cooperazione in materia penale è stato fin qui analizzato dal punto di vista degli Stati coinvolti, i quali possono incorrere in responsabilità internazionale per aver violato diritti individuali nell'esecuzione della domanda (Stato richiesto) o nell'utilizzazione dei risultati ottenuti (Stato richiedente). Dal punto di vista pratico, e per garantire un'effettiva tutela dei soggetti *target* della collaborazione fra Stati, occorre verificare quale sia la posizione dell'individuo rispetto a quanto stabilito nelle fonti che regolano i rapporti fra gli Stati in materia. Come si è già detto, gli accordi di cooperazione nel settore penale disciplinano le relazioni fra Stati, mentre l'individuo assume solo il ruolo di "oggetto" del regime stabilito nelle fonti convenzionali: da ciò deriva che l'accordo non attribuisce alcun diritto al singolo, salvo diversa statuizione²⁴⁸. Tuttavia, il singolo potrebbe far valere il diritto al rispetto delle procedure previste dalle convenzioni, specie nel caso in

²⁴⁷ Ai sensi dell'art. 2 CEAG "l'assistenza giudiziaria potrà essere rifiutata...se la Parte richiesta ritiene che l'esecuzione della domanda è di natura tale da nuocere alla sovranità, alla sicurezza, all'ordine pubblico o ad altri interessi essenziali del suo paese".

²⁴⁸ R. J. CURRIE, *Human rights and international legal assistance: resolving the tension* cit., p. 169: l'A. dà conto anche della prassi statunitense, che esclude la configurabilità di diritti soggettivi derivanti da accordi di cooperazione in materia penale fra Stati (v. *sub* nota 118).

cui esistano determinati obblighi o divieti a carico degli Stati contraenti²⁴⁹. È chiaro che tale soluzione è strettamente legata ai rimedi previsti dagli ordinamenti interni dello Stato richiedente e dello Stato richiesto: così, ad esempio, nell'ordinamento italiano l'art. 729 c.p.p. prevede che la violazione delle norme internazionali disciplinanti l'acquisizione e la trasmissione di mezzi di prova sia causa di inutilizzabilità degli atti. Altra via a disposizione dei singoli è far valere la violazione di norme interne relative alle modalità di acquisizione degli atti che, come si è detto, tradizionalmente sono disciplinate dalla *lex fori*: così il sequestro illegittimo di materiale riservato e coperto dal *privilege attorney-client* potrà essere fatto valere di fronte al giudice del luogo di esecuzione in base alla legge nazionale, e, una volta accertata l'infrazione, ciò comporterà il divieto di trasmettere i risultati acquisiti *contra legem*²⁵⁰.

In conclusione, da quanto fin qui esaminato emerge con chiarezza che l'esigenza di predisporre rimedi efficaci a favore degli individui coinvolti nella cooperazione internazionale in materia penale non può più essere ignorata, specie nell'ottica del rafforzamento della collaborazione fra Stati e delle sempre più rilevanti ricadute che questa ha negli ordinamenti interni e sugli individui.

²⁴⁹ Sul punto cfr. A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale* cit., p. 164 ss.

²⁵⁰ Ci si riferisce ad alcuni casi verificatisi nel 2007 in cui autorità straniere (negli Stati Uniti e ad Hong Kong) hanno accertato che le attività di esecuzione della domanda di assistenza proveniente dall'Italia (perquisizioni e sequestri) erano avvenute in violazione della normativa interna, e per tale motivo hanno annullato i provvedimenti e restituito gli atti raccolti, senza procedere alla trasmissione allo Stato richiedente.

8. Brevi cenni in materia di cooperazione internazionale penale e ordinamento italiano

Oltre che dagli strumenti internazionali, i rapporti fra gli Stati in materia penale sono regolati anche all'interno dei singoli ordinamenti. La disciplina nazionale è solitamente destinata ad operare in mancanza di accordi internazionali fra lo Stato richiesto e lo Stato richiedente, e perciò ha un ruolo fondamentale soprattutto quando si tratti di cooperare fra paesi che si pongono al di fuori dei sistemi convenzionali fin qui analizzati.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, ai "Rapporti giurisdizionali con autorità straniere" è dedicato il Libro Undicesimo del codice di procedura penale, il quale si concentra su tre aree considerate dal legislatore "meritevoli" di specifica disciplina, vale a dire l'extradizione, le rogatorie attive e passive, e l'esecuzione delle sentenze straniere (nonché delle sentenze italiane all'estero)²⁵¹. Il presente lavoro intende esaminare gli atti internazionali dedicati alla cooperazione internazionale per la lotta agli illeciti economici, e quindi non si procederà ad una analisi di dettaglio della normativa interna italiana relativa alla collaborazione con altri Stati in materia penale. Tuttavia appare utile soffermarsi sui rapporti che intercorrono fra gli strumenti internazionali, di origine pattizia o di diritto internazionale generale, e l'ordinamento italiano.

Il Libro Undicesimo del codice di rito si apre con l'art. 696 c.p.p. intitolato "Prevalenza delle convenzioni e del diritto internazionale generale": tale disposizione è stata in parte modificata dalla legge n. 367 del 5 ottobre 2001, con cui si è proceduto anche a ratificare l'Accordo tra la Svizzera e l'Italia che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione, concluso il 10 settembre 1998, ma entrato in vigore nel 2003. La norma prevede che le extradizioni, le rogatorie internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere in materia penale sono disciplinate dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959, e dalle altre norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato, nonché dalle norme di diritto internazionale generale. Tale disposizione sancisce

²⁵¹ M. CHIAVARIO, *Diritto Processuale Penale. Profilo istituzionale*, Torino, 2006, p. 605.

dunque nelle materie indicate la prevalenza delle fonti di diritto internazionale vincolanti lo Stato italiano sulla disciplina codicistica, applicabile quando le fonti internazionali manchino o non dispongano diversamente. Il legislatore italiano ha quindi voluto indicare la soluzione preventiva nel caso di antinomie fra la disciplina nazionale e gli atti internazionali²⁵².

Con la novella del 2001 si è inserito nell'art. 696 c.p.p. il riferimento espresso alla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959, e ciò ha sollevato dubbi riguardo alla posizione gerarchica di questa convenzione, poiché richiamata, rispetto alle altre fonti di diritto internazionale. La dottrina appare però conforme nel non attribuire a tale menzione espressa alcun valore particolare, individuando nell'indicazione del legislatore un intento "pedagogico", volto ad aiutare gli operatori del diritto nella ricognizione delle fonti rilevanti per lo Stato italiano²⁵³.

L'individuazione della disciplina applicabile ai rapporti con uno Stato straniero assume particolare rilevanza alla luce delle conseguenze previste in caso di violazione delle norme richiamate dall'art. 696 c.p.p.: l'art. 729 c.p.p. sancisce infatti l'inutilizzabilità nel procedimento italiano, rilevabile in ogni stato e grado, degli atti assunti per rogatoria quando ciò sia avvenuto in violazione delle disposizioni previste nelle fonti internazionali applicabili: il legislatore ha quindi cercato di garantire il rispetto delle norme internazionali prevedendo la sanzione più grave applicabile alle prove²⁵⁴.

²⁵² In questo senso cfr. A. GAITO, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2006, p. 984.

²⁵³ In questi termini F. MOSCONI, *Commento all'art. 696*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Milano, p. 680; M. R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale* cit., p. 144.

²⁵⁴ Le prime pronunce sulla portata dell'art. 729 c.p.p. hanno riguardato la possibilità di eccepire l'inutilizzabilità degli atti trasmessi ai sensi della CEAG corredati di una attestazione di conformità generale, in luogo dell'attestato di conformità su ogni singolo atto: la questione è stata risolta interpretando l'art. 3 CEAG, secondo cui la Parte richiesta potrà trasmettere soltanto copie o fotocopie certificate conformi degli inserti o dei documenti richiesti, salvo diversa richiesta, e in questo caso nella misura possibile, alla luce della prassi invalsa fra gli Stati (come previsto dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati), tutta orientata alla trasmissione di copie con certificato di conformità (per un commento delle pronunce cfr. R. M. GERACI, *In tema di certificazione di conformità della documentazione trasmessa in esecuzione di rogatoria* (Nota a Cassazione sez. I 10 ottobre 2003, n. 4023) in Cassazione penale, 2005, fasc. 6, p. 2032 ss.; P. SPAGNOLO, *Per una più ragionevole interpretazione della normativa sulle rogatorie all'estero* (Nota a Cass. sez. I pen. 3 febbraio 2004, n. 4520), in *Giurisprudenza italiana*, 2005, fasc. 10, p. 1947 ss.).

CAPITOLO II

LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA PENALE NELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: Parte I L'evoluzione della cooperazione in materia penale nell'Unione europea: 1. La creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: le origini della cooperazione; 2. Gli Accordi di Schengen e le misure "compensative"; 3. L'istituzionalizzazione della cooperazione giudiziaria in materia penale: i Trattati di Maastricht e di Amsterdam; 3.1. Il Trattato di Amsterdam ed il nuovo Terzo pilastro; 3.2. L'incorporazione dell'*acquis* di Schengen; 4. Dal vertice di Tampere al Programma dell'Aja: la fase attuale della cooperazione in materia penale nell'Unione europea - Parte II Gli strumenti adottati dall'Unione europea per la cooperazione giudiziaria in materia penale: 5. La realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia fra forme di cooperazione e riavvicinamento delle legislazioni penali nazionali; 5.1. Il rapporto fra il ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali e la cooperazione fra Stati nel quadro dell'Unione europea; 6. La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea: dalla mutua assistenza al mutuo riconoscimento; 6.1. La cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea per neutralizzare i proventi della criminalità organizzata: la decisione-quadro sul blocco o sequestro dei beni a fini probatori o di confisca; 6.2. Gli altri atti adottati nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea in materia di confisca; 7. L'assistenza giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea a fini probatori: dalla Convenzione del 2000 all'evidence warrant; 7.1. La Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 2000 ed il Protocollo del 2001; 7.2. I nuovi orizzonti dell'assistenza giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea: l'evidence warrant ed il principio di disponibilità della prova; 8. La dimensione esterna della cooperazione giudiziaria penale dell'Unione europea; 8.1. Gli accordi fra Unione europea e Stati Uniti sull'estradizione e sulla mutua assistenza giudiziaria del 2003; 8.2. La tutela dei diritti umani negli accordi fra Stati Uniti e Unione europea; 8.3. Altre disposizioni rilevanti; 9. La cooperazione in materia penale nel Trattato di Lisbona.

Parte I – L'evoluzione della cooperazione in materia penale nell'Unione europea

1. La creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: le origini della cooperazione

Come è noto, una delle conquiste più importanti dell'integrazione fra gli Stati membri della Comunità europea²⁵⁵ è rappresentata dall'instaurazione di un mercato comune²⁵⁶.

²⁵⁵ Appare utile porre delle premesse terminologiche su alcune denominazioni che verranno utilizzate nel presente capitolo. Il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea è stato firmato a Roma il 25 marzo 1957: con la conclusione del Trattato di Maastricht nel 1992, la CEE è divenuta solo Comunità europea (CE), ed anche il Trattato di Roma ha mutato denominazione in Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE). Il Trattato di Maastricht ha istituito l'Unione europea (esso è denominato Trattato sull'Unione europea - TUE), fondata sulla Comunità europea, integrata dalla politica estera di sicurezza comune (PESC) e dalla cooperazione nella giustizia e affari interni (GAI). Sulla natura giuridica dell'Unione europea si tornerà più avanti: tuttavia occorre fin da subito evidenziare che i termini "Comunità europea" ed "Unione europea" fanno riferimento a due ordinamenti giuridici integrati ma distinti (in questo senso si è espressa chiaramente anche la Corte di Giustizia nella recente sentenza del 3 settembre 2008, procedimenti riuniti C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione*, non ancora pubblicata, par. 202), e non possono quindi considerarsi interscambiabili. In considerazione di

Già il Trattato istitutivo della Comunità economica europea del 1957 (o “Trattato di Roma”) attribuiva all’instaurazione di un mercato comune - insieme al ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri - il compito di promuovere lo sviluppo armonioso delle attività economiche all’interno della Comunità, nonché il miglioramento del tenore di vita delle popolazioni degli Stati membri e delle relazioni fra gli stessi²⁵⁷.

La nozione di mercato interno fu introdotta dall’Atto Unico europeo²⁵⁸, ai sensi del quale esso comportava “uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del presente trattato”: la medesima definizione di mercato interno si ritrova nell’attuale formulazione dell’art. 14, par. 2, TCE. L’instaurazione del mercato interno, da completarsi entro il 31 dicembre 1992, presupponeva l’eliminazione di tutte le frontiere fisiche, tecniche e fiscali che ancora ostacolavano la libera circolazione di merci, persone servizi e capitali²⁵⁹. L’Atto Unico prevedeva anche delle disposizioni

ciò, nel presente lavoro si farà riferimento alla sola Comunità europea quando si tratterà in modo specifico di materie disciplinate dal TCE: in tutti gli altri casi, si farà riferimento all’Unione europea (in particolare, si parlerà generalmente di Stati membri dell’UE).

²⁵⁶ All’espressione “mercato comune” si affiancano quelle di “mercato interno” e “mercato unico”: la dottrina appare divisa sulla loro equivalenza (per le diverse soluzioni cfr. A. LANG, *Commento art. 14 CE*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione europea*, Padova, 2001, p. 131 ss.). Nel senso della fungibilità delle diverse espressioni cfr. G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Napoli, 2007, p. 380 ss., il quale sottolinea che anche la Corte di Giustizia utilizza indifferentemente le diverse definizioni (cfr. Corte di Giustizia, causa 15/81, *Schul*, in *Racc.* 1982, p. 1409, par. 33, ove si afferma che “la nozione di mercato comune ... mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno”).

²⁵⁷ Art. 2 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea del 1957. Per conseguire tali obiettivi erano previste “tre linee di azione” (G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Storia e politica dell’Unione europea*, Bari, 2005, p. 88 ss.), ovvero: 1) l’istituzione di un’unione doganale, attraverso la progressiva eliminazione dei dazi doganali tra gli Stati membri; 2) l’istituzione di un’unione economica, mediante la libera circolazione di persone, servizi e capitali, l’instaurazione di politiche comuni per l’agricoltura ed i trasporti, nonché l’armonizzazione delle politiche economiche; 3) la creazione di nuove risorse valorizzando le regioni sottosviluppate e la forza lavoro inutilizzata. Il Trattato di Roma prevedeva che l’instaurazione del mercato comune avvenisse in un periodo transitorio di dodici anni - conclusosi il 31 dicembre 1969 – diviso in tre tappe, al termine di ognuna delle quali gli Stati avrebbero ridotto la propria tariffa doganale, fino ad arrivare alla rimozione completa di dazi e contingentamenti. Dal 1° luglio 1968 trovò infine piena applicazione la tariffa doganale comune, sostitutiva delle singole tariffe nazionali degli Stati membri, per gli scambi con i Paesi terzi.

²⁵⁸ Firmato a Lussemburgo il 17 febbraio 1986 da nove Stati membri e il 28 febbraio 1986 dalla Danimarca, dall’Italia e dalla Grecia (in *GU* n. L 169 del 29 giugno 1987, p. 1 ss.).

²⁵⁹ Per “frontiere” non devono intendersi solo i confini nazionali fra gli Stati membri, ma in senso generale tutti gli ostacoli alla libera circolazione dei fattori produttivi (L. DANIELE, *Il diritto materiale della Comunità europea*, Milano, 2000, p. 15 ss.).

sulla cooperazione europea in materia di politica estera (Titolo III, artt. 30 ss.), quale forma di collaborazione fra gli Stati membri connotata da peculiari meccanismi di funzionamento: si stava quindi andando verso l'istituzionalizzazione della cosiddetta "Cooperazione Politica Europea" (CPE), da intendersi come il quadro intergovernativo attraverso cui gli Stati della Comunità economica europea cominciavano a ricercare forme di coordinamento sia con riferimento alla politica estera, che rispetto alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale²⁶⁰. Si assisteva dunque all'emergere della consapevolezza che per il raggiungimento di scopi prettamente comunitari, come la libera circolazione delle persone, gli Stati membri dovevano iniziare a coordinarsi anche su materie fino ad allora rimaste estranee al processo di integrazione europea. Tale evoluzione riguardava anche il settore della cooperazione giudiziaria e di polizia: mentre nel periodo precedente alla conclusione dell'Atto Unico la cooperazione fra gli Stati membri in questo settore mirava soprattutto a tutelare gli interessi degli ordinamenti interni, con particolare riguardo all'efficienza e all'efficacia del processo penale nazionale, con la creazione di uno spazio senza frontiere la collaborazione giudiziaria e di polizia cominciava ad apparire funzionalmente collegata a finalità strettamente comunitarie e non più riconducibili ai singoli Stati²⁶¹.

L'art. 3, lett. c, del Trattato di Roma prevedeva che l'abolizione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone avvenisse alle condizioni previste dal Trattato stesso, e quindi secondo quanto previsto dalle disposizioni del Titolo III riguardanti la libera circolazione dei lavoratori, autonomi o subordinati²⁶²: in tale ottica, il diritto di circolare liberamente all'interno della Comunità poteva essere riconosciuto solo a chi svolgesse un'attività economica, in linea con l'originaria concezione mercantilistica

²⁶⁰ L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aja*, in *Cassazione penale*, 2004, p. 3512. La CPE fu varata informalmente nel 1970, a seguito del Rapporto Davignon che prevedeva una serie di misure per favorire il coordinamento fra le politiche estere degli Stati membri della Comunità: nonostante il mancato seguito del rapporto, l'azione degli Stati nel senso di un maggiore coordinamento continuò fino a giungere all'AUE, ove per la prima volta era prevista una disciplina - anche se scarna - per l'attuazione di una cooperazione fra i Paesi comunitari in materia di politica estera e di sicurezza (sull'evoluzione della cooperazione politica cfr. P. MARIANI, *La dimensione politica del processo di integrazione europeo: la politica estera dell'Europa dalla Guerra fredda alla globalizzazione*, in P. MARIANI, *Le relazioni internazionali dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 3 ss.).

²⁶¹ In questo senso cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 97 ss.

²⁶² Artt. 48 e ss. del Trattato del 1957, attualmente artt. 39 ss. TCE.

dell'integrazione comunitaria²⁶³. Il superamento di tale visione economica della libertà di circolazione delle persone avvenne in via graduale, prima ad opera della giurisprudenza comunitaria²⁶⁴, successivamente grazie alle modifiche apportate dell'Atto Unico che, come si è visto, faceva per la prima volta riferimento alla libera circolazione delle *persone* nel mercato interno, ed infine in virtù delle modifiche previste dal Trattato di Maastricht del 1992 e riguardanti il concetto di cittadinanza europea (*ex art. 8*, ora *art. 17 TCE*), ed il diritto per ogni cittadino dell'Unione europea di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (*ex art. 8A*, ora *art. 18 TCE*).

L'abolizione di tutti gli ostacoli alla circolazione nei territori degli Stati membri dell'Unione europea ha costituito sicuramente un passo fondamentale per l'integrazione dei popoli europei. Fin da subito apparve però evidente che tale risultato sollevava altri problemi, specialmente con riguardo alla sicurezza e all'ordine pubblico. Per quanto riguarda la repressione della criminalità, era evidente che questa si sarebbe avvantaggiata non solo del venir meno dei controlli ai confini nazionali, ma soprattutto delle differenze ancora esistenti nei vari ordinamenti degli Stati membri, sia con riferimento a vere e proprie lacune nella repressione di taluni reati, che in termini di trattamento sanzionatorio, configurandosi addirittura un rischio di *forum shopping* a favore dei criminali²⁶⁵. Per arginare tali rischi, era quindi necessario che all'eliminazione degli ostacoli alla circolazione dei fattori produttivi facesse seguito

²⁶³ Così M. CONDINANZI, *Commento art. 18 CE*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea cit.*, p. 138.

²⁶⁴ La Corte di Giustizia ha esteso le categorie di soggetti beneficiari della libertà di circolazione sia attraverso un'interpretazione estensiva del concetto di lavoratore, andando a ricomprendere coloro che sono alla ricerca di un lavoro (v. ad esempio Corte di Giustizia, causa 48/75, *Royer*, in *Racc.* 1976, p. 497, e causa 53/81, *Levin*, in *Racc.* 1982, p. 1035), sia garantendo il diritto di soggiorno e di esercizio di un'attività lavorativa anche ai familiari (v. Corte di Giustizia, causa 48/75, *Royer cit.*, punto 13; più recentemente, causa C-60/00, *Carpenter*, in *Racc.* 2002, p. I-6279, ove si afferma (punto 38): "(...) it should be remembered that the Community legislature has recognised the importance of ensuring the protection of the family life of nationals of the Member States in order to eliminate obstacles to the exercise of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty ...".

²⁶⁵ Cfr. G. GRASSO, *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una "Politica criminale europea"?*, in *L'Indice penale*, 1993, p. 88 ss. Sugli effetti dell'abolizione delle frontiere alla circolazione sulla criminalità cfr., fra gli altri, C. VAN DEN WIJNGAERT, *Droit pénal et Communautés Européennes*, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1982, p. 837 ss., ove l'A. rileva che le barriere alla cooperazione giudiziaria "...ont sérieusement entravé la possibilité du développement d'une politique criminelle commune"; H. LABAYLE, *La protection des intérêts financiers de la Communauté*, in *Europe*, 1995, n. 3, p. 1 ss., ove si evidenzia che "plus les frontières du marché intérieur s'ouvrent, plus la persistance des frontières juridiques s'avère désastreuse".

l'abolizione delle frontiere giuridiche e giudiziarie fra gli Stati membri: questo processo implicava però una parziale limitazione della sovranità di questi ultimi e l'apertura verso ordinamenti stranieri²⁶⁶.

Gli obiettivi ambiziosi della Comunità europea in materia di integrazione delle economie e dei mercati potevano quindi essere efficacemente raggiunti solo attraverso lo sviluppo di forme di cooperazione nel campo degli affari interni e sul piano giudiziario, sia civile che penale, nonché instaurando forme di collaborazione fra le autorità nazionali di polizia e doganali²⁶⁷: occorreva quindi che gli Stati fossero disposti a cooperare per raggiungere scopi comunitari intervenendo su settori posti formalmente al di fuori del processo di integrazione europea, sviluppando quindi una cooperazione diplomatica o intergovernativa da affiancarsi a quella istituzionale comunitaria²⁶⁸.

Il primo tentativo di dar vita alla cooperazione fra gli Stati della Comunità europea in settori diversi, ma funzionalmente collegati alle materie strettamente comunitarie, può individuarsi nel progetto di "*Espace judiciaire européen*" promosso nel 1977 dall'allora presidente francese Giscard d'Estaing, che mirava ad estendere la collaborazione fra gli Stati membri a materie fondamentali per la cooperazione nel settore penale, quali l'extradizione, l'assistenza giudiziaria ed il valore internazionale delle sentenze di condanna: il progetto fu però abbandonato a causa del mancato accordo degli Stati membri a cooperare in quelle materie nel quadro comunitario²⁶⁹. In quegli stessi anni, la

²⁶⁶ Così C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea* cit., p. 56. Il conseguimento di un elevato livello di integrazione, che comporta la creazione di un mercato comune all'interno del quale tutti i fenomeni economici devono ricevere il medesimo trattamento da parte dell'ente sovranazionale, appare quindi idoneo a fungere da impulso per l'espansione delle sovrastrutture giuridiche, favorendo forme di collaborazione fra gli Stati coinvolti che possono andare dal mero coordinamento a veri e propri processi di integrazione giuridica e giudiziaria (così E. ANODINA, *Cooperazione-Integrazione penale nell'Unione europea*, in *Cassazione Penale*, 2001, p. 2899).

²⁶⁷ N. PARISI, *Il "terzo pilastro" dell'Unione europea*, in N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht*, Torino, 1996, p. 28.

²⁶⁸ Sul collegamento "teleologico" e "funzionale" fra cooperazione istituzionale comunitaria e cooperazione diplomatica o intergovernativa cfr. N. PARISI, *Il "terzo pilastro" dell'Unione europea* cit., p. 25 ss., che evidenzia come lo scopo ultimo cui tendono le diverse forme di collaborazione fra gli Stati membri dell'Unione europea sia il conseguimento di un'unione politica.

²⁶⁹ Sul Progetto cfr. R. DE GOUTTES, *Vers un droit pénal européen?*, in *Revue de science criminelle*, 1993, p. 643 ss.; L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht* cit., p. 133 ss. La creazione di uno spazio giudiziario penale europeo prevedeva cinque fasi: (i) l'elaborazione di una convenzione di estradizione semplificata; (ii) il miglioramento degli strumenti di assistenza giudiziaria tra gli Stati; (iii) l'attuazione di una procedura di trasmissione dei procedimenti penali; (iv) il riconoscimento della validità internazionale delle sentenze di condanna pronunciate all'estero; (v) la

Commissione europea si “affacciava” nel campo penale, predisponendo due progetti di trattato per la repressione delle condotte di frode del bilancio comunitario o di corruzione in cui potevano essere coinvolti funzionari della Comunità²⁷⁰.

Le prime questioni collegate alla creazione del mercato unico su cui gli Stati cercarono di instaurare forme efficaci di cooperazione furono quelle relative all’immigrazione, al diritto d’asilo e alla cooperazione giudiziaria e di polizia. Lo sviluppo dell’azione congiunta degli Stati membri in questi settori fu affidata ad una serie di comitati *ad hoc*, formati da rappresentanti dei governi nazionali. Il primo organismo di tal genere fu il Gruppo TREVI, istituito nel 1975 a Roma, cui partecipavano i ministri dell’Interno degli Stati membri al fine di migliorare la cooperazione fra i Paesi della Comunità in materia di terrorismo e di cooperazione di polizia²⁷¹. La progressiva espansione delle competenze di tale gruppo di lavoro portò alla creazione di nuovi sottogruppi - che si andarono ad aggiungere agli originari Trevi I (Terrorismo) e Trevi II (Cooperazione di polizia) - con competenze che superavano il nucleo iniziale, fino a comprendere i settori della lotta contro la criminalità ed il traffico illecito di stupefacenti (Trevi III), nonché la cooperazione di polizia in vista dell’abolizione delle frontiere (Trevi 1992, “Implicazioni per la polizia e la sicurezza del Mercato unico europeo”)²⁷².

Sulla scia del Gruppo TREVI vennero istituiti altri comitati, quali il Gruppo *ad hoc* Immigrazione, il Gruppo Schengen ed il Gruppo dei Coordinatori “Libera circolazione delle persone”. L’attività e l’efficacia di questi organismi sollevava però perplessità, in

generalizzazione della procedura di trasferimento dei detenuti tra gli Stati membri. Negli stessi settori, già il Consiglio d’Europa si era fatto promotore di un movimento convenzionale a partire dalla fine degli anni ‘50 (v. *supra*, Cap. I), ma si pensava che la maggiore integrazione fra gli Stati membri della Comunità potesse portare facilmente all’adozione di strumenti specifici. Il progetto avanzato dalla Presidenza francese fu abbandonato per l’opposizione - in particolare del governo olandese - ad estendere la cooperazione fra gli Stati membri a nuove materie su cui già gli Stati avevano instaurato forme di collaborazione a livello di Consiglio d’Europa (R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, Milano, 2005, p. 95, *sub nota* 142).

²⁷⁰ In *GU* n. C 222 del 22 settembre 1976, p. 2 ss.

²⁷¹ L’origine della denominazione di questo Gruppo di lavoro è incerta: mentre alcuni sostengono che esso derivi dalla famosa fontana di Roma (il Gruppo fu istituito nella capitale italiana), è tuttavia opinione prevalente che TREVI sia un acronimo di “Terrorismo, Radicalismo, Estremismo e Violenza Internazionali”.

²⁷² Più diffusamente sul Gruppo di Trevi cfr. M. PASTORE, *La cooperazione intergovernativa nei settori dell’immigrazione, dell’asilo e della sicurezza interna*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht*, Milano, 1995, p. 4 ss. Nel 1985, il Comitato Politico della CEE istituì il gruppo “cooperazione giudiziaria”, cui partecipavano i ministri della giustizia e degli interni, e a cui era affidato il compito di promuovere la cooperazione nel campo dell’assistenza giudiziaria.

primo luogo considerato che la segretezza dei lavori all'interno degli stessi - da ricondursi al fatto che si trattava per lo più di un'attività diplomatica e di rapporti diretti fra i governi - mal si conciliava con le esigenze del processo di integrazione comunitaria, escludendo la partecipazione dei Parlamenti nazionali e delle stesse istituzioni della Comunità²⁷³. Dopo la conclusione dell'Atto unico europeo da più parti fu posta in evidenza l'esigenza di incardinare l'azione puramente intergovernativa dei gruppi nel processo di integrazione europea. Più specificamente, nel 1988 il Consiglio di Rodi incaricò il gruppo intergovernativo "*Libera circolazione delle persone*" di elaborare le misure idonee a contemperare la sicurezza e la libera circolazione delle persone una volta rimossi i controlli alle frontiere esterne: i lavori del gruppo sfociarono nel "documento di Palma", ovvero un programma di lavoro il cui scopo era non solo quello di individuare le misure da adottare in vista della realizzazione di uno spazio senza frontiere interne, ma anche di fissare le modalità per la loro attuazione, in modo da meglio coordinare tutti i diversi aspetti relativi al raggiungimento della libertà di circolazione all'interno dello spazio comunitario. Data la natura puramente intergovernativa delle azioni intraprese dagli Stati membri a supporto della creazione del mercato interno, gli strumenti utilizzati in questa fase erano quelli tipici del diritto internazionale, vale a dire convenzioni, risoluzioni, conclusioni e raccomandazioni, e non certo atti riconducibili alle istituzioni comunitarie. A partire dagli anni '80, ed anche su impulso della Presidenza italiana, gli Stati membri si impegnarono sul fronte della cooperazione giudiziaria sia in materia civile, che in materia penale: in questa fase, i Governi degli Stati membri si dimostrarono maggiormente disponibili a promuovere la ratifica di strumenti internazionali già esistenti, prevedendo eventuali integrazioni al fine di agevolare i rapporti fra gli Stati comunitari, piuttosto che ad elaborare nuovi atti²⁷⁴. Pur tenendo conto di questo limite, in campo penale furono elaborate cinque

²⁷³ M. PASTORE, *La cooperazione intergovernativa nei settori dell'immigrazione, dell'asilo e della sicurezza interna* cit., p. 4 ss.

²⁷⁴ Sul punto cfr. V. LIBRANDO, *La cooperazione giudiziaria nell'ambito della Comunità economica europea: sette anni di attività (1984-1990)*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, p. 7 ss.: l'A., nel passare in rassegna gli accordi, in materia civile e penale, conclusi nel periodo di riferimento, sottolinea come si sia mantenuto fede al programma della Presidenza francese nel 1984 di non elaborare nuove convenzioni, destinate a non entrare in vigore come era già successo in altri casi, ma anche come siano stati superati i dubbi di coloro che temevano che l'azione della Comunità nel settore della cooperazione giudiziaria potesse porsi in concorrenza con l'azione di altre organizzazioni

convenzioni sul modello di quelle del Consiglio d'Europa, fra cui la convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem*, firmata a Bruxelles il 25 maggio 1987²⁷⁵.

Nonostante i passi in avanti compiuti dagli Stati membri nel settore della cooperazione giudiziaria, continuava ad avvertirsi la necessità di un'azione più mirata, e soprattutto di strumenti giuridici più efficaci per introdurre quelle misure concrete che permettessero di attuare in modo compiuto la libera circolazione nel mercato interno: il punto di svolta in tal senso è rappresentato dall'Accordo di Schengen del 1985 e dalla successiva Convenzione di applicazione del 1990.

2. Gli Accordi di Schengen e le misure “compensative”

Nonostante la convergenza d'intenti fra gli Stati membri dell'allora CEE sulla creazione di uno spazio unico senza frontiere, risultava difficile giungere ad un accordo che trovasse il consenso di tutti gli Stati. Un'accelerazione verso l'adozione di misure concrete si ebbe quando nel 1985 Francia, Germania, Belgio, Lussemburgo e Paesi

internazionali (in *primis* il Consiglio d'Europa), arrivando invece a valorizzare i risultati già acquisiti proprio in tali sedi.

²⁷⁵ La Convenzione non è in vigore sul piano internazionale, ma viene applicata in via provvisoria nei rapporti tra Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Irlanda e Italia (che ha ratificato l'accordo con L. 16 ottobre 1989, n. 350). L'elaborazione delle nuove convenzioni fu affidato al gruppo di lavoro sulla cooperazione giudiziaria, creato nel 1985 su impulso della Presidenza italiana. Oltre alla convenzione sul *ne bis in idem*, gli altri strumenti predisposti in materia furono: l'Accordo relativo all'applicazione tra gli Stati delle Comunità europee della Convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento delle persone condannate, firmato il 25 maggio 1987, e applicabile fra gli Stati che lo hanno ratificato (ad oggi Belgio, Danimarca, Spagna, Italia, Irlanda e Lussemburgo); l'Accordo sulla semplificazione e la modernizzazione delle modalità di trasferimento delle domande di estradizione (reso esecutivo in Italia con L. 23 dicembre 1992, n. 522); l'Accordo tra gli Stati membri della Comunità europea sul trasferimento dei procedimenti penali del 6 novembre 1990, non in vigore ma applicabile in via provvisoria fra i paesi che hanno reso una dichiarazione in tal senso (ad oggi, Austria, Belgio, Germania, Spagna, Regno Unito, Italia, Lussemburgo, Olanda e Svezia); la Convenzione sull'esecuzione delle condanne penali straniere del 13 novembre 1991, non in vigore ma applicabile in via provvisoria dal 16 maggio 2005 nei rapporti fra Paesi Bassi, Lettonia e Germania. Dal limitato numero di accordi entrati in vigore emerge la fondatezza delle perplessità riguardanti l'opportunità di elaborare nuovi atti, su materie già oggetto di convenzioni in sede di Consiglio d'Europa. Tale scelta è stata giustificata in base ad un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, con la predisposizione di accordi nel quadro dell'Unione europea si intendeva estendere la disciplina delle convenzioni elaborate dal Consiglio d'Europa (cui gli accordi summenzionati si ispirano) anche a quegli Stati membri dell'Unione europea che non le avevano ancora ratificate, sul presupposto che l'elaborazione nel quadro più ristretto dell'Unione avrebbe favorito l'adesione; in secondo luogo, sempre in virtù del numero più limitato di Stati coinvolti, e contando sulla maggiore vicinanza dei rispettivi ordinamenti, si intendeva introdurre una disciplina più dettagliata rispetto a quella delle convenzioni del Consiglio d'Europa, rispetto alle quali gli accordi stipulati fra gli Stati comunitari si ponevano in un'ottica di integrazione (così F. BESTAGNO, *Il trasferimento dell'esecuzione delle condanne penali tra gli Stati membri dell'Unione europea* cit., p. 275 ss.).

Bassi decisero di concludere un accordo sull'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, il cosiddetto "Accordo di Schengen" dal nome della cittadina lussemburghese ove esso è stato concluso²⁷⁶. L'Accordo di Schengen prevedeva una serie di misure da attuare nel breve termine (Titolo I), unitamente a misure da realizzare nel lungo periodo attraverso l'adozione di ulteriori provvedimenti (Titolo II)²⁷⁷. Nella prima categoria rientravano una serie di disposizioni volte a facilitare immediatamente la libera circolazione delle persone, semplificando i controlli da parte delle autorità di polizia e di dogana, prevedendo, ad esempio, un semplice controllo visivo dei veicoli da turismo e, nel caso di ispezioni più approfondite, lo svolgimento di queste in apposite piazzole in modo da non disturbare la circolazione degli altri veicoli (art. 2), nonché l'obbligo di eliminare una serie di controlli previsti per il trasporto transfrontaliero di merci su strada (art. 11).

Attraverso le misure applicabili a lungo termine, gli Stati contraenti perseguivano invece l'ambizioso obiettivo di abolire i controlli alle frontiere comuni e di trasferirli alle frontiere esterne, con riferimento alla libera circolazione sia delle persone (art. 17), che delle merci (art. 24). La creazione di uno spazio comune (cd. "spazio Schengen"), all'interno del quale fosse assicurata una libera circolazione delle persone e delle merci, non doveva però pregiudicare la sicurezza interna degli Stati coinvolti in questo processo. Proprio per soddisfare tale necessità, l'Accordo prevedeva delle misure cosiddette "compensative" - ovvero pensate per colmare quel deficit di sicurezza che il venir meno dei controlli avrebbe comportato - riguardanti le politiche sul rilascio dei

²⁷⁶ Accordo fra i Governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica Federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni. C'è chi ha osservato che l'iniziale spinta verso la creazione dello "spazio Schengen" si deve, più che ad una politica visionaria degli Stati contraenti, all'insofferenza dei camionisti europei, esasperati dalle pratiche amministrative cui dovevano sottoporsi ad ogni attraversamento delle frontiere (S. DE BIOLLEY, *Le développement historique du droit pénal de l'Union Européenne. Les débuts: Acquis de Schengen*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2006, vol. 77, p. 2). Gli stessi Stati firmatari dell'Accordo di Schengen avevano già intrapreso iniziative volte alla soppressione dei controlli alle proprie frontiere: il 13 luglio 1984 Francia e Germania avevano concluso l'accordo di Sarrebruck che prevedeva misure per la graduale eliminazione dei controlli alle frontiere dei due Stati. Sempre la Germania aveva adottato insieme ai paesi del Benelux, il 31 maggio 1984 a Neustadt, una conclusione comune sull'eliminazione dei controlli.

²⁷⁷ In particolare, l'Accordo prevedeva che le misure non applicabili all'entrata in vigore dell'Accordo stesso dovevano entrare in vigore entro il 1° gennaio 1986 nel caso di misure a breve termine; entro il 1° gennaio 1990 dovevano invece essere applicate le misure da realizzarsi nel lungo periodo (art. 30 Accordo di Schengen).

visti, sul diritto di soggiorno degli stranieri e sull'attuazione del diritto di asilo, nonché una serie di disposizioni volte a contrastare certe forme di criminalità che avrebbero potuto trarre dei benefici dall'alleggerimento dei controlli, quali il traffico illecito di stupefacenti e di armi, l'ingresso ed il soggiorno irregolare di persone, la frode fiscale e doganale, ed il contrabbando. A tal fine, l'art. 9 prevedeva l'impegno ad intensificare la cooperazione fra le autorità doganali e di polizia, a migliorare lo scambio di informazioni fra gli Stati contraenti e a rafforzare l'assistenza reciproca contro i movimenti irregolari di capitali. Si può quindi affermare che proprio la tecnica "compensatoria" diede l'impulso allo sviluppo di forme di cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale nell'ambito comunitario, destinate progressivamente ad affrancarsi dalla prospettiva del mercato interno, per arrivare alla creazione di un vero e proprio spazio giudiziario²⁷⁸.

L'accordo di Schengen aveva per lo più un carattere programmatico: al fine di concretizzare gli impegni previsti, gli Stati firmatari diedero presto inizio a serrate trattative, il cui risultato fu la conclusione il 19 giugno 1990, ancora a Schengen, della "Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i Governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese, relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni"²⁷⁹. Alla Convenzione, entrata in vigore il 26 marzo 1995 fra i primi paesi firmatari - fra cui anche Spagna e Portogallo -, hanno successivamente aderito altri Stati sia membri dell'Unione europea, fra cui l'Italia, che non (ma sempre Stati europei)²⁸⁰.

²⁷⁸ Sulla rilevanza delle misure compensative nell'evoluzione della cooperazione giudiziaria in ambito comunitario cfr. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, p. 23; R. DE GOUTES, *Vers un droit pénal européen?* cit., p. 647 ss. Sempre al fine di neutralizzare gli effetti negativi del venir meno dei controlli alle frontiere, gli Stati membri dell'Unione europea hanno sviluppato la cooperazione anche in materia doganale, concludendo nel 1967 la Convenzione di Roma sull'assistenza reciproca tra le amministrazioni doganali per la prevenzione, l'indagine e la repressione di violazioni delle disposizioni comunitarie e nazionali in materia doganale. Nel 1997 è stata conclusa una nuova convenzione (Napoli II, in *GU* n. C 24 del 23 gennaio 1998), che introduce meccanismi di coordinamento transfrontaliero (inseguimenti transfrontalieri, consegne controllate, squadre investigative comuni).

²⁷⁹ Sull'elaborazione della Convenzione di applicazione cfr. V. HREBLAY, *Les accords de Schengen. Origine, fonctionnement, avenir*, Bruxelles, 1998, p. 25 ss.

²⁸⁰ L'Italia ha ratificato con legge n. 388 del 30 settembre 1993 il protocollo di adesione all'Accordo di Schengen e l'accordo di adesione alla Convenzione di applicazione, firmati a Parigi il 27 novembre 1990: tuttavia per l'entrata in vigore della Convenzione anche nei confronti del nostro paese si è dovuto

Le misure più rilevanti contenute nella Convenzione di applicazione riguardano l'abolizione delle frontiere comuni ed il trasferimento dei controlli alle frontiere esterne. Proprio per garantire un adeguato livello di sicurezza nel mutato contesto territoriale, la Convenzione ha introdotto una disciplina assai dettagliata in materia di cooperazione giudiziaria e di polizia fra gli Stati membri, sempre nell'ottica di "compensare" il deficit di sicurezza causato dal venir meno dei controlli interni con una più stretta collaborazione - e la facilitazione della stessa - fra autorità giudiziarie, di polizia e doganali. Per quanto riguarda i controlli e la cooperazione fra le autorità di polizia degli Stati membri, come è noto la Convenzione ha istituito il cosiddetto "Sistema

attendere il 31 marzo 1998, poiché fino a quel momento l'Italia non garantiva le condizioni preliminari richieste dalla Convenzione (fra cui la disciplina sulla protezione dei dati informatizzati). Sull'adesione dell'Italia agli accordi di Schengen v. G. LO IACONO, *La partecipazione dell'Italia all'attività del Gruppo di Schengen*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht*, Milano, 1995, p. 51 ss; L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000. Oltre agli Stati fin qui menzionati, hanno successivamente aderito alla Convenzione di applicazione Grecia (6 novembre 1992), Austria (28 aprile 1995), Danimarca, Svezia e Finlandia (9 dicembre 1996). L'estensione della collaborazione Schengen a tutti gli Stati dell'Unione europea è avvenuta a seguito dell'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'Unione europea, di cui si parlerà più avanti. Attualmente sono tredici gli Stati membri dell'UE (Austria, Belgio, Danimarca - che però non partecipa allo sviluppo dell'*acquis* -, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia) che applicano pienamente le disposizioni dell'*acquis* di Schengen, cui si aggiungono Norvegia e Islanda: non fanno invece parte dello spazio Schengen Regno Unito e Irlanda, che hanno usufruito della clausola di *opting-out* prevista dal Trattato di Amsterdam, e hanno quindi la facoltà di scegliere a quali decisioni dell'*acquis* associarsi. Per quanto riguarda i Paesi entrati nell'Unione europea con gli allargamenti del 2004 e 2007, l'inclusione nello spazio Schengen è avvenuto in maniera graduale, almeno con riferimento all'abolizione delle frontiere (contestuale all'adesione all'Unione europea è stata invece l'applicabilità di alcune decisioni specie in materia di cooperazione giudiziaria e di polizia): così nel dicembre 2007 sono entrati nello spazio Schengen Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Repubblica ceca, Slovacchia, Slovenia, Ungheria, mentre restano ancora esclusi e sottoposti a valutazione Cipro, Romania e Bulgaria. Infine, nel 2004 Unione europea, Comunità europea e Svizzera hanno concluso un accordo sull'associazione di quest'ultima all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen: l'accordo è entrato in vigore formalmente il 1° marzo 2008, mentre per la concreta attuazione (e per l'abolizione dei controlli alle frontiere) si dovrà ancora attendere l'esito delle procedure di valutazione. Il contesto in cui si sono sviluppati l'Accordo di Schengen e la Convenzione di applicazione, inizialmente sottoscritti da un numero ristretto di Stati, seguiti negli anni successivi da altri, conduce a rinvenire in essi un'anticipazione del meccanismo "cooperazione rafforzata" (in questo senso, G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, 2008, p. 14; L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano 2000, p. 12). La cooperazione rafforzata rappresenta una sorta di istituzionalizzazione della facoltà degli Stati membri di procedere ad un'integrazione differenziata in certe materie (l'esempio più rilevante in tal senso è costituito dall'Unione economica e monetaria, cui non partecipano tutti gli Stati membri). La relativa disciplina è stata profondamente modificata dal Trattato di Nizza del 12 dicembre 2000, con il quale si è provveduto in primo luogo a fissare le condizioni generali per l'avvio di una cooperazione rafforzata nell'art. 43 del Trattato sull'Unione europea (TUE), creando un quadro istituzionale unico comune a tutte le componenti dell'Unione, entro cui gli Stati possono ricorrere alle cooperazioni rafforzate secondo le procedure ulteriormente specificate nel Trattato CE, e nell'ambito delle disposizioni del TUE relative alla politica estera di sicurezza comune (PESC) e alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (A. MALATESTA, *Trattato di Nizza. Commento art. 43*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della CE e dell'UE*, Milano, 2001, 1107 ss.).

Informativo Schengen” (SIS), il cui scopo è quello di collegare le banche dati dei diversi paesi e facilitare la ricerca di persone o cose, integrato dal servizio tecnico operativo S.I.R.E.N.E. (Supplementary Information Request at the National Entries) attraverso il quale vengono scambiate informazioni supplementari necessarie per l’ingresso in uno degli Stati parte²⁸¹. Fra le norme destinate a favorire la collaborazione tra le forze di polizia va ricordato l’art. 41 della Convenzione, che prevede il cosiddetto “diritto di inseguimento”, ovvero la possibilità per gli agenti di polizia di uno dei Paesi contraenti che si trovino ad inseguire all’interno del proprio territorio una persona colta in flagranza di reato di continuare l’inseguimento anche nel territorio di un altro Stato parte, senza dover richiedere la preventiva autorizzazione²⁸².

Particolarmente rilevanti sono altresì le disposizioni relative alla cooperazione giudiziaria in materia penale, anche in considerazione del fatto che esse costituiscono il nucleo fondamentale attorno al quale fino ad oggi si è sviluppata la collaborazione fra gli Stati membri dell’Unione europea: esse, tuttavia, non hanno apportato particolari modifiche al sistema già esistente di cooperazione fra gli Stati membri, fondato su accordi bilaterali e sulle convenzioni stipulate in seno al Consiglio d’Europa, mirando al contrario a completare gli strumenti già in vigore²⁸³.

²⁸¹ Attraverso il sistema SIS, operativo dal 26 marzo 1995, gli Stati membri si scambiano informazioni utili su persone ricercate per l’arresto, stranieri da non ammettere sul territorio, persone scomparse o citate a comparire di fronte ad un’autorità giudiziaria nell’ambito di un procedimento penale, o a cui deve essere notificata una sentenza penale, o ancora persone sottoposte a sorveglianza o a forme specifiche di controllo; inoltre, con il medesimo sistema vengono segnalati oggetti da ricercare a scopo di sequestro in un procedimento penale (cfr. D. CARCANO, *Norme comuni e norme internazionali sull’assistenza giudiziaria in materia penale* cit., p. 1051). A seguito della partecipazione di nuovi paesi è stato necessario aggiornare il sistema, attraverso un meccanismo temporaneo, il Sisone4all, che ha permesso di collegare i nove stati entrati nello spazio Schengen nel 2007 al vecchio sistema: è inoltre in corso di elaborazione un sistema di nuova generazione, il SIS II, istituito con decisione del Consiglio dell’Unione europea del 12 giugno 2007 n. 2007/533/GAI, in *GU* n. L 205 del 7 agosto 2007 (sulle principali novità del nuovo sistema cfr. A. PERDUCA, *Una raccolta di dati su persone e oggetti con grande attenzione ai diritti individuali*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario ed internazionale*, settembre-ottobre 2007, n. 5, p. 64 ss.).

²⁸² Tale facoltà è prevista solo per certi reati: l’inseguimento oltre frontiera deve cessare non appena venga meno l’urgenza e possano intervenire le autorità dello Stato territoriale.

²⁸³ Così, l’art. 48 della Convenzione dispone che le relative disposizioni sull’assistenza giudiziaria mirano a completare la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 ed il capitolo II del Trattato Benelux di estradizione e mutua assistenza giudiziaria in materia penale del 27 giugno 1962, nonché a facilitare l’applicazione di detti accordi. Allo stesso modo, l’art. 59 della Convenzione prevede che le norme della stessa in materia di estradizione mirano a completare la Convenzione europea di estradizione del 13 settembre 1957 ed il capitolo I del Trattato Benelux di estradizione e di mutua assistenza giudiziaria in materia penale del 27 giugno 1962, ed a facilitarne l’applicazione.

La Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen contiene norme sull'assistenza giudiziaria (artt. 48-53), sul principio del *ne bis in idem* (artt. 54-58), sull'estradizione (artt. 59-66), e sulla trasmissione delle sentenze penali. Per quanto riguarda la disciplina relativa all'assistenza giudiziaria²⁸⁴, la novità più importante introdotta nei rapporti fra gli Stati membri è la possibilità di trasmissione diretta tra autorità giudiziarie (art. 53) che, come si vedrà, rappresenta uno dei punti fondamentali della nuova Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale fra gli Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000²⁸⁵.

Fra le altre norme della Convenzione di applicazione che meritano di essere ricordate in quanto prevedono meccanismi di facilitazione dell'assistenza giudiziaria tra gli Stati che fanno parte dello spazio Schengen, si segnalano l'art. 51 riguardante sequestri e perquisizioni, in base al quale gli Stati si impegnano a prevedere quali uniche condizioni cui subordinare l'esecuzione delle richieste – attenuando così il potere di riserva previsto dall'art. 5 CEAG – il fatto che si proceda per un reato punito con pena restrittiva della libertà personale di almeno sei mesi, e che l'esecuzione non sia

²⁸⁴ Per un'analisi delle norme relative all'estradizione cfr. L. SALAZAR, *L'estradizione nella Convenzione di Schengen*, in *Diritto penale e processo*, n. 8, 1998, p. 1034 ss.

²⁸⁵ Su cui v. *infra* par. 7. L'art. 53 della Convenzione di applicazione prevede che le richieste di assistenza tra autorità giudiziarie possano aver luogo direttamente, e che nello stesso modo possano essere inviate le risposte, a differenza di quanto previsto dall'art. 15 della CEAG, ove tale facoltà è prevista nei soli casi di urgenza. Occorre altresì rilevare che la modalità ex art. 53 rappresenta solo un'alternativa a quanto previsto dai sistemi nazionali (cfr. per l'ordinamento italiano l'art. 723 c.p.p., sui poteri del Ministro di Giustizia nel dare corso ad una rogatoria dall'estero): inoltre, nella legge di ratifica della Convenzione da parte dell'Italia è previsto che anche in caso di trasmissione diretta debba essere data comunicazione al Ministro di Giustizia (art. 6 L. n. 388/1993). La dottrina evidenzia come nella prassi la trasmissione diretta alle Procure generali presso le Corti di appello di domande di assistenza non comporti una deroga a quanto previsto dall'ordinamento italiano ex art. 723 c.p.p., tanto che è richiesta la comunicazione al Ministro in modo da permettere di esercitare il controllo preventivo di verifica e di blocco della rogatoria, nel caso in cui gli atti richiesti compromettano la sovranità, la sicurezza o altri interessi nazionali, se gli atti richiesti sono vietati dalla legge o contrari a principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano o se l'esecuzione della rogatoria può condurre ad effetti di discriminazione (sul punto v. F. SPIEZIA, *Crimine transnazionale e procedure di cooperazione giudiziaria* cit., p. 154 ss.; nel senso che l'art. 53 andrebbe interpretato in modo da permettere la trasmissione diretta senza l'intervento del Ministro, e che quindi il Procuratore generale che riceve la domanda dovrebbe trasmetterla all'organo funzionalmente competente - Procuratore della Repubblica o Giudice per le indagini preliminari - cfr. D. CARCANO, *Norme comuni e norme internazionali sull'assistenza giudiziaria in materia penale* cit., p. 1052, il quale precisa che tale lettura non corrisponde però alla prassi; nel senso che il sistema convenzionale starebbe ridimensionando il ruolo del controllo politico sull'esecuzione delle rogatorie cfr. B. PIATTOLI, voce *Rogatorie e cooperazione internazionale nel processo penale*, in *Digesto Discipline Penalistiche*, Torino, 2005, p. 1474 ss.).

incompatibile con il diritto dello Stato richiesto²⁸⁶, nonché le disposizioni degli artt. 54-58 sull'applicazione del principio del *ne bis in idem*²⁸⁷.

3. L'istituzionalizzazione della cooperazione giudiziaria in materia penale: i Trattati di Maastricht e di Amsterdam

La vera svolta nella qualità della cooperazione fra gli Stati membri dell'Unione europea in campo penale si ebbe nel corso degli anni '90, a seguito della conclusione del Trattato sull'Unione europea (TUE) firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1992: con tale accordo, la denominazione “Comunità economica europea” veniva sostituita con “Comunità europea”, a riprova della volontà di superare l'originaria impostazione economica a favore di una integrazione sempre più politica.

Come enunciato dall'art. 1 del Trattato di Maastricht, le Alte parti contraenti istituivano un'Unione europea “fondata sulle Comunità europee, integrate dalle politiche e forme di cooperazione instaurate nel presente trattato”. Veniva così a delinearsi una struttura articolata, costituita da diverse forme di cooperazione fra gli Stati membri, i cosiddetti “tre pilastri”: al primo pilastro, ovvero quello comunitario comprendente i trattati sulle Comunità europee, e caratterizzato ormai da una forte integrazione fra gli Stati membri, si contrapponevano il secondo pilastro, sulla politica estera e di sicurezza comune, ed il terzo pilastro, relativo alla cooperazione nei settori della giustizia e affari interni. Il secondo ed il terzo pilastro venivano definiti pilastri “intergovernativi”, per sottolineare che nelle materie in essi ricomprese la cooperazione fra gli Stati membri dell'Unione europea era caratterizzata da relazioni politiche, e si era lontani dal livello di integrazione del pilastro comunitario, ove si era assistito ad un vero e proprio trasferimento di competenze²⁸⁸.

²⁸⁶ Sulle condizioni cui gli Stati contraenti della CEAG possono subordinare l'esecuzione di perquisizioni e sequestri v. *supra* Cap I.

²⁸⁷ Sulla disciplina del *ne bis in idem* nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen cfr. C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea* cit., p. 72 ss.

²⁸⁸ Il termine “pilastri” non viene utilizzato dal trattato, ma esso diviene centrale nella comprensione del funzionamento del sistema, che la dottrina ha rappresentato come un tempio greco, di cui il preambolo e le disposizioni comuni del Trattato dell'Unione europea rappresentano il frontone, sorretto dai tre “pilastri”, mentre alla base si trovano le disposizioni finali del TUE (su tale ricostruzione cfr. B. DE

Nel preambolo del Trattato di Maastricht veniva riaffermato l'obiettivo di agevolare la libera circolazione delle persone, garantendo nel contempo la sicurezza dei loro popoli, mediante l'inclusione di disposizioni relative alla giustizia e agli affari interni (punto 10), mentre fra gli obiettivi dell'Unione elencati nell'art. B figurava lo sviluppo di una stretta cooperazione nel settore della giustizia e affari interni.

L'art. K.1 del Trattato sull'Unione europea individuava nove settori che gli Stati membri consideravano "questioni di interesse comune" al fine di realizzare la libera circolazione delle persone. Oltre alla politica di asilo, alla disciplina sull'attraversamento delle frontiere esterne e alla politica di immigrazione, venivano indicate quattro forme di cooperazione "di interesse comune", ovvero la cooperazione giudiziaria in campo civile e penale, la cooperazione doganale e quella di polizia. La cooperazione degli Stati membri doveva inoltre estendersi alla lotta contro certe forme di criminalità evidentemente considerate di interesse comune, quali l'immigrazione, il soggiorno ed il lavoro irregolari, la tossicodipendenza e la frode su scala internazionale. L'inclusione di tali disposizioni aveva come obiettivo quello di garantire la sicurezza dei popoli pur nel perseguimento di una compiuta libera circolazione delle persone²⁸⁹.

WITTE, *The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral?* in T. HEUKELS, N. BLOKKER, M. BRUS (eds.), *The European Union after Amsterdam - A Legal Analysis*, The Hague, 1998, p. 51 ss.). La distinzione fra i pilastri indica un diverso modo di attuare le politiche dell'Unione, poiché nel primo pilastro si utilizza il metodo comunitario, mentre negli altri due la cooperazione fra gli Stati è di tipo intergovernativo. La differenza più significativa fra i due metodi consiste nel fatto che, mentre nel pilastro comunitario il ruolo dei governi nazionali è marginale rispetto a quello delle istituzioni europee, nei pilastri intergovernativi un ruolo fondamentale e di guida spetta al Consiglio europeo, composto dai capi di Stato o di governo e dal Presidente della Commissione. Il Consiglio europeo agisce di norma all'unanimità, soluzione tipica del metodo governativo e che privilegia la ricerca del compromesso politico, non esponendo gli Stati a eccessive limitazioni di sovranità (contro la loro volontà). Inoltre, nel secondo e nel terzo pilastro il ruolo del Parlamento europeo è limitato (tale caratteristica è alla base delle accuse di deficit di democraticità), così come limitata è la competenza della Corte di giustizia (in particolare è escluso il controllo giurisdizionale sulle materie rientranti nel secondo pilastro, mentre alle condizioni previste dall'art. 35 del TUE la Corte è competente a interpretare e sindacare la validità degli atti del terzo pilastro). Infine anche gli strumenti legali a disposizione sono diversi: direttive, regolamenti, decisioni nel pilastro comunitario, strategie, azioni e posizioni comuni, decisioni, decisioni-quadro e convenzioni negli altri due. Nel corso degli anni si è cercato di attenuare la contrapposizione fra pilastri, in particolare estendendo i casi in cui le decisioni nel secondo e nel terzo pilastro possono essere adottate con il ricorso alla maggioranza. Infine, come si avrà modo di analizzare più avanti, le riforme che si è cercato di porre in essere negli ultimi anni hanno sempre mirato a superare la rigida contrapposizione attualmente esistente fra i diversi campi di azione dell'Unione europea, pur mantenendo meccanismi specifici che tengano conto del tipo di limitazione di sovranità cui gli Stati membri dell'Unione europea consentono di sottoporsi a seconda del settore di riferimento.

²⁸⁹ Sul punto cfr. B. NASCIBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente ed orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, in *Diritto penale e processo*, n. 10, 2004, p. 1295. Tale

Rispetto alle materie individuate dall'art. K.1, il ruolo principale era esercitato dal Consiglio dell'Unione europea, che deliberando all'unanimità poteva adottare posizioni comuni, azioni comuni e convenzioni²⁹⁰: il vincolo dell'unanimità permetteva agli Stati membri di mantenere il pieno controllo su settori, quali la cooperazione penale e di polizia, ove essi continuavano a dimostrarsi restii a concedere limitazioni della propria sovranità.

L'azione dell'Unione europea nel nuovo pilastro delineato dal Trattato di Maastricht fu quindi influenzata dal tipo di cooperazione instaurata e dalla specificità degli strumenti a disposizione. La cooperazione nel settore penale tra gli Stati membri dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Maastricht si sviluppò lungo tre filoni principali²⁹¹.

In primo luogo, la cooperazione si avviò secondo i tradizionali strumenti intergovernativi, ovvero tramite la conclusione di *convenzioni*. A tale contesto vanno ricondotte le Convenzioni in materia di estradizione semplificata del 1995 ed in materia

impostazione sembrerebbe in linea con la natura "compensativa" delle misure introdotte dagli Accordi di Schengen: tuttavia non può non rilevarsi che il Trattato di Maastricht cercava di compiere un passo ulteriore di natura politica, anche tenendo conto dei precedenti tentativi di coordinamento posti in essere a partire dagli anni '70 (L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale* cit., p. 133 ss.). Nel senso che il potenziamento del ruolo dell'Unione europea nel settore della giustizia non dovrebbe essere visto in ottica "compensatoria", quasi a voler sottolineare le disfunzioni del sistema comunitario, ma piuttosto come una presa di coscienza di nuove responsabilità, che deve sfociare in una vera e propria cooperazione politica. cfr. R. SICURELLA, *Il Corpus Juris: elementi per una procedura penale europea*, in G. GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo* p. 69 ss.

²⁹⁰ In particolare, ai sensi dell'art. K3 il Consiglio dell'Unione, su iniziativa degli Stati membri (era invece esclusa l'iniziativa della Commissione nella materia della cooperazione di polizia e giudiziaria), poteva adottare posizioni comuni e promuovere ogni forma di cooperazione per il perseguimento degli obiettivi nei settori *ex art. K1*, adottare azioni comuni nella misura in cui gli scopi dell'Unione europea potessero essere raggiunti in modo più efficace tramite un'azione congiunta piuttosto che con le azioni promosse dei singoli Stati membri, ed elaborare convenzioni di cui raccomandare l'adozione ai singoli Stati membri nel rispetto delle norme costituzionali nazionali. Era infine prevista la facoltà di attribuire alla Corte di Giustizia delle Comunità europee la competenza ad interpretare le convenzioni e a comporre eventuali controversie sull'applicazione delle medesime. Sull'efficacia di azioni comuni e posizioni comuni previste nel Trattato di Maastricht nei confronti degli Stati membri cfr. D. M. CURTIN, J.F.M. POW, *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne: une nostalgie d'avant Maastricht?*, in *Revue du marche unique européenne*, 1995, p. 29 ss.

Occorre altresì rilevare che la Corte di Giustizia nella sentenza del 12 maggio 1998, causa C-17/96, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-2763, affermò la propria competenza ad annullare un atto del terzo pilastro (nella specie l'azione comune del Consiglio del 4 marzo 1996 sul regime di transito aeroportuale) nel caso di "invasione" delle competenze attribuite alla Comunità, e ciò anche nel sistema pre-Amsterdam in cui non era previsto alcun controllo giurisdizionale (la Corte fondò la propria competenza in base all'articolo L del Trattato sull'Unione europea che le attribuiva il potere di vigilare affinché gli atti rientranti nell'ambito del TUE non invadessero le competenze attribuite alla Comunità dal TCE).

²⁹¹ L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aja* cit., p. 3510.

di estradizione del 1996²⁹², le quali si andavano ad innestare sulla già esistente disciplina rappresentata dalla Convenzione di estradizione del Consiglio d'Europa del 1957 e dalla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, dando luogo in questa materia nei rapporti fra gli Stati membri dell'Unione europea ad un "millefoglie normativo"²⁹³, che ha caratterizzato il sistema europeo fino all'entrata in vigore del mandato d'arresto europeo. Sempre tramite la conclusione di convenzioni gli Stati membri diedero inizio ad un processo di armonizzazione del diritto penale sostanziale in materie specifiche, quali la frode ai danni del bilancio comunitario e la corruzione di funzionari comunitari o degli Stati membri, settori nei quali furono introdotti obblighi di incriminazione attraverso la Convenzione del 1995 in materia di incriminazione delle condotte di frode comportanti un danno per il bilancio comunitario (con i suoi tre successivi protocolli)²⁹⁴, nonché tramite la Convenzione del 1997, che obbliga ad incriminare gli atti di corruzione in cui siano coinvolti i funzionari comunitari o quelli di un altro Stato membro²⁹⁵.

Una vera e propria armonizzazione normativa fu perseguita con le iniziative riconducibili al secondo filone entro cui si è sviluppata la cooperazione fra gli Stati membri dell'Unione europea subito dopo Maastricht. Il ravvicinamento delle legislazioni non era un obiettivo previsto espressamente nel TUE: una base giuridica, o meglio politica, verso il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri al fine di reprimere certe forme di criminalità può essere individuata nel "Piano d'azione contro la

²⁹² Convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea, adottata il 10 marzo 1995 e pubblicata in *GU* n. C 78 del 30 marzo 1995, p. 1, e Convenzione relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea, adottata il 27 settembre 1996 e pubblicata in *GU* n. C 313 del 23 ottobre 1996, p. 11. Le due Convenzioni sono in vigore fra gli Stati membri che le hanno ratificate, fra cui non figura l'Italia. Sulle convenzioni di estradizione dell'Unione europea cfr. L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale* cit., p. 138 ss.

²⁹³ E. BARBE, *Qu'attendre de la Convention pour les acteurs de l'espace pénal européen?*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Quelles reformes pour l'espace pénal européen?*, Bruxelles, 2003, p. 128.

²⁹⁴ Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle CE (Convenzione PIF), in *GU* n. C 316 del 27 novembre 1995, p. 48; primo protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle CE, in *GU* n. C 313 del 23 ottobre 1996, p. 1; protocollo concernente l'interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle CE, in *GU* n. C 151 del 20 maggio 1997, p. 1; secondo protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle CE, in *GU* n. C 221 del 19 luglio 1997, p. 11, su cui v. *infra* Parte II.

²⁹⁵ Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea è pubblicata in *GU* n. C 195 del 25 giugno 1997, p. 1, su cui v. *infra* Parte II.

criminalità organizzata” adottato a seguito del Consiglio europeo di Dublino del 1996, contenente una serie di raccomandazioni e l’indicazione per le modalità di attuazione delle stesse²⁹⁶. Proprio per far seguito a quanto raccomandato dal Consiglio europeo nel Piano d’azione, nel 1998 furono adottate le azioni comuni sull’incriminazione delle condotte di appartenenza ad un’organizzazione criminale, sull’incriminazione della corruzione nel settore privato e sul riciclaggio e la confisca dei proventi di reato²⁹⁷.

Infine, la terza modalità entro cui si è sviluppata la cooperazione penale post-Maastricht fa riferimento all’istituzione di forme di collaborazione innovative, miranti ad agire sulla pratica degli operatori nazionali del diritto: a tal proposito possono menzionarsi l’azione comune relativa all’istituzione di magistrati di collegamento, seguita dall’azione comune istitutiva della Rete giudiziaria europea, dall’azione comune sulla procedura di «mutua valutazione» delle misure di attuazione adottate a livello nazionale degli impegni assunti a livello internazionale nella lotta al crimine organizzato e quella sulle c.d. «buone prassi» in materia di cooperazione giudiziaria penale²⁹⁸.

²⁹⁶ Il Piano d’azione, pubblicato in *GU* n. C 251 del 15 agosto 1997, p. 1 ss., conteneva una serie di raccomandazioni per costruire un sistema repressivo della criminalità organizzata, sia attraverso il rafforzamento della cooperazione fra gli Stati membri, specie giudiziaria, sia tramite un certo ravvicinamento delle legislazioni nazionali.

²⁹⁷ Rispettivamente, azione comune del 21 dicembre 1998, n. 98/733/GAI, in *GU* n. L 351 del 29 dicembre 1998, p. 1 ss.; azione comune del 22 dicembre 1998, n. 98/742/GAI, in *GU* n. L 358 del 31 dicembre 1998, p. 2 ss.; azione comune del 3 dicembre 1998, n. 98/699/GAI, sul riciclaggio di denaro e sull’individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, in *GU* n. L 333 del 9 dicembre 1998, p. 1 ss. Fra gli obblighi di incriminazione contenuti in tali strumenti possono ricordarsi quello relativo alla corruzione nel settore privato o all’introduzione della confisca cd. “di valore”. La portata di questi strumenti che prevedono obblighi di incriminazione risulta diminuita da alcuni elementi. In primo luogo non è previsto un termine entro cui gli Stati membri debbano adempiere a quanto prescritto nelle azioni comuni; inoltre, essendo necessaria l’unanimità per l’adozione dell’atto, la necessità di trovare il più ampio consenso porta all’introduzione di obblighi temperati (sul punto cfr. M. L. TUFANO, *La cooperazione giudiziaria penale e gli sviluppi del “terzo pilastro” del Trattato sull’Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 1041, ove si rileva che, ad esempio, l’azione comune sull’incriminazione della partecipazione ad una organizzazione criminale contiene sì la definizione di organizzazione criminale e l’obbligo di sanzionare certe condotte, ma allo stesso tempo lascia agli Stati membri la possibilità di scegliere se punire o meno la partecipazione ad una organizzazione criminale).

²⁹⁸ Rispettivamente, azione comune del 22 aprile 1996, n. 96/277/GAI, relativa ad un quadro di scambio di magistrati di collegamento per migliorare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri, in *GU* n. L 105 del 27 aprile 1996, p. 1 ss.; azione comune del 29 giugno 1998 sull’istituzione di una rete giudiziaria europea, in *GU* n. L 191 del 7 luglio 1998, p. 4 ss.; azione comune del 5 dicembre 1997 che istituisce un meccanismo di valutazione dell’applicazione e dell’attuazione a livello nazionale degli impegni internazionali in materia di lotta contro la criminalità organizzata, in *GU* n. L 344 del 15 dicembre 1997, p. 7 ss.; azione comune del 29 giugno 1998 sulla buona prassi nell’assistenza giudiziaria in materia penale, in *GU* n. L 191 del 7 luglio 1998, p. 1 ss. Con riferimento a quest’ultima azione comune, è

Una delle disposizioni più importanti del trattato di Maastricht, alla luce degli sviluppi successivi, era però la cosiddetta “passerella comunitaria” contenuta nell’art. K9, ai sensi del quale il Consiglio dell’Unione europea, tramite voto all’unanimità su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro, poteva trasferire nel quadro comunitario alcune delle azioni rientranti nel titolo VI del Trattato di Maastricht, ad esclusione della cooperazione in materia doganale, penale e di polizia.

3.1. Il Trattato di Amsterdam ed il nuovo Terzo pilastro

Nonostante le iniziative intraprese nel nuovo quadro istituzionale creato dal Trattato sull’Unione europea, il sistema di cooperazione instaurato con Maastricht dimostrò di non essere in grado di fornire risposte adeguate ai bisogni di sicurezza dei cittadini degli Stati membri, i quali imputavano l’acuirsi di certi fenomeni criminali al processo di integrazione europea. La responsabilità di tale fallimento era da individuarsi in alcuni limiti intrinseci del terzo pilastro, fra cui l’eterogeneità degli obiettivi in esso contenuti, la pesantezza dei meccanismi decisionali (fondati sull’unanimità); strumenti di scarsa efficacia giuridica (azioni comuni) o non efficienti (convenzioni, per le quali l’esigenza di attendere il completamento dei processi interni di ratifica comportava tempi molto lunghi per l’entrata in vigore o addirittura la paralisi); l’assenza di controllo parlamentare o giurisdizionale²⁹⁹. La cooperazione attuata nell’ambito degli Accordi di Schengen era inoltre servita come banco di prova per lo sviluppo di nuove forme di collaborazione giudiziaria e di polizia in materia penale. Tuttavia, l’esistenza di frontiere giuridiche continuava a rappresentare un problema per l’attività investigativa delle autorità giudiziarie degli Stati membri, come testimoniato dal cosiddetto “Appello di Ginevra” del 1996 lanciato da sette magistrati, in cui si evidenziava la necessità di

interessante rilevare come le prassi in materia di assistenza giudiziaria che gli Stati membri si impegnano a promuovere si concentrino principalmente sui tempi di esecuzione delle richieste tramite rogatoria.

²⁹⁹ R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, n. 2-3, 1998, p. 483. Sul terzo pilastro così come disegnato da Maastricht cfr. J.P. JACQUE, *Affaires intérieures et justice: quelques réflexions*, in *Revue du marché unique européenne*, 1995, p. 279 ss.; D. MCMAHON, *Maastricht Third Pillar: Load-Bearing of Purely Decorative?*, in *Legal Issues of European Integration*, 1995, p. 51 ss.; D. O’KEEFE, *Recasting the Third Pillar*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 893 ss.; A. TIZZANO, *Brevi note sul terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 1996, p. 391 ss. Per una valutazione delle inefficienze del terzo pilastro v. anche Relazione del Gruppo di riflessione al Consiglio europeo dell’8 dicembre 1995 (Reflex 21).

abolire il protezionismo nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria per combattere in modo efficace la criminalità³⁰⁰.

Durante i lavori della Conferenza Intergovernativa istituita nel 1996, i dibattiti relativi al terzo pilastro si svilupparono da un lato sull'opportunità di "comunitarizzare" certe materie strettamente collegate alla libera circolazione delle persone, dall'altro su come specificare meglio i settori in cui gli Stati avrebbero dovuto cooperare in tema di sicurezza³⁰¹. Così, con il Trattato di Amsterdam, concluso il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999, si ridisegnò l'intera cooperazione nel settore della giustizia e affari interni, "frazionando" le azioni ricomprese nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia³⁰². Infatti, da un lato le materie riguardanti visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone furono trasferite nel pilastro comunitario, con il nuovo Titolo IV del trattato CE³⁰³, così come, nonostante una diversa indicazione del trattato di Maastricht, si procedette alla comunitarizzazione della cooperazione doganale (disciplinata attualmente dall'art.135 TCE); dall'altro, attraverso la riorganizzazione del Titolo VI TUE si diede maggior rigore agli obiettivi dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Inoltre fu proprio con il Trattato di Amsterdam che per la prima volta si parlò dell'istituzione di uno spazio, di libertà, sicurezza e giustizia, che, fin dal preambolo, sostituì il riferimento generico al settore della giustizia e affari interni.

Il terzo pilastro ridisegnato dal Trattato di Amsterdam è rimasto pressoché invariato fino ad oggi³⁰⁴. In primo luogo, l'obiettivo di garantire "un livello elevato di sicurezza

³⁰⁰ Nell'appello di Ginevra del 1° ottobre 1996, sottoscritto dai giudici Bertossa, Bruti Liberati, Colombo, Dejemeppe, Garzòn Real, Jimenez Villarejo e Van Ruymbeke, si sottolineava la necessità di creare un vero spazio giudiziario europeo in cui le autorità giudiziarie potessero interagire direttamente fra di loro.

³⁰¹ U. LEANZA, *La mancata comunitarizzazione del II e del III pilastro dell'Unione europea nel Trattato di Amsterdam*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, p. 234. Durante i negoziati, il Governo italiano aveva spinto verso l'inclusione nel quadro comunitario di tutte le questioni concernenti l'attraversamento delle frontiere, mentre nel settore della cooperazione giudiziaria si auspicava un maggior ruolo della Commissione e della Corte di Giustizia al fine di garantire un'uniforme interpretazione degli strumenti normativi.

³⁰² B. NASCIBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente ed orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea* cit., p. 1296.

³⁰³ Articoli da 61 a 69 TCE.

³⁰⁴ Il Trattato di Nizza firmato il 12 dicembre 2000 ed entrato in vigore il 1° febbraio 2003, il cui scopo era quello di apportare le modifiche necessarie in vista dell'allargamento dell'Unione europea, non ha comportato sostanziali modifiche nel settore della cooperazione giudiziaria: da segnalare è però il riferimento incluso dopo Nizza nell'art. 29 TUE a Eurojust, ovvero l'Unità europea di cooperazione

in uno *spazio di libertà, sicurezza e giustizia*” sancito dall’art. 29 TUE deve essere realizzato “prevenendo e reprimendo la criminalità, organizzata o di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode”. Nello stesso Trattato vengono poi indicati i mezzi attraverso i quali perseguire tale scopo, ovvero la più stretta cooperazione fra le forze di polizia e tra le autorità giudiziarie degli Stati membri dell’Unione. L’art. 31 TUE indica i settori in cui deve svilupparsi l’azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, ovvero: a) la facilitazione e l’accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri, anche tramite Eurojust, in relazione ai procedimenti e all’esecuzione delle decisioni; b) la facilitazione dell’extradizione fra Stati membri; c) la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione; d) la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri; e) la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti. Dall’art. 31 TUE emerge quindi che la cooperazione fra gli Stati membri dell’Unione europea in materia penale comprende due ambiti diversi, ma fra loro complementari, ovvero quello processuale e quello sostanziale³⁰⁵. Dal punto di vista processuale, il nuovo TUE mira a promuovere fra gli Stati membri dell’Unione europea il rafforzamento dei mezzi tradizionali di cooperazione giudiziaria, in particolare con riferimento all’assistenza giudiziaria e all’esecuzione penale,

giudiziaria istituita con decisione del Consiglio del 28 febbraio 2002, in *GU* n. L 63 del 6 marzo 2002, p. 1 ss. L’istituzione di Eurojust era stata auspicata dal Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 dicembre 1999 (su cui v. *infra*, par. 4), al fine di coordinare l’azione delle autorità nazionali per combattere più efficacemente le gravi forme di criminalità (fra cui la criminalità organizzata) e per facilitare l’esecuzione di rogatorie. Eurojust è composta da pubblici ministeri, magistrati e funzionari di polizia distaccati dal proprio Stato membro di origine, i quali hanno il compito di coordinare le autorità nazionali e di agevolare la prestazione di assistenza giudiziaria internazionale e l’esecuzione delle richieste di estradizione. Ai sensi dell’art. 31 TUE come modificato dal Trattato di Nizza, il Consiglio incoraggia la cooperazione tramite Eurojust, facendo sì che tale organismo agevoli il coordinamento tra autorità giudiziarie nazionali, partecipi alle indagini relative a forme gravi di criminalità transnazionale e cooperi con la Rete giudiziaria europea in modo da agevolare l’esecuzione delle rogatorie e delle domande di estradizione.

³⁰⁵ A. LANG, *Commento art. 31 UE*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione europea*, Padova, 2001, p. 54.

all'extradizione ed alla prevenzione dei conflitti di giurisdizione, prevedendo altresì che gli Stati membri si dotino di una normativa interna che faciliti il ricorso a tali forme di collaborazione. Il nuovo Titolo VI TUE compie però un passo in avanti dal punto di vista sostanziale. Come anticipato dall'art. 29 TUE ultimo trattino - ai sensi del quale la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia deve essere perseguita anche tramite il riavvicinamento delle normative penali degli Stati membri -, la cooperazione fra gli Stati membri dell'Unione comprende anche la "progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti" (art. 31, lett. e)³⁰⁶. L'armonizzazione delle normative penali nazionali nel quadro dell'Unione europea riguarda quindi quelle forme di criminalità che, in virtù della loro portata transnazionale, sono maggiormente in grado di pregiudicare la sicurezza dello spazio europeo³⁰⁷. In questo processo istituzionalizzato di riavvicinamento delle legislazioni penali nazionali i reati economici rappresentano un settore chiave: infatti, pur non essendo espressamente menzionati dall'art. 31, lett. 3), TUE, tali reati costituiscono ormai il *core* delle attività poste in essere dalla criminalità organizzata e perciò l'efficace repressione di questa coinvolge anche l'armonizzazione delle discipline interne relative agli illeciti economici³⁰⁸.

Il Trattato di Amsterdam ha introdotto importanti novità anche per quanto riguarda il processo decisionale e gli atti giuridici adottabili nel quadro del terzo pilastro. L'art. 34 TUE, infatti, prevede che il Consiglio, deliberando all'unanimità *e su iniziativa* di uno Stato membro o della Commissione, possa adottare posizioni comuni, decision-

³⁰⁶ Tuttavia, nella Dichiarazione n. 8 allegata al Trattato di Amsterdam si stabilisce che tale disposizione non comporta l'obbligo di adottare pene minime per lo Stato membro il cui ordinamento non lo preveda. Per quanto riguarda la cooperazione di polizia, il nuovo art. 30 TUE prevede che essa avvenga attraverso Europol, ovvero l'Ufficio europeo di polizia istituito con la Convenzione Europol del 25 luglio 1995 (in *GU* n. C 316 del 27 novembre 1995, p. 2 ss.; lo statuto di Europol è stato da ultimo modificato con la decisione del Consiglio del 4 dicembre 2006, in *GU* n. C 298, dell'8 dicembre 2006).

³⁰⁷ Sull'armonizzazione delle normative penali nel quadro dell'Unione europea v. *infra* Parte II.

³⁰⁸ Già nel 1997, il Piano d'azione contro la criminalità organizzata adottato dal Consiglio (in *GU* n. C 251 del 15 agosto 1997, p. 1 ss.) evidenziava che "il principale movente della criminalità organizzata è la ricerca del profitto finanziario, che l'attira verso un numero sempre maggiore di campi d'attività in cui scorge la possibilità di reati economici (corruzione, contraffazione, frode dell'IVA e altra frode fiscale, pirateria, frode ai danni degli interessi finanziari della Comunità) e le impone pure di riciclare in seguito i relativi proventi".

quadro, decisioni e promuovere la conclusione di convenzioni³⁰⁹: scompaiono quindi le azioni comuni previste dal Trattato di Maastricht, mentre restano le posizioni comuni, cui si dovrà ricorrere per definire l'orientamento dell'Unione in merito ad una questione specifica³¹⁰. La disciplina dei nuovi strumenti del terzo pilastro è contenuta nello stesso art. 34 TUE. Per quanto riguarda le decisioni-quadro, che - come si vedrà - rappresentano lo strumento attraverso cui si sono introdotte le più rilevanti novità in materia di cooperazione giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione, l'art. 34, par. 2, lett. b) stabilisce che esse vengano adottate "per il riavvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri", specificando altresì la loro vincolatività per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Queste caratteristiche sembrano avvicinare le decisioni-quadro alle direttive, ma è il Trattato stesso a specificare che le prime non hanno efficacia diretta: in tal modo si è voluta precludere ogni evoluzione nel senso di permettere l'invocabilità da parte dei singoli, a certe condizioni, di disposizioni contenute in decisioni-quadro, come avvenuto in

³⁰⁹ Il Consiglio può inoltre concludere accordi internazionali riguardanti le materie di cui al Titolo VI (v. *infra* par. 8). Al Parlamento europeo è attribuito un ruolo meramente consultivo: il Consiglio deve richiedere un parere al Parlamento prima dell'adozione di decisioni, decisioni-quadro o convenzioni, ed il Parlamento deve esprimersi entro un termine non inferiore a tre mesi (art. 39 TUE). Il parere è obbligatorio, ma non vincolante: inoltre se il Parlamento non si esprime entro il termine fissato dal Consiglio, quest'ultimo può procedere all'adozione dell'atto.

³¹⁰ Si è già detto dei dubbi sollevati sull'efficacia di azioni comuni e posizioni comuni nel terzo pilastro (gli stessi atti avevano avuto una maggiore fortuna nel settore della politica estera e di sicurezza comune: cfr. I. SATTA, *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e i rapporti con i Paesi terzi*, in G. BONVICINI, G.L. TOSATO (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i trattati di Amsterdam e Nizza*, Torino, 2003, p. 240). L'efficacia delle posizioni comuni nei confronti degli Stati membri resta controversa: da una parte, tali atti hanno natura raccomandatoria, e ciò condurrebbe ad escluderne la vincolatività (in questo senso v. D. RINOLDI, *Commento art. 34*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della CE e dell'UE* cit., 61 ss.), dall'altra l'art. 37 TUE prevede che gli Stati membri nelle conferenze e nelle organizzazioni internazionali esprimano le posizioni comuni adottate dall'Unione nel terzo pilastro (F. ROUCHEREAU, *Art. 34*, in P. LÉGER, *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruxelles, 2000, p. 114). Nonostante il trattato di Amsterdam abbia rafforzato la portata degli strumenti giuridici utilizzabili per perseguire la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, il Consiglio ha fatto spesso ricorso ad altri strumenti normativi, non previsti dal Titolo VI TUE, ma riconducibili all'invito rivolto agli Stati a promuovere "nella forma e secondo le procedure appropriate..., la cooperazione finalizzata al conseguimento degli obiettivi dell'Unione" (ex art.34, co. 2, TUE: D. RINOLDI, *Commento art. 34* cit., p. 62). Si tratta di strumenti giuridici non vincolanti, come programmi, orientamenti, risoluzioni, raccomandazioni, dichiarazioni, relazioni e valutazioni, riconducibili al modello di cooperazione intergovernativa.

campo comunitario per le direttive³¹¹. Le decisioni, disciplinate alla lett.c), possono invece essere adottate per “qualsiasi altro scopo coerente con gli obiettivi del Titolo VI”, escluso il riavvicinamento delle disposizioni legislative e amministrative degli Stati membri. Anche le decisioni sono vincolanti ma non hanno efficacia diretta, e per la loro attuazione a livello dell’Unione il Consiglio può deliberare a maggioranza qualificata. Nel nuovo assetto degli strumenti giuridici del terzo pilastro restano le convenzioni, strumento tipico della cooperazione internazionale in materia penale: tuttavia, per superare i limiti che tali atti hanno dimostrato in passato è previsto un termine stabilito dal Consiglio entro cui gli Stati devono avviare le procedure interne per l’adozione delle convenzioni (anche se non è prevista alcuna sanzione) e che queste, salvo disposizioni contrarie, una volta adottate da almeno metà degli Stati membri entrano in vigore per detti Stati (il trattato di Maastricht stabiliva invece che le convenzioni entrassero in vigore una volta recepite da tutti gli Stati membri).

Ultima, ma non per rilevanza, novità introdotta con il Trattato di Amsterdam nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale è la previsione di un controllo giurisdizionale affidato alla Corte di Giustizia³¹². Come si è detto, nel sistema previgente la Corte poteva esercitare un controllo sull’interpretazione e l’applicazione di convenzioni concluse nel settore della giustizia e affari interni solo nei limiti in cui gli Stati prevedessero tale potere negli accordi stessi o in protocolli successivi³¹³. Ai sensi

³¹¹ Sul punto cfr. A. CIAMPI, *L’ordinamento italiano e le decisioni quadro quale strumento di cooperazione di polizia e giudiziaria*, in L. FILIPPI, *Equo processo: normativa italiana ed europea a confronto*, Padova, 2006, p. 80 ss. Una netta differenziazione degli effetti attribuibili alle decisioni-quadro rispetto a quanto avviene in ambito comunitario con riferimento alle direttive si imporrebbe alla luce del fatto che la decisione-quadro è inserita “in un sistema marcatamente intergovernativo, dove la diversa e minore intensità della cooperazione a livello dell’Unione è fortemente evidenziata già dall’enunciazione degli obiettivi della cooperazione di polizia (art. 30) e di quella giudiziaria (art. 31), oltre che dal differente ruolo che sono chiamate ad assolvere le istituzioni” (M. CONDINANZI, *Art. 34*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p.136).

³¹² Sottolinea la portata innovativa dell’introduzione di un controllo giurisdizionale nel terzo pilastro L. DANIELE, *Art. 35*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea e della Comunità europea cit.*, p.143.

³¹³ Ad esempio, la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità (PIF) prevede la giurisdizione della Corte di Giustizia per qualsiasi controversia relativa alla sua interpretazione o applicazione, in via però facoltativa, come si desume dall’art. 8 che stabilisce che la Corte “può essere adita da una delle parti” (nel 1997 gli Stati membri dell’Unione europea hanno concluso un Protocollo sulla competenza della Corte a pronunciarsi in via pregiudiziale sull’interpretazione della Convenzione PIF). Nella Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione europea, l’art. 12 prevede la facoltà per gli Stati membri e la Commissione di adire la Corte in caso di controversie sull’interpretazione o l’applicazione

dell'art. 46, lett. b), TUE la Corte di Giustizia esercita le proprie competenze nell'ambito del Titolo VI del Trattato sull'Unione europea alle condizioni previste dall'art. 35 TUE.

Tale disposizione prevede una competenza della Corte di Giustizia "modellata" sulla disciplina del pilastro comunitario, rispetto alla quale però vi sono notevoli differenze. In primo luogo, la competenza dei giudici europei nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale è limitata al rinvio pregiudiziale, ai ricorsi di legittimità e alla soluzione di controversie fra Stati membri, o fra questi e la Commissione: non sono quindi configurabili azioni in carenza sul modello ex art. 232 ss. TCE o per responsabilità extracontrattuale, di cui all'art. 288 TCE. Per quanto riguarda la competenza pregiudiziale, l'esercizio della stessa da parte della Corte di Giustizia nel terzo pilastro è subordinato ad una dichiarazione di accettazione degli Stati membri, i quali hanno anche la facoltà di indicare se le questioni pregiudiziali possono essere sollevate da tutti i giudici nazionali o solo da quelli di ultima istanza³¹⁴. Con riferimento ai limiti *ratione materiae* del rinvio pregiudiziale ex art. 35 TUE, esso può riguardare solo la validità e l'interpretazione di decisioni-quadro, decisioni, e la sola interpretazione di misure adottate in attuazione di convenzioni: sono quindi sottratti dal sindacato della Corte in via pregiudiziale le norme primarie, ovvero le disposizioni del

della convenzione fra di essi; inoltre la Corte può essere chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale solo sull'interpretazione di determinati articoli della Convenzione e nel caso di giudizi in cui siano coinvolti membri o funzionari della Comunità o di organi costituiti in base ai trattati, che agiscano nell'esercizio delle loro funzioni, previa accettazione di tale competenza da parte dello Stato membro interessato.

Manca invece ogni tipo di controllo giurisdizionale nella Convenzione sull'estradizione fra gli Stati membri dell'Unione europea. Sul "deficit giudiziario" nel sistema Schengen e nel terzo pilastro nella versione pre-Amsterdam cfr. cfr. C. CURTI GIALDINO, *Schengen et le troisième pilier: le contrôle juridictionnel organisé par le Traité d'Amsterdam*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, p. 89 ss.

³¹⁴ Per l'elenco riassuntivo delle dichiarazioni d'accettazione al marzo 2008 cfr. *GU* n. L 70 del 14 marzo 2008, p. 23. È da rilevare che Regno Unito, Irlanda e Danimarca non hanno presentato alcuna dichiarazione. Per quanto riguarda gli Stati che hanno da poco aderito all'Unione europea, la competenza della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 35 TUE è stata accettata da Ungheria, Repubblica ceca, Lettonia, Lituania e Slovenia. Inoltre, in base alla Dichiarazione n. 10 sull'art. 35 TUE allegata al Trattato di Amsterdam, gli Stati membri possono prevedere un vero e proprio *obbligo* di rinvio in capo a tutti i giudici nazionali o solo a quelli di ultima istanza (l'Italia si è avvalsa di questo diritto: cfr. *Informazione relativa alla data di entrata in vigore del trattato di Amsterdam*, in *GU* n. L 114 del 1° maggio 1999, p. 56). Alla luce dell'articolato sistema di opzioni previsto a favore degli Stati membri, si parla del sistema creato dall'art. 35 TUE come un regime a geometria variabile o *à la carte* (cfr. conclusioni dell'AG Mengozzi presentate il 26 ottobre 2006 nei casi C-354/04 P, *Gestoras pro Amnistia e a. c. Consiglio*, e C-355/04 P, *Segi e a. c. Consiglio*, in *Racc.*, p. 1579, par. 127), e per questo incapace di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario.

TUE che appunto regolano la cooperazione in materia penale, nonché le posizioni comuni³¹⁵.

Ai sensi dell'art. 35, par. 6, TUE, la Corte di Giustizia ha inoltre competenza - in questo caso obbligatoria - ad esercitare un controllo di legittimità delle *sole* decisioni e decisioni-quadro nei ricorsi proposti dagli Stati membri o dalla Commissione (non è invece attribuita legittimazione attiva a singoli, persone fisiche o giuridiche), che lamentino vizi relativi ad incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del trattato o di ogni altra regola sull'applicazione dello stesso, o sviamento di potere, senza peraltro prevedere gli effetti di un eventuale annullamento (a differenza dell'art. 231 TCE). Infine i giudici europei possono essere chiamati a decidere sulle controversie fra Stati riguardo all'interpretazione e all'applicazione di atti del terzo pilastro, o sulle controversie fra Stati membri e Commissione relative all'interpretazione e all'applicazione di convenzioni³¹⁶: proprio nel quadro delle controversie fra Stati appare possibile configurare un controllo sull'adempimento degli obblighi da parte degli Stati membri, anche se privo degli strumenti sanzionatori propri della procedura di infrazione ex artt. 226-228 TCE³¹⁷.

Il sistema di ricorsi giurisdizionali previsto nel terzo pilastro appare deficitario sotto due punti di vista. In primo luogo, la mancanza di una competenza della Corte di Giustizia nel caso di inadempimenti degli Stati membri non può che indebolire l'efficacia dell'azione dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Tale condizione è parzialmente mitigata dalla previsione di un obbligo di

³¹⁵ Inoltre ai sensi del par. 5 dell'art. 35 TUE, la Corte non può riesaminare “la validità o la proporzionalità di operazioni effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna”.

³¹⁶ Tuttavia nel caso di controversie fra Stati membri è prevista la previa sottoposizione del caso al Consiglio per un periodo di almeno sei mesi: tale inciso si ricollega all'impostazione intergovernativa della cooperazione nel settore della giustizia penale.

³¹⁷ In questo senso cfr. S. PEERS, *Who's Judging the Watchmen?: The Judicial System of the 'Area of Freedom, Security, and Justice'*, in *Yearbook of European Law*, vol. 18, 1998, p. 337 ss. Poiché ai sensi del TUE la Corte di Giustizia è chiamata a “statuire” sulle controversie fra Stati membri e fra questi e la Commissione, si sostiene che essa possa emettere anche sentenze dispositive e di condanna (F. MUNARI, C. AMALFITANO, *Il “terzo pilastro” dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2007, p. 784, che rinvia a M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2008, in corso di pubblicazione).

interpretazione della legislazione nazionale “conforme” alle decisioni-quadro, sancito dalla Corte di Giustizia nel caso *Pupino*³¹⁸.

D'altra parte, la tutela giurisdizionale prevista nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale così come attualmente delineata non appare sufficiente a fornire idonee garanzie per la tutela dei singoli, e ciò è tanto più grave se si considera l'incidenza degli atti adottati nel terzo pilastro sui diritti individuali: tuttavia dalla giurisprudenza della Corte più recente emerge un certo orientamento ad una interpretazione estensiva delle competenze ad essa attribuite, al fine di fornire una migliore tutela delle posizioni dei singoli direttamente colpiti da atti del terzo pilastro³¹⁹.

³¹⁸ Corte di Giustizia, causa C- 105/03, *Pupino*, in *Racc.* 2005, p. I-5285 ss. Il caso deriva da un rinvio pregiudiziale operato dal Tribunale di Firenze sull'interpretazione della decisione-quadro 2001/220/GAI relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, nell'ambito del processo contro la Sig.ra Pupino, maestra elementare accusata di reati quali l'abuso di mezzi di disciplina e lesioni aggravate nei confronti di suoi piccoli alunni. Il Pubblico ministero aveva richiesto di assumere le testimonianze dei bambini coinvolti tramite incidente probatorio, modalità che avrebbe permesso di tutelare meglio le vittime e di evitare la dispersione di ricordi utili per le indagini: il caso di specie non rientrava però fra le ipotesi tassative previste dall'art. 392 c.p.p italiano per ricorrere all'incidente probatorio. Il Giudice delle indagini preliminari domandava quindi alla Corte di Giustizia se, in virtù della particolare attenzione dedicata alla tutela delle vittime di reato dalla menzionata decisione-quadro, non ancora recepita dall'Italia pur essendo il termine scaduto, dovesse comunque ammettersi l'incidente probatorio anche in un'ipotesi non contemplata dal codice italiano. La Corte, facendo riferimento al carattere vincolante delle decisioni-quadro e all'obbligo di leale collaborazione fra Stati membri e Istituzioni - argomenti già utilizzati per affermare l'obbligo di interpretazione conforme rispetto alle direttive - ha affermato che i giudici nazionali devono interpretare la legislazione interna “per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione-quadro, al fine di conseguire il risultato perseguito da questa e di conformarsi così all'art. 34, par. 2, lett. d), Trattato UE” (par. 43). In tale opera di interpretazione il Giudice nazionale incontra i limiti del rispetto dei principi generali di diritto, fra cui quello della certezza del diritto e della non retroattività, nonché dei diritti fondamentali quali garantiti dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e quali risultano dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri (par. 59). Sul caso *Pupino* cfr. F. MUNARI, C. AMALFITANO, *Il “terzo pilastro” dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4, 2007, p. 792 ss.; S. PEERS, *Salvation outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi Judgments*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 909; M. MARCHEGANI, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni-quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2006, p. 563 ss.

³¹⁹ Ci si riferisce alla posizione assunta dalla Corte di Giustizia nel caso *Segi* (Corte di Giustizia, causa C-355/04 P, *Segi e a. c. Consiglio*, in *Racc.* 2007, p. I-1657 ss.), in cui la Corte, nell'escludere la possibilità di far valere una responsabilità extra-contrattuale delle Istituzioni dell'Unione europea (in particolare del Consiglio) per l'iscrizione dei nominativi di persone fisiche e giuridiche nell'elenco di persone, gruppi o entità coinvolte in attività terroristiche contenuto nella posizione comune 2001/931/PESC, ha delineato i confini del sistema di rimedi previsto con riferimento agli atti del terzo pilastro. I giudici di Lussemburgo, pur ammettendo che il sistema dei rimedi istituito con riferimento agli atti del terzo pilastro è meno ampio rispetto a quello previsto nel Trattato che istituisce la Comunità europea, e che nel caso si ravvisi la necessità di prevedere un ricorso per responsabilità extra-contrattuale anche per l'attività svolta dalle Istituzioni in questo settore tale modifica spetta agli Stati membri, tuttavia affermano che i ricorrenti non sono privi di ogni garanzia, in quanto ciò non sarebbe ammissibile in una Comunità di diritto, in cui sia le Istituzioni sia gli Stati membri devono rispettare i diritti fondamentali come stabilito nell'art. 6 TUE (para.

Occorre infine rilevare che ai sensi dell'art. 46, lett. d), la Corte di Giustizia è competente ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali come richiamati dall'art. 6, par. 2, TUE, da parte delle istituzioni dell'Unione, nei casi in cui eserciti un controllo giurisdizionale a norma dei trattati, incluso il Trattato sull'Unione europea³²⁰: dal combinarsi dell'art. 46 TUE con quanto previsto dall'art. 35, ai paragrafi 1 e 6, deriva quindi la possibilità che la Corte si pronunci sulla validità delle decisioni-quadro alla luce dei diritti fondamentali attraverso il rinvio pregiudiziale o il ricorso di legittimità³²¹.

Proprio al fine di ridurre i tempi per l'adozione di decisioni da parte della Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale riguardante atti che incidono sulla libertà personale degli individui, il Trattato di Nizza aveva introdotto due procedure d'urgenza, la prima per i ricorsi definiti "particolarmente" urgenti, l'altra per i rinvii che presentino "straordinaria urgenza", che però non hanno prodotto gli effetti auspicati³²². Per tale ragione, il Consiglio con decisione del 20 dicembre 2007 ha modificato lo Statuto della Corte, introducendo l'art. 23-*bis* relativo in generale ai procedimenti pregiudiziali

50). Per garantire la tutela giurisdizionale di individui che si trovino nella situazione dei ricorrenti, la Corte giunge ad affermare che le posizioni comuni, anche se non espressamente menzionate nell'art. 35 TUE, possono essere oggetto di rinvio pregiudiziale, sia di validità che interpretativo, e di un ricorso di legittimità: una lettura restrittiva di tale norma pregiudicherebbe l'*effetto utile* della stessa, poiché essa mira a sottoporre al rinvio pregiudiziale e al controllo di legittimità tutti i provvedimenti del Consiglio che producono effetti giuridici sui terzi. Per quanto riguarda poi il risarcimento dei danni eventualmente subiti, la Corte afferma che spetta agli Stati membri predisporre i meccanismi necessari affinché i singoli possano contestare ogni provvedimento nazionale che dia attuazione ad un atto dell'Unione europea. Sul caso *Segi* cfr. M. CASTELLANETA, *Giudici europei, estesi i poteri nel settore penale*, in *Il Sole 24 ore* del 28 febbraio 2007, p. 39; nel senso che la Corte avrebbe esteso l'approccio sostanzialistico relativo all'impugnabilità degli atti sviluppato in ambito comunitario anche al terzo pilastro, e che quindi anche le disposizioni primarie del Titolo VI TUE possano essere ormai oggetto di rinvio pregiudiziale cfr. F. MUNARI, C. AMALFITANO, *Il "terzo pilastro" dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive* cit., p. 797, che rinvia a M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2008, in corso di pubblicazione; nel senso che l'efficacia del rinvio pregiudiziale nell'ambito del terzo pilastro per garantire la tutela dei singoli risulta limitato alla luce della necessaria accettazione della giurisdizione da parte degli Stati membri, e che quindi nel caso di un mandato d'arresto la possibilità per l'individuo di veder sollevata una questione pregiudiziale dipende dagli Stati membri coinvolti, cfr. S. PEERS, *Salvation outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi Judgments* cit., p. 900.

³²⁰ Sul punto cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, p. 329.

³²¹ A. CIAMPI, *L'ordinamento italiano e le decisioni quadro quale strumento di cooperazione di polizia e giudiziaria* cit., p. 103.

³²² Artt. 62-*bis* e 104 *bis* del regolamento di procedura della Corte di Giustizia. Per i ricorsi "particolarmente urgenti", la velocizzazione del procedimento sarebbe dovuta derivare dalla possibilità del Presidente di non ammettere replica e controreplica e di inibire la possibilità di intervento, mentre ai ricorsi di "straordinaria urgenza" viene attribuita precedenza assoluta su tutti gli altri ricorsi.

speciali³²³. La nuova disciplina, applicabile dal 1° marzo 2008, prevede l'assegnazione dei procedimenti pregiudiziali d'urgenza sulle questioni relative alle materie del Titolo VI TUE e del Titolo IV TCE ad un'apposita sezione di cinque giudici³²⁴. Il procedimento speciale può essere attivato d'ufficio o su istanza del giudice *a quo*, il quale deve anche anticipare la propria soluzione delle questioni pregiudiziali sollevate. Per quanto riguarda il procedimento, non è consentito l'intervento di altre parti, diverse da quelle principali, eventualmente interessate; inoltre, nei casi di estrema urgenza la Corte può decidere di omettere la fase scritta e procedere subito alla discussione orale. Infine, è previsto che l'Avvocato Generale esprima un parere orale in merito alle questioni sollevate.

Dall'analisi fin qui effettuata della disciplina relativa alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale così come delineata dal Trattato di Amsterdam emerge come la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia sia ormai divenuta un punto fondamentale del processo di integrazione europea; allo stesso tempo è però evidente la necessità di rivedere e superare i meccanismi previsti nel Titolo VI TUE. Non sorprende quindi che nei recenti tentativi di modifica dei trattati esistenti - ci si riferisce all'ormai abbandonato Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e al Trattato di Lisbona di riforma del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea - tale settore sia stato oggetto di modifiche quasi rivoluzionarie, di cui si dirà più avanti.

³²³ Decisione del Consiglio del 20 dicembre 2007 recante modifica sullo statuto della Corte di Giustizia (2008/79/CE, Euratom), in *GU* n. L 24 del 29 gennaio 2008, p. 42 ss. Con provvedimento del 15 gennaio 2008, la Corte ha modificato il proprio regolamento di procedura.

³²⁴ Come specificato dalla Corte nel Progetto di modifiche del regolamento di procedura della Corte di Giustizia, allegato alla Nota di trasmissione del 10 luglio 2007 (documento del Consiglio n. 11759/07 dell'11 luglio 2007), e nella Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali. Integrazione in seguito all'entrata in vigore del procedimento pregiudiziale d'urgenza applicabile ai rinvii relativi allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (in *GU*, n. C 64, dell'8 marzo 2008, p. 1 ss.), si tratta di una scelta a carattere organizzativo, e non dell'istituzione di una sezione specializzata *ratione materiae*. Sui nuovi procedimenti d'urgenza cfr. S. ZANCANI, L. PASCULLI, *La nuova procedura d'urgenza per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Diritto penale e processo*, n. 6, 2008, p. 798 ss.; Editorial Comments, *Preliminary rulings and the area of freedom, security and justice*, in *Common Market Law Review*, vol. 44, n. 1, 2007, p. 1 ss.

3.2. L'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea

In occasione della conclusione del Trattato di Amsterdam si è proceduto anche all'incorporazione del cosiddetto *acquis* di Schengen - vale a dire tutte le misure sviluppate da alcuni degli Stati membri dell'Unione nell'ambito degli Accordi di Schengen - nel quadro dell'Unione europea. Con tale operazione si è inteso conferire a disposizioni appartenenti alla cooperazione internazionale pura una nuova natura, estendendo ad esse i meccanismi e le garanzie comunitari e dell'Unione europea³²⁵.

L'incorporazione è avvenuta attraverso un Protocollo allegato al TUE e al TCE, con il quale gli Stati membri sono stati autorizzati ad instaurare una cooperazione rafforzata nelle materie rientranti nell'*acquis* di Schengen. Al Consiglio dell'Unione europea è stato affidato il compito di adottare - all'unanimità - le misure necessarie a raggiungere l'integrazione dell'*acquis* di Schengen, in particolare individuando quali tra le misure e gli atti adottati nell'ambito Schengen dovevano considerarsi come le basi fondamentali attraverso cui proseguire la cooperazione. Una volta identificato il contenuto dell'*acquis*, il Consiglio doveva identificare per ogni misura la base giuridica nel Trattato sull'Unione europea o nel Trattato istitutivo della Comunità europea, ovvero distribuire la materia tra primo e terzo pilastro³²⁶. Il Protocollo dà inoltre conto della non partecipazione del Regno Unito e dell'Irlanda all'*acquis* di Schengen: i due paesi possono però dichiarare di voler partecipare a determinati atti³²⁷. La Danimarca ha invece una posizione "particolare", nel senso che ha accettato l'*acquis* in quanto firmataria degli Accordi di Schengen, mentre non è vincolata dal Titolo IV del TCE, né

³²⁵ B. NASCIMBENE, *L'incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del comitato parlamentare di controllo*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 733.

³²⁶ Così A. TIZZANO, *A proposito dell'inserzione dell'acquis di Schengen nei Trattati comunitari: l'accordo "del Consiglio" con Islanda e Norvegia*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 3, 1999, p. 521. Il Consiglio dell'Unione europea ha adempiuto a tali compiti il 20 maggio 1999, attraverso l'adozione di un elenco degli atti che compongono l'*acquis*, e definendo, per ciascuno di essi, la base giuridica corrispondente nei trattati sull'Unione europea e della Comunità europea (in *GU* n. L 176 del 10 luglio 1999, p. 1 ss.). Sulle conseguenze più rilevanti dell'individuazione della base giuridica di una misura Schengen nel TCE o nel TUE cfr. B. NASCIMBENE, *L'incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del comitato parlamentare di controllo*, p. 737 ss.

³²⁷ Entrambi i paesi hanno, ad esempio, richiesto di partecipare ad alcuni aspetti della cooperazione basata su Schengen, in particolare con riferimento alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e al sistema SIS.

dalle proposte o iniziative che sviluppano l'*acquis* (salvo, in questo caso, diversa decisione entro 6 mesi - art. 5 Protocollo).

Infine al sistema Schengen partecipano anche Stati non membri dell'Unione europea – fra cui Islanda, Norvegia e Svizzera - con i quali il Consiglio ha concluso accordi di associazione per l'attuazione e lo sviluppo dell'*acquis* di Schengen³²⁸.

4. Dal vertice di Tampere al Programma dell'Aja: la fase attuale della cooperazione in materia penale nell'Unione europea

Il Trattato di Amsterdam rappresenta il punto di partenza dello sviluppo di una cooperazione in materia penale fra gli Stati membri dell'Unione europea “qualificata”, ovvero che tende ad allontanarsi dai modelli tradizionali di cooperazione fra Stati per aspirare ad una vera e propria integrazione politica³²⁹. Per comprendere le peculiarità della moderna cooperazione penale nell'Unione europea occorre far riferimento a cosa è successo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam.

La prima risposta politica agli obiettivi posti dal Trattato di Amsterdam venne dal vertice europeo di Tampere del 1999, in occasione del quale per la prima volta si riunì una sessione straordinaria del Consiglio europeo per discutere i soli temi della giustizia e degli affari interni. Nelle conclusioni della presidenza del Consiglio europeo di Tampere³³⁰ sono fissati i principi fondamentali entro cui si sono sviluppati tutti gli strumenti adottati dall'Unione europea nel campo della cooperazione penale³³¹.

³²⁸ Su cfr. A. TIZZANO, *A proposito dell'inserzione dell'acquis di Schengen nei Trattati comunitari: l'accordo “del Consiglio” con Islanda e Norvegia* cit., p. 522 ss. Islanda e Norvegia fanno parte insieme a Svezia, Finlandia e Danimarca, dell'Unione nordica dei passaporti, nell'ambito della quale i paesi membri hanno abolito i controlli alle frontiere. Dopo che Svezia, Finlandia e Danimarca hanno aderito agli Accordi di Schengen in quanto Stati membri dell'UE, Islanda e Norvegia hanno chiesto di essere associate allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen dal 1996. In virtù dell'associazione, i due paesi sono stati inclusi nello spazio Schengen e legittimati ad applicare le misure Schengen rilevanti: essi inoltre partecipano al processo decisionale, potendo formulare proposte ma senza alcun diritto di voto.

³²⁹ Come si è visto nel Cap. I (par. 3.2.), la creazione di uno spazio giudiziario rappresenta una delle modalità della cooperazione penale, la più evoluta ma anche la più difficile da realizzarsi al di fuori di contesti specifici, quali quello regionale.

³³⁰ Reperibili all'indirizzo www.consilium.europa.eu.

³³¹ Il Consiglio europeo del 1999 si proponeva di tracciare una strategia per lo sviluppo concreto di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sfruttando i nuovi strumenti previsti dal Trattato di Amsterdam. I “capisaldi” di Tampere per garantire uno spazio comune di prosperità e pace erano lo sviluppo di una politica comune in materia di asilo e immigrazione, la creazione di un autentico spazio di giustizia europea, la lotta a livello dell'Unione contro la criminalità, ed il rafforzamento dell'azione esterna dell'Unione.

La novità più rilevante della strategia elaborata a Tampere è però costituita dall'adozione di un "doppio binario" nella cooperazione penale. Da una parte venne infatti sancito per la prima volta il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze quale "fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale" (punto 33). Dall'altra, il Consiglio ribadì la necessità di continuare il processo di armonizzazione delle normative penali nazionali, concentrandosi però, almeno nella fase iniziale, su specifici settori, quali la criminalità finanziaria (riciclaggio di denaro, corruzione, falsificazione dell'euro), il traffico di droga, la tratta di esseri umani, la criminalità ad alta tecnologia e ambientale (punto 48). La lotta alla criminalità economica appare quindi ancora una volta centrale nella creazione - e protezione - dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: in particolare il Consiglio evidenziò la necessità di predisporre misure efficaci contro il riciclaggio, altra attività da cui la criminalità organizzata trae ingenti profitti, e a tal fine si impegnò a promuovere "iniziative concrete per rintracciare, sequestrare e confiscare i proventi di reato" (punto 51).

Il vertice di Tampere sancisce quindi l'impegno politico degli Stati membri dell'Unione europea a sviluppare forme di cooperazione sempre più efficaci all'interno dello spazio giudiziario europeo. Nel maggio del 2000 venne elaborata la "Strategia dell'Unione per l'inizio del nuovo millennio", nella quale agli orientamenti politici ormai dati per acquisiti seguivano una serie di raccomandazioni, dirette in particolare alla lotta contro la criminalità organizzata³³². Infatti, preso atto della necessità di "dedicare particolare attenzione al fatto di privare la criminalità organizzata della sua principale motivazione, i proventi dei reati", si raccomandava al Consiglio di adottare strumenti per spingere gli Stati membri a riesaminare la loro legislazione e la relativa applicazione riguardo alle decisioni sul rintracciamento, il congelamento, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, stabilendo anche norme minime al fine di consentire il mutuo riconoscimento e l'esecuzione di tali decisioni (Raccomandazione n. 16).

Proprio per dare concreta attuazione al principio del mutuo riconoscimento, divenuto "pietra angolare" della cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea, il 29 novembre 2000 venne adottato il "Programma di misure per l'attuazione

³³² In *GU* n. C 124 del 3 maggio 2000, p. 1 ss.

del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali³³³. Nell'introduzione del Programma si legge che "l'attuazione del principio di reciproco riconoscimento delle decisioni penali presuppone una fiducia reciproca degli Stati membri nei rispettivi ordinamenti penali. Tale fiducia si fonda in particolare sulla base comune costituita dal loro attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello stato di diritto". Seguono quindi una serie di misure relative al riconoscimento delle sentenze definitive, alle decisioni intervenute prima della sentenza definitiva e delle decisioni prese nell'ambito del controllo post-penale. Con riferimento alle decisioni intervenute prima della sentenza definitiva, il Programma prevedeva l'adozione di misure per il riconoscimento delle decisioni di perquisizione e sequestro di beni, o di blocco degli elementi di prova per impedirne la dispersione, nonché di misure che consentano il sequestro a fini di confisca ed il riconoscimento di un mandato d'arresto e la consegna della persona: come si vedrà, i più recenti strumenti adottati dall'Unione europea in materia di cooperazione giudiziaria penale mirano proprio a realizzare tali obiettivi.

L'ultimo atto programmatico dell'Unione europea rilevante per la materia della cooperazione giudiziaria penale è il "Programma dell'Aja"³³⁴, adottato dal Consiglio europeo del 5 novembre 2004, pochi mesi dopo la firma del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, avvenuta a Roma nell'ottobre dello stesso anno³³⁵. Il Programma, che prevede misure da attuarsi nel periodo 2005-2012, riguarda tutti gli aspetti connessi alla creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, anche alla luce della rinnovata esigenza di tutela dei cittadini europei a seguito degli attentati

³³³ In *GU* n. C 12 del 15 gennaio 2001, p. 10. Oltre al programma relativo alle misure da adottare in materia penale, è stato anche adottato un "Progetto di programma" sull'attuazione del principio del mutuo riconoscimento in materia civile e commerciale" (in *GU* n. C 12 del 15 gennaio 2001, p. 1 ss.).

³³⁴ Programma dell'Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea, in *GU* n. C 53 del 3 marzo 2005, p. 1.

³³⁵ Come è noto, il 29 ottobre 2004 è stato firmato a Roma il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa: obiettivo del nuovo trattato era quello di procedere a una semplificazione del complesso sistema derivante dall'esistenza di più trattati regolanti i diversi aspetti dell'integrazione comunitaria. A seguito del voto contrario alla ratifica del Trattato espresso nei referendum tenutisi in Francia e Olanda nel 2005, dopo una "pausa di riflessione", il trattato costituzionale è stato abbandonato, e si è invece proceduto all'elaborazione di un nuovo testo che consentisse di attuare le modifiche necessarie al funzionamento di un'Europa a 27. Durante il Consiglio Europeo di Lisbona del 18 e il 19 ottobre 2007, è stato infine approvato il testo del nuovo Trattato di riforma, che è stato firmato nel dicembre 2008 e dovrebbe essere ratificato prima delle elezioni europee del giugno 2009. Il testo del Trattato è stato pubblicato in *GU* n. C 306 del 17 dicembre 2007, pp. 1-229.

terroristici dell'11 settembre 2001 a New York, e dell'11 marzo 2004 a Madrid. In esso si riscontra una particolare attenzione al rispetto dei diritti fondamentali e delle garanzie procedurali, forse per riequilibrare il carattere repressivo dell'azione svolta dall'Unione dopo Amsterdam. Sul fronte penale, il Progetto ribadisce la necessità di continuare gli obiettivi sanciti a Tampere, specie con riferimento all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco, nonché di rafforzare il ruolo di Eurojust ed Europol, e di proseguire nel ravvicinamento delle legislazioni penali, pur nel rispetto delle diversità dei sistemi nazionali. Il Programma riconosce che il rafforzamento del principio del riconoscimento reciproco richiede un parallelo incremento della fiducia fra gli Stati membri: a tal fine occorre elaborare norme equivalenti in materia di diritti processuali nei procedimenti penali ed agevolare la comprensione reciproca fra gli ordinamenti, anche attraverso lo sviluppo di "reti" di collegamento fra le autorità giudiziarie europee. Un piano d'azione comune del Consiglio e della Commissione del 2005 ha definito le priorità del programma dell'Aia su cui concentrare gli sforzi³³⁶: al fine di completare il principio del mutuo riconoscimento era prevista la presentazione di una nuova proposta volta a completare il mandato europeo di raccolta delle prove - l'originaria proposta era stata presentata dalla Commissione nel 2003 -, nonché l'elaborazione, in tema di ravvicinamento normativo, di una proposta sulle norme minime relative all'assunzione delle prove nella prospettiva della reciproca ammissibilità³³⁷. Su proposta della Commissione, il Consiglio ha adottato nel dicembre del 2005 una strategia relativa alla dimensione esterna dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in cui si raccomandano le misure da attuare - in particolare nei rapporti con i paesi terzi - al fine di rafforzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia³³⁸.

³³⁶ Piano d'azione del Consiglio e della Commissione sull'attuazione del programma dell'Aia inteso a rafforzare la libertà, la sicurezza e la giustizia dell'Unione europea in *GU* n. C 198 del 12 agosto 2005, p. 1. Il piano prevede un elenco dettagliato di misure da adottare, nonché le tempistiche per l'attuazione.

³³⁷ Il Piano d'azione prevedeva anche altri strumenti per la cooperazione giudiziaria in materia penale, fra cui una raccomandazione sulle norme minime relative all'assunzione e allo scambio di prove elettroniche, una proposta relativa alla distruzione dolosa di prove documentali ed una sulla protezione dei testimoni e dei collaboratori di giustizia: di tali misure - che dovevano essere attuate nel 2006-2007 - tuttavia non vi è allo stato traccia nei lavori del Consiglio nell'ambito del terzo pilastro.

³³⁸ COM(2005) 491 definitivo del 12 ottobre 2005, trasmesso al Consiglio dell'Unione europea il 17 ottobre 2005. Nel documento predisposto dalla Commissione si evidenzia come gli aspetti interni ed esterni della sicurezza dell'Unione europea siano strettamente collegati. Fra i principi che devono guidare l'azione esterna dell'Unione vi sono quello della priorità su base geografica e della differenziazione, alla luce dei quali si esclude un'azione su base universale, a favore di un approccio regionale, in particolare

Infine, per monitorare l'azione dell'Unione, il 3 luglio la Commissione ha adottato una *relazione sull'attuazione del programma dell'Aia per il 2006*³³⁹, nella quale viene fatto un bilancio delle misure adottate e di quelle ancora da attuare.

con i paesi con cui l'Unione ha maggiori rapporti (ad esempio paesi candidati all'adesione); il coordinamento interpilastri, affidato al Consiglio ed alla Commissione; la pertinenza dell'azione esterna con l'istituzione ed il sostegno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. L'Unione si impegna inoltre a promuovere la cooperazione internazionale a livello di organizzazioni internazionali, in particolare delle Nazioni Unite.

³³⁹ COM(2007) 373 in *GU* n. C 191 del 17 agosto 2007.

Parte II – Gli strumenti adottati dall'Unione europea per la cooperazione giudiziaria in materia penale

5. La realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia fra forme di cooperazione e riavvicinamento delle legislazioni penali nazionali

Dall'evoluzione della cooperazione fra gli Stati membri dell'Unione europea nel settore penale emerge che la creazione di uno spazio giudiziario europeo sta avanzando secondo due linee direttrici. Da una parte l'Unione mira a sviluppare gli strumenti giuridici tipici della cooperazione internazionale fra Stati in materia penale, introducendo meccanismi tendenti a facilitare la collaborazione e che trovano una loro giustificazione nel carattere peculiare delle relazioni intercorrenti fra gli Stati membri dell'Unione. L'esempio più rilevante in questo senso è sicuramente costituito dall'extradizione. Fino al 2004, i rapporti fra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di estradizione si fondavano sulla Convenzione di Parigi del 1957, conclusa nell'ambito del Consiglio d'Europa, quindi nel contesto di un'organizzazione regionale i cui membri condividono sicuramente determinati valori giuridici, ma ove non si raggiunge il livello di integrazione esistente fra gli Stati membri dell'Unione europea. Come si è già detto, tale strumento è stato integrato da convenzioni elaborate nel quadro dell'Unione europea, al fine di migliorare la cooperazione fra gli Stati membri - in termini di procedure semplificate e più veloci - proprio sul presupposto di una più stretta relazione fra di essi: così, oltre alla Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen del 1990 che prevede una serie di disposizioni relative all'extradizione (art. 59 ss.), gli Stati membri hanno concluso altre convenzioni, quali l'Accordo di San Sebastian del 1989 sulla semplificazione e la modernizzazione delle modalità di trasferimento delle domande di estradizione, e le due Convenzioni elaborate dopo il Trattato di Maastricht sulla procedura semplificata di estradizione e, in generale, sull'extradizione fra gli Stati membri dell'Unione³⁴⁰. Nonostante i tentativi di facilitare le procedure di estradizione fra gli Stati membri, nella prassi continuavano a riscontrarsi casi eclatanti di mancata collaborazione, fra cui possono ricordarsi i numerosi episodi di mancata estradizione da parte della Francia verso l'Italia di soggetti ricercati o

³⁴⁰ Su cui v. *supra*, par. 3.

condannati in base alla nota “dottrina Mitterand”³⁴¹. L’esigenza di garantire un sistema efficiente di consegna dei criminali all’interno dello spazio giudiziario europeo si fece sentire con maggiore insistenza all’indomani degli attacchi terroristici dell’11 settembre 2001: così nel giugno del 2002 si arrivò all’adozione della decisione-quadro 2002/584/GAI relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna fra Stati membri dell’Unione europea (MAE)³⁴². Il mandato d’arresto rappresenta la prima applicazione concreta del principio del mutuo riconoscimento affermato a Tampere nel 1999: il punto cardine del nuovo sistema, che introduce per gli Stati membri dell’Unione europea una netta differenziazione nella materia dell’extradizione fra la collaborazione nello spazio giudiziario europeo e con i Paesi terzi, è rappresentato dalla “giudiziarizzazione” della procedura e dal venir meno di qualsiasi elemento di discrezionalità politica³⁴³. Il mandato d’arresto è riconducibile quindi a quella modalità

³⁴¹ La “dottrina Mitterand” deriva da una decisione politica del Presidente francese Mitterand del 1985, in base alla quale la Francia garantiva il diritto d’asilo a quei soggetti che avevano compiuto atti violenti ma di ispirazione politica. L’atteggiamento del governo francese nei confronti dell’Italia in materia di estradizione di terroristi è sempre stato e continua ad essere di chiusura, come conferma il recente caso di rifiuto di estradare l’ex brigatista Camilla Petrella in Italia per “motivi umanitari”.

³⁴² In *GU* n. L 190 del 18 luglio 2002, p. 1 ss. Il MAE è entrato in vigore il 7 agosto 2002, mentre la data prevista per l’attuazione della decisione-quadro era fissata al 31 dicembre 2003, data alla quale solo otto Stati membri avevano provveduto ad adeguare i propri ordinamenti interni. Come è noto, l’Italia ha dato attuazione al MAE solo con la L. 22 aprile 2005, n. 69 (in *GU* del 29 aprile 2005, n. 98). Dal 1° gennaio 2004 – o dal momento successivo in cui lo Stato abbia attuato la decisione, come nel caso dell’Italia – la consegna di persone ricercate fra gli Stati membri dell’Unione avviene in base alla disciplina del MAE. La dottrina sul mandato d’arresto europeo è ormai molto vasta: si segnalano E. BARBE, *Une triple étape pour le troisième pilier de l’Union européenne: mandat d’arrêt européen, terrorisme et eurojust*, in *Révue du Marché Commun et de l’Union européenne*, 2002, 5 ss. M. BARGIS, E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d’arresto europeo. Dall’extradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005; M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d’arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004; E. ROZO ACUÑA (a cura di), *Il mandato di arresto europeo e l’extradizione*, Padova, 2004; A. DAMATO, *Il mandato d’arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2005, p. 21 ss. e 203 ss.; G. PANSINI - A. SCALFATI (a cura di), *Il mandato d’arresto europeo*, Napoli, 2005; M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO, D. MANZIONE, E. MARZADURI, *Il mandato d’arresto europeo*, Torino, 2006; G. IUZZOLINO, *Il mandato d’arresto europeo*, in G. M. ARMONE et al., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, p. 3 ss. Per una critica della decisione-quadro sul mandato d’arresto europeo relativamente alle garanzie (non) previste per la tutela dei diritti individuali cfr. U. DRAETTA, *Diritto dell’Unione europea e principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in U. DRAETTA, A. SANTINI (a cura di), *L’Unione europea in cerca di identità*, Milano, 2008, p. 146 ss.

³⁴³ Così L. SALAZAR, *La lunga marcia del mandato d’arresto europeo*, in M. BARGIS, E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d’arresto europeo. Dall’extradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005, p. 16.

della cooperazione giudiziaria fondata sull'introduzione di nuovi istituti processuali che favoriscono la collaborazione fra le diverse autorità giudiziarie³⁴⁴.

Il secondo filone nel quale si sta sviluppando la cooperazione penale nello spazio giudiziario europeo è quello del ravvicinamento delle legislazioni penali - sostanziali e processuali - dei singoli Stati membri. Armonizzazione e cooperazione penale rappresentano due settori complementari: è infatti evidente che la mera cooperazione fra Stati non supportata da una omogeneizzazione degli ordinamenti nazionali non può costituire un'arma efficiente per combattere le moderne forme di criminalità, che continuerebbero a sfruttare le diversità esistenti³⁴⁵. L'armonizzazione dei sistemi penali permette inoltre di rafforzare anche la fiducia fra i diversi Stati membri dell'Unione europea che, come si è visto, rappresenta la base per l'affermazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni in materia penale.

Infine, l'azione dell'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria si sviluppata anche attraverso la creazione di organismi il cui scopo è quello di collegare le autorità giudiziarie nazionali. Così nel 1996 gli Stati membri hanno adottato un'azione comune relativa ad un quadro di scambi di magistrati di collegamento³⁴⁶: il compito del "magistrato di collegamento", distaccato da uno Stato membro presso un altro, è quello di facilitare i contatti bilaterali, attraverso la soluzione delle difficoltà pratiche incontrate nel corso dell'esecuzione di specifici atti di assistenza. Al fine di individuare dei punti di contatto stabili all'interno dei singoli ordinamenti degli Stati membri per facilitare lo scambio di informazioni, di natura sia giuridica che pratica, è stata invece istituita nel 1998 la Rete giudiziaria europea³⁴⁷. Da ultimo, con la decisione-quadro del 28 febbraio 2002 è stata istituita *Eurojust*³⁴⁸, il cui compito è quello di agevolare il coordinamento delle attività investigative poste in essere dalle competenti autorità degli

³⁴⁴ E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo ed internazionale* cit., p. 26, il quale evidenzia che tale metodo viene utilizzato non solo per l'estradizione, ma anche per il compimento di atti di investigazione, per il riconoscimento delle decisioni, per il trasferimento dei procedimenti e per l'esecuzione penale.

³⁴⁵ In questo senso cfr. A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, p. 789.

³⁴⁶ In *GU* n. L 105 del 27 aprile 1996, p. 1.

³⁴⁷ Azione comune 98/428/GAI del 29 giugno 1998 adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, sull'istituzione di una Rete giudiziaria europea, in *GU* n. L 191 del 7 luglio 1998, p. 4 ss.

³⁴⁸ Decisione-quadro 2002/187/GAI del Consiglio del 28 febbraio 2002, in *GU* n. L 63 del 6 marzo 2002, p. 1 ss.

Stati membri in relazione alle forme più gravi di criminalità (traffico di stupefacenti, terrorismo, criminalità organizzata). Con l'istituzione degli organismi testé citati si è intervenuti per coordinare i diversi soggetti che operano all'interno degli ordinamenti comunitari, sempre nell'ambito di una cooperazione che possiamo definire "orizzontale". Diversa è invece la funzione attribuita all'OLAF, l'Ufficio europeo per la lotta antifrode³⁴⁹, cui sono affidate le competenze che spetterebbero alla Commissione in materia di indagini amministrative per la tutela del bilancio comunitario. L'OLAF non si prefigge di coordinare le diverse autorità statali, ma agisce come un ente sovranazionale, e i risultati acquisiti nel corso delle indagini, che hanno carattere amministrativo, possono essere utilizzate nei diversi Stati membri³⁵⁰: l'Ufficio europeo anti-frode rappresenta un esempio di modalità di cooperazione internazionale "verticale", che si sviluppa non fra autorità ugualmente competenti appartenenti ad ordinamenti diversi, ma fra un ente cui sono delegati determinati poteri e gli Stati membri.

5.1. Il rapporto fra il ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali e la cooperazione fra Stati nel quadro dell'Unione europea

Le tradizionali forme di cooperazione fra Stati in materia penale hanno come scopo il coordinamento delle diverse giurisdizioni al fine di reprimere forme di criminalità a dimensione transnazionale. L'armonizzazione dei sistemi penali nazionali rappresenta un'evoluzione della collaborazione internazionale tradizionale. Si tratta di un fenomeno in crescente aumento negli ultimi anni, suscettibile di verificarsi soprattutto in contesti di forte integrazione, come nel caso dell'Unione europea³⁵¹.

La possibilità di procedere all'armonizzazione del diritto penale degli Stati membri dell'Unione europea nel quadro istituzionale creato dai trattati europei solleva diverse problematiche. Pur non essendo possibile trattare in questa sede in maniera esaustiva un tema tanto delicato, è però necessario comprendere quali siano gli strumenti di cui

³⁴⁹ Istituito con decisione della Commissione del 28 aprile 1999, in *GU* n. L 136, p. 20 ss.

³⁵⁰ Sul punto cfr. *infra*, par. 7.2.

³⁵¹ Tuttavia, numerose sono le convenzioni, anche a carattere universale, che, al fine di combattere certe forme di criminalità particolarmente gravi (si pensi alla Convenzione ONU sulla criminalità organizzata), prevedono degli obblighi di incriminazione il cui scopo è quello di creare norme minime uniformi adottate dalla maggior parte dei paesi per non lasciare margini di impunità agli autori di reati.

L'Unione dispone al fine cercare di ravvicinare gli ordinamenti nazionali, favorendo così anche la cooperazione giudiziaria. L'armonizzazione delle normative penali mira in primo luogo ad evitare che i criminali, liberi di muoversi all'interno dell'Unione europea, possano scegliere i luoghi dove stabilire le proprie attività in base al tipo di giurisdizione (ponendo quindi in essere una forma di *forum jurisdiction* e determinando il cosiddetto "effetto delaware" verso taluni Stati³⁵²), e ad evitare discriminazione fra i cittadini europei. Allo stesso tempo si è più volte evidenziato come la potestà penale rappresenti la massima espressione della sovranità di uno Stato, ed è quindi facile comprendere per quale motivo gli Stati continuino a dimostrarsi restii ad accettare limitazioni del proprio potere in questo campo: tuttavia, di fronte al rafforzamento della criminalità in senso globale e transnazionale, la "gelosia" nazionale dovrebbe cedere il posto a considerazioni relative alla sicurezza ed alla repressione effettiva degli illeciti. Quale può essere allora il ruolo dell'Unione europea in tale contesto? Le iniziative intraprese a livello europeo nel campo penale hanno sempre sollevato critiche, soprattutto da parte della dottrina penalistica, preoccupata di salvaguardare il principio di legalità, interpretato quasi come una "riserva di fonte nazionale" nel diritto penale³⁵³. Nel delineare i rapporti fra diritto comunitario e diritto penale, occorre partire da una considerazione: gli Stati membri dell'Unione europea non hanno in alcun modo inteso trasferire o limitare la propria competenza in materia penale a favore della Comunità europea o dell'Unione europea, ovvero attribuire ad un soggetto sovranazionale la competenza normativa *diretta* in materia penale, così da configurare un diritto penale comunitario autonomo dal punto di vista della determinazione degli illeciti e delle sanzioni applicabili³⁵⁴. Tuttavia, il diritto comunitario può esercitare un'influenza

³⁵² Per "effetto delaware" si intende quel fenomeno verificatosi negli Stati Uniti, dove a causa della particolare permissività della disciplina societaria dello Stato del Delaware si è determinata una "corsa" a costituire società in tale Stato: l'espressione viene utilizzata in senso negativo, per descrivere una concorrenza fra giurisdizioni che punta al ribasso di certi standard minimi.

³⁵³ Così G. TESAURO, *Prefazione* a G. M. ARMONE et al., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano* cit., p. XIX.

³⁵⁴ Così F. MUNARI, C. AMALFITANO, *Il "terzo pilastro" dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive* cit., p. 774. Sull'assenza di una competenza penale "diretta" in capo alla Comunità europea cfr. fra gli altri C. VAN DEN WYNGAERT, *Droit pénal et Communautés Européennes*, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1982, p. 837 ss.; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti fra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 1 ss.; S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea: problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 1 ss. L'assenza di una competenza della Comunità in materia penale è

“indiretta o riflessa” sulle legislazioni penali nazionali, condizionando la costruzione del fatto tipico o della condotta vietata, mentre la scelta sanzionatoria resta comunque una prerogativa degli Stati membri, potendo il diritto europeo solo pretendere che le pene siano efficaci³⁵⁵. La prima forma di condizionamento del diritto penale da parte del diritto comunitario deriva dall’ordinario operare dei meccanismi giuridici che regolano i rapporti fra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo³⁵⁶. Così il combinarsi dei tre principi generali del diritto comunitario, vale a dire l’effetto diretto, il primato del diritto comunitario e il dovere di leale collaborazione degli Stati membri con le istituzioni comunitarie, comporta la “neutralizzazione” della normativa interna, ovvero la disapplicazione della stessa ad opera dei giudici nazionali (“effetto negativo”), quando in contrasto con le libertà garantite dal Trattato istitutivo della Comunità europea³⁵⁷. Anche la Corte di giustizia ha più volte sancito che, pur restando la legislazione penale sostanziale e processuale in linea di principio riservata agli Stati, essa non può limitare le libertà garantite dal diritto comunitario³⁵⁸.

Il diritto comunitario può però anche dispiegare un “effetto positivo” sul diritto penale nazionale, attraverso l’integrazione di quest’ultimo ad opera del primo. Tale integrazione si deve soprattutto all’emersione a livello europeo di nuovi interessi da tutelare, determinando così l’applicabilità delle figure criminose codificate a livello

stata affermata anche dalle istituzioni comunitarie, cfr. Commissione, *Ottava relazione generale sull’attività delle Comunità europee nel 1974*, Bruxelles-Lussemburgo, 1975, par.145, p. 90; Parlamento europeo, documenti di seduta, doc. 531-76 del 2 febbraio 1977, *Relazione presentata a nome della commissione giuridica sulla correlazione fra diritto comunitario e il diritto penale* (relatore: P. De Keersmaecker), in *Rivista di diritto europeo*, 1977, p. 195 ss.

³⁵⁵ In questi termini L. FEROLA, *La cooperazione giudiziaria in materia penale: origine, problemi e prospettive*, in *Rivista di diritto europeo*, 1999, p. 65.

³⁵⁶ G.GRASSO, *Introduzione: Diritto penale ed integrazione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 7, nonché la dottrina riportata *sub nota* 12.

³⁵⁷ Per un’analisi approfondita del fenomeno della “neutralizzazione” del diritto penale nazionale da parte del diritto comunitario per garantire le libertà fondamentali garantire dal sistema europeo cfr. M. DELMAS-MARTY, *Union européenne ed droit pénal*, in *Cahier de droit européen*, 1997, p. 610 ss.

³⁵⁸ In questo senso cfr. Corte di Giustizia, causa 186/87, *Ian William Cowan c. Tesor Public*, in *Racc.* 1989, p. 195 ss., par. 19; causa 203/80, *Procedimento penale a carico di Guerrino Casati*, in *Racc.* 1981, p. 2595 ss., par. 27. La Corte di Giustizia ha anche affermato il dovere del giudice nazionale di disapplicare norme interne di natura penale quando contrastino con disposizioni comunitarie aventi efficacia diretta: cfr. Corte di Giustizia, causa 87/77, *Ministro della pesca c. C.A. Schonenberg e altri*, in *Racc.* 1978, p. 473 ss., par. 16; causa C-193/94, *Procedimenti penali a carico di Sofia Skanavi e Konstantin Chryssanthakopoulos*, in *Racc.* 1996, p. I-929 ss., par. 17.

nazionale a condotte che colpiscono interessi non prettamente nazionali³⁵⁹. L'esempio classico di questo fenomeno è rappresentato dalla protezione del bilancio comunitario. Il Trattato di Maastricht, prima, e quello di Amsterdam, successivamente, hanno fornito una precisa base giuridica all'azione dell'Unione europea per la repressione di quelle condotte - in primo luogo frode e corruzione - in grado di ledere direttamente gli interessi finanziari della Comunità³⁶⁰. Nella vigenza di Maastricht, gli Stati membri hanno concluso, ai sensi dell'art. K.3, la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (Convenzione PIF)³⁶¹, cui sono seguiti due protocolli, il primo del 1996 volto a sanzionare la corruzione di funzionari europei, il secondo del 1997 sulla responsabilità delle persone giuridiche, la confisca e il riciclaggio, nonché la cooperazione fra Stati membri e Commissione per la tutela degli interessi finanziari comunitari³⁶². La Convenzione PIF procede all'unificazione fra gli Stati membri dell'Unione europea della definizione di frode ai danni degli interessi finanziari della Comunità (art. 1), e obbliga gli Stati a punire i comportamenti che rientrino nelle condotte tipizzate con "sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno, nei casi di frode grave, pene privative della libertà che possono comportare l'extradizione" (art. 2)³⁶³. Il protocollo del 1996, invece, introduce a carico degli Stati l'obbligo di incriminare le condotte di corruzione commesse da e nei

³⁵⁹ La dottrina ha proposto diverse categorizzazioni dei beni giuridici la cui tutela si inserisce nel processo di integrazione europea: così si può distinguere fra beni giuridici propriamente sovranazionali, e beni nazionali la cui tutela è necessaria per la costruzione europea (R. SICURELLA, *La tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo* cit. p. 254 ss.

³⁶⁰ Così l'art K.1 del Trattato di Maastricht indicava la lotta contro la frode internazionale come questione di interesse comune, mentre il successivo Trattato di Amsterdam ricomprende fra le forme di criminalità da prevenire e reprimere al fine dell'instaurazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la frode e la corruzione (art. 29 TUE). Inoltre l'art. 280 TCE, compreso fra le disposizioni finanziarie, prevede che la Comunità e gli Stati membri adottino misure per combattere la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari della Comunità stessa: tali misure, che devono essere dissuasive ed efficaci, non possono però riguardare l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri (art. 280, par. 4, TCE).

³⁶¹ Convenzione del 26 luglio 1995 sulla tutela degli interessi finanziari della Comunità europea, in *GU* n. C 316 del 27 novembre 1995, p. 49 ss., entrata in vigore il 17 ottobre 2002.

³⁶² Protocollo del 27 settembre 1996 sulla Convenzione per la tutela degli interessi finanziari della Comunità europea, in *GU* n. C 313 del 23 ottobre 1996, p. 2 ss., in vigore dal 17 ottobre 2002; Secondo Protocollo alla Convenzione per la tutela degli interessi finanziari della Comunità europea, in *GU* n. C 221 del 19 luglio 1997, p. 12 ss., non ancora in vigore.

³⁶³ Sulla Convenzione PIF cfr. L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale* cit., p. 144 ss.; M. DELMAS-MARTY, *Union européenne et droit pénal* cit., p. 639 ss.

confronti di funzionari delle istituzioni comunitarie e dei funzionari degli Stati membri, quando ne derivi un pregiudizio per le finanze comunitarie: in particolare, viene adottato il metodo dell'*assimilazione*, ovvero si prevede l'obbligo di estendere la disciplina interna sulla corruzione (attiva e passiva) ai casi in cui i funzionari appartengano alle istituzioni comunitarie³⁶⁴. Data la rilevanza autonoma della protezione degli interessi finanziari della Comunità, la Commissione europea nel 1996 ha affidato ad un gruppo di esperti il compito di elaborare alcuni principi fondamentali in materia di tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea nel quadro di uno spazio giudiziario europeo, da cristallizzare nel cosiddetto *Corpus juris*, contenente disposizioni penali di diritto sostanziale e procedurale, per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea³⁶⁵.

Con il Trattato di Amsterdam, il ravvicinamento è divenuto una delle modalità di cooperazione che, insieme alla cooperazione giudiziaria e di polizia, concorre alla creazione di uno spazio giudiziario europeo³⁶⁶. L'art. 31 TUE elenca le azioni che l'Unione europea deve intraprendere per lo sviluppo della cooperazione giudiziaria in materia penale: insieme alla facilitazione e l'accelerazione della cooperazione fra i ministeri o le autorità giudiziarie competenti, alla facilitazione dell'extradizione ed alla prevenzione dei conflitti di giurisdizione fra gli Stati membri, alla lett. e) viene indicata anche la progressiva adozione di norme minime, in riferimento sia agli elementi costitutivi dei reati che alle relative sanzioni. Lo stesso trattato ha poi introdotto uno

³⁶⁴ Sull'assimilazione quale tecnica di tutela dei beni giuridici comunitari cfr. R. SICURELLA, *La tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea* cit., p. 286 ss.; M. DELMAS-MARTY, *Union européenne ed droit pénal* cit., p. 630 ss.

³⁶⁵ Su cui cfr. G. GRASSO, R. SICURELLA, *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003; M. DELMAS - MARTY (a cura di), *"Corpus Juris" portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers del'Union européenne*, Parigi, 1997.

³⁶⁶ Sulla rilevanza autonoma del ravvicinamento come forma di cooperazione nel quadro dell'Unione europea cfr. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations* cit., Bruxelles, 2004, p. 177 ss.; D. FLORE, *Une justice pénale européenne après Amsterdam*, in *Journal des tribunaux*, n° 60, giugno 1999, p. 122; D. SORASIO, *Reconnaissance mutuelle, rapprochement des législation et coopération*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (ed.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspective*, Bruxelles, 2002, p. 289 ss. L'armonizzazione delle normative penali mira in primo luogo ad evitare che i criminali, liberi di muoversi all'interno dell'Unione europea, possano scegliere i luoghi dove stabilire le proprie attività in base al tipo di giurisdizione (ponendo quindi in essere una forma di *forum jurisdiction*), ed inoltre ad evitare discriminazione fra i cittadini europei.

strumento *ad hoc* per procedere a tale armonizzazione, ovvero la decisione-quadro³⁶⁷. L'art. 31 TUE fornisce un'ulteriore base per il ravvicinamento delle legislazioni interne, laddove alla lett. c) prevede che l'azione dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria miri alla "compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri" al fine di migliorare la collaborazione fra gli stessi. Quest'ultima disposizione permette dunque di procedere all'armonizzazione nel quadro del terzo pilastro anche del diritto penale processuale al fine di facilitare la cooperazione fra gli Stati membri. Non sono molti gli strumenti adottati nel terzo pilastro che mirano al ravvicinamento del diritto penale procedurale: all'esigenza di garantire uguali diritti procedurali ai soggetti coinvolti in procedimenti penali rispondono la decisione-quadro del Consiglio del 15 marzo 2001 sulla posizione della vittima nel procedimento penale³⁶⁸ e la proposta di decisione-quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea³⁶⁹. Sembrano essere invece stati abbandonati i lavori per l'elaborazione di una decisione-quadro sull'applicazione del principio del *ne bis in idem*³⁷⁰.

³⁶⁷ Ciò ha permesso una razionalizzazione degli strumenti adottati in seno al terzo pilastro dell'Unione europea: mentre nella vigenza del Trattato di Maastricht si ricorreva in maniera indiscriminata a convenzioni o azioni comuni volte all'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, dopo Amsterdam l'obiettivo del ravvicinamento viene perseguito solo tramite decisioni-quadro (v. per esempio la decisione-quadro 2000/382/GAI del 29 maggio 2000, relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, in *GU* n. L 140 del 14 giugno 2000, p. 1 ss.; la decisione-quadro 2002/476/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo, in *GU* n. L 164 del 22 giugno 2002, p. 3 ss; la decisione-quadro del Consiglio del 27 gennaio 2003 relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, in *GU* n. L 29 del 5 febbraio 2003, p. 55 ss.), mentre tramite decisioni sono state istituite strutture specifiche per la cooperazione come la già citata Eurojust (R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea* cit, p. 118, *sub* nota 197).

³⁶⁸ In *GU* n. L 82 del 22 marzo 2001, p. 1 ss.

³⁶⁹ COM/2004/0328 def. Scopo della decisione-quadro proposta, che non è mai stata adottata, era quello di stabilire norme minime comuni applicabili nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, fra cui alcuni diritti elementari quali il diritto all'assistenza legale e il diritto di comprendere la "natura e i motivi dell'accusa", da cui deriva il diritto alla traduzione di documenti e l'accesso ad un interprete nel caso in cui l'imputato non comprenda la lingua in cui si svolge il processo. Nel 2007 la presidenza tedesca dell'Unione europea ha presentato una proposta di decisione in materia di diritto e procedura penale, anch'essa mirante a garantire una tutela minima con riguardo alle stesse problematiche individuate dalla decisione-quadro del 2004, ovvero il diritto dell'imputato a essere informato dei suoi diritti, il diritto all'assistenza legale e il diritto all'interprete e alla traduzione dei documenti. Pur trattandosi di garanzie minime già previste dalla gran parte degli ordinamenti degli Stati membri, questi sembrano restii ad accettare un intervento dell'Unione europea in tale settore.

³⁷⁰ Alcuni autori riconducono fra gli strumenti del terzo pilastro che mirano all'armonizzazione processuale anche la decisione-quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato: tuttavia occorre rilevare che tale strumento interviene a livello di diritto

Una volta delineate le caratteristiche del processo di armonizzazione delle legislazioni penali nel quadro dell'Unione europea, si può procedere ad analizzare il rapporto che esiste fra ravvicinamento e cooperazione giudiziaria in materia penale.

In primo luogo, appare evidente che l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali facilita la cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea, in quanto permette di superare l'ostacolo della doppia incriminazione³⁷¹, che abbiamo detto essere uno dei principi che regola la collaborazione internazionale penale³⁷². Il collegamento funzionale fra ravvicinamento e cooperazione giudiziaria emerge anche da una lettura sistematica delle disposizioni del Titolo VI TUE: l'armonizzazione delle norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni - con riferimento alla criminalità organizzata, al terrorismo e al traffico di droga - prevista dall'art. 31, lett. e, TUE, è infatti da ricondurre nel più ampio quadro dell'azione comune svolta dall'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale. La funzionalità del ravvicinamento alla cooperazione giudiziaria potrebbe quindi apparire come un limite all'armonizzazione dei sistemi penali nazionali, cui si dovrebbe procedere solo "ove necessario", come previsto dall'art. 29 TUE³⁷³.

Il collegamento funzionale fra ravvicinamento dei sistemi penali nazionali e cooperazione giudiziaria è evidenziato da gran parte della dottrina, in particolare con

sostanziale, al fine di armonizzare le discipline interne relative alla confisca, così da facilitare la cooperazione giudiziaria (in questo senso cfr. G. IUZZOLINO, *L'armonizzazione della confisca*, in G. M. ARMONE et al., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano* cit., p. 354), ed in particolare l'esecuzione degli ordini di confisca nel territorio europeo (oggetto, a sua volta, della decisione-quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, su cui v. *infra*, par. 6.2.).

³⁷¹ In questo senso cfr. G. DE KERCHOVE, *L'Europe Pénale: Bilan et Perspectives*, in A. MOORE (ed.), *Police and Judicial Co-operation in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge, 2004, p. 343 ss.

³⁷² V. *supra*, Cap I.

³⁷³ In questo senso cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea* cit., p. 122 ss, che però sottolinea anche l'ambiguità del Trattato sull'Unione europea, il quale differenziando fra armonizzazione delle normative applicabili negli Stati membri al fine di migliorare la cooperazione ex art. 31, lett. c), TUE, e armonizzazione ex art. 31, lett. e), TUE, sembra attribuire a quest'ultima forma di ravvicinamento un ruolo più incisivo della sola facilitazione della cooperazione: a tal proposito può rilevarsi che il ravvicinamento ex art. 31, lett. e), TUE riguarda solo alcune forme di criminalità (anche se, come si è detto, il riferimento alla lotta contro la criminalità organizzata conduce ad un ampliamento delle fattispecie criminose), mentre nel caso ex art. 31, lett. c), TUE, la compatibilità delle normative al fine della cooperazione giudiziaria non incontra limiti *ratione materiae*.

riferimento allo sviluppo del principio del riconoscimento reciproco³⁷⁴. Ci sembra tuttavia possibile individuare diverse forme di ravvicinamento, cui corrispondono differenti obiettivi. In primo luogo, quando l'armonizzazione delle discipline penali nazionali mira alla tutela di interessi sovranazionali (es. bilancio comunitario), è evidente che essa assume una funzione del tutto autonoma rispetto alla cooperazione giudiziaria fra Stati. Quando invece il ravvicinamento mira a proteggere interessi nazionali da determinate forme di criminalità a carattere transnazionale, esso assume una valenza complementare rispetto alle altre forme di cooperazione giudiziaria previste dal Titolo VI del TUE al fine dell'istituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia³⁷⁵: in tale contesto l'armonizzazione dovrebbe essere limitata alle forme di criminalità previste dall'art. 31, lett. e), TUE (criminalità organizzata, terrorismo, traffico di droga). Del tutto funzionale alla facilitazione della cooperazione giudiziaria penale fra gli Stati al fine di proteggere beni giuridici nazionali dalla criminalità in generale, favorita dal venir meno delle frontiere interne, dovrebbe invece essere l'armonizzazione attuata ai sensi dell'art. 31, lett. c), TUE, il quale costituirebbe la base giuridica per favorire la compatibilità delle normative penali nazionali senza limiti *ratione materiae*, tenendo ovviamente conto del generale principio di sussidiarietà che governa l'azione dell'Unione europea.

6. La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea: dalla mutua assistenza al mutuo riconoscimento

Il principio del mutuo riconoscimento nasce e si sviluppa nell'ambito del primo pilastro dell'Unione europea, in riferimento alla libera circolazione delle merci. Esso muove dal presupposto che in assenza di una armonizzazione fra gli Stati membri della Comunità

³⁷⁴ Oltre agli autori citati nelle note precedenti, nel senso che il ravvicinamento facilita la cooperazione fra Stati cfr. D. FLORE, *Droit pénal matériel et Union européenne*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH, *Quelles réformes pour l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2003, p. 69; A. WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne: mise en perspective*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne : Mutual recognition of judicial decisions in the penal field within the European Union*, 2001, Bruxelles, p. 61 ss.; L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione europea* cit., p. 3537.

³⁷⁵ Nel senso del ravvicinamento quale forma complementare di cooperazione, cfr. C. AMALFITANO *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea* cit, p. 184 ss., nonché la dottrina citata *sub* nota 144.

europea delle legislazioni nazionali relative alle condizioni di commercializzazione, pretendere che i prodotti importati, a parità di livello di protezione dell'utilizzatore, rispettino esattamente le stesse specifiche tecniche richieste ai prodotti nazionali o che debbano essere sottoposti a nuovi controlli, pur avendo già superato quelli - equivalenti - richiesti nel paese d'origine, costituirebbe un limite alla libera circolazione delle merci nel territorio europeo³⁷⁶. Il principio del mutuo riconoscimento quale alternativa all'armonizzazione delle legislazioni nazionali è stato compiutamente elaborato dalla Corte di Giustizia in relazione alla circolazione intracomunitaria delle merci nel famoso caso *Cassis de Dijon*³⁷⁷, ed è stato successivamente esteso alla libera circolazione delle persone e dei servizi³⁷⁸. L'idea di utilizzare tale criterio anche in materia penale fu avanzata per la prima volta dalla delegazione inglese³⁷⁹ durante il Consiglio europeo di Cardiff del 1998, per poi essere definitivamente consacrata a Tampere nel 1999, quando, come si è visto, si attribuì al reciproco riconoscimento il ruolo di “pietra angolare” della cooperazione giudiziaria sia civile che penale³⁸⁰, preso atto

³⁷⁶ G. TESAURO, *Diritto comunitario* cit., p. 426 ss. Da tale principio deriva inoltre che sono ammesse solo quelle restrizioni giustificate da esigenze imperative, quali l'efficacia dei controlli fiscali, la tutela della salute, la difesa dei consumatori o la tutela dell'ambiente.

³⁷⁷ Corte di Giustizia, causa 120/78, *Rewe Zentrale (Cassis de Dijon)*, in *Racc.* 1979, p. 649 ss. La causa aveva ad oggetto la compatibilità con l'art. 28 TCE sul divieto di restrizioni alle importazioni di una normativa nazionale (tedesca) che fissava un limite minimo di contenuto alcolico affinché certe bevande potessero essere commercializzate come alcolici o liquori. I giudici europei, pur ribadendo che in assenza di un'armonizzazione fra le legislazioni nazionali, spettò ai singoli Stati disciplinare le condizioni di commercializzazione, tuttavia affermò che possono ammettersi limitazioni alla libera circolazione derivanti da disparità normative solo quando ciò risponda ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori (punto 8).

³⁷⁸ Con riferimento alle persone, il principio del riconoscimento reciproco è stato applicato ai titoli di studio e alla libera circolazione dei professionisti, anche attraverso l'emanazione di una serie di direttive sul mutuo riconoscimento dei diplomi, mentre nel settore dei servizi esso è giunto alla sua massima evoluzione nella cosiddetta “direttiva Bolkestein” (direttiva 2006/123/CE, in *GU* n. L 376 del 27 dicembre 2006), ove si parla di mutuo riconoscimento “rafforzato” per indicare il criterio dell'applicazione del principio del paese d'origine ai prestatori di servizi che svolgano la loro attività in un altro Stato membro.

³⁷⁹ L'iniziativa inglese fu accolta con sospetto, non solo per le perplessità sollevate dall'estensione di un principio nato e sviluppatosi in campo economico al settore della giustizia, ma anche per la loro elaborazione da parte di un paese - il Regno Unito - considerato “ostile” a qualsiasi forma di armonizzazione (G. DE KERCHOVE, *L'Europe Pénale: Bilan et Perspectives* cit., p. 339 ss.).

³⁸⁰ Per quanto riguarda la cooperazione in materia civile, già il Trattato di Roma prevedeva all'art. 220 TCE (ora 293) che gli Stati membri avviassero negoziati tesi a favorire “la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali”, e su tale base fu conclusa nel 1968 a Bruxelles la Convenzione sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale. Sull'evoluzione della cooperazione giudiziaria in materia civile fra gli Stati membri dell'Unione europea cfr. M. FRIGO, L.

dell'inadeguatezza dei metodi di cooperazione attuati fino a quel momento e fondati per lo più sulla semplificazione degli strumenti multilaterali già esistenti. L'operatività di tale principio di fonda sull'idea che “nonostante un altro Stato possa non trattare una specifica questione in maniera uguale o simile a quella dello Stato stesso, la decisione adottata sarà tale da essere accettata come equivalente alla decisione che avrebbe adottato lo Stato interessato. La reciproca fiducia, non solo nell'adeguatezza della normativa dei propri partner, bensì anche nella corretta applicazione di tale normativa, è un fattore importante del riconoscimento reciproco”³⁸¹. Per quanto riguarda i rapporti fra mutuo riconoscimento delle decisioni e ravvicinamento delle normative interne, è evidente che la reciproca fiducia posta alla base del mutuo riconoscimento può essere agevolata dall'armonizzazione delle legislazioni nazionali. Sull'onda forse dell'entusiasmo verso la nuova tecnica di cooperazione si è giunti ad affermare che il principio del mutuo riconoscimento renderebbe il ravvicinamento superfluo³⁸². Appare evidente che nei settori in cui detto principio trova già applicazione, il ravvicinamento delle discipline interne sarebbe superfluo, in quanto si presuppone che già vi sia una fiducia reciproca fra gli Stati membri: tuttavia, ove non vi sia una base comune fra i diversi ordinamenti, e considerando le numerose divergenze che possono verificarsi in una Europa a 27, non sembra che il riconoscimento reciproco delle decisioni possa svilupparsi a prescindere da qualsiasi armonizzazione delle normative interne, almeno con riferimento a principi fondamentali del sistema penale³⁸³.

FUMAGALLI, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Padova, 2003, p. 1 ss., e la dottrina ivi indicata.

³⁸¹ Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo. Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale, COM (2000) 495 def., p. 4.

³⁸² In questo senso cfr. Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo cit., p. 4.

³⁸³ Nel senso che una certa armonizzazione delle legislazioni nazionali penali sia comunque necessaria per l'operatività del riconoscimento reciproco cfr. A. WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne: mise en perspective* cit., p. 56 ss.; G. DE KERCHOVE, *La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne* cit., p. 116; S. PEERS, *Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got it Wrong ?*, in *Common Market Law Review*, vol. 41, 2004, p. 20. La facilitazione del riconoscimento delle decisioni fra gli Stati membri diventerebbe così il limite entro cui l'Unione europea potrebbe legittimamente adottare misure tese al ravvicinamento dei sistemi penali nazionali. Assai critica è invece la posizione di quella parte della dottrina che sottolinea la necessità di far precedere al mutuo riconoscimento il ravvicinamento delle legislazioni nazionali: pur ammettendo la validità delle elaborazioni sul mutuo riconoscimento quando vi siano in gioco bevande alcoliche o titoli di

Nel contesto del mercato unico, il principio del mutuo riconoscimento si è inizialmente affermato attraverso le pronunce della Corte di Giustizia, per poi essere esplicitato ed applicato a fattispecie specifiche attraverso l’emanazione di direttive. In ambito penale il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie si è affermato attraverso le decisioni-quadro. Tale strumento è destinato a mutare le forme della cooperazione giudiziaria penale all’interno dell’Unione europea, andando a sostituire il tradizionale modello delle convenzioni. L’applicazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie attraverso le decisioni-quadro introduce una serie di novità nelle procedure di cooperazione. In primo luogo, vi è un cambiamento terminologico dovuto al nuovo tipo di cooperazione che si instaura fra gli Stati membri: non vi saranno più uno Stato richiesto e uno richiedente (come nelle tradizionali forme di collaborazione internazionale), ma uno Stato di emissione (del provvedimento da riconoscere) e uno Stato di esecuzione. Dal punto di vista strettamente procedurale, con la nuova forma di cooperazione si supera la classica modalità di esecuzione in forma “indiretta”, ovvero tramite una procedura di *exequatur* o conversione del provvedimento straniero in una decisione nazionale che, anche quando si limita a riproporre il contenuto dell’atto straniero, costituisce comunque un titolo autonomo³⁸⁴. Le nuove procedure, poi, mirano alla completa “giudiziarizzazione” della cooperazione internazionale, ovvero alla gestione completa del rapporto da parte delle autorità giudiziarie territoriali, senza alcun intervento dell’esecutivo, eliminando così la fase politico-amministrativa tradizionalmente presente nelle procedure di estradizione e rogatorie³⁸⁵. L’eliminazione di ogni discrezionalità politica, e della conseguente

diploми, il medesimo ragionamento non può applicarsi in aree connesse alla libertà personale, come nel caso del mandato d’arresto (U. DRAETTA, *Diritto dell’Unione europea e principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico* cit., p. 148).

³⁸⁴ Sul punto, cfr. G. LUZZOLINO, *Il mandato d’arresto europeo nella prospettiva del reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, relazione all’incontro di studio sul tema: Cooperazione giudiziaria europea: dall’extradizione al mandato d’arresto europeo, Roma, 10-12 novembre 2003, disponibile sul sito www.csm.it, p. 6. Tuttavia, la prassi relativa al mandato d’arresto rivela che l’esecuzione diretta del provvedimento straniero risulta impossibile, essendo necessario l’intervento dell’autorità giudiziaria dello Stato cui è richiesta la consegna al fine di valutare quanto meno se l’atto è stato emesso da un’autorità competente.

³⁸⁵ Cfr., nell’ordinamento italiano, art. 697 c.p.p. sull’extradizione per l’estero, e art. 720 c.p.p. sull’extradizione dall’estero, nonché art. 723 c.p.p. relativamente all’esecuzione di rogatorie dall’estero, e art. 727 c.p.p. per le rogatorie all’estero. In tal modo si configura un sistema cd. del “doppio binario”, ove le competenze nel settore della cooperazione internazionale sono condivise fra autorità politica (il Ministro di Giustizia) e autorità tecnica (il procuratore generale e la Corte di Appello competenti).

incertezza, è perseguita anche tramite la predeterminazione dei motivi di rifiuto di dare esecuzione al provvedimento straniero.

Venendo ora ad esaminare gli atti adottati dall'Unione europea per dare attuazione al principio del reciproco riconoscimento, occorre preliminarmente ricordare che il Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali del 2000 prevedeva la sua applicazione a diversi tipi di decisioni, ed in particolare - e qui sta la vera novità - oltre alle decisioni conclusive di un procedimento penale o quelle emesse successivamente alla condanna, anche alle decisioni cosiddette "pré-sentencielles", ovvero relative a misure cautelari o istruttorie, che possono essere emesse anche durante la fase delle indagini. Seguendo quindi le indicazioni del Programma, dal 2002 in poi sono state adottate una serie di decisioni-quadro relative sia al campo delle procedure *in personam*, che delle procedure *in rem*. Il primo atto che ha dato attuazione al principio del riconoscimento reciproco delle decisioni penali è la già citata decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo del 2002, relativa quindi ad una procedura *in personam*, e che prevede la consegna dell'individuo o per l'esercizio dell'azione penale, o per l'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privativa della libertà personale.

La più volte menzionata attenzione dell'Unione europea alla moderna fenomenologia della criminalità, concentrata sulla massimizzazione del profitto e sul reimpiego dei proventi illeciti, soprattutto in giurisdizioni diverse da quelle ove i reati presupposto sono stati commessi, ha condotto all'elaborazione e all'adozione di numerose decisioni-quadro nel campo delle decisioni *in rem*³⁸⁶. Le decisioni-quadro finora adottate con riferimento alle procedure *in rem* possono essere così sistematizzate:

- esecuzione di provvedimenti provvisori: decisione-quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni, di sequestro probatorio e di sequestro preventivo nell'Unione europea³⁸⁷;
- esecuzione di decisioni definitive: decisione-quadro del Consiglio 2005/214/GAI del 24 febbraio 2005 relativa all'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle sanzioni pecuniarie; decisione-quadro del Consiglio 2006/783/GAI del 6 ottobre 2006

³⁸⁶ Così G. IUZZOLINO, *Il mandato d'arresto europeo nella prospettiva del reciproco riconoscimento delle decisioni penali* cit., p. 4.

³⁸⁷ In *GU* n. L 196 del 2 agosto 2003, p. 45 ss.

relativa all'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle decisioni di confisca³⁸⁸; la recente decisione-quadro 2008/675/GAI del 24 luglio 2008 relativa considerazione delle decisioni di condanna tra gli Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale³⁸⁹;

- esecuzione di decisioni a fini probatori: proposta di decisione-quadro COM/2003/270 relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali.

Numerose sono le iniziative sorte negli ultimi anni per estendere l'applicazione del principio del riconoscimento reciproco nel settore penale, fra cui si segnala la proposta di decisione-quadro del Consiglio del 29 agosto 2006 sull'ordinanza cautelare europea nel corso delle indagini preliminari tra gli Stati membri dell'Unione europea³⁹⁰.

Alla fine del 2008 sono state invece adottati due atti molto importanti al fine dell'estensione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni definitive emesse negli Stati membri (rientranti quindi nella seconda categoria fra quelle sopra individuate), vale a dire la decisione-quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea³⁹¹, e la decisione-quadro 2008/947/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive³⁹². Scopo di tali atti, cui gli Stati membri dovranno adattare i propri ordinamenti entro la fine del 2011, è quello, da una parte, di favorire il reinserimento sociale del condannato attraverso l'esecuzione della condanna o la sorveglianza degli obblighi correlati alla

³⁸⁸ Rispettivamente in *GU* n. *L* 76 del 22 marzo 2005, p. 16 ss, e in *GU* n. *L* 328 del 24 novembre 2006, p. 59 ss.

³⁸⁹ In *GU* n. *L* 220 del 15 agosto 2008, p. 32 ss. Obiettivo della decisione-quadro, cui gli Stati membri dovranno conformarsi entro il 2010, non è quello di armonizzare le legislazioni nazionali relativamente alle conseguenze da attribuire all'esistenza di condanne precedenti (es. ai fini della recidiva), ma quello di equiparare il trattamento delle sentenze di condanna emesse in uno Stato membro a quelle nazionali, qualunque sia l'effetto che l'ordinamento attribuisce ai giudicati precedenti. Per un primo commento cfr. E. SELVAGGI, *Con la "presa in considerazione" stessi effetti di precedenti sentenze*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario ed internazionale*, settembre-ottobre 2008, p. 29 ss.

³⁹⁰ COM(2006) 468 def.

³⁹¹ In *GU* n. *L* 327 del 5 dicembre 2008, p. 27 ss.

³⁹² In *GU* n. *L* 337 del 16 dicembre 2008, p. 102 ss.

sospensione condizionale della pena in uno Stato membro diverso da quello che ha emesso il provvedimento, e con cui il condannato presenti uno stretto collegamento (cittadinanza, residenza, luogo di lavoro); dall'altra, quello di migliorare il controllo del rispetto delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive (da intendersi - ex art. 2, n.5, della decisione-quadro 2008/947/GAI - quali sanzioni diverse da una pena detentiva, da una misura restrittiva della libertà personale o da una pena pecuniaria, che impongono un obbligo o impartiscono un'istruzione³⁹³) per impedire la recidiva, e proteggere quindi le vittime e il pubblico in generale³⁹⁴.

Entrambe le decisioni-quadro prevedono che la trasmissione dei provvedimenti, accompagnati da appositi certificati il cui format è allegato ai due atti del Consiglio, avvenga tramite autorità centrali designate dagli Stati membri, e che il riconoscimento e l'esecuzione della pena o della sorveglianza possa essere rifiutato solo per i motivi espressamente previsti (art. 9 decisione-quadro 2008/909/GAI e art. 11 decisione-quadro 2008/947/GAI). Per quanto riguarda la verifica del requisito della doppia incriminabilità, le decisioni-quadro fanno proprio il metodo della lista adottato nel mandato d'arresto europeo: per procedere al riconoscimento e all'esecuzione di una decisione di condanna per i reati in esse elencati, se puniti con una pena detentiva o una misura restrittiva della libertà personale per una durata non inferiore ai tre anni, non si dovrà dunque verificare la doppia punibilità della condotta ai sensi della legislazione dello Stato di emissione e di quello di esecuzione, mentre negli altri casi lo Stato di esecuzione potrà procedere a tale controllo³⁹⁵.

Le due recenti decisioni-quadro del Consiglio testimoniano la volontà degli Stati membri di perseguire il fine della creazione di un vero e proprio spazio giudiziario

³⁹³ Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, sembra rientrare nell'ambito di applicazione della decisione-quadro 2008/947/GAI la sola libertà controllata, prevista quale sanzione sostitutiva di pene detentive non superiori ad un anno, ai sensi dell'art. 53 della legge 689/1981 (nel caso di pena detentiva della durata entro il limite di due anni, il giudice può invece stabilire la sostituzione con la semidetenzione, mentre una pena detentiva entro sei mesi può essere sostituita con una pena pecuniaria).

³⁹⁴ Cfr. *considerandum* (8) della decisione-quadro 2008/947/GAI.

³⁹⁵ Tuttavia entrambe le decisioni-quadro prevedono la possibilità per gli Stati membri di formulare una dichiarazione per sottrarsi all'applicazione della disciplina relativa alla mancata verifica della doppia incriminabilità per i reati previsti nella lista: tale deroga, non prevista nel caso del mandato d'arresto, appare come un passo indietro nella cooperazione fra gli Stati membri, considerando che i reati elencati corrispondono a quelli la cui gravità dovrebbe essere ormai condivisa, e in relazione ai quali sono stati adottati anche provvedimenti di armonizzazione sostanziale.

europeo in cui le decisioni penali possano circolare facilmente, sulla scia di quanto è avvenuto per la giustizia civile.

6.1. La cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea per neutralizzare i proventi della criminalità organizzata: la decisione-quadro sul blocco o sequestro dei beni a fini probatori o di confisca

Il secondo atto normativo adottato nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea che prevede l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle decisioni giudiziarie, dopo il mandato d'arresto europeo, è la decisione-quadro relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio del 2003³⁹⁶. Tale atto ha aperto la strada ad una serie di provvedimenti adottati dall'Unione europea in materia di sequestro e confisca di beni, il cui scopo è quello di neutralizzare il reimpiego da parte della criminalità organizzata dei proventi delle proprie attività illecite.

La decisione-quadro sul blocco o sequestro dei beni è destinata a mutare radicalmente le forme tradizionali di assistenza giudiziaria in vigore fra gli Stati membri dell'Unione europea. Come la decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo ha sostituito la forma classica di cooperazione nella materia dell'extradizione, così la decisione-quadro sul blocco o sequestro dei beni vuole superare la tradizionale forma di assistenza tramite rogatoria, come regolata dagli strumenti internazionali in vigore per gli Stati membri dell'Unione, fra cui in primo luogo la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959³⁹⁷. Oggetto della decisione-quadro è l'esecuzione nel territorio di uno Stato membro di provvedimenti di blocco o di sequestro, ovvero atti adottati “da un'autorità giudiziaria competente dello Stato di emissione per impedire provvisoriamente ogni operazione volta a distruggere, trasformare, spostare, trasferire o

³⁹⁶ Per un'analisi della decisione-quadro cfr. G. IZZOLINO, *Il congelamento dei beni da sottoporre a sequestro o confisca*, in G. M. ARMONE et al., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano* cit., p. 29 ss.; L. CAMALDO, *Sequestro probatorio e confisca dei beni nell'Unione europea*, in *La rivista del Consiglio*, n. 1, 2004, p. 75 ss. Nella versione inglese, si parla di “orders freezing property or evidence”: tuttavia, il termine “congelamento” in Italia si ricollega ai provvedimenti amministrativi adottati nella lotta al finanziamento del terrorismo (su cui v. *infra* Cap. III), perciò si ritiene più opportuno parlare di blocco o sequestro.

³⁹⁷ Su cui v. *supra* Cap. I. Vi sono poi anche convenzioni settoriali che riguardano la materia del sequestro o confisca di beni, fra cui la convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato del 1990, su cui v. *infra*, Cap. III.

alienare beni che potrebbero essere oggetto di confisca o costituire una prova” (art. 2, lett. c).

Utilizzando la stessa tecnica del mandato d'arresto europeo, la decisione-quadro all'art. 3 elenca una serie di reati per i quali non occorre procedere alla verifica della doppia incriminazione per dare esecuzione al provvedimento statale, quando questi siano puniti nello Stato di emissione con una pena privativa della libertà personale di almeno tre anni.

La procedura per l'esecuzione si basa sulla trasmissione diretta fra le autorità giudiziarie dello Stato di emissione e quelle dello Stato di esecuzione (art. 4), e sull'obbligo per queste ultime di procedere senza che siano necessarie altre formalità (art. 5), a meno che non sussistano motivi di rifiuto o di rinvio previsti negli artt. 7 e 8 della decisione-quadro³⁹⁸. È interessante rilevare che l'art. 5, par. 1, prevede al secondo capoverso che nel caso di esecuzione di un provvedimento di blocco a fini probatori, lo Stato di esecuzione osserverà le formalità eventualmente richieste dallo Stato di emissione affinché la prova così ottenuta possa essere validamente utilizzata in quest'ultimo, ovviamente nei limiti in cui le modalità richieste siano compatibili con i principi fondamentali del paese di esecuzione. Il provvedimento verrà trasmesso insieme ad un certificato³⁹⁹ - il cui modello è allegato alla decisione-quadro - nel quale sarà indicata in particolare la localizzazione del bene: la procedura introdotta dalla decisione-quadro sul blocco o sequestro dei beni è infatti attivabile solo ove sia già nota l'ubicazione del bene da sottoporre al provvedimento, non essendo invece possibile richiedere alle autorità dello Stato membro di compiere ricerche⁴⁰⁰.

Al di fuori dei casi di rifiuto o di rinvio espressamente tipizzati, le autorità dello Stato membro di esecuzione devono attivarsi senza indugio, come se si trovassero di fronte ad un provvedimento nazionale (cd. regola dell'equivalenza). Più articolata è invece la disciplina relativa alla fase finale della procedura, ovvero alla decisione di trasferire il

³⁹⁸ Fra i motivi di non riconoscimento o di non esecuzione rientrano l'esistenza di immunità o privilegi, o la mancanza del requisito della doppia incriminazione qualora si tratti di reati non compresi nella lista ex art. 3; tuttavia, in materia fiscale, l'esecuzione del provvedimento non potrà essere rifiutata per il solo fatto che lo Stato di esecuzione non prevede lo stesso tipo di tasse o imposte.

³⁹⁹ Il certificato deve essere tradotto nella lingua ufficiale dello Stato di esecuzione; l'obbligo di traduzione non riguarda invece anche il provvedimento nazionale che dispone il blocco o sequestro.

⁴⁰⁰ A tale obiettivo risponde invece il cd. Mandato europeo di ricerca delle prove, su cui v. *infra*, par. 7.

bene nello Stato di emissione, al fine di utilizzarlo come prova o per confiscarlo. L'art. 10, par. 2, opera un rinvio, prevedendo che il trasferimento del bene avvenga "ai sensi delle norme applicabili all'assistenza giudiziaria in materia penale e delle norme applicabili alla cooperazione internazionale in materia di confisca". Ciò significa che la decisione sulla consegna di un bene sottoposto a provvedimento di blocco o sequestro a fini probatori verrà adottata ai sensi dell'art. 5 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959⁴⁰¹, mentre nel caso di confisca si applicherà la disciplina prevista dalla Convenzione europea sul riciclaggio, ricerca, sequestro e confisca dei proventi di reato del 1990. La particolarità del meccanismo previsto dalla decisione-quadro sta nel fatto di produrre due distinte fasi, delle quali la prima è caratterizzata dalla quasi automaticità della decisione di blocco e sequestro, che sfocerà in un provvedimento ablativo immediato, a carattere però provvisorio, in quanto solo nella seconda fase si decideranno le sorti del bene oggetto del provvedimento.

Gli Stati membri erano tenuti a conformarsi a quanto previsto dalla decisione-quadro entro il 2 agosto 2005. Come evidenziato dalla Commissione europea nella comunicazione relativa all'attuazione del programma dell'Aja per il 2007⁴⁰², dodici Stati membri non hanno ancora provveduto a comunicare le misure adottate per attuare la decisione-quadro. Per quanto riguarda l'Italia, la legge comunitaria 2007⁴⁰³ contiene la delega al governo per dare attuazione alla decisione-quadro relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio: l'Italia è quindi destinata ad adempiere agli obblighi europei con estremo ritardo.

6.2. Gli altri atti adottati nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea in materia di confisca

Uno dei provvedimenti adottati dal Consiglio dell'Unione europea in materia di mutuo riconoscimento delle decisioni penali è la decisione-quadro 2006/783/GAI del 6 ottobre

⁴⁰¹ Per i limiti previsti dall'art. 5 CEAG v. *supra*, Cap. I; la condizione della doppia incriminabilità potrà invece valere solo per i reati non compresi nella lista ex art. 3 della decisione-quadro.

⁴⁰² COM(2008) 373 definitivo del 2 luglio 2008.

⁴⁰³ L. 25 febbraio 2008, n. 34, in *GU* n. 56 del 6 marzo 2008. La legge comunitaria 2007 conferisce la delega al governo per dare attuazione anche alla decisione-quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, secondo i criteri ed i principi direttivi fissati nell'art. 31 (su cui cfr. M. CASTELLANETA, *Confisca estesa a beni intestati a terzi*, in *Guida al diritto*, aprile 2008, p. 105 ss.).

2006 sull'applicazione del principio del mutuo riconoscimento agli ordini di confisca⁴⁰⁴. Anche nel caso della confisca, i rapporti fra gli Stati membri si sono sempre fondati su strumenti internazionali tradizionali, quali la Convenzione di Vienna contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope del 1988 e la Convenzione di Strasburgo del 1990 sul riciclaggio, la ricerca il sequestro e la confisca dei proventi di reato⁴⁰⁵: convenzioni quindi settoriali e con ambito di applicazione più ampio del contesto europeo.

L'Unione europea era già intervenuta sulla materia della confisca con la decisione-quadro 2005/212/GAI⁴⁰⁶: nel primo considerando della decisione-quadro si afferma che “la motivazione fondamentale della criminalità organizzata transfrontaliera è il profitto economico. Un'efficace azione di prevenzione e lotta contro la criminalità organizzata deve pertanto concentrarsi sul rintracciamento, il congelamento, il sequestro e la confisca dei proventi di reato. Questo è tuttavia ostacolato tra l'altro dalle differenze tra le legislazioni in materia degli Stati membri”. Proprio al fine di armonizzare le relative discipline nazionali, la decisione-quadro del 2005 introduce l'obbligo a carico degli Stati membri di adottare le misure necessarie per poter procedere alla confisca di strumenti o proventi, o di beni equivalenti a questi ultimi (cd. “confisca di valore”), per tutti i reati puniti con una pena privativa della libertà personale superiore ad un anno (art. 2)⁴⁰⁷.

La decisione-quadro sul mutuo riconoscimento degli ordini di confisca rappresenta quindi il completamento del percorso intrapreso dall'Unione in questo settore: a differenza degli strumenti internazionali in vigore che disciplinano la cooperazione in materia di confisca con riferimento a specifici reati, la decisione-quadro del 2006 introduce fra gli Stati membri dell'Unione una procedura applicabile in generale. Anche con riferimento alla cooperazione a fini di confisca l'intervento dell'Unione europea è

⁴⁰⁴ In *GU* n. L 328 del 24 novembre 2006, p. 59 ss.

⁴⁰⁵ Su cui v. *infra*, Cap. III.

⁴⁰⁶ In *GU* n. L 68 del 15 marzo 2005, p. 50 ss. Nel 2001 è stata inoltre adottata la decisione-quadro 2001/500/GAI del 26 giugno 2001, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato (in *GU* n. L 182 del 5 luglio 2001, p. 1 ss.) con cui si impongono agli Stati membri dell'Unione europea obblighi relativi alla Convenzione di Strasburgo del 1990 (per un'analisi della decisione-quadro cfr. A. PIOLETTI, *Il riciclaggio*, in G. M. ARMONE et al., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano* cit., p. 169 ss.

⁴⁰⁷ Sulla decisione-quadro 2005/212/GAI v. *infra* Cap. III.

teso a superare il tradizionale modello delle richieste tramite rogatoria, a favore di una procedura gestita esclusivamente dalla autorità giudiziarie, in cui i motivi di rifiuto sono tassativamente elencati. Il mutuo riconoscimento si applica alle decisioni di confisca, da intendersi come un provvedimento finale o definitivo adottato da un'autorità giudiziaria a seguito di un procedimento penale⁴⁰⁸. L'autorità giudiziaria dello Stato di emissione trasmetterà il provvedimento di confisca corredato, anche in questo caso, da un certificato all'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, che nel caso di confisca di danaro sarà lo Stato membro ove vi è fondato motivo di ritenere che la persona fisica o giuridica contro la quale è stata emessa la decisione disponga di beni o di un reddito, altrimenti, nel caso di confisca di beni, lo Stato membro presso cui i beni sono ubicati (art. 4, par. 1). Nel caso in cui non sia possibile individuare uno Stato in cui il soggetto *target* del provvedimento abbia dei redditi, o dove sono ubicati beni specifici, il provvedimento potrà essere trasmesso allo Stato membro dove la persona fisica risiede abitualmente (o nel caso di società, nello Stato dove si trova la sede sociale). I beni che possono essere oggetto dei provvedimenti di confisca sono, in primo luogo, quelli strettamente connessi con il reato, ovvero costituenti lo strumento o il prodotto di questo. Possono essere confiscati altresì i beni individuati dall'art. 3 della decisione-quadro sull'armonizzazione della confisca, ovvero beni detenuti dal condannato ma riconducibili ad attività criminose *diverse* da quelle per cui è stata emessa la condanna. Infine, sempre in virtù dei poteri estesi di confisca previsti dalla decisione-quadro del 2005, sono confiscabili anche beni di persone fisiche o giuridiche aventi strette relazioni con la persona condannata: tuttavia, poiché vi è solo la facoltà per gli Stati di introdurre questo tipo di confisca, uno Stato membro che non la prevede potrà rifiutare l'esecuzione di un provvedimento di tal genere (art.7, par. 5, che prevede una comunicazione degli Stati membri sul punto). L'esecuzione del provvedimento di confisca dovrà avvenire senza particolari formalità, e potrà essere rifiutato solo nei casi previsti dall'art. 8, ovvero in caso di lacune del certificato, o per mancanza del requisito

⁴⁰⁸ Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la procedura sancita dalla decisione-quadro non potrà quindi applicarsi nel caso, ad esempio, di confisca disposta in un procedimento di prevenzione ex art. 2ter L. 575/65: sul punto (e in generale per un commento sulla decisione-quadro sul mutuo riconoscimento degli ordini di confisca) cfr. G. IZZOLINO, *Principio del mutuo riconoscimento esteso a tutti i proventi di reato*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario ed internazionale*, gennaio-febbraio 2007, p. 75.

della doppia incriminabilità, per i reati non compresi nell'elenco di cui all'art. 6⁴⁰⁹, o ancora per motivi che riguardano diritti di terzi. Non è invece ammesso il rifiuto dell'esecuzione del provvedimento di confisca nei confronti di una persona giuridica per il solo fatto che l'ordinamento dello Stato membro di esecuzione non riconosce la responsabilità penale degli enti (art. 12 par. 3). Nel caso in cui non vi siano ostacoli all'esecuzione, lo Stato membro richiesto procederà secondo le modalità previste dalla propria legislazione interna.

La decisione-quadro disciplina infine le modalità di *asset sharing*: nel caso di confisca di somme di denaro, lo Stato di esecuzione tratterà gli importi fino ad Euro 10.000, mentre per somme superiori è prevista il trasferimento del 50% allo Stato di emissione. Nel caso di confisca di beni, lo Stato di esecuzione provvederà a vendere il bene ed il ricavato verrà distribuito secondo le regole relative alla confisca di somme di danaro. Non sussiste invece l'obbligo per lo Stato di esecuzione di vendere o trasferire beni culturali.

Il termine entro cui gli Stati membri dovranno conformare i propri ordinamenti a quanto previsto dalla decisione-quadro sul mutuo riconoscimento degli ordini di confisca è il 24 novembre 2008.

7. L'assistenza giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea a fini probatori: dalla Convenzione del 2000 all'*evidence warrant*

L'assistenza giudiziaria in materia penale fra gli Stati membri dell'Unione è disciplinata da una serie di strumenti internazionali, alcuni dei quali si è già avuto modo di esaminare, che hanno dato origine ad un sistema normativo stratificato. La fonte di tale sistema è da individuarsi nell'art. 26, par. 3, della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 (CEAG)⁴¹⁰, ai sensi del quale gli Stati contraenti possono concludere tra loro accordi bilaterali o multilaterali nel settore dell'assistenza

⁴⁰⁹ Il par. 3 dell'art. 6 della decisione-quadro sul mutuo riconoscimento degli ordini di confisca prevede che, per i reati non compresi nell'elenco, lo Stato di esecuzione possa subordinare il riconoscimento e l'esecuzione della decisione di confisca alla condizione che i fatti che danno luogo alla stessa costituiscano un reato che, ai sensi della legislazione dello Stato di esecuzione, consente la confisca, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualifica dello stesso ai sensi della legislazione dello Stato di emissione.

⁴¹⁰ V. *supra*, Cap. I.

giudiziaria *solo* al fine di integrare la disciplina CEAG o facilitarne l'applicazione. L'art. 26, par. 3, CEAG accoglie la medesima soluzione formulata nell'art. 28, par. 2, della Convenzione europea di estradizione⁴¹¹. La ragione per limitare l'azione degli Stati che sono parti contraenti delle due convenzioni del Consiglio d'Europa è da ricondursi alla volontà degli Stati contraenti di far prevalere queste ultime su ogni altro strumento internazionale, già in vigore o che possa essere concluso, sulle medesime materie⁴¹², sul presupposto che le convenzioni concluse in seno al Consiglio d'Europa costituiscano lo strumento più avanzato di cooperazione internazionale nel settore penale. Ovviamente gli Stati contraenti restano liberi di sviluppare la collaborazione internazionale, seguendo le direttrici già poste dalle convenzioni del Consiglio d'Europa.

Nel contesto dell'integrazione europea, il primo intervento relativo alla materia dell'assistenza giudiziaria si è avuto con gli Accordi di Schengen, ed in particolare con la Convenzione di applicazione del 1990 i cui artt. 48-53 introducono meccanismi che mirano a facilitare la cooperazione fra gli Stati membri (si pensi al principio della trasmissione diretta fra autorità giudiziarie previsto nell'art. 53)⁴¹³. Per migliorare il sistema di assistenza giudiziaria fondato sulla CEAG (ed i Protocolli addizionali del 1978 e del 2001) e sulla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, nel 1998 è stata adottata dal Consiglio dell'Unione europea la già citata azione comune sulle buone prassi nell'assistenza giudiziaria in materia penale, ove si sottolineava la necessità di introdurre nuovi meccanismi per facilitare la collaborazione fra gli Stati

⁴¹¹ Il par. 2 dell'art. 28 della Convenzione europea di estradizione prevede che: “[t]he Contracting Parties may conclude between themselves bilateral or multilateral agreements only in order to supplement the provisions of this Convention or to facilitate the application of the principles contained therein”.

⁴¹² Council of Europe, *Explanatory report on the European Convention on Extradition*, sub art. 28. Sia la Convenzione europea di estradizione del 1957 che la Convenzione europea sulla mutua assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 regolano in maniera espressa i rapporti con gli strumenti giuridici internazionali regolanti le medesime materie. Giova ricordare che, in assenza di una previsione espressa, troverebbe applicazione l'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, che riguarda appunto l'applicazione di trattati successivi relativi alla stessa materia. In assenza di una esplicita previsione, nel caso in cui tutti gli Stati parte di un trattato anteriore (che non sia da considerarsi estinto o sospeso) siano parti contraenti di un trattato successivo, il primo continuerà ad applicarsi solo nella misura in cui le sue disposizioni siano compatibili con il trattato successivo. Nel caso in cui vi sia una divergenza soggettiva fra le parti contraenti del primo trattato e quelle del secondo, nei rapporti fra gli Stati che partecipano ad entrambi i trattati si applicherà la regola testé citata, ovvero la prevalenza dell'ultimo; nei rapporti invece fra uno Stato parte di entrambi gli accordi e uno Stato parte solo del primo, i reciproci diritti ed obblighi saranno regolati dal trattato del quale entrambi gli Stati sono parti.

⁴¹³ V. *supra*, Parte I, par. 2.

membri dell'Unione europea in particolare con riguardo a determinati aspetti (efficacia e speditezza).

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, e grazie anche all'impulso alla cooperazione in materia penale derivante dalle conclusioni di Tampere, il Consiglio dell'Unione si è dedicato, spinto anche dalla Commissione europea, all'adozione di nuovi strumenti sull'assistenza giudiziaria: così nel 2000 è stata adottata la Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, cui è seguito nel 2001 un Protocollo addizionale; parallelamente, il principio del mutuo riconoscimento ha trovato applicazione anche nel settore dell'acquisizione probatoria all'estero. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, occorre rilevare che la decisione-quadro 2003/577/GAI sul sequestro o blocco dei beni ha come obiettivo (anche) quello di evitare la dispersione o distruzioni di mezzi di prova, lasciando però la disciplina dell'eventuale trasferimento da uno Stato all'altro alle procedure di assistenza giudiziaria: proprio al fine di migliorare la cooperazione fra Stati membri nell'acquisizione probatoria, e per completare il percorso aperto dalla decisione-quadro sul blocco o sequestro dei beni, si è giunti all'elaborazione di una decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove per l'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, il cosiddetto *evidence warrant*.

Dal quadro fin qui tracciato degli strumenti relativi all'assistenza giudiziaria in materia penale a fini probatori in vigore fra gli Stati membri dell'Unione (anche se non per tutti in certi casi, come si dirà), emerge quindi l'esistenza di un certo *acquis* dell'Unione europea nel settore dell'acquisizione probatoria internazionale, destinato ad ampliarsi grazie anche all'estensione del principio del mutuo riconoscimento in questo settore⁴¹⁴.

Non può non rilevarsi che la coesistenza di più strumenti relativi alla cooperazione fra gli Stati membri dell'Unione europea in materia penale non contribuisce a chiarire il quadro dei rapporti instaurati in tale settore, che appare diviso fra strumenti tradizionali

⁴¹⁴ L'espressione è tratta da J. SPENCER, *An Academic Critique of the EU Acquis in Relation to Trans-Border Evidence Gathering*, in P. CULLEN (ed.), *Dealing with European Evidence in Criminal Proceedings: National Practice and European Policy*, ERA-Forum Special Issue, 2005, p. 37 ss., intendendo per *acquis* gli strumenti internazionali "acquired", ovvero internazionalmente in vigore. L'A., rilevando che nel 2005 la maggior parte degli strumenti elaborati a livello UE non erano ancora entrati in vigore, proponeva di utilizzare l'espressione "en train de s'acquérir". Attualmente (novembre 2008) la situazione è cambiata, e si può quindi parlare propriamente di *acquis* dell'Unione europea nel settore dell'assistenza internazionale a fini probatori.

e mutuo riconoscimento. La scelta del tipo di atto con cui intervenire (convenzioni e decisioni-quadro) per ravvicinare le legislazioni nazionali al fine di facilitare la cooperazione sembra essere rimessa alla discrezionalità del Consiglio dell'Unione europea⁴¹⁵. In considerazione della diversa efficacia di decisioni-quadro e convenzioni, essendo le prime vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da raggiungere, mentre l'efficacia delle seconde è subordinata alla ratifica da parte degli Stati membri⁴¹⁶, appare possibile affermare che nei settori dove esiste un maggiore consenso all'uniformazione delle discipline interne si ricorrerà alla decisione-quadro, mentre ove si voglia intervenire in ambiti più "sensibili" e lasciare una certa flessibilità agli Stati si ricorrerà alle convenzioni⁴¹⁷.

⁴¹⁵ La legittimità del ricorso alla decisione-quadro, strumento che ai sensi dell'art. 34, par. 2 lett.b), TUE deve essere utilizzato al fine del ravvicinamento delle discipline legislative e regolamentari degli Stati membri, è stata messa in discussione dalla Corte belga di arbitrato in occasione di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia avente ad oggetto il mandato d'arresto europeo (la seconda questione pregiudiziale riguardava la compatibilità dell'art. 2, n. 2, della decisione-quadro sul MAE "laddove sopprime l'esame del requisito della doppia incriminazione per i reati in esso elencati" con l'art. 6, n. 2, TUE, ed in particolare "con il principio di legalità in materia penale e con il principio di uguaglianza e di non discriminazione garantiti da tale disposizione"). La Corte di Giustizia (causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, in *Racc.* 2007, p. I-3633) ha rigettato la tesi dell'*Advocaten voor de Wereld* secondo cui la materia del mandato d'arresto europeo avrebbe dovuto essere attuata con una convenzione e non con una decisione-quadro, dato che, in forza dell'art. 34, n. 2, lett. b), TUE, queste ultime possono essere adottate solo per «il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri». Secondo i giudici di Lussemburgo "il reciproco riconoscimento dei mandati di arresto spiccati da diversi Stati membri in conformità al diritto dello Stato emittente interessato richiede il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri relative alla cooperazione giudiziaria in materia penale e, più nello specifico, delle norme relative alle condizioni, alle procedure e agli effetti della consegna tra autorità nazionali" (par. 29); inoltre, poiché l'art. 34 TUE non stabilisce una gerarchia fra gli strumenti adottabili nel III pilastro, nel caso in cui si possa ricorrere ad una decisione-quadro o ad una convenzione il Consiglio gode di una certa discrezionalità (come sottolineato dall'AG Ruiz-Arabo Colomer, il ricorso alla decisione-quadro è stato dettato soprattutto da esigenze di maggiore efficacia: cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 12 settembre 2006, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, par. 66-67). Nel senso di una concorrenza fra decisioni-quadro e convenzioni per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea* cit., p. 161 ss.

⁴¹⁶ Il Consiglio, infatti "stabilisce" e "raccomanda l'adozione" delle convenzioni, cui gli Stati si vincolano solo dopo aver completato le procedure interne di ratifica (sulla possibilità di configurare un indampimento per mancato rispetto del termine entro cui gli Stati membri devono avviare tali procedure cfr. M. CONDINANZI, *Art. 34*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea* cit., p. 141).

⁴¹⁷ Dall'esperienza del mandato d'arresto europeo, introdotto con una decisione-quadro, emerge che il consenso degli Stati, originariamente mossi dalla necessità di rafforzare la cooperazione dopo gli eventi dell'11 settembre, può indebolirsi in fase di recepimento.

7.1. La Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 2000 ed il Protocollo del 2001

La Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea⁴¹⁸ si colloca a cavallo fra il Trattato di Maastricht e il Trattato di Amsterdam, essendo stata “concepita” nella vigenza del primo, ed adottata il 29 maggio 2000 nel quadro del secondo. Trattandosi della prima convenzione adottata ai sensi delle nuove disposizioni del Titolo VI TUE, con la Convenzione del 2000 hanno trovato per la prima volta applicazione alcuni meccanismi, fra cui, in particolare, l'entrata in vigore “anticipata” della stessa a seguito del deposito dell'ottavo strumento di ratifica, ovviamente con effetti solo nei rapporti fra gli Stati membri che l'hanno ratificata⁴¹⁹. La Convenzione è entrata in vigore il 23 agosto 2005: ad oggi, è stata ratificata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea, ad eccezione dell'Italia⁴²⁰, nonché di Grecia, Irlanda e Lussemburgo.

Per quanto riguarda i rapporti tra il nuovo accordo e gli strumenti esistenti, anche con la Convenzione del 2000 si è inteso integrare e migliorare il sistema vigente, come espressamente indicato nell'art. 1, ai sensi del quale obiettivo del nuovo strumento è quello di completare e facilitare l'applicazione fra gli Stati membri dell'UE la CEAG ed il Protocollo addizionale del 1978, la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 1990, ed il Trattato del Benelux in materia di estradizione ed assistenza giudiziaria nei rapporti fra gli Stati per cui è in vigore⁴²¹. La Convenzione quindi non intende sostituire gli strumenti esistenti - pur comportando l'abrogazione di alcune disposizioni della Convenzione di applicazione del 1990 (art. 2)⁴²² - e non potrà

⁴¹⁸ In *GU* n. C 197, del 12 luglio 2000, p. 1.

⁴¹⁹ L'art. 27 della Convenzione riprende la regola generale stabilita dall'art. 34 TUE, ai sensi del quale, salvo disposizioni contrarie, le convenzioni entrano in vigore una volta adottate da almeno la metà degli Stati membri. L'art. 27 stabilisce la necessità di otto ratifiche, in quanto nel 2000 gli Stati membri dell'UE erano quindici. Attualmente servirebbero quindi almeno 14 ratifiche per l'eventuale entrata in vigore anticipata di una convenzione ex art. 34 TUE.

⁴²⁰ Durante la XV legislatura un disegno di legge (S n. 54) per la ratifica ed esecuzione della Convenzione da parte dell'Italia era stato presentato il 28 aprile 2006, ed assegnato alla 3^a Commissione permanente (Affari esteri, emigrazione) in sede referente il 6 giugno 2006. Nell'attuale legislatura (XVI) non si registrano iniziative in tal senso.

⁴²¹ Sul Trattato del Benelux v. *supra* Cap. I.

⁴²² In particolare si tratta degli art. 49, lett. a) sull'estensione dell'assistenza giudiziaria alle infrazioni perseguite da autorità amministrative, art. 52 sull'invio di atti a mezzo posta a persone che si trovano nel territorio di un altro Stato contraente, art. 53 sull'invio diretto tra autorità giudiziarie, e art. 73 sulle

costituire da sola la base giuridica per le richieste di assistenza giudiziaria⁴²³. Ciò che invece il nuovo strumento si propone di fare è di adattare la normativa vigente alle evoluzioni politiche e sociali, determinate dalla creazione di uno spazio giuridico europeo, e alle evoluzioni tecnologiche. Come si legge nel preambolo della Convenzione, il rafforzamento della cooperazione fra gli Stati membri dell'Unione europea si basa sulla fiducia esistente fra gli stessi riguardo alla struttura e al funzionamento dei rispettivi ordinamenti e alla capacità di garantire un equo processo, anche considerando che tutti gli Stati membri dell'Unione europea sono parti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e che il rispetto dei diritti fondamentali è assicurato anche a livello di Unione europea in virtù del richiamo operato dall'art. 6 TUE. Allo stesso tempo si è anche rilevato che i rischi per la tutela di diritti inviolabili degli individui sono, nell'ambito dell'assistenza giudiziaria, meno "gravi" che nel caso dell'extradizione⁴²⁴: ciò è vero in considerazione del fatto che l'assistenza giudiziaria non incide sulla libertà personale delle persone come l'extradizione, ma allo stesso tempo non può dimenticarsi che essa può comportare delle limitazioni altrettanto profonde⁴²⁵.

La volontà di estendere la cooperazione fra gli Stati membri dell'Unione europea nella misura maggiore possibile emerge da una serie di disposizioni. In primo luogo, l'art. 3

consegne sorvegliate in materia di sostanze psicotrope e stupefacenti, della Convenzione di applicazione, le quali verranno sostituite da una disciplina simile ma più articolata.

⁴²³ Sul punto cfr. E. DEENZA, *The 2000 Convention on mutual assistance in criminal matters*, in *Common Market Law Review*, n. 40, 2003, p. 1056. Come si legge nella Relazione esplicativa alla Convenzione (in *GU n. C 379* del 29 dicembre 2000, p.7 ss.), la decisione di non elaborare uno strumento autonomo per disciplinare l'assistenza giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea deriva non solo dalla volontà di rispettare l'art. 26, par. 3, CEAG, ma anche dalla considerazione che la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri si fonda ormai su basi solide, che hanno già dimostrato ampiamente la loro efficacia. Tuttavia tale approccio presenta anche alcuni inconvenienti, che derivano dall'appartenenza della CEAG - "convenzione madre" e della Convenzione del 2000 - "convenzione figlia" ad ordinamenti giuridici estremamente diversi. La Convenzione del 2000 potrà essere infatti oggetto di controllo della Corte di Giustizia nei limiti stabiliti dall'art. 35 TUE, ovvero in caso di controversie sull'applicazione ed interpretazione della stessa fra Stati, e fra Stati e Commissione, mentre eventuali controversie relative alla "convenzione madre" saranno soggette ai meccanismi intergovernativi del Consiglio d'Europa, che fanno riferimento al Comitato europeo per i problemi criminali: potrebbe quindi succedere che gli Stati membri debbano uniformarsi ad un'interpretazione conforme della "convenzione-figlia" resa dalla Corte di Giustizia, mentre per la "convenzione madre" potrebbero coesistere interpretazioni nazionali divergenti (sul punto cfr. L. SALAZAR, *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, in *Diritto penale e processo*, 2000, p. 1535 ss.).

⁴²⁴ E. DEENZA, *The 2000 Convention on mutual assistance in criminal matters* cit., p. 1057.

⁴²⁵ Sulle possibili violazioni dei diritti umani nell'ambito di procedure di assistenza giudiziaria v. *supra*, Cap. II, par. 7 e ss.

della Convenzione prevede che l'assistenza giudiziaria venga accordata non solo con riguardo a procedimenti penali, ma anche per procedimenti che in base al diritto dello Stato richiedente o richiesto, o di entrambi, riguardano infrazioni amministrative, quando le relative decisioni siano ricorribili di fronte a giurisdizioni competenti in materia penale. Allo stesso modo, l'assistenza deve essere fornita anche nel caso di procedimenti che riguardano una persona giuridica, non potendo lo Stato richiesto negare la cooperazione per il solo fatto che il proprio ordinamento non prevede questo tipo di responsabilità.

Sempre al fine di ampliare il più possibile l'assistenza giudiziaria fra gli Stati membri, l'art. 25 della Convenzione esclude la possibilità di apporre riserve, se non nei casi espressamente previsti⁴²⁶.

La vera e propria "rivoluzione copernicana" introdotta dalla Convenzione del 2000 riguarda, però, le modalità di esecuzione delle richieste. Invertendo il principio tradizionale dell'applicabilità della *lex loci*⁴²⁷, l'art. 4 della Convenzione prevede che "lo Stato membro richiesto osserva le formalità e le procedure espressamente indicate dallo Stato membro richiedente, salvo che la presente convenzione disponga altrimenti e sempreché le formalità e le procedure indicate non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro richiesto". La *ratio* della norma è quella di permettere che i risultati acquisiti possano essere utilizzabili nell'ordinamento dello Stato richiedente - al fine di non vanificare la cooperazione -, senza ovviamente pregiudicare i principi fondamentali dello Stato richiesto.⁴²⁸ Lo stesso art. 4 introduce

⁴²⁶ Come si è già rilevato, il ricorso alla formulazione di riserve con riferimento alla CEAG ha limitato l'efficacia della disciplina in essa contenuta (si pensi all'art. 5 relativo a perquisizioni e sequestri: v. *supra* Cap. I, par. 5.1.). Le possibilità di riserva lasciate aperte dalla Convenzione riguardano gli art. 6, par. 3 e 7, sulla trasmissione delle richieste; art. 9, par. 6, sul trasferimento temporaneo di persone detenute a fini di indagine; art. 10, par. 9 sulle videoconferenze; art. 14, par. 4, sulle operazioni di infiltrazione; art. 18, par. 7, sulle intercettazioni di telecomunicazioni; e art. 23, par. 7, sulla protezione dei dati personali.

⁴²⁷ V. *supra* Cap. I, par. 6.1.

⁴²⁸ Caso emblematico con riferimento all'ordinamento italiano è la necessaria presenza degli avvocati delle parti nel corso dell'audizione di un testimone (altrimenti la prova così acquisita diviene inutilizzabile), mentre in molti ordinamenti l'esame avviene senza la presenza delle parti. Attualmente il problema viene risolto attraverso un accordo con l'autorità giudiziaria dello Stato richiesto, che può acconsentire alla presenza delle parti, anche se ciò non è previsto dal proprio ordinamento. L'applicazione del principio ex art.4 della Convenzione del 2000 istituzionalizzerebbe questa prassi. L'entrare in contatto con istituti giuridici presenti in diversi ordinamenti potrebbe altresì condurre ad un'uniformazione verso l'alto delle procedure penali europee (in questo senso cfr. E. BARBE, *La cooperazione giudiziaria nell'Unione europea*, relazione all'incontro di studio sul tema "La cooperazione giudiziaria in materia

poi un'altra novità nel sistema dell'assistenza giudiziaria, prevedendo il rispetto, nei limiti del possibile, dei termini temporali indicati dal giudice che richiede assistenza, e istituendo un vero e proprio dialogo fra le autorità giudiziarie al fine di controllare i tempi di esecuzione delle richieste. La norma risponde alla necessità, già espressa nell'azione comune sulle buone prassi del 1998, di superare uno dei maggiori difetti dell'attuale sistema di assistenza giudiziaria, ovvero le lungaggini per l'esecuzione delle stesse che, come è facilmente intuibile, incidono negativamente sulla concreta repressione della criminalità.

La Convenzione del 2000 fa propria la soluzione adottata dall'art. 53 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen relativa alla trasmissione diretta tra autorità giudiziarie delle richieste, non prevedendo però la mera facoltà di ricorrere a tale modalità, ma un vero e proprio obbligo⁴²⁹. Viene così sancito anche a livello di Unione europea il principio di giudiziarietà delle procedure, con il venir meno di qualsiasi forma di discrezionalità politica.

Dal punto di vista dei meccanismi procedurali per l'acquisizione probatoria, la Convenzione prevede una serie di disposizioni innovative sia dal punto di vista dei mezzi di acquisizione delle prove, che per quanto riguarda le tecniche investigative⁴³⁰. Adeguandosi ai moderni strumenti tecnologici, la Convenzione prevede una dettagliata disciplina per l'utilizzo della videoconferenza al fine di eseguire audizioni di testimoni, periti e, previo consenso, anche degli imputati (art. 10); è inoltre prevista anche l'audizione di testimoni e periti tramite conferenza telefonica (art. 11). Appare evidente che tali strumenti permetterebbero una semplificazione dell'acquisizione di prove

penale: le problematiche di linguaggio giuridico (francese e inglese)", Roma 24-28 giugno 2002, disponibile su www.csm.it).

⁴²⁹ Le richieste potranno essere comunque inoltrate tramite INTERPOL. Irlanda e Regno Unito si sono invece riservate di individuare le autorità centrali competenti a ricevere le richieste, poiché le autorità giudiziarie di tali Stati non sono competenti a dare esecuzione a richieste dirette di assistenza giudiziaria (cfr. L. SALAZAR, *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, p. 1538).

⁴³⁰ Per un'analisi dettagliata cfr. L. SALAZAR, *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (II)*, in *Diritto penale e processo*, 2000, p. 1664 ss.; E. DEENZA, *The 2000 Convention on mutual assistance in criminal matters cit.*, p. 1061 ss.; E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *Appunti sulla nuova Convenzione di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Giurisprudenza di merito*, 2000, p. 1052 ss.; Z. SECCHI, *Le novità introdotte dalla Convenzione 29 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Documenti giustizia*, 2000, n. 6, p. 1108 ss.

dichiarative: si tratta però di istituti che non trovano ancora un'applicazione diffusa all'interno degli ordinamenti nazionali, e per tale motivo è previsto, in particolare con riferimento alle videoconferenze, che l'audizione con questo mezzo avvenga se ciò non contrasta con i principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato richiesto, e a condizione che quest'ultimo disponga degli strumenti tecnici necessari (che possono essere messi anche a disposizione da parte dello Stato richiedente)⁴³¹.

Altrettanto articolata è la disciplina relativa all'intercettazione di telecomunicazioni, oggetto dell'intero Titolo III della Convenzione⁴³².

Per quanto riguarda le tecniche investigative, la Convenzione del 2000 sistematizza alcune procedure in riferimento alle quali si è già sviluppata una certa prassi fra gli Stati membri. Così, gli artt. 12 e 14 disciplinano le "consegne controllate" - solo però nei casi di reati per cui è possibile l'extradizione - e le operazioni di infiltrazione attraverso agenti di copertura. L'art. 13 disciplina invece l'instaurazione delle squadre investigative comuni: si tratta di una modalità investigativa prevista dallo stesso TUE, all'art. 32, e che mira al miglior coordinamento fra forze di polizia e giudiziarie per reati a dimensione transnazionale⁴³³.

Nell'ottobre del 2001, il Consiglio ha adottato un Protocollo alla Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea⁴³⁴.

⁴³¹ La videoconferenza è uno strumento non regolato espressamente dalle convenzioni internazionali di assistenza giudiziaria, in molti casi risalenti ad anni in cui non vi era ancora stato uno sviluppo tecnologico adeguato. Tuttavia, si è comunque sviluppata una certa prassi internazionale, grazie alla conclusione di accordi *ad hoc* (sul punto cfr. A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero* cit., p. 211 ss.; sull'utilizzo delle videoconferenze in generale, cfr. B. PIATTOLI, *Videoconferenze e cooperazione nel processo penale*, Milano, 2005). L'art. 10 della Convenzione prevede che nel corso della videoconferenza le attività si svolgano secondo il diritto dello Stato richiedente, con la partecipazione dell'autorità giudiziaria dello stato richiesto, cui spetta in ogni caso il compito di vigilare sul rispetto dei principi fondamentali del diritto nazionale. La persona da ascoltare può avvalersi della facoltà di non rispondere prevista dall'ordinamento dello Stato richiesto o di quello richiedente. Nel caso di rifiuto a deporre non legittimato o falsa testimonianza, lo Stato richiesto applicherà la propria disciplina come se le condotte fossero state poste in essere nel corso di un procedimento nazionale (principio dell'assimilazione).

⁴³² Su cui cfr. in particolare L. SALAZAR, *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (II)* cit., p. 1667 ss., e Z. SECCHI, *Le novità introdotte dalla Convenzione 29 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione europea* cit., p. 1112 ss.

⁴³³ Una delle conseguenze più rilevanti del ricorso a tali squadre investigative comuni è l'utilizzabilità dei risultati legalmente ottenuti sul territorio di uno Stato membro nell'ambito di un procedimento penale di un altro Stato membro, senza che sia necessario ricorrere allo schema rogatorio.

⁴³⁴ In *GU* n. C 326 del 21 novembre 2001, p. 1 ss. Il Protocollo è attualmente in vigore nei rapporti fra gli Stati membri che lo hanno ratificato, fra cui non rientra l'Italia.

Il Protocollo si inserisce nel quadro di quelle misure di cooperazione specificamente indirizzate a contrastare la criminalità finanziaria, andando a regolare l'assistenza giudiziaria fra gli Stati membri per le indagini bancarie. L'obiettivo del Protocollo è quello di introdurre un obbligo a carico degli Stati membri di prestare la massima cooperazione nel caso di richieste di assistenza giudiziaria relative a conti correnti bancari accessi presso istituti di credito che si trovano sul loro territorio⁴³⁵. La disciplina del Protocollo è destinata ad operare solo con riferimento ad indagini relative a determinati reati⁴³⁶, e relativamente alle richieste di informazioni sull'esistenza di conti bancari di una determinata persona fisica o giuridica (art. 1), alle richieste di informazioni sulle operazioni bancarie relative ad un determinato conto in un dato periodo (art. 2, par. 1), e alle richieste di controllo sulle operazioni bancarie (art. 3)⁴³⁷. L'art. 7 sancisce il principio generale dell'inopponibilità del segreto bancario quale motivo di rifiuto della richiesta di assistenza, nonché l'impossibilità di rifiutare l'assistenza in caso di reati fiscali o politici.

Pur rappresentando un notevole passo in avanti nella cooperazione internazionale in materia di criminalità finanziaria, tuttavia il Protocollo non è riuscito a superare il limite costituito dall'art. 5 della CEAG riguardo a perquisizioni e sequestri. Come si è ricordato più volte, la CEAG fa salva la facoltà degli Stati di apporre determinate condizioni per l'esecuzione di perquisizioni e sequestri (doppia incriminazione; il fatto che si proceda per un reato che dia luogo ad estradizione; compatibilità con la legge dello Stato richiesto). Nella prassi, le indagini bancarie sono trattate come perquisizioni, e ciò permette agli Stati contraenti della CEAG che abbiano formulato riserve in tal senso di subordinare l'esecuzione delle richieste a determinate condizioni. Con il Protocollo non si è riusciti a superare l'ostacolo rappresentato dall'art. 5 CEAG, ma viene anzi espressamente previsto che gli Stati membri possano subordinare

⁴³⁵ Così G. DE AMICIS, O. VILLONI, *Il Protocollo della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 422.

⁴³⁶ Ai sensi dell'art. 1, par. 3, del Protocollo, si tratta di reati punibili con una pena privativa della libertà personale di almeno quattro anni nello Stato richiesto, dei reati compresi nella Convenzione Europol, e dei reati previsti nella Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee, e relativi protocolli.

⁴³⁷ Con riferimento alle richieste di informazioni sui conti bancari, il progetto originario del Protocollo prevedeva l'obbligo più stringente per gli Stati membri di fornire la lista dei conti bancari delle persone fisiche e giuridiche oggetto di indagine, così da istituire una sorta di anagrafe dei conti.

l'esecuzione della richiesta di informazioni sulle operazioni bancarie alle stesse condizioni che applicano in caso di richieste di perquisizioni e sequestri (art. 2, par. 4).

7.2. I nuovi orizzonti dell'assistenza giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea: l'*evidence warrant* ed il principio di disponibilità della prova

Nonostante i numerosi interventi tesi a facilitare l'assistenza giudiziaria fra gli Stati europei, il contesto normativo entro cui si colloca la cooperazione internazionale in materia di acquisizione probatoria è finora rimasto ancorato agli schemi introdotti dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1959, fondati sul tradizionale istituto della rogatoria. Tuttavia, anche nel settore dell'acquisizione di prove all'estero in materia penale si registrano numerosi tentativi di evoluzione verso il nuovo metodo di collaborazione fra gli Stati membri dell'Unione europea basato sul principio del mutuo riconoscimento.

L'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alla materia della raccolta di prove all'estero era previsto nel citato Programma di misure per l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali⁴³⁸: da una parte si auspicava il superamento dei limiti ancora opponibili dagli Stati membri all'esecuzione di richieste di assistenza giudiziaria in virtù di riserve o dichiarazioni formulate con riferimento agli strumenti convenzionali esistenti (misura n. 5); dall'altra, si manifestava l'esigenza di adottare uno strumento relativo alle decisioni di blocco o sequestro a fini probatori per impedire la dispersione delle prove presenti sul territorio di uno Stato membro diverso da quello del procedimento penale è instaurato (misura n. 6). Come si è già visto, la decisione-quadro 2003/577/GAI sul blocco e sequestro di beni a fini probatori (o di confisca) mira a fornire agli Stati membri uno strumento per evitare che prove rilevanti ai fini di un procedimento penale vadano perse per il solo fatto di essere localizzate in uno Stato membro diverso da quello del processo: tuttavia, l'eventuale trasferimento della prova resta soggetto alle forme tradizionali di assistenza giudiziaria. Il reale passo in avanti della cooperazione fra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di raccolta di prove all'estero può dirsi essere rappresentato dalla decisione-quadro relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti

⁴³⁸ V. *supra*, Parte I, par. 4.

e dati da utilizzare nei procedimenti penali (il cosiddetto MER o “*european evidence warrant*”), con cui il principio del mutuo riconoscimento viene esteso alle decisioni giudiziarie per l’acquisizione di determinati elementi di prova.

La proposta del mandato di ricerca delle prove da parte della Commissione risale al 2003⁴³⁹, mentre l’accordo sul testo della decisione-quadro è stato raggiunto dal Consiglio nel 2006: la decisione-quadro è stata infine adottata recentemente il 18 dicembre 2008⁴⁴⁰. L’applicazione del principio del mutuo riconoscimento comporta che un “mandato” - terminologia che richiama l’esperienza del mandato d’arresto europeo - per l’acquisizione di prove emesso da un’autorità competente di uno Stato membro debba essere automaticamente riconosciuto ed eseguito in un altro Stato membro, salvo ipotesi espressamente identificate.

Il nuovo strumento presenta tuttavia una serie di limitazioni che hanno sollevato molti dubbi sull’efficacia del MER già prima della sua entrata in vigore. In primo luogo, esso appare fortemente limitato quanto all’oggetto. La decisione-quadro riguarda infatti l’acquisizione di prove già esistenti⁴⁴¹, ovvero prove che già ricadono nella disponibilità delle autorità di esecuzione o di privati che si trovano nello Stato membro: restano quindi al di fuori dell’*evidence warrant* tutte le prove cd. “dichiarative”, come l’audizione di testi, ed altre forme di acquisizione diretta dei mezzi di prova, quali intercettazioni di comunicazioni, monitoraggio di conti bancari, o prelievi di materiale biologico⁴⁴². Il mandato appare quindi idoneo a far circolare liberamente nello spazio

⁴³⁹ Per un’analisi della proposta presentata dalla Commissione cfr. C. WILLIAMS, *Overview of the Commission’s proposal for a framework decision on the European Evidence Warrant*, in J. VERVAELE (ed.), *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen, 2005, p. 69 ss.

⁴⁴⁰ Decisione-quadro 2008/978/GAI del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all’acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, in *GU* n. L 350 del 30 dicembre 2008, p. 72 ss. Il termine fissato per l’attuazione dell’atto da parte degli Stati membri è il 19 gennaio 2011.

⁴⁴¹ In verità, il termine “prove” appare solo nel titolo dell’atto, mentre nel testo si fa sempre riferimento all’acquisizione di oggetti, documenti e dati.

⁴⁴² Ai sensi dell’art. 4, par. 2, della decisione-quadro, relativo all’ambito di applicazione del MER, il mandato di ricerca delle prove non è emesso allo scopo di richiedere all’autorità di esecuzione di: condurre interrogatori, raccogliere dichiarazioni o avviare altri tipi di audizioni di indiziati, testimoni, periti o di qualsiasi altra parte; procedere ad accertamenti corporali o prelevare materiale biologico o dati biometrici direttamente dal corpo di una persona, ivi compresi campioni di DNA o impronte digitali; acquisire informazioni in tempo reale, ad esempio attraverso l’intercettazione di comunicazioni, la sorveglianza discreta dell’indiziato o il controllo dei movimenti su conti bancari; condurre analisi di oggetti, documenti o dati esistenti; ottenere dati sulle comunicazioni conservati dai fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione. I predetti

giudiziario europeo solo quelle prove pre-costituite in uno Stato membro, mentre la cooperazione per l'acquisizione di prove da formare dovrà essere regolata con uno strumento diverso, dando così luogo ad una frammentazione della disciplina dell'acquisizione probatoria all'estero a livello di Unione europea non funzionale all'efficienza della cooperazione internazionale fra gli Stati membri.

Nella decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove si ritrovano tutti gli elementi che si è visto essere tipici della cooperazione fondata sul principio del mutuo riconoscimento. Così vi saranno uno "Stato di emissione" ed uno "Stato di esecuzione" del mandato (art.2), e la trasmissione avverrà direttamente fra le autorità giudiziarie competenti (art.8); il riconoscimento e l'esecuzione di un mandato saranno automatici (art. 11), salvo sussistano i motivi di rifiuto o di rinvio espressamente previsti dalla decisione-quadro (artt. 13 e 16)⁴⁴³; il provvedimento verrà redatto secondo il formulario allegato alla decisione-quadro, direttamente nella lingua dello Stato di esecuzione, oppure nella lingua dello Stato di emissione e poi tradotto (art. 6). Per quanto riguarda il requisito della doppia incriminazione, ai sensi dell'art. 14, par. 1, del MER, il riconoscimento e l'esecuzione di un mandato di ricerca delle prove non sono subordinati alla verifica di tale condizione, salvo debba procedersi ad una perquisizione o ad un sequestro: in tal caso, non occorre comunque verificare che il fatto sia punito in entrambi gli Stati coinvolti quando si proceda per uno dei reati elencati nel par.2 dell'art. 14 MER, quando questi siano punibili con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà personale per un periodo di almeno tre anni⁴⁴⁴.

limiti possono essere superati nel caso in cui tali prove siano già nella disponibilità nello Stato di esecuzione: sarà quindi possibile l'acquisizione di verbali di dichiarazioni, interrogatori o audizioni formati in altri procedimenti nello Stato di esecuzione.

⁴⁴³ Fra i motivi di rifiuto di esecuzione di un mandato di ricerca delle prove che possono essere opposti dagli Stati membri ai sensi dell'art. 13 della decisione-quadro si segnalano: il caso in cui l'esecuzione del mandato sia contraria al principio del *ne bis in idem*; l'impossibilità dell'esecuzione dovuta a immunità o privilegi; motivi connessi alla salvaguardia della sicurezza nazionale. Anche il principio di territorialità gioca un ruolo rilevante: l'esecuzione infatti può essere rifiutata nel caso in cui il mandato si riferisca a reati che, secondo la legge dello Stato di esecuzione, sono considerati commessi in toto o in parte nel territorio di quest'ultimo, o ancora nel caso in cui lo Stato di emissione proceda per reati commessi al di fuori del suo territorio e l'ordinamento dello Stato di esecuzione non ammetta il medesimo esercizio extra-territoriale della giurisdizione penale.

⁴⁴⁴ Il metodo della lista al fine di superare la verifica della doppia incriminazione, affermatosi con il mandato d'arresto europeo, appare quindi condiviso dagli Stati membri dell'Unione europea: l'elenco include reati per i quali esistono già tentativi di armonizzazione a livello europeo o più ampio (terrorismo, partecipazione ad una organizzazione criminale, corruzione, riciclaggio). Per quanto riguarda reati in

Le decisione-quadro sul mandato di ricerca delle prove contiene inoltre alcune innovazioni procedurali che mirano a facilitare concretamente l'assistenza, secondo le medesime linee della Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale fra gli Stati membri dell'Unione europea del 2000. Al fine di superare la cronica lentezza delle procedure di assistenza giudiziaria, l'art. 15 MER prevede che gli Stati si impegnino a dare esecuzione al mandato nel termine indicato dall'autorità dello Stato di emissione, in particolare quando vi siano scadenze procedurali o altri motivi particolarmente urgenti, e nel caso di ritardo vi deve essere una comunicazione tempestiva. Inoltre, l'eventuale decisione di rifiuto deve essere adottata nel minor tempo possibile, e comunque entro trenta giorni dalla ricezione del mandato. La decisione-quadro fa proprio anche il principio della *lex fori* nell'esecuzione dell'atto straniero - salvo il rispetto dei principi di diritto fondamentali dello Stato di esecuzione, che comunque non può essere obbligato ad adottare misure coercitive - introdotto nello scenario della cooperazione in materia penale fra gli Stati membri dell'Unione europea con la Convenzione del 2000.

Nonostante il MER rappresenti sicuramente un nuovo traguardo nell'assistenza giudiziaria fra gli Stati membri, dal testo della decisione-quadro emergono alcune esigenze di cautela che dimostrano come gli Stati siano ancora preoccupati nell'aprire i propri ordinamenti ai provvedimenti giudiziari provenienti dall'estero. L'art. 1, par. 3, MER sancisce che la decisione-quadro non può modificare l'obbligo di garantire il rispetto dei diritti umani così come sanciti dall'art. 6 TUE: tale previsione appare però pleonastica, considerato che non vi sono dubbi sul fatto che le decisioni-quadro debbano in ogni caso rispettare il Trattato sull'Unione europea, e così i diritti umani come da esso garantiti. L'art. 7 MER prevede invece che si proceda all'emissione di un mandato di ricerca delle prove solo: i) quando risulti che l'acquisizione degli oggetti, dei documenti o dei dati richiesti sia *necessaria e proporzionata* ai fini del procedimento penale (ciò anche in considerazione dei costi, in termini di denaro e tempo dedicato, dell'assistenza giudiziaria internazionale); ii) quando gli stessi elementi richiesti sarebbero acquisibili secondo la legge dello Stato di emissione se si trovassero nel suo

materia di tasse, imposte, dogana o di cambio, il rifiuto non può essere opposto per il solo fatto che lo Stato di esecuzione non preveda lo stesso tipo di tasse o imposte (art. 14, par. 3, MER).

territorio (e questo per evitare che si ricorra al MER per eludere la disciplina nazionale in materia di assunzione di prove). Le valutazioni relative alle condizioni menzionate spettano allo Stato di emissione, e possono essere quindi contestate solo di fronte alle autorità competenti di questo, mentre lo Stato di esecuzione non potrà fondare il suo rifiuto sul mancato rispetto delle stesse⁴⁴⁵.

Sempre per responsabilizzare le autorità giudiziarie nel ricorso al mandato di ricerca delle prove, ed evitare pratiche di *fishing expedition* (ovvero una ricerca indiscriminata e generalizzata di prove), l'autorità che trasmette il provvedimento deve avere motivi legittimi di ritenere che gli elementi richiesti si trovino nel territorio dello Stato membro alla cui autorità l'atto viene trasmesso (art. 8)⁴⁴⁶. Nel dare esecuzione ad un mandato, ogni Stato membro può scegliere quali misure adottate per ottenere la messa a disposizione di oggetti, documenti o dati, con il solo limite di assicurare al mandato proveniente da un altro Stato membro lo stesso "trattamento" che avrebbe un provvedimento nazionale (art. 11): tuttavia nel dodicesimo *considerandum* della decisione-quadro si sottolinea che l'autorità di esecuzione dovrebbe ricorrere ai mezzi meno intrusivi possibili per acquisire le prove richieste, introducendo un elemento di cautela che sarà sicuramente oggetto di discussione fra gli Stati coinvolti.

Un ulteriore elemento che suscita perplessità in dottrina è il coordinamento fra il mandato di ricerca delle prove, applicabile solo in determinati casi, ed il tradizionale modello rogatorio, che potrà essere utilizzato nelle ipotesi residuali. Tale questione è disciplinata dall'art. 21 del MER, che stabilisce la coesistenza della decisione-quadro con gli strumenti giuridici vigenti tra gli Stati membri, nella misura in cui detti strumenti riguardino richieste di assistenza giudiziaria finalizzate all'acquisizione di prove che rientrano nell'ambito del MER. Nel paragrafo 2 si esprime una "preferenza" per il ricorso al mandato per l'acquisizione di elementi che rientrino nel suo campo di applicazione: tale posizione è però mitigata nel successivo paragrafo 3, che ammette il

⁴⁴⁵ Al fine di garantire i diritti delle persone *target* del mandato di ricerca delle prove, l'art. 18 impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie perché i soggetti interessati (compresi i terzi in buona fede) possano proporre impugnazione contro il riconoscimento e l'esecuzione del MER di fronte agli organi giurisdizionali dello Stato di esecuzione (par. 1); le ragioni riguardanti il merito del MER, nonché il rispetto delle condizioni ex art. 7 della decisione-quadro possono essere fatte valere invece solo di fronte alle autorità dello Stato di emissione (par. 2).

⁴⁴⁶ In questo senso cfr. G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 269.

ricorso alle forme tradizionali di assistenza giudiziaria quando gli oggetti, documenti o dati che rientrerebbero nell'ambito di applicazione della decisione-quadro fanno parte di una più ampia richiesta di assistenza (si pensi al caso in cui si richieda, insieme all'acquisizione di un documento, anche l'assunzione di una testimonianza): infine il ricorso ad altri strumenti è ammesso anche qualora si ritenga che ciò possa facilitare la cooperazione.

La disposizione deve essere letta alla luce del *considerandum* 25, in cui si auspica che la coesistenza di diversi strumenti per l'acquisizione probatoria sia solo transitoria, nell'attesa dell'adozione di un atto fondato sul reciproco riconoscimento che sia applicabile anche ad altri tipi di prova. Nella pratica, la diversificazione dei regimi applicabili ai diversi tipi di prova è destinata a creare problemi, considerando che solitamente con una sola rogatoria, anche per esigenze di efficienza, si richiede l'acquisizione di tutti gli elementi di prova conosciuti al momento della domanda.

Da quanto fin qui esaminato, si può affermare che nella decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove si ritrovano una serie di limiti frutto di compromessi raggiunti nei negoziati, che manifestano il persistere di profonde divergenze fra gli Stati membri. L'elaborazione del MER dimostra che se tali diversità possono essere superate con riferimento alla circolazione di "prodotti finiti" da utilizzare come prova⁴⁴⁷, maggiori sono le difficoltà quando è necessario formare la prova, almeno in assenza di garanzie minime processuali comuni: anche nel caso dell'assistenza giudiziaria, il principio del mutuo riconoscimento può dunque arrivare fino ad un certo punto, poiché solo l'armonizzazione delle regole sostanziali e procedurali può contribuire a generare quella fiducia reciproca che è alla base di tale principio⁴⁴⁸.

La realizzazione di un vero e proprio spazio giudiziario europeo dovrebbe condurre, nel settore dell'acquisizione probatoria internazionale, all'affermazione del "principio di disponibilità della prova"⁴⁴⁹, in ossequio alla raccomandazione n. 36 di Tampere, ai sensi della quale "le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro

⁴⁴⁷ L'espressione è di L. SALAZAR, *La circolazione probatoria sovranazionale*, relazione tenuta all'incontro di studi sul tema "Cooperazione giudiziaria, mandato d'arresto europeo e strumenti di giustizia penale nell'Unione europea: dalla mutua assistenza al comune programma investigativo", Roma, 7-9 luglio 2008, disponibile sul sito www.csm.it.

⁴⁴⁸ Così G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova* cit., p. 272.

⁴⁴⁹ L. SALAZAR, *La circolazione probatoria sovranazionale* cit.

dovrebbero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili⁴⁵⁰: tale traguardo tuttavia appare difficilmente raggiungibile in assenza di un ravvicinamento delle norme procedurali in materia penale degli Stati membri.

Un'ulteriore strada percorribile è quella dell'attribuzione della competenza a raccogliere prove nel caso di procedimenti penali a dimensione transnazionale ad organismi di natura sovranazionale. A tale ottica risponde l'idea dell'istituzione di una Procura europea prevista per la prima volta nell'ormai abbandonato Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, e riproposta nel Trattato di Lisbona di riforma: compito di tale organismo sovranazionale sarebbe quello di dirigere le indagini relative a condotte lesive degli interessi finanziari, al fine del successivo promovimento dell'azione penale.

Un esempio concreto e già operante è invece costituito dal già menzionato Ufficio per la lotta antifrode (OLAF): ai sensi dell'art. 9 del regolamento CE n. 1073/1999 del 25 maggio 1999⁴⁵⁰, le relazioni delle indagini svolte devono essere redatte dall'Ufficio secondo quanto previsto dalla legislazione nazionale dello Stato membro interessato, ed in tal caso esse saranno utilizzabili in procedimenti amministrativi e giurisdizionali alle stesse condizioni dei rapporti redatti da ispettori nazionali.

8. La dimensione esterna della cooperazione giudiziaria penale dell'Unione europea

L'efficacia della lotta degli Stati membri dell'Unione europea contro la criminalità internazionale, il terrorismo, i grandi traffici finanziari, di armi e di droga, la tratta di esseri umani e i crimini contro i minori, implica un'azione forte dell'Unione anche al di fuori delle proprie frontiere⁴⁵¹. Il primo approccio della Comunità europea al fine di sviluppare una cooperazione in materia penale anche con paesi terzi è stato quello di inserire clausole relative alla lotta contro certe forme di criminalità all'interno di accordi di cooperazione e sviluppo, come le cooperazioni instaurate con i paesi della Comunità andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perù, Venezuela) e con i paesi dell'Europa

⁴⁵⁰ In *GU* n. L 136 del 31 maggio 1999, p. 1.

⁴⁵¹ S. VAN RAEPENBUSCH, *Le troisième pilier après Amsterdam et les relations extérieures de l'Union européenne*, in M. DONY (ed.), *L'Union européenne et le monde après Amsterdam*, Bruxelles 1999, p. 327 ss.

centrale e orientale, le quali prevedono forme di cooperazione di polizia e nella lotta contro il riciclaggio di denaro sporco derivante dal traffico di droga. La competenza della Comunità a concludere questo tipo di accordi è stata riconosciuta dalla stessa Corte di Giustizia, nella sentenza resa il 3 dicembre 1996 sull'accordo di cooperazione tra la Comunità europea e la Repubblica dell'India⁴⁵². Tuttavia, in considerazione della portata e della specificità delle azioni rientranti nella cooperazione di polizia e giudiziaria occorre trovare anche per la dimensione esterna dell'Unione in tale contesto un fondamento giuridico proprio della materia. Sicuramente, il rafforzamento della cooperazione in materia penale fra gli Stati membri dell'Unione europea nel quadro del terzo pilastro come modificato dal Trattato di Amsterdam ha fornito nuovi mezzi all'Unione, in particolare prevedendo la possibilità di concludere accordi internazionali anche nelle materie di cui al Titolo VI TUE⁴⁵³. Tuttavia, ciò che ha contribuito maggiormente allo sviluppo di una dimensione esterna della cooperazione prevista nel terzo pilastro è stato l'affermarsi dell'Unione europea come un vero e proprio attore sulla scena internazionale, dotato di una personalità giuridica propria

⁴⁵² Corte di Giustizia, causa C-268/94, *Portogallo c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.* 1996, p. I 6177. Il governo portoghese aveva chiesto l'annullamento della decisione 94/57/CE del 18 luglio 1994 relativa alla conclusione dell'accordo per carenza della base giuridica, sostenendo che gli articoli 130 U e 130 Y TCE, su cui essa si basava, non conferivano alla Comunità i poteri necessari alla conclusione dell'accordo per la parte relativa ai diritti dell'uomo e alle disposizioni riguardanti alcune specifiche materie di cooperazione (par. 13). In particolare, l'art. 19 dell'accordo conteneva un impegno specifico e reciproco nell'ambito della lotta contro l'abuso di stupefacenti, materia che secondo il governo portoghese era da ricomprendere all'interno della cooperazione nei settori della giustizia e affari interni (art. K1, punti 4 e 9). La Corte ha respinto il ricorso, giudicando che la presenza nell'accordo di cooperazione di disposizioni sulla lotta contro la droga non comportava la necessità della partecipazione degli Stati membri alla conclusione di esso, dal momento che la lotta contro l'abuso di stupefacenti non può essere esclusa in quanto tale dalle misure necessarie al perseguimento degli obiettivi individuati dall'art. 130 U: la produzione di stupefacenti, il consumo di droga e le attività connesse possono costituire infatti gravi ostacoli allo sviluppo economico e sociale di un paese (par. 60). Inoltre la cooperazione rimaneva nei limiti di una mera dichiarazione di intenti, non richiedendo quindi il ricorso ad una competenza e ad un fondamento giuridico propri (parr. 61-62).

⁴⁵³ L'art. 38 TUE, introdotto con il Trattato di Amsterdam, richiama l'art. 24 TUE, relativo alla conclusione di accordi internazionali nel settore della politica estera e di sicurezza comune. L'art. 24 TUE affida la gestione delle negoziazioni al Consiglio, eventualmente assistito dalla Commissione (che, al contrario, ha un ruolo centrale nella negoziazione degli accordi conclusi in ambito comunitario ex art. 300 TCE), il quale conclude anche gli accordi su raccomandazione della Presidenza. È inoltre prevista la possibilità di una delibera a maggioranza qualificata nel caso in cui gli accordi siano conclusi per dare attuazione ad azioni comuni o posizioni comuni. Nel caso di accordi conclusi nelle materie di cui al Titolo VI TUE, quando una materia prevede sul piano interno la maggioranza qualificata per l'adozione di atti, lo stesso criterio si applicherà anche per la conclusione di accordi internazionali nel medesimo settore. Infine, l'ultimo paragrafo dell'art. 24 TUE stabilisce che gli accordi conclusi alle condizioni ivi previste sono vincolanti per le istituzioni dell'Unione.

distinta da quella degli Stati membri. Il dibattito sulla possibilità di configurare una personalità giuridica internazionale in capo all'Unione europea - così come avviene per la Comunità europea - ha appassionato a lungo la dottrina, ed ancora oggi si riscontrano pareri discordanti⁴⁵⁴. Per superare le incertezze relative alla natura giuridica dell'Unione europea e alla sua soggettività, sia nell'ormai abbandonato Trattato costituzionale (art. I-7), che nel Trattato di Lisbona (art. 46a) si afferma espressamente che l'Unione ha personalità giuridica. Tale soluzione appare doverosa alla luce delle relazioni che l'Unione ha ormai sviluppato sul piano internazionale, in cui essa agisce ormai come un soggetto riconosciuto da tutti i grandi attori della scena mondiale. Tuttavia, anche in assenza di una consacrazione formale della soggettività internazionale dell'Unione nei trattati - disposizione che fra l'altro non servirebbe da sola a fondare la personalità giuridica dell'Unione per i paesi terzi - verso un riconoscimento *de facto* della personalità giuridica dell'Unione conduce la prassi, anche in considerazione dei numerosi accordi internazionali che l'Unione ha concluso specie nel settore della politica estera e di sicurezza comune⁴⁵⁵.

Nel 2005 il Consiglio dell'Unione europea ha adottato la Comunicazione della Commissione relativa ad una strategia sulla dimensione esterna dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁴⁵⁶: l'obiettivo del documento era quello di “dimostrare come la dimensione esterna della giustizia e affari interni contribuisca a uno spazio interno di libertà, sicurezza e giustizia sostenendo nel contempo gli obiettivi politici delle relazioni esterne dell'UE, fra cui la condivisione e la promozione dei valori di libertà, sicurezza e giustizia nei paesi terzi”⁴⁵⁷, e di fissare i principi e gli orientamenti cui l'Unione dovrebbe attenersi nelle azioni intraprese nel terzo pilastro. Particolarmente interessanti appaiono le indicazioni dei principi che devono guidare l'azione esterna dell'Unione. In primo luogo, l'approccio dell'Unione europea deve basarsi sulla “differenziazione”, ovvero sull'elaborazione di strategie *ad hoc* per rispondere alle esigenze specifiche di

⁴⁵⁴ Per una ricostruzione del dibattito ci si permette di rinviare a P. MARIANI, A. LORUSSO, *La personalità internazionale dell'Unione europea*, in P. MARIANI, *Le relazioni internazionali dell'Unione europea* cit., p. 23 ss.

⁴⁵⁵ Per una classificazione di tali accordi cfr. C. NOVI, *La politica estera di sicurezza esterna dell'Unione europea*, Padova, 2005, p. 200 ss.

⁴⁵⁶ COM(2005) 491 definitivo, Bruxelles, 12 ottobre 2005; documento del Consiglio n. 15446/05, Bruxelles, 6 dicembre 2005.

⁴⁵⁷ COM(2005) 491 definitivo cit., p. 4.

singoli paesi e regioni. Il costante mutamento della scena internazionale e l'emergere di nuove sfide richiedono poi che l'azione dell'Unione sia flessibile ed in grado di adattarsi velocemente alle nuove esigenze. Occorre poi un coordinamento fra le iniziative intraprese nei diversi settori di competenza, in particolare con quelle relative alla politica estera e di sicurezza comune: il compito di garantire la coerenza delle azioni "interpilastri" spetta a Consiglio e Commissione. Inoltre, tutta l'azione svolta nel quadro delle relazioni esterne deve essere pertinente con gli obiettivi interni della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Le relazioni dell'Unione con i paesi terzi per lo sviluppo della dimensione esterna della cooperazione in materia penale, infine, devono essere ispirate alla politica di partenariato che da sempre caratterizza i rapporti esterni dell'Unione e si fonda sul rispetto del principio della *ownership*, ovvero della parità fra le parti.

La strategia elenca anche quali sono i mezzi che l'Unione ha a disposizione per lo sviluppo della dimensione esterna della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale: oltre agli accordi internazionali, di cui si parlerà più avanti, l'Unione agisce anche attraverso le politiche allargamento e il processo di preadesione, le politiche di vicinato, la cooperazione regionale, i programmi di aiuto esterno, e la partecipazioni ad organizzazioni internazionali (Consiglio d'Europa, GAFI, United Nation Office on Drugs and Crime), ove promuove la difesa dei diritti umani e la ratifica delle convenzioni internazionali "che sono la pietra angolare della cooperazione internazionale".

In effetti l'attività posta in essere dall'Unione europea negli anni più recenti nei confronti di Paesi terzi al fine di stabilire una collaborazione nella lotta contro certe forme di criminalità, fra cui il riciclaggio di denaro, la criminalità organizzata ma anche il terrorismo, si è sviluppata entro le linee guida espresse dalla strategia sulla dimensione esterna dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: ciò che è importante rilevare è che l'Unione non ha perseguito tali obiettivi solo con paesi candidati all'ingresso in essa, e quindi più motivati a cooperare anche nel settore penale, ma anche con Stati estranei al processo di allargamento, come la Giordania, il Marocco,

l'Ucraina o la Russia, i quali non hanno tale incentivo, ma hanno interesse a mantenere un certo tipo di rapporti con gli Stati membri dell'Unione⁴⁵⁸.

Uno dei principali risultati dell'azione esterna dell'Unione europea nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale è rappresentato dagli accordi di estradizione e di mutua assistenza giudiziaria conclusi con gli Stati Uniti: tali accordi, la cui disciplina sarà analizzata nel paragrafo successivo, sanciscono definitivamente il riconoscimento dell'Unione europea quale attore della scena internazionale da parte di una potenza quale gli Stati Uniti, che nell'Unione hanno riconosciuto una degna controparte con cui affrontare in modo unitario la lotta contro il terrorismo internazionale.

8.1. Gli accordi fra Unione europea e Stati Uniti sull'extradizione e sulla mutua assistenza giudiziaria del 2003

A nove giorni dagli attentati alle Torri Gemelle di New York, il Consiglio Giustizia e Affari Interni del 20 settembre 2001 aveva espresso la necessità di adottare una serie di misure dirette a rafforzare la cooperazione in materia di criminalità, fra cui l'adozione di un mandato di arresto europeo. Sul versante esterno, il Consiglio proponeva di negoziare un accordo con gli Stati Uniti nel settore della cooperazione penale contro il terrorismo sulla base dell'art. 38 TUE, iniziativa accolta favorevolmente dalla Casa Bianca⁴⁵⁹. Tale volontà veniva ribadita nel successivo Consiglio di Ghent del 19 ottobre attraverso una Dichiarazione dei Capi di Stato e di Governo dell'Unione europea e del Presidente della Commissione, in cui si affermava che l'Unione era pronta ad

⁴⁵⁸ È stato acutamente osservato che la mancanza della prospettiva di un ingresso nell'Unione europea influisce sul tipo di cooperazione in materia penale da instaurarsi con i paesi terzi. Un'azione effettiva contro il terrorismo, il crimine organizzato ed il riciclaggio passa anche attraverso un profondo rinnovamento delle istituzioni, che dovrebbero garantire il rispetto della *rule of law* e dei diritti umani fondamentali: tuttavia, ove non vi siano prospettive di allargamento è più difficile per l'Unione "pretendere" tale tipo di riforma globale del sistema interno, e sembra quindi più ragionevole concentrarsi su specifici settori, fra cui emerge la lotta al terrorismo, divenuta ormai asse portante delle relazioni internazionali (sul punto cfr. V. MITSILEGAS, *The External Dimension of EU Action in Criminal Matters*, in *European Foreign Affairs Review*, no. 12, 2007, p. 467).

⁴⁵⁹ Doc. SN 3926/6/01 Rev 6, p.12 par.7; allo stesso tempo si invitava il Direttore di Europol ad aprire i negoziati con gli Stati Uniti per la conclusione di un accordo riguardante la trasmissione dei dati personali. Vale la pena sottolineare che, diversamente da quanto avviene per l'Unione, Europol è espressamente dotata di personalità giuridica ex art.26 della Convenzione Europol e quindi non sussistono dubbi sulla sua competenza a concludere accordi internazionali.

intraprendere iniziative reciproche con gli Stati Uniti sulla “semplificazione della mutua assistenza giudiziaria tra le competenti autorità degli Stati Uniti e degli Stati Membri e in materia di estradizione in relazione al terrorismo nel rispetto delle regole costituzionali degli Stati Membri”⁴⁶⁰. In seguito alle conclusioni della riunione informale del 28 febbraio 2002 svoltasi a Santiago de Compostela, il Consiglio Giustizia e Affari Interni del 26 aprile 2002 autorizzava quindi la Presidenza a negoziare un accordo sulla cooperazione giudiziaria in materia di criminalità, incluso il terrorismo, sulla base degli articoli 24 e 38 del TUE⁴⁶¹: il mandato riguardava in particolare l’extradizione, la mutua assistenza giudiziaria, compreso lo scambio di dati, l’insediamento di un gruppo di investigazione comune, e l’instaurazione di singoli punti di contatto. Rispondendo alle richieste formulate dai governi nazionali di non permettere l’extradizione nel caso in cui l’imputato rischi una condanna alla pena di morte, il Consiglio stabiliva espressamente che ogni accordo in materia di estradizione stipulato dall’Unione dovesse essere condizionato alla previsione di garanzie sulla non imposizione di sentenze di condanna capitale, e all’assicurazione dell’esistenza di un certo livello di garanzie costituzionali riguardo agli altri tipi di condanna. In considerazione dell’esistenza di precedenti accordi bilaterali fra gli Stati membri e gli Stati Uniti, il Consiglio assicurava inoltre che il futuro accordo avrebbe in ogni caso salvaguardato l’efficienza di tali accordi.

La negoziazione degli accordi, affidata alla Presidenza assistita dalla Commissione, è stata accompagnata da numerose critiche da parte dei parlamenti nazionali, che lamentavano la mancanza di trasparenza⁴⁶². I lavori, iniziati nell’estate del 2002, furono infatti condotti in segreto fino alla fine del febbraio 2003, quando il Consiglio Giustizia e Affari Interni stabilì la sospensione delle negoziazioni in modo da lasciare il tempo alle delegazioni di esaminare tutti gli aspetti rilevanti del testo. Nelle sue conclusioni, il Consiglio affermava che gli accordi si sarebbero dovuti concludere in maggio o luglio,

⁴⁶⁰ Doc. SN 4296/2/01 REV 2, punto 4.

⁴⁶¹ Doc. 7991/02 (Presse 104), p.13.

⁴⁶² Il Parlamento Europeo, nella Raccomandazione B5-0540/2002, chiedeva al Consiglio di informare esso e i parlamenti nazionali riguardo all’andamento delle negoziazioni.. Statewatch, un’organizzazione no-profit che si occupa della tutela dei diritti fondamentali nell’Unione europea, pubblicava sul suo sito nell’estate 2002 una versione dell’accordo sotto forma di bozza del mandato di negoziazione.

dopo aver coinvolto i parlamenti nazionali in un'adeguata maniera⁴⁶³. Il testo degli accordi era però stato classificato come “confidenziale”, e non poteva essere “declassificato” (quindi reso pubblico) fino alla firma degli accordi. Nonostante numerosi parlamenti nazionali avessero accettato di esaminare i documenti in via confidenziale⁴⁶⁴, con una iniziativa senza precedenti, la Commissione si rivolgeva direttamente alla Presidenza greca con una lettera, invitandola a rendere pubblici gli accordi e a fornirli a tutti i parlamenti nazionali, affinché questi potessero sottoporli a scrutinio in maniera adeguata e con il tempo sufficiente ad esaminare le questioni costituzionali, giuridiche e politiche sollevate dagli accordi. Inoltre, conformandosi a quanto previsto dal Protocollo sul Ruolo dei Parlamenti nazionali annesso al Trattato di Amsterdam⁴⁶⁵, la Commissione chiedeva un periodo di 6 settimane per l'esame dei progetti di accordo. Gli accordi furono declassificati all'inizio del maggio 2003: il tempo a disposizione per lo scrutinio era assai limitato, dal momento che la decisione di autorizzazione della Presidenza a firmare gli accordi era presente nell'agenda del Consiglio Giustizia e Affari Interni del 5-6 giugno, e il giorno della firma era già stato fissato per il 25 giugno, in occasione del summit EU-USA a Washington⁴⁶⁶. Il Consiglio

⁴⁶³ Conclusioni del Consiglio Giustizia e Affari Interni del 27-28 febbraio 2003, doc. 6162/03, p.14: in esse si faceva riferimento per la prima volta in dettaglio al contenuto degli accordi.

⁴⁶⁴ Più rigorosa è invece stata la reazione della Commissione per l'Unione europea della House of Lords, la quale si è rifiutata di adempiere alla richiesta del governo britannico di esaminare gli accordi su base confidenziale. I membri della Commissione lamentavano che tale approccio era contrario ai principi dello scrutinio parlamentare e alle modalità con cui esso viene attuato nel Parlamento inglese da molti anni; inoltre non erano state fornite spiegazioni convincenti sulla necessità che gli accordi restassero classificati come confidenziali (*Report by the House of Lords European Union Committee on the EU-US Agreements on Extradition and Mutual Legal Assistance*, 38th Report, session 2002-2003, HL Paper 135, p. 7).

⁴⁶⁵ Protocollo n.9, 1997: esso prevede che “ un periodo di sei settimane intercorre tra la data in cui la Commissione mette a disposizione del Parlamento europeo e del Consiglio, in tutte le lingue, una proposta legislativa o una proposta relativa ad una misura da adottare a norma del titolo VI del trattato sull'Unione europea e la data in cui questa è iscritta all'ordine del giorno del Consiglio ai fini di una decisione, per l'adozione di un atto o per l'adozione di una posizione comune a norma dell'articolo 251 o 252 del trattato che istituisce la Comunità europea, fatte salve le eccezioni dettate da motivi di urgenza, le cui motivazioni sono riportate nell'atto o nella posizione comune” (punto 3).

⁴⁶⁶ Il comportamento delle istituzioni dell'Unione europea veniva aspramente criticato dalla House of Lords, la quale ribadiva che la decisione della Presidenza di mantenere la classificazione “confidenziale” sugli accordi dopo la conclusione della negoziazione tra Unione europea e Stati Uniti, e dopo che sul suo contenuto erano convenuti sia gli Stati membri dell'Unione che gli Stati Uniti, era inutile e contraria alla democraticità che deve pervadere le decisioni delle istituzioni dell'Unione riguardo all'accesso ai documenti. Il ruolo marginale assegnato ai parlamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione europea nell'ambito di trattati multilaterali emergeva ancora di più se confrontato con la posizione del Senato americano, il quale fa raccomandazioni e acconsente alla ratificazione di trattati che non sono self-executing (House of Lords, *EU-US Report*, p.8).

autorizzava quindi la Presidenza a designare le persone abilitate a firmare gli accordi a nome dell'Unione europea: gli accordi venivano firmati il 25 giugno 2003 a Washington⁴⁶⁷, ponendo l'accento sulla reciproca fiducia fra le parti e i valori condivisi da Unione europea e Stati Uniti.

La conclusione degli accordi è stata vissuta da molti Stati membri come un fatto compiuto, dal momento che ai parlamenti nazionali e al Parlamento europeo è stata concessa una possibilità assai limitata di verifica dei contenuti e praticamente nessuna opportunità di influire su questi o proporre emendamenti⁴⁶⁸. Tale situazione ha avuto importanti riflessi sulle vicende successive degli accordi. L'art. 1 della decisione del Consiglio di autorizzazione della firma degli accordi prevedeva infatti che "il Presidente del Consiglio è autorizzato a designare la (le) persona (persone) abilitata (abilitate) a firmare gli accordi in nome dell'Unione europea, con riserva della loro successiva conclusione": ciò implicava che il Consiglio dovesse adottare una seconda decisione di conclusione degli accordi in base all'art. 24 TUE. Tale norma, che, come si è detto, disciplina la conclusione degli accordi internazionali sulle materie rientranti nella politica estera e di sicurezza comune e si applica al terzo pilastro in virtù del richiamo operato dall'art. 38 TUE, prevede che "nessun accordo è vincolante per uno Stato membro il cui rappresentante in sede di Consiglio dichiara che esso deve conformarsi alle prescrizioni della propria procedura costituzionale" (par. 5)⁴⁶⁹. Nulla prevede la

⁴⁶⁷ In *GU* n. L 181 del 19 luglio 2003, p. 27 ss. e 34 ss.

⁴⁶⁸ V. MITSILEGAS, *The New EU-USA Cooperation on Extradition, Mutual Legal Assistance and the Exchange of Police Data*, in *European Foreign Affairs Review*, 2003, n.8, p. 526.

⁴⁶⁹ Tale disposizione, definita anche "clausola di esenzione" (A. TIZZANO, *La personalità giuridica dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 389), ha sollevato vari dubbi in dottrina. Le procedure cui il par. 5 dell'art. 24 TUE fa riferimento sono presumibilmente quelle relative alla competenza a stipulare (si pensi all'art. 80 Cost. It.). La "via d'uscita" fornita agli Stati membri dalla clausola ha condotto alcuni autori ad individuare in essa una prova dell'assenza di una personalità giuridica internazionale in capo all'Unione europea, poiché gli accordi conclusi ex art. 24 TUE sarebbero da ricondurre ai singoli Stati membri che li accettano (H. BRIBOSIA, A. WEYEMBERGH, *La personnalité juridique de l'Union européenne*, in M. DONY (ed.), *L'Union européenne et le monde après Amsterdam*, Bruxelles, 1999, p. 57). Al contrario, altra parte della dottrina vede nell'art. 24, par. 5, una conferma della personalità giuridica dell'Unione, unica competente a concludere accordi internazionali nel secondo e nel terzo pilastro vincolanti per gli Stati membri, cui però è garantita una forma di flessibilità simile ad altre rinvenibili nei trattati (si pensi all'astensione costruttiva o alle cooperazioni rafforzate: in questo senso cfr. A. TIZZANO, *La personalità giuridica dell'Unione europea* cit., p. 393; P. DES NERVIENS, *Le relations extérieures*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1997, p. 806). Inoltre, la diretta efficacia degli accordi conclusi ex art. 24 TUE per gli Stati membri, salvo che nel caso di ricorso alla clausola di esenzione, senza che sia necessario uno specifico atto (nazionale) di trasposizione dimostrerebbe l'efficacia diretta, o comunque la diretta applicabilità, di tali accordi, a differenza di quanto accade per le

norma sugli esiti possibili delle procedure interne, e ciò solleva molti dubbi soprattutto in considerazione della tutela della buona fede della controparte dell'accordo: tuttavia è da ritenere che il diritto degli Stati membri di invocare la riserva ex art. 24, par. 5, TUE sorga successivamente alla firma dell'accordo, ma prima che l'Unione ratifichi l'accordo: in questo modo la controparte, preso atto di quali stati hanno effettivamente accettato l'accordo, potrebbe a sua volta non ratificare⁴⁷⁰. La disposizione appare però essenziale per garantire un controllo democratico su accordi che, specie nel settore penale, interessano diritti umani fondamentali.

Una ventina di Stati membri hanno fatto ricorso alla clausola di cui all'art. 24, par. 5, TUE e ciò ha contribuito ad allungare i tempi dell'entrata in vigore degli accordi, che ad oggi non è ancora avvenuta⁴⁷¹. Per quanto riguarda l'Italia, l'esito del controllo interno sembra essere stato positivo, dato che il Consiglio dei Ministri ha approvato il 19 novembre 2008 il disegno di legge relativo all'attuazione, nei rapporti fra Stati Uniti e Italia, di quanto stabilito negli accordi del 2003⁴⁷².

Gli accordi stipulati fra Unione europea e Stati Uniti in materia di estradizione e di mutua assistenza giudiziaria, infatti, non mirano a sostituire gli esistenti accordi bilaterali fra questi ultimi e i singoli Stati membri, ma ad integrarli⁴⁷³: in entrambi gli accordi, l'art. 3 sul campo di applicazione degli stessi in relazione ai trattati bilaterali di estradizione e di mutua assistenza giudiziaria tra Stati Uniti e Stati membri, stabilisce che questi vengono applicati al posto, in aggiunta o in assenza di disposizioni degli accordi bilaterali riguardanti specifiche materie elencate nell'articolo⁴⁷⁴. Dal momento

convenzioni ex art. 34, par. 2, lett. d), TUE (M. CONDINANZI, *Fonti del «terzo pilastro» dell'Unione europea e ruolo della Corte Costituzionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, fasc. 3, 2007, p. 525).

⁴⁷⁰ In questo senso cfr. D. R. VERWEY, *The European Community, the European Union and the International Law of Treaties: A Comparative Legal Analysis of the Community and Union's External Treaty-Making Practice*, The Hague, 2004, p. 71.

⁴⁷¹ Il 23 settembre 2008 gli Stati Uniti hanno ratificato gli accordi conclusi con l'Unione europea.

⁴⁷² Disegno di legge n. C. 2014, presentato alla Camera il 12 dicembre 2008, il cui esame non è ancora iniziato.

⁴⁷³ Al momento della conclusione dell'accordo, tutti i 15 Stati membri dell'Unione avevano accordi bilaterali con gli Stati Uniti sull'extradizione, mentre 11 paesi membri avevano accordi bilaterali sulla mutua assistenza giudiziaria (Austria, Belgio, Grecia, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Spagna, Svezia e Regno Unito).

⁴⁷⁴ Ad esempio l'art. 4 del trattato sull'extradizione riguardante i fatti che danno luogo ad estradizione sostituisce le disposizioni del trattato bilaterale che autorizzano l'extradizione esclusivamente per un elenco di reati specifici (art.3, par.1, lett. a); l'art.6 (Collegamento in video conferenza) dell'accordo sulla mutua assistenza giudiziaria si applica per autorizzare l'assunzione della deposizione di una persona che

che non tutti i paesi membri hanno stipulato accordi bilaterali in materia di mutua assistenza giudiziaria, per i paesi mancanti l'accordo concluso tra l'Unione e gli Stati Uniti è destinato a disciplinare interamente la materia (art. 3, par. 3, lett. a).

Ciascuno Stato membro deve confermare, mediante il deposito di uno strumento scritto, che il pertinente trattato bilaterale (di estradizione o di mutua assistenza) in vigore con gli Stati Uniti è applicato come stabilito dalle norme sul campo di applicazione (art. 3, par. 2, lett. a) in entrambi i testi). Il ruolo "integrativo" dei nuovi accordi porta ad interrogarsi sul "valore aggiunto" da essi apportato: gli accordi sono destinati ad avere un impatto diverso su ogni Stato membro, e tale valore varierà da giurisdizione a giurisdizione, assumendo rilevanza minima nel caso di accordi bilaterali recenti e dettagliati⁴⁷⁵. Tuttavia gli accordi del 2003 rivestono una particolare importanza per lo sviluppo dei rapporti fra gli Stati Uniti ed gli Stati entrati nell'Unione europea dopo il 2004, trattandosi di paesi appartenenti all'Europa orientale che per molto tempo sono stati sotto l'influenza della Russia.

Nonostante la motivazione principale della stipulazione di tali accordi sia stata la lotta contro il terrorismo e la criminalità organizzata, il loro ambito di applicazione è molto più ampio: l'accordo sull'extradizione prevede che un fatto dia luogo ad estradizione se è punibile dalla legge dello Stato richiedente e dalla legge dello Stato richiesto con una pena privativa della libertà superiore, nel massimo, ad un anno o con pena più severa (art.4 co1). Anche l'accordo sulla mutua assistenza giudiziaria ha invece un'applicazione generale. L'ambito di applicazione degli accordi è quindi potenzialmente molto ampio, e questo potrebbe portare ad estendere in modo considerevole la cooperazione fra Unione e Stati Uniti⁴⁷⁶.

si trova nello Stato richiesto mediante tecnologie di trasmissione video tra lo Stato richiedente e lo Stato richiesto, ad integrazione dei poteri già conferiti dalle disposizioni del trattato bilaterale (art. 3, par.1, lett. c); l'art.10 dello stesso accordo (Richiesta di riservatezza da parte dello Stato richiedente) si applica in mancanza di disposizioni del trattato bilaterale relative alle circostanze in cui lo Stato richiedente può chiedere che la sua richiesta sia protetta da riservatezza (art.3, par.1, lett. g).

⁴⁷⁵ House of Lords, *EU-US Report* cit., p.9.

⁴⁷⁶ V. MITSILEGAS, *The New EU-USA Cooperation on Extradition, Mutual Legal Assistance and the Exchange of Police Data* cit., p. 526.

8.2. La tutela dei diritti umani negli accordi fra Stati Uniti e Unione europea

Per la natura della materia trattata, entrambi gli accordi contengono disposizioni in grado di incidere profondamente sui diritti e sulla libertà degli individui, ma a tale potere non corrispondono disposizioni altrettanto dettagliate sulla garanzia del rispetto dei diritti umani, e ciò preoccupa in considerazione del fatto che la controparte dell'Unione europea è un paese in cui è prevista la pena di morte⁴⁷⁷. Nel Preambolo di entrambi gli accordi si afferma che entrambe le parti tengono conto dei diritti della persona e dello Stato di diritto e delle garanzie stabilite nei rispettivi ordinamenti giuridici che sanciscono per l'indiziato di reato il diritto a un processo equo, nonché il diritto ad una sentenza pronunciata da un tribunale imparziale costituito a norma di legge. Manca però ogni riferimento alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. L'art. 17, par. 2, dell'accordo sull'estradizione prevede la consultazione tra lo Stato richiedente e quello richiesto nel caso in cui i principi costituzionali dello Stato richiesto o una sentenza definitiva per esso efficace possano impedire l'adempimento dell'obbligo di estradizione. In particolare, il riferimento alla "sentenza definitiva" efficace per lo Stato richiesto - che però manca nella versione in italiano dell'accordo (!) - permetterebbe alle sentenze emesse dalla Corte di Giustizia europea e dalla Corte europea dei diritti umani di incidere sulle domande di estradizione disciplinate dall'accordo⁴⁷⁸: l'art. 17, par. 2, costituisce quindi una base implicita per il rifiuto dell'estradizione in conformità di quanto previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴⁷⁹. La norma riconosce anche la possibilità che i principi costituzionali dello Stato richiesto possano impedire il

⁴⁷⁷ Molte organizzazioni per la tutela dei diritti umani hanno denunciato tale mancanza: Statewatch ha evidenziato che negli accordi risultano indebolite le garanzie a tutela delle libertà civili contro perquisizioni e sequestri, confisca di beni ed intercettazione di telecomunicazioni; inoltre molte tradizionali ragioni di rifiuto contro l'estradizione non sono menzionate (*Statewatch analysis on EU-US agreements on extradition and mutual assistance*, disponibile su www.statewatch.org). Anche Amnesty International ha denunciato le gravi carenze nella tutela dei diritti umani presenti negli accordi, in particolare in riferimento a pena di morte e giusto processo (Amnesty International, *EU-US agreement still flawed on human rights*, 4.6.03, www.amnesty-eu.org).

⁴⁷⁸ Il Ministro della Giustizia greco Petsalnikos ha sottolineato come tale disposizione costituisca il punto di contatto tra gli accordi e la Convenzione europea sui diritti umani.

⁴⁷⁹ Questa interpretazione è condivisa da molti Stati membri (House of Lords, *EU-US Report cit.*, p.11)

soddisfacimento della domanda di estradizione⁴⁸⁰: la disposizione non introduce limiti riguardo il fine dell'obbligo di rilevanza costituzionale che può essere invocato, quindi lo Stato richiesto potrebbe considerare gli impegni internazionali assunti sul piano dei diritti umani come parte dei suoi principi costituzionali. Inoltre l'art.17 stabilisce un obbligo di consultazione, non di raggiungimento di un risultato che permetta l'extradizione, quindi non può aver l'effetto di far superare i principi costituzionali dello Stato richiesto⁴⁸¹. Occorre infine rilevare che la medesima disposizione prevede che gli Stati possano opporre motivi di rifiuto ulteriori se contemplati negli accordi bilaterali.

Uno degli aspetti più delicati degli accordi riguarda la pena di morte: l'articolo 13 dell'accordo sull'extradizione stabilisce che nel caso in cui il reato per cui si chiede l'extradizione sia punibile con la pena di morte, lo Stato richiesto può concedere l'extradizione a condizione che la persona ricercata non sia condannata a morte o che, se per motivi procedurali tale condizione non possa essere soddisfatta dallo Stato richiedente, la condanna a morte, se inflitta, non sia eseguita⁴⁸². Se lo Stato richiedente non accetta le condizioni, la richiesta di estradizione "può" essere respinta: la norma sembra lasciare un margine di discrezionalità a favore dello Stato richiesto nel valutare se soddisfare o meno la domanda (d'altra parte la stessa scelta di condizionare l'extradizione alla non inflizione o non esecuzione della pena è lasciata allo Stato richiesto) e ciò appare come un elemento di debolezza nella tutela dei diritti umani.

All'interno dell'accordo sulla mutua assistenza giudiziaria non è invece presente alcuna norma di salvaguardia per i casi di pena di morte: ciò significa che non è esclusa a priori l'assistenza nei casi in cui tale pena può essere inflitta (fra cui anche gravi reati di terrorismo). Molti governi hanno comunque fornito l'assicurazione che, nonostante la mancanza di una norma espressa, si asterranno dal collaborare con gli Stati Uniti o sottoporranno la cooperazione a condizioni nel caso in cui le informazioni trasmesse possano essere utilizzate per pronunciare o eseguire una condanna a morte⁴⁸³.

⁴⁸⁰ Nell'accordo sulla mutua assistenza giudiziaria l'art.13 prevede che lo Stato richiesto possa addurre motivi di rifiuto all'assistenza quando essa ne pregiudicherebbe la sovranità, la sicurezza, l'ordine pubblico o altri interessi essenziali.

⁴⁸¹ Amnesty International, *EU-US agreement still flawed on human rights* cit., p.5

⁴⁸² Quest'ultima disposizione è giustificata dalla circostanza che in alcuni Stati americani in certe circostanze è obbligatorio imporre la pena di morte.

⁴⁸³ House of Lords, *EU-US Report* cit., p.13.

Ulteriori perplessità sono state sollevate con riferimento alla tutela dei dati personali. L'art. 9 dell'accordo sulla mutua assistenza giudiziaria prevede una serie di restrizioni all'uso dei dati personali per motivi di protezione o di altro tipo, ma non c'è alcun riferimento a specifici strumenti di protezione dei dati come la Convenzione del Consiglio d'Europa relativa alla protezione delle persone nei confronti del trattamento automatizzato dei dati di carattere personale del 1981 o le direttive comunitarie in materia. Inoltre la norma prevede che lo Stato richiedente possa utilizzare le informazioni ottenute: ai fini delle sue indagini e di procedimenti finali; per la prevenzione di una minaccia immediata e grave per la sicurezza pubblica; in procedimenti giudiziari non penali o amministrativi connessi con le indagini o con procedimenti finali o con procedimenti in cui è stata fornita assistenza giudiziaria alle autorità amministrative. L'uso di tali informazioni è altresì autorizzato "per qualsiasi altra finalità" se esse sono state rese pubbliche durante i procedimenti di trasmissione, oppure previa autorizzazione dello Stato richiesto: vengono così fortemente ampliati i limiti entro cui è possibile l'utilizzo dei dati. Anche l'accordo sull'estradizione prevede la possibilità per lo Stato richiedente di comunicare dati sensibili a sostegno della domanda di estradizione, rimettendo ad esso anche la facoltà di decidere se comunicare tali informazioni nel caso in cui lo Stato richiesto non sia in grado di proteggere i dati nel modo voluto dal richiedente (art.14)⁴⁸⁴.

Il silenzio dei trattati riguardo alle norme europee sui diritti umani rappresenta la perdita di una importante opportunità⁴⁸⁵: includere un riferimento espresso alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla Carta dei diritti fondamentali avrebbe apportato un reale "valore aggiunto", ed avrebbe fornito un'efficace giustificazione alla negoziazione degli accordi da parte dell'Unione piuttosto che da ogni singolo Stato

⁴⁸⁴ Occorre ricordare che Comunità europea e Stati Uniti hanno concluso nel 2004 l'accordo sul trattamento e il trasferimento dei dati di identificazione delle pratiche (Passenger Name Record - PNR). Tuttavia la Corte di Giustizia ha annullato la decisione relativa alla conclusione dell'accordo adottata in base all'art. 95 TCE, affermando che il trasferimento dei dati "costituisce un trattamento avente come oggetto la pubblica sicurezza e le attività dello Stato in materia di diritto penale": l'accordo doveva essere dunque concluso nel quadro del terzo pilastro (Corte di Giustizia, cause riunite C- 317/04 e C- 318/04, *Parlamento europeo c. Consiglio*, sentenza del 30 maggio 2006, in *Racc.* I-4721).

⁴⁸⁵ V. MITSILEGAS, *The New EU-USA Cooperation on Extradition, Mutual Legal Assistance and the Exchange of Police Data* cit., p.534. In dottrina si è giunti ad affermare che "the conclusion of the EU-US Agreements should be understood in the light of their tendency to generate derogations from European safeguards that are supposed to be central to European legal system" (T. GEORGOPOULOS, *What kind of treaty-making power for the EU?*, in *European Law Review*, 2005, p. 204).

membro. Inoltre si sarebbe innalzato il livello di tutela dei diritti umani nei futuri trattati bilaterali tra gli Stati membri e gli Stati Uniti, dal momento che essi devono essere conformi agli accordi tra Unione e Stati Uniti (art.18 accordo sull'extradizione; art.14 accordo sulla mutua assistenza)⁴⁸⁶.

8.3. Altre disposizioni rilevanti

L'articolo 10 dell'accordo sull'extradizione disciplina il caso di una richiesta di estradizione o di consegna da parte di più Stati: il primo paragrafo prevede che, in caso di richieste da parte di più Stati per la stessa persona, per lo stesso reato o per reati diversi, sia l'autorità di esecuzione dello Stato richiesto a decidere quale domanda soddisfare. Il secondo paragrafo riguarda il conflitto fra una richiesta di estradizione dagli Stati Uniti e una richiesta di consegna in base ad un mandato di arresto europeo: anche in questo caso sarà l'autorità competente dello Stato membro richiesto a decidere a quale Stato consegnerà eventualmente la persona⁴⁸⁷. Durante la negoziazione dell'accordo, il governo francese ha sollevato molte perplessità sull'assimilazione di una domanda di arresto o consegna fatta in base al mandato di arresto europeo ad una normale richiesta di estradizione ricevuta da uno Stato membro, in quanto ciò avrebbe precluso in futuro di conferire al mandato di arresto europeo una priorità sulle domande di estradizione provenienti dagli Stati Uniti⁴⁸⁸. Tuttavia l'art. 21 dell'accordo sull'extradizione prevede un riesame dell'accordo entro al massimo cinque anni dopo la sua entrata in vigore: l'articolo specifica che il riesame riguarda in particolare

⁴⁸⁶ House of Lords, *EU-US Report* cit., p.11.

⁴⁸⁷ In entrambi i casi lo Stato richiesto deve valutare tutti i fattori pertinenti, fra cui quelli specificati nel trattato di estradizione applicabile. Nel caso in cui l'accordo bilaterale non specifichi tali fattori, intervengono quelli contenuti nell'accordo tra Unione europea e Stati Uniti: richiesta presentata in applicazione di un trattato; luogo in cui è stato commesso ciascuno dei reati; interessi rispettivi degli Stati richiedenti; gravità dei reati; cittadinanza della vittima; possibilità di eventuale estradizione successiva fra gli Stati richiedenti; ordine cronologico di ricezione delle richieste trasmesse dagli Stati richiedenti (art. 10 par.3).

⁴⁸⁸ Il riconoscimento della priorità del mandato di arresto europeo è, secondo il governo francese, conforme allo sviluppo di un vero spazio giudiziario europeo. Occorre comunque notare che nella decisione-quadro sul mandato di arresto europeo non è riconosciuta ad esso alcuna priorità, dal momento che l'art.16, par. 3, stabilisce che "in caso di conflitto tra un mandato di arresto europeo ed una richiesta di estradizione presentata da un paese terzo, la competente autorità dell'esecuzione decide se dare la precedenza al mandato di arresto europeo o alla richiesta di estradizione, tenuto debito conto di tutte le circostanze, in particolare di quelle di cui al paragrafo 1- gravità del reato, luogo di commissione e date delle rispettive domande - e di quelle indicate nella convenzione o nell'accordo applicabile".

l'attuazione pratica dell'accordo e anche le questioni collegate alla conseguenze dell'ulteriore evoluzione registrata nell'Unione europea sul tema oggetto dell'accordo, comprendendo quindi futuri sviluppi della disciplina del mandato di arresto europeo⁴⁸⁹.

Attraverso entrambi gli accordi si è voluta estendere agli Stati Uniti parte della disciplina sulla cooperazione giudiziaria elaborata fra gli Stati membri, in particolare le disposizioni contenute nella Convenzione dell'Unione europea sulla mutua assistenza giudiziaria del 2000 e il suo protocollo⁴⁹⁰. Altri testi che hanno influenzato l'elaborazione degli accordi con gli Stati Uniti sono la Convenzione europea sull'estradizione del 13 dicembre 1957, la Convenzione di Schengen e la decisione-quadro sul mandato di arresto europeo.

Passando al regime previsto dall'accordo sulla mutua assistenza giudiziaria, l'art. 5 la costituzione di squadre investigative comuni, le quali operano nei rispettivi territori di ciascuno Stato membro e degli Stati Uniti quando ritenuto appropriato sia dallo Stato membro interessato che dagli Stati Uniti. Le procedure secondo cui la squadra deve operare (riguardanti ad esempio composizione, durata, funzioni) sono concordate dalle autorità competenti responsabili delle indagini o dell'azione penale, designate dallo Stato interessato (art.5, par. 2): non è chiaro se tali regole operative, che includono anche aspetti come la responsabilità dei membri della squadra, debbano essere fissate tramite atti legislativi (essendo così soggette anche a controllo parlamentare) o possano assumere la forma di mero accordo di esecuzione fra le autorità competenti⁴⁹¹. In quest'ultimo caso la disciplina si porrebbe in aperto contrasto con quanto previsto per le squadre investigative comuni a livello dell'Unione, dove regole precise su poteri, responsabilità penale e civile, protezione dei dati personali sono stabilite attraverso strumenti normativi del terzo pilastro⁴⁹². Quando la squadra investigativa comune

⁴⁸⁹ Nella versione originaria dell'articolo si faceva riferimento in particolare, fra gli oggetti del riesame, all'art.10 dell'accordo: inoltre nel preambolo della decisione del Consiglio di autorizzazione della firma degli accordi, l'Unione europea ha dichiarato che l'articolo 10 non costituisce un precedente per quanto riguarda i negoziati con paesi terzi. Infine nella nota esplicativa dell'accordo di estradizione, la quale rispecchia le intese fra le parti per l'applicazione di alcune disposizioni, è previsto che l'art.10 lascia impregiudicati gli obblighi degli Stati che sono parti dello statuto di Roma della Corte penale internazionale e i diritti degli Stati Uniti in quanto non parti nei confronti della Corte.

⁴⁹⁰ V. *supra* par. 7 ss.

⁴⁹¹ House of Lords, *EU-US Report* cit., p.13

⁴⁹² Decisione-quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 sulle squadre investigative comuni, in *GU* n. L 162 del 20 giugno 2002, p. 1 ss.

ritiene necessario intraprendere azioni investigative in uno degli Stati che hanno costituito la squadra, uno dei membri di essa può fare richiesta direttamente alla propria autorità competente senza che gli altri Stati debbano presentare richiesta di assistenza giudiziaria (art. 5, par. 4).

L'accordo incoraggia anche l'utilizzo di tecnologie di videoconferenza per l'assunzione della deposizione di un testimone o di un perito che si trova nello Stato richiesto, a condizione che per il procedimento sia disponibile l'assistenza giudiziaria (art.6, par. 1).

La disposizione non pregiudica l'applicazione degli accordi bilaterali tra Stati membri e Stati Uniti che esigono o consentono l'impiego di tecnologie di collegamento in videoconferenza per fini non menzionati dall'accordo tra Unione e Stati Uniti (art. 6, par. 6).

Gli accordi fanno quindi propri alcuni dei meccanismi tipici delle nuove forme di cooperazione e ciò costituisce un reale "valore aggiunto" di tali strumenti, che potranno modernizzare i trattati bilaterali, in particolare quelli più risalenti nel tempo (si pensi all'accordo sulla mutua assistenza giudiziaria fra Italia e Stati Uniti del 1984).

9. La cooperazione in materia penale nel Trattato di Lisbona

Come è noto, il 13 dicembre 2007 è stato firmato a Lisbona il Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea⁴⁹³. L'entrata in vigore del Trattato è subordinata alla ratifica da parte dei 27 Stati membri, che si auspicava potesse avvenire entro il 1° gennaio 2009, prima dello svolgersi delle nuove elezioni del Parlamento europeo, previste per maggio 2009. Il cammino del Trattato di riforma ha subito una battuta d'arresto a seguito della bocciatura del referendum irlandese avvenuta nel giugno del 2008. Durante il Consiglio europeo svoltosi il 20 giugno 2008 a Bruxelles i rappresentanti degli Stati membri hanno deciso di continuare con il processo delle ratifiche, in modo da non frenare le iniziative già intraprese, manifestando però la necessità di una "pausa di riflessione" per trovare una soluzione⁴⁹⁴. Attualmente (gennaio 2009) sono 25 i paesi che hanno ratificato il Trattato

⁴⁹³ In *GU* n. C 306 del 17 dicembre 2007, p. 1 ss.

⁴⁹⁴ Cfr. Consiglio europeo di Bruxelles del 19-20 giugno 2008, Conclusioni della Presidenza, doc. n. 11018/08, punti 1-5.

di Lisbona⁴⁹⁵, cui si dovrebbe aggiungere presto la Repubblica ceca dopo il via libera della Corte Costituzionale sulla compatibilità con la costituzione ceca del Trattato di riforma.

Numerose e profonde sono le novità introdotte dal Trattato di Lisbona, molte delle quali riprendono le soluzioni elaborate nel Trattato costituzionale, con un “nuovo spirito” che avrebbe dovuto condurre più facilmente alla sua entrata in vigore: di seguito di esamineranno le modifiche più rilevanti che hanno un impatto sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale⁴⁹⁶.

In primo luogo, cambia l'assetto dei trattati istitutivi, anche nell'ottica di semplificare le fonti del diritto dell'Unione europea. Così il Trattato sull'Unione europea (TUE), pur mantenendo la sua denominazione, diviene il “trattato di base” dove sono contenuti i principi generali dell'azione dell'Unione, mentre il Trattato istitutivo della Comunità europea diviene “Trattato sul funzionamento dell'Unione europea” (TFUE), ove è contenuta la disciplina specifica delle politiche dell'Unione⁴⁹⁷. Sempre al fine di semplificare l'assetto attuale dell'unione, il Trattato di riforma sopprime la struttura “a pilastri” dell'Unione europea attualmente delineata dai Trattati istitutivi, e prevede un nuovo soggetto, l'Unione, dotato di personalità giuridica, che sostituisce e succede alla Comunità (art. 1 TUE)⁴⁹⁸. Il terzo pilastro è il settore maggiormente colpito da questa opera di unificazione: l'intero Titolo VI del TUE viene infatti ricollocato nel TFUE sotto il Titolo V denominato “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” (artt. 67 - 89)⁴⁹⁹. Sotto il medesimo “cappello” vengono dunque ricomprese le disposizioni generali

⁴⁹⁵ L'Italia ha ratificato il Trattato di Lisbona con L. n. 130 del 2 agosto 2008, in *GU S.O.* n. 185 dell'8 agosto 2008.

⁴⁹⁶ Per un'analisi delle principali novità introdotte dal Trattato di Lisbona cfr. J. ZILLER, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, 2007; M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: winning minds, not hearts*, in *Common Market Law Review*, n. 45, 2008, p. 617 ss.

⁴⁹⁷ L'art. 1 di entrambi i testi specifica che i due trattati hanno lo stesso valore giuridico. Tuttavia c'è chi ha evidenziato che fra il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato sul funzionamento esiste un collegamento strumentale (nel senso che al Trattato sul funzionamento è attribuita la funzione di definire i settori di competenza dell'Unione e le modalità per l'esercizio delle stesse), e ciò influisce sull'interpretazione del trattato “servente”, che sarà condizionata dai principi fissati nel Trattato sull'Unione europea (L. DANIELE, *L'architettura dei nuovi trattati e i loro rapporti reciproci*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008).

⁴⁹⁸ Nel citare gli articoli si farà riferimento alla versione consolidata del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea pubblicata in *GU* n. C115 del 9 maggio 2008, p. 1 ss.

⁴⁹⁹ La politica estera e di sicurezza comune resta invece sottoposta ad un regime differenziato, la cui disciplina resta nel TUE: ciò conferma la tendenza ad una netta differenziazione fra secondo e terzo pilastro, e la maggiore vicinanza di quest'ultimo alla modello comunitario.

(Capo I), le politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione (Capo II), la cooperazione giudiziaria materia civile (Capo III), la cooperazione giudiziaria in materia penale (Capo IV) e la cooperazione di polizia (Capo V). Tale rivoluzione si pone alla fine di un cammino iniziato con Maastricht e rafforzatosi con il Trattato di Amsterdam e Nizza, ma soprattutto sancisce la volontà degli Stati membri di estendere il metodo comunitario anche alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

La riforma attuata con il Trattato di Lisbona comporta infatti che le materie attualmente ricomprese nel terzo pilastro siano disciplinate con gli stessi strumenti delle altre politiche comunitarie: in particolare, anche in questo settore si farà ricorso a regolamenti, decisioni e direttive, e l'adozione degli atti avverrà a maggioranza qualificata, attraverso la procedura di codecisione⁵⁰⁰. Alla Commissione è attribuito il monopolio del potere di iniziativa: tuttavia è previsto che anche gli Stati possano presentare iniziative, non singolarmente ma in un numero pari almeno ad un quarto (art. 76). Al Consiglio europeo spetta invece definire gli "orientamenti strategici della programmazione legislativa ed operativa" nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Altra conseguenza importante che deriva dalla comunitarizzazione del terzo pilastro operata dal Trattato di Lisbona è l'estensione alle materie in esso ricomprese della giurisdizione della Corte di Giustizia, senza i limiti attualmente previsti: ciò rappresenta un notevole passo in avanti per la protezione dei diritti dei singoli in un settore tanto delicato⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ Gli atti adottati tramite la procedura ordinaria, ovvero la codecisione, sono definiti "atti legislativi", mentre non legislativi sono quegli atti la cui adozione avviene tramite una procedura speciale, da adottarsi ogni volta ciò sia espressamente richiesto disposizioni del TFUE. L'art. 9 del Protocollo 10 sulle disposizioni transitorie precisa altresì che gli effetti degli atti adottati dalle istituzioni in base al TUE prima dell'entrata in vigore delle riforme di Lisbona restano invariati finché non intervengano modifiche o abrogazioni da parte dei nuovi strumenti previsti nel TFUE.

⁵⁰¹ Così R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Lisbona e le modifiche al sistema giurisdizionale dell'Ue*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008. Restano escluse dal controllo le operazioni di polizia e quelle intraprese per il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna (art. 276 TFUE). È inoltre previsto che nel caso di rinvio pregiudiziale, quando il procedimento *a quo* riguarda una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile (art. 267, ult. cpv.)

La PESC resta invece ancora esclusa da ogni tipo di controllo giurisdizionale, salvo con riferimento alle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, che possono essere oggetto di ricorsi di annullamento (art. 275 TFUE). Tuttavia l'art. 10 del Protocollo 10 sulle disposizioni transitorie prevede l'esclusione per cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di riforma del controllo

La competenza dell'Unione nel settore dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, concorre con quella degli Stati membri: ciò implica che sia l'Unione che gli Stati possono adottare atti giuridicamente vincolanti, ma gli Stati membri non potranno esercitare le loro competenze una volta che l'Unione abbia esercitato le proprie⁵⁰².

L'art. 67 TFUE stabilisce che “[l]’Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri”, in cui sia garantita la libera circolazione delle persone ed un elevato livello di sicurezza. Viene quindi riaffermato il principio dell’assenza di controllo alle frontiere, accompagnato da una politica comune sull’immigrazione e da controlli alle frontiere esterne dell’Unione gestiti a livello sovranazionale, grazie alla solidarietà fra gli Stati membri⁵⁰³, mentre lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia assume una valenza autonoma nel processo di integrazione europea, affrancandosi sempre più dall’obiettivo del mercato interno⁵⁰⁴.

Il Trattato di riforma istituzionalizza anche il metodo del “doppio binario” della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale fra gli Stati membri dell’Unione europea, fondato sul principio del mutuo riconoscimento e sul ravvicinamento delle legislazioni, espressamente richiamati dagli artt. 67, par. 3, e 82: in questo modo, il mutuo riconoscimento sancito a Tampere nel 1999 trova una sua base “costituzionale”.

giurisdizionale sugli atti del terzo pilastro adottati prima di tale data, anche per quegli Stati che abbiano accettato la competenza della Corte ex art. 35 TUE.

⁵⁰² Sulla delimitazione delle competenze fra Unione e Stati membri nel Trattato di riforma cfr. U. DRAETTA, *Le competenze dell’Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, fasc. 2, 2008, p. 245 ss. Il Trattato di Lisbona distingue fra competenze esclusive dell’Unione, ove solo questa può adottare atti giuridici vincolanti (gli Stati possono adottare atti vincolanti se autorizzati dall’Unione o per dare attuazione ad atti di questa), competenze concorrenti e competenze di sostegno, coordinamento o completamento dell’azione degli Stati membri, nuova categoria in cui sono ricompresi settori in cui l’Unione può solo intervenire per integrare l’azione degli Stati membri, ma non può procedere ad alcun tipo di armonizzazione. La suddivisione dei settori nelle categorie di competenze di cui sopra è delineata nel TFUE (art. 2 ss.). L’Unione ha competenza esclusiva nei settori relativi a unione doganale, definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno, politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l’euro, conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca, politica commerciale comune. I settori in cui la competenza è invece suddivisa fra Unione e Stati membri sono indentificati con criterio residuale, ovvero sono di competenza concorrente tutte quelle materie non rientranti nelle competenze esclusive o di sostegno: tuttavia l’art. 4TFUE specifica i principali settori in cui l’Unione esercita una competenza concorrente, fra cui lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. 4, par. 2, lett. j).

⁵⁰³ Sul punto cfr. F. CHALTIEL, *Le Traité de Lisbonne: l’espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Petite Affiches*, n. 67, 2008, p. 6.

⁵⁰⁴ In questo senso cfr. R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma: le disposizioni generali*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008.

L'art. 82 TFUE prevede inoltre la possibilità di procedere ad una armonizzazione delle normative penali processuali in materia di ammissibilità reciproca delle prove, di diritti della persona nella procedura penale, di diritti delle vittime della criminalità, o di altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio, sempre al fine di “facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale”. Tuttavia gli Stati membri, nel caso in cui ritengano che un progetto di direttiva per l'armonizzazione delle normative penali incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico, possono demandare la questione al Consiglio europeo: la procedura legislativa ordinaria resterà quindi sospesa finché non si trovi una soluzione in tale sede. Nel caso in cui gli Stati membri non trovino un accordo in seno al Consiglio europeo, si potrà procedere ad una cooperazione rafforzata, se almeno nove Stati vogliano attuare quanto previsto dalla direttiva. I meccanismi fin qui delineati introducono dunque un margine di flessibilità a favore degli Stati membri, a fronte dell'estensione del metodo della maggioranza qualificata⁵⁰⁵.

Altra disposizione innovativa è rappresentata dall'art. 83 TFUE, che prevede la competenza di Parlamento europeo e Consiglio a stabilire “norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni”. Tale norma è stata interpretata nel senso di attribuire all'Unione, pur con cautele, una competenza diretta in materia penale, giustificata dalla particolare natura dei reati di cui si tratta⁵⁰⁶. Tuttavia anche l'art. 83 prevede, al par. 3, la possibilità per gli Stati membri di sospendere la procedura di adozione delle direttive tese al ravvicinamento quando queste incidano su aspetti fondamentali del proprio ordinamento interno, demandando la

⁵⁰⁵ F. CHALTIEL, *Le Traité de Lisbonne: l'espace de liberté, de sécurité et de justice* cit., p. 10.

⁵⁰⁶ L. SALAZAR, *Il quadro dei rapporti giurisdizionali con l'estero tra norme convenzionali, fonti “derivate” UE e tessuto codicistico*, relazione tenuta durante l'incontro di studi sul tema “Gli strumenti di contrasto patrimoniale alla criminalità organizzata transnazionale nella legislazione comunitaria e nella legislazione interna”, Roma 6-8 ottobre 2008. I reati su cui l'Unione può intervenire per la definizione di elementi minimi o delle sanzioni sono: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata. Per ampliare tale elenco occorre una decisione all'unanimità del Consiglio, previo parere del Parlamento europeo.

questione al Consiglio europeo. Questo meccanismo fa sì che l'armonizzazione delle normative nazionali resti subordinata alla volontà sovrana degli Stati membri⁵⁰⁷.

Dagli elementi fin qui delineati emerge come lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia sia il settore dove sono state operate le maggiori modifiche e dove gli Stati hanno effettivamente manifestato la volontà di una sempre maggiore integrazione che porti ad una vera e propria unione politica. L'accettazione di nuove limitazioni di sovranità nel delicato settore della giustizia comporta uno sforzo notevole, che non tutti gli Stati membri hanno però dimostrato di voler fare. In linea con quanto già accade nel contesto attuale in virtù dei Protocolli n. 4 e 5 allegati al Trattato che istituisce la Comunità europea, Regno Unito, Irlanda e Danimarca hanno limitato la loro vincolatività alle politiche attuate dall'Unione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Così Regno Unito e Irlanda non partecipano all'adozione delle misure riguardanti le materie ricomprese nel nuovo Titolo V TFUE, né possono essere vincolati dalle nuove disposizioni sulla competenza della Corte di Giustizia nel settore penale: tuttavia possono notificare al Consiglio la volontà di partecipare all'adozione di determinati atti, da cui saranno vincolati (Protocollo n. 21). La Danimarca invece non solo non partecipa all'attuazione del nuovo Titolo V, ma non può neppure decidere di aderire ad alcune iniziative: può però decidere di non avvalersi più del Protocollo n. 22. Con i protocolli menzionati non solo si è mantenuta la posizione attuale di Regno Unito, Irlanda e Danimarca rispetto a determinate politiche dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma si è andati ben oltre, estendendo le clausole di *opting-in* e *opting-out* anche alla cooperazione in materia penale, cui attualmente i tre Stati partecipano⁵⁰⁸: se tale soluzione può apparire come un passo indietro nel processo di integrazione nel settore penale, essa appare però necessaria per non fermare il percorso di comunitarizzazione della materia intrapreso da tutti gli altri Stati membri.

Nel caso di entrata in vigore, il Trattato di Lisbona è destinato ad incidere fortemente sulle cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale fra gli Stati membri,

⁵⁰⁷ In questo senso cfr. A. AMENDOLA, *La lotta al traffico illecito di stupefacenti attraverso l'armonizzazione delle norme penali degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, fasc. 2, 2008, p. 398.

⁵⁰⁸ Il Protocollo n. 19 introduce novità anche riguardo alla partecipazione di Regno Unito, Irlanda e Danimarca all'attuazione dell'*acquis* di Schengen, su cui cfr. R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 1, 2008, p. 63.

prevedendo un sistema maggiormente integrato in cui gli Stati hanno accettato di limitare parte delle proprie competenze: ciò appare come una conquista per l'integrazione europea, data la sensibilità del settore penale. A tale devoluzione verso l'alto di talune competenze in materia penale deve però corrispondere anche un'adeguata tutela dei diritti individuali, che sicuramente resterà la preoccupazione principale dei governi nazionali, i quali potrebbero ricorrere ai meccanismi previsti dai citati artt. 82 e 83 TFUE per sospendere la procedura di adozione di determinati atti. Tuttavia, il nuovo ruolo attribuito alla Carta dei diritti fondamentali firmata a Nizza del 2000, cui si riconosce la stessa efficacia giuridica dei trattati (art. 6, par. 1, TUE), nonché la prospettiva dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo aperta dall'art. 6, par. 2, TUE dovrebbero costituire i mezzi adeguati per garantire la tutela dei singoli nella nuova Unione, anche (e forse soprattutto) in ambito penale.

CAPITOLO III

LA COOPERAZIONE INTERNAZIONALE PER IL SEQUESTRO E LA CONFISCA DEI PROVENTI DI REATO

SOMMARIO: 1. La criminalità organizzata come “criminalità del profitto” e lo sviluppo di nuovi strumenti di contrasto; 2. La confisca dei proventi di reato come moderno strumento nella lotta alla criminalità economica; 3. La cooperazione internazionale in materia di sequestro e confisca dei proventi di reato; 3.1. Le prime forme di cooperazione internazionale per la confisca dei proventi di reato: dalla Convenzione di Vienna del 1988 contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope ...; 3.2. (segue) ... alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato; 3.2.1. Le misure da adottare a livello nazionale; 3.2.2. La cooperazione internazionale in materia di sequestro e confisca ai sensi della Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato del 1990; 4. L'evoluzione della cooperazione in materia di confisca; 5. La confisca nella cooperazione fra gli Stati dell'Unione europea; 6. La confisca nelle convenzioni settoriali: corruzione e criminalità organizzata transnazionale; 7. Il congelamento di beni di persone fisiche e giuridiche sospettate di finanziare il terrorismo.

1. La criminalità organizzata come “criminalità del profitto” e lo sviluppo di nuovi strumenti di contrasto

Le nuove forme della cooperazione fra Stati in materia penale sono state fortemente condizionate dall'evoluzione della criminalità verso una dimensione fortemente economica e finanziaria. È noto a tutti il fatto che la globalizzazione dei mercati e delle economie ha comportato l'ampliamento del raggio d'azione delle organizzazioni criminali, le quali hanno sfruttato le possibilità offerte dalle nuove forme di mobilità di beni e di capitali⁵⁰⁹. A partire dalla fine degli anni '90, si è assistito al vertiginoso aumentare dei fenomeni di accumulo di ricchezza da parte della criminalità organizzata, soprattutto attraverso le operazioni di *trafficking* di droga, ma anche di essere umani. I rischi connessi al fenomeno di una criminalità organizzata sempre più orientata verso il profitto non riguardano soltanto l'ordine pubblico e la sicurezza, ma anche l'ordine economico. La disponibilità di ingenti somme di denaro poste al di fuori dei canali finanziari ordinari, infatti, determina la creazione di un forte potere nelle mani di chi possiede tale ricchezza ed è in grado, attraverso pratiche corruttive o di estorsione, di imporsi sui mercati in modo illecito, distorcendo altresì le regole della concorrenza⁵¹⁰. Inoltre, gli ingenti profitti tratti dalle attività illecite delle organizzazioni criminali

⁵⁰⁹ Sulle nuove forme assunte dalla criminalità per effetto della globalizzazione v. *supra* Cap. I, par. 1.

⁵¹⁰ In questo senso cfr. L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, p. 2 ss.

devono in qualche modo essere reimpiegati. Le risorse vengono solo in parte riutilizzate nei mercati illeciti - ad esempio per acquistare la droga - anche per evitare che un eccesso di offerta provochi un abbassamento dei prezzi sul mercato, mentre il resto viene indirizzato verso attività imprenditoriali⁵¹¹, provocando così l'inquinamento dei mercati leciti. L'attività di riciclaggio del denaro "sporco" diviene quindi la cerniera fra crimine organizzato ed economia legale, e per tale ragione su di essa la politica criminale nazionale ed internazionale si è molto concentrata negli ultimi anni, al fine di predisporre strumenti efficaci di contrasto⁵¹². La cooperazione internazionale contro il riciclaggio si è indirizzata in primo luogo verso l'introduzione dell'obbligo di incriminare quelle condotte aventi ad oggetto i proventi di reato e poste in essere al fine di occultarne la provenienza illecita⁵¹³. La strategia antiriciclaggio si è poi sviluppata

⁵¹¹ Così P. L. VIGNA, *Le basi economiche del crimine organizzato: forme di prevenzione e strategie di contrasto dell'accumulo dei capitali illeciti nell'ottica della collaborazione giudiziaria internazionale*, relazione tenuta all'incontro di studio sul tema "Sequestro e confisca dei beni di origine o destinazione illecita: i moderni strumenti di contrasto sul piano patrimoniale nei confronti della criminalità organizzata nella prospettiva europea", Roma, 15 – 19 marzo 2004, p. 5, reperibile su www.csm.it. Con particolare riferimento alla mafia, può affermarsi che il reimpiego dei profitti illeciti in attività lecite o paratecite, come il gioco d'azzardo, risponde sia ad una logica imprenditoriale di diversificazione, che alla volontà di acquisire consenso sociale, dando vita a forme di attività economica in zone dove lo sviluppo è più difficile. Attraverso la creazione di opportunità di lavoro e di guadagno, la criminalità aumenta il suo potere sul territorio.

⁵¹² Così L. FEROLA, *Il riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale*, Milano, 2005, p. 20. Per una rassegna delle metodologie utilizzate al fine di "ripulire" il denaro di origine illecita cfr. A. PANSÀ, *I flussi di denaro sporco, le tecniche di riciclaggio e gli sforzi della cooperazione internazionale nelle politiche di contrasto*, in A. DE GUTTRY, F. PAGANI (a cura di), *La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio*, Padova, 1995, p. 11 ss.

⁵¹³ Sulle misure intraprese a livello internazionale al fine di introdurre l'obbligo di criminalizzare il reato di riciclaggio cfr. in generale A. DE GUTTRY, F. PAGANI (a cura di), *La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio*, Padova, 1995; M. PIETH, *International standards against money laundering*, in M. PIETH, G. AIOLFI, *A comparative Guide to Anti-Money Laundering. A Critical Analysis of Systems in Singapore, Switzerland, the UK and the USA*, Cheltenham - Northampton, 2004, p. 3 ss.; L. FEROLA, *Il riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale* cit.; G. STESSENS, *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, Cambridge, 2001; W. C. GILMORE, *Dirty money: the evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, Strasbourg, 2004; E. TAKÁTS, *International Enforcement Issues*, in D. MASCIANDARO, E. TAKÁTS, B. UNGER (ed.), *Black Finance*, Cheltenham – Northampton, 2007, p. 225 ss.; L. BORLINI, *Issues of the International Criminal Regulation of Money Laundering in the Context of Economic Globalization*, Paolo Baffi Centre Research Paper No. 2008-34, in part. p. 28 ss. La cooperazione internazionale si è concentrata sull'armonizzazione dei reati-presupposto, dal momento che l'esistenza di rilevanti differenze sull'individuazione dei reati che possono dare origine alla successiva condotta di riciclaggio può ostacolare l'efficace repressione del fenomeno a livello internazionale (ad es. nel caso in cui non si considerino reati-presupposto quelli commessi all'estero: sul punto cfr. E. TAKÁTS, *International Enforcement Issues* cit. p. 229). In generale, possono citarsi tre modelli per l'identificazione dei reati-presupposto, ovvero l'*all crimes approach*, il *list approach* ed il *threshold approach*. Nell'ordinamento italiano, l'art. 648-bis introdotto nel 1978 si fondava sul sistema della lista di reati che

secondo due linee direttrici (da qui la definizione di *twin track policy*), ovvero da un lato si è adottato un approccio preventivo, il cui scopo è appunto quello di evitare che le risorse di origine illecita entrino nel sistema finanziario, dall'altro si è continuato a rafforzare le misure di contrasto e repressione dei fenomeni di riciclaggio⁵¹⁴.

Il riciclaggio rappresenta quindi una parte importante dell'attività delle organizzazioni criminali, tuttavia esso si pone alla fine del processo criminale. Più efficace al fine di reprimere la criminalità economica, sia essa organizzata o meno, sin dalla fase precedente al reimpiego dei capitali illeciti appare invece lo strumento della confisca dei proventi di reato: attraverso le misure ablative, infatti, si è in grado di neutralizzare la ragion d'essere della moderna criminalità, ovvero il profitto, svolgendo anche un'azione preventiva ed evitando che quei capitali illeciti inquinino il mercato⁵¹⁵. Rispetto al riciclaggio, la confisca è dunque in grado di intervenire sia prima che vengano poste in essere le operazioni per ripulire i profitti di reato, che successivamente, andando a colpire i capitali derivanti da tali attività.

La centralità della confisca quale strumento per reprimere le nuove forme di criminalità è riconosciuta ormai dai tutti gli Stati. Alla fine degli anni '90, ad esempio, negli Stati Uniti, al fine di sgominare le organizzazioni criminali, si attribuiva maggiore importanza alla confisca dei proventi di reato rispetto che alla cattura degli autori degli

potevano costituire il presupposto della condotta criminosa, per lo più assai limitati, ovvero la rapina aggravata, l'estorsione aggravata ed il sequestro di persona a scopo di estorsione. Nel 1990 alla lista furono aggiunti i delitti concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope, al fine di adempiere agli obblighi internazionalmente assunti dall'Italia con la firma della Convenzione di Vienna del 1988 contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope. Nel 1993 infine la disposizione è stata modificata sia con riferimento alle modalità della condotta (non più la sola sostituzione del denaro o di altri valori di origine illecita, ma anche il trasferimento ed in generale ogni operazione che ostacoli l'identificazione della provenienza delittuosa), che rispetto ai reati-presupposto, abbandonando il *list approach* a favore di un modello più vicino al *threshold approach*, pur non fondandosi sull'entità della pena ma sulla natura non colposa del delitto. Anche le modifiche introdotte nel 1993 derivano da un impulso internazionale, costituito in questo caso dalla firma della Convenzione di Strasburgo del 1990 sul riciclaggio, l'identificazione, il sequestro e la confisca dei proventi di reato. Sull'evoluzione della legislazione italiana in materia di riciclaggio cfr. *ex multis* G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 4^a ed., Bologna, 2005, p. 243 ss.

⁵¹⁴ Sul punto cfr. G. STESSENS, *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model* cit., p. 108 ss., il quale evidenzia come il modello statunitense sia prevalentemente repressivo, anche perchè i fenomeni di riciclaggio derivano da reati per lo più commessi negli Stati Uniti, mentre il sistema svizzero si basa più sulla prevenzione, ovvero sull'evitare che i proventi di reato siano immessi nel circuito finanziario nazionale, e ciò sul presupposto che la maggior parte dei capitali illeciti depositati presso banche svizzere derivano da reati commessi all'estero.

⁵¹⁵ In questo senso cfr. N. KAYE, *Freezing and confiscation of criminal proceeds*, in *Revue Internationale de droit pénal*, vol. 77, 2006, p. 323.

stessi⁵¹⁶. Tuttavia, le misure ablativo nazionali si dimostravano insufficienti di fronte alla dimensione transnazionale della nuova criminalità, che comportava quasi sempre lo spostamento dei proventi dei reati in uno Stato diverso da quello di commissione della condotta criminosa. Anche in questo caso la necessità della cooperazione fra gli Stati come conseguenza della globalizzazione della criminalità, e specialmente di quella economica, ha dato l'impulso a sviluppare strumenti internazionali che permettessero agli Stati di perseguire le proprie politiche criminali superando i limiti giurisdizionali. Come si è visto accadere in generale in materia di assistenza giudiziaria, anche per la confisca in un primo momento lo sviluppo della cooperazione internazionale per l'attuazione di misure ablativo avvenne a livello di trattati bilaterali: l'accordo fra Italia e Stati Uniti del 1984 sulla mutua assistenza giudiziaria, ed esempio, comprende fra le misure di assistenza anche il sequestro e la confisca di beni (art. 1, par 2, lett. g)⁵¹⁷. Successivamente, una volta compresa la rilevanza di tale strumento per la lotta contro certi reati che preoccupavano l'intera comunità internazionale, si cominciò ad elaborare una serie di accordi, sia a livello universale, che nell'ambito del Consiglio d'Europa. Come si vedrà nel prosieguo del lavoro, le misure patrimoniali appaiono oggi centrali nel sistema della cooperazione internazionale nella lotta contro la criminalità economica.

⁵¹⁶ Sul punto cfr. B. ZAGARIS, *U.S. International Cooperation against Transnational Organized Crime*, in *Wayne Law Review*, 1998, p. 1402. Il sistema americano conosce vari tipi di confisca, quella civile, fondata sull'azione *in rem*, che non presuppone la condanna del proprietario, e quella penale, che si inserisce invece in una procedura *ad personam*, ed è concepita come una vera e propria pena da applicare nei confronti del condannato. La *criminal forfeiture* è stata introdotta nella legislazione statunitense relativa al crimine organizzato, alla corruzione, al riciclaggio, nonché al traffico di droga (per un quadro in italiano della legislazione statunitense cfr. A. M MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 247 ss.). Sull'apertura del sistema statunitense verso la cooperazione internazionale in materia di confisca cfr. W. J. SNIDER, *International Cooperation in the Forfeiture of Illegal Drug Proceeds*, in *Criminal Law Forum*, no. 6, p. 377 ss.

⁵¹⁷ Il Trattato di mutua assistenza in materia penale tra Stati Uniti ed Italia è stato ratificato con L. 26 maggio 1984, n. 224 (in *GU S. O.* n. 165 del 16 giugno 1984). L'art. 18 relativo a sequestro e confisca di beni prevede che “[i]n situazioni di particolare urgenza lo Stato richiesto ha competenza a sequestrare i beni che si trovino sul proprio territorio e che siano passibili di confisca” (par. 1) e che “[i]n base alle procedure giudiziarie previste dalle leggi dello Stato richiesto quest'ultimo avrà competenza ad ordinare la confisca a beneficio dello Stato richiedente dei beni sequestrati in applicazione del paragrafo 1 del presente articolo” (par. 2).

2. La confisca dei proventi di reato come moderno strumento nella lotta alla criminalità economica

Prima di passare ad esaminare gli strumenti attraverso cui gli Stati collaborano per dare attuazione alle misure di confisca dei patrimoni illeciti, appare opportuno un breve inquadramento dell'istituto in questione, alla luce della sua collocazione negli ordinamenti nazionali ed, in particolare, in quello italiano.

Le misure ablative dei profitti illeciti perseguono una doppia finalità, ovvero l'incapacitazione economica delle organizzazioni criminali⁵¹⁸ e la protezione dell'economia legale dall'infiltrazione di capitali illeciti. La confisca, quale strumento di privazione definitiva di beni, è un istituto già da tempo conosciuto negli ordinamenti nazionali: tuttavia nel corso del tempo essa ha assunto modalità e finalità diverse, anche a seguito dell'adozione di atti internazionali.

In termini generali si può affermare che esistono tre tipi di confisca, che si distinguono in base alla relazione sussistente fra i beni oggetto del provvedimento e la condotta per cui quest'ultimo è stato adottato: la confisca potrà quindi riguardare gli *strumenti* con i quali il reato è stato posto in essere, oppure l'*oggetto* del reato, da intendersi come i beni verso i quali si è indirizzata la condotta criminosa, o ancora il *prodotto* o il *frutto* del reato, ovvero i profitti conseguiti tramite la sua commissione⁵¹⁹. Dietro a ciascuna di queste ipotesi vi sono diverse motivazioni, solo in parte riconducibili ad una pericolosità intrinseca della cosa. Come posto in evidenza da autorevole dottrina, la confisca è passata indenne ai profondi cambiamenti che gli ordinamenti nazionali hanno subito, tanto da poter affermare che “il provvedimento ablativo dei beni del condannato costituisce una tenace costante del fenomeno punitivo”⁵²⁰. Nonostante si tratti di un istituto conosciuto da tempo negli ordinamenti nazionali, il dibattito sulla natura della confisca è più che mai attuale. Originariamente la confisca colpiva i beni di colui che era stato condannato a morte o bandito dalla comunità, come completamento della sua

⁵¹⁸ Così A. M. MAUGERI, *I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, in A. M. MAUGERI (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, p. 3.

⁵¹⁹ G. STESSENS, *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model* cit., p. 30 ss.

⁵²⁰ A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Digesto discipline penalistiche*, III, Torino, 1989, p. 42.

“cancellazione” dalla società: solo successivamente il prodotto e gli strumenti del reato ne divengono oggetto (in particolare con riferimento a specifici reati concernenti, ad esempio, la violazione di monopoli), mentre il profitto come target della confisca è un fenomeno relativamente recente⁵²¹. In considerazione del multiforme utilizzo della confisca, la dottrina più recente ha abbandonato l’idea di inquadrare tutte le varie ipotesi in un modello unitario. Appare invero più ragionevole tentare una classificazione delle diverse forme assunte da questo istituto in base all’occasione della sua applicazione, ovvero “all’accadimento cui l’ordinamento condiziona, a seconda dei casi, l’ablazione”⁵²². Volendo invece trovare un comune denominatore alle diverse ipotesi di confisca, può dirsi che in ogni caso l’effetto finale resta sempre lo stesso, ovvero la privazione definitiva del bene riconducibile all’autore del reato.

Il ricorso sempre più frequente a tale istituto nella lotta contro i reati che colpiscono le nuove forme di ricchezza, caratterizzate da una forte componente finanziaria, ha finito per accentuare la finalità repressiva della confisca, e ciò crea non pochi problemi per quegli ordinamenti, quale quello italiano, che attribuiscono ad essa la natura di misura di sicurezza⁵²³. In particolare, l’ingresso nell’ordinamento italiano della confisca per

⁵²¹ Per tale ricostruzione storica cfr. A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Parte speciale del diritto penale e legislazione penale* cit., p. 2107.

⁵²² Così S. FURFARO, voce *Confisca*, in *Digesto discipline penaliistiche. Aggiornamento*, Torino, 2006, p. 202. L’A. distingue quindi la confisca delle cose intrinsecamente pericolose, del prezzo e dei mezzi di commissione del reato, dei proventi dell’azione criminosa, nonché dei beni di ingiustificata provenienza (ipotesi questa ristretta a casi particolari, in particolare nella legislazione italiana anti-mafia).

⁵²³ Nell’ordinamento italiano, la confisca è inclusa fra le misure di sicurezza patrimoniali (artt. 236-240 c.p.). L’art. 240 c.p. prevede che, in caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto (co. 1°); la confisca è invece obbligatoria per le cose che costituiscono il prezzo del reato, o per le cose la fabbricazione, l’uso, il porto, la detenzione o l’alienazione delle quali costituisce reato (co. 2°). Nonostante anche per la confisca disciplinata in generale dall’art. 240 c.p. siano stati sollevati dubbi quanto alla natura giuridica, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza ne affermano il carattere di misura di sicurezza, fondata sulla pericolosità della cosa, da intendersi non come attitudine della stessa a produrre un danno di per sé (nel prezzo del reato, ad esempio, tale caratteristica manca), ma piuttosto come capacità di costituire un incentivo alla commissione di ulteriori illeciti (cfr. E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Commento art. 240 c.p.* in E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Milano, 2006, p. 1805, nonché la dottrina richiamata; sulla natura ibrida della confisca nell’attuale complesso normativo italiano, per cui essa può fungere a seconda dei casi da misura di sicurezza, misura di prevenzione e pena accessoria, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Bologna, 2006, p. 816). La dottrina appare invece concorde nel riconoscere finalità puramente repressive alle ipotesi speciali di confisca, previste nella parte speciale del codice penale o in leggi speciali. Ciò che accomuna tutte le ipotesi speciali introdotte negli ultimi anni dal legislatore è la volontà di rendere obbligatoria la confisca del profitto, che la disciplina generale di cui all’art. 240 c.p. prevede invece come

equivalente con riferimento al profitto del reato è stato da alcuni interpretato come il passo decisivo verso un paradigma punitivo nel quale “il profitto deve essere sottratto al reo indipendentemente dalle sue trasformazioni”⁵²⁴.

La qualificazione giuridica della confisca quale misura di sicurezza o pena ha ovviamente importanti ricadute sulla disciplina della stessa, ed in particolare sulle garanzie che devono accompagnare la sua applicazione. Proprio a tal proposito, il Giudice per l’udienza preliminare presso il Tribunale di Trento ha recentemente sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 200, 322 *ter* c.p., 1, co. 143, della L. 244/2007 per contrasto con l’art. 117 Cost., nella parte in cui consentono la confisca obbligatoria per un valore corrispondente a quello del profitto, per reati tributari commessi precedentemente alla loro entrata in vigore⁵²⁵. La questione di legittimità costituzionale nasce dal fatto che la confisca prevista dall’art. 322 *ter* c.p., trattandosi formalmente di una misura di sicurezza, può essere applicata anche in relazione a fatti commessi prima dell’entrata in vigore della disposizione (in questo caso

facoltativa. Così per quanto riguarda la confisca obbligatoria a seguito della commissione di determinati reati, si ricordano le ipotesi previste dall’art. 416 *bis*, co. 7°, c.p.p., in materia di associazione mafiosa, dall’art. 644, co. 6°, c.p.p., per il delitto di usura, dall’art. 322 *ter* c.p. per i delitti contro la pubblica amministrazione nonché, in virtù del richiamo operato, anche per i reati di truffa. Tale ultima disposizione ha introdotto nell’ordinamento italiano la cd. “confisca per equivalente”, che, nel caso in cui non siano individuati i beni pertinenti al reato, permette di confiscare altri beni o somme di danaro di valore corrispondente (cfr. A. MAUGERI, *La lotta contro l’accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 2007, p. 489 ss.). La confisca ha assunto poi un ruolo fondamentale nella disciplina sulla responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche di cui al D.Lgs. 231/2001, il cui art. 19 prevede la possibilità di procedere alla confisca del profitto, anche per equivalente, derivante dal reato. Infine, l’ordinamento italiano prevede la confisca quale misura di prevenzione patrimoniale nella legislazione di contrasto alla criminalità organizzata *ex* L. 31 maggio 1965, n. 575: nella stessa materia vanno poi inquadrati l’art. 12 *sexies* del D.L. 8 giugno 1992, n. 306 (convertito con L. 7 agosto 1992, n.356), che prevede un’ipotesi di confisca speciale nel caso di possesso ingiustificato di valori, e il recente art. 11 della L. 16 marzo 2006, n. 146, di ratifica della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, il quale dispone la confisca obbligatoria, anche per equivalente, delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo dei reati di cui all’art. 3 della medesima legge.

⁵²⁴ A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto* cit., p. 2108. È interessante rilevare che l’ingresso della confisca per equivalente o di valore nell’ordinamento italiano risale al 1993 con l’introduzione dell’art. 735 *bis* c.p.p., che disciplina le richieste passive di cooperazione giudiziaria nell’esecuzione degli ordini di confisca.

⁵²⁵ Ordinanza del GUP presso il Tribunale di Trento del 12 febbraio 2008. L’art. 1, co. 143, della L. 244/2007 (legge finanziaria 2008), entrato in vigore il 1° gennaio 2008, prevede che “nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10 *bis*, 10 *ter*, 10 *quater* e 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000 n. 74 si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all’art. 322 *ter* del codice penale”. Con tale disposizione si è quindi estesa la confisca per equivalente prevista dall’art. 322 *ter* c.p. per i delitti contro la p.a. anche a quasi tutti i reati tributari di cui al D. Lgs. 74/2000, consentendo l’applicazione retroattiva della confisca anche a quelli commessi precedentemente all’entrata in vigore della disposizione (come nel caso del giudizio *a quo*).

dell'art. 1, co. 143, della legge finanziaria 2008), poiché, come la giurisprudenza ha più volte ribadito, il principio dell'irretroattività della legge penale previsto dagli art. 25 Cost. e 2 c.p. si applica alle norme incriminatrici, e non alle misure di sicurezza. Tuttavia il sistema italiano deve fare i conti con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ai sensi del quale “[n]on può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è commesso”. Secondo la Corte di Strasburgo, per valutare che cosa sia riconducibile al concetto di “pena” di cui all'art. 7 CEDU, occorre considerare “la natura e lo scopo della misura in questione, la sua qualificazione nel diritto interno; le procedure correlate alla sua adozione e esecuzione”: proprio alla luce di tali criteri, la Corte europea ha ritenuto contrastanti con l'art. 7 CEDU l'applicazione retroattiva della confisca di beni nei confronti di un trafficante di droga condannato a pena detentiva⁵²⁶. Applicando il medesimo ragionamento nell'ordinamento italiano, il Giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale di Trento sottolinea come anche la Suprema Corte italiana abbia riconosciuto alla confisca per equivalente prevista dall'art. 322 *ter* c.p. un carattere eminentemente sanzionatorio, “costituendo una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti”⁵²⁷. L'applicazione retroattiva della confisca per equivalente ex art. 322 *ter* c.p., a prescindere dalla qualificazione formale della confisca come misura di sicurezza nell'ordinamento italiano ed in virtù del carattere sostanzialmente sanzionatorio della stessa, si porrebbe quindi in contrasto con l'art. 7 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, violando quindi l'art. 117 Cost., co. 1°, ai sensi del quale “[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”. La Corte Costituzionale italiana non si è ancora pronunciata sulla questione. In dottrina si è osservato che, laddove la confisca per equivalente costituisca una mera forma di sottrazione del profitto accertato, essa si pone come una forma di riequilibrio economico, non assumendo quindi un carattere afflittivo neppure ai sensi della citata giurisprudenza della Corte europea dei diritti

⁵²⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, ricorso n. 17440/90.

⁵²⁷ Corte di Cassazione, Sezioni Unite Penali, sentenza n. 41936/2005, *Muci*, 25 ottobre 2005; in senso conforme Cass. Pen., sez. VI, sentenza n. 30543/2007, *C.R.A.*, 26 luglio 2007.

dell'uomo: ciò nonostante, in considerazione della tendenza della giurisprudenza ad estendere l'ambito di applicazione di questa forma di confisca, attribuendole carattere punitivo, sarebbe opportuno escluderne comunque l'applicazione retroattiva⁵²⁸.

Da un'analisi comparativa dell'utilizzo della confisca in altri ordinamenti nazionali⁵²⁹ emerge come tale strumento si presti ad essere utilizzato sotto diverse spoglie. Nei paesi di common law, ad esempio, si distingue fra confisca penale e confisca civile, la prima qualificabile come una vera e propria pena, la seconda come *actio in rem* non dipendente da una condanna della persona cui appartengono i beni⁵³⁰. Nel diritto svizzero, invece, la confisca è inserita tra le "altre misure" che possono conseguire ad una condanna⁵³¹.

3. La cooperazione internazionale in materia di sequestro e confisca dei proventi di reato

L'accentuarsi della dimensione economica delle nuove forme di criminalità, specie quella organizzata, ha enfatizzato la centralità delle misure patrimoniali al fine di una efficace politica repressiva. Ciò ha comportato, a livello nazionale, un'evoluzione degli strumenti tradizionali, introducendo, come si è visto nel paragrafo precedente, nuove

⁵²⁸ In questo senso cfr. A. M. MAUGERI, *I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato* cit., p. 35. In proposito appare interessante rilevare che nei progetti di riforma del codice penale la classificazione della confisca come misura di sicurezza è stata abbandonata: così, nel progetto Pagliaro la confisca viene catalogata tra le "conseguenze del reato", quale *tertium genus* distinto sia dalle misure di sicurezza, che dalle pene, mentre nel progetto Grosso la misura ablativa assume la natura di vera e propria sanzione.

⁵²⁹ Per un'analisi in chiave comparativa dell'istituto della confisca in diversi ordinamenti (di Stati europei e Stati Uniti) cfr. A. M. MAUGERI, *I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato* cit., p. 1 ss.

⁵³⁰ Sulla confisca nella legislazione statunitense v. A. M. MAUGERI, *I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato* cit., p. 1 ss. Sulla confisca nel Regno Unito cfr. P. WILSON, *Criminal and civil forfeiture in the United Kingdom*, in A. M. MAUGERI (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione* cit., p. 451 ss.

⁵³¹ Il codice penale svizzero prevede varie ipotesi di confisca. Così il giudice può ordinare la confisca di oggetti pericolosi che siano serviti a commettere il reato, o che ne costituiscono il prodotto quando rappresentino un pericolo per la sicurezza (art. 69 CPS). La confisca dei proventi o del prezzo del reato può essere invece ordinata dal giudice ai sensi dell'art. 70 CPS, entro il termine di sette anni o il termine più lungo eventualmente previsto per la prescrizione del reato. Infine l'art. 72 CPS prevede un'ipotesi di confisca speciale relativa ai valori patrimoniali appartenenti ad un'organizzazione criminale: la norma introduce inoltre l'inversione dell'onere della prova, prevedendo che "i valori appartenenti a una persona che abbia partecipato o sostenuto un'organizzazione criminale ... sono presunti sottoposti, fino a prova del contrario, alla facoltà di disporre dell'organizzazione". Sulla confisca nel diritto svizzero cfr. P. BERNASCONI, *Confisca, criminalità organizzata e riciclaggio secondo il diritto svizzero*, in A. M. MAUGERI (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione* cit., p. 483 ss.

forme di confisca il cui scopo è quello di facilitare l'aggressione dei patrimoni illeciti. D'altra parte, la dimensione transnazionale della criminalità e la facilità con cui attualmente è possibile spostare i beni, ed in particolare il denaro, da una parte all'altra del mondo e soprattutto lontano dal luogo di commissione del reato da cui si traggono i proventi illeciti, hanno reso evidente la necessità di sviluppare forme di cooperazione internazionale anche con riferimento alle misure ablativo di beni.

L'esigenza di adeguarsi alla nuova dimensione economica della criminalità è stata avvertita dalla Comunità internazionale a partire dagli anni '90, quando, sia a livello di Nazioni Unite, che nel più ristretto ambito del Consiglio d'Europa, sono stati elaborati i primi atti in materia. Più recentemente, anche l'Unione europea ha riconosciuto la rilevanza di sviluppare la collaborazione degli Stati membri in materia di confisca. Così nel Piano di azione contro la criminalità organizzata del 1997 il Consiglio europeo sottolineava l'importanza per gli Stati membri di “disporre di una normativa ben sviluppata e di ampia portata nel settore della confisca dei proventi da reato e del relativo riciclaggio”⁵³². Nella Strategia dell'Unione europea per il nuovo millennio del 2000, invece, si stabilisce che, in considerazione del fatto che il movente principale della criminalità organizzata è il beneficio economico, “una prevenzione e un controllo efficaci della criminalità organizzata devono pertanto impennarsi sul rintracciamento, il congelamento, il sequestro e la confisca dei proventi di reato”⁵³³.

I tradizionali strumenti di cooperazione internazionale in materia penale non si occupano in materia specifica delle misure ablativo dei patrimoni. Nell'estradiione è previsto il sequestro di cose riconducibili all'estradiando: la Convenzione europea di estradiione del 1957, ad esempio, prevede che “a domanda della Parte richiedente, la Parte richiesta sequestrerà e rimetterà, nella misura consentita dalla sua legislazione, gli oggetti: a. che possono servire da mezzi di prova o b. che, provenendo dal reato, sono stati trovati al momento dell'arresto in possesso dell'individuo richiesto o sono scoperti ulteriormente”. Anche la decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo disciplina la

⁵³² *Piano d'azione contro la criminalità organizzata*, adottato dal Consiglio il 28 aprile 1997, in *GU* n. C 251 del 15 agosto 1996, p. 1 ss., parte II Orientamenti politici, n. 11.

⁵³³ *Prevenzione e controllo della criminalità organizzata. Strategia dell'Unione europea per l'inizio del nuovo millennio*, in *GU* n. C 124 del 3 maggio 2000, p. 1 ss.

consegna di beni che “possono essere come prova, ovvero che sono stati acquisiti dal ricercato a seguito del reato” (art. 29)⁵³⁴.

Le convenzioni di mutua assistenza giudiziaria si occupano invece del sequestro di cose a fini probatori, nulla disponendo in materia di sequestro preventivo o conservativo⁵³⁵. Così il più volte ricordato art. 5 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 riguarda l'esecuzione di rogatorie a scopo di perquisizione e sequestro, con finalità quindi chiaramente probatorie, come si evince fra l'altro dal combinato disposto degli artt. 3 e 6 della medesima Convenzione, ai sensi dei quali nel caso di richiesta di documenti potranno essere trasmesse delle copie, mentre in generale gli oggetti ed i documenti trasmessi dovranno essere restituiti il più presto possibile dalla Parte richiedente alla Parte richiesta, salvo che quest'ultima vi rinunci espressamente⁵³⁶.

⁵³⁴ Anche la legge di recepimento italiana (L. 69/2005) disciplina la richiesta attiva o passiva di consegna dei beni oggetto di provvedimento di sequestro o di confisca (artt. 34-35): anche se le disposizioni richiamate dalla legge di recepimento sono quelle relative al sequestro probatorio di cui agli artt. 253 ss. c.p.p., l'art. 34 parla di richiesta da parte del Procuratore generale presso la Corte di appello all'autorità giudiziaria straniera competente della consegna di beni oggetto di provvedimento di confisca emesso dal giudice - italiano - competente, mentre l'art. 35 prevede che la Corte d'appello, su richiesta dell'autorità giudiziaria che ha emesso il mandato, possa disporre il sequestro dei beni suscettibili di confisca in quanto costituenti il prodotto, il profitto o il prezzo del reato nella disponibilità del ricercato.

⁵³⁵ Così C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere* cit., p. 59. Per delineare le differenze esistenti fra i vari tipi di sequestro può prendersi in considerazione l'ordinamento italiano. Il sequestro con finalità probatorie è disciplinato dagli artt. 253 ss. c.p.p., quale mezzo di ricerca delle prove, e può riguardare il corpo del reato e le cose pertinenti al reato *necessarie per l'accertamento dei fatti* (art. 253, co. 1, c.p.p.). In particolare, per “corpo del reato” si intendono le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso, nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo (art. 253, co. 2, c.p.p., da cui deriva la coincidenza con ciò che può essere confiscato ai sensi dell'art. 240 c.p.). Sono invece misure cautelari reali: il sequestro conservativo (art. 316 ss. c.p.p.), che può essere disposto dal Pubblico Ministero, o richiesto dalla parte civile, quando vi sia fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese processuali o di altra somma dovuta all'erario, nonché delle obbligazioni civili derivanti dal reato; il sequestro preventivo (art. 321 ss. c.p.p.), che può essere disposto dal giudice competente quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso, o agevolare la commissione di altri delitti, oppure nei confronti delle cose per le quali è consentita la confisca (sia in generale ai sensi dell'art. 240 c.p., che secondo quanto previsto da disposizioni o leggi speciali).

⁵³⁶ Sul punto cfr. E. CALVANESE, *La cooperazione giudiziaria in materia di sequestro*, in *Cassazione penale*, 2003, p. 3895 ss., la quale evidenzia che la finalità probatoria del sequestro richiedibile attraverso i trattati di mutua assistenza penale emerge espressamente dal *Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters*, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 45/117 del 14 dicembre 1990 (v. *supra* Cap. I), il cui art. 17 “Search and seizure” prevede che: “[t]he requested State shall, in so far as its law permits, carry out requests for search and seizure and delivery of any material to the requesting State for evidentiary purposes, provided that the rights of bona fide third parties are protected”. Occorre altresì rilevare che l'art. VII dell'Accordo tra la Svizzera e l'Italia che completa la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola

Al fine di colmare la lacuna normativa in materia di cooperazione internazionale sulla confisca dei proventi di reato, sono state quindi elaborate una serie di convenzioni *ad hoc*, che verranno analizzate nei paragrafi successivi. È stato osservato che l'attività internazionale in materia di misure ablativo si è sviluppata secondo tre linee direttrici⁵³⁷. In primo luogo deve menzionarsi l'azione condotta dalle Nazioni Unite in materia di confisca dei proventi di reato, a partire dalla Convenzione di Vienna contro il traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope del 1988, fino ad arrivare alla recente Convenzione sul crimine organizzato transnazionale del 2000, che possono essere considerati il punto di partenza e di arrivo della disciplina internazionale in materia.

Il secondo filone entro cui si è sviluppata la cooperazione internazionale in materia di misure ablativo riguarda gli strumenti di contrasto alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri e dei funzionari degli organismi sovranazionali, ed in particolare la Convenzione OCSE del 1997.

Più recentemente il problema dell'aggressione dei patrimoni ha trovato nuovo vigore in materia di lotta contro il finanziamento del terrorismo, settore cui la Comunità internazionale ha dedicato negli ultimi anni i maggiori sforzi. L'argomento meriterebbe una trattazione approfondita, che esula dal contesto del presente lavoro, incentrato sulla criminalità economica. Come gran parte della dottrina ha però rilevato, i risultati raggiunti nella collaborazione fra Stati per la lotta contro il finanziamento del terrorismo derivano anche dall'esperienza maturata nel contrasto al riciclaggio e, più in generale, alla dimensione economica e finanziaria della criminalità. Occorre tuttavia rilevare che riciclaggio e finanziamento del terrorismo si basano su dinamiche opposte, dal momento che nel primo caso proventi *illeciti* vengono reimpiegati in attività *lecite*, mentre nel secondo caso proventi *legittimi* derivanti da attività *lecite* vengono utilizzati per finanziare azioni *illecite* con la finalità di compiere atti di terrorismo⁵³⁸.

l'applicazione prevede che "oltre ai mezzi di prova, ai fascicoli o ai documenti indicati dall'articolo 3 della Convenzione, possono essere consegnati allo Stato richiedente, in particolare al fine della restituzione alla parte lesa o della loro confisca, anche i beni provenienti da un reato come pure il prodotto della loro alienazione suscettibili di sequestro secondo il diritto dello Stato richiesto": la disposizione, completando l'art. 3 CEAG, conferma l'applicabilità di quest'ultima norma al solo sequestro probatorio.

⁵³⁷ D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, p. 91 ss.

⁵³⁸ In questo senso cfr. F. SPIEZIA, *Crimine transnazionale e procedure di cooperazione giudiziaria* cit., p. 219. A livello di Unione europea l'attuazione delle misure previste (di congelamento e sequestro dei

Sugli strumenti internazionali adottati nei settori citati si tornerà più avanti: è però subito interessante rilevare come la confisca e, più in generale, le misure ablativo appaiono come lo strumento più moderno per reprimere quelle forme di criminalità che maggiormente preoccupano la Comunità internazionale.

Infine vale la pena soffermarsi sull'oggetto dei provvedimenti di confisca. Come si è più volte ribadito, il fine delle nuove misure patrimoniali sia nazionali che internazionali è quello di privare i criminali della ricchezza derivante dalla commissione di reati. Negli ordinamenti nazionali si è già aperto un ampio dibattito su come debba essere individuato il profitto del reato da assoggettare alla misura ablativa, anche perché, pur essendo spesso utilizzato il termine "provento di reato", i legislatori nazionali non sembrano essersi preoccupati di fornirne una definizione precisa⁵³⁹. Gli atti

beni) contro persone fisiche e giuriche sospettate di finanziare il terrorismo ha sollevato diverse problematiche rispetto ai rimedi previsti dall'ordinamento comunitario per la tutela dei diritti individuali. Nel 2005 il Tribunale di primo grado aveva rigettato i ricorsi presentati da individui e società colpiti da misure di congelamento e sequestro di beni perché inseriti nelle liste di soggetti sospettati di finanziare il terrorismo, in attuazione delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite: secondo il Tribunale, avendo l'Unione europea adottato determinati atti in attuazione di obblighi imposti dalle Nazioni Unite, non sarebbe stato possibile sindacare sulla validità degli stessi (Tribunale di primo grado, causa T - 315/01, *Kadi c. Consiglio e Commissione*, sentenza del 21 settembre 2005, in *Racc.*, p. II-3649; Tribunale di primo grado, causa T - 306/01, *Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, sentenza del 21 settembre 2005, in *Racc.*, p.II-3533). La Corte di Giustizia ha rovesciato tali conclusioni: pur confermando di non poter sindacare la legittimità delle risoluzioni delle Nazioni Unite, ha però affermato la possibilità (ed il dovere) di esercitare il suo controllo su atti di diritto comunitario derivati, anche se adottati in attuazione delle prime, alla luce dei principi sulla tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario, fondato su una Comunità di diritto (Corte di Giustizia, cause riunite C - 402/05 P e C - 415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio*, sentenza del 3 settembre 2008, non ancora pubblicata: la Corte ha dunque annullato il regolamento contestato accertando la violazione del diritto di difesa, del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e del diritto di proprietà dei ricorrenti). Per un commento alla sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Kadi* cfr. E. CANNIZZARO, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di Giustizia nel caso Kadi*, e A. GIANELLI, *L'«autonomia» del sistema giuridico comunitario rispetto al diritto delle Nazioni Unite*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 4, 2008, p. 1075 ss. e p. 1078 ss. Sulle sistema di sanzioni delle Nazioni Unite contro il finanziamento del terrorismo cfr. in generale A. CIAMPI, *Sanzioni del consiglio di sicurezza e diritti umani*, Milano, 2007.

⁵³⁹ Nell'ordinamento tedesco, il legislatore con la legge 15 luglio 1992 per la lotta contro il traffico di stupefacenti e alle altre forme di criminalità organizzata ha modificato la normativa interna, passando da un criterio per la quantificazione del profitto fondato sul principio del netto, ad uno che accoglie invece il principio del lordo, rendendo confiscabile qualsiasi cosa ottenuta dal reato (*etwas erlangt*). Nell'ordinamento italiano, invece, non si ritrova una definizione precisa del profitto, che, in generale, viene in considerazione quale vantaggio economico derivante dal reato, da distinguersi dal "prodotto", ovvero il risultato empirico dell'attività criminosa, e dal "prezzo" del reato, ovvero il compenso all'autore per la commissione dello stesso. Il problema della quantificazione del profitto da sottoporre a confisca ha assunto negli ultimi anni particolare rilevanza in particolare con riferimento alla responsabilità delle persone giuridiche derivante da reato, e ciò perché è proprio in tale settore che appare più difficile distinguere tra attività d'impresa lecita e illecita, ovvero tra impresa criminale la cui attività economica è

internazionali fanno riferimento ai termini “proceeds” o “produit”: come si legge nel Rapporto esplicativo alla Convenzione OCSE del 1997, con il termine “proceeds” devono intendersi “i profitti o gli altri benefici derivanti al corruttore dalla transazione o gli altri vantaggi ottenuti o mantenuti attraverso la corruzione”. Sembra quindi preferita un’ampia accezione del termine proventi, corrispondente a tutte le forme di ricchezza derivanti dalla commissione del reato, senza la distinzione in “voci” rispetto al nesso di pertinenzialità con la condotta criminosa⁵⁴⁰. Anche l’art. 1 della Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato del Consiglio d’Europa del 1990 - che rappresenta il primo vero atto internazionale *ad hoc* in materia - prevede che per “provento” debba intendersi ogni vantaggio economico derivato da reati: come si legge nel Rapporto esplicativo della Convenzione, nell’intenzione delle parti contraenti il termine “proventi” doveva avere la più ampia portata possibile in considerazione del fine perseguito, ovvero privare la criminalità di qualsiasi vantaggio economico derivante dalle proprie attività.

diretta unicamente alla commissione di un reato, e impresa che opera lecitamente e la cui attività solo occasionalmente sconfinava in un reato. La giurisprudenza italiana ha negato l’applicabilità di nozioni economiche o aziendalistiche, per cui il profitto corrisponderebbe al reddito di esercizio determinato tramite la contrapposizione tra ricavi e costi, e ciò perché il *nettoprinzip* condurrebbe ad azzerare i rischi economici dell’attività illecita (confiscando solo l’eventuale utile netto, la società si troverebbe solo a non guadagnare nulla). Sulla quantificazione del profitto confiscabile in base alla disciplina di cui al D. Lgs. 231/2001 sono di recente intervenute le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione (sentenza 27 marzo - 2 luglio 2008, n. 26654, *Impregilo Spa e altri*, cu cui cfr. A. CISTERNA, *La conclusione raggiunta sembra avallare un’altra qualificazione giuridica dei fatti*, in *Guida al diritto*, n. 30, 26 luglio 2008, p. 103 ss.): la Suprema Corte, rilevando che la normativa italiana affida all’interprete il compito di determinare l’oggetto della confisca, esclude ancora una volta l’utilizzabilità di criteri aziendalistici, privilegiando invece il criterio di pertinenzialità al reato. Al fine di individuare il profitto che la società ha tratto dal reato commesso a suo vantaggio, la Corte di Cassazione opera la distinzione fra *reati-contratto*, ovvero i casi in cui la stipula del contratto è di per sé illecita a prescindere dall’esecuzione, ed il negozio appare come integralmente illecito, e i *reati-in-contratto*, nei quali la condotta criminosa si verifica nella fase di formazione della volontà contrattuale (come nel caso di truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche o turbativa di incanti) o dell’esecuzione del contratto (es. frode in pubbliche forniture). Mentre nel primo caso il profitto confiscabile sarà l’intero vantaggio economico derivante dal negozio giuridico, nell’ipotesi di *reato-in-contratto* potrà aversi l’ipotesi di un profitto incamerato dalla società come corrispettivo di una prestazione lecita, che ha però avuto origine nell’illecito. Sulla scorta di tali valutazioni, la Suprema Corte conclude che “[i]l profitto del reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca, disposto ai sensi degli articoli 19 e 53 del D. Lgs. 231/2001 nei confronti dell’ente collettivo, è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato ed è concretamente determinato al netto dell’effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell’ambito del rapporto sinallagmatico con l’ente”.

⁵⁴⁰ Cfr. D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale* cit., p. 65 ss., ove l’A. sottolinea i rischi di un’eccessiva dilatazione della nozione di proventi di reato nella normativa sovranazionale che, se da una parte mira ad aggredire in modo efficace i patrimoni illeciti anche alleggerendo l’onere probatorio sulla loro derivazione, dall’altra sembra porre non tener adeguatamente conto delle garanzie a favore del rispetto dei diritti individuali.

Infine nella recente Convenzione sul crimine organizzato transnazionale, l'art. 12 dispone che gli Stati contraenti adottino le misure necessarie a consentire la confisca di "proventi di reato derivanti da reati di cui alla presente Convenzione o beni il cui valore corrisponde a quello di tali proventi", intendendo per provento di reato "qualunque bene derivato o ottenuto, direttamente o indirettamente, attraverso la commissione di un reato" (art. 2, lett.e). È stato da alcuni rilevato che fra le due citate disposizioni della Convenzione vi sarebbe un'incongruenza logica, dal momento che l'art. 12 non riprende la più ampia formulazione dell'art. 2 relativa al legame fra il reato e l'oggetto della confisca, limitandosi a richiedere che quest'ultimo derivi dal primo⁵⁴¹: tale preoccupazione appare superabile interpretando la lettera dell'art. 12 in base alle definizioni generali fornite dall'art. 2.

3.1. Le prime forme di cooperazione internazionale per la confisca dei proventi di reato: dalla Convenzione di Vienna del 1988 contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope ...

Come evidenziato da alcuni commentatori⁵⁴², il primo vero tentativo di disciplinare a livello multilaterale la confisca dei proventi di reato si ebbe con la conclusione nel 1988 della Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope⁵⁴³. Nel contesto della lotta al traffico di droga la confisca era stata già utilizzata, ma con riferimento alle sostanze stupefacenti oggetto di traffico. La nuova prospettiva della Convenzione del 1988 emerge fin dal suo preambolo, ove si legge che "[l]e Parti della presente Convenzione ... riconoscendo altresì che il traffico illecito è fonte di profitti finanziari e di patrimoni considerevoli che permettono alle organizzazioni criminali transnazionali di penetrare, contaminare e corrompere le strutture dello Stato, le attività commerciali e finanziarie legittime e la società a tutti i livelli; determinate a privare coloro che praticano il traffico illecito del frutto delle loro attività criminali ed a eliminare in tal modo il loro movente principale ... convengono

⁵⁴¹ D. MCCLEAN, *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford, 2007, p. 44 e 141.

⁵⁴² N. KAYE, *Freezing and confiscation of criminal proceeds* cit., p. 2.

⁵⁴³ Convention against the Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, conclusa il 20 dicembre 1988, ed entrata in vigore l'11 novembre 1990. L'Italia ha ratificato la convenzione con L. 5 novembre 1990, n. 328.

quanto segue”. Nei precedenti tentativi di coordinamento internazionale nella lotta alla droga, risalenti agli anni ‘60 e ‘70, non erano stati presi in considerazione gli aspetti finanziari del traffico di stupefacenti, tema portato invece alla ribalta negli anni ‘80, soprattutto su impulso degli Stati Uniti⁵⁴⁴. La Convenzione del 1988 individua uno standard minimo di misure di contrasto, secondo due linee direttrici: da una parte si prevedono specifici obblighi di incriminazione - in particolare, per la prima volta in un atto internazionale si prevedeva l’obbligo di sanzionare le condotte di riciclaggio dei proventi di reato; dall’altra, la convenzione si occupa delle misure per armonizzare le legislazioni nazionali sulla confisca - in relazione ai crimini contemplati nella convenzione - per facilitare la cooperazione internazionale in materia⁵⁴⁵.

Come si è già avuto modo di osservare, non a caso riciclaggio e confisca appaiono due questioni strettamente collegate al fine della repressione della criminalità economica (ed in particolare del traffico di droga nella convenzione di cui si tratta): rispetto al crimine di riciclaggio, infatti, la confisca è uno strumento in grado di intervenire sia con finalità *preventiva*, qualora intervenga prima del processo di conversione o trasferimento, che a scopo repressivo nella fase finale dell’attività di contrasto del riciclaggio⁵⁴⁶. La Convenzione del 1988, inoltre, prevede anche l’introduzione di misure provvisorie funzionali alla successiva confisca, quali l’identificazione, la ricerca, il blocco o il sequestro dei beni⁵⁴⁷. La disciplina delineata dall’art. 5 relativamente alla confisca, oltre ad essere assai particolareggiata, appare assai moderna se si considera, ad esempio, che

⁵⁴⁴ F. PAGANI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope del 20 dicembre 1988* cit., p. 46 ss. Il primo trattato multilaterale in materia è la Convenzione unica sugli stupefacenti conclusa il 30 marzo 1961, cui era seguita nel 1971 la Convenzione sulle sostanze psicotrope e, nel 1972, dal Protocollo di emendamenti della Convenzione unica sugli stupefacenti (i testi degli strumenti citati sono tutti reperibili sul sito www.unodc.org/unodc/en/treaties/index.html).

⁵⁴⁵ Sul punto cfr. E. CALVANESE, *La cooperazione giudiziaria internazionale in materia di sequestro e confisca dei beni di illecita origine o destinazione illecita*, relazione tenuta all’incontro di studio sul tema “Sequestro e confisca dei beni di origine o destinazione illecita: i moderni strumenti di contrasto sul piano patrimoniale nei confronti della criminalità organizzata nella prospettiva europea”, Roma, 15 - 19 marzo 2004, p. 5, reperibile su www.csm.it, p. 7 del dattiloscritto.

⁵⁴⁶ F. PAGANI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope del 20 dicembre 1988* cit., p. 62.

⁵⁴⁷ Ai sensi dell’art. 1 della Convenzione, la “confisca” (*confiscation*) è “la privazione permanente di beni dietro decisione di un tribunale o altra autorità competente” (art. 1, lett. f), mentre per congelamento o sequestro (*freezing or seizure*) si intende “il divieto temporaneo relativo al trasferimento, alla conversione, alla disposizione o al movimento di beni oppure il fatto di assumere provvisoriamente la custodia o il controllo di beni dietro decisione di un tribunale o di un’altra autorità competente” (art. 1, lett. l). La Convenzione disciplina anche il sequestro a fini probatori, nell’ambito delle disposizioni sull’assistenza giudiziaria (art. 7).

al paragrafo 6 si prevede la possibilità di procedere alla cosiddetta confisca di valore, stabilendo che gli Stati contraenti devono adottare misure atte a rendere possibile, nel caso in cui i proventi illeciti fossero stati mescolati con beni leciti e non più individuabili, la confisca di tali beni fino al valore concorrente di quelli illeciti. Altrettanto all'avanguardia appaiono quelle norme miranti a superare l'opponibilità del segreto bancario, prevedendo la Convenzione l'obbligo per le parti contraenti, al fine di permettere l'applicazione delle norme sulla confisca, di abilitare i tribunali o le altre attività competenti di ordinare l'esibizione o il sequestro di documenti bancari, finanziari o commerciali; allo stesso tempo, il segreto bancario non costituisce motivo legittimo per rifiutare di fornire i documenti richiesti (art. 5, par. 3)⁵⁴⁸.

Oltre ad occuparsi della confisca a livello di ordinamenti nazionali, l'art. 5 si occupa, al paragrafo 4, anche della cooperazione fra gli Stati contraenti per l'esecuzione degli ordini di confisca emessi da uno di questi nel territorio di un altro Stato, ove si trovino beni o altri oggetti da sottoporre alla misura ablativa. A tal riguardo, la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope prevede due modalità attraverso cui gli Stati possono eseguire i provvedimenti stranieri, ovvero 1) attraverso una procedura interna con cui le autorità dello Stato richiesto emettono una decisione per procedere alla confisca; 2) tramite l'esecuzione diretta della decisione straniera, vale a dire attraverso il meccanismo del riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza straniera. Come si vedrà, l'ordinamento italiano prevede in generale quest'ultima soluzione al fine di dare esecuzione ai provvedimenti stranieri di confisca (art. 731 c.p.p.). L'importanza di tali previsioni sta nel fatto che la Convenzione prevede un vero e proprio obbligo a carico delle Parti contraenti di dare esecuzione al provvedimento straniero⁵⁴⁹: al fine di agevolare la cooperazione tra gli Stati in tal senso, l'atto prevede non solo le due menzionate modalità, ma anche che qualsiasi misura venga eseguita in conformità alla legislazione interna di ciascuna Parte (art. 5, par. 9).

⁵⁴⁸ Il segreto bancario non può essere opposto neppure per rifiutare l'assistenza giudiziaria ai sensi dell'art. 7 della Convenzione (art. 7, par. 5).

⁵⁴⁹ F. PAGANI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope del 20 dicembre 1988* cit., p. 66.

Quale ulteriore prova della modernità della Convenzione del 1988 deve essere menzionato il par. 7 dell'art. 5, ai sensi del quale “[c]iascuna Parte può prendere in considerazione l’ipotesi di invertire l’onere di prova per quanto concerne l’origine lecita dei prodotti presunti o di altri beni che possono essere oggetto di una confisca, nella misura in cui ciò sia conforme con i principi della sua legislazione interna e con la natura della procedura giudiziaria e delle altre procedure”. Una delle maggiori difficoltà che le autorità giudiziarie nazionali devono affrontare in tema di misure ablativo dei proventi di reato riguarda proprio la prova dell’origine illecita degli stessi. Al fine di facilitare tale accertamento, in particolare con riferimento alla commissione di reati gravi per lo più connessi con la criminalità organizzata, alcuni legislatori nazionali hanno introdotto negli ordinamenti interni forme di confisca fondate sulla *presunzione* dell’origine illecita dei beni posseduti da determinati soggetti. L’Italia, in particolare, ha fatto da apripista, prevedendo ipotesi di confisca speciale fondata su presunzioni, superabili tramite prova contraria, nel caso di condanna per reati di criminalità organizzata o terrorismo, e addirittura in assenza di condanna, come *misura di prevenzione* nella legislazione antimafia⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ L’art. 2-ter della L. 31 maggio 1965, n. 575 (“Disposizioni contro la mafia”), prevede che possa essere disposto in via preventiva “il sequestro dei beni dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all’attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego”: si tratta ovviamente di un’ipotesi particolare, ammessa per fronteggiare una forma di criminalità grave come la mafia. L’art. 12-sexies del D.L. 8 giugno 1992 (convertito con L. 7 agosto 1992, n. 356) prevede invece un’ipotesi di confisca “allargata” applicabile in caso di sentenza di condanna o di patteggiamento relativamente a determinati reati, anche in questo caso collegati con la criminalità organizzata (nel 2007 l’operatività della norma è stata estesa anche ai reati contro la pubblica amministrazione): la particolarità sta nel fatto che la misura ablativa può essere disposta nei confronti di denaro, beni o altre utilità riconducibili al condannato, anche per interposta persona, che appaiono sproporzionati rispetto al reddito legittimo e di cui il condannato non sappia fornire una giustificazione (sulla confisca di prevenzione e sulla confisca allargata cfr. R. ALFONSO, *La confisca penale fra disposizioni codicistiche e leggi speciali: esigenze di coordinamento normativo e prospettive di riforma*, relazione tenuta al convegno di studi sul tema “Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: il reciproco riconoscimento e le prospettive di armonizzazione”, Università di Catania, 19-20 gennaio 2007). La legislazione italiana ha superato anche il controllo della Corte europea dei diritti dell’uomo, con riferimento all’asserita incompatibilità con la tutela della proprietà privata ex art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo. La Corte ha infatti stabilito che l’art. 2-ter della L. 575/1965 persegue uno scopo di interesse generale e che la conseguente limitazione del diritto di proprietà è proporzionata allo scopo perseguito: l’Italia, quindi, non ha oltrepassato i limiti entro cui il par. 2 dell’art. 1 del Protocollo permette a ciascuno Stato di regolare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale (Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*, ricorso n. 12954/87). In generale, la Corte europea dei diritti dell’uomo

L'identificazione dello standard probatorio idoneo a legittimare un intervento ablativo e l'armonizzazione dello stesso nei diversi ordinamenti interni appare certamente come un ulteriore rafforzamento della collaborazione fra Stati nella lotta alla criminalità economica⁵⁵¹. L'art. 5, par. 7, della Convenzione parte dalla considerazione delle diversità esistenti in tema di standard probatorio per l'emissione di un provvedimento di confisca, e, al fine di facilitare la cooperazione anche fra gli Stati che adottino sistemi diversi, prevede la facoltà per lo Stato richiesto di dare esecuzione ad un provvedimento ablativo invertendo l'onere della prova dell'origine illecita dei beni *target*, sempre nel rispetto dei principi interni⁵⁵².

ha ammesso la compatibilità con la tutela dei diritti umani sanciti dalla CEDU delle forme di confisca "semplificate" il cui scopo è quello di facilitare i giudici nel determinare i beni da sottoporre a confisca (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 5 luglio 2001, *Phillips v. the United Kingdom*, ricorso n. 41087/98).

⁵⁵¹ Sul punto e per un'analisi generale degli standard probatori in tema di confisca nel contesto internazionale ed europeo cfr. G. DI CHIARA, *Modelli e standard probatori in tema di confisca dei proventi di reato nello "spazio giudiziario europeo": problemi e prospettive*, in *Il Foro Italiano*, 2002, II, cl. 263 ss.

⁵⁵² Come si vedrà, il tema dell'inversione dell'onere della prova sull'origine illecita dei beni da sottoporre a confisca compare anche nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000, il cui art. 12, par. 7, prevede sempre la "facoltà" per gli Stati contraenti di introdurre nei propri ordinamenti misure in base alle quali sia posto a carico del condannato l'obbligo di dimostrare l'origine lecita dei beni che si vuole confiscare. Nel più ristretto ambito europeo, il problema dell'inversione dell'onere della prova è stato affrontato più cautamente. La Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato non ha recepito la portata innovativa della Convenzione ONU del 1988, limitandosi a prevedere che, in caso di richiesta di cooperazione internazionale, la Parte richiesta sia vincolata agli accertamenti di fatto contenuti in una sentenza di condanna o altra decisione giudiziaria emessa da un'autorità della Parte richiedente (art. 14, par. 2): tuttavia, le Parti contraenti possono riservarsi di attuare tale disposizione nei limiti del rispetto dei principi costituzionali e fondamentali del proprio ordinamento (art. 14, par. 3). Nel quadro dell'Unione europea si registra una maggiore apertura verso la mitigazione dell'onere probatorio in materia di confisca: nella strategia dell'Unione europea per il nuovo millennio si raccomanda di esaminare "l'eventuale necessità di uno strumento che, tenendo conto delle migliori pratiche in uso negli Stati membri e nella debita osservanza dei principi fondamentali del diritto, introduca la possibilità di mitigare, nell'ambito del diritto penale, civile o fiscale, a seconda dei casi, l'onere della prova per quanto concerne l'origine dei beni detenuti da una persona imputata di un reato connesso alla criminalità organizzata" (Racc. n. 19). Nel Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza del 26 aprile 2006 (COM (2006) 174 def.) la Commissione evidenzia come da un'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo emerga l'esistenza di tre casi nei quali l'onere di provare la colpevolezza dell'imputato non incombe esclusivamente sull'accusa, vale a dire 1) nei reati a responsabilità oggettiva; 2) nei reati nei quali si applica l'inversione dell'onere della prova; 3) nel caso in cui sia stato emesso un decreto di confisca. La recente decisione-quadro 2002/215/GAI sulla confisca di beni, strumenti e proventi di reato menziona nel considerandum n. 10 la necessità che gli Stati membri abbiano una disciplina efficace anche in tema di onere della prova dell'origine dei beni detenuti da persona appartenente ad una organizzazione criminale, mentre l'art. 3, par. 2, lett. c), della decisione-quadro prevede che gli Stati adottino le misure necessarie a permettere la confisca di beni che risultino sproporzionati al reddito legittimo di una persona condannata, quando un giudice nazionale abbia la convinzione desunta da fatti circostanziati dell'origine illecita di tali beni.

Nonostante l'ambito di applicazione limitato *ratione materiae*, la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope appare quindi di rilevanza generale per la lotta contro la criminalità economica: tale strumento, definito come “one of the most detailed and far reaching instruments ever adopted in the field of international criminal law”⁵⁵³ ha infatti costituito il modello per i successivi accordi internazionali in materia, e contribuito a modernizzare la collaborazione internazionale⁵⁵⁴.

3.2. (segue) ... alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato

La Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope rappresenta il primo importante risultato del nuovo interesse della Comunità internazionale per il contrasto degli aspetti finanziari della criminalità, a cui vanno ricollegate numerose iniziative intraprese a partire dalla fine degli anni '80.

Il 12 dicembre 1988 il “Comitato per le regolamentazioni bancarie e le pratiche di vigilanza” (Comitato di Basilea) emanava una “Dichiarazione di principi” diretta a prevenire l'utilizzo del sistema bancario internazionale a fini criminosi, attraverso l'enunciazione di criteri, di cui si raccomandava l'attuazione ai responsabili direttivi delle banche, per l'identificazione della clientela e la collaborazione con le autorità giudiziarie e di polizia⁵⁵⁵. Nel luglio del 1989 era stato invece istituito, durante il vertice

⁵⁵³ D. P. STEWART, *Internationalizing the War on Drugs: The UN Convention against the Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 18, issue 3, p. 388.

⁵⁵⁴ W. C. GILMORE, *Mutual assistance in criminal and business regulatory matters* cit., p. xvii.

⁵⁵⁵ Basel Committee on Banking Supervision, *Prevenzione dell'utilizzo del sistema bancario per il riciclaggio di fondi di provenienza illecita*, 1988, disponibile sul sito web www.bis.org. Il Comitato opera nel contesto della Banca dei Regolamenti Internazionali (Bank for International Settlements - BIS), istituita nel 1930. La BIS un'organizzazione internazionale che promuove la cooperazione monetaria e finanziaria su scala mondiale, assistendo altresì le banche centrali e le altre autorità monetarie nella gestione delle loro riserve valutarie: sono membri della BIS le banche centrali e le autorità monetarie di Algeria, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Austria, Belgio, Bosnia ed Erzegovina, Brasile, Bulgaria, Canada, Cile, Cina, Corea, Croazia, Danimarca, Estonia, Filippine, Finlandia, Francia, Germania, Giappone, Grecia, Hong Kong SAR, India, Indonesia, Irlanda, Islanda, Israele, Italia, Lettonia, Lituania, Malaysia, Messico, Norvegia, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica Ceca, Repubblica di Macedonia, Romania, Russia, Singapore, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Stati Uniti, Sudafrica, Svezia, Svizzera, Thailandia, Turchia e Ungheria, nonché la Banca centrale europea. Il Comitato di Basilea fu istituito nel 1974 dai Governatori delle Banche Centrali dei Paesi del Gruppo dei Dieci (composto invero da dodici paesi: Belgio, Canada, Francia, Germania, Giappone, Italia,

di Parigi dei Capi di Stato e di Governo dei sette Paesi più industrializzati (il G7) e del Presidente della Commissione europea, il “Gruppo di Azione Finanziaria - GAFI” (“Financial Action Task Force - FATF “), con il compito di “stabilire i risultati della cooperazione già intrapresa al fine di prevenire l’utilizzo del sistema bancario e delle istituzioni finanziarie per il riciclaggio di denaro, e di proporre ulteriori sforzi di prevenzione in questo settore, fra cui l’adattamento dei sistemi giuridici e regolamentari al fine di migliorare l’assistenza giudiziaria multilaterale”⁵⁵⁶. Nel 1990 il Gruppo emanò 40 raccomandazioni, elaborate anche tenendo conto dell’esperienza della Convenzione ONU del 1988 e della Dichiarazione di principi del Comitato di Basilea, le quali fornivano delle linee-guida in materia di prevenzione e repressione del riciclaggio di danaro⁵⁵⁷. In particolare, si raccomandava agli Stati di adottare una disciplina relativa al sequestro e alla confisca dei proventi di reato sul modello di quella stabilita dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope, applicabile anche al di fuori del contesto della lotta alla droga.

Quale ultima iniziativa sovranazionale nella lotta contro gli aspetti finanziari della criminalità economica tra quelle intraprese tra la fine degli anni ‘80 e l’inizio degli anni ‘90 deve infine citarsi la direttiva CEE n. 91/308 del 10 giugno 1991 sulla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite⁵⁵⁸.

Lussemburgo, Paesi Bassi, Regno Unito, Stati Uniti, Svezia e Svizzera), e la sua attività si sostanzia nel promuovere standard efficaci di vigilanza sulle banche e di favorire la cooperazione fra le competenti autorità, anche coinvolgendo gli Stati non membri. Pur non potendo adottare atti vincolanti, i principi o le *best practices* elaborati in seno al Comitato svolgono un importante ruolo di *soft law*, anche alla luce del fatto che gli Stati hanno dimostrato negli anni una convergenza di volontà nell’adeguarsi alle raccomandazioni provenienti dal Comitato. La Dichiarazione si pone come un codice di autoregolamentazione adottato su impulso dei soggetti interessati all’applicazione dei principi in essa contenuti (così L. FEROLA, *Il riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale* cit., p. 137 ss.), e ciò ha contribuito anche alla sua accettazione nella prassi.

⁵⁵⁶ Financial Action Task Force on Money Laundering: Report of 6 February, 1990, p. 4.

⁵⁵⁷ Il GAFI, divenuto un organo permanente cui partecipano attualmente 34 Stati e varie organizzazioni internazionali, ha visto nel tempo ampliare il proprio mandato anche alla lotta contro il finanziamento del terrorismo. Le 40 Raccomandazioni del 1990 sono state riviste nel 1996, al fine di aggiornare le misure riguardanti il riciclaggio; tra il 2001 ed il 2003 esse sono state integrate da altre 9 raccomandazioni relative alla lotta al finanziamento del terrorismo. Sull’attività del GAFI cfr. *inter alia* W. G. GILMORE, *L’attività del Gruppo di azione finanziaria internazionale*, in A. DE GUTTRY, F. PAGANI (a cura di), *La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio* cit., p. 119 ss.; L. FEROLA, *Il riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale* cit., p. 165 ss., e la bibliografia ivi citata *sub* nota 59.

⁵⁵⁸ In *GU* n. L 166 del 28 giugno 1991, p. 77 ss., modificata dalla direttiva n.2001/97/CE (in *GU* n. L 344 del 28 dicembre 2001, p. 76 ss.) e di recente abrogata dalla direttiva n. 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a

Di tutte le esperienze internazionali fin qui esaminate tennero sicuramente conto gli Stati del Consiglio d'Europa, che negli stessi anni si trovavano ad elaborare la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, aperta alla firma a Strasburgo l'8 novembre 1990⁵⁵⁹. Il nuovo strumento del Consiglio d'Europa si proponeva di far propri i risultati ottenuti dalle Nazioni Unite con la Convenzione del 1988, ma anche di superarli, estendendo l'ambito di applicazione al di fuori del contesto della lotta contro la droga⁵⁶⁰. In considerazione del contesto regionale e della maggiore affinità fra gli Stati contraenti ci si proponeva quindi di introdurre una disciplina più dettagliata da applicare con riferimento a tutti i proventi di reato.

Varie erano le finalità perseguite attraverso il nuovo atto internazionale⁵⁶¹. In primo luogo, la Convenzione mirava a “facilitate international co-operation as regards investigative assistance, search, seizure and confiscation of the proceeds from all types of criminality, especially serious crimes, and in particular drug offences, arms dealing, terrorist offences, trafficking in children and young women ... and other offences which generate large profits”⁵⁶². Essa doveva inoltre servire da completamento degli strumenti già esistenti, i quali o non disponevano nulla in materia di confisca, come la Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria del 1959 che, come si è visto, disciplina il solo sequestro a fini probatori, o avevano un ambito di applicazione limitato, come la Convenzione europea sulla validità internazionale delle sentenze

scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo (in *GU* n. L 309 del 25 novembre 2005, p. 15 ss.).

⁵⁵⁹ Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, ETS no. 141, aperta alla firma a Strasburgo l'8 novembre 1990 ed entrata in vigore internazionalmente il 1° settembre 1993. L'Italia ha ratificato la Convenzione con L. n. 328 del 9 agosto 1993, mentre l'entrata in vigore per il nostro paese è avvenuta il 1° maggio 1994. La Convenzione conta attualmente 48 membri, ed è aperta alla firma degli Stati che fanno parte del Consiglio d'Europa, nonché a quelli non membri che hanno partecipato all'elaborazione, come previsto dall'art. 36 della Convenzione stessa. È interessante rilevare che ai lavori preparatori parteciparono gli Stati Uniti, il Canada e l'Australia, ed il Presidente della Commissione europea quale osservatore; attualmente, solo l'Australia ha ratificato la Convenzione.

⁵⁶⁰ Occorre rilevare che già in altri contesti si era intrapresa la medesima strada. Così disposizioni sulla confisca dei proventi e degli strumenti di reato sono presenti nel *Commonwealth Scheme for Mutual Assistance in Criminal Matters* come modificato nel 1990, nonché nei trattati sull'assistenza giudiziaria elaborati dall'Organizzazione degli Stati Americani e dalla Comunità degli Stati Africani occidentali (v. *supra* Cap. I).

⁵⁶¹ H. G. NILSSON, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato*, in A. DE GUTTRY, F. PAGANI (a cura di), *La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio* cit., p. 235 ss.

⁵⁶² Explanatory report to the Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, par. 8.

penali del 1970 o la Convenzione europea sulla trasmissione dei procedimenti penali del 1972, entrambe ratificate da un numero esiguo di Stati. Infine, attraverso la nuova convenzione il Consiglio d'Europa intendeva ravvicinare le legislazioni interne in materia di confisca dei proventi illeciti, in considerazione delle differenze esistenti a livello nazionale ed in un'ottica funzionale alla cooperazione internazionale.

In virtù dei numerosi scopi perseguiti, la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato ha un approccio globale, occupandosi di tutto l'iter dell'aggressione dei patrimoni illeciti, dalle indagini all'esecuzione degli ordini di confisca, prevedendo altresì l'obbligo di incriminazione del reato di riciclaggio e di adottare misure interne che permettano di procedere alla confisca per tutti i reati (con i limiti di cui si dirà). Appare evidente che la Convenzione, imponendo agli Stati di adottare le misure che permettano loro di cooperare indirettamente produce un "effetto armonizzazione"⁵⁶³, non solo con riferimento al reato di riciclaggio, ma anche per quanto riguarda la disciplina della confisca.

3.2.1. Le misure da adottare a livello nazionale

La Convenzione consta di quattro capitoli. Il primo Capitolo, formato da un solo articolo, contiene alcune definizioni rilevanti, quali quella di "provento" che, come si è già rilevato, è formulata nel modo più ampio possibile, al fine di facilitare la cooperazione fra gli Stati, e quella di "confisca", quale misura ordinata da una autorità giudiziaria a seguito di un procedimento per uno o più reati, che importa la privazione definitiva di un bene⁵⁶⁴.

⁵⁶³ P. BERNASCONI, *Il nuovo diritto europeo sul sequestro e il depistaggio di valori patrimoniali provento di reato transnazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1992, I, p. 16.

⁵⁶⁴ Alla luce di tali definizioni sembra potersi escludere che la Convenzione del 1990 possa costituire la base giuridica per richiedere all'estero la confisca (o il sequestro in vista di essa) di beni nelle particolari ipotesi previste dall'ordinamento italiano, ovvero nel procedimento di prevenzione della legislazione antimafia (essendo in tal caso la confisca disposta a seguito di un procedimento sulla pericolosità del soggetto e non per l'accertamento della colpevolezza) o nel caso di confisca allargata ex art. 12-*sexies* della L. 356/92 (mancando il vincolo di pertinenzialità con il reato). Tuttavia alla luce di quanto disposto dalla decisione-quadro 2005/212/GAI del Consiglio dell'Unione europea sulla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, in base alla quale gli Stati membri devono prevedere le misure necessarie a consentire la confisca anche quando un giudice nazionale è convinto che si tratti di beni derivanti da altre attività illecite, diverse da quelle per cui è stata pronunciata la condanna (art. 3, co. 2), sembrerebbe che almeno fra gli Stati membri dell'Unione dovrebbe garantirsi anche la cooperazione per misure del tipo di quella prevista dall'art. 12-*sexies* (in questo senso cfr. R. ALFONSO, *La confisca penale fra disposizioni*

Il Capitolo II contiene invece le disposizioni relative alle misure da adottare in ambito nazionale. L'art. 2 riguarda la confisca, e prevede che ciascuna Parte contraente si impegni ad adottare le misure necessarie a permettere nel proprio ordinamento interno la confisca di strumenti o proventi di reato, anche per un valore equivalente. La disposizione non individua i reati in relazione ai quali deve essere previsto negli ordinamenti interni che si possa procedere a confisca, trovando quindi potenzialmente un'applicazione generale: la sua portata è però limitata da quanto previsto dal par. 2 dello stesso articolo, in base al quale gli Stati possono limitare l'applicabilità dell'art. 2 solo a certe fattispecie penali tramite il deposito di una dichiarazione ⁵⁶⁵.

Il successivo art. 3 prevede l'obbligo per gli Stati contraenti di adottare le disposizioni necessarie per consentire le indagini e le misure provvisorie necessarie relativamente ai beni che possono essere oggetto di confisca secondo quanto previsto dall'art. 2. Il Rapporto esplicativo evidenzia che l'art. 3 non prevede possibilità di fare dichiarazioni in merito ai reati a cui la norma si applicherebbe, ritenendo quindi che l'obbligo di introdurre misure per le indagini ed il sequestro dei proventi illeciti non possa essere

codicistiche e leggi speciali: esigenze di coordinamento normativo e prospettive di riforma, in A. M. MAUGERI (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione* cit., p. 280). A favore della collaborazione giudiziaria internazionale relativa alle misure di prevenzione patrimoniale sulla base della Convenzione di Strasburgo del 1990 si colloca una sentenza resa nel 2003 dalla *Cour de Cassation* francese, la quale ha rigettato il ricorso proposto da Biagio Crisafulli, boss della 'ndrangheta, avverso la decisione del 19 dicembre 2002 con cui la Corte di Appello di Aix en Provence autorizzava l'esecuzione di un decreto di confisca di un immobile emesso dal Tribunale di Milano in un procedimento di prevenzione ai sensi dell'art. 2-ter della L. 575/1965. La *Cour de Cassation* ha fondato la propria decisione sull'obbligatorietà della cooperazione dovuta agli artt. 12 e 14 della Convenzione del 1990, escludendo che l'esecuzione del provvedimento richiesto dalle autorità italiane comportasse una violazione dell'ordine pubblico interno francese. Secondo alcuni, la decisione della Suprema Corte francese deriva dalla solidità dell'impianto accusatorio del procedimento penale in cui il Crisafulli era stato condannato per il reato di associazione a delinquere finalizzato al traffico di stupefacenti. Secondo tale impostazione potrebbe quindi affermarsi che anche nel caso di misure di confisca nell'ambito di procedimenti di prevenzione, in presenza di un accertamento della responsabilità penale in un separato procedimento penale, potrebbe darsi luogo alla cooperazione ai sensi della Convenzione di Strasburgo del 1990 (in questo senso cfr. G. MELILLO, *L'esecuzione all'estero delle misure di prevenzione patrimoniali (Una interessante pronuncia della Corte di cassazione francese)*, in *Questione giustizia*, 2004, fasc. 4, p. 777 ss.).

⁵⁶⁵ Molti Stati hanno fatto uso di tale facoltà, limitando l'operatività dell'art. 2 a certe categorie di reati (ad esempio in materia di traffico di droga) o richiedendo un certo grado di sanzione. L'Italia non ha depositato dichiarazioni. In generale (art. 40), la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato prevede la possibilità a favore degli Stati contraenti di formulare riserve, oltre che nel caso testé citato, anche in relazione all'art. 6, par. 4, sui reati presupposto del reato di riciclaggio; all'art. 14, par. 3 sull'esecuzione della confisca; all'art. 21, par. 2 sulla notificazione di documenti; all'art. 25, par. 3 sulla lingua delle richieste; all'art. 32 par. 2 sul principio di specialità.

limitato *ratione materiae*: tale interpretazione non può essere però condivisa, dato che l'art. 3 fa espresso riferimento ai beni confiscabili ex art. 2, ed è soggetto quindi alle medesime limitazioni apposte dagli Stati tramite le dichiarazioni di cui al medesimo articolo⁵⁶⁶.

Proseguendo nell'analisi delle disposizioni della Convenzione che riguardano le misure da adottare a livello nazionale, l'art. 4 impone alle Parti contraenti di adottare disposizioni che permettano alle competenti autorità di svolgere le indagini necessarie anche ordinando la produzione di documenti bancari, finanziari e commerciali: a tal fine la stessa disposizione sancisce l'inopponibilità del segreto bancario all'esecuzione delle indagini. Altro elemento di novità della Convenzione del 1990 è l'obbligo imposto agli Stati contraenti di prevedere mezzi giuridici adeguati per la tutela delle persone colpite dai provvedimenti di sequestro e confisca (art. 5)⁵⁶⁷.

L'ultima disposizione della Convenzione che riguarda le misure da adottare a livello nazionale è l'art. 6, che prevede l'obbligo di incriminazione del reato di riciclaggio. La peculiarità dell'obbligo assunto dalle Parti contraenti con la Convenzione del 1990 in materia di riciclaggio sta nel fatto che, ancora una volta, si intende estendere il novero dei reati-presupposto, prevedendo un potere di riserva a favore degli Stati che possono identificare le condotte cui applicare l'obbligo sancito dall'atto del Consiglio d'Europa tramite una dichiarazione⁵⁶⁸. L'Italia, che già prima della Convenzione del Consiglio d'Europa era uno dei pochi paesi a prevedere il reato di riciclaggio non solo per i reati di droga, con la legge di ratifica ed esecuzione dell'accordo internazionale in questione ha

⁵⁶⁶ In questo senso cfr. D. McCLEAN, *International judicial assistance*, Oxford, 1992, p. 236.

⁵⁶⁷ La Convenzione si occupa in più occasioni dei mezzi di tutela che devono essere garantiti agli individui colpiti da provvedimenti ablativi, prevedendo la possibilità di non dare esecuzione alle richieste di collaborazione quando i terzi interessati non hanno potuto far valere i propri diritti (art. 22).

⁵⁶⁸ Come si legge nel Rapporto esplicativo, le condotte di riciclaggio descritte nell'art. 6 della Convenzione del 1990 sono "ispirate" a quelle descritte nella Convenzione delle Nazioni Unite del 1988, da cui l'atto del Consiglio d'Europa si differenzia proprio perché non è limitato ai reati connessi al traffico di droga. Tuttavia l'obbligo di incriminazione sussiste solo in relazione alle fattispecie *sub a e b*, mentre l'acquisizione, il possesso o l'uso di beni di cui si conosce l'origine illecita, ed il concorso nel reato di riciclaggio devono essere sanzionati solo se ciò è permesso dai principi costituzionali degli Stati contraenti.

È interessante notare che l'art. 6 specifica l'irrelevanza della commissione all'estero del reato-presupposto al fine della sussistenza di una condotta di riciclaggio perpetrata in uno Stato contraente (art. 6, par. 2, lett. a). Inoltre si invitano le Parti contraenti ad incriminare le condotte di riciclaggio anche nel caso di un comportamento colposo (art. 6, par. 3, lett. a).

emendato l'art. 648 *bis*, prevedendo come reati-presupposto di quello di riciclaggio tutti i delitti non colposi⁵⁶⁹.

3.2.2. La cooperazione internazionale in materia di sequestro e confisca ai sensi della Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato del 1990

Uno degli aspetti più rilevanti della Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, alla luce dell'oggetto di ricerca del presente lavoro, sono però le disposizioni dedicate alla cooperazione internazionale, previste nel Capitolo III.

Lo "spirito" della Convenzione in questo settore si desume dall'art. 7, par. 1, ai sensi del quale le Parti contraenti si impegnano a cooperare fra loro nella misura più ampia possibile per le indagini ed i procedimenti a fini di confisca di strumenti e proventi di reato. Il par. 2 dell'art. 7 si preoccupa ancora una volta del ravvicinamento delle legislazioni interne, imponendo agli Stati di adottare le misure necessarie per consentire l'esecuzione delle richieste di confisca, sia di beni specifici che nel caso di confisca di valore - dando così un impulso fondamentale a quegli ordinamenti che non conoscono tale forma di confisca⁵⁷⁰ - e di assistenza nelle indagini ed esecuzione di misure provvisorie. Il ravvicinamento delle normative interne, senza che debba per forza procedersi ad una vera e propria armonizzazione, riveste un aspetto di primaria importanza nella cooperazione internazionale, dal momento che, accrescendo la fiducia fra gli ordinamenti, facilita i rapporti fra gli Stati in materia penale⁵⁷¹.

La collaborazione fra gli Stati prevista nella Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato riguarda quindi: 1) le indagini;

⁵⁶⁹ L'originario art. 648-*bis* introdotto nel 1978 sanzionava la "sostituzione di denaro o valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persona a scopo di estorsione". Nel 1990 erano stati aggiunti alla lista dei reati i delitti concernenti la produzione o il traffico di droghe.

⁵⁷⁰ Proprio per dar seguito all'obbligo assunto a livello internazionale, il legislatore italiano con la stessa legge di ratifica della Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato (art. 9 L. 328/1993) ha introdotto nel codice di procedura penale italiano l'art. 735 *bis* che disciplina l'esecuzione di un provvedimento straniero di confisca di una somma di denaro corrispondente al valore del prezzo, del prodotto o del profitto di un reato.

⁵⁷¹ Così H. G. NILSSON, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato* cit., p. 237. Sul rapporto fra armonizzazione, ravvicinamento e cooperazione in materia penale con riferimento però all'Unione europea cfr. *supra*, Cap. II.

2) l'attuazione di misure provvisorie; 3) l'esecuzione di ordini di confisca. Le richieste vengono trasmesse dalle autorità centrali identificate dalle parti, mentre solo in caso di urgenza è consentita la comunicazione diretta fra autorità giudiziarie, facoltà concessa in ogni caso per le richieste di assistenza delle indagini che non comportino misure coercitive (art. 24).

Per quanto riguarda il profilo delle indagini, l'art. 8 prevede l'obbligo per gli Stati di prestarsi la più ampia assistenza nell'identificazione e nel rintraccio di strumenti, proventi o altri beni derivanti da un reato suscettibili di confisca, precisando altresì che nell'assistenza sono comprese tutte le misure necessarie per acquisire la prova dell'esistenza, dell'ubicazione, del movimento, della natura, dello stato giuridico e del valore dei beni da sottoporre a confisca. Nonostante l'ampia portata dell'obbligo di prestare assistenza ai sensi della Convenzione, il Rapporto esplicativo precisa che le cosiddette *fishing expeditions*, definite come "general and not determined investigations which are carried out sometimes even without the existence of a suspicion that an offence has been committed"⁵⁷², non rientrano nel campo di applicazione dell'accordo, come si desume anche dal successivo art. 27 par. 1, lett. e), punto ii, che prevede l'indicazione, per quanto possibile, nella richiesta di assistenza dei beni in riferimento ai quali è richiesta la cooperazione: appare quindi escluso che l'obbligo di cooperare imponga alla Parte richiesta di effettuare ricerche presso tutte le banche situate nel suo territorio⁵⁷³.

Uniformandosi ai principi generali in materia, l'art. 9 della Convenzione prevede che l'esecuzione dell'assistenza da parte dello Stato richiesto avvenga secondo le modalità previste dalla legge interna, prevedendo la possibilità di dare attuazione a specifiche indicazioni dello Stato richiedente se non incompatibili con l'ordinamento della Parte richiesta. Infine l'art. 10 prevede la possibilità di trasmissione di informazioni spontanee su strumenti o proventi di reato ritenute utili per la Parte ricevente al fine di iniziare indagini o procedimenti⁵⁷⁴.

⁵⁷² Explanatory Report cit., par. 35.

⁵⁷³ In questo senso cfr. P. BERNASCONI, *Il nuovo diritto europeo sul sequestro e il depistaggio di valori patrimoniali provento di reato transnazionale* cit., p. 31; M. R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale* cit., p. 262.

⁵⁷⁴ La norma appare di grande importanza perché fornisce la base legale per la trasmissione di questo tipo di informazioni: l'art. 33 della Convenzione prevede però che la Parte che riceve le informazioni debba

In considerazione della portata della disciplina sull'assistenza giudiziaria della Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato del 1990 vi è il rischio di sovrapposizione con altri strumenti di origine pattizia, prima fra tutti la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959: il Rapporto esplicativo prevede tale possibilità, prevedendo che le Parti nel caso di concorso fra i due strumenti debbano dare prevalenza se possibile alla Convenzione del 1990⁵⁷⁵. Il ricorso all'uno o all'altro strumento non è privo di conseguenze: in particolare, la Convenzione del 1990 prevede una serie di motivi di rifiuto - facoltativi - molto più articolata della Convenzione CEAG, che includono l'assenza di proporzionalità fra la richiesta e l'importanza del caso, il *ne bis in idem*, e, in caso di esecuzione di misure coercitive, la doppia incriminabilità⁵⁷⁶.

Il secondo profilo della cooperazione internazionale di cui si occupa la Convenzione riguarda le misure provvisorie (artt. 11-12), prevedendo l'obbligo per gli Stati contraenti di introdurre le misure necessarie a permettere il congelamento o il sequestro dei beni che potrebbero essere sottoposti a confisca per evitarne la dispersione.

Infine, la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato si occupa della cooperazione internazionale per l'esecuzione degli ordini di confisca. La disciplina dell'art. 13 riprende la soluzione della Convenzione ONU del 1988, prevedendo due modalità a disposizione degli Stati contraenti per dare esecuzione nel loro territorio agli ordini stranieri di confisca, ovvero la diretta esecuzione del provvedimento straniero, oppure l'adozione di un provvedimento interno. Viene altresì stabilito che la cooperazione debba essere fornita anche quando si tratti di confisca di valore (art. 13, par. 3): tale previsione appare assai rilevante dal momento che impone

attenersi alle condizioni di riservatezza apposte dalla Parte che le trasmette. Inoltre l'art. 32 prevede la possibilità per gli Stati contraenti di dichiarare che alle informazioni e alle prove fornite si applichi il principio di specialità (facoltà cui molti Stati contraenti hanno fatto ricorso). Sul punto cfr. P. BERNASCONI, *Il nuovo diritto europeo sul sequestro e il depistaggio di valori patrimoniali provento di reato transnazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, I, p. 26.

⁵⁷⁵ Explanatory Report cit., par. 36.

⁵⁷⁶ Sulle diversità procedurali derivanti dal ricorso all'uno o all'altro strumento cfr. E. CALVANESE, *La cooperazione giudiziaria in materia di sequestro* cit., p. 3898; F. SPIEZIA, *Crimine transnazionale e procedure di cooperazione giudiziaria* cit., p. 208 ss. Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, la flessibilità nella scelta dello strumento in base al quale formulare la richiesta potrebbe creare problemi ai sensi dell'art. 729 c.p.p., che impone il rispetto della normativa internazionale sull'acquisizione probatoria a pena di inutilizzabilità degli atti (sul punto cfr. E. CALVANESE, *L. 5 ottobre 2001, n. 367*, in *La legislazione penale*, 2002, fasc. 3, p. 728 ss.).

agli Stati contraenti che non prevedano tale forma di confisca di adeguarsi, almeno al fine della cooperazione internazionale⁵⁷⁷. L'esecuzione della confisca avviene secondo quanto previsto dalla legislazione dello Stato richiesto (art. 14). Quest'ultimo è vincolato agli accertamenti dei fatti come stabiliti nella sentenza straniera di condanna o in una decisione giudiziaria, ma gli Stati possono riservarsi di dare applicazione a tale disposizione nei limiti in cui ciò non sia contrario ai principi costituzionali e fondamentali del proprio ordinamento (art. 14, par. 2 e 3)⁵⁷⁸.

La Convenzione prevede infine una lunga serie di motivi di rifiuto che le parti *possono* opporre per non dar luogo alla cooperazione internazionale. L'art. 18 prevede una serie di ragioni che possono essere invocate per rifiutare qualsiasi tipo di collaborazione: insieme ai motivi tradizionali fondati sulla protezione della sovranità, della sicurezza, dell'ordine pubblico, sulla natura fiscale o politica del reato, è previsto anche che la Parte richiesta possa rifiutarsi quando la misura richiesta non sia considerata giustificata alla luce dell'importanza del caso, o se il compimento dell'atto sarebbe contrario al principio del *ne bis in idem* (art. 18, par. 1, lett. c e d). Il requisito della doppia incriminabilità può essere invece richiesto solo nei casi di assistenza investigativa che importino misure coercitive (art. 18, par. 1, lett. f): in questo caso e nel caso di richiesta riguardante misure provvisorie, la cooperazione può essere rifiutata anche quando essa comporterebbe misure non consentite dalla legislazione della Parte richiesta, o nel caso in cui la relativa domanda non provenga né sia autorizzata da un'autorità giudiziaria (art. 18, par. 3).

Con riferimento invece alla cooperazione per l'esecuzione di ordini di confisca, i motivi facoltativi di rifiuto riguardano i casi in cui la legislazione dello Stato richiesto non preveda la confisca per il reato per cui si è proceduto nello Stato richiedente, o la confisca sia contraria ai principi interni in relazione al rapporto tra reato e vantaggi o strumenti, o nel caso in cui la decisione sia stata emessa in assenza della persona condannata. Gli ultimi paragrafi dell'art. 18 riguardano invece ciò che non può essere

⁵⁷⁷ Sul punto cfr. Explanatory Report cit., par. 48.

⁵⁷⁸ Nel dare esecuzione alla confisca quindi l'autorità richiesta non può procedere ad alcun apprezzamento degli elementi di prova esposti nella sentenza emessa nello Stato richiedente: diverso è invece il caso in cui vi siano fatti nuovi intervenuti dopo la pronuncia della decisione (sul punto cfr. P. BERNASCONI, *Il nuovo diritto europeo sul sequestro e il depistaggio di valori patrimoniali provento di reato transnazionale* cit., p. 24).

opposto per rifiutare l'assistenza, ovvero il segreto bancario o il fatto che si proceda nei confronti di una persona giuridica.

4. L'evoluzione della cooperazione in materia di confisca

La Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato del 1990 costituisce un mezzo efficace e moderno per la cooperazione internazionale tesa a colpire la dimensione economica delle moderne forme di criminalità. Anche in questo caso la possibilità lasciata agli Stati di formulare riserve su alcune delle disposizioni fondamentali dell'accordo - si pensi all'art. 2 sulla confisca o all'art. 6 sul riciclaggio - ha spesso limitato l'applicabilità dei meccanismi previsti dalla Convenzione a molte fattispecie criminose. In considerazione di ciò, gli Stati membri dell'Unione europea hanno adottato una serie di atti volti ad estendere l'applicazione della Convenzione del Consiglio d'Europa, in particolare tramite l'impegno a non apporre o a ritirare riserve.

Ciò è avvenuto in primo luogo tramite l'azione comune 98/699/GAI del 3 dicembre 1998 sul riciclaggio di denaro e sull'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, adottata dal Consiglio in base all'articolo K3 del Trattato sull'Unione europea⁵⁷⁹. L'azione comune del 1998 riguardava principalmente la cooperazione fra gli Stati membri in materia di confisca, prevedendo l'impegno di questi a non apporre o confermare le riserve previste dalla Convenzione del 1990 in relazione ai reati che danno origine a confisca o che possono costituire il presupposto del reato di riciclaggio⁵⁸⁰. Con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam si è deciso di ribadire l'impegno attraverso l'adozione di un atto maggiormente vincolante, ovvero una decisione-quadro. La decisione-quadro 2001/500/GAI del Consiglio, del 26 giugno 2001, concernente il riciclaggio di denaro,

⁵⁷⁹ In *GU* n. L 333, del 9 dicembre 1998, l. 333, p. 1 ss., su cui cfr. E. CASSESE, *Il sistema delle fonti*, in M. CONDEMI, F. DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo - Quaderni di Ricerca Giuridica e della Consulenza Legale*, no. 60, 2008, p. 35 ss.

⁵⁸⁰ In particolare, l'art.1 dell'azione comune prevede che non siano apposte riserve in relazione ai reati puniti con una pena massima superiore ad un anno, per quanto riguarda la confisca, e di tutti i reati gravi e comunque puniti con una pena massima superiore ad un anno o non inferiore nel minimo a 6 mesi, per ciò che riguarda il reato di riciclaggio. Tuttavia si lasciava la facoltà agli Stati membri di formulare riserve senza alcun limite in merito alla confisca di beni a seguito di violazione della legislazione fiscale.

l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato⁵⁸¹ provvede ad aggiornare l'azione comune del 1998 alla luce delle conclusioni del vertice di Tampere e del Consiglio europeo di Vienna⁵⁸², sancendo l'obbligo per gli Stati membri di non formulare le riserve previste dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990 negli stessi termini previsti dall'azione comune, ed armonizzando nel minimo la durata (non inferiore a quattro anni) delle pene detentive da infliggersi in relazione all'incriminazione del riciclaggio di cui all'art. 6 della Convenzione⁵⁸³. Viene inoltre previsto l'obbligo per gli Stati membri di introdurre nei propri ordinamenti la confisca per equivalente (art. 3): la norma appare assai rilevante dal momento che la Convenzione del Consiglio d'Europa prevede l'impegno degli Stati a permettere l'esecuzione di questo tipo di confisca, senza però doverla introdurre in generale negli ordinamenti nazionali⁵⁸⁴.

La volontà di aggiornare la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, specie alla luce delle nuove esigenze dettate dalla minaccia del terrorismo, è emersa anche a livello del Consiglio d'Europa, che nel 1998 ha iniziato un processo interno di revisione, affidando ad un Comitato di esperti nel 2003 il compito di redigere un nuovo testo convenzionale⁵⁸⁵. Infine, il 16 maggio 2005 la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo (detta anche "Convenzione di Varsavia"), è stata aperta alla firma a Varsavia⁵⁸⁶. La nuova Convenzione è entrata in vigore il 1° gennaio 2008, a seguito delle ratifiche di Albania, Armenia, Bosnia Erzegovina, Croazia, Malta, Moldavia, Montenegro, Paesi Bassi, Polonia, Romania e Slovacchia. L'Italia non ha

⁵⁸¹ In *GU* n. L 182 del 05 luglio 2001, p. 1 ss.

⁵⁸² V. *supra* Cap. II.

⁵⁸³ L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria*, in M. CONDEMI, F. DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo* cit., p. 326.

⁵⁸⁴ Sul punto cfr M. R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale* cit., p. 274.

⁵⁸⁵ Sui lavori preparatori della Convenzione del 2005 cfr. A. BALDASSARRE, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo*, in *Diritto del commercio internazionale*, fasc. 3, 2006, p. 609 ss.

⁵⁸⁶ Ai sensi dell'art. la Convenzione è aperta alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa, nonché alla Comunità europea e agli Stati non membri che hanno partecipato alla sua elaborazione, vale a dire Canada, Santa Sede, Giappone, Messico e Stati Uniti.

ancora ratificato la convenzione, ma un progetto di legge in tal senso è stato presentato alla Camera dei deputati⁵⁸⁷.

Le istanze di rinnovamento della Convenzione del 1990, di cui continua a riconoscersi l'utilità e l'efficacia, sono sorte a seguito della constatazione che tale strumento si presentava come deficitario sotto due aspetti fondamentali, vale a dire la *prevenzione* del reato di riciclaggio (attraverso, ad esempio, la verifica dell'identità della clientela o l'obbligo di segnalazione di operazioni sospette), nonché il contrasto al finanziamento del terrorismo⁵⁸⁸, problematica che ha assunto nuova rilevanza dopo gli attentati dell'11 settembre 2001 alle Torri gemelle di New York.

I primi commenti sulla Convenzione del 2005 sono concordi nell'evidenziare che l'aspetto maggiormente innovativo di essa è il fatto di essere il primo strumento a disciplinare contestualmente il riciclaggio dei capitali illeciti ed il finanziamento del terrorismo⁵⁸⁹. La trattazione unitaria di queste due problematiche è dovuta al fatto che sia nel caso di riciclaggio, che di finanziamento del terrorismo, il sistema finanziario diviene il canale attraverso cui le condotte criminose vengono in contatto con l'economia legale.

D'altra parte, il collegamento fra riciclaggio e finanziamento del terrorismo era già emerso nell'attività del GAFI, il cui mandato, come si è già detto, è stato esteso anche a quest'ultima questione, tanto che le nuove raccomandazioni del 2003 interessano proprio questa problematica⁵⁹⁰.

La Convenzione del 2005 mantiene l'impianto originario della Convenzione del 1990, con l'aggiunta di nuovi meccanismi di contrasto.

Per quanto riguarda la lotta al finanziamento del terrorismo, attraverso l'art. 2 della Convenzione del 2005 viene estesa l'applicabilità contro tali condotte delle misure

⁵⁸⁷ Si tratta del Ddl n. 269 di iniziativa dell'on. Mecacci ed altri, presentato il 29 aprile 2008, assegnato alla III Commissione Affari Esteri il 22 maggio 2008, di cui però non è ancora iniziato l'esame. Il disegno di legge contiene l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione: non vi sono proposte di modifica di diritto sostanziale o procedurale, quindi appare che l'ordinamento italiano sia già in regola con gli obblighi assunti a livello internazionale.

⁵⁸⁸ Sul punto E. CASSESE, *Il sistema delle fonti* cit., p. 40.

⁵⁸⁹ Così E. CASSESE, *Il sistema delle fonti* cit., p. 40; A. BALDASSARRE, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo* cit., p. 610; L. FEROLA, *Il riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale* cit., p. 220.

⁵⁹⁰ V. *supra* par. 3.2.

previste contro il riciclaggio, a livello nazionale o di cooperazione internazionale: tuttavia, in considerazione delle peculiarità della lotta contro il finanziamento del terrorismo, il par. 2 dell'art. 2 specifica che ogni Parte si impegnerà ad adottare le misure necessarie per ricercare, rintracciare, identificare, congelare, sequestrare o confiscare beni di provenienza *lecita o illecita* destinati al finanziamento del terrorismo. Inoltre, ai sensi dell'art. 28 par. 1 lett. d) ed e), una richiesta di cooperazione riguardante il finanziamento del terrorismo non può essere rifiutata adducendo come motivazione la natura fiscale o politica del reato.

Con riferimento invece al riciclaggio di proventi di reato, l'art. 9 della Convenzione del 2005, pur prevedendo l'astratta configurabilità del reato di riciclaggio di proventi derivanti da qualsiasi reato-presupposto, mantiene la possibilità per gli Stati contraenti di apporre di limitare l'ambito di applicazione ai reati puniti con una pena detentiva superiore ad un anno o non inferiore nel minimo a sei mesi. La vera novità della Convenzione del 2005 sta però nel fatto di aver individuato in un allegato un nucleo minimo di fattispecie che costituiscono reati-presupposto, in relazione ai quali non possono essere formulate riserve⁵⁹¹. Sul punto appare importante rilevare che gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno fatto propria la lista di reati contenuta nel glossario delle nuove raccomandazioni GAFI del 2003. Occorre altresì rilevare che l'art. 10 prevede l'obbligo di incriminazione del reato di riciclaggio "imputabile" ad una persona giuridica secondo i criteri stabiliti nella medesima norma.

Per quanto riguarda la confisca, la Convenzione del 2005 ribadisce l'impegno per gli Stati contraenti a dotarsi delle misure necessarie a permettere la confisca di "instrumentalities and proceeds or property the value of which corresponds to such proceeds and laundered property" (art. 3). Anche con riferimento alla confisca, sulle Parti contraenti grava l'obbligo di prevedere tale misura per il reato di riciclaggio e le fattispecie comprese nell'Allegato, mentre negli altri casi sono ammesse riserve negli

⁵⁹¹ Le condotte incluse nell'allegato sono: la partecipazione ad un gruppo criminale organizzato; il terrorismo ed il finanziamento del terrorismo; tratta di esseri umani e traffico di migranti; lo sfruttamento sessuale, compreso lo sfruttamento sessuale dei bambini; traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope; traffico illecito di armi; traffico illecito di beni rubati e altri beni; corruzione; truffa; contraffazione di valuta; contraffazione e riproduzione abusiva di prodotti; reati contro l'ambiente; omicidio, lesioni personali gravi; rapimento, sequestro e presa di ostaggi; rapina e furto; contrabbando; estorsione; contraffazione; la pirateria informatica; i delitti di agguataggio e manipolazione dei mercati finanziari.

stessi limiti, precedentemente menzionati, previsti per il riciclaggio: anche nel caso della confisca, l'obiettivo della Convenzione è quello di limitare i casi in cui la confisca - anche quella di valore - non può essere disposta. La novità più rilevante della nuova disciplina della confisca è la previsione, ai sensi del par. 4 dell'art. 3, che ciascuna parte adotti le misure legislative o di altra natura necessarie per esigere che l'autore di un reato dimostri la provenienza lecita di determinati beni suscettibili di essere sottoposti a confisca⁵⁹². A differenza dell'accordo del 1990, che sul punto, come si è detto, è silente, la nuova Convenzione prende in considerazione il meccanismo dell'inversione dell'onere della prova, da applicare in riferimento ai reati più gravi e sempre nel rispetto dei principi degli ordinamenti interni: inoltre le Parti contraenti potranno sottrarsi all'obbligo di riconoscere tale meccanismo probatorio formulando una riserva in tal senso (art. 53 co. 4). Altra novità della Convenzione del 2005 riguarda la disciplina delle indagini bancarie. La Convenzione interviene in tal senso per armonizzare le legislazioni nazionali, anche al fine di facilitare la cooperazione internazionale⁵⁹³. Così l'art. 7, dopo aver ribadito l'inopponibilità del segreto bancario per evitare di produrre documenti (par. 1), prevede l'obbligo per gli Stati contraenti di adottare le misure necessarie al fine di: a) stabilire se una persona fisica o giuridica detenga conti in una banca situata sul proprio territorio, e nel caso ottenere tutte le informazioni rilevanti; b) ottenere le informazioni relative ad operazioni bancarie effettuate in un dato periodo; c) esercitare il controllo su operazioni bancarie; d) garantire la riservatezza delle banche sulle operazioni di cui sopra.

Come si è detto, la nuova Convenzione mira a rafforzare l'opera di prevenzione del riciclaggio: a tal fine l'art. 13 prevede l'impegno delle Parti ad adottare le misure necessarie a garantire un regime interno efficace per la regolamentazione, la vigilanza ed il controllo delle operazioni finanziarie al fine di prevenire fenomeni di riciclaggio di proventi illeciti. Le Parti contraenti nel predisporre le misure più idonee per i fini menzionati devono "ispirarsi" alle raccomandazioni GAFI in materia, senza che però sia

⁵⁹² Sull'inversione dell'onere della prova nel caso di confisca v. *supra* par. 3.1. La disposizione si "ispira" al meccanismo della confisca allargata previsto nell'ordinamento italiano dall'art. 12-*sexies* della L. 356/1992.

⁵⁹³ Così A. BALDASSARRE, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo* cit., p. 621.

prevista l'obbligatorietà di quanto in esse disposto. Inoltre il par. 2 dell'art. 13 elenca una serie di misure che gli Stati devono adottare per garantire determinati obblighi informativi a carico di soggetti, persone fisiche e giuridiche, che si trovino coinvolte nella gestione di operazioni che possono prestarsi al riciclaggio.

L'attività di prevenzione e contrasto del fenomeno di riciclaggio è affidata dalla nuova Convenzione alle *Financial Intelligence Units*. L'Unità d'informazione finanziaria (UIF) è, alla luce della definizione resa dalla stessa Convenzione, un'unità nazionale centrale incaricata di ricevere, analizzare e trasmettere informazioni finanziarie allo scopo di contrastare il riciclaggio ed il finanziamento del terrorismo (art. 1, lett. f). La nozione di UIF fatta propria dalla Convenzione è quella elaborata dal cosiddetto Gruppo Egmont⁵⁹⁴: il Consiglio d'Europa sancisce così la rilevanza dell'attività di questo tipo di agenzie, sancendo l'obbligatorietà a livello pattizio della loro istituzione.

Sul fronte della cooperazione internazionale, la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo del 2005 mantiene la soluzione del 1990 riguardante le modalità di esecuzione degli ordini di confisca in via diretta o indiretta. Le novità più rilevanti riguardano l'assistenza a fini investigativi per l'ottenimento di informazioni sui conti bancari: è infatti prevista la possibilità di richiedere informazioni sui conti bancari detenuti da una persona fisica o giuridica (art. 17) sulle operazioni bancarie effettuate in un determinato periodo (art. 18), nonché di effettuare il controllo sulle movimentazioni di un conto per un determinato periodo (art. 19)⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ Il Gruppo Egmont è l'organismo internazionale che riunisce le autorità specializzate nella lotta al riciclaggio, ovvero le cosiddette unità di informazione finanziaria. Fanno parte del Gruppo le competenti autorità di 106 paesi. L'impulso alla creazione di tali unità deriva dalle Raccomandazioni GAFI, in particolare la n. 15 e la n. 23: il Gruppo Egmont mira a creare un network fra le autorità nazionali per facilitarne la cooperazione. Per quanto riguarda l'Italia, la funzione di analisi delle informazioni su operazioni sospette era stata originariamente (1994) affidata all'Ufficio italiano cambi, ovvero un ente amministrativo al fine di separare le attività di monitoring da quelle più propriamente investigative. Dal 1° gennaio 2008 l'Ufficio italiano cambi ha cessato di esistere, e le relative competenze sono state trasferite alla Banca d'Italia, presso la quale è anche istituita l'Unità di Informazione Finanziaria (art. 6 D.lgs. 231/2007). Sull'attività del Gruppo Egmont cfr. A. BALDASSARRE, *Il Gruppo Egmont*, in M. CONDEMI, F. DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo* cit., p. 279 ss.

⁵⁹⁵ La disciplina della Convenzione di Varsavia sulle richieste di informazioni bancarie riprende quanto stabilito nel Protocollo del 2001 alla Convenzione sull'assistenza giudiziaria in materia penale fra gli Stati dell'Unione europea (v. *supra* Cap. II), estendendo le soluzioni adottate nel quadro dell'Unione europea al più ampio contesto del Consiglio d'Europa.

Infine per concludere la rassegna delle principali novità previste dalla Convenzione di Varsavia vale la pena menzionare il meccanismo di controllo dell'attuazione della Convenzione da parte degli Stati contraenti e per la risoluzione delle controversie, affidato alla Conferenza delle Parti, che però non è dotata di alcun potere di intervento nel caso di inadempimenti (art. 48).

La Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo del 2005 rappresenta il punto di arrivo delle iniziative finora intraprese a livello internazionale per affrontare gli aspetti economico-finanziari delle nuove forme di criminalità. Essa ha il merito di rendere giuridicamente vincolanti quelle *best practices* elaborate dagli Stati nell'ambito degli organismi internazionali (GAFI, Gruppo Egmont), il cui merito è soprattutto quello di stimolare la convergenza dei diversi paesi verso determinate soluzioni che prendono la forma di raccomandazioni, linee guida o altri strumenti simili, non connotati da obbligatorietà e per questo definiti norme di *soft law*: sempre più spesso tali forme di cooperazione permettono di sperimentare soluzioni che, una volta condivise dagli Stati e ritenute efficaci, possono essere trasfuse in strumenti vincolanti, come è avvenuto nel caso della Convenzione di Varsavia⁵⁹⁶.

5. La confisca nella cooperazione fra gli Stati dell'Unione europea

Nel capitolo precedente si è già dato ampio spazio agli strumenti adottati in seno all'Unione europea relativamente alla cooperazione fra gli Stati membri nell'attuazione reciproca di misure ablativo, sia provvisorie, come nel caso delle decisioni di blocco o di sequestro, che definitive, come nel caso degli ordini di confisca⁵⁹⁷. Appare opportuno, alla luce di quanto fin qui detto in merito agli strumenti adottati a livello internazionale per la lotta contro la criminalità economica, soffermarsi sulla

⁵⁹⁶ Sul passaggio dalla *soft law* all'*hard law* nel campo del riciclaggio di capitali e nella lotta al finanziamento del terrorismo cfr. A. BALDASSARRE, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo* cit., p. 611 ss., il quale rileva come tale trasformazione, che solitamente avviene in un ampio lasso di tempo, è avvenuta in questo caso assai velocemente.

⁵⁹⁷ Ci si riferisce alle decisioni-quadro 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco di beni o di sequestro probatorio, e 2006/783/GAI, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, su cui v. *supra* Cap. II.

decisione-quadro 2005/212/GAI relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato: tale atto, infatti, mira a rafforzare l'efficienza per gli Stati membri dei meccanismi previsti nelle convenzioni internazionali, in particolare nella Convenzione di Strasburgo del 1990.

Come si è già detto, con la decisione-quadro 2001/500/GAI si è imposto l'obbligo agli Stati membri di non mantenere le riserve all'art. 2 della Convenzione del 1990 in materia di confisca per tutti i reati puniti con una pena privativa della libertà personale superiore ad un anno. La decisione-quadro 2005/212/GAI parte dal presupposto che, nonostante ormai sia chiaro che la lotta alle moderne forme di criminalità richiede una politica criminale di aggressione dei profitti economici di queste, tuttavia l'efficienza dei meccanismi di rintracciamento, congelamento, sequestro e confisca dei proventi di reato è pregiudicata dalle differenze ancora esistenti nei diversi ordinamenti nazionali. Obiettivo della decisione-quadro è quindi quello di procedere all'armonizzazione delle normative nazionali in materia di confisca, al fine di facilitare la cooperazione fra gli Stati membri dell'Unione⁵⁹⁸.

Gli aspetti fondamentali della decisione-quadro 2005/212/GAI, soprattutto alla luce dell'impatto sugli ordinamenti nazionali, riguardano l'ampliamento delle ipotesi in cui deve essere prevista la possibilità di procedere a confisca, anche per equivalente, nonché le nuove ipotesi di confisca cosiddetta "allargata". L'art. 2 della decisione-quadro, infatti, prevede che ciascuno Stato membro adotti le misure necessarie per poter procedere alla confisca di strumenti o proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno, o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi: appare evidente che tale obbligo è destinato ad incidere fortemente sulle legislazioni penali interne, aumentando notevolmente i casi in cui sarà possibile disporre la confisca dei proventi di reato - da intendersi come ogni vantaggio economico derivante dalla condotta criminosa (art. 1, primo trattino), definizione volutamente ampia⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ G. IUZZOLINO, *L'armonizzazione della confisca*, in G. M. ARMONE et al., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano* cit., p. 353 ss.

⁵⁹⁹ Proprio a causa della prospettata espansione dell'applicabilità della confisca a numerose fattispecie criminose, la Commissione sembra aver accettato alcune limitazioni, come quelle proposte dalla Francia in relazione ai reati a mezzo stampa (sul punto cfr. M. CASTELLANETA, *Confisca estesa ai beni intestati ai terzi* cit., p. 105).

Il secondo aspetto fortemente innovativo introdotto dalla decisione-quadro del 2005 riguarda i cd. “poteri estesi di confisca”, ovvero la possibilità di sottoporre a confisca beni detenuti dall’autore del reato, ma riconducibili ad attività criminose diverse da quelle per cui è stato condannato: tale ipotesi di confisca allargata è però possibile solo quando la condanna sia intervenuta per uno dei reati elencati nell’art. 3 della decisione-quadro⁶⁰⁰, i quali siano punibili entro certi limiti di pena (almeno 5-10 anni), e allorché sia stato possibile per il giudice nazionale raggiungere il convincimento dell’origine illecita dei beni con un certo grado di certezza. È inoltre prevista la facoltà per gli Stati membri di estendere la confisca anche a beni posseduti da persone che hanno una stretta relazione con l’autore del reato, o beni appartenenti ad una persona giuridica su cui l’autore del reato, o persone a lui vicine, esercita un controllo (art. 3, par. 3).

La previsione di “poteri estesi di confisca” suscita preoccupazioni dal punto di vista della tutela dei diritti individuali, cui la decisione-quadro risponde da una parte facendo riferimento al “libero convincimento” del giudice nazionale, dall’altra richiamando l’obbligo di rispettare i diritti e i principi fondamentali sanciti dall’articolo 6 del Trattato sull’Unione europea, tra cui, in particolare, la presunzione di innocenza⁶⁰¹: tale richiamo, che sembrerebbe pleonastico in considerazione del fatto che l’obbligo per l’Unione europea di rispettare i diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni già grava su di essa in generale in virtù del richiamato

⁶⁰⁰ I reati cui si fa riferimento sono quelli oggetto di alcune decisioni-quadro, quali la decisione-quadro 29/2000/383/GAI sul rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all’introduzione dell’euro nel caso di reati; la decisione-quadro 2001/500/GAI sul riciclaggio di denaro, l’individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato; la decisione-quadro 2002/629/GAI sulla lotta contro la tratta degli esseri umani; la decisione-quadro 2002/946/GAI sul rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali; la decisione-quadro 2004/68/GAI relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile; la decisione-quadro 2004/757/GAI riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti. È stato osservato che il riferimento a tali atti potrebbe comportare dei problemi per l’attuazione delle ipotesi di confisca allargata in quegli Stati membri che non hanno ancora recepito le decisioni-quadro relative menzionate, specie nel caso in cui la confisca sia costituisca una forma di sanzione, nel qual caso il dare attuazione alla decisione-quadro 2005 costituirebbe violazione del principio di legalità (sul punto cfr. M. CASTELLANETA, *Confisca estesa ai beni intestati ai terzi* cit., p. 107).

⁶⁰¹ Sul punto cfr. G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, Milano, 2007, p. 253.

art. 6 TUE, sembra quindi un modo per tranquillizzare quegli Stati membri che non adottano procedimenti simili di confisca basati su presunzioni.

6. La confisca nelle convenzioni settoriali: corruzione e criminalità organizzata transnazionale

Il ricorso alle misure ablative come strumento di lotta alla criminalità economica si ritrova anche in alcuni atti internazionali relativi alla cooperazione internazionale per la repressione di determinate fattispecie criminose, che costituiscono una minaccia avvertita dalla maggior parte degli Stati della Comunità internazionale.

In considerazione della finalità perseguita da misure come la confisca non stupisce il fatto che essa sia utilizzata nella lotta contro la corruzione. La Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri e dei funzionari degli organismi sovranazionali⁶⁰² impone agli Stati contraenti di adottare le misure necessarie affinché sia possibile procedere al sequestro o alla confisca della tangente e dei proventi derivanti dalla corruzione del pubblico ufficiale straniero, o di beni per un valore ad essi equivalenti (art. 3, par. 3). La disposizione risponde ad una delle finalità generali e fondamentali della Convenzione OCSE del 1997, ovvero l'aggressione di tutti i proventi di origine illecita al fine di privare il reo di qualsiasi utilità economica proveniente dalla condotta corruttiva⁶⁰³. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'attuazione degli obblighi derivanti dalla Convenzione OCSE ha condotto all'introduzione del già menzionato art. 322-ter c.p., il quale prevede la confisca obbligatoria, anche per equivalente, nel caso di sentenza di condanna o patteggiamento per reati quali corruzione, peculato o concussione, anche quando siano coinvolti funzionari della Comunità europea o di altre organizzazioni internazionali.

⁶⁰² OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, conclusa il 21 novembre 1997 ed entrata in vigore il 15 febbraio 1999. L'Italia ha ratificato la Convenzione con la L. 29 settembre 2000, n. 300. Sulla Convenzione e la sua attuazione in Italia cfr. G. SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla convenzione OCSE 1997 al decreto n. 231/2001*, Milano, 2003.

⁶⁰³ Sul punto cfr. L. BORLINI, P. MAGRINI, *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2007, p. 107.

Anche la Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione del 2003⁶⁰⁴ prevede l'obbligo per gli Stati di adottare le misure necessarie per procedere al congelamento, sequestro e confisca dei proventi e dei beni utilizzati o destinati ad essere utilizzati con riferimento ai reati di cui l'atto si occupa, fra cui la corruzione di pubblici ufficiali nazionali e stranieri, l'appropriazione indebita di beni da parte di pubblici ufficiali, il "commercio di influenze", nonché la corruzione privata (art. 31). Le misure ablativo previste possono riguardare, oltre ai proventi di diretta derivazione dalle condotte criminose considerate, anche beni ottenuti dal reimpiego di questi o beni per così dire "inquinati" dai proventi illeciti. La Convenzione ONU recepisce le più moderne soluzioni relative all'onere della prova dell'origine dei beni suscettibili di confisca, stabilendo che gli Stati contraenti "possono esaminare la possibilità di esigere che l'autore di un reato dimostri l'origine lecita dei presunti proventi del crimine o di altri beni confiscabili, nella misura in cui tale esigenza è conforme ai principi fondamentali del loro diritto interno ed alla natura dei procedimenti giudiziari e di altri procedimenti" (art. 31, par. 8).

La disciplina sancita dall'art. 31 della Convenzione ONU contro la corruzione riprende la soluzione precedentemente elaborata nella Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale del 2000 (cd. "Convenzione di Palermo"), con la quale si chiarisce l'importanza delle misure ablativo nella lotta contro le forme più gravi di criminalità. L'art. 12 della Convenzione di Palermo prevede l'obbligo per gli Stati contraenti di adottare tutte le misure necessarie a procedere alla confisca, al sequestro, ma anche all'identificazione ed al rintracciamento dei beni di origine illecita o utilizzati dalla criminalità organizzata transnazionale al fine di porre in essere le condotte criminose⁶⁰⁵. La disposizione prevede i medesimi meccanismi analizzati con riferimento all'art. 31 della Convenzione ONU contro la corruzione, fra cui la possibilità di prevedere l'inversione dell'onere della prova dell'origine illecita dei beni da sottoporre a confisca. Inoltre il par. 6 dell'art. 12 sancisce l'inopponibilità del segreto bancario per

⁶⁰⁴ United Nations Convention against Corruption, firmata a Merida il 9 dicembre 2003, ed entrata in vigore del 14 dicembre 2004. L'Italia ha firmato la convenzione, ma non ha ancora proceduto alla ratifica.

⁶⁰⁵ Si tratta dei reati descritti dall'art. 3 della Convenzione, ovvero i reati di partecipazione ad un gruppo criminale organizzato, il riciclaggio, la corruzione, l'intralcio alla giustizia, ed i reati gravi puniti con pena privativa della libertà personale non inferiore a quattro anni, quando hanno natura transnazionale ai sensi del medesimo art. 3 e vedono il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato.

sottrarsi all'obbligo di prevedere le misure necessarie affinché le autorità nazionali competenti possano ordinare la produzione ed il sequestro di documenti bancari, finanziari o commerciali. L'art. 13 disciplina invece la cooperazione internazionale per l'esecuzione di richieste straniere relative a misure ablativo. Anche in questo caso la soluzione adottata si pone sulla scia dei tradizionali strumenti internazionali, prevedendo ancora una volta due modalità alternative, ovvero l'esecuzione diretta dell'ordine di confisca straniero o l'esecuzione indiretta tramite l'adozione di un provvedimento interno (art. 13, par. 1)⁶⁰⁶. Come motivo di rifiuto dell'assistenza, formulato in termini facoltativi, è indicato il caso in cui la richiesta faccia riferimento ad un reato non "coperto" dalla Convenzione di Palermo (art. 13, par. 7): tuttavia la norma richiama l'art. 18 relativo all'assistenza giudiziaria, il cui par. 21 prevede una serie di motivi di rifiuto facoltativi, quali il rischio di pregiudizio della sovranità, dell'ordine pubblico e della sicurezza, la contrarietà della richiesta all'ordinamento giuridico dello Stato richiesto o la mancanza di requisiti essenziali della domanda⁶⁰⁷.

Occorre infine rilevare che la legge italiana di ratifica della Convenzione ONU sul crimine organizzato transnazionale⁶⁰⁸ detta alcune disposizioni per adeguare l'ordinamento italiano agli obblighi relativi a sequestro e confisca sanciti dall'accordo. L'art. 11 della l. 146/2006 prevede che per i reati transnazionali di cui all'art. 3 della legge italiana di ratifica, qualora non sia possibile procedere alla confisca delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato, il giudice ordina la confisca di somme di denaro, beni od altre utilità di cui il condannato abbia la disponibilità, anche per interposta persona, per un valore equivalente. L'art. 12 della l. 146/2006 prevede

⁶⁰⁶ Evidenza come le disposizioni su sequestro e confisca della Convenzione di Palermo siano ispirate all'art. 5 della Convenzione di Vienna del 1988 sulla lotta contro il traffico di sostanze illecite e psicotrope D. McCLEAN, *Transnational Organised Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford, 2007, p. 137 ss.

⁶⁰⁷ In generale si può affermare che la Convenzione di Palermo contiene un mini-trattato sulla cooperazione internazionale che comprende disposizioni sull'estradizione, l'assistenza giudiziaria, l'esecuzione delle decisioni straniere ed il trasferimento dei procedimenti penali. L'art. 18 sull'assistenza giudiziaria è la più lunga e dettagliata fra le disposizioni della Convenzione, prevedendo addirittura trenta paragrafi: in esso sono cristallizzati tutti gli strumenti di assistenza giudiziaria comunemente utilizzati dagli Stati, prevedendo addirittura strumenti innovativi come la videoconferenza (in questo senso e sulla cooperazione internazionale nella Convenzione di Palermo cfr. G. MICHELINI, G. POLIMENI, *La cooperazione giudiziaria nella Convenzione di Palermo: estradizione e assistenza giudiziaria*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, p. 327 ss.).

⁶⁰⁸ L. 16 marzo 2006, n. 146, in *GU* n. 85 dell'11 aprile 2006 - S.O. n. 91.

invece la possibilità per il pubblico ministero di compiere ogni indagine necessaria al fine di individuare i beni suscettibili di confisca ai sensi del precedente articolo 11 e dell'art. 12-*sexies* della l. 306/1992 - vale a dire quei beni il cui valore appare sproporzionato rispetto al reddito del reo - entro i termini e ai fini previsti dall'art. 430 c.p.p. La formulazione della norma appare alquanto articolata, ed è fonte di qualche difficoltà interpretativa. In primo luogo ci si chiede se l'art. 11 introduca una nuova ipotesi di confisca "speciale" obbligatoria nel caso di condanna per un reato transnazionale⁶⁰⁹. Inoltre il richiamo all'art. 430 c.p.p., che disciplina l'attività integrativa di indagine che può essere svolta dal pubblico ministero e dal difensore dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio e per le richieste da avanzare al giudice del dibattimento, fa sorgere ulteriori dubbi interpretativi, dal momento che la disposizione del codice di procedura penale italiano si riferisce ad attività di indagine che possono essere svolte dall'accusa senza la partecipazione dell'imputato e del suo difensore, mentre l'art. 12 della l. 146/006 fa riferimento ad *ogni* attività di indagine. L'interpretazione più corretta appare quella finalizzata a fornire ai pubblici ministeri strumenti ulteriori, oltre a quelli ordinari già esperibili ex art. 430 c.p.p., al fine di individuare i beni di cui richiedere la confisca al giudice del dibattimento, in considerazione delle difficoltà riscontrate nella prassi nello svolgere indagini patrimoniali nella fase delle indagini preliminari⁶¹⁰.

7. La disciplina italiana sulla cooperazione internazionale in materia di confisca

La cooperazione attuata in base alla Convenzione di Strasburgo del 1990 ha dato buoni risultati anche in Italia, ove il ricorso a tale strumento è sempre più frequente⁶¹¹.

⁶⁰⁹ In senso negativo cfr. R. ALFONSO, *Confisca e sequestro*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo* cit., p. 232, secondo il quale la norma si limiterebbe a prevedere l'eseguitività della confisca per equivalente nel caso in cui reati per i quali a livello interno è previsto questo tipo di confisca assumano dimensione transnazionale; nel senso che la norma introdurrebbe nell'ordinamento italiano un'ulteriore ipotesi di confisca "speciale" obbligatoria cfr. F. C. PALAZZO, C. E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 880.

⁶¹⁰ Così R. ALFONSO, *Confisca e sequestro* cit., p. 235.

⁶¹¹ Non appare possibile dare conto del numero preciso dei casi di collaborazione, attiva e passiva, fondati sulla Convenzione di Strasburgo del 1990, in quanto il Ministero di Giustizia non registra i relativi casi: tuttavia gli operatori del diritto, in particolare i magistrati, danno conto del sempre più frequente ricorso a tale strumento, che si dimostra di facile utilizzo.

La disciplina codicistica relativa all'esecuzione degli ordini di confisca è invece contenuta nel Libro XI "Rapporti con autorità straniera" del codice di procedura italiano, e più precisamente nel Titolo IV relativo agli effetti delle sentenze penali straniere e all'esecuzione all'estero di sentenze penali italiane. Tale collocazione distingue chiaramente la disciplina della confisca da quella delle rogatorie internazionali contenuta nel precedente Titolo III.

La diversificazione fra regime delle rogatorie e quello della confisca rileva in particolare nel caso di richieste di indagini per l'identificazione e la ricerca di beni da sottoporre a confisca, sia nel caso di richiesta attiva - ovvero quando sia l'Italia a richiedere ad uno Stato straniero "lo svolgimento di indagini per l'identificazione e la ricerca di beni che si trovano all'estero e che possono divenire oggetto di una domanda di esecuzione di confisca, nonché ... il loro sequestro" (art. 745, co. 2 *bis*) -, che nell'ipotesi di richiesta passiva - ovvero quando la domanda sia avanzata da un'autorità straniera (art. 737 *bis* c.p.p.). Nel caso in cui l'attività di indagine sia prodromica ad una confisca, essa è sottratta alla disciplina delle rogatorie prevista agli artt. 723 ss. c.p.p., e ciò comporta una serie di differenze assai rilevanti⁶¹².

In primo luogo, al fine di formulare richieste di indagini ai sensi dell'art. 745, co.2 *bis*, è necessario che sussista un accordo internazionale relativo alla collaborazione per l'esecuzione di ordini di confisca, condizione non richiesta nel caso di rogatorie.

Inoltre, mentre le richieste di assistenza giudiziaria tramite rogatoria possono essere formulate dalle autorità giudiziarie, mentre l'inoltro, ove non sia diretto, avviene tramite canali diplomatici o il Ministro di Giustizia, quest'ultimo è invece il solo a poter richiedere che siano condotte indagini relativamente ai beni da sottoporre a confisca.

Altra differenza fondamentale è da ricondursi ai motivi di rifiuto opponibili alle richieste di assistenza: quelli previsti dall'art. 737 *bis* c.p.p. sono diversi da quelli previsti in tema di rogatorie⁶¹³, permettendo alla Corte di appello competente di rifiutare

⁶¹² Sul punto cfr. E. Calvanese, *La cooperazione giudiziaria internazionale in materia di sequestro e confisca dei beni di illecita origine o destinazione illecita* cit., p. 14 ss.

⁶¹³ L'art. 724 c.p.p. prevede che la richiesta di rogatoria passiva sia negata se: a) gli atti richiesti sono vietati dalla legge e sono contrari a principi dell'ordinamento giuridico dello Stato; b) il fatto per cui procede l'autorità straniera non è previsto come reato dalla legge italiana e non risulta che l'imputato abbia liberamente espresso il suo consenso alla rogatoria; c) vi sono fondate ragioni per ritenere che considerazioni relative alla razza, alla religione, al sesso, alla nazionalità, alla lingua, alle opinioni

la domanda straniera nel caso di contrarietà ai principi dell'ordinamento giuridico italiano, o se gli stessi atti non sarebbero consentiti in un procedimento italiano, oppure se si ritiene che non sussistano le condizioni per la successiva confisca.

Occorre infine tener presente che la disciplina relativa alla collaborazione internazionale per l'esecuzione degli ordini di confisca è destinata a mutare fortemente, per l'Italia e gli altri Stati membri dell'Unione europea, una volta recepite le novità introdotte dalle decisioni-quadro sul blocco e sequestro a fini probatori o di confisca e sull'esecuzione degli ordini di confisca.

politiche o alle condizioni personali o sociali possano influire sullo svolgimento o sull'esito del processo e non risulta che l'imputato abbia liberamente espresso il suo consenso alla rogatoria.

CONCLUSIONI

Il 20 novembre 2008 la Commissione europea ha emanato una comunicazione al Parlamento europeo relativa a “Proceeds of organised crime. Ensuring that "crime does not pay"⁶¹⁴. Nel documento si mette in evidenza la necessità di rafforzare la collaborazione fra gli Stati membri in materia di confisca al fine di combattere la criminalità organizzata, definita come “profit-driven”. Oltre all’attuazione effettiva degli strumenti già adottati, la Commissione propone di introdurre nuovi istituti, come la confisca civilistica prevista nei paesi di *common law*, che non implica una sentenza di condanna, o l’incriminazione del possesso ingiustificato di *assets*, o ancora l’istituzione di un Asset Recovery Office. Allo stesso tempo la Commissione riconosce che le misure relative alla confisca, come ad esempio l’inversione dell’onere probatorio, possono incidere su diritti umani fondamentali, ed è quindi necessario provvedere ad un equo bilanciamento degli interessi in gioco.

Obiettivo del presente lavoro era quello di dar conto dell’evoluzione della cooperazione internazionale in materia penale, con particolare riferimento a quelle modalità che per lungo tempo sono state considerate meno utili nella repressione della criminalità. L’acuirsi dei fenomeni criminali e della loro dimensione sovranazionale ha invece fatto emergere la necessità che la collaborazione fra Stati avvenga in ogni momento del processo. La criminalità economica, tesa alla massimizzazione dei profitti derivanti da comportamenti illeciti, ha poi richiesto di sviluppare nuove forme di cooperazione al fine di colpire le ricchezze accumulate dai malviventi, ovunque esse si trovino. Infine l’esperienza maturata nella lotta contro tali condotte illecite è servita anche a rispondere alle nuove esigenze repressive sollevate dal terrorismo internazionale.

Dalle numerose iniziative intraprese dalla Comunità internazionale sembra ormai che gli Stati abbiano superato le antiche ritrosie da ricondursi alla preoccupazione di proteggere la propria sovranità. Da questo punto di vista, ulteriori passi avanti potrebbero essere fatti cercando di allargare sempre di più il numero dei soggetti coinvolti dagli strumenti pattizi.

⁶¹⁴ COM(2008) 766 final.

La sfida più importante che la collaborazione fra Stati in materia penale deve però affrontare oggi è quella della tutela dei diritti umani. Ciò che appare maggiormente necessario è allargare il novero dei diritti meritevoli di tutela anche nel quadro della lotta internazionale alla criminalità. Come si è cercato di dimostrare, non solo il diritto alla vita è degno di essere tutelato nell'ambito dei rapporti fra gli Stati in materia penale: al rafforzamento dei meccanismi previsti per aggredire patrimoni di presunta origine illecita deve corrispondere anche il riconoscimento di altri diritti individuali, come quello di proprietà. Inoltre, il sempre più frequente contatto fra ordinamenti nazionali anche molto diversi fra loro solleva il problema di garantire certi standards di garanzia. In tale ottica, la collaborazione internazionale potrebbe rappresentare anche l'impulso ad introdurre maggiori tutele del principio dell'equo processo negli ordinamenti nazionali, ove dalla violazione di diritti da esso derivanti possa conseguire un legittimo rifiuto a cooperare da parte di autorità straniere.

Solo con il bilanciamento fra l'interesse condiviso dagli Stati internazionali a reprimere certe forme di criminalità e la tutela dei diritti umani fondamentale si può arrivare allo sviluppo di forme di cooperazione in materia penale sempre più efficaci: in caso contrario, vi è il rischio che gli ordinamenti nazionali si richiudano al fine di preservare le garanzie previste al loro interno.

INDICE DEI PRINCIPALI ATTI INTERNAZIONALI ANALIZZATI (in ordine cronologico)

Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale (Strasburgo, 1959)

Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale (Strasburgo, 1978)

Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze Psicotrope (Vienna, 1988)

Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato (Strasburgo, 1990)

Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine organizzato transnazionale (Palermo, 2000)

Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale (Strasburgo, 2001)

Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo (Vienna, 2005)

Unione europea

Accordo fra i Governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica Federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (Schengen, 1985)

Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i Governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese, relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (Schengen, 1990)

Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea (Bruxelles, 2000)

Decisione quadro n. 2001/500/GAI del Consiglio del 26 giugno 2001 concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato

Protocollo della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea (Lussemburgo, 2001)

Decisione quadro n. 2003/577/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003 relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio

CONCLUSIONI

Accordo sull'estradizione tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America (Washington, 2003)

Accordo sulla mutua assistenza giudiziaria tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America (Washington, 2003)

Decisione quadro n. 2005/212/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato

Decisione quadro n. 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca

Decisione quadro n. 2008/978/GAI del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali

BIBLIOGRAFIA

- R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 2-3, 1998, p. 483.
- R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008.
- M. AGRIMI, *La cooperazione giudiziaria internazionale nella Convenzione di Palermo contro il crimine organizzato transnazionale e la tutela dei diritti umani*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (ed.), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Torino, 2005, p. 73 ss.
- R. ALFONSO, *Confisca e sequestro*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, p. 327 ss.
- R. ALFONSO, *La confisca penale fra disposizioni codicistiche e leggi speciali: esigenze di coordinamento normativo e prospettive di riforma*, relazione tenuta al convegno di studi sul tema "Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: il reciproco riconoscimento e le prospettive di armonizzazione", Università di Catania, 19-20 gennaio 2007.
- R. ALFONSO, *La confisca penale fra disposizioni codicistiche e leggi speciali: esigenze di coordinamento normativo e prospettive di riforma*, in A. M. Maugeri (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, p. 233 ss.
- A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Digesto discipline penalistiche*, III, Torino, p. 39.
- A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Parte speciale del diritto penale e legislazione penale*, Milano, 2006, p. 2103 ss.
- C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 923 ss.
- C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006.
- A. AMENDOLA, *La lotta al traffico illecito di stupefacenti attraverso l'armonizzazione delle norme penali degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, fasc. 2, 2008, p. 379 ss.

- E. AMODIO, *L'attività del Consiglio d'Europa e il processo penale italiano*, in AA. VV., *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, p. 567 ss.
- E. ANODINA, *Cooperazione-Integrazione penale nell'Unione europea*, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 2898 ss.
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2003.
- E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo ed internazionale*, Padova, 2007.
- G. M. ARMONE et al., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006.
- A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002.
- A. BALDASSARRE, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo*, in *Diritto del commercio internazionale*, fasc. 3, 2006, p. 607 ss.
- A. BALDASSARRE, *Il Gruppo Egmont*, in M. CONDEMI, F. DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo - Quaderni di Ricerca Giuridica e della Consulenza Legale*, no. 60, 2008, p. 279 ss.
- R. BARATTA, *Ne bis in idem, diritto internazionale e valori costituzionali*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. I, Milano, 1999, p. 3 ss.
- R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, n. 1, 2008, p. 21 ss.
- E. BARBE, *La cooperazione giudiziaria nell'Unione europea*, relazione all'incontro di studio sul tema "La cooperazione giudiziaria in materia penale: le problematiche di linguaggio giuridico (francese e inglese)", Roma 24-28 giugno 2002, disponibile su www.csm.it.
- E. BARBE, *Qu'attendre de la Convention pour les acteurs de l'espace pénal européen?*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Quelles reformes pour l'espace pénal européen?*, Bruxelles, 2003.
- M. C. BASSIOUNI, *International Extradition and the World Public Order*, 1974.
- M. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law: A Draft International Criminal Code*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn, 1987.
- M. C. BASSIOUNI, *An appraisal of the Growth and Developing Trends*, in J. DUGARD, C. VAN DEN WYNGAERT (eds), *International Criminal Law and Procedure*, Aldershot, Brookfield, Singapore, Sydney, 1996, p. 70 ss.

- M. C. BASSIOUNI - E. M. WISE, *Aut Dedere aut Judicare: The Obligation to Extradite or Prosecute in International Law*, London, Dordrecht, Boston, 1995.
- M. C. BASSIOUNI, E. VETERE, *Organized Crime and its Transnational Manifestations*, in M. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law - Crimes*, 2nd ed., New York, 1999, p. 887 ss.
- M. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, 1999.
- M. C. BASSIOUNI, *International Extradition. United States Law and Practice*, New York, 2002.
- M. C. BASSIOUNI, *Introduction to international criminal law*, New York, 2003.
- M. C. BASSIOUNI, *Le modalità di cooperazione internazionale in materia penale: il "sistema di esecuzione indiretta" e i regimi di "cooperazione inter-statale in materia penale*, in M. C. BASSIOUNI (a cura di), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, Milano, 2005, p. 33 ss.
- Z. BAUMAN, *Globalization. The Human Consequences*, Oxford, 1998.
- P. BENVENUTI, *Sui limiti internazionali alla giurisdizione penale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1974, p. 238 ss.
- A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, p. 789 ss.
- P. BERNASCONI, *Le rogatorie penali italo-svizzere al centro delle polemiche*, in *Diritto penale e processo*, 1998, p. 403 ss.
- P. BERNASCONI, *Il nuovo diritto europeo sul sequestro e il depistaggio di valori patrimoniali provento di reato transnazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, I, p. 1 ss.
- F. BESTAGNO, *Il trasferimento dell'esecuzione delle condanne penali tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1994, p. 269 ss.
- F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità*, Milano, 2003.
- N. BOISTER, *Transnational criminal law?*, in *European Journal of International Law*, vol. 14, 2003, p. 953 ss.
- L. BORLINI, P. MAGRINI, *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, in *Il Diritto del Commercio Internazionale*, 2007, p. 15 ss.

- L. BORLINI, *Issues of the International Criminal Regulation of Money Laundering in the Context of Economic Globalization*, Paolo Baffi Centre Research Paper No. 2008-34.
- A. BRANCACCIO, *Metodi di cooperazione e assistenza giudiziaria*, in *Diritto penale internazionale*, 1979, p. 95 ss.
- H. BRIBOSIA, A. WEYEMBERGH, *La personnalité juridique de l'Union européenne*, in M. DONY (ed.), *L'Union européenne et le monde après Amsterdam*, Bruxelles, 1999, p. 37 ss.
- R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma: le disposizioni generali*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008.
- E. CALVANESE, G. DE. AMICIS, *Appunti sulla nuova Convenzione di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Giurisprudenza di merito*, 2000, p. 1052 ss.
- E. CALVANESE, *La cooperazione giudiziaria in materia di sequestro*, in *Cassazione penale*, 2003, p. 3894 ss.
- E. CALVANESE, *La cooperazione giudiziaria internazionale in materia di sequestro e confisca dei beni di illecita origine o destinazione illecita*, relazione tenuta all'incontro di studio sul tema "Sequestro e confisca dei beni di origine o destinazione illecita: i moderni strumenti di contrasto sul piano patrimoniale nei confronti della criminalità organizzata nella prospettiva europea", Roma, 15 – 19 marzo 2004, p. 5, reperibile su www.csm.it
- L. CAMALDO, *Sequestro probatorio e confisca dei beni nell'Unione europea*, in *La rivista del Consiglio*, n. 1, 2004, p. 75 ss.
- C. CAMPIGLIO, *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, Padova, 1995.
- I. CARACCILO, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale*, Napoli, 2000, p. 1 ss.
- D. CARCANO, *Norme comuni e norme internazionali sull'assistenza giudiziaria in materia penale*, in *Documenti Giustizia*, 2000, n. 6, p. 1044 ss.
- D. CARCANO, *I principi pattizi: da modalità di esecuzione a limiti di concedibilità o utilizzabilità*, in in G. LA GRECA, M. R. MARCHETTI, *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, 2003, p. 117 ss.
- D. CARREAU, *Droit International*, Parigi, 2004, p. 336 ss.
- A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2003.

- A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. Diritto sostanziale*, Bologna, 2005.
- E. CASSESE, *Il sistema delle fonti*, in M. CONDEMI, F. DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo - Quaderni di Ricerca Giuridica e della Consulenza Legale*, no. 60, 2008, p. 35 ss.
- S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006.
- M. CASTELLANETA, *La cooperazione fra Stati e Tribunali Penali Internazionali*, Bari, 2002.
- M. CASTELLANETA, *Giudici europei, estesi i poteri nel settore penale*, in *Il Sole 24 ore* del 28 febbraio 2007, p. 39.
- M. CASTELLANETA, *Confisca estesa a beni intestati a terzi*, in *Guida al diritto*, aprile 2008, p. 105 ss.
- G. CATELANI, *I rapporti internazionali in materia penale*, Milano, 1995.
- F. CHALTIEL, *Le Traité de Lisbonne: l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Petite Affiches*, n. 67, 2008, p. 4 ss.
- M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO, D. MANZIONE, E. MARZADURI, *Il mandato d'arresto europeo*, Torino, 2006.
- A. CIAMPI, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova, 2003.
- A. CIAMPI, *The obligation to cooperate*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford, 2002, p. 1581 ss.
- A. CIAMPI, *Other Forms of Cooperation*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford, 2002, p. 1679 ss.
- A. CIAMPI, *L'ordinamento italiano e le decisioni quadro quale strumento di cooperazione di polizia e giudiziaria*, in L. FILIPPI, *Equo processo: normativa italiana ed europea a confronto*, Padova, 2006, p. 77 ss.
- A. CISTERNA, *La conclusione raggiunta sembra avallare un'altra qualificazione giuridica dei fatti*, in *Guida al diritto*, n. 30, 26 luglio 2008, p. 103 ss.
- R. S. CLARK, *Crime: The UN agenda on International cooperation in criminal process*, in *Nova Law Review*, 1991, p. 475 ss.

- M. CONDINANZI, *Commento art. 18 CE*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p.138 ss.
- M. CONDINANZI, *Art. 34*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p.130 ss.
- M. CONDINANZI, *Fonti del «terzo pilastro» dell'Unione europea e ruolo della Corte Costituzionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, fasc. 3, 2007, p. 513 ss.
- M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2008, in corso di pubblicazione.
- L. CONDORELLI, *Il sistema della repressione dei crimini di guerra nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel Primo Protocollo Addizionale del 1977*, in *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali*, in P. LAMBERTI ZANARDI, G. VENTURINI (a cura di), Milano, 1998, p. 32.
- B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006.
- R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON, E.. WILMSURST, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2007.
- R. J. CURRIE, *Human rights and international legal assistance: resolving the tension*, in *Criminal law forum*, 2000, no. 11, p. 143 ss.
- C. CURTI GIALDINO, *Schengen et le troisième pilier: le contrôle juridictionnel organisé par le Traité d'Amsterdam*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, p. 89 ss.
- D. M.. CURTIN, J. F. M. POWW, *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne: une nostalgie d'avant Maastricht?*, in *Revue du marché unique européenne*, 1995, p. 29 ss.
- A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 21 ss. e 203 ss.
- L. DANIELE, *Il diritto materiale della Comunità europea*, Milano, 2000.
- L. DANIELE, *L'architettura dei nuovi trattati e i loro rapporti reciproci*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008.
- L. DANIELE, *Art. 35*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p.142 ss.
- G. DE AMICIS, O. VILLONI, *Il Protocollo della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 422.

- G. DE AMICIS, *Ne bis in idem, principio di specialità e libertà fondamentali CEDU: limiti all'esecuzione delle richieste straniere* (versione provvisoria), paper presentato durante l'incontro di studio sul tema "Cooperazione giudiziaria, mandato d'arresto europeo e strumenti di giustizia penale nell'Unione europea: dalla mutua assistenza giudiziaria al comune programma investigativo", Roma, 2007.
- G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale*, Milano, 2007
- S. DE BIOLLEY, *Le développement historique du droit pénal de l'Union Européenne. Les débuts: Acquis de Schengen*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2006, vol. 77, p. 2.
- A. DE GUTTRY, F. PAGANI (a cura di), *La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio*, Padova, 1995.
- G. DE KERCHOVE, *L'Europe Pénale: Bilan et Perspectives*, in A. MOORE (ed.), *Police and Judicial Co-operation in the European Union*, FIDE 2004 National Reports, Cambridge, 2004, p. 343 ss.
- B. DE WITTE, *The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral?*, in T. HEUKELS, N. BLOKKER, M. BRUS (eds.), *The European Union after Amsterdam - A Legal Analysis*, The Hague, 1998, 51 ss.
- F. DEAN, *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Milano, 1963.
- V. DEL TUFO, voce: *Estradizione (Diritto Internazionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, vol. XIII, p. 2 ss.
- R. DE GOUTTES, *Vers un droit pénal européen?*, in *Revue de science criminelle*, 1993, p. 643 ss.
- P. DES NERVIENS, *Le relations extérieures*, in *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 1997, p. 801 ss.
- J. DELBRÜCK, *Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization*, in *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 2001, n. 1, p. 14 ss.
- V. DELICATO, *A proposito dei nuovi strumenti di cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, p. 285 ss.
- M. DELMAS-MARTY, *Union européenne ed droit pénal*, in *Cahier de droit européenne*, 1997, p. 607 ss.

- M. DELMAS - MARTY (a cura di), *“Corpus Juris” portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers del’Union européenne*, Parigi, 1997.
- E. DEENZA, *The 2000 Convention on mutual assistance in criminal matters*, in *Common Market Law Review*, n. 40, 2003, p. 1047 ss.
- A. DI AMATO, R. PISANO, *I reati tributari*, in *Trattato di Diritto Penale dell’Impresa*, vol. 7°, Padova, 2002
- G. DI CHIARA, voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in *Enciclopedia del diritto*, 1998, Milano, p. 867 ss.
- G. DI CHIARA, *Modelli e standard probatori in tema di confisca dei proventi di reato nello “spazio giudiziario europeo”: problemi e prospettive*, in *Il Foro Italiano*, 2002, II, cl.263 ss.
- A. DI MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di “diritto penale transnazionale”*, Torino, 2006.
- H. DONNEDIEU DE VABRES, *Crimes ed délits commis à l’etranger*, Parigi, 1906.
- H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l’étude du droit pénal International*, Paris, 1922, p. 2 ss.
- M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: winning minds, not hearts*, in *Common Market Law Review*, n. 45, 2008, p. 617 ss.
- U. DRAETTA, *Diritto dell’Unione europea e principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in U. DRAETTA, A. SANTINI (a cura di), *L’Unione europea in cerca di identità*, Milano, 2008, p. 141 ss.
- J. DUGARD, C. VAN DEN WYNGAERT, *Reconciling extradition with human rights*, in *American Journal of International Law*, 1998, p. 187 ss.
- R. DUSSAIX, *Some Problems Arising from the Practical Application, from the Judicial Point of View, of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*, in European Committee on Crime Problems, *Problems Arising from the Practical Application of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*, 1971, p. 38 ss.
- A. ESER, *Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases. A Problem in Outline*, in E. M. WISE, *Criminal science in a global society: essay in honor of Gerhard O. W. Müller*, Littleton, 1994, p. 6 ss.
- A. ESER, *Nationales und transnationales Strafrecht: Völkerstrafrecht – Europäische Strafrecht*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 26 Auflage, Monaco, 2001, p. 14 ss.

- V. ESPOSITO, voce *I rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma 1991, p. 2 ss
- L. FEROLA, *La cooperazione giudiziaria in materia penale: origine, problemi e prospettive*, in *Rivista di diritto europeo*, 1999, p. 49 ss.
- L. FEROLA, *Il riciclaggio dei proventi illeciti nel diritto internazionale*, Milano, 2005.
- G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Bologna, 2006.
- G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 4^a ed., Bologna, 2005.
- D. FLORE, *Une justice pénale européenne après Amsterdam*, in *Journal des tribunaux*, n° 60, giugno 1999, p. 122 ss.
- D. FLORE, *Droit pénal matériel et Union européenne*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH, *Quelles réformes pour l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2003, p. 73 ss.
- C. FOCARELLI, *Equo processo e riconoscimento di sentenze civili straniere*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 955 ss.
- D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007.
- L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997.
- M. FRIGO, *La reciprocità nell'evoluzione del diritto del commercio internazionale*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XIX-XX, Milano, 1992, 407 ss.
- M. FRIGO, L. FUMAGALLI, *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Padova, 2003.
- P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale degli Stati per crimini internazionali*, in A. CASSESE, S. CHIAVARIO, G. A. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale* Torino, 2005, p. 497 ss.
- A. GAITO, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2007.
- G. GAJA, *Sulla repressione penale per i fatti dell' "Achille Lauro"*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1985, p. 588 ss.
- G. GAJA, *Rapporti fra trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, in F. SALERNO, *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione. Atti del Convegno di*

studio organizzato dall'Università di Ferrara per salutare Giovanni Battaglini (29-30 ottobre 1999), Padova, 2003, p. 125 ss.

- N. GALANTINI, *La cooperazione internazionale per la ricerca e l'acquisizione della prova*, in O. DOMINIONI, *Argomenti di procedura penale internazionale*, Milano, 1982, p. 46 ss.
- N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Milano, 1984.
- N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992.
- N. GALANTINI, *La regionalizzazione del diritto penale internazionale e la protezione dei diritti umani nella cooperazione internazionale in materia penale*, in *Cassazione penale*, 1994, p. 1685 ss.
- M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, 1999.
- General Introduction*, in *The American Journal of International Law, Supplement: Research in International Law*, vol. 33, 1939, p. 7 ss.
- R. M. GERACI, *In tema di certificazione di conformità della documentazione trasmessa in esecuzione di rogatoria* (Nota a Cassazione sez. I 10 ottobre 2003, n. 4023) in *Cassazione penale*, 2005, fasc. 6, p. 2032 ss.
- T. GEORGOPOULOS, *What kind of treaty-making power for the EU?*, in *European Law Review*, 2005, p. 198 ss.
- A. GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 449 ss.
- G. GILBERT, *Transnational Fugitive Offenders in International Law, Extradition and other Mechanisms*, The Hague-Boston-London, 1998.
- B. GILMORE, D. MCCLEAN e altri, *Commentary on the United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, New York, 1988.
- W. C. GILMORE, *Mutual assistance in criminal and business regulatory matters*, Cambridge, 1995.
- W. C. GILMORE, *Dirty money: the evolution of international measures to counter money laundering and the financing of terrorism*, Strasbourg, 2004.
- A. GIOVENE, voce *Rogatoria*, in *Digesto discipline penali*, 1997, Torino, p. 385 ss.

- M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto internazionale. Gli aspetti giuridici della coesistenza fra Stati*, vol. II, Milano, 1983.
- G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti fra ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 1 ss.
- G. GRASSO, *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una "Politica criminale europea"?*, in *L'Indice penale*, 1993, p. 65 ss.
- G. GRASSO, *Globalizzazione e criminalità economica: la tutela penale di fronte al problema della trasparenza dei mercati sul piano internazionale*, relazione presentata all'incontro di studio sul tema "Il diritto della globalizzazione e il ruolo della giurisdizione", Roma 6-8 marzo 2006, disponibile su www.csm.it.
- G. GRASSO, *Introduzione: Diritto penale ed integrazione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 1 ss.
- H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, sez. III, traduzione a cura di E. ZANETTI, in *L'indice penale*, 1996, p. 241 ss.
- P. GULLY-HART, *Cooperation between central authorities and police officials: the changing face of International legal assistance in criminal matters*, in *Revue International de Droit Pénal*, vol. 76, 2005, p. 27 ss.
- P. GULLY-HART, *The European Approach to Extradition*, in M. BASSIUNI, *International Criminal Law: Procedural and Enforcement Mechanisms*, 3^a ed., 2008, in corso di pubblicazione.
- V. HREBLAY, *Les accords de Schengen. Origine, fonctionnement, avenir*, Bruxelles, 1998.
- N. IRTI, *S-Confinatezza*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Parte speciale del diritto penale e legislazione penale*, Milano, 2006, p. 2929.
- G. IUZZOLINO *Il mandato d'arresto europeo nella prospettiva del reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, relazione all'incontro di studio sul tema: Cooperazione giudiziaria europea: dall'estradizione al mandato d'arresto europeo, Roma, 10-12 novembre 2003, disponibile sul sito www.csm.it.
- G. IUZZOLINO, *Il mandato d'arresto europeo*, in G. M. ARMONE et al., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, p. 3 ss.
- G. IUZZOLINO, *Il congelamento dei beni da sottoporre a sequestro o confisca*, in G. M. Armone et al., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, p. 29 ss.

- G. IUZZOLINO, *L'armonizzazione della confisca*, in G. M. ARMONE et al., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, p. 353 ss.
- G. IUZZOLINO, *Principio del mutuo riconoscimento esteso a tutti i proventi di reato*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario ed internazionale*, gennaio-febbraio 2007, p. 74 ss.
- J. P. JACQUE, *Affaires intérieures et justice: quelques réflexions*, in *Revue du marché unique européenne*, 1995, p. 279 ss.
- N. JAREBORG (ed.), *Double Criminality – Studies in International Criminal Law*, Upsala, 1989.
- H. H. JESCHECK, *L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971, p. 633 ss.
- H. H. JESCHECK, *International Criminal Law: Its Object and Recent Development*, in C.M. BASSIOUNI, V. P. NANDA (eds), *A Treatise on International Criminal Law*, Illinois, 1973, p. 50 ss.
- Jurisdiction with Respect to Crime - Introductory Comment*, in *The American Journal of International Law, Supplement: Research in International Law*, vol. 29, 1935, p. 445.
- N. KAYE, *Freezing and confiscation of criminal proceeds*, in *Revue Internationale de droit pénal*, vol. 77, 2006, p. 323 ss.
- H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1954.
- A. KLIP, *The Decrease of Protection under Human Rights Treaties in International Criminal Law*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1997, p. 292 ss.
- M. KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, in *European Journal of International Law*, 1990, vol I, p. 4 ss.
- G. LA GRECA, *Origine e primi sviluppi della cooperazione giudiziaria internazionale*, in G. LA GRECA, M. R. MARCHETTI, *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, 2003, p. 3 ss.
- A. LANG, *Commento art. 14 CE*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p.131 ss.
- A. LANG, *Commento art. 31 UE*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p.54 ss.
- P. LASZLOCZKY, *La cooperazione internazionale negli atti d'istruzione penale*, Padova, 1980.

- G. LATTANZI, E. LUPO, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. I, Milano, 2000.
- G. LATTANZI, *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Documenti Giustizia*, 2000, n.6, p. 1038.
- F. LATTANZI, *I rapporti fra giurisdizioni penali internazionali e giurisdizioni penali interne*, in *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali. Atti del Convegno (Milano, 15-17 maggio 1997)*, Milano, 1998.
- U. LEANZA, *La mancata comunitarizzazione del II e del III pilastro dell'Unione europea nel Trattato di Amsterdam*, in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, p. 213 ss.
- N. LEVI, *Diritto penale internazionale*, Padova, 1949.
- V. LIBRANDO, *La cooperazione giudiziaria nell'ambito della Comunità economica europea: sette anni di attività (1984-1990)*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, p. 7 ss.
- R. B. LILICH, *The Soering Case*, in *American Journal of International Law*, 1990, p. 128 ss.
- G. LO IACONO, *La partecipazione dell'Italia all'attività del Gruppo di Schengen*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht*, Milano, 1995, p. 51 ss;
- R. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano 1972.
- G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Storia e politica dell'Unione europea*, Bari, 2005.
- A. MALATESTA, *Trattato di Nizza. Commento art. 43*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della CE e dell'UE*, Milano, 2001, 1107 ss.
- S. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente*, Napoli, 1999.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007.
- M. R. MARCHETTI, *L'extradizione: profili processuali e principio di specialità*, Padova, 1990.
- M. R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005.
- M.. MARCHEGIANI, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni-quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2006, p. 563 ss.
- P. MARTUCCI, *La criminalità economica*, Roma - Bari, 2006.

- P. MARIANI, *La dimensione politica del processo di integrazione europeo: la politica estera dell'Europa dalla Guerra fredda alla globalizzazione*, in P. MARIANI, *Le relazioni internazionali dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 3 ss.
- P. MARIANI, A. LORUSSO, *La personalità internazionale dell'Unione europea*, in P. MARIANI, *Le relazioni internazionali dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 23 ss.
- R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Lisbona e le modifiche al sistema giurisdizionale dell'Ue*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008.
- A. M. MAUGERI, *I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, in A. M. MAUGERI (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, p. 1 ss.
- D. MCCLEAN, *International judicial assistance*, Oxford, 1992.
- D. MCCLEAN, *International co-operation in civil and criminal matters*, Oxford, 2002.
- D. MCCLEAN, *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford, 2007.
- D. MCMAHON, *Maastricht Third Pillar: Load-Bearing of Purely Decorative?*, in *Legal Issues of European Integration*, 1995, p. 51 ss.
- G. MELILLO, *L'esecuzione all'estero delle misure di prevenzione patrimoniali (Una interessante pronuncia della Corte di cassazione francese)*, in *Questione giustizia*, 2004, fasc. 4, p. 777 ss.
- G. MELILLO, *Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 265 ss.
- G. MICHELINI, G. POLIMENI, *Il fenomeno del crimine transnazionale e la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, p. 1 ss.
- G. MICHELINI, G. POLIMENI, *La cooperazione giudiziaria nella Convenzione di Palermo: estradizione e assistenza giudiziaria*, in E. ROSI (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La Convenzione ONU di Palermo*, Milano, 2007, p. 327 ss.
- A. MIELE, *La comunità internazionale - I caratteri originari*, Torino, 1995.
- A. MILANA, *In tema di condizioni e limiti all'extradizione e relativi riflessi processuali*, in *Giustizia penale*, 1964, III, p. 469 ss.

- V. MITSILEGAS, *The New EU-USA Cooperation on Extradition, Mutual Legal Assistance and the Exchange of Police Data*, in *European Foreign Affairs Review*, 2003, n.8, p. 515 ss.
- V. MITSILEGAS, *The External Dimension of EU Action in Criminal Matters*, in *European Foreign Affairs Review*, no. 12,2007, p. 457 ss.
- R. MONACO, voce *Cooperazione giudiziaria internazionale, II) in materia penale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. aggiornamento V, Roma, 1996, p. 2.
- F. MOSCONI, *Commento all'art. 696*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Milano, p. 679 ss.
- E. MÜLLER-RAPPARD, *Inter-State Cooperation in Penal Matters Within the Council of Europe Framework*, in M. C. Bassiouni, *International Criminal Law. Procedural and Enforcement Mechanisms*, Ardsley, 1999, p. 331 ss.
- E. MÜLLER-RAPPARD, *International Cooperation in Prosecution and Punishment*, in M.C. Bassiouni (ed.), *Post-conflict justice*, New York, 2002, p. 913 ss.
- R. MONACO, voce *Cooperazione giudiziaria internazionale, II) in materia penale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. aggiornamento V, Roma, 1996, p. 1 ss.
- F. MUNARI, C. AMALFITANO, *Il "terzo pilastro" dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 4, 2007, p. 773 ss.
- B. NASCIMBENE, *L'incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del comitato parlamentare di controllo*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 731 ss.
- B. NASCIMBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente ed orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, in *Diritto penale e processo*, n. 10, 2004, p. 1295 ss.
- H. G. NILSSON, *La Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato*, in A. DE GUTTRY, F.PAGANI, *La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio*, Padova, 1995, p. 231 ss.
- H. G. NILSSON, *From classical judicial cooperation to mutual recognition*, in *Revue International de Droit Pénal*, vol. 77, 2006, p. 1 ss.
- C. NOVI, *La politica estera di sicurezza esterna dell'Unione europea*, Padova, 2005
- D. O'KEEFE, *Recasting the Third Pillar*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 893 ss.

- D. ÖHLER, *Recognition of Foreign Penal Judgments*, in M. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law*, New York, 1999, p. 607 ss.
- F. PAGANI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope del 20 dicembre 1988*, in A. DE GUTTRY, F. PAGANI, *La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio*, Padova, 1995, p. 45 ss.
- A. PAGLIARO, voce *Legge Penale nello spazio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, p. 1055 ss.
- F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Digesto Discipline Penalistiche VII*, Torino, 1993, p. 368 ss.
- C. E. PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali: atti del III convegno internazionale promosso dal Centro studi giuridici "Francesco Carrara" Lucca : Lucca, 24-25 maggio 2002*, Milano, 2005, p. 909 ss.
- A. PANSA, *I flussi di denaro sporco, le tecniche di riciclaggio e gli sforzi della cooperazione internazionale nelle politiche di contrasto*, in A. DE GUTTRY, F. PAGANI (a cura di), *La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio*, Padova, 1995, p. 1 ss.
- G. PANSINI - A. SCALFATI (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2005.
- N. PARISI, *Estradizione e diritti dell'uomo. Fra diritto internazionale convenzionale e generale*, Milano, 1993.
- N. PARISI, *Il "terzo pilastro" dell'Unione europea*, in N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht*, Torino, 1996.
- N. PARISI, *National Report - Italy*, in A. ESER, O. LAGODNY, C.L. BLAKESLEY (eds.), *The Individual as a Subject of International Cooperation in Criminal Matters*, Baden Baden, 2002, p. 291 ss.
- M. PASTORE, *La cooperazione intergovernativa nei settori dell'immigrazione, dell'asilo e della sicurezza interna*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht*, Milano, 1995, p. 3 ss.
- M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004.
- S. PEERS, *Who's Judging the Watchmen?: The Judicial System of the 'Area of Freedom, Security, and Justice'*, in *Yearbook of European Law*, vol. 18, 1998, p. 337 ss.

- S. PEERS, *Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got it Wrong?*, in *Common Market Law Review*, vol. 41, 2004, p. 5 ss.
- S. PEERS, *Salvation outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi Judgments*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 883 ss.
- A. PERDUCA, *Una raccolta di dati su persone e oggetti con grande attenzione ai diritti individuali*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario ed internazionale*, settembre-ottobre 2007, n. 5, p. 64 ss.
- B. PIATTOLI, voce *Rogatorie e cooperazione internazionale nel processo penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 2005, p. 1471 ss.
- B. PIATTOLI, *Videoconferenze e cooperazione nel processo penale*, Milano, 2005.
- B. PIATTOLI, *Nuove tecniche e nuove garanzie: l'assunzione della prova tramite videoconferenza*, in T. RAFACI (ed.), *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, p. 143 ss.
- P. PICONE, *L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale*, in *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno ed internazionale*, Padova, 1989, p. 85 ss.
- M. PIETH, *International standards against money laundering*, in M. PIETH, G. AIOLFI, *A comparative Guide to Anti-Money Laundering. A Critical Analysis of Systems in Singapore, Switzerland, the UK and the USA*, Cheltenham – Northampton, 2004, p. 3 ss.
- A. PIOLETTI, *Il riciclaggio*, G. M. ARMONE et al., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, p. 169 ss.
- M. PISANI, *Le convenzioni di assistenza giudiziaria in materia penale*, in F. MOSCONI, M. PISANI, *Le convenzioni di estradizione e assistenza giudiziaria*, Milano, 1984.
- M. PISANI, *Quattro trattati-tipo dell'ONU per la cooperazione internazionale in materia penale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, p. 443 ss.
- M. PISANI, *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 703 ss.
- M. PISANI, F. MOSCONI, D. VIGONI, *Codice delle convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, IV ed., Milano, 2004.
- M. PISANI, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (ed.), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Torino, 2005, p. 167 ss.

- M. PISANI, *Italia - Stati Uniti: cooperazione in materia penale*, Milano, 2007.
- M. PLACHTA, *The Lockerbie Case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle Aut Dedere Aut Judicare*, in *European Journal of International Law*, vol. 12, 2001, p. 125 ss.
- F. POCAR, *L'esercizio non autorizzato del potere statale in territorio straniero*, Padova, 1974.
- Preliminary rulings and the area of freedom, security and justice*, in *Common Market Law Review*, vol. 44, n. 1, 2007, p. 5 ss.
- R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1976.
- R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli 1968.
- R. QUADRI, voce *Estradizione (Diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1968, p. 1 ss.
- G. RAIMONDI, *Garanzie del giusto processo in relazione ai meccanismi di cooperazione giudiziaria internazionale*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (ed.), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, p. 185 ss.
- D. RINOLDI, *Commento art. 34*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 61 ss.
- Risoluzioni della 4^a Sezione del 14° Congresso dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale*, in *International Review of Penal Law*, no. 61, 1990, p. 131
- M. ROMANO, *Art. 7*, in *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, Milano, 2004, p. 129 ss.
- L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano 2000.
- F. ROUCHEREAU, *Art. 34*, in P. LEGER, *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruxelles, 2000, p. 95 ss.
- E. ROZO ACUÑA (a cura di), *Il mandato di arresto europeo e l'estradizione*, Padova, 2004.
- G. SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d'impresa e strumenti internazionali anticorruzione. Dalla convenzione OCSE 1997 al decreto n. 231/2001*, Milano, 2003.
- L. SALAZAR, *I Modelli di trattato delle Nazioni Unite in materia di cooperazione giudiziaria penale*, in A. DE GUTTRY, F. PAGANI, *La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio*, Padova, 1995, p. 199 ss.

- L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Giustizia e affari interni nell'Unione europea. Il "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht*, Torino, 1996, p. 133 ss.
- L. SALAZAR, *L'extradizione nella Convenzione di Schengen*, in *Diritto penale e processo*, n. 8, 1998, p. 1034 ss.
- L. SALAZAR, *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (I)*, in *Diritto penale e processo*, 2000, p. 1534 ss.
- L. SALAZAR, *La nuova Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria in materia penale (II)*, in *Diritto penale e processo*, 2000, p. 1664 ss.
- L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aja*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3510 ss.
- L. SALAZAR, *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo*, in M. BARGIS, E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, 2005, p. 3 ss.
- L. SALAZAR, *La circolazione probatoria sovranazionale*, relazione tenuta all'incontro di studi sul tema "Cooperazione giudiziaria, mandato d'arresto europeo e strumenti di giustizia penale nell'Unione europea: dalla mutua assistenza al comune programma investigativo", Roma, 7-9 luglio 2008, disponibile sul sito www.csm.it.
- L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria*, in M. CONDEMI, F. DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo - Quaderni di Ricerca Giuridica e della Consulenza Legale*, no. 60, 2008, p. 315 ss.
- I. SATTA, *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e i rapporti con i Paesi terzi*, in G. BONVICINI, G.L. TOSATO (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i trattati di Amsterdam e Nizza*, Torino, 2003, p. 233 ss.
- J. SCHUTTE, *Transfer of Criminal Proceedings. The European System*, in M. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law. Procedural and Enforcement Mechanisms*, 1999, p. 643 ss.
- J. SCHUTTE, *The Regionalization of International Criminal Law and the Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings. Commentary and Preparatory Questions for the Colloquium of the AIDP in Helsinki*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1994, p. 29 ss.

- Z. SECCHI, *Le novità introdotte dalla Convenzione 29 maggio 2000 in tema di assistenza giudiziaria penale fra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Documenti giustizia*, 2000, n. 6, p. 1108 ss.
- E. SELVAGGI, *Con la "presa in considerazione" stessi effetti di precedenti sentenze*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario ed internazionale*, settembre-ottobre 2008, p. 29 ss.
- M. N. SHAW, *International Law*, fifth ed., Cambridge, 2003.
- R. SICURELLA, *Il Corpus Juris: elementi per una procedura penale europea*, in G. GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998, p. 63 ss.
- R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005.
- R. SICURELLA, *La tutela "mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 245 ss.
- D. SORASIO, *Reconnaissance mutuelle, rapprochement des législations et coopération*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (ed.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspective*, Bruxelles, 2002, p. 289 ss.
- W. J. SNIDER, *International Cooperation in the Forfeiture of Illegal Drug Proceeds*, in *Criminal Law Forum*, no. 6, p. 377 ss.
- P. SPAGNOLO, *Per una più ragionevole interpretazione della normativa sulle rogatorie all'estero* (Nota a Cass. sez. I pen. 3 febbraio 2004, n. 4520), in *Giurisprudenza italiana*, 2005, fasc. 10, p. 1947 ss.
- J. SPENCER, *An Academic Critique of the EU Acquis in Relation to Trans-Border Evidence Gathering*, in P. CULLEN (ed.), *Dealing with European Evidence in Criminal Proceedings: National Practice and European Policy*, ERA-Forum Special Issue, 2005, p. 37 ss.
- F. SPIEZIA, *Crimine transnazionale e procedure di cooperazione giudiziaria*, Milano, 2006.
- D. D. SPINELLIS, *Securing Evidence Abroad: A European Perspective*, in M. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law. Procedural and Enforcement Mechanisms*, New York, 1999, p. 359 ss.
- G. STESENS, *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, Cambridge, 2001.

- D. P. STEWART, *Internationalizing the War on Drugs: The UN Convention against the Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 18, issue 3, p. 387 ss.
- J. E. STIGLITZ, *Globalization and its Discontents*, New York, 2002.
- J. E. STIGLITZ, *La globalizzazione che funziona*, trad. it. a cura di D. Cavallini, Torino, 2006.
- E. H. SUTHERLAND, *White-Collar Criminality*, *American Sociological Review*, no. 5, 1940, p. 1 ss.
- E. H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale (1983)*, Milano, 1987
- B. SWART, *Article 9: Non bis in idem*, in M. C. BASSIOUNI (ed.), *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, *Nouvelles Études Pénales*, 11, 1993, p. 173 ss.
- E. TAKÁTS, *International Enforcement Issues*, in D. MASCIANDARO, E. TAKÁTS, B. UNGER (ed.), *Black Finance*, Cheltenham – Northampton, 2007, p. 225 ss.
- G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Napoli, 2007.
- A. TIZZANO, *Brevi note sul terzo pilastro del Trattato di Maastricht*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, p. 391 ss.
- A. TIZZANO, *La personalità giuridica dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1998, p.377 ss.
- A. TIZZANO, *A proposito dell'inserzione dell'acquis di Schengen nei Trattati comunitari: l'accordo "del Consiglio" con Islanda e Norvegia*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 3, 1999, p. 521 ss.
- T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973.
- T. TREVISSON LUPACCHINI, *Vaglio degli indizi e deroghe alla reciprocità nell'ambito della Convenzione europea di estradizione*, nota a Cass., 6 settembre 1990, *Messina*, in *Giur. It.*, 1991, II, p. 1 ss.
- L. TUFANO, *La cooperazione giudiziaria penale e gli sviluppi del "terzo pilastro" del Trattato sull'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 1030 ss.
- C. VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova, 1998.

- C. VAN DEN WYNGAERT, *Droit pénal et Communautés Européennes*, in *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1982, p. 837 ss.
- C. VAN DEN WYNGAERT, *Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, no. 4, p. 757 ss.
- S. VAN RAEPENBUSCH, *Le troisième pilier après Amsterdam et les relations extérieures de l'Union européenne*, in M. DONY (ed.), *L'Union européenne et le monde après Amsterdam*, Bruxelles 1999, p. 317 ss.
- D. R. VERWEY, *The European Community, the European Union and the International Law of Treaties: A Comparative Legal Analysis of the Community and Union's External Treaty-Making Practice*, The Hague, 2004
- P. L. VIGNA, *Le basi economiche del crimine organizzato: forme di prevenzione e strategie di contrasto dell'accumulo dei capitali illeciti nell'ottica della collaborazione giudiziaria internazionale*, relazione tenuta all'incontro di studio sul tema "Sequestro e confisca dei beni di origine o destinazione illecita: i moderni strumenti di contrasto sul piano patrimoniale nei confronti della criminalità organizzata nella prospettiva europea", Roma, 15 – 19 marzo 2004, p. 5, reperibile su www.csm.it.
- D. VIGONI, *Dalla rogatoria all'acquisizione diretta*, in G. LA GRECA, M. R. MARCHETTI, *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, 2003, p. 417 ss.
- P. VIRILIO, *The Lost Dimension*, New York, 1992.
- A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004.
- A. WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne : mise en perspective*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne: Mutual recognition of judicial decisions in the penal field within the European Union*, 2001, Bruxelles, p. 61 ss.
- P. WILKITZKY, *Development of an Effective International Crime and Justice Programme - An European View*, in A. ESER, O. LAGODNY, *Principle and Procedures for a New Transnational Criminal Law*, 1992, Freiburg, p. 270 ss.
- C. WILLIAMS, *Overview of the Commission's proposal for a framework decision on the European Evidence Warrant*, in J. VERVAELE (ed.), *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen, 2005, p. 69 ss.

- P. WILSON, *Criminal and civil forfeiture in the United Kingdom*, in A. M. MAUGERI (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, p. 451 ss.
- B. ZAGARIS, *U.S. International Cooperation against Transnational Organized Crime*, in *Wayne Law Review*, 1998, p. 1401 ss.
- S. ZANCANI, L. PASCULLI, *La nuova procedura d'urgenza per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Diritto penale e processo*, n. 6, 2008, p. 798 ss.
- P. ZICCARDI, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1950, p. 475.
- J. ZILLER, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, 2007.
- R. ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2^a ed., Berna, 2003, p. 2.