

# **Contributo al Gruppo di lavoro di ASTRID sulla cooperazione giudiziaria in materia penale**

*di Lorenzo Salazar*

16 luglio 2004

## A. Premessa

Cercando di stilare un bilancio dei circa 5 anni di intensa attività seguiti all'adozione delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere e dei diversi documenti programmatici successivamente adottati, può dirsi che l'Unione si va dotando di un corpus di norme che, se non appare certo annoverare tra le sue principali doti la coerenza e l'organicità, può d'altra parte quantomeno cominciare a definirsi come ampio ed articolato.

Gli strumenti sin qui adottati appaiono offrire anzitutto un embrione di armonizzazione nei più diversi settori del diritto penale, preoccupandosi in particolare (ed è ciò che più importa) di far sì che le eventuali persistenti differenze nelle definizioni giuridiche (per tutti si veda il caso della incriminazione della condotta di partecipazione ad un'associazione criminale) non incidano sulla concreta possibilità di offrire cooperazione giudiziaria.

Essi forniscono, in secondo luogo, avanzati strumenti di aggressione nei confronti dei patrimoni criminali (di origine mafiosa o meno) coprendo gli aspetti che vanno dal momento dello svolgimento iniziale di indagini bancarie, a quello del congelamento, sequestro e confisca degli stessi. Tali strumenti di terzo pilastro si coniugano con quelli di primo ed in particolare con le direttive emanate in materia di contrasto al riciclaggio dei capitali.

Numerosi strumenti consentono di configurare fattispecie sufficientemente armonizzate anche in relazione a numerosi reati "fine" oggetto di attività delle organizzazioni criminose. Fenomeni criminali quali il traffico di droga, la tratta degli esseri umani, la pedopornografia, la commissione di reati nei confronti dell'ambiente, etc. costituiscono già oggi oggetto di un grado di armonizzazione che dovrebbe rivelarsi sufficiente quantomeno ai già segnalati fini del corretto funzionamento dei meccanismi di cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri.

Gli strumenti "specifici" convivono peraltro e si integrano con gli strumenti di natura "generale" quali le convenzioni in materia di estradizione e, oggi, il mandato di arresto europeo, la

convenzione di mutua assistenza giudiziaria in materia penale con il suo protocollo etc., i quali completano efficacemente l'arsenale giuridico di cui gli Stati membri risultano essere allo stesso tempo, oltre che beneficiari, anche i principali destinatari delle obbligazioni di attuazione.

Notevole sviluppo vanno infine assumendo le ricordate altre esperienze di cooperazione giudiziaria avanzata (Eurojust, Rete giudiziaria europea, etc.) che, già oggi (ed ancor più una volta che saranno giunte a pieno regime), possono fornire quel plus che è lecito e doveroso attendersi sul piano giudiziario da un processo di integrazione europea già peraltro così avanzato in molti altri settori. Tali organismi, in particolare Europol, sembrano peraltro attualmente soffrire di “asfissia informativa” essenzialmente dovuta alla tradizionale reticenza da parte delle autorità nazionali a scambiare le informazioni di cui sono in possesso con altri soggetti, tanto più se a vocazione sovranazionale.

Nel periodo medio-lungo, la prospettiva dell'istituzione di un Pubblico Ministero Europeo (ora che si dispone finalmente della necessaria base giuridica all'interno della Costituzione) potrà degnamente coronare tale processo consentendo nel contempo di compiere il decisivo passo che occorre ancora percorrere per poter passare da forme di cooperazione tuttora intergovernative nella loro essenza a quelle a carattere realmente sovranazionale.

Difetta tuttavia - ed è probabilmente ciò che più conta - la concreta attuazione a livello nazionale della gran parte degli strumenti sin qui presentati.

Gli Stati membri - Governi e Parlamenti, ciascuno con riguardo al proprio settore di responsabilità - tardano infatti a conformare il proprio diritto interno alle nuove e sempre più penetranti esigenze loro imposte da una legislazione dell'Unione che diviene di giorno in giorno più ampia e penetrante. A termine, per quegli Stati che avranno accumulato un ritardo nell'attuazione degli strumenti che rischi di divenire incolmabile, vi è da temere una sorta di effetto “palla di neve” che potrebbe rendere pressoché irrecuperabile il deficit in termini di armonizzazione legislativa e di cooperazione che tali Paesi presenterebbero nei confronti degli altri Stati membri.

La situazione descritta appare inoltre causa (ed al tempo stesso, in alcuni casi, effetto) della scarsa conoscenza che di essi continua ad avere buona parte degli operatori di magistratura e delle forze di polizia. I notevoli sforzi compiuti tanto a livello dell'Unione europea, soprattutto attraverso il programma AGIS, che a livello nazionale dovranno di certo ulteriormente intensificarsi per far sì

che l'arsenale a disposizione venga non solo portato a conoscenza dei primi fruitori ma soprattutto concretamente utilizzato dagli stessi accrescendo l'efficacia delle indagini giudiziarie e di polizia.

A questa situazione e ad altre problematiche la nuova Costituzione sembra offrire risposte se non del tutto risolutive quantomeno significative. Come si è avuto modo brevemente di considerare dianzi, il processo decisionale risulta al tempo stesso facilitato dall'abbandono del principio dell'unanimità e rafforzato nella sua legittimità democratica dal passaggio alla codecisione con il Parlamento europeo; l'inerzia degli Stati nell'attuare il diritto dell'Unione potrà d'ora innanzi venire sanzionata dinanzi alla Corte di giustizia ad iniziativa del tradizionale guardiano dei Trattati (la Commissione europea); il Consiglio europeo vede istituzionalizzato il suo ruolo guida nella programmazione legislativa; Eurojust ed Europol vedono sensibilmente rafforzato, almeno in potenza, il loro ruolo.

Nella sostanza sembra potersi dire che la nuova Costituzione apre una serie rilevante di possibilità di intervento per le leggi europee che potranno in futuro venire adottate (talora a maggioranza qualificata, talora all'unanimità) senza tuttavia creare alcun vero e proprio obbligo per un tale intervento; in molti casi si continuano ad usare clausole facoltative, quali "possono comprendere...", "può istituire...", "può stabilire...", che non vincolano il futuro legislatore dell'Unione quanto all'effettivo esercizio delle nuove possibilità di intervento che la Costituzione gli conferisce

Residua tuttora una certa scarsa attenzione portata al versante delle garanzie al quale appare dedicato solo un fugace riferimento in seno all'art.III-171, para.2, lett.b), laddove si apre una possibilità di stabilire regole minime procedurali attraverso una legge quadro europea anche con riferimento ai diritti delle persone accusate. A tale riguardo non potrà venire ancora a lungo disattesa la crescente domanda, proveniente in particolare dai settori dell'Avvocatura, perché l'azione dell'Unione non si concentri sul solo versante repressivo. La recente presentazione da parte della Commissione, il 28 aprile 2004, della proposta legislativa sulle garanzie minime nei procedimenti penali (invero assai timida e tuttavia già da più parti contestata) costituisce solo un primo passo cui altri dovranno seguire, a cominciare da una più compiuta disciplina dei casi di ne bis in idem estesa anche alla prevenzione e regolamento dei conflitti di giurisdizione.

B. Proposte

Alcuni dei principali problemi che appaiono caratterizzare la cooperazione penale nell'UE possono tentativamente riassumersi come segue:

- § Scarsa trasparenza e perdurante "deficit democratico" dell'intero sistema
- § Lentezza e ritardi nella (ratifica o) attuazione degli strumenti dell'UE.
- § Non corretta attuazione degli stessi (ad es. attraverso la previsione di clausole di rifiuto "abusive", non previste o consentite dagli strumenti, o con quella di "controlli" giudiziari nel merito diretti a porre in discussione il principio di mutuo riconoscimento)
- § Perdurante lentezza nelle procedure di assistenza giudiziaria (dando per scontata la soluzione di quella relativa all'extradizione in virtù dell'entrata in attuazione del mandato di arresto europeo)
- § Moltiplicazione dei soggetti coinvolti o potenzialmente coinvolgibili nelle procedure di cooperazione (magistrati di collegamento, Rete giudiziaria europea, Eurojust) in assenza di alcuna istanza di concertazione o coordinamento tra le stesse.
- § A tale moltiplicazione si accompagna spesso una scarsa conoscenza degli stessi da parte degli operatori di base.
- § Mancata attivazione da parte degli SM dei meccanismi istituzionali (ad es. art.35 TUE) di risoluzione dei problemi e dei conflitti nell'applicazione degli strumenti e nelle relazioni con gli altri Stati membri (ricorso al Consiglio, alla Corte di giustizia, etc.) con conseguente scarsa trasparenza nel trattamento e nella soluzione dei problemi.

Al fine di fornire risposta a tali problemi, si propone anzitutto un problema di metodo.

Ai fini della impostazione di un programma di azione per gli anni a venire potrà distinguersi tra le misure che potranno venire già avviate nell'attuale quadro del TUE, "a legislazione costante", e quelle che potrebbero invece venire avviate solo una volta che la nuova Costituzione sia entrata in vigore. A tale ultimo riguardo occorrerà ancora verificare la eventuale possibilità di anticipare l'applicazione di misure previste dalla nuova Costituzione nel periodo anteriore alla sua entrata in vigore soprattutto ove non richiedano modifiche legislative o siano già consentite dall'attuale TUE (v. ad es. il Comitato previsto dall'art.III-162 od il ricorso alle "passerelle" già esistenti quale l'art.42 TUE). In alternativa potrebbe pensarsi alla convocazione di un nuovo Consiglio europeo in

coincidenza con l'entrata in vigore della nuova Costituzione al fine di completare il programma alla luce della stessa.

Nel breve periodo , presumibilmente sino al settembre 2006, ci si potrà concentrare sulle azioni che possono venire intraprese allo stato del Trattato senza tuttavia perdere di vista ciò che potrà fornire un plusvalore effettivo all'atto dell'entrata in vigore della Costituzione. L'avanzamento che potrà venire realizzato sul piano della armonizzazione di alcune infrazioni, ad esempio, renderà più agevole la successiva espansione delle attività di Eurojust o la creazione del PME individuando con precisione la loro sfera di intervento. In tal modo si limiterà anche la potenziale linea di "frattura" tra i due successivi momenti, contribuendo anzi ad una loro ideale saldatura.

Nel periodo medio-lungo occorrerà invece dotarsi sin d'ora del necessario grado di ambizione e di volontà politica negli obiettivi necessario ad avviare i complessi cantieri cui le nuove potenzialità offerte dalla Costituzione apriranno la porta. Tutti i "may " previsti nella nuova Costituzione dovrebbero venire in concreto a tramutarsi in altrettanti "shall".

Nel procedere sembra rimanere valido il doppio binario offerto dal binomio "armonizzazione"/"mutuo riconoscimento" , da intendersi come tra loro non antitetici bensì strettamente collegati. Ad esso si aggiungono le misure di "cooperazione integrata" (relative ad esempio ad Eurojust ed alla RGE).

L'UE non dovrebbe seguire gli Stati membri nella prassi di legiferare sotto la spinta dell'urgenza ma dovrebbe essere capace di offrire in tempi rapidi un reale plusvalore europeo ai cittadini in relazione a problemi avvertiti come attuali da parte degli stessi.

N.B. Si danno qui per scontate (e pertanto non richiamate) tutte le eventuali raccomandazioni dirette alla sollecita conclusione e/o attuazione delle diverse proposte già pendenti dinanzi al Consiglio presentate dalla Commissione o dagli SM.

#### 1. Proposte operative "a legislazione costante"

1.1 Procedere nell'opera di armonizzazione normativa dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale e presenti nella "lista dei 32". Il disegno di armonizzazione dovrebbe venire visto come anzitutto funzionale al funzionamento pratico del mutuo riconoscimento (facilitando l'esecuzione dei provvedimenti) nonché al rafforzamento della "fiducia reciproca" che costituisce il presupposto indispensabile di quest'ultimo. A tal fine si potrebbe procedere secondo i criteri seguenti:

- Iniziare dalle fattispecie tuttora non oggetto di alcuna sostanziale armonizzazione a livello europeo od internazionale (v. dichiarazione allegata al p.v. del Consiglio di adozione del mandato di arresto europeo<sup>1</sup>): traffico illecito di armi, razzismo e xenofobia, sabotaggio, racket ed estorsioni...
- Potrebbero poi prendersi in esame le fattispecie oggetto di armonizzazione di facciata, più risalente nel tempo o comunque considerata non completamente soddisfacente, ponendo particolare attenzione alle condotte di: partecipazione ad una associazione criminale, riciclaggio di capitali, corruzione, etc.
- Infine, sulla base dell'esperienza nel frattempo maturata potrà verificarsi l'opportunità di tornare nuovamente sulle incriminazioni più recenti (terrorismo, tratta di esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e minori, traffico illecito di stupefacenti, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica) al fine di verificarne la congruità.

1.2 Sul piano degli strumenti di cooperazione integrata, potrebbe procedersi ad una razionalizzazione degli strumenti esistenti finalizzata ad un loro rilancio. Tra le diverse misure ipotizzabili potrebbero esservi le seguenti:

- Integrare i magistrati di collegamento all'interno della Rete Giudiziaria Europea, a sua volta già incardinata in Eurojust, in qualità ad esempio di Esperti Nazionali Distaccati (END). La loro successiva destinazione presso gli Stati membri potrebbe venire in tal modo realizzata nel quadro di un progetto razionale e concertato con il sostegno economico dell'UE (indennità di END) ed assumerebbe un significato assai meno bilaterale la cui esperienza potrebbe risultare proficua anche ad altri Stati facendo confluire la relativa expertise nel patrimonio della RGE e di Eurojust facilitando al tempo stesso la risoluzione delle controversie attraverso il coinvolgimento di tali organismi.

· Come già stabilito per gli ufficiali di collegamento di polizia, l'attività dei magistrati di collegamento degli Stati membri in servizio presso Stati terzi dovrebbe poter venire messa a disposizione anche degli altri Stati membri attraverso forme e procedure adeguate.

In tal modo Eurojust vedrebbe (anche fisicamente) rafforzato il suo ruolo di fulcro della cooperazione giudiziaria europea (accentrando Segretariato della RGE ed i magistrati di collegamento) e si preparerebbe al meglio in vista della auspicabile successiva creazione del PME.

1.3 Insistere su tutte le altre misure dirette a facilitare la instaurazione della fiducia reciproca unitamente alle misure dirette a far fronte ad uno dei principali problemi che accompagnano il funzionamento attuale del sistema, vale a dire il basso tasso di implementazione (v. anche sub 2.5 e 2.6)

## 2. Proposte operative nel quadro della nuova Costituzione

2.1 Armonizzazione e ravvicinamento normativo . Sul versante dell'armonizzazione, una volta completato il programma sub 1.1, si disporrà di un vero corpus di norme omogeneo che costituirà la base per un embrione di “Codice penale europeo” (già nei fatti avviato con la creazione della lista dei 32 reati) estremamente utile in concreto al fine di consolidare la fiducia reciproca ed assicurare operatività ad alcuni meccanismi più avanzati di cooperazione.

2.2 Istituzionalizzazione della Rete europea di formazione giudiziaria . Una decisione del Consiglio dovrebbe aiutare a far uscire da una perdurante situazione di equivoco lo statuto di questo tipo di organismi, ponendo fine ad un'assurda discriminazione che vedrebbe a termine CEPOL regolamentato in via pubblicistica quale agenzia dell'Unione e la REFG costituire invece un'entità privatistica alle cui attività la Commissione rifiuta finanche di partecipare in qualità di semplice osservatore senza peraltro riuscire a provvedere ad una efficace forma di finanziamento. L'UE dovrebbe quindi riconoscere la vocazione pubblicistica/europea di tali entità e partecipare al finanziamento strutturale delle loro attività.

2.3 EUROJUST dovrà venire rafforzata per quanto riguarda struttura, funzionamento, sfera d'azione e compiti. Questi ultimi dovranno comprendere anche l'avvio diretto di indagini penali (e la proposta vincolante di avvio di azioni penali esercitate dalle autorità nazionali competenti), in particolare in relazione ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale), nonché poteri di coordinamento diretto di indagini ed azioni penali relativi a tali reati. Fondamentale (ed anch'esso evidente "plusvalore europeo") appare il ruolo che Eurojust potrà venire ad assumere in relazione alla risoluzione dei conflitti tra giurisdizioni concorrenti, anche con riferimento alla prevenzione di casi di *ne bis in idem*.

2.4 Istituire una Procura europea a partire dall'Eurojust per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale. La Procura europea sarà competente per individuare, perseguire e trarre in giudizio, eventualmente in collegamento con l'Europol, gli autori di tali reati, quali definiti dalla opera di armonizzazione preconizzata. Esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri.

2.5 Introdurre una efficace ed incisiva procedura di mutua valutazione. In relazione alle esigenze di cui al punto 1.3, il contenuto del nuovo art. III-161, che prevede "una valutazione oggettiva e imparziale dell'attuazione, da parte delle autorità degli Stati membri, delle politiche dell'Unione di cui al presente capo...", dovrebbe sollecitamente venire attuato (se non in qualche modo anticipato) attraverso l'unificazione e la razionalizzazione dei già esistenti meccanismi di valutazione al fine di procedere ad una valutazione oggettiva e imparziale dell'attuazione, da parte delle autorità degli Stati membri, delle politiche dell'Unione nel quadro dello SLSG, in particolare al fine di favorire la piena applicazione del principio di riconoscimento reciproco. La "valutazione" non dovrebbe portare solo sulla attuazione delle politiche ma dovrebbe più in generale venire estesa al corretto funzionamento ed alla affidabilità dei sistemi giuridici e giudiziari degli Stati membri.

2.6 Ruolo delle "Reti". Ai fini del punto che precede, una maggiore e migliore oggettività ed imparzialità, anche in questo caso accompagnata da una razionalizzazione delle risorse a disposizione, potrebbe venire assicurata coinvolgendo nell'esercizio soggetti od entità diversi dal Consiglio dell'Unione e competenti in particolare nel settore della formazione, quali ad esempio



CEPOL, la Rete Europea di Formazione Giudiziaria (REFG) od ancora la neocostituita Rete dei Consigli della Magistratura.