

# **Memorandum d'intesa nel settore dell'assistenza giudiziaria**

## **Importanza e utilità della cooperazione dal carattere vincolante debole**

### **1. Situazione iniziale**

Nella cooperazione con gli Stati con i quali non è opportuno concludere un trattato internazionale, la nuova strategia dell'UFG in materia di trattati internazionali nel settore dell'assistenza giudiziaria internazionale<sup>1</sup> prevede sempre più frequentemente l'applicazione di strumenti di cooperazione dal carattere vincolante più debole (la cosiddetta «*soft law*»). La strategia dell'UFG impiega il termine «*memorandum of understanding*» (MoU) per definire questi strumenti bilaterali dal carattere giuridicamente non vincolante. In Svizzera questo tipo di cooperazione nel campo dell'assistenza giudiziaria non è una novità. Subito dopo l'unificazione della Germania e vista l'impossibilità di avviare una cooperazione dal carattere più formale, Svizzera e Russia hanno infatti concluso un MoU<sup>2</sup>, il che ha consentito alle due parti di raccogliere prime esperienze bilaterali poi rivelatesi utili nell'ambito della successiva cooperazione sulla base degli strumenti del Consiglio d'Europa.

Da diverso tempo anche altri Dipartimenti ricorrono al MoU. In ragione della sua origine<sup>3</sup> questo documento è anche impiegato come «trattato preliminare» per valutare in modo non vincolante, ma non del tutto informale, la possibilità di avviare una cooperazione più approfondita in vista dell'eventuale conclusione di un trattato<sup>4</sup>.

In questa sede s'intende innanzitutto iscrivere il termine MoU - e soprattutto la forma di cooperazione che implica - nel contesto del diritto internazionale e valutare l'importanza di questo strumento nel settore dell'assistenza giudiziaria (cfr. pto. 2). Infine sono precisati gli elementi imprescindibili all'utilità di un MoU (cfr. pto. 3).

### **2. Importanza del MoU sotto il profilo del diritto internazionale**

Il MoU è privo di efficacia vincolante, ma non di significato. A seconda del suo assetto può rappresentare una norma di *soft law*. Questo termine designa strumenti o norme che, nonostante non rappresentino di per sé una fonte del diritto, possono assumere, all'interno di un quadro di riferimento legale, un'importanza tale da rivestire comunque un ruolo determinante<sup>5</sup>.

Se un settore giuridico è politicamente controverso, può essere ragionevole applicare la *soft law*. Se la stipula di un trattato internazionale vincolante appare irrealistica, è lecito chiedersi se non sia preferibile una norma di *soft law* all'assenza di qualsivoglia disciplinamento<sup>6</sup>. Su questo sfondo, può essere utile cooperare senza un trattato formale, ma sulla base di un MoU, così da promuovere i rapporti tra le parti contraenti. La firma di un MoU segnala l'intento dei Governi di avvicinarsi per discutere in maniera più approfondita la cooperazione nel settore dell'oggetto della normativa. Per concretizzare questo intento, è importante che il MoU sia concluso a *livello ministeriale* - e non da impiegati amministrativi. Oltre a rivestire un significato simbolico, questo documento consente alle Parti di convenire - parimenti in forma non vincolante - determinati processi formali e instaurare contatti diret-

<sup>1</sup> Strategia rete dei trattati internazionali nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, approvata il 12.04.2013 dalla consigliera federale Simonetta Sommaruga.

<sup>2</sup> Nel 1994 la Svizzera ha concluso un MoU con la Russia nel settore dell'assistenza giudiziaria, prima che lo Stato, nel dicembre 1999, aderisse alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale.

<sup>3</sup> Il termine «MoU» deriva dal diritto economico anglo-americano in cui i contratti preliminari vengono chiamati MoU, soprattutto nel campo dell'acquisto di imprese. I MoU contengono i punti cardine del futuro trattato sotto forma di dichiarazione d'intenti giuridicamente non vincolante.

<sup>4</sup> A titolo di esempio si può citare il MoU del DFE con il Brasile, firmato l'08.02.2007 e teso a istituire, a breve termine, una Commissione economica comune nonché a discutere la possibile realizzazione di accordi economici a lungo termine. Si veda il comunicato stampa reperibile al seguente indirizzo: <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=it&msgid=10738>, (consultato il 25.02.2013).

<sup>5</sup> Cfr. SHAW MALCOLM N., *International Law*, 6ª ed., Cambridge 2008, pag. 117. L'Atto finale di Helsinki del 1975, che ha istituito la CSCE, è un esempio di strumento di diritto internazionale, che - nonostante non sia giuridicamente vincolante - ha influenzato notevolmente la realtà giuridica e politica fino all'unificazione della Germania, promuovendo l'idea dei diritti umani universali.

<sup>6</sup> SHAW, op. cit., pag. 118 ha osservato che la *soft law* è particolarmente diffusa nel campo del diritto internazionale economico e ambientale, il che potrebbe, tra l'altro, essere riconducibile a questa circostanza.

ti tra le unità amministrative. Va inoltre notato che, una volta consolidata, la *soft law* può in ultima analisi essere trasposta in una forma vincolante attraverso la conclusione di un trattato formale o la creazione di diritto internazionale consuetudinario<sup>7</sup>.

Nel recente passato, questi vantaggi, in particolare la *flessibilità a livello di tattica negoziale*, acquisiti dai Governi, hanno contribuito ad accrescere l'importanza delle norme di *soft law*<sup>8</sup>. Ultimamente, il Belgio e la Turchia, ad esempio, hanno sottoscritto un MoU per approfondire la cooperazione bilaterale in materia penale<sup>9</sup>. Anche la Svizzera continua a ricorrere ai MoU, ad esempio nel settore delle relazioni tra le forze armate, in cui la cooperazione in virtù del principio della neutralità è particolarmente delicata, ma possibile in modo non del tutto informale<sup>10</sup>.

### 3. L'utilità del MoU nel settore dell'assistenza giudiziaria in materia penale

Il MoU presenta svariati vantaggi anche nel campo della cooperazione giudiziaria in materia penale. Alla Svizzera è messo a disposizione uno strumento che permette di valutare in maniera approfondita un avvicinamento in questo settore, senza tuttavia fondare immediatamente diritti e obblighi reciproci. Il MoU consente di accedere in modo più flessibile a ordinamenti giuridici sostanzialmente diversi dal nostro – e possibilmente anche dai nostri standard in materia di Stato di diritto e di diritti umani. Rappresenta quindi il primo passo sulla strada di una cooperazione in materia penale più approfondita ed efficace<sup>11</sup>. L'introduzione del MoU nella strategia dell'UFG in materia di trattati internazionali va letto su questo sfondo.

Affinché il MoU possa avere, oltre a un valore simbolico e politico, un'utilità per gli esperti del diritto penale, è imperativo che:

- non verta unicamente su aspetti politici o dichiarativi, ma miri a conseguire progressi sostanziali quali, ad esempio, l'instaurazione di contatti diretti tra autorità centrali;
- ne venga preso atto in Svizzera. Il MoU può rappresentare un valore aggiunto per la collettività e gli esperti soltanto se questi ultimi sono a conoscenza della sua esistenza.

Per quanto riguarda il primo aspetto «*pratico*», va osservato che nell'ambito dei negoziati, il Settore Trattati internazionali provvederà sempre a valutare l'utilità dell'accordo da firmare.

L'elemento basilare in riferimento all'aspetto della *presa d'atto* del MoU è quello della *pubblicazione*. L'ideale sarebbe la pubblicazione nella Raccolta ufficiale e nella Raccolta sistematica, cui, tuttavia, si oppongono le prescrizioni legali sulla pubblicazione<sup>12</sup>.

I MoU conclusi sono pubblicati nella guida all'assistenza giudiziaria (nella pagina del Paese in questione alla rubrica «Basi legali principali») così da consentire agli esperti un accesso diretto alle informazioni desiderate. Inoltre sono pubblicati anche sul sito Internet dell'UFG (rubrica «Assistenza giudiziaria in materia penale» > «Strumenti bilaterali») <sup>13</sup> e quindi resi accessibili a un pubblico più ampio e ai media.

Al fine di sensibilizzare maggiormente il pubblico sui memorandum d'intesa, ogni volta che viene firmato un MoU

<sup>7</sup> In questo processo la *soft law* è un indice importante per l'elemento della *opinio iuris*.

<sup>8</sup> SHAW, op. cit., pag. 118, con un rimando a uno studio dell'US State Department.

<sup>9</sup> Cfr. Riunione ministeriale Belgio-Turchia, Bruxelles, Palais d'Egmont, 22 gennaio 2013, comunicato stampa congiunto, reperibile sul seguente indirizzo: <[http://countries.diplomatie.belgium.be/fr/pays\\_bas/newsroom/news.jsp?id=210291](http://countries.diplomatie.belgium.be/fr/pays_bas/newsroom/news.jsp?id=210291)> (consultato il 25.02.2013).

<sup>10</sup> Cfr. le informazioni sul sito del DDPS, reperibili al seguente indirizzo: <[http://www.vtg.admin.ch/internet/vtg/de/home/themen/internationale\\_kooperation/streitkraeftebeziehungen.html](http://www.vtg.admin.ch/internet/vtg/de/home/themen/internationale_kooperation/streitkraeftebeziehungen.html)> (consultato il 25.02.2013).

<sup>11</sup> Cfr. il citato esempio della Russia (nota 2).

<sup>12</sup> Cfr. art. 3 cpv. 2 LPubl in combinato disposto con l'art. 2 OPubl.

<sup>13</sup> Cfr. [http://www.bj.admin.ch/content/bj/it/home/themen/sicherheit/internationale\\_rechthilfe/rechthilfe\\_in\\_strafsache/rechtliche\\_grundlagen.html](http://www.bj.admin.ch/content/bj/it/home/themen/sicherheit/internationale_rechthilfe/rechthilfe_in_strafsache/rechtliche_grundlagen.html) > (consultato il 06.02.2013).

è pubblicato un comunicato stampa con il link al testo dello stesso.

#### **4. Conclusione**

Pur non costituendo un trattato internazionale vincolante, il MoU può segnare l'inizio di un rapporto più formale con un determinato Paese. Nella pratica, può comportare vantaggi concreti promuovendo, ad esempio, il contatto diretto tra le autorità centrali nel campo dell'assistenza giudiziaria in materia penale. A tale proposito, il MoU deve essere reso accessibile al pubblico, ma soprattutto, deve essere letto nel suo contesto politico. Spiana la strada a una cooperazione più approfondita con gli Stati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale. Al primo passo, nella forma di un MoU, possono poi succederne altri.

Il MoU è predestinato a svolgere questo lavoro da pioniere: non avendo un carattere giuridicamente vincolante, non ha la forza di un trattato internazionale. Proprio per questo motivo, tuttavia, può essere impiegato per sondare terreni altrimenti insondabili.