



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dipartimento di Diritto Pubblico italiano e sovranazionale

***NE BIS IN IDEM* TRA CARTA DEI DIRITTI
FONDAMENTALI E CONVENZIONE APPLICATIVA
DELL'ACCORDO DI SCHENGEN**

Relatore: Prof.ssa Chiara Amalfitano

Correlatore: Dott.ssa Sofia Monici

Tesi di Laurea Magistrale di

Daiana GIRALDIN

Matricola n. 774234

ANNO ACCADEMICO 2016 / 2017

*Alla mia famiglia,
costante fonte di ispirazione e sostegno
nella realizzazione del mio innato desiderio di conoscenza*

*«“O frati”, dissi, “che per cento milia
perigli siete giunti a l’occidente,
a questa tanto picciola vigilia*

*d’i nostri sensi ch’è del rimanente
non vogliate negar l’esperienza,
di retro al sol, del mondo senza gente.*

*Considerate la vostra semenza:
fatti non foste a viver come bruti,
ma per seguir virtute e canoscenza”»*

*DANTE ALIGHIERI (1265-1321)
La Divina Commedia – Inferno: C. XXVI, vv. 112-120*

INDICE

<i>Introduzione</i>	V
---------------------------	---

CAPITOLO I

Il principio del *ne bis in idem* nel diritto interno e internazionale

1. Il principio nell'ordinamento italiano.....	1
2. La rilevanza del giudicato straniero negli ordinamenti nazionali: l'avanguardia della disciplina olandese.....	9
3. <i>Segue</i> : la disciplina italiana.....	12
4. Il principio del <i>ne bis in idem</i> nelle convenzioni internazionali.....	18
5. <i>Segue</i> : la tutela fornita dal Patto internazionale sui diritti civili e politici.....	24
6. <i>Segue</i> : e quella fornita dall'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU.....	26
7. Il principio del <i>ne bis in idem</i> nello Spazio di libertà sicurezza e giustizia.....	31
8. <i>Segue</i> : la convenzione di Bruxelles del 1987. La prima e unica convenzione interamente dedicata al principio.....	35
9. <i>Segue</i> : la svolta di Schengen.....	41
10. <i>Segue</i> : l'ultima tappa del percorso. La Carta di Nizza e il trattato di Lisbona.....	49

CAPITOLO II

Il principio del *ne bis in idem* come interpretato dalla Corte di giustizia

1. La competenza pregiudiziale della Corte di giustizia: dal sistema <i>à la carte</i> di Maastricht alla competenza a «geometria variabile» di Amsterdam.....	52
--	----

2.	<i>Segue</i> : la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in base al trattato di Lisbona.....	60
3.	La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 54 della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS).....	67
4.	<i>Segue</i> : la rilevanza del <i>bis</i> : «sentenza definitiva».....	68
5.	<i>Segue</i> : sentenza che abbia esaminato nel merito i fatti rilevanti.....	82
6.	<i>Segue</i> : in caso di sentenza di condanna, il suo carattere esecutivo.....	103
7.	L'interpretazione della nozione di <i>idem</i>	111
8.	<i>Segue</i> : la nozione di <i>idem</i> prospettata dalla Corte di giustizia.....	117
9.	<i>Segue</i> : e quella prospettata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU.....	124

CAPITOLO III

Il principio del *ne bis in idem* tra convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

<i>Premessa</i>	130
-----------------------	-----

Sezione (A)

Il principio del ne bis in idem nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

1.	L'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'imprescindibile ricorso alle <i>Spiegazioni</i> per la sua interpretazione.....	132
2.	L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali: l'«attuazione del diritto dell'Unione» ai sensi dell'art. 51, par. 1, CDFUE.....	141
3.	<i>Segue</i> : la sentenza <i>Åkerberg Fransson</i> chiarisce il campo di applicazione dell'art. 50 CDFUE.....	143

Sezione (B)

La compatibilità dell'art. 54 CAAS con l'art. 50 CDFUE

1.	I controversi rapporti tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE.....	152
2.	<i>Segue</i> : la condizione di esecuzione nel <i>Green paper</i> della Commissione del 2005 sui conflitti di giurisdizione e sul principio del <i>ne bis in idem</i>	157
3.	<i>Segue</i> : la ricostruzione della dottrina per giustificare la compatibilità della condizione di esecuzione con l'art. 50 CDFUE.....	166
4.	<i>Segue</i> : la giurisprudenza tedesca sulla condizione di esecuzione.....	173
5.	<i>Segue</i> : la sentenza <i>Spasic</i> : l'occasione per sancire l'attuale vigenza della condizione di esecuzione e definire i rapporti tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE.....	174

Sezione (C)

La compatibilità dell'art. 55 CAAS con l'art. 50 CDFUE

1.	Le deroghe al principio del <i>ne bis in idem</i> sancite dall'art. 55 CAAS e il loro recepimento nella legislazione italiana.....	182
2.	Le riserve formulate in virtù dell'art. 55 CAAS dopo l'integrazione dell' <i>acquis</i> di Schengen nel diritto dell'Unione: profili critici di alcune soluzioni dottrinali.....	185
3.	<i>Segue</i> : la menzione delle riserve formulate in virtù dell'art. 55 CAAS in atti e proposte successive all'integrazione dell' <i>acquis</i> di Schengen nel diritto dell'Unione.....	189
4.	Le eccezioni di cui all'art. 55 CAAS dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona: soluzioni dottrinali sulla sua (in)compatibilità con l'art. 50 CDFUE.....	206
5.	Gli orientamenti delle Corti nazionali sul rapporto tra l'art. 55 CAAS e l'art. 50 CDFUE: la paradigmatica sentenza del tribunale di Milano.....	213

6.	<i>Segue</i> : i profili oscuri del tortuoso percorso motivazionale intrapreso dal giudice per le indagini preliminari del tribunale di Milano.....	220
7.	<i>Segue</i> : altre sentenze nazionali sul rapporto tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE.....	227
8.	La recente sentenza <i>Kossowski</i> : un'occasione persa per definire lo <i>status</i> delle riserve di cui all'art. 55 CAAS.....	233
9.	<i>Segue</i> : le conclusioni dell'Avvocato generale <i>Bot</i> : uno spunto per un possibile superamento della deroga fondata sul principio di territorialità.....	236
	<i>Conclusioni</i>	243
	Bibliografia.....	252

Introduzione

Il principio del *ne bis in idem*, antico baluardo dell'autore di un reato di fronte alla reiterazione illimitata dello *ius puniendi* dello Stato, ha costituito, fin dai tempi più remoti, un caposaldo di ogni sistema di giustizia penale, invocabile tradizionalmente entro le intime mura domestiche. Invero, la valicabilità di tali confini nazionali è stata rallentata dal mancato riconoscimento al *ne bis in idem* processuale della natura di principio di diritto internazionale generale, con la conseguenza che, a lungo, il divieto di doppio processo nei rapporti tra Stati ha trovato applicazione soltanto laddove esistesse una disposizione interna destinata espressamente a riconoscere efficacia negativa al giudicato straniero oppure laddove fosse invocabile una convenzione internazionale che, limitatamente agli ambiti di sua competenza e alle parti contraenti, attribuisse efficacia preclusiva al *dictum* irrevocabile pronunciato *aliundi*.

Di fronte al dilagare dei fenomeni di criminalità transnazionale, tuttavia, è stata avvertita l'esigenza di instaurare tra gli Stati membri dell'allora Comunità europea una più stretta cooperazione, investigativa prima e processuale poi, volta a costruire uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nel quale garantire, anche al cittadino comunitario macchiatosi di un reato, effettive forme di tutela dal rischio di subire tanti procedimenti quanti erano i sistemi penali interessati alla repressione dell'illecito commesso. In questo contesto storico, politico e culturale, dunque, il *ne bis in idem* cessa di essere un principio squisitamente nazionale per divenire una garanzia di carattere transnazionale destinata ad assolvere a tre diverse funzioni. Innanzitutto, precludendo l'instaurazione o la prosecuzione di un secondo processo da parte di uno Stato membro a fronte di una sentenza definitiva pronunciata dalle autorità giudiziarie di un altro Stato membro, il principio del *ne bis in idem* funge da rimedio *ex post* ai conflitti di giurisdizione (positivi), soprattutto in un contesto come quello europeo in cui le regole destinate a risolvere e prevenire tali conflitti si rivelano, rispettivamente, inefficaci e del tutto inesistenti.

Inoltre, in via eccezionale, il principio del *ne bis in idem* assume la veste di motivo ostativo alle varie forme di cooperazione giudiziaria che, a partire dal Consiglio europeo di Tampere del 1999, trovano il proprio fondamento nella reciproca fiducia

tra sistemi repressivi nazionali; infatti, laddove ne ricorrano i presupposti, il *ne bis in idem* legittima e, talvolta obbliga, le autorità degli Stati membri dell'Unione a opporre rifiuto alla cooperazione richiesta da un altro Stato membro.

Infine, e questo sarà l'aspetto su cui verrà focalizzata l'attenzione nelle pagine che seguono, il principio del *ne bis in idem* incarna un diritto fondamentale dell'imputato, la cui esigenza di protezione è stata avvertita fortemente nel contesto europeo, quando nel 1990, alcuni Stati, attraverso la convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS), introdussero nel sistema internazionale pattizio una serie di regole normative (artt. 54-58) dirette ad obbligare le Parti contraenti a riconoscere effetto preclusivo alle sentenze definitive straniere. Non è un caso che tali disposizioni siano state inserite in uno strumento pattizio multilaterale destinato ad abolire i controlli alle frontiere: come si avrà modo di vedere, infatti, l'intima correlazione tra libertà di circolazione e *ne bis in idem* ha indotto a rinvenire la *ratio* del principio proprio nell'effettiva garanzia di tale libertà fondamentale del cittadino europeo.

Al fine di realizzare al meglio questo obiettivo riconosciuto dagli stessi trattati istitutivi, un Protocollo *ad hoc* allegato al trattato di Amsterdam incorporò l'intero *acquis* di Schengen nel quadro normativo europeo, collocando la disciplina sul *ne bis in idem*, sancita dagli artt. 54 ss. CAAS, tra le fonti di diritto derivato. A livello europeo, peraltro, il principio in questione era stato consacrato tra i diritti fondamentali dell'individuo nell'art. 50 della Carta di Nizza che, solo a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, ha assunto valore giuridico cogente pari a quello dei trattati, intrappolando così l'interprete nazionale in un labirinto normativo formato da disposizioni sovranazionali distinte non solo nel grado gerarchico ma anche nella formulazione letterale. Posto infatti che l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, a differenza dell'art. 54 CAAS, non subordina l'applicazione del *ne bis in idem* all'avveramento di alcuna condizione di esecuzione, né attribuisce facoltà agli Stati membri di opporre quelle riserve al principio, concesse invece dall'art. 55 CAAS, con la trattazione che segue ci si propone di comprendere se le limitazioni al principio del *ne bis in idem* sancite nella convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen possano essere considerate legittima specificazione del principio generale consacrato nella Carta dei diritti fondamentali e, dunque, possano essere ritenute ancora

giuridicamente efficaci in un contesto normativo sicuramente più evoluto rispetto a quello nel quale le stesse hanno originariamente operato.

In particolare, lo scopo principale della presente tesi è quello di valutare un potenziale superamento della deroga sancita dall'art. 55, par. 1, lett. a), CAAS e, come anticipato, non prevista dall'art. 50 della Carta: attraverso questa eccezione, infatti, alcuni Stati membri, riservandosi la possibilità di riesercitare il proprio *ius puniendi* laddove il reato fosse commesso nel territorio nazionale, sembrerebbero essere legittimati a conservare quella originaria tendenza volta a tutelare gelosamente la propria sovranità nazionale, rischiando dunque di porsi in contrasto con quello spirito di apertura al modo di essere degli altrui sistemi repressivi che dovrebbe contraddistinguere gli ordinamenti appartenenti ad uno spazio di giustizia comune.

Una piena comprensione della necessità o meno di tali limitazioni in un contesto normativo come quello europeo non può prescindere né da un'approfondita osservazione del tortuoso percorso evolutivo che ha condotto il principio del *ne bis in idem* transnazionale alla sua affermazione come diritto fondamentale, né da una scrupolosa analisi della instancabile opera ermeneutica della Corte di giustizia, grazie alla quale sono stati delineati, nel corso degli anni, i confini di operatività della preclusione processuale in questione. Solo una volta posseduti tali strumenti cognitivi, sarà possibile affrontare il delicato problema concernente i rapporti che intercorrono tra il *ne bis in idem* sancito dalla convenzione di Schengen e il medesimo principio consacrato nella Carta dei diritti fondamentali, al fine, cioè, di verificare se possa dirsi effettivamente esistente un'antinomia tra le due fonti europee o se, al contrario, la norma di diritto secondario (CAAS) possa essere considerata disposizione applicativa del principio generale cristallizzato nella fonte di rango primario.

CAPITOLO I

Il principio del *ne bis in idem* nel diritto interno e internazionale

SOMMARIO: 1. Il principio nell'ordinamento italiano. - 2. La rilevanza del giudicato straniero negli ordinamenti nazionali: l'avanguardia della disciplina olandese. - 3. *Segue*: la disciplina italiana. - 4. Il principio del *ne bis in idem* nelle convenzioni internazionali. - 5. *Segue*: la tutela fornita dal Patto internazionale sui diritti civili e politici. - 6. *Segue*: e quella fornita dall'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU. - 7. Il principio del *ne bis in idem* nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. - 8. *Segue*: la convenzione di Bruxelles del 1987. La prima e unica convenzione interamente dedicata al principio. - 9. *Segue*: la svolta di Schengen. - 10. *Segue*: l'ultima tappa del percorso. La Carta di Nizza e il trattato di Lisbona.

1. Il principio nell'ordinamento italiano.

L'accentuata mobilità della popolazione europea, registratasi grazie al riconoscimento della libertà di circolazione da parte del trattato istitutivo della Comunità economica europea e oggi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ha, da un lato, reso necessaria l'intensificazione dei sistemi di cooperazione giudiziaria interstatale in materia penale per reprimere gli illeciti, sempre più frequenti, a carattere transnazionale; e ha reso evidente, dall'altro lato, l'esigenza di rafforzare taluni diritti processuali riconosciuti ai cittadini europei che si trovino coinvolti in un procedimento penale in uno Stato membro. Tra questi, ha trovato un significativo rafforzamento a livello europeo il divieto di promuovere nuovamente azione penale contro la stessa persona per i medesimi fatti¹; quel principio, cioè, mutuato dal brocardo latino *bis de eadem re ne sit actio*, che viene consacrato nei sistemi di *civil law* come *ne bis in idem* e nei sistemi di *common law* come divieto di *double jeopardy*².

¹ Anche se, come si vedrà nel corso della trattazione, non è ancora rinvenibile un principio di diritto internazionale consuetudinario.

² In realtà, tra le due forme esiste una fondamentale differenza: mentre nei sistemi di *civil law* la garanzia del *ne bis in idem* si sostanzia nella preclusione al rinnovamento del giudizio;

Alcuni autori³ farebbero risalire l'origine di questo principio nel diritto greco antico e citano, come testimonianza dell'esistenza di una prima idea di tale preclusione, l'orazione demostenica contro Leptine, nella quale il grande oratore ateniese diffondeva il concetto secondo cui οἱ νόμοι δ' οὐκ ἔῴσι δις πρὸς τὸν αὐτὸν περὶ τῶν αὐτῶν οὔτε δίκας οὔτ' εὐθύνας οὔτε διαδικασίαν οὔτ' ἄλλο τοιοῦτ' οὐδὲν εἶναι (le leggi vietano le stesse cose due volte contro la stessa persona, che sia azione, inchiesta, domanda e altro simile). Questa origine greca del principio non sembrerebbe del tutto infondata, soprattutto se si tiene conto del fatto che il diritto romano, dal quale deriva il brocardo diventato ormai un caposaldo di ogni sistema processuale penale moderno, è stato fortemente influenzato dal diritto greco.

Già nella tradizione romanistica, in cui due questioni criminali erano considerate identiche quando avevano per oggetto uno stesso *crimen* nascente dal medesimo *factum* di una stessa persona⁴, il principio del *ne bis in idem* era avvertito come esigenza di stabilità dei rapporti giuridici e di certezza del diritto. Nonostante ancora oggi la maggior parte degli autori ricerchino la *ratio* del principio in questa stabilità⁵, non manca anche chi in dottrina e in giurisprudenza lo ricollega al c.d. “giusto processo”⁶.

A prescindere comunque dall'interesse protetto da tale principio, è da rilevare che il divieto di *bis in idem*, quale corollario del diritto di difesa, esprime una primaria esigenza di tutela del singolo, che viene ad essere sottratto ad una irragionevole e illimitata reiterazione dei giudizi⁷. Oltre a questa duplice esigenza tutelata dal principio, il *ne bis in idem*, quale effetto tipico della *res iudicata*, presenta anche una duplice anima: si deve distinguere, infatti, tra *ne bis in idem*

negli ordinamenti di *common law* l'effetto della preclusione, indicata come divieto di *double jeopardy*, si manifesta nella limitazione alla possibilità di impugnazione da parte dell'organo di accusa, a prescindere dalla definizione del procedimento; in questo senso, GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 101 ss.

³ In questo senso: B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, 2010, p. 2; G. CONWAY, *Ne bis in idem in international law*, in *International Criminal Law review*, 2003, p. 7 ss.

⁴ DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, volume 7 di Studi di diritto processuale penale, 1963.

⁵ P. RIVIELLO, *La nozione di “fatto” ai sensi dell’art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014.

⁶ MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Trattato di procedura penale vol. XLI.1.

⁷ MANCUSO, *Id.*, p. 506.

processuale, quello che in Germania è conosciuto come *Erledigungsprinzip*, e *ne bis in idem* esecutivo, conosciuto come *Anrechnungsprinzip*⁸.

È intuitivo come queste due diverse regole operino su piani completamente diversi: il primo, mutuato dal principio *nemo debet bis vexari*, funziona ad ostacolo dell'instaurazione del giudizio stesso; il secondo, ricavato dal brocardo latino *nemo debet bis puniri pro uno (delicto)*, non preclude l'instaurazione del giudizio, ma agisce solo sul momento applicativo della pena.

Nonostante non riceva copertura costituzionale, il principio del *ne bis in idem* è stato accolto anche nell'ordinamento processuale italiano fin dal codice del 1930, dove l'art. 90 c.p.p., con termini analoghi a quanto statuito dal codice vigente all'art. 649 c.p.p., precludeva, quale effetto tipico del giudicato sostanziale⁹, la possibilità di instaurare un procedimento penale per il medesimo fatto nei confronti dello stesso soggetto. Sotto la rubrica "Divieto di un secondo giudizio", l'art. 649 c.p.p., infatti, enuncia testualmente: «1) L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345. 2) Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo».

Nonostante l'apparente chiarezza della norma, le interpretazioni giurisprudenziali che si sono susseguite nel corso degli anni ne hanno completamente stravolto la portata applicativa. Già sotto la vigenza dell'art. 90 c.p.p.(1930), la dottrina e la giurisprudenza di legittimità prevalenti avevano manifestato la preoccupazione che un'esegesi troppo ampia della norma potesse aprire varchi di impunità contrastanti con un asserito comune buon senso. In un primo momento, infatti, la giurisprudenza di legittimità, facendo leva sul dato

⁸ B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit. p. 31 ss.

⁹ Da distinguersi dal giudicato formale che attiene all'irrevocabilità della pronuncia.

testuale della norma, aveva ritenuto imprescindibile il requisito del passaggio in giudicato della sentenza per l'operatività della preclusione processuale.

Il carattere della irrevocabilità della decisione, dunque, era considerato un presupposto, se non sufficiente, comunque necessario per l'applicazione della preclusione in questione: in questo senso, se è sempre stato pacifico che tale carattere connotasse sicuramente le sentenze dibattimentali di condanna o di proscioglimento, i decreti penali di condanna, le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, quelle pronunciate in esito al giudizio abbreviato e quelle predibattimentali di proscioglimento *ex art. 469 c.p.p.*, appariva e appare tutt'oggi controversa l'operatività dell'art. 649 c.p.p. nei confronti delle sentenze di non luogo a procedere, dato che il nono comma dell'art. 669 c.p.p. ne impone la revoca in caso di successiva sentenza di condanna. Anche di recente è stato ribadito che l'esistenza di una sentenza irrevocabile costituisce condizione tassativa ed inderogabile per l'applicazione dell'art. 649 c.p.p. (Cass., Sez. III, 23 febbraio 2005 P.M. in proc. Massa, rv. 230872).

In realtà, la compattezza di questo rigido orientamento giurisprudenziale ha subito una prima incrinatura già nel 1995¹⁰, quando la Cassazione, pur tenendo presente il dato testuale dell'art. 649 c.p.p., si pronunciava in questo senso: «Se è vero che il testo dell'art. 649 c.p.p. collega il divieto di un secondo giudizio alla pronuncia di una sentenza o di un decreto penale divenuti irrevocabili, ciò non significa, tuttavia, che fino a quando non sia stata pronunciata una sentenza irrevocabile possano legittimamente svolgersi nei confronti della stessa persona e per lo stesso fatto più procedimenti penali, giacché l'art. 649, al pari delle norme sui conflitti positivi di competenza e dell'art. 669, esprime *un costante orientamento di sistema, dettato ad evitare duplicità di decisioni* e un *generale principio di ne bis in idem che tende innanzi tutto ad evitare che per lo stesso fatto reato si svolgano più procedimenti e si emettano più provvedimenti, l'uno indipendente dall'altro*».

¹⁰ In questo senso, v. Cass. Sez. V, 10 luglio 1995, Pandolfo, rv. 202653.

Questa pronuncia, dando l'avvio ad un notevole filone interpretativo diretto ad applicare l'art. 649 c.p.p. oltre il suo dato letterale¹¹, aveva così provocato un contrasto giurisprudenziale sull'applicabilità della norma alle sentenze non ancora passate in giudicato.

La questione è stata risolta nel 2005 dalla Cassazione a Sezioni Unite, che, con la sentenza 231800/2005¹², ha condiviso l'indirizzo favorevole all'ammissibilità della pronuncia di non doversi procedere per impromovibilità dell'azione penale nelle ipotesi di litispendenza, che non implicino un conflitto di competenza e non siano accompagnate dall'esistenza di una sentenza irrevocabile. Questa soluzione è stata adottata facendo leva sul fatto che la duplicazione del procedimento, anche in assenza di una sentenza irrevocabile, sarebbe incompatibile con le strutture fondanti l'ordinamento processuale, posto che: «L'art. 649 costituisce un singolo, specifico, punto di emersione del principio del *ne bis in idem*, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema. A tale divieto va attribuito, pertanto, il ruolo di *principio generale dell'ordinamento* dal quale, a norma del secondo comma dell'art. 12 delle Preleggi, *il giudice non può prescindere* quale necessario referente dell'interpretazione logico – sistematica».

Per quanto riguarda gli altri due presupposti della norma, se non sono state riscontrate difficoltà in merito al requisito soggettivo dell'*eadem persona*, la condizione di natura oggettiva ha determinato veri e propri rompicapi ermeneutici¹³. L'individuazione di una nozione di «medesimi fatti», che bilanci

¹¹ In questo senso, v. sentenze: Cass., Sez. VI, 11 febbraio 1999, Siragusa, rv. 212864; Sez. VI, 25 febbraio 2002, P.G. in proc. Sulsenti; Sez. I, 30 aprile 2003, Morteo, rv. 225004; Sez. VI, 18 novembre 2004, Fontana, rv. 230760; Sez. III, 5 aprile 2005, P.G. in proc. Chiarolini.

¹² Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 28 giugno 2005, n. 34655, (*Donati*), in C.E.D.; in questo senso anche: MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit. p. 425 ss., in cui si dice: «Le azioni parallele devono essere risolte dichiarando nel secondo processo, pur in mancanza di una sentenza irrevocabile, l'impromovibilità dell'azione penale in applicazione della preclusione fondata sul principio generale del *ne bis in idem*, sempreché i due processi abbiano ad oggetto il medesimo fatto attribuito alla stessa persona, siano stati instaurati ad iniziativa dello stesso ufficio del pubblico ministero e siano devoluti, anche se in fasi o gradi diversi, alla cognizione di giudici della stessa sede giudiziaria».

¹³ MANCUSO, *Id.*, p. 425 ss.

l'esigenza di garanzia insita nel *ne bis in idem* con la necessità di evitare una serie di impunità ingiustificate, è il punto focale del problema sull'ambito di operatività del principio. Le maggiori incertezze sono sorte per l'eccessiva genericità che il legislatore italiano ha manifestato nel delineare la norma: nell'art. 649 c.p.p. infatti si parla di «medesimo fatto», ma non viene in alcun modo specificato se esso debba essere configurato in senso naturalistico (inteso, cioè, come fatto storico) ovvero debba preferirsi un'interpretazione in senso giuridico.

Ovviamente, privilegiare l'una o l'altra definizione significherebbe rispettivamente allargare o restringere l'ambito di applicazione della preclusione processuale¹⁴, tenendo in considerazione che un eccessivo ampliamento della nozione di *idem factum* potrebbe, però, eludere la *ratio* garantista del divieto di *bis in idem* fino a diventare un'ingiustificata barriera volta ad ostacolare la disamina di fatti criminosi del tutto diversi rispetto a quelli costituenti oggetto di un precedente procedimento¹⁵. Su tale interrogativo dottrina e giurisprudenza, in un lungo e tormentato dibattito, sono giunte a risultati talvolta di segno opposto: mentre, infatti, la prima accoglie con più favore una nozione di «medesimo fatto» inteso come medesimo accadimento storico, dando dunque una connotazione che prescinde dalla fattispecie giuridica astratta; la giurisprudenza maggioritaria sembrerebbe essere maggiormente rigorosa, riconducendo la nozione di «fatto» entro un paradigma comprensivo della condotta, del nesso causale e dell'evento.

La Cassazione, a più riprese, infatti si è espressa in questi termini: «Costituisce un principio saldamente affermatosi nella giurisprudenza di legittimità quello per cui ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*, per medesimo fatto deve intendersi identità degli elementi costitutivi del reato e cioè condotta, evento e nesso di causalità, considerati non solo nella loro dimensione storico-naturalistica, ma anche in quella giuridica, potendo una medesima condotta violare contemporaneamente diverse disposizioni di legge»¹⁶.

¹⁴ MANCUSO, *Id.*, p. 425 ss.

¹⁵ P. RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, cit.

¹⁶ In questo senso, v. sentenze: Cass. pen. sez. V, 11 dicembre 2008, n. 16703 in CED; Cass. pen. sez. IV 20 febbraio 2006, n. 15578 in CED; Cass. pen. sez. I, 21 aprile 2006, n. 19787 in CED.

La giurisprudenza quindi sembra accogliere un'interpretazione "a metà" tra l'*idem factum* e l'*idem* legale, rendendo irrilevante la perfetta simmetria spazio-temporale tra i due capi di imputazione: se, infatti, si affermasse che qualunque divergenza tra le due imputazioni potrebbe rendere inoperante il divieto di nuovo giudizio, l'ambito dell'art. 649 c.p.p. risulterebbe di conseguenza compromesso¹⁷.

A ben vedere, però, i maggiori problemi sono stati riscontrati in tema di concorso formale di reati *ex art. 81 c.p.* per il quale la giurisprudenza maggioritaria ha sempre negato l'applicabilità del divieto, senza operare alcuna distinzione tra il concorso formale omogeneo e il concorso formale eterogeneo¹⁸. La Cassazione infatti, in numerose pronunce, aveva ribadito come l'applicazione del *ne bis in idem* presupponesse necessariamente la coincidenza del «fatto giuridico» e, cioè, della fattispecie astratta comprensiva di tutti gli elementi costitutivi del reato¹⁹; pertanto, qualora lo stesso fatto materiale, già oggetto di pronuncia divenuta irrevocabile, risultasse successivamente sussumibile anche in una diversa fattispecie astratta, l'instaurazione di un nuovo giudizio per quel diverso reato non avrebbe costituito violazione dell'art 649 c.p.p. Ne derivava così l'assoluta inoperatività del divieto di *bis in idem* in ogni caso di concorso formale di reati²⁰.

Questo orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, però, ha subito un'inversione di rotta con il recente intervento della Consulta che, allineandosi all'interpretazione della Corte di Strasburgo di «*same offence*» (art. 4 del Protocollo

¹⁷ P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 487.

¹⁸ Nel primo caso, cioè, siamo in presenza di più violazioni della stessa norma incriminatrice realizzate per effetto di un'unica azione od omissione; nel secondo caso, invece, un'unica condotta risulta inquadrabile entro due diverse fattispecie incriminatrici. In questo senso, RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, cit., p. 1419.

¹⁹ Nel senso che: «La preclusione del *ne bis in idem* non opera ove tra i fatti già irrevocabilmente giudicati e quelli ancora da giudicare sia configurabile un'ipotesi di concorso formale di reati, potendo in tal caso la stessa fattispecie essere riesaminata sotto il profilo di una diversa violazione di legge, salvo che nel primo giudizio sia stata dichiarata l'insussistenza del fatto o la mancata commissione di esso da parte dell'imputato». Nella stessa direzione, v. sentenze: Cass. pen. sez. V, 20 gennaio 2016, n. 11918 in CED; Cass. Pen. sez. IV, 02 aprile 2004, n. 25305 in CED; Cass. Pen. sez. III, 15 aprile 2009, n. 25141 in CED; Cass. Pen. sez. III, 18 settembre 2014, n. 50310.

²⁰ I. GITTARDI, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it.

n° 7 CEDU)²¹, ha aperto la strada ad una nuova linea interpretativa maggiormente ancorata ai principi espressi dalla giurisprudenza delle Corti europee.

Preso dunque atto dell'incompatibilità tra la nozione di medesimo fatto adottata dalla giurisprudenza italiana e quella adottata dalla Corte EDU, il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Torino, investito della causa Eternit *bis*, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 4 Protocollo 7 CEDU²².

Con la sentenza n. 200/2016 la Corte Costituzionale aderisce chiaramente all'interpretazione di medesimi fatti come *idem factum* e non come *idem legale*, ritenendo che con questa opzione «Costituzione e CEDU si saldano» e dichiara così l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. «nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale»²³.

Alla luce di questa importante sentenza della Consulta sembrerebbe da un lato aperta la strada all'applicabilità del divieto di *bis in idem* anche in caso di concorso formale di reati e sembrerebbe dall'altro rimessa in gioco l'interpretazione della nozione di medesimi fatti anche nella giurisprudenza italiana. La giurisprudenza di legittimità, infatti, ha subito avuto modo di confrontarsi con la pronuncia della Corte costituzionale, tanto che si è già evidenziata una posizione di dissenso rispetto alla tradizionale impostazione che negava il *bis in idem* qualora vi fosse concorso formale tra i reati²⁴.

²¹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, n. 14939/03; Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, n. 18640/10; per l'analisi delle quali v. *Infra*, Cap. II, par. 9.

²² Ordinanza n° 262 GUP di Torino, 24 luglio 2015 in www.penalecontemporaneo.it.

²³ Cfr. Corte cost. 31 maggio 2016 n. 200; N. GALANTINI, *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it; N. GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1205-1217; S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁴ Cfr. Cass. pen. n° 39746 del 15 marzo 2016, in questa sentenza la Corte di legittimità richiamando la sentenza della Corte cost. n. 200 del 2016, ha affermato che: «Il divieto in questione può operare anche ove tra i fatti già irrevocabilmente giudicati e quelli ancora da giudicare ricorra un'ipotesi di concorso formale di reati». in Rel. n. 26/17, Ufficio del massimario penale relazione di orientamento, *Ne bis in idem: percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, Roma, 21 marzo 2017, in www.penalecontemporaneo.it.

2. La rilevanza del giudicato straniero negli ordinamenti nazionali: l'avanguardia della disciplina olandese

Se è vero che l'esigenza di tutelare l'individuo da un secondo procedimento penale per i medesimi fatti sembri trovare piena soddisfazione da un punto di vista nazionale; è altrettanto vero che, sul piano internazionale, un simile risultato non è stato ancora raggiunto. Gli ordinamenti, infatti, sono sempre stati inclini a riconoscere una solida tutela alla propria sovranità, riservandosi, soprattutto attraverso l'exasperazione del principio di territorialità, il diritto di procedere nuovamente²⁵. Le cause di una simile chiusura da parte degli ordinamenti nazionali vengono fatte risalire non soltanto alla difformità tra le legislazioni penali sostanziali, quanto piuttosto alla ritrosia degli Stati a regolare tra loro la competenza a livello sovranazionale, per il timore di dover rinunciare ad una prerogativa sovrana, di cui l'esercizio dell'azione penale e l'applicazione del diritto penale nazionale rappresentano la massima espressione²⁶. Questa generale tendenza degli Stati viene interpretata in dottrina come una chiara manifestazione della sfiducia nei sistemi repressivi stranieri, ritenuti incapaci di assicurare un'equivalente attività sanzionatoria e riparatoria degli illeciti rispetto a quella fornita dalle autorità giurisdizionali nazionali²⁷.

Attraverso l'analisi delle legislazioni della maggior parte degli ordinamenti della comunità internazionale è possibile appurare quanto detto finora: fin da subito, infatti, ci si accorge facilmente di come i legislatori dei diversi Stati abbiano optato per una disciplina che, accogliendo il principio di territorialità come criterio-base di giurisdizione nei casi di reati commessi sul territorio dello Stato, relega l'operatività del principio del *ne bis in idem* entro i confini nazionali, con la conseguenza che la persona già giudicata all'estero potrebbe vedersi nuovamente

²⁵ S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, 2015, p. 93.

²⁶ N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, Milano, 1984; C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali dell'Unione Europea*, Milano, p. 27.

²⁷ C. AMALFITANO, *Id.*, p. 27.

sottoposta ad un procedimento penale in *idem* nel foro in cui il reato è stato commesso. L'interesse al rinnovamento del giudizio si attenua, invece, qualora, a fronte di un reato commesso all'estero, gli Stati radichino la propria giurisdizione su criteri diversi dalla territorialità, tra i quali quello della personalità attiva e passiva; quello della protezione e quello dell'universalità²⁸. In alcuni ordinamenti, infatti, viene conferito al Pubblico Ministero il potere di astenersi dall'esercizio dell'azione penale (è il caso dell'art.153 lett. *b* cod. proc. pen. tedesco e dell'art. 34 cod. proc. pen. austriaco); altri, invece, escludono la rinnovabilità del procedimento in caso di assoluzione dell'imputato o nel caso di esecuzione della pena in seguito a condanna o in caso di prescrizione, amnistia o grazia (come l'art. 13 comma 1 legge belga del 17 aprile 1878 e l'art. 113-9 cod. pen. francese); altri ancora escludono la procedibilità in presenza di una sentenza definitiva di proscioglimento (si tratta dell'ipotesi prevista dall'art. 10 comma 3 cod. pen. danese); e, infine, alcuni ordinamenti subordinano la procedibilità ad una richiesta di un'autorità politica: è il caso, ad esempio, del capitolo 1 par. 3 frase 1 cod. pen. svedese e del nostro art. 11 comma 2 cod. pen. che prescrivono come condizione di procedibilità in *idem* la richiesta, rispettivamente, del Sovrano e del Ministro della Giustizia²⁹.

Tra gli Stati membri dell'Unione europea, la legislazione che dimostra maggiore completezza in tema di *ne bis in idem* è quella dei Paesi Bassi³⁰: fin dal 1886, l'art. 68 cod. pen. olandese, infatti, prevede l'operatività del principio sia per le sentenze nazionali che per quelle straniere. Con riferimento all'operatività del divieto tra le varie corti olandesi, il primo paragrafo dell'art. 68 c.p. olandese, stabilisce che: «*Except for cases in which judgments are eligible for review, no person may be prosecuted twice for an offence for which a final judgment has been*

²⁸ C. AMALFITANO, *Id.*, p. 21.

²⁹ C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002.

³⁰ In realtà, anche la Spagna sembra aver dato spazio nella propria legislazione nazionale al principio del *ne bis in idem* anche nei rapporti tra Stati, in questo senso M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, in *European law review*, 2006, pag. 565 ss; M. WASMEIER, *The principle of ne bis in idem*, in *International Review of Penal Law*, vol. 77.

rendered against him by a court in the Netherlands, Aruba, Curaçao, St. Martin or the public bodies Bonaire, St. Eustatius and Saba».

A differenza di quanto avviene per la decisione straniera, la norma, ai fini dell'operatività del divieto, considera sufficiente l'instaurazione del processo in *idem*, anche se il primo non si è ancora concluso con sentenza definitiva.

Nel contesto dei rapporti internazionali, invece, trova applicazione la regola di cui al secondo paragrafo dell'art. 68 c.p. olandese: «*If the final judgment was rendered by another court, the same person may not be prosecuted for the same offence in the case of acquittal or dismissal of the charge(s); conviction, if a punishment is imposed, followed by complete enforcement, remission or commutation or immunity from punishment by reason of lapse of the period of limitation*».

In virtù di questa norma, l'operatività del *ne bis in idem* è subordinata alla presenza di due presupposti: il primo, dando irrilevanza alla litispendenza internazionale, richiede la conclusione del procedimento straniero con una sentenza definitiva; la seconda condizione di operatività del principio è, invece, rappresentata dall'esecuzione completa della pena in caso di condanna all'estero.

Se, dunque, la sentenza di condanna definitiva straniera viene interamente eseguita, questa funge da completa barriera per l'avvio di un nuovo procedimento penale in *idem*. In questo senso, si dice che i Paesi Bassi applicano il c.d. *Erledigungsprinzip*³¹.

³¹ Come detto (v. *Supra*, Cap. I, par. 1), con questa locuzione tedesca si intende fare riferimento al *ne bis in idem* processuale. A. KLIP, H. VAN DER WILT, *The Netherlands non bis in idem*, in *Revue internationale de droit pénal* 73(3), 2002, pag. 1111.

3. *Segue: la disciplina italiana*

La presenza all'interno del codice penale di una norma come l'art. 11 c.p., che consente il c.d. rinnovamento del giudizio in *idem* già definito all'estero, conferma la scelta nazionalistica perpetrata anche dal legislatore italiano.

Considerato come un'espressione della tendenziale accettazione da parte del nostro ordinamento del c.d. principio di universalità, l'art. 11 c.p., in particolare, prevede un regime differenziato di procedibilità a seconda del *locus commissi delicti*. Per i reati commessi nel territorio dello Stato, il primo comma dell'art. 11 c.p. prevede, conformemente al principio di territorialità sancito nell'art. 6 c.p.³², la possibilità incondizionata di un *bis in idem* processuale anche qualora il cittadino o lo straniero siano già stati giudicati all'estero³³. Minore, invece, è l'interesse dello Stato all'accertamento e alla eventuale repressione penale dei reati commessi all'estero da parte del cittadino o da parte dello straniero (artt. 7-10 c.p.). Ai sensi del secondo comma dell'art. 11 c.p., infatti, il procedimento in *idem* è subordinato ad una richiesta del Ministro, a titolo di condizione propulsiva, ispirata da criteri discrezionali e di opportunità politica³⁴.

L'unico temperamento alla rigidità dell'art. 11 c.p., espressiva del principio di sovranità, viene previsto negli artt. 137 e 138 c.p. che, agendo sul momento applicativo della pena, impongono al giudice lo scomputo della custodia cautelare e della pena già sofferta all'estero da quella inflitta a seguito di rinnovamento del giudizio³⁵.

³² Cfr. art. 6 c.p.: «Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana. Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione».

³³ MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit.

³⁴ M. PISANI, *Il "ne bis in idem" internazionale e il processo penale italiano*, in Nuovi temi e casi di procedura penale internazionale, Milano, 2007.

³⁵ G. SALCUNI, *Il rinnovamento del giudizio (art. 11 c.p.) e le sorti del ne bis in idem. Un caso ancora irrisolto?*, in *L'indice penale*, 2013; MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 516; inoltre, come già sottolineato nel paragrafo precedente, a differenza del *ne bis in idem* processuale, il *ne bis in idem* esecutivo può essere considerato principio di diritto internazionale generale, in quanto non solo si tratta di un principio riconosciuto dalle legislazioni delle Nazioni civili, ma soprattutto perché affermato anche in relazione a rapporti tra entità statuali diverse; in questo senso, C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., p. 938.

La rigidità di questa disciplina viene avallata anche da due pronunce della Corte Costituzionale, nelle quali è stata negata la natura di norma di diritto internazionale generale al principio del *ne bis in idem*.

Con la sentenza del 18 aprile 1967³⁶, la Corte ha dichiarato la conformità del primo comma dell'art. 11 c.p. in relazione all'art. 10 Cost., resolvendo così la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Assise di La Spezia, dinnanzi alla quale pendeva un procedimento penale nei confronti di due cittadini tedeschi, già condannati dal Tribunale di Amburgo per reati commessi in territorio italiano. Ad avviso della Corte Costituzionale, infatti, il principio del *ne bis in idem*, pur essendo riconosciuto negli ordinamenti di tutti gli Stati civili, rimane una proposizione del diritto interno e non del diritto internazionale.

Ad analoga conclusione, infatti, si sarebbe giunti anche qualora il giudizio fosse stato rinnovato in Germania, dove il principio del *ne bis in idem*, pur trovando copertura costituzionale, vale solo per i casi in cui ci si trovi dinnanzi a decisioni dei giudici della Repubblica federale³⁷.

La seconda conferma della Corte Costituzionale avviene dieci anni dopo, quando la Corte di Assise di Venezia, spinta dalla necessità di sottolineare erroneamente³⁸ l'esistenza di due norme convenzionali di carattere internazionale che pongono il divieto fra le garanzie fondamentali dell'uomo³⁹, sottopone ancora una volta alla Consulta il quesito circa il riconoscimento del principio del *ne bis in idem* tra le norme di diritto internazionale generale.

Sulla base della medesima argomentazione adottata nella precedente pronuncia, per cui nell'ordinamento internazionale non è rinvenibile questo principio

³⁶ Cfr. sentenza, Corte Cost. n° 48 del 18 aprile 1967 in *Giur. Cost.* (1967) con osservazione del prof. M. CHIAVARO, *La compatibilità del bis in idem previsto dall'art. 11 comma primo c.p. con il "diritto internazionale generalmente riconosciuto"*.

³⁷ G. LUTHER, *Profili internazionalistici in due recenti sentenze della Corte Costituzionale italiana. A proposito del principio del ne bis in idem nel diritto penale internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1968, p. 356.

³⁸ Come si vedrà nel paragrafo seguente, infatti, queste due norme impongono sì agli Stati di rispettare il *ne bis in idem*, ma lo impongono nei rapporti interni e non tra autorità giurisdizionali di Stati diversi.

³⁹ Si tratta, cioè, dell'art. 14 par. 7 del Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966 e dell'art. 53 della convenzione europea sulla validità delle sentenze penali per l'analisi delle quali, v. *Infra*, Cap. I, parr. 5 e 7.

consuetudinario che possa aggirare l'ostacolo mediante un recepimento automatico di rilievo costituzionale⁴⁰, la Corte Costituzionale conferma la legittimità costituzionale anche del secondo comma dell'art. 11 c.p. in relazione agli artt. 10 e 24 comma 2 Cost.⁴¹. A ben vedere, infatti, è proprio l'esistenza di queste convenzioni internazionali sull'efficacia preclusiva del giudicato straniero a suffragare la mancanza di una norma di diritto internazionale generale che vieti il *bis in idem* nei rapporti tra i diversi Stati⁴².

In entrambe le pronunce la Corte Costituzionale, per avvalorare le proprie argomentazioni, individua come punto dolente dell'efficacia preclusiva del giudicato straniero la difforme realtà di disciplina penale e processuale penale vigente nei diversi ordinamenti giuridici positivi, dalla quale potrebbe derivare una valutazione sociale e politica dei fatti non equivalente a quella operata in Italia. Questo atteggiamento, in realtà, cela semplicemente il timore che, accordando ad una sentenza penale straniera autorità di giudicato, i reati previsti dalla *lex fori* possano restare impuniti. Si tratta, tuttavia, di un timore infondato che può essere abbandonato facilmente se si considera che il presupposto di un duplice giudizio non può essere la difformità delle legislazioni penali, bensì la loro uniformità: l'essersi svolto il giudizio penale in un altro Stato, infatti, rivela l'esistenza, nell'ordinamento di quello Stato, di una norma penale che reprime quello stesso reato per cui si dovrebbe procedere anche in Italia. D'altro canto, non si vede come possa costituire di per sé motivo sufficiente per il rinnovamento in Italia del giudizio la differente entità della pena con cui l'illecito viene represso⁴³.

Il vero tasto dolente pertanto sembrerebbe consistere, ancora una volta, nella struttura giurisdizionale interna, rigidamente ancorata ai principi di territorialità e obbligatorietà generale della legge penale⁴⁴.

Solo sul finire degli anni '90, con la sentenza 5/1997, la Corte Costituzionale, pur ribadendo che il principio del *ne bis in idem* non è ancora regola di diritto

⁴⁰ MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 518.

⁴¹ Cfr. sentenza, Corte Cost. n° 69 dell'8 aprile 1976 in *Giur. Cost.*

⁴² A. ROTTOLA, *Ancora bis in idem nei rapporti con le autorità straniere?*, in *Riv. dir. int.*, 1975, p. 859.

⁴³ A. ROTTOLA, *Id.*, p. 859.

⁴⁴ N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, p. 130.

internazionale generale, ne ha ammesso l'applicazione se contemplato pattiziamente, giungendo ad affermare che tale regola: «è tuttavia principio tendenziale cui si ispira oggi l'ordinamento internazionale, e risponde del resto ad evidenti ragioni di garanzia del singolo di fronte alle concorrenti potestà punitive degli Stati».

Ad oggi, dunque, nonostante esista in dottrina chi ritiene che l'art. 11 c.p. sia stato tacitamente abrogato dall'art. 649 c.p.p.⁴⁵, le due norme coesistono e operano su piani diversi: l'ordinamento italiano, infatti, ha sempre distinto tra *ne bis in idem* internazionale, disciplinato dall'art. 11 c.p., e *ne bis in idem* interno, regolato dall'art. 649 c.p.p.⁴⁶. Una volta radicata la giurisdizione italiana a norma degli artt. 6 e 11 c.p., dunque, è inevitabile il rinnovamento del giudizio per i reati territoriali, che sono i primi a non potersi sottrarre al *bis in idem*⁴⁷.

Come affermato di recente anche dalla Corte di Cassazione⁴⁸, l'unica fonte di possibili cambiamenti sono comunque gli accordi internazionali che, dopo essere

⁴⁵ G. SALCUNI, *Il rinnovamento del giudizio (art. 11 c.p.) e le sorti del ne bis in idem. Un caso ancora irrisolto?*, cit., dove si dice che: «La corretta interpretazione dell'art. 649 c.p.p. ci sembra infatti debba ricomprendere anche i provvedimenti irrevocabili emanati dall'estero nei confronti del medesimo soggetto per il medesimo fatto. Sia che si rinvenga una fonte consuetudinaria internazionale, sia che "più modestamente" si voglia ancorare il *ne bis in idem* alla CEDU l'interpretazione formalistica dell'art. 11 c.p. si porrebbe in contrasto con l'art. 117 primo comma Cost. Per evitare il conflitto con la Costituzione si deve ritenere perciò superato il principio di territorialità della legge penale italiana ex art. 11 c.p. con espansione del *ne bis in idem* ex art. 649 c.p.p. giungendo così alla tacita abrogazione dell'art. 11 c.p. per incompatibilità logica sopravvenuta con l'art. 649 c.p.p.».

⁴⁶ G. SALCUNI, *Id.*

⁴⁷ A meno che, come si vedrà in seguito, non esista un accordo internazionale che vincoli l'Italia.

⁴⁸ Cfr. Cass. pen., sez. I, 12 giugno 2014, n. 29664 in *DeJure* in cui si dice esplicitamente che: «Attesa la permanente validità, in generale, del principio secondo il quale la regola del *ne bis in idem* non opera nell'ambito dei rapporti internazionali, *se non quando essa trovi fondamento in appositi accordi internazionali* (tra i quali, in particolare, l'accordo di Schengen, reso esecutivo in Italia con la L. 30 settembre 1993 n. 388, che, all'art. 54, dispone che non si possa procedere nei confronti di soggetto che, per lo stesso reato, sia stato già condannato o assolto in un altro degli Stati aderenti), deve ritenersi che nulla osti al rinnovamento del giudizio disposto ai sensi del combinato disposto degli artt. 6 e 11 c.p. nei confronti di soggetto già giudicato per lo stesso fatto in uno Stato (nella specie, la Repubblica del Montenegro), non facente parte di quelli aderenti al suddetto accordo». Cfr. L. 30 settembre 1993, n. 388, Ratifica ed esecuzione: a) del protocollo di adesione del Governo della Repubblica italiana all'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica del Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, con due dichiarazioni comuni; b) dell'accordo di adesione della Repubblica italiana alla convenzione del 19 giugno 1990 di applicazione del summenzionato accordo di Schengen, con allegate due dichiarazioni unilaterali dell'Italia e della Francia, nonché la convenzione, il relativo atto finale, con annessi l'atto finale, il processo verbale e la dichiarazione comune dei Ministri e Segretari di Stato firmati in occasione

entrati a far parte dell'ordinamento positivo dello Stato attraverso la ratifica, vedono privilegiato il loro contenuto normativo rispetto alla disciplina codicistica: la rinuncia all'esercizio di un potere sovrano, quale è la giurisdizione, infatti, può trovare legittimazione solo nell'espresso consenso dello Stato interessato in un patto che lo vincoli a determinate regole, eventualmente devianti rispetto alla legislazione interna⁴⁹.

Come si vedrà, infatti, nel paragrafo ad essa dedicata⁵⁰, a seguito dell'introduzione della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e a seguito dell'integrazione del suo *acquis* nel quadro giuridico e istituzionale dell'Unione europea, gli Stati firmatari si sono vincolati a riconoscere autorità negativa al *dictum* pronunciato *aliundi*, razionalizzando così quel primordiale sentimento di diffidenza nell'accertamento altrui.

L'ingresso nel sistema italiano degli artt. 54-58 CAAS, ad opera della Legge n. 388 del 1993⁵¹, infatti, ha, da un lato, reso inapplicabile l'istituto del rinnovamento del giudizio di cui all'art. 11 c.p. e, dall'altro lato, ha spinto la Corte di Cassazione a ribaltare l'orientamento precedente⁵² e a sancire la totale incompatibilità del

della firma della citata convenzione del 1990, e la dichiarazione comune relativa agli articoli 2 e 3 dell'accordo di adesione summenzionato; c) dell'accordo tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica francese relativo agli articoli 2 e 3 dell'accordo di cui alla lettera b); tutti atti firmati a Parigi il 27 novembre 1990. (GU n. 232 del 2 ottobre 1993 - Suppl. Ordinario n. 93), in: http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1993-10-02&atto.codiceRedazionale=093G0461&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D388%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D1993%26giornoProvvedimento%3D¤tPage=1.

⁴⁹ N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, cit. Come affermato di recente dalla Cassazione, infatti, la tutela del soggetto dalla reiterazione del processo in *idem* viene meno qualora uno Stato non appartenga a certe convenzioni. In questo senso, v. sentenze: Cass. pen., sez. IV, n. 3315, del 23 gennaio 2017 e Cass. pen., sez. II, n. 40553 del 1 ottobre 2013, entrambe reperibili su *DeJure*.

⁵⁰ V. *Infra*, Cap I, par. 9.

⁵¹ Cfr. L. 30 settembre 1993, n. 388, cit.

⁵² Cfr. Cass. sez. V, 24 marzo 1980, in *Giust. pen.* 1981, p. 288.

meccanismo delineato dall'art. 731 c.p.p.⁵³ con l'elevato livello di fiducia nei sistemi di giustizia degli Stati membri richiesto dall'art. 54 CAAS⁵⁴.

La possibilità per il diritto dell'Unione europea di vedere privilegiato il proprio contenuto normativo rispetto alla disciplina codicistica è oggi sancita espressamente dallo stesso codice di rito che, all'art. 696 c.p.p., come modificato di recente dal D.lgs., 3 ottobre 2017, n. 149⁵⁵, sancisce: «*Nei rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea le estradizioni, le domande di assistenza giudiziaria internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, sono disciplinati dalle norme del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché dagli atti normativi adottati in attuazione dei medesimi. Se tali norme mancano o non dispongono diversamente, si applicano le norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e le norme di diritto internazionale generale*»⁵⁶.

Infatti, come suggerito dalla stessa rubrica, «Prevalenza del diritto dell'Unione europea, delle convenzioni e del diritto internazionale generale», la norma, introdotta in tempi recentissimi, attribuisce al diritto europeo una posizione di

⁵³ Ci si riferisce, ovviamente, all'art. 731 c.p.p. come previsto dal codice di rito prima della riforma di cui si parlerà a breve: «1) Il Ministro di grazia e giustizia, se ritiene che a norma di un accordo internazionale deve avere esecuzione nello Stato una sentenza penale pronunciata all'estero o comunque che a essa devono venire attribuiti altri effetti nello Stato, ne richiede il riconoscimento. A tale scopo trasmette al procuratore generale presso la corte di appello nel distretto della quale ha sede l'ufficio del casellario competente ai fini della iscrizione, una copia della sentenza, unitamente alla traduzione in lingua italiana, con gli atti che vi sono allegati, e con la documentazione e le informazioni disponibili. Trasmette inoltre l'eventuale domanda di esecuzione nello Stato da parte dello Stato estero ovvero l'atto con cui questo Stato acconsente all'esecuzione. 2) Il procuratore generale promuove il riconoscimento con richiesta alla corte di appello. Ove ne ricorrano i presupposti, richiede che il riconoscimento sia deliberato anche agli effetti previsti dall'articolo 12 comma 1 numeri 1, 2 e 3 del codice penale».

⁵⁴ Cfr. Cass. sez. VI, 18 giugno 2008, n. 2413777 in C.E.D.; E. CALVANESE, *Sub art. 11: rinnovamento del giudizio*, in *Codice penale: rassegna di giurisprudenza e dottrina*, p. 302 ss.

⁵⁵ Cfr. D.lgs., 3 ottobre 2017, n. 149, recante *Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, G.U., 16 ottobre 2017, n. 242, reperibile al sito: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/10/16/17G00163/sg>.

⁵⁶ Corsivi aggiunti.

preminenza sulla normativa interna, nel quadro dei rapporti giurisdizionali con le autorità giudiziarie degli Stati membri dell'Unione europea⁵⁷.

Analogamente, poi, all'art. 696 c.p.p. previgente, il terzo comma del nuovo art. 696 c.p.p. enuclea il principio di sussidiarietà, in virtù del quale laddove «(...) le norme indicate ai commi 1 e 2 mancano o non dispongono diversamente, si applicano le norme del presente libro». È evidente che le norme del libro XI del codice di procedura penale, pur trovando applicazione in via residuale, svolgevano e svolgono tutt'ora un'importante funzione integrativa rispetto alla disciplina sovranazionale, finendo così per costituire un substrato normativo necessario idoneo a completare la disciplina dei rapporti tra autorità straniere non soltanto quando la fonte internazionale manchi del tutto, ma anche quando essa non sia esaustiva.

4. Il principio del *ne bis in idem* nelle convenzioni internazionali

Se nella dimensione interna il *ne bis in idem* assume rilievo come divieto di promuovere nuovamente l'azione penale contro la stessa persona per i medesimi fatti, nella sua dimensione internazionale il *ne bis in idem*, invece, deve essere inteso come «principio che esclude la rinnovabilità del procedimento penale avente ad oggetto un fatto già giudicato in via definitiva con sentenza straniera di condanna o di proscioglimento, emanata da un'autorità giudiziaria appartenente ad un ordinamento diverso da quello potenzialmente competente a procedere in *idem*»⁵⁸.

⁵⁷ Prima della recente riforma sopra menzionata, l'art. 696 c.p.p. sanciva che: «Le estradizioni, 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, relativi alla amministrazione della giustizia in materia penale, sono disciplinati dalle norme della convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959 e dalle altre norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e dalle norme di diritto internazionale generale». Tra le fonti in materia di rapporti giurisdizionali con le autorità straniere, sebbene venissero comunque in rilievo, non erano espressamente citati gli atti normativi dell'Unione europea, adottati sia prima che dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona.

⁵⁸ Cfr. N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, cit., p. 6.

Il riconoscimento del principio a livello internazionale, tuttavia, è sempre stato ostacolato dalla tendenza degli Stati (ormai consapevoli che il fenomeno della globalizzazione portava con sé elevati rischi di concorrenza tra giurisdizioni) ad ampliare la propria competenza nazionale, non solo attraverso i principi della personalità, della protezione e dell'universalità, ma anche attraverso una più ampia definizione di *locus commissi delicti*⁵⁹. Gli Stati, infatti, coscienti che un'eventuale riconoscimento del principio a livello internazionale avrebbe limitato l'applicazione del diritto penale nazionale (qualora un procedimento fosse già avvenuto all'estero), riducendo così quell'area di sovranità che essi tendono a disciplinare autonomamente e a proteggere contro ogni violazione⁶⁰, hanno da sempre adottato discipline nazionali volte alla tendenziale irrilevanza del giudicato straniero negli ordinamenti interni.

Questo atteggiamento, però, ha trovato un temperamento grazie al riconoscimento del principio del *ne bis in idem*, se non come principio di diritto internazionale generale, come garanzia fondamentale dell'individuo nelle principali Carte internazionali sui diritti dell'uomo e in numerosi strumenti convenzionali multilaterali, dedicati alla repressione di specifici comportamenti illeciti.

L'idea che le convenzioni internazionali fossero il mezzo più idoneo a prevenire situazioni di *bis in idem* era già emerso in passato, quando nel 1887 l'Istituto di diritto internazionale, in vista della sessione di Zurigo, aveva diffuso una circolare (4° *proposition*) con cui invitava gli Stati a concludere accordi internazionali al fine di evitare doppie azioni per il medesimo fatto, nel caso in cui confliggevano competenze di tribunali in Stati diversi. Una simile esortazione venne rinnovata qualche anno più tardi nell'*arrêt* dell'*affaire du Lotus* (Francia c. Turchia) del 1927, in cui la Corte permanente di giustizia internazionale, sottolineando come il diritto internazionale lasciasse ampia libertà agli Stati circa

⁵⁹ J. L. DE LA CUESTA, *Les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe « ne bis in idem: rapport général »*, in *Revue Internationale de droit penal*, 2002, p. 704.

⁶⁰ CONWAY, *Ne bis in idem in international law*, in *International Criminal Law review*, cit.; S. CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale: riflessioni su un principio in itinere*, in Aa. Vv. "Problemi attuali della giustizia penale internazionale", a cura di Cassese-Chiavaro-De Francesco, Torino, 2002, p. 253.

la regolamentazione dell'estensione delle loro leggi e della loro giurisdizione, li invitava a concludere tra loro accordi finalizzati a colmare le lacune di competenza e a eliminare il concorso di competenze tra Stati⁶¹.

Nel corso degli anni, dunque, il quadro delle fonti internazionali, che si sovrappongono alle fonti interne, è divenuto talmente complesso da non permettere la loro completa disamina. Tenendo quindi presente l'esistenza di altri accordi internazionali⁶², basterà qui ricordare le principali convenzioni che si sono susseguite in materia:

- la convenzione unica sugli stupefacenti⁶³, il cui art. 36 c. 2 lett. iv) stabilisce che: «*Serious offences heretofore referred to committed either by nationals or by foreigners shall be prosecuted by the Party in whose territory the offence was committed, or by the Party in whose territory the offender is found if extradition is not acceptable in conformity with the law of the Party to which application is made, and if such offender has not already been prosecuted and judgement given*».

- e la convenzione tra gli Stati partecipanti al Trattato Nordatlantico sullo statuto delle loro forze armate⁶⁴, il cui art. 8 prevede espressamente che «l'appartenente alle forze armate, dislocato in un Paese NATO, che sia stato giudicato, conformemente alle disposizioni della convenzione, da una delle parti contraenti [Stato di origine e Stato di soggiorno], e in esito al giudizio sia stato assolto, ovvero graziato ovvero, in caso di condanna, abbia espiato la pena, non possa più essere giudicato per lo stesso fatto dall'altro Stato».

⁶¹ Cfr. Corte permanente di giustizia internazionale, *Arrêt dell'affaire du Lotus* (Francia c. Turchia), 1927, in: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf.

⁶² Tra i più importanti: art. 20 dello statuto della Corte penale internazionale che incorpora il principio nei confronti dei reati di competenza della Corte penale internazionali; artt. 10 e 9 degli statuti del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia e del Tribunale penale internazionale per il Ruanda. Inoltre, il principio era stato precedentemente inserito nell'art. 13 della convenzione di Harvard sulla competenza giurisdizionale per il reato del 1935, che prevede l'applicazione del principio in materia di stranieri.

⁶³ Cfr. convenzione unica sugli stupefacenti, firmata a New York il 10 marzo 1961 e ratificata dall'Italia il 14 aprile 1975, in https://www.unodc.org/pdf/convention_1961_en.pdf.

⁶⁴ Cfr. convenzione tra gli Stati partecipanti al Trattato Nordatlantico sullo statuto delle loro forze armate, firmata a Londra il 19 giugno 1951 e ratificata dall'Italia con l. 30 novembre 1955 n. 1335, in http://old.asgi.it/public/parser_download/save/legge.n.1355.del.1955.pdf; v. N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, cit., p. 233 ss.

Oltre a questi accordi internazionali, il cui ambito di operatività è molto limitato in considerazione della particolarità delle materie trattate, il *ne bis in idem* ha trovato ampio spazio di applicazione nelle convenzioni sull'estradizione, in cui esso viene generalmente previsto come motivo ostativo all'estradizione del soggetto già giudicato nello Stato richiesto⁶⁵.

Secondo alcuni autori, sono proprio gli accordi internazionali sull'estradizione a dimostrare come, attraverso l'applicazione dei principi dell'*aut dedere aut judicare*⁶⁶ e della doppia incriminazione, la cooperazione internazionale in materia penale possa essere raggiunta anche senza la completa armonizzazione o ravvicinamento delle legislazioni sostanziali⁶⁷.

Tanto è vero che una delle formulazioni del principio ritenute tecnicamente più avanzate si rinviene nella convenzione europea di estradizione del 1957⁶⁸, stipulata all'interno del Consiglio d'Europa, il cui art. 9 stabilisce che: «L'estradizione non sarà concessa quando l'individuo che ne è oggetto è stato giudicato in via definitiva dalle autorità competenti dello Stato richiesto per lo stesso fatto che motiva la domanda di estradizione».

Restringendo l'ambito di indagine alle convenzioni stipulate proprio in seno al Consiglio d'Europa, è possibile notare una sottile inversione di tendenza nella

⁶⁵ Basti pensare anche alle prime convenzioni internazionali, tra cui la convenzione tra Francia e Olanda del 7 novembre 1844, il cui art. 2 stabilisce che: « *L'extradition n'aura pas lieu lorsque la demande en sera motivée sur le même crime ou délit pour lequel l'individu réclamé aura été déjà poursuivi dans le Pays où il s'est réfugié* »; la convenzione fra Italia e Olanda del 20 novembre 1869, il cui art. 4 prevede che « *L'extradition n'aura pas lieu...2) Lorsque la demande en sera motivée par la même crime ou délit, pour lequel l'individu subit, ou à déjà subi sa peine, ou dont il a été acquitte ou absous* »; o ancora, la convenzione fra Inghilterra e Germania del 14 maggio 1872, il cui art. 4 stabiliva che: « *L'extradition n'aura pas lieu si l'individu réclamé par le Gouvernement du Royaume-Uni, ou par l'un des Gouvernements de l'Empire Allemand, a été déjà juge, acquitte ou condamné, ou est encore en jugement dans un des crime en raison duquel son extradition est demandée* »; per le convenzioni in commento, v. N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem" internazionale nel processo penale*, cit., p. 167, note 33, 34 e 35.

⁶⁶ Principio di diritto internazionale in virtù del quale lo Stato sul cui territorio si trova un autore di crimini internazionali ha l'obbligo di sottoporlo a giudizio o di estradarlo.

⁶⁷ CONWAY, *Ne bis in idem in international law*, in *International Criminal Law review*, cit.

⁶⁸ Cfr. convenzione europea di estradizione, firmata a Parigi il 13 dicembre 1957 e ratificata dall'Italia con legge 30 gennaio 1963 n. 300, in <http://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680064587>; questa convenzione non è più operativa nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione Europea, nell'ambito dei quali è stata sostituita dalla decisione-quadro sul mandato di arresto europeo. A questa convenzione, inoltre sono stati aggiunti poi due protocolli, uno dei quali stipulato nel 1975 per specificare meglio proprio la disciplina del *ne bis in idem*.

tradizionale posizione di isolamento degli Stati. Gli accordi che vengono conclusi in questo contesto, infatti, partendo dall'idea che il riconoscimento del *ne bis in idem* a livello sovranazionale presupponesse una certa fiducia nella giustizia resa da un ordinamento straniero, avevano posto il riconoscimento di un valore europeo al giudicato penale tra gli obiettivi principali.

In seguito alla convenzione sull'estradizione, pertanto, venne stipulata la convenzione europea sulla validità internazionale delle sentenze penali⁶⁹ con cui, per la prima volta, viene delineata con una certa ampiezza, una disciplina sul *ne bis in idem*. Nella sezione I) del titolo III, intitolato *Effets internationaux des jugements répressifs européens*, l'art. 53, in particolare, attribuisce alla sentenza di assoluzione o di condanna resa in uno degli Stati contraenti efficacia preclusiva rispetto all'instaurazione di un nuovo procedimento per lo stesso fatto⁷⁰.

Seguì, poi, la convenzione europea sul trasferimento delle procedure penali⁷¹, il cui art. 35 stabiliva analogamente che: «*A person in respect of whom a final and enforceable criminal judgment has been rendered may for the same act neither be prosecuted nor sentenced nor subjected to enforcement of a sanction in another Contracting State: a) if he was acquitted; b) if the sanction imposed: has been completely enforced or is being enforced, or has been wholly, or with respect to the part not enforced, the subject of a pardon or an amnesty, or can no longer be enforced because of lapse of time; c) if the court convicted the offender without imposing a sanction*».

Nonostante queste due convenzioni di carattere generale disciplinino la garanzia del *ne bis in idem* europeo⁷², appare chiaro che a livello internazionale si è molto lontani dal prevedere il divieto quale principio di diritto internazionale

⁶⁹ Cfr. convenzione europea sulla validità internazionale delle sentenze penali, aperta alla firma a l'Aja il 28 maggio 1970 e non ancora esecutiva in Italia, nonostante la legge di autorizzazione alla ratifica n. 305 del 1977, in <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680072d46>.

⁷⁰ M. PISANI, *Il "ne bis in idem" internazionale e il processo penale italiano*, in "Nuovi temi e casi di procedura penale internazionale", cit., p. 335.

⁷¹ Cfr. convenzione europea sul trasferimento delle procedure penali, aperta alla firma a Strasburgo il 15 maggio 1972, ma neanche firmata dall'Italia, in <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680072d42>.

⁷² V. ESPOSITO, *Gli effetti internazionali della garanzia del ne bis in idem nell'ambito comunitario*, in Doc. Giust., 1992, p. 476.

generalmente riconosciuto, considerati i limiti che ne condizionano l'applicabilità. A questo risultato non si perviene nemmeno qualora si facesse riferimento all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU e all'art. 14 paragrafo 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁷³. Come si vedrà nel corso della trattazione, infatti, dopo l'intervento del Comitato di Ginevra sui diritti dell'uomo, grazie al quale è stata chiarita la portata dell'art. 14 par. 7, non vi è più alcun dubbio che entrambe le norme consacrino il principio soltanto a livello nazionale⁷⁴.

Prima di analizzare singolarmente le due disposizioni, va sottolineato che esse «segnano il punto di incontro tra due tradizioni giuridiche profondamente distinte: da un lato, la tradizione continentale europea, nella quale il divieto di *bis in idem* è concepito innanzitutto quale effetto del giudicato e si ricollega, quindi, all'oggettiva esigenza di certezza delle situazioni giuridiche; dall'altro lato, la tradizione anglosassone, la quale, nella prospettiva della garanzia del *fair trial* a favore dell'imputato, conosce la *protection against double jeopardy* in stretta correlazione con la tematica dei limiti alla facoltà di impugnazione da parte dell'accusa»⁷⁵.

⁷³ Per l'analisi delle due norme, v.: *infra*, Cap. I, par. 5 e 6.

⁷⁴ S. CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale: riflessioni su un principio in itinere*, cit., p. 253 ss.

⁷⁵ Cfr. F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Riv. internaz. dei diritti dell'uomo*, 1992.

5. *Segue*: la tutela fornita dal Patto internazionale sui diritti civili e politici

Sul piano internazionale il principio del *ne bis in idem* si trova solennemente affermato all'art. 14 paragrafo 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁷⁶. Esso prevede che: « *Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays* »⁷⁷. E, a differenza dell'art. 4 del Protocollo n. 7 allegato alla CEDU, non contempla eccezioni di alcun genere, imponendo un divieto di procedere in *idem tout court*.

L'operatività della norma viene subordinata, in primo luogo, alla presenza di una sentenza definitiva, anche se non si richiede che sia stata eseguita⁷⁸; e, in secondo luogo, alla medesimezza non del «fatto», bensì del «reato»; sicché, analogamente a quanto si vedrà per l'art. 4 del Protocollo n. 7 allegato alla CEDU, sembrerebbe che anche questa clausola internazionale non ponga un divieto di *bis in idem* qualora lo stesso fatto venga esaminato con una diversa qualificazione giuridica⁷⁹.

Problemi ermeneutici ben più rilevanti, però, emergono quando ci si appresti a comprendere il campo di applicazione del principio sancito dall'art. 14 paragrafo 7. Non specificando, infatti, se la norma si riferisca al *ne bis in idem* interno o al *ne bis in idem* internazionale, non era ben chiaro se il principio ivi consacrato operasse solo nei rapporti interni allo Stato nel quale era stata emessa la sentenza irrevocabile, ovvero potesse estendersi anche ai rapporti tra diversi Stati. Da un lato, si era sostenuto che l'art. 14 paragrafo 7 ponesse il divieto del *bis in idem* «anche

⁷⁶ Cfr. Patto internazionale sui diritti civili e politici, aperto alla firma a New York il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia con legge n. 881 del 1977, in <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19660262/201110270000/0.103.2.pdf>.

⁷⁷ Art. 14 par. 7: «Nessuno può essere sottoposto a nuovo giudizio o a nuova pena, per un reato per il quale sia stato già assolto o condannato con sentenza definitiva in conformità al diritto e alla procedura penale di ciascun Paese». Trad. ing.: Art. 14 par. 7: «*No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country*».

⁷⁸ B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 13.

⁷⁹ M. CHIAVARO, *Le garanzie fondamentali del processo nel Patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, p. 496.

in relazione alla possibilità di un secondo giudizio in uno Stato diverso da quello del giudizio originario»; dall'altro lato, invece, si riteneva che «una convenzione relativa ai diritti dell'uomo fornisse uno spazio troppo angusto per una adeguata soluzione dei problemi relativi al *ne bis in idem* internazionale e che, di conseguenza, questa dovesse riguardare solo il diritto interno»⁸⁰.

Tali interrogativi hanno trovato pace solo con l'intervento del Comitato di Ginevra sui diritti dell'uomo che si pronunciò in questi termini: «*Le comité constate que cette disposition n'interdit les doubles condamnations pour même fait que dans le cas des personnes jugés dans un État donné*»⁸¹, eliminando così ogni dubbio sull'applicazione di tale disposizione ai rapporti tra le decisioni giudiziarie di un medesimo Stato e non tra quelle di Stati diversi⁸².

⁸⁰ M.R. MARCHETTI, *Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: commento all'art. 4*, in *Legislazione penale*, 1991, p. 248 ss.

⁸¹ Cfr. Comunicazione n. 204/1986, in *L'Indice penale*, 1988, p. 124 ss; per il caso Pagano v.: *Il ne bis in idem internazionale e l'ordre public français (il caso Pagano)*, in *L'indice penale*, 1986, p. 163 ss; il comitato, cioè, accoglie la tesi dell'Italia secondo cui questa disposizione del Patto doveva essere intesa «come riferentesi esclusivamente ai rapporti tra decisioni giudiziarie di uno stesso Stato, e non già tra le decisioni di Stati diversi»; in questo senso: V. ESPOSITO, *Gli effetti internazionali della garanzia del ne bis in idem nell'ambito comunitario*, cit., p. 475.

⁸² Per la portata interna dell'art. 14 paragrafo 7 del Patto int. v. anche: Cass. 20 gennaio 1986, in *Cass. pen.*, 1988, p. 62, n. 22; e *Ancora sul ne bis in idem internazionale (il caso Michelucci)*, in *L'Indice penale*, 1988, p. 650; in tutti i casi, infatti, si dice che «Il principio stabilito nell'art. 14 paragrafo 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (...) si riferisce soltanto ai rapporti tra individui e Stato di appartenenza o Stato territoriale e non è estensibile ai rapporti fra i vari Stati e all'efficacia delle sentenze di uno Stato nell'ordinamento degli altri».

6. *Segue*: e quella fornita dall'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU

L'art. 4 par. 1 del Protocollo n. 7 CEDU⁸³, pur limitandosi a codificare esplicitamente il divieto di *bis in idem* all'interno della giurisdizione di ciascuno Stato contraente, è comunque una norma significativa poiché eleva il principio, già consacrato nell'art. 14 paragrafo 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, al rango di diritto fondamentale, tutelabile in sede internazionale⁸⁴. Rubricata «*Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois*», la disposizione in commento statuisce che: «1) *Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat.* 2) *Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'Etat concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu.* 3) *Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention*»⁸⁵.

Questa norma, infatti, riconosce in capo alla persona già giudicata la possibilità di denunciare l'eventuale violazione del divieto da parte dello Stato anche attraverso il ricorso alla Commissione europea dei diritti dell'uomo. Il Protocollo

⁸³ Cfr. Protocollo n. 7 CEDU, ratificato dall'Italia con legge n. 98 del 1990, in <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007a08b>.

⁸⁴ F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, cit.

⁸⁵ Trad. it.: Art. 4. Diritto di non essere giudicato o punito due volte: «1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della convenzione». Trad. ingl.: Art. 4, Right not to be tried or punished twice: «1. *No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.* 2. *The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.* 3. *No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention*».

n. 9 CEDU⁸⁶, inoltre, riconoscendo al soggetto interessato il diritto di adire direttamente la Corte europea per i ricorsi dichiarati ricevibili dalla Commissione, ha elevato questa tutela al grado di garanzia giurisdizionale piena⁸⁷.

Rispetto all'art. 14 paragrafo 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'art. 4 del Protocollo n. 7, aggiungendo un'esplicita limitazione del principio al solo piano del diritto interno, ne precisa meglio l'ambito di applicabilità. Come spiegato, infatti, dal *Rapport explicatif relatif au Protocole n. 7*⁸⁸, le parole «sotto la giurisdizione dello stesso Stato» limitano l'applicazione del principio a livello nazionale, posto che altre convenzioni redatte in seno al Consiglio d'Europa, quali la convenzione europea di estradizione (1957), la convenzione europea sulla validità internazionale delle sentenze penali (1970) e la convenzione europea sul trasferimento delle procedure (1972) regolano l'applicazione del principio a livello internazionale⁸⁹. Inserire nella convenzione europea una norma che sancisse il *ne bis in idem* internazionale avrebbe, pertanto, rappresentato una sorta di duplicazione di questi strumenti pattizi elaborati in seno allo stesso Consiglio d'Europa.

Mentre, dunque, la formulazione dell'art. 14 paragrafo 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici lascia ampio spazio interpretativo; la *littera legis* dell'art. 4 del Protocollo n. 7, invece, non lascia alcun dubbio circa l'applicazione del principio entro i confini nazionali⁹⁰.

Analizzando più nel dettaglio la norma, appare chiara l'influenza della tradizione giuridica continentale dato che l'operatività del *ne bis in idem* è

⁸⁶ Cfr. Protocollo n. 9 CEDU, aperto alla firma a Roma il 6 novembre 1990, firmato dall'Italia ma non ancora reso esecutivo, in <http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/rms/090000168007bd22>.

⁸⁷ V. ESPOSITO, *Gli effetti internazionali della garanzia del ne bis in idem nell'ambito comunitario*, cit., p. 474.

⁸⁸ Cfr. CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif relatif au Protocole n. 7 a la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Strasburgo, 1985 in <https://rm.coe.int/16800c972b>.

⁸⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, *Id.*, punto 27; F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, cit.

⁹⁰ M.R. MARCHETTI, *Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: commento all'art. 4*, cit.

esplicitamente subordinata alla presenza di una sentenza definitiva di condanna o di assoluzione⁹¹.

La lacuna dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU sulla definizione di sentenza definitiva viene colmata dal *Rapport explicatif* il quale, a sua volta, rimanda alla delucidazione contenuta nel Rapporto esplicativo alla convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi⁹²: si tratta, cioè, della sentenza irrevocabile, non più soggetta alle vie di ricorso ordinarie. In secondo luogo, con termini analoghi a quanto stabilito dall'art. 14 paragrafo 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, è richiesta non già l'identità del «fatto», bensì l'identità del «reato» per il quale la persona sia già stata prosciolta o condannata. Questa formulazione della norma non sembra quindi escludere una duplicazione del giudizio, quando lo stesso fatto venga esaminato con una diversa qualificazione giuridica⁹³.

Se, però, questa interpretazione restrittiva è stata confermata dai lavori preparatori del Patto sui diritti civili e politici⁹⁴, l'intenzione sottesa all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU è molto più garantista, volendo tutelare la persona già giudicata con sentenza definitiva da un secondo giudizio per lo stesso «fatto». Come illustrato nel *Rapport explicatif*, infatti, il principio consacrato nell'art. 4 del Protocollo n. 7, applicabile ai rapporti nazionali, è il medesimo principio di cui alla convenzione europea sul valore internazionale dei giudizi repressivi e alla convenzione europea sul trasferimento delle procedure repressive, nelle quali l'art.

⁹¹ F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Riv. internaz. dei dritti dell'uomo*, cit.

⁹² Cfr. CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif relatif au Protocole n. 7 a la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, cit., punto 22 dove si dice che: «*Selon la définition contenue dans le rapport explicatif de la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, une décision est définitive «si elle est, selon l'expression consacrée, passée en force de chose jugée. Tel est le cas lorsqu'elle est irrévocable, c'est-à-dire lorsqu'elle n'est pas susceptible de voies de recours ordinaires ou que les parties ont épuisé ces voies ou laissé passer les délais sans les exercer».*

⁹³ M.R. MARCHETTI, *Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: commento all'art. 4*, cit., p. 248 ss.

⁹⁴ I lavori preparatori, infatti, mettevano in evidenza come, a fronte di proposte intese a sostituire al termine «*offence*» il termine «*actions*», sia stato ritenuto necessario tenere conto delle legislazioni che consentono una nuova sottoposizione a giudizio per gli stessi fatti, quando ne muti la qualificazione giuridica, in questo senso: F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, cit.

1 chiarisce subito che «*infraction comprend le faits constituant des infraction pénales*».

D'altro canto, come si vedrà nel capitolo dedicato alla giurisprudenza delle Corti europee, le incertezze sulla definizione di *idem* derivano anche dalla poca chiarezza manifestata in merito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁹⁵, la quale, solo di recente è intervenuta per chiarire definitivamente la portata della garanzia racchiusa nella nozione «*same offence*». La Corte di Strasburgo, in particolare, ha statuito che l'art. 4 del Protocollo n. 7 fa riferimento ad un reato che abbia ad oggetto i medesimi fatti, ovvero fatti che siano sostanzialmente gli stessi rispetto a quelli per i quali il soggetto è stato già giudicato⁹⁶.

Il principio enunciato al primo comma dell'art. 4, tuttavia, incontra alcune eccezioni sancite nel secondo comma: a differenza di quanto previsto dall'art. 14, paragrafo 7 del Patto internazionale, che stabilisce un divieto *tout court*, l'art. 4, secondo comma, infatti, consente, qualora emergano «fatti nuovi» o «elementi nuovi», ovvero «un vizio fondamentale nella procedura antecedente» la cui tempestiva conoscenza avrebbe potuto influenzare l'esito del processo, la «riapertura del processo» concluso con sentenza definitiva, secondo la legge di ciascuno Stato⁹⁷. Come chiarito dal *Rapport explicatif*, si può procedere alla «riapertura» del processo sia quando i nuovi elementi condizionino la decisione a favore della persona interessata, sia quando essi influenzino la conclusione del procedimento a danno della stessa⁹⁸. Nonostante queste eccezioni riducano in qualche misura la portata della garanzia sancita nel primo comma dell'art. 4, estremamente significativo è il terzo comma che, collocando il diritto tra quelli che

⁹⁵ Per le altalenanti posizioni assunte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di *idem*, v. *Infra*, Cap. II, par. 9.

⁹⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Chambré*, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, n. 14939/03, paragrafo 82 dove la Corte dice: «*Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second «offence» in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same*». Per l'analisi della sentenza, v.: *infra*, Cap. II, par. 9.

⁹⁷ M.R. MARCHETTI, *Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: commento all'art. 4*, in *Legislazione penale*, 1991, p. 248 ss.

⁹⁸ Cfr. CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif relatif au Protocole n. 7 a la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, cit., punto 30.

la normativa interna non può derogare nemmeno in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, sanziona espressamente «l'altissimo valore politico della sua traduzione concreta»⁹⁹.

Dopo aver esaminato i principali accordi internazionali che, in misura diversa, hanno disciplinato nel corso del tempo l'effetto del *ne bis in idem*, possiamo concludere che lo strumento pattizio, per quanto incisivo, non è risultato pienamente efficace alla luce delle difficoltà che sono state riscontrate tanto nel momento interpretativo, attesa la particolarità delle materie trattate, quanto nel momento applicativo, considerata la mancata ratifica delle principali convenzioni da parte di molti Stati¹⁰⁰.

Addirittura alcune voci in dottrina dubitavano dell'involontarietà delle contraddizioni che emergevano fra norme inserite in uno stesso testo e sospettavano «una sorta di disattenzione guidata il cui fine parrebbe quello di creare solo sulla carta quelle innovazioni che soccombono poi nello scontro con un'applicazione reale»¹⁰¹.

⁹⁹ In questo senso: F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, cit.; M.R. MARCHETTI, *Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: commento all'art. 4*, cit., p. 248 ss.

¹⁰⁰ N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 18 ss.; C. VAN DEN WYNGAERT, G. STESSENS, *The international non bis in idem principle: resolving some of the unanswered questions*, in *International and Comparative Law Quarterly* [VOL. 48, p. 787.

¹⁰¹ Cfr. N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, cit., p. 194.

7. Il principio del *ne bis in idem* nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia

L'esigenza di tutelare il soggetto dal rischio di azioni multiple è stato avvertito maggiormente a livello europeo: le normative nazionali che, come visto, davano spazio unicamente al *ne bis in idem* esecutivo nei rapporti orizzontali, infatti, risultavano ormai obsolete e anacronistiche rispetto alla piena libertà di circolazione delle persone sul suolo del «mercato comune». Prima del trattato di Maastricht¹⁰², tuttavia, nonostante la Corte di giustizia fosse riuscita ad incidere indirettamente sulla legislazione penale e processuale penale degli Stati membri, attraverso l'applicazione dei principi del primato del diritto comunitario sul diritto interno e della leale cooperazione (limitando così parzialmente la sovranità della legge penale nazionale), i trattati istitutivi della Comunità europea non avevano attribuito alcuna competenza alle istituzioni comunitarie in materia penale¹⁰³.

¹⁰² E' solo con la stipulazione del Trattato di Maastricht nel 1992 che si aprono le porte alla competenza europea in materia penale (pur trattandosi di una competenza molto limitata). Il Trattato, infatti, oltre ad istituire l'Unione Europea, crea un sistema fondato su tre pilastri: accanto al primo pilastro CE, in cui l'Unione ha competenze molto più incisive sulla sovranità degli Stati, vengono istituiti altri due pilastri (PESC e GAI) nei quali vengono attribuite alle istituzioni dell'Unione diverse e ulteriori competenze. Nel terzo pilastro, in particolare, viene introdotta la competenza in materia di polizia e cooperazione giudiziaria penale; di cooperazione giudiziaria civile, amministrativa e doganale; di asilo, visti e immigrazione. Per come viene elaborato a Maastricht, però, il terzo pilastro ha ancora un carattere intergovernativo: la maggior parte dei compiti, infatti, spettano al Consiglio, in modo tale che gli Stati membri mantengano il controllo su tutte le iniziative in materia di diritto penale; v.: A. KLIP, *European criminal law: an integrative approach*, seconda edizione.

¹⁰³ Ci si riferisce al caso *Cowan* del 1989 (causa 186/87, *Cowan c. Trésor public*) nel quale la Corte di Giustizia ricorda che, se la legislazione penale e le norme di procedura penale sono in linea di principio riservate alla competenza degli Stati membri, tuttavia dalla giurisprudenza costante della Corte risulta che il diritto comunitario pone dei limiti a tale competenza. Le norme considerate non possono infatti porre in essere discriminazioni nei confronti di soggetti cui il diritto comunitario attribuisce il diritto alla parità di trattamento né limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario (punto 19). In questo caso si parla di influenza negativa, perché è imposto allo Stato di disapplicare la propria disciplina penale in quanto confliggente con il diritto comunitario. Inoltre, si può fare riferimento anche al caso del cd *Mais Greco* del 1989 (causa 68/88, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*), nel quale la Corte di Giustizia afferma che, in assenza di specifiche sanzioni poste dal diritto comunitario, gli Stati membri devono perseguire con concreta adeguatezza «sotto il profilo sostanziale e procedurale» le violazioni del diritto comunitario, «in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza» (cd principio di assimilazione), e comunque in termini tali da conferire «alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva» (principio di strumentalità). Si parla, a tal proposito, di influenza positiva perché allo Stato è imposto un obbligo da parte del diritto comunitario. In entrambi i casi, però, è possibile parlare di limitazione della sovranità degli Stati membri. In questo senso: H.G. SEVENSTER, *Criminal law and EC law*, in *Common Market law*

L'idea di conferire una competenza in questo settore all'Unione emerse in occasione del Consiglio europeo di Bruxelles del 5 dicembre 1977, quando, in un momento di particolare tensione per l'incremento dei fenomeni di terrorismo, il Presidente francese Giscard d'Estaing propose la creazione di uno "spazio giudiziario europeo" anche in materia penale, quale contropartita dell'abolizione delle frontiere interne e della libera circolazione delle persona:

*« Je propose que nous franchissions un nouveau pas dans l'organisation de l'Union de l'Europe. Les pays membres de la Communauté sont engagés dans un processus qui doit les conduire à l'union, c'est-à-dire à la création d'un espace organisé. Les traités de Paris et de Rome ont jeté les bases d'un espace économique : le Marché commun, et aussi d'un espace commercial. Nos peuples se rendent compte qu'il faut que la construction européenne ne se limite point à cela. Ayant pris progressivement conscience de leur unité de destin, ils considèrent de plus en plus anachroniques les barrières de nature variée qui cloisonnent encore l'Europe. La construction de l'union de l'Europe devrait donc s'enrichir d'un nouveau concept, celui de l'espace judiciaire. Certes, il n'est pas question d'en réaliser du jour au lendemain toutes les limites. A tout le moins faut-il l'entreprendre. Je suggère donc que, par l'adoption d'une convention d'extradition automatique assortie des garanties appropriées pour les cas de crimes particulièrement graves, quels qu'en soient les mobiles, les Neuf mettent en place le premier élément d'un espace judiciaire unique. Ceci n'exclut pas, bien entendu, que l'on traite du terrorisme dans des cadres plus larges. Mais nos concitoyens souhaitent qu'en ce domaine la Communauté des Neuf mette en œuvre une coopération d'une nature spécifique, à l'image de la solidarité qui unit désormais nos pays »*¹⁰⁴.

review, 1992, p. 39; S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 30 ss.

¹⁰⁴ J. CHARPENTIER, *Organisation de l'Europe : vers un espace judiciaire européen*, in *Annuaire Français de droit international*, 1978, p. 927-928; per quanto riguarda invece l'espressione «spazio giudiziario europeo» v., C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, cit., p. 61, nota 88, dove si dice che «con questa formula si fa riferimento al progetto di integrazione tra gli Stati membri delle Comunità nel settore della cooperazione giudiziaria»; C. VAN DEN WYNGAERT, *L'espace judiciaire européen: verso une fissure au sein du Conseil de l'Europe*, in *Rev. droit pen. et de crim.*, 1991, p. 512 ss.

L'idea di affiancare al «mercato comune» uno «spazio giudiziario» che consentisse, con l'abbattimento delle frontiere giuridiche, il superamento del cd «protezionismo giudiziario»¹⁰⁵, presupponeva la creazione di un sistema basato su un'elevata fiducia reciproca degli Stati membri nei rispettivi ordinamenti penali. Dato, infatti, che l'assenza di effettive forme di cooperazione si sarebbe potuta trasformare in un ostacolo alla libera circolazione delle persone e, quindi in una potenziale violazione del diritto comunitario, ci si rese conto della necessità di introdurre forme di cooperazione che, quantomeno, riconoscessero efficacia preclusiva al giudicato straniero, ovvero che impedissero ai giudici degli Stati membri di procedere penalmente contro il soggetto che per gli stessi fatti fosse già stato giudicato in un altro Stato membro¹⁰⁶.

Per tali ragioni, il Parlamento europeo invitò con una risoluzione del 16 aprile 1984 gli Stati membri ad adottare questi meccanismi di cooperazione giudiziaria volti al riconoscimento del *ne bis in idem* nei loro rapporti in riferimento all'art. 48 del trattato di Roma sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità europea¹⁰⁷. L'auspicio del Parlamento europeo, infatti, sottaceva il timore che la mancata creazione di meccanismi di cooperazione volti all'estensione dell'operatività del principio a livello comunitario, avrebbe potuto, anche solo potenzialmente, pregiudicare la libertà di circolazione.

Visti i tempi ancora prematuri, tuttavia, la cooperazione politica tra gli Stati membri delle Comunità europee sembrò la sede maggiormente adatta per realizzare questi auspici. Così, nel corso del primo semestre del 1985, la Presidenza italiana del Consiglio delle Comunità europee, con l'ausilio di un gruppo di lavoro *ad hoc* incaricato di studiare un modo per perfezionare gli strumenti di cooperazione

¹⁰⁵ C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, cit.; R. ADAM, *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Riv. dir. eur.*, 1994, p. 228 ss.

¹⁰⁶ C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, cit.

¹⁰⁷ Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione del 16 aprile 1984, in http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:JOC_1984_104_R_0116_01&from=IT (G.U.C.E., 16 aprile 1984 n. C 104); C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, cit.; S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 886.

giudiziaria già esistenti o di elaborarne di nuovi, predispose un programma di misure che, ricalcando in gran parte le materie già oggetto delle convenzioni elaborate in seno al Consiglio d'Europa, avrebbero creato un sistema di cooperazione giudiziaria molto più stringente e molto più efficace, rendendo così possibile il superamento di quegli ostacoli, non solo di carattere politico, ma anche di carattere tecnico, che avevano impedito il pieno successo delle iniziative del Consiglio d'Europa¹⁰⁸.

Ricorrendo, dunque, agli strumenti tradizionali del diritto internazionale¹⁰⁹, gli Stati elaborarono, tra il 1987 e il 1991, la convenzione sull'applicazione del principio del *ne bis in idem*, la convenzione sul trasferimento del soggetto condannato, la convenzione che semplifica quella di estradizione del 1957, la convenzione sul trasferimento dei procedimenti penali, e, infine, la convenzione sull'esecuzione delle condanne penali straniere. Si tratta di un complesso di atti quantitativamente e qualitativamente non irrilevanti; ma al numero e all'importanza delle iniziative non ha purtroppo corrisposto pari successo in termini di operatività. Il numero delle ratifiche, infatti, è stato talmente basso che la maggior parte delle convenzioni non sono riuscite nemmeno ad entrare in vigore¹¹⁰.

¹⁰⁸ Come sottolineato, infatti, da G. GRASSO, *La cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri delle Comunità europee*, in *Il foro italiano*, 1987, p. 458 ss.: «La cooperazione tra gli Stati membri nel campo della giustizia e degli affari interni (fino al Trattato di Maastricht) è stata essenzialmente svolta al di fuori dei meccanismi formali della Comunità».

¹⁰⁹ R. ADAM, *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, cit., p. 228 ss.

¹¹⁰ R. ADAM, *Id.*, p. 228 ss.; come si vedrà, infatti, la maggior parte di queste forme di cooperazione verranno poi riprese nella convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen.

8. *Segue: la convenzione di Bruxelles del 1987. La prima e unica convenzione interamente dedicata al principio*

Un ruolo di centrale importanza, pur essendo stata provvisoriamente in vigore solo tra un numero ridotto di Stati¹¹¹, era ricoperto dalla convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del *ne bis in idem*¹¹².

La convenzione partiva da una premessa fissata nel preambolo, che costituiva la chiave di lettura di tutte le norme in essa previste: gli Stati membri delle Comunità europee, cioè, si dichiaravano «convinti che il riconoscimento reciproco dell'effetto del *ne bis in idem* alle decisioni giudiziarie straniere costitui[sse] una concreta espressione» della riconosciuta «base di fiducia, comprensione e rispetto reciproci»¹¹³.

Nonostante, infatti, la quasi totale corrispondenza della convenzione con le norme sul principio previste dalla convenzione europea sulla validità internazionale delle sentenze penali (art. 54) e dalla convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali (art. 35)¹¹⁴, possono cogliersi, rispetto a queste, alcune significative differenze, che vengono interpretate dalla dottrina come una manifestazione della volontà degli Stati di dare al principio una più ampia espressione.

Questo nuovo spirito europeo di apertura al principio del mutuo riconoscimento delle legislazioni penali degli Stati membri, lo si poteva cogliere già nell'art. 1 della convenzione, dove era sancito che: «Una persona che sia stata giudicata con

¹¹¹ La convenzione di Bruxelles del 1987, infatti, era applicata in via provvisoria nei rapporti tra Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Paesi Bassi e Portogallo e risultava, perciò, in vigore nei loro rapporti reciproci, secondo quanto previsto dall'art. 6, comma 3.

¹¹² Cfr. convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem*, Bruxelles, 25 maggio 1987, in *Accordi internazionali: accordi collettivi*, in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 169; entrata in vigore in Italia con L. 16 ottobre 1989 n. 350.

¹¹³ Cfr. A. GIARDA, *La Convenzione europea sul principio del ne bis in idem*, in *Il corriere giuridico*, 1990, p. 19 ss.

¹¹⁴ C. VAN DEN WYNGAERT, G. STESSENS, *The international non bis in idem principle: resolving some of the unanswered questions*, cit. nel quale si sottolinea come anche la convenzione di Bruxelles del 1987, al pari delle convenzioni precedenti, non prendeva in considerazione la litispendenza e limitava il riconoscimento dell'efficacia preclusiva alla sola sentenza definitiva pronunciata in uno Stato membro; S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, cit., p.889.

sentenza definitiva in uno Stato membro non può essere sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti in un altro Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato di condanna, non possa più essere eseguita»¹¹⁵.

Pur non riconoscendo la portata assoluta del principio (l'operatività del quale era, comunque, subordinata alla presenza di tre presupposti espressamente indicati), la norma si differenziava dalle convenzioni precedenti per il fatto di non contemplare come queste un'elencazione tassativa delle cause estintive della pena, cui subordinare l'efficacia preclusiva della sentenza definitiva di condanna¹¹⁶, ma di privilegiare un più generico riferimento alla non eseguibilità della sanzione «secondo la legge dello Stato di condanna». Non vi è alcun dubbio, infatti, che una formula così ampia «implicasse la necessità di un maggior livello di fiducia tra gli Stati membri, atteso che l'esatta portata della preclusione veniva necessariamente rimessa a valutazioni da effettuarsi caso per caso»¹¹⁷.

L'art. 1, ai fini dell'operatività del divieto di *bis in idem* in caso di sentenza di condanna, richiedeva, comunque, la sussistenza di tre presupposti tra loro alternativi: (i) la pena doveva essere stata completamente eseguita, (ii) o doveva essere in corso di esecuzione, (iii) ovvero non poteva più essere eseguita secondo la legge penale dello Stato del giudice che l'aveva inflitta. La previsione di tali condizioni limitava l'affermazione del *ne bis in idem* come efficacia negativa della sentenza, in quanto punto di riferimento per l'operatività del principio non era soltanto l'accertamento contenuto nella sentenza, ma anche la fase esecutiva. Una scelta di questo tipo, se da un lato celava il timore degli Stati che un riconoscimento

¹¹⁵ C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., p. 947, dove si dice che «Questa previsione può considerarsi, quindi, la prima espressione di apertura al principio del mutuo riconoscimento delle legislazioni penali degli Stati membri, sia pur ancora a livello embrionale»; allo stesso modo S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, cit., p. 894, in cui l'autrice puntualizza che: «L'art. 1 della convenzione di Bruxelles individua una categoria generale, escludendo per lo Stato in cui si pone la questione del riconoscimento la possibilità di sindacare l'avvenuta esecuzione della pena ed evitando così l'insorgere di problemi interpretativi relativi ai casi non specificatamente previsti dalla norma».

¹¹⁶ Si faceva, infatti, riferimento solo a prescrizione, amnistia e grazia.

¹¹⁷ Cfr. S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 105.

incondizionato del *ne bis in idem* potesse favorire l'impunità di quei soggetti che si fossero volontariamente sottratti all'esecuzione della pena; dall'altro lato, invece, dimostrava la volontà degli Stati stessi di non privarsi in questi casi della possibilità di perseguire ulteriormente il condannato¹¹⁸.

Posto, inoltre, che la norma parla di sentenza definitiva, è necessario individuare il momento a partire dal quale operava questa efficacia preclusiva. In dottrina, per trovare un punto di equilibrio tra gli ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law* che richiedono, ai fini del riconoscimento della preclusione, un grado di stabilità della decisione diverso, si riteneva che fosse preferibile interpretare la nozione di «sentenza definitiva» come provvedimento di merito che conclude il primo grado del giudizio¹¹⁹. Stabiliti i presupposti e la portata del divieto nell'art. 1, la convenzione di Bruxelles salvaguardava la giurisdizione degli Stati nelle ipotesi in cui questa fosse esercitata sulla base dei criteri di territorialità e difesa. L'art. 2, infatti, prevedeva alcune eccezioni all'operatività del principio, concepite, però, come facoltà di riserva (sempre revocabile) al momento della ratifica, accettazione o approvazione della convenzione stessa¹²⁰.

¹¹⁸ S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, cit., p. 892; G. GRASSO, *La cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri delle Comunità europee*, cit., p. 458 ss.; V. DELICATO, *L'esecuzione delle sentenze penali straniere in Italia*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991, p. 649 ss.; A. GIARDA, *La Convenzione europea sul principio del ne bis in idem*, cit., p. 19 ss.

¹¹⁹ per l'analisi delle ragioni che giustificano questa interpretazione, v. S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, cit., p. 890.

¹²⁰ Infatti, secondo l'art. 2 par. 1 della convenzione: «Uno Stato membro può, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della presente convenzione, dichiarare di non essere vincolato dall'art. 1 in uno o più dei seguenti casi: *a*) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio, in tutto o in parte. In questo ultimo caso questa eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio dello Stato membro nel quale la sentenza è stata pronunciata; *b*) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o altri interessi essenziali di quello Stato membro; *c*) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quello Stato membro in violazione dei doveri del suo ufficio». Tale dichiarazione è stata effettuata dall'Italia nella legge di esecuzione e di ratifica, il cui art. 3 esclude l'applicabilità dell'art. 1 proprio con riferimento alle ipotesi previste dall'art. 2 primo paragrafo, lettere *a*), *b*) e *c*) della convenzione. Cfr. Articolo 3 della L., 16 ottobre 1989, n. 350, *Ratifica ed esecuzione della convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del principio ne bis in idem*, firmata a Bruxelles il 25 maggio 1987, *GU* n. 253, del 28 ottobre 1989, reperibile al sito: http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1989-10-28&atto.codiceRedazionale=089G0427&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D350%26testo%3

Nonostante in dottrina si criticasse, già all'epoca della convenzione in commento, la continua importanza attribuita al principio di territorialità¹²¹, la prima eccezione era legata proprio a tale criterio (art. 2 par. 1 *lett. a*): uno Stato, infatti, poteva dichiarare di non riconoscere l'operatività del *ne bis in idem* per i fatti commessi in tutto o in parte sul proprio territorio; nel caso, però, in cui i fatti erano stati commessi solo parzialmente sul territorio, la riserva non poteva trovare applicazione se essi erano già stati giudicati da un altro Stato membro sulla base di una competenza fondata anch'essa sul fattore territoriale. Per quanto riguarda, invece, le eccezioni che facevano capo al principio di difesa (art. 2 par. 1 *lett. b e c*), è da rilevare che esse si collegavano alla circostanza che un giudizio svoltosi all'estero non salvaguardasse pienamente l'interesse dello Stato alla repressione di taluni fatti lesivi dei suoi interessi.

Dalla formulazione della norma, però, appare chiaro come il coinvolgimento di persone o interessi aventi una determinata qualifica pubblica fosse una condizione necessaria ma non sufficiente: per quanto riguarda l'eccezione prevista dalla *lett. b*) era, infatti, imprescindibile, per esercitare la propria giurisdizione, l'indicazione da parte dello Stato dei casi in cui ritenesse che la sua sicurezza o i suoi interessi fossero stati lesi; in relazione all'eccezione stabilita dalla *lett. c*), invece, il reato non solo doveva essere stato commesso da un pubblico ufficiale, ma era

[D%26annoProvvedimento%3D1989%26giornoProvvedimento%3D¤tPage=1](#). Inoltre, si deve rilevare come anche la disciplina delle deroghe è differente rispetto alle convenzioni precedenti. Come, infatti, osservato da S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 105: «Si prevede, anzitutto, che i Paesi aderenti debbano decidere se avvalersene o meno mediante una dichiarazione da rendere nell'atto della ratifica, accettazione o approvazione della convenzione e non in qualsiasi tempo, come invece consentito dal testo del Consiglio d'Europa». Per quanto riguarda, invece la revocabilità delle riserve effettuate dagli Stati, v.: S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, cit., p. 898, dove l'autrice afferma che: «La previsione di questo onere per gli Stati è significativa in quanto dà la misura di come sia cambiata rispetto alle convenzioni europee la considerazione del ruolo dei criteri di giurisdizione. Il fatto che le eccezioni legate ai criteri di territorialità e difesa operino subordinatamente alla formulazione di una dichiarazione ritirabile in ogni momento ha delle conseguenze non tanto dal punto di vista pratico (in realtà la situazione per l'imputato resta sostanzialmente la stessa), quanto da un punto di vista teorico: la rilevanza delle due eccezioni è infatti disciplinata come una facoltà degli Stati che può essere esercitata soltanto in via generale e preventiva».

¹²¹ D. FLORE, *Les jugements répressifs au-delà des frontières nationales*, in *Annales de Droit de Louvain*, in *Rev. trim. dr. belge*, 1988.

indispensabile che il fatto fosse stato commesso in violazione dei suoi doveri d'ufficio¹²².

Queste erano le uniche eccezioni che potevano porsi come ostacolo al riconoscimento del *ne bis in idem*; eccezioni, però che, sulla base dell'ultimo paragrafo dell'art. 2, non trovavano applicazione quando il procedimento all'estero si era svolto sulla base di una richiesta formulata dalle autorità dello Stato che avrebbe dovuto instaurare il secondo giudizio; e quando, in relazione al procedimento straniero, fosse stata concessa l'extradizione dell'imputato da parte dello Stato membro che avrebbe dovuto procedere in *idem*¹²³. In entrambi i casi, infatti, il procedimento all'estero si è svolto con la collaborazione tra Stati, sicché apparirebbe illogico giudicare nuovamente il soggetto per lo stesso fatto.

Ad ogni modo, qualora lo Stato avesse esercitato la propria giurisdizione in virtù di una riserva, avrebbe trovato applicazione, in via residuale, l'art. 3 della convenzione di Bruxelles che disciplinava il riconoscimento del *ne bis in idem* esecutivo¹²⁴. Rispetto alle corrispondenti convenzioni elaborate in seno al Consiglio d'Europa, la norma in questione prevedeva che fossero computate anche le sanzioni non privative della libertà personale. Ovviamente, in presenza dei presupposti per l'operatività del *ne bis in idem* processuale, il limitarsi a riconoscere il *ne bis in idem* esecutivo avrebbe costituito una violazione dell'art. 1 della convenzione¹²⁵.

¹²² L'art. 3, comma 2 della nostra legge di esecuzione di ratifica, infatti, considera «reati contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali dello Stato i delitti contro la persona dello Stato»; A. GIARDA, *La Convenzione europea sul principio del ne bis in idem*, cit. p. 19 ss; S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, cit., p. 897.

¹²³ Cfr. art. 2, par. 4 della convenzione di Bruxelles: «Le eccezioni che sono state oggetto di una dichiarazione ai sensi del paragrafo 1 non si applicano quando lo Stato membro di cui si tratta ha, per gli stessi fatti, richiesto l'instaurazione del procedimento penale all'altro Stato membro o concesso l'extradizione della persona in questione».

¹²⁴ Cfr. art. 3 della convenzione di Bruxelles: «Se in uno stato membro un nuovo procedimento penale è instaurato contro una persona che è stata giudicata con sentenza definitiva per i medesimi fatti in un altro Stato membro, ogni periodo di privazione della libertà scontato in quest'ultimo Stato per quei fatti dovrà essere detratto dalla pena che sarà eventualmente inflitta. Si terrà, altresì, conto, nella misura consentita dalla legge nazionale, delle pene diverse da quelle privative della libertà che siano state eseguite».

¹²⁵ V. ESPOSITO, *Gli effetti internazionali della garanzia del ne bis in idem nell'ambito comunitario*, cit., p. 472; S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, cit., p. 902.

Innovando rispetto alle convenzioni precedenti, l'art. 4 della convenzione di Bruxelles, inoltre, prevedeva l'istituzione di un sistema di informazioni tra le autorità degli Stati coinvolti in un vicenda in cui si prospettasse l'applicazione del *ne bis in idem*. L'importanza dell'efficacia di un meccanismo di questo tipo, considerato condizione necessaria per realizzare un coordinamento tra le attività giurisdizionali degli Stati, era stata sottolineata anche al termine della sessione del Consiglio di giustizia nel quale fu firmata la convenzione di Bruxelles¹²⁶.

L'art. 4, tuttavia, si limitava a prevedere che: «Quando una persona è imputata di un reato in uno Stato membro e le autorità competenti hanno motivo di ritenere che l'imputazione riguarda gli stessi fatti per i quali la persona è già stata giudicata in un altro Stato membro con sentenza definitiva, tali autorità, qualora lo ritengano necessario, chiederanno le informazioni rilevanti alle autorità competenti dello Stato membro nel quale la sentenza è stata pronunciata».

La disposizione, pur prevedendo l'obbligo per le autorità competenti di uno Stato membro di richiedere le informazioni quando esse avessero «motivo di ritenere che l'imputazione riguard[asse] gli stessi fatti per i quali la persona [era] già stata giudicata in un altro Stato membro con sentenza definitiva», lasciava agli Stati un margine di discrezionalità talmente ampio che la disposizione rischiava di diventare più una norma teorica che pratica.

Come giustamente sottolineato dalla dottrina, infatti, non vi è un obbligo di conferire all'imputato un potere di iniziativa che faccia sorgere in capo all'autorità giudiziaria il dovere di eseguire accertamenti sull'eventuale sussistenza dei presupposti per l'applicazione del principio¹²⁷.

In conclusione, la convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del *ne bis in idem*, nonostante abbia conseguito un numero limitato di ratifiche, ha sicuramente costituito il terreno fertile per l'adozione di una

¹²⁶ Cfr. *Communication à la presse, 8735/87 (Presse 84) 1167^{ème} session du Conseil Justice* ove si afferma che: «*Outre la confirmation du principe ne bis in idem contenu dans la plupart des droits nationaux, la Convention présente l'intérêt d'organiser entre les partenaires un échange d'information assurant un meilleur respect du principe*» in S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem*, cit., nota 54 p. 903; e C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali dell'Unione Europea*, cit., p. 70.

¹²⁷ S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem*, cit., p. 896 ss.

convenzione che rappresenta ormai il punto di riferimento per la tutela del principio nell'Unione europea: la convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen.

9. *Segue: la svolta di Schengen*

Le convenzioni stipulate tra il 1987 e il 1991, nonostante il limitato numero di ratifiche conseguito, segnano un'importante inversione di rotta nello spirito europeo: a differenza del passato, infatti, gli Stati si dimostrano maggiormente propensi a rafforzare lo «spazio giuridico europeo», accettando forme di limitazione (seppur parziale) alla propria potestà punitiva e privilegiando l'interesse alla collaborazione rispetto a quello del singolo Stato.

Il riconoscimento del *ne bis in idem* a livello comunitario, infatti, ha costituito uno degli obiettivi primari perseguiti non solo nell'ambito della Cooperazione politica europea, ma anche in quello dell'Accordo di Schengen¹²⁸. In questo contesto è inevitabile trovarsi di fronte ad una vasta eterogeneità di fonti normative, perlomeno per gli Stati membri sia del Consiglio d'Europa che della Comunità europea. In questa intelaiatura di norme comunitarie e norme europee¹²⁹, però, il passaggio sicuramente più significativo nel percorso evolutivo del divieto di doppio processo è segnato dalla convenzione stipulata nell'ambito del quadro territoriale concernente l'Accordo di Schengen¹³⁰. Il 19 giugno 1990, infatti, è stata conclusa nell'omonima città lussemburghese la convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen¹³¹, con lo scopo di creare una più stringente cooperazione tra gli Stati firmatari.

¹²⁸ V. ESPOSITO, *Gli effetti internazionali della garanzia del ne bis in idem*, cit.

¹²⁹ Con l'espressione «europee» ci si riferisce in questo caso alle convenzioni stipulate in seno al Consiglio d'Europa; M. PAGLIA, *Ne bis in idem internazionale e riconoscimento delle sentenze straniere*, in Dig. disc. pen., 2005.

¹³⁰ L'accordo di Schengen, infatti, è stato originariamente concluso il 14 giugno 1985 da Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi con lo scopo di eliminare progressivamente i controlli alle frontiere interne e di introdurre la libertà di circolazione per tutti i cittadini dei paesi firmatari, di altri Paesi dell'Unione europea e di alcuni Paesi terzi, in <http://www.camera.it/bicamerali/schengen/fonti/ACCSCHEN/infdx.htm>.

¹³¹ Cfr. convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, in [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:42000A0922\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:42000A0922(02)&from=EN).

A ben vedere, la convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen riprende integralmente le disposizioni della convenzione sull'applicazione del *ne bis in idem* del 1987¹³². Il parallelismo tra i due testi, in particolare, si riscontra non solo nel contenuto precettivo, ma anche con riferimento alla finalità che guida il riconoscimento del *ne bis in idem* "comunitario". In entrambe le convenzioni, infatti, il divieto di doppio processo viene ricollegato alla necessità di garantire una piena ed effettiva libertà di circolazione per i cittadini comunitari, non ostacolata dal timore di vedersi nuovamente processati in *idem*, per il solo fatto di varcare i confini nazionali.

Questo aspetto, oggetto di un'esplicita dichiarazione nel preambolo della convenzione del 1987, si desume in modo altrettanto chiaro nella convenzione di Schengen, sottoscritta proprio allo scopo di abbattere le frontiere comuni¹³³.

Gli artt. 54-58 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, infatti, consacrano il principio come limite all'esercizio dello *ius puniendi* degli Stati membri, ed estendendone la portata applicativa alle fattispecie transnazionali, costituiscono un «punto di non ritorno» nel processo di integrazione europea e la base per un ulteriore avanzamento della giurisprudenza della Corte di giustizia¹³⁴. La convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, così, segna il primo tentativo di «internazionalizzare» il principio del *ne bis in idem*, rendendolo un

¹³² Tanto è vero che alcuni in dottrina ritengono che tale convenzione debba oramai ritenersi superata; in questo senso: D. DEL VESCOVO, *Evoluzione dell'art. 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 722 dove si afferma che: «Esso viene infine sancito esplicitamente dalla convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen (articoli 54-58), che supera quella di Bruxelles, nel senso che la CAAS è ormai entrata a far parte dell'*acquis* comunitario (in forza del Protocollo sottoscritto ad Amsterdam il 2 ottobre 1997), e le formulazioni del principio in oggetto, contenute rispettivamente nelle norme pattizia (di cui all'art. 1 della convenzione di Bruxelles, ed all'art. 54 ss. della CAAS), appaiono perfettamente sovrapponibili nel loro contenuto normativo e nella relativa veste lessicale, per cui si ritiene che la convenzione di Bruxelles sia stata di fatto superata da quella di Schengen»; v. anche C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., p. 949, dove si dice: «Questi ultimi (in riferimento agli artt. 54-56 CAAS), infatti, riproducono pedissequamente gli artt. 1-3 della convenzione di Bruxelles del 1987» e «La sovrapponibilità letterale dei due gruppi di disposizioni richiamate consente di semplificare l'analisi alle sole norme della convenzione del 1990, tanto più che oggi, a seguito dell'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel quadro dell'Unione europea, si può ritenere che essa abbia completamente sostituito quelle della convenzione del 1987».

¹³³ S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 108.

¹³⁴ P. COSTANZO, L. TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, cit., p. 863; V. ESPOSITO, *Gli effetti internazionali della garanzia del ne bis in idem nell'ambito comunitario*, cit.

diritto individuale *erga omnes*¹³⁵: con la sua entrata in vigore, infatti, il *ne bis in idem* internazionale è divenuto una realtà per i Paesi che in più fasi hanno aderito a questo unico trattato¹³⁶.

Peraltro, un effetto di questa portata non avrebbe potuto ottenersi se non in forza di uno strumento convenzionale: come più volte ribadito, infatti, il principio del *ne bis in idem* internazionale non è mai assunto al rango di norma generalmente riconosciuta.

L'art. 54 CAAS, oltre a contemplare la regola generale, fissa anche le condizioni di operatività del principio, stabilendo che: «Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, *in caso di condanna*, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita»¹³⁷.

L'art. 54 CAAS, in particolare, subordina l'applicabilità del principio al soddisfacimento di tre requisiti: (i) la sentenza deve essere una sentenza di merito; (ii) deve essere definitiva; (iii) se si tratta di sentenza di condanna, deve essere esecutiva. Con riferimento a quest'ultima qualità, dunque, la disposizione opera implicitamente una distinzione tra l'efficacia preclusiva riconosciuta alla sentenza di assoluzione e l'efficacia preclusiva riconosciuta, invece, alla sentenza di condanna. Mentre, infatti, la prima, qualora sussistano i primi due requisiti, esplica un effetto preclusivo *tout court*; l'efficacia preclusiva della sentenza di condanna è, invece, circoscritta ai casi in cui ricorrano le condizioni enunciate nella seconda parte della disposizione: la sentenza, cioè, (i) deve essere stata eseguita; (ii) ovvero deve essere in corso di esecuzione; (iii) oppure, non può più essere eseguita,

¹³⁵ H. J. BARTSCH, *Council of Europe ne bis in idem: the European perspective*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2002/3, p. 1167; J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, in *Utrecht Law Review*.

¹³⁶ Gli Stati che vi hanno aderito sono: Repubblica italiana, Regno del Belgio, Regno di Danimarca, Repubblica federale di Germania, Repubblica ellenica, Regno di Spagna, Repubblica francese, Granducato di Lussemburgo, Regno dei Paesi Bassi, Repubblica d'Austria, Repubblica portoghese, Repubblica di Finlandia, Regno di Svezia, Repubblica di Islanda, Regno di Norvegia, Svizzera e Liechtenstein.

¹³⁷ Corsivo aggiunto.

secondo la legge dello Stato che l'ha emessa. In questo modo viene raggiunto un equilibrio tra «l'interesse del reo a non essere perseguito due volte per i *medesimi fatti* e l'interesse all'effettività della reazione punitiva che vuole evitata l'impunità del reo una volta che ne sia stata accertata la colpevolezza»¹³⁸.

Come si vedrà nel corso della trattazione, però, se è vero che la Corte di giustizia è stata più volte consultata per chiarire la portata di questi (e altri) requisiti di operatività del principio, è altrettanto vero che la convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, nella parte relativa al principio del *ne bis in idem*, presenta per l'interprete difficoltà esegetiche di fondamentale importanza soprattutto «per il complesso meccanismo generato dal gioco delle dichiarazioni e riserve effettuate dagli Stati contraenti»¹³⁹. Se non fosse, infatti, per le deroghe previste dall'art. 55 CAAS, la convenzione avrebbe creato il primo spazio giuridico europeo nel quale il principio del *ne bis in idem* avrebbe goduto di applicazione generale. L'art. 55 della convenzione, tuttavia, fa salva la possibilità per gli Stati contraenti di dichiarare unilateralmente, al momento della ratifica, di non essere vincolati dall'art. 54 CAAS:

(a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio in tutto o in parte. In quest'ultimo caso l'eccezione in commento non si applica se i, fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata;

(b) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente;

(c) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stata commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio¹⁴⁰.

¹³⁸ Cfr. C. AMALFITANO, *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 3890 ss.

¹³⁹ Cfr. R. BARBERINI, *Il principio del ne bis in idem internazionale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1788.

¹⁴⁰ Per quanto riguarda l'Italia, il nostro legislatore ha deciso di avvalersi di tutte e tre le eccezioni consentite. Come stabilito, infatti, dall'art. 7 della Legge, 30 settembre 1993, n. 388, cit.: «L'articolo 54 della convenzione non si applica nelle ipotesi previste nell'articolo 55, paragrafo 1, lettere a), b) e c), della convenzione stessa. Ai sensi dell'articolo 55, paragrafo 1, lettera b), della convenzione, costituiscono reati contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali dello Stato i delitti contro la personalità dello Stato».

È proprio l'esistenza di queste deroghe all'operatività del principio a lasciare aperta la possibilità che si verifichi la duplicazione del procedimento, il cui effetto potrà essere anche la duplicazione della pena.

Onde evitare che questo meccanismo conduca ad un risultato irragionevole e contrario anche alle più elementari esigenze di equità, la convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, al pari della convenzione del 1987, fa salvo il rispetto del *ne bis in idem* esecutivo, in virtù del quale l'operatività delle deroghe al principio non preclude, comunque, l'obbligo per il giudice dello Stato membro, che ha instaurato il secondo processo in *idem*, di scomputare la pena già sofferta all'estero da quella che verrà inflitta a seguito di rinnovamento del giudizio. Inoltre, ma solamente nei limiti consentiti dalla legge interna, sarà necessario considerare le sanzioni di tipo diverso eseguite all'estero. Questo meccanismo di tipo compensativo è previsto dall'art. 56 CAAS, secondo il quale: «Se in una Parte contraente un nuovo procedimento penale è instaurato contro una persona che è stata giudicata con sentenza definitiva per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente, ogni periodo di privazione della libertà scontato sul territorio di quest'ultima Parte contraente per quei fatti dovrà essere detratto dalla pena che sarà eventualmente inflitta. Si terrà altresì conto, nella misura consentita dalla legge nazionale, delle pene diverse da quelle privative della libertà che siano state eseguite».

Come correttamente osservato, ad una simile previsione non può che attribuirsi un carattere residuale: la disposizione, infatti, è destinata ad operare nei casi in cui lo Stato che procede in *idem* non abbia ritenuto sussistenti le condizioni *ex art. 54 CAAS*, ovvero nelle ipotesi in cui opera una delle deroghe consentite dall'art. 55 CAAS¹⁴¹.

¹⁴¹ In questo senso: S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 111; S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, cit., p. 902 nel quale l'autrice, analizzando l'art. 3 della convenzione di Bruxelles (la cui formulazione viene ripresa anche nell'art. 56 CAAS) afferma che: «L'operatività della norma non può che essere residuale rispetto alla regola generale e quindi l'art. 3 si applicherà nei casi in cui uno Stato eserciti la propria giurisdizione in quanto abbia considerato non presenti le condizioni necessarie oppure in virtù delle eccezioni previste nelle dichiarazioni».

Il capitolo dedicato al *ne bis in idem* si conclude con due disposizioni di chiusura: l'una di carattere procedurale, l'altra di portata generale. Le indicazioni di carattere operativo sono contenute nell'art. 57 CAAS che, richiedendo l'instaurazione di un canale informativo tra le diverse autorità, contempla un meccanismo che, se da un punto di vista meramente teorico sembra virtuoso, da un punto di vista pratico, invece, esplica un carattere aleatorio. L'art. 57 CAAS, infatti, stabilisce che: «Quando una persona è imputata di un reato in una Parte contraente e le autorità competenti di questa Parte contraente hanno motivo di ritenere che l'imputazione riguarda gli stessi fatti per i quali la persona è già stata giudicata in un'altra Parte contraente con sentenza definitiva, tali autorità, *qualora lo ritengano necessario*¹⁴², chiederanno le informazioni rilevanti alle autorità competenti della Parte contraente sul cui territorio la sentenza è stata pronunciata».

Non essendo, infatti, posto alcun obbligo di instaurare questo canale informativo (vista anche la mancata previsione di una sanzione in caso di eventuale violazione) ed essendo, dunque, la richiesta di informazioni rimessa ad una scelta discrezionale dell'autorità procedente, potrebbe accadere frequentemente che tale istanza non venga effettivamente avanzata¹⁴³.

L'art. 58, infine, contiene una clausola di salvaguardia, perché stabilisce che: «Le precedenti disposizioni non sono di ostacolo all'applicazione di disposizioni nazionali più ampie, concernenti l'effetto "ne bis in idem" attribuito a decisioni giudiziarie straniere».

Si tratta anche questa di una previsione lodevole negli intenti perché, facendo salve le eventuali normative interne che conferiscono efficacia preclusiva al giudicato straniero in termini più ampi rispetto alla convenzione, lascia un notevole spazio di autonomia ai singoli Stati; tuttavia, anche qui qualche dubbio si potrebbe sollevare perché contiene un meccanismo poco realistico. In un contesto, infatti, in cui il processo di armonizzazione non è completo, sembra difficile immaginare che

¹⁴² Corsivo aggiunto.

¹⁴³ C'è anche chi ha rilevato che questo meccanismo sembrerebbe rovesciare l'onere della precedente condanna sull'imputato e la Cassazione da questo punto di vista ha affermato che non compete al giudice ai sensi dell'art. 507 c.p.p. acquisire la sentenza straniera ma è onere dell'imputato produrla al fine di dimostrare che il giudicato si è formato in un diverso Stato.

uno Stato sia disposto a riconoscere spazi alla decisione delle autorità giudiziarie straniere oltre i limiti riconosciuti in via pattizia dalla convenzione stessa.

Come noto, l'Accordo di Schengen si colloca nel contesto di una cooperazione rafforzata esercitata al di fuori del quadro CE. È solo con il Trattato di Amsterdam¹⁴⁴ che si coglie l'occasione per integrare nel quadro giuridico e istituzionale dell'Unione tutti quegli accordi che formano il cd *acquis* di Schengen¹⁴⁵, conferendogli il rango di diritto dell'Unione europea e rendendolo, perciò, vincolante per tutti gli Stati ad essa aderenti.

Il formale svolgimento dell'incorporazione nell'ambito giuridico e istituzionale dell'Unione ha luogo con un Protocollo addizionale al trattato di Amsterdam (il c.d. Protocollo di Schengen)¹⁴⁶, il quale, riorganizzando il settore della Giustizia e degli Affari interni al fine di istituire progressivamente uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» come completamento e garanzia della libera circolazione delle persone all'interno della Comunità¹⁴⁷, ha comportato una vera e propria «mutazione genetica» del Terzo pilastro. «Esso appare, infatti, non più caratterizzato da un profilo tipicamente intergovernativo, presentando aspetti riconducibili tanto al modello comunitario quanto alla collaborazione tra Stati a livello sovranazionale»¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Il trattato di Amsterdam è stato sottoscritto il 2 ottobre 1997 ed è entrato in vigore il 1° maggio 1999.

¹⁴⁵ In particolare, il c.d. “*acquis* comunitario” (che deriva dal francese «*(droit) acquis communautaire*»), è un termine coniato dalla dottrina per indicare l'insieme dell'esperienza giuridica che l'ordinamento dell'Unione ha accumulato nella sua storia. Questa esperienza giuridica può essere composta (i) da regole di diritto positivo scritto; (ii) dalla prassi giurisprudenziale e (iii) dalla cd soft law. Essere conformi all'*acquis*, dunque, significa che l'ordinamento dello Stato che intende entrare a fare parte dell'Unione deve essersi modificato al punto tale da aver recepito al suo interno le disposizioni del diritto comunitario e non contenere disposizioni confliggenti. Dal 1° maggio 1999, data dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, pertanto, chi diventa Stato membro dell'Unione europea si trova vincolato a recepire inderogabilmente anche l'*acquis* di Schengen.

¹⁴⁶ Cfr. Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel campo dell'Unione europea, in: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008E/PRO/19&from=IT>.

¹⁴⁷ In questo senso, I. INGRAVALLO, *La Corte di Giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Comunità internazionale*, 2000.

¹⁴⁸ Cfr. R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 255.

Sulla base dell'art. 2, n.1 del Protocollo di Schengen, infatti, il Consiglio, il 20 maggio 1999, ha adottato le decisioni n. 1999/435/CE e n. 1999/436/CE¹⁴⁹, finalizzate a definire l'*acquis* di Schengen e a precisare la base giuridica pertinente per ciascuna delle disposizioni recepite. La seconda decisione, in particolare, ha operato una distinzione (che in dottrina è nota come “*ventilation*”) tra quelle disposizioni della convenzione di Schengen che trovavano la propria base giuridica all'interno del trattato che istituisce la Comunità europea (si tratta, cioè, delle norme concernenti visti, asilo e immigrazione), e quelle altre disposizioni che, disciplinando le materie in tema di cooperazione giudiziaria penale, vennero, invece, inserite all'interno del Titolo VI del trattato sull'Unione europea e di esso diventarono misure attuative.

In tale seconda categoria di disposizioni rientrano anche gli artt. 54-58 CAAS, il cui fondamento giuridico è stato fissato esclusivamente negli artt. 34 e 31 TUE, che fanno parte del Titolo VI TUE, intitolato «disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale»¹⁵⁰.

A ben vedere, però, né il protocollo né le decisioni del Consiglio sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen fanno riferimento alle dichiarazioni unilaterali che vengono rilasciate da una Parte contraente al momento della ratifica

¹⁴⁹ Cfr. Decisione 1999/435/CE, 20 Maggio 1999 in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999D0435&qid=1500283405000&from=IT> e Decisione 1999/436/CE del Consiglio, 20 Maggio 1999 in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999D0436&qid=1500283609692&from=IT>.

Per un'analisi più approfondita delle due decisioni v.: F. LEIDENMÜHLER, *In merito all'integrazione dell'acquis di Schengen nel quadro dell'Unione europea sull'esempio del principio del “ne bis in idem”*, in *Europen Legal Forum*, 2002.

¹⁵⁰ L. SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo (I)*, cit., p. 908; I. INGRAVALLO, *La Corte di Giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea*, cit. C. M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Torino, 2011, p. 735; anche secondo F. LEIDENMÜHLER, *In merito all'integrazione dell'acquis di Schengen nel quadro dell'Unione europea* cit., p. 254, in cui l'autore afferma che: «Una parte delle basi giuridiche, tra cui quelle per l'art. 54 della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen si trova nel Titolo VI del trattato sull'UE (Disposizioni sulla cooperazione di polizia giudiziaria in materia penale), un'altra nel Titolo IV del trattato CE (Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione)». In particolare, «L'Allegato A della Decisione 1999/436/CE del Consiglio fissò gli artt. 34 e 31 TUE come base giuridica per il divieto di doppio procedimento penale di cui all'art. 54 CAAS». Inoltre, v. H. J. BARTSCH, *Council of Europe ne bis in idem: the European perspective*, cit., p. 1167; C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2012, p. 1610.

di un accordo di adesione, *ex art. 55 CAAS*: si può, dunque, concludere che il principio del *ne bis in idem*, così come previsto dalla convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, è stato integrato nell'*ex* Terzo pilastro come principio generale, valido a livello transnazionale per tutta l'Unione europea¹⁵¹.

10. Segue: l'ultima tappa del percorso. La Carta di Nizza e il trattato di Lisbona

Dopo la grande svolta di Schengen, l'ultima tappa del percorso evolutivo del divieto di doppio processo nell'Unione europea è segnato dall'approvazione della Carta dei diritti fondamentali¹⁵², proclamata ufficialmente a Nizza il 7 dicembre 2000 da Parlamento, Commissione e Consiglio europeo¹⁵³.

Il Capo VI della Carta di Nizza, rubricato «Giustizia», è composto da quattro articoli, dedicati ai diritti già riconosciuti e tutelati nelle più importanti convenzioni internazionali e nelle Costituzioni nazionali in tema di giustizia: (i) il diritto ad a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale (art. 47); (ii) la presunzione di innocenza e i diritti della difesa (art. 48); (iii) il principio di legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene (art. 49); (iv) infine, l'art. 50 consacra, quale diritto fondamentale dell'individuo, il «Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato», sancendo che: «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato

¹⁵¹ J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 219; si deve ritenere, inoltre, che l'*acquis* di Schengen rimane subordinato al diritto comunitario: da un lato, infatti, è lo stesso Protocollo a prevedere che «le disposizioni dell'*acquis* sono applicabili solo se e nella misura in cui esse sono compatibili con l'Unione e con il diritto comunitario»; dall'altro lato, anche la convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen subordina l'applicabilità delle proprie disposizioni alla loro compatibilità con il diritto comunitario, in questo senso: B. NASCIBENE, *L'incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del comitato parlamentare di controllo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, p. 734.

¹⁵² Il testo ufficiale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è reperibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=IT>.

¹⁵³ Per un'analisi più approfondita della genesi storico-giuridica della Carta dei diritti fondamentali, v. A. SPADARO, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, pag. 302. Per l'analisi, invece, dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali: v. *Infra*, Cap.III, Sez. (A), par.1.

per il quale è già stato perseguito o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

L'art. 50 della Carta, pur riecheggiando il già esaminato art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU¹⁵⁴, ha, a differenza di quest'ultimo, una duplice dimensione, interna ed europea, in quanto impedisce una nuova iniziativa penale sia ad opera dello stesso Stato membro in cui è intervenuta la precedente sentenza, sia ad opera di altri Stati membri dell'Unione europea. Come precisato dalle *Spiegazioni* relative alla Carta dei diritti fondamentali¹⁵⁵, infatti: «Ai sensi dell'articolo 50, la regola *ne bis in idem* non si applica solo all'interno della giurisdizione di uno stesso Stato, ma anche tra giurisdizioni di più Stati membri. Ciò corrisponde all'*acquis* del diritto dell'Unione».

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, pur costituendo un «documento di portata epocale nel passaggio da una Unione europea solo economica ad una Unione politica e di diritti»¹⁵⁶, nacque priva di valore giuridico autonomo. Inizialmente, infatti, si ritenne “politicamente” preferibile non includere la Carta nel trattato di Nizza, lasciandola così, sul piano dell'efficacia giuridica, nella prospettiva del diritto internazionale; successivamente, l'incorporazione nella II parte del trattato internazionale sulla Costituzione europea del 2004¹⁵⁷ accentuò il suo alto valore giuridico-costituzionale, ma ancora una volta, a seguito dello stop alle ratifiche imposto dalla vittoria del no ai referendum in Francia e nei Paesi Bassi, la Carta dei diritti fondamentali rimase priva di efficacia giuridica vincolante¹⁵⁸. L'*iter* si concluse con l'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del trattato che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Come visto, (v. *Supra*, Cap. I, par. 6) l'art. 4 del Protocollo 7 CEDU già nel testo della norma aggiunge un'esplicita limitazione del principio al solo piano del diritto interno.

¹⁵⁵ Cfr. *Spiegazioni alla Carta*, in *G.U.* 2007/C 303/02;

¹⁵⁶ Cfr. A. SPADARO, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali*, cit.

¹⁵⁷ Il testo del Progetto di trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa è reperibile al sito: <https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/cv00850.it03.pdf>.

¹⁵⁸ A. SPADARO, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., p. 300-301.

¹⁵⁹ Il testo del trattato che apporta modifiche del trattato sull'Unione europea e del trattato che istituisce la Comunità europea, è reperibile sul sito: <http://eur->

L'art. 6, comma 1, TUE, così come modificato dall'art. 1, n. 8 del trattato di Lisbona, infatti, conferisce alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei trattati, rendendo le sue disposizioni vincolanti per gli Stati membri.

L'art. 6, comma 1, TUE recita che: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». A questa norma, inoltre, si affianca la Dichiarazione n.1 allegata al trattato di Lisbona¹⁶⁰, nella quale si legge che: «La Carta dei diritti fondamentali, che ha forza giuridicamente vincolante, conferma i diritti fondamentali garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri». Questa innovazione non è di poco conto: da documento la cui portata si arrestava al piano meramente politico, a partire dal dicembre 2009 diviene atto cogente, collocato al vertice della piramide delle fonti dell'Unione¹⁶¹.

Quasi un decennio dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che con l'abolizione del sistema introdotto da Maastricht, ha anche favorito la completa «comunitarizzazione» del terzo pilastro, gli interrogativi sulla portata applicativa del principio del *ne bis in idem* non hanno trovato ancora una soluzione soddisfacente. Anzi, se in passato i dubbi concernevano “solo” la nozione di *bis* o di *idem*, oggi le incertezze riflettono anche la ben più complessa problematica relativa ai rapporti che intercorrono tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali. Il *ne bis in idem* proclamato dalla Carta di Nizza, come si vedrà nel corso della trattazione, assume le vesti di un diritto fondamentale di rilevanza europea che, a differenza di quello previsto dalla CAAS, sembra non ammettere alcuna deroga.

lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:8d1c14fc-6be7-4d4e-8416-f28cfc7b3b60.0013.01/DOC_2&format=PDF

¹⁶⁰ Cfr. Dichiarazione n.1 allegata al trattato di Lisbona, reperibile al sito: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0017.02/DOC_5&format=PDF.

¹⁶¹ S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 115.

CAPITOLO II

Il principio del *ne bis in idem* come interpretato dalla Corte di giustizia

SOMMARIO: 1. La competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea: dal sistema *à la carte* di Maastricht alla competenza a «geometria variabile» di Amsterdam. - 2. *Segue*: la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in base al trattato di Lisbona. - 3. La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 54 della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS). - 4. *Segue*: la rilevanza del *bis*: «sentenza definitiva». - 5. *Segue*: sentenza che abbia esaminato nel merito i fatti rilevanti. - 6. *Segue*: in caso di sentenza di condanna, il suo carattere esecutivo. - 7. L'interpretazione della nozione di *idem*. - 8. *Segue*: la nozione di *idem* prospettata dalla Corte di giustizia. - 9. *Segue*: e quella prospettata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU.

1. La competenza pregiudiziale della Corte di giustizia: dal sistema *à la carte* di Maastricht alla competenza a «geometria variabile» di Amsterdam

Dopo aver analizzato gli aspetti storico-sistematici del divieto di doppio processo è ora necessario focalizzare l'attenzione su quelle questioni, maggiormente tecniche e controverse, che hanno impegnato a lungo, e impegnano tutt'ora, la Corte di giustizia dell'Unione europea nella fondamentale opera di sviluppo del diritto all'unicità dell'accertamento penale. Nel corso degli anni, infatti, attesa la genericità delle disposizioni ad esso dedicate anche nell'ambito della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e considerata la, seppur limitata, discrezionalità degli Stati di formulare riserve alla sua operatività, sono sorti numerosi dubbi sul funzionamento del principio del *ne bis in idem*, come disciplinato dagli artt. 54-58 CAAS¹⁶². La maggiore o minore estensione dei confini applicativi della preclusione in esame, invero, è condizionata soltanto dalla definizione che viene riconosciuta, in via giurisprudenziale, ai due elementi

¹⁶² C. VAN DEN WYNGAERT, G. STESENS, *The international non bis in idem principle: resolving some of the unanswered question*, cit., p. 788.

costitutivi su cui si impernia la tutela contro il rischio di essere processati più volte sul medesimo fatto. Se, infatti, da un lato, l'*idem factum* ha la specifica funzione di dotare l'interprete di un criterio attraverso il quale delineare tali confini applicativi; dall'altro lato, il c.d. *bis* ha lo scopo di fornire un parametro ermeneutico con cui selezionare i provvedimenti conclusivi del procedimento penale dotati di quell'efficacia preclusiva idonea ad impedire l'instaurazione di un nuovo giudizio.

Prima di entrare nel merito delle soluzioni offerte dalla Corte di giustizia in ordine ai quesiti pregiudiziali formulati dai giudici nazionali, tuttavia, occorre brevemente riassumere il quadro giuridico sul quale riposa la competenza di tale organo giurisdizionale a fornire risposta agli stessi¹⁶³.

¹⁶³ È necessario ricordare, tuttavia, che le prime occasioni offerte alla Corte di giustizia per pronunciarsi sul *ne bis in idem* concernevano cause relative ad ambiti diversi da quello della convenzione di Schengen, e più in generale, riguardavano settori diversi da quello propriamente penale. La prima opportunità di pronunciarsi in tal senso, infatti, riguardava il caso di un dipendente sottoposto a due procedimenti disciplinari per lo stesso fatto. Si tratta della sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 1966, cause riunite C-18/65 e C-35/65, *Gutmann*, ECLI:EU:C:1966:24, in: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87424&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=539936>). Questo primo caso, però, riguardava pretese punitive azionate nel medesimo ordinamento giuridico; pertanto, si può ritenere che la prima pronuncia della Corte sull'applicabilità del principio nel contesto di azioni repressive instaurate in ordinamenti diversi è stata la sentenza del 13 febbraio 1968, in causa C-14/68, *Walt Wilhelm c. Bundeskartellam*, ECLI:EU:C:1969:4, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87643&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=535674>. Anche tale pronuncia non riguardava le disposizioni della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, ma concerneva l'applicabilità di tale principio ai rapporti tra pronunce nazionali e decisioni della Commissione in materia di violazione delle norme sulla concorrenza (un contesto, quindi, non propriamente penale). Nel caso di specie, infatti, alcune imprese tedesche, condannate nel territorio nazionale per violazione della normativa interna antitrust, contestavano la pena inflitta dai giudici nazionali per violazione del principio del *ne bis in idem*, dal momento che la medesima condotta era già oggetto di un procedimento parallelo instaurato dalla Commissione per violazione dell'art. 85 comma 1 trattato CEE. La Corte di giustizia negò l'operatività del principio al caso di specie, facendo proprio il punto di vista dell'Avvocato generale Roemer, il quale, al punto 25 delle sue conclusioni, dichiarava che: «I due ordinamenti sono distinti ed autonomi. Finché per le Comunità non si potrà parlare di un ordinamento federale, appare quindi più opportuno avvicinare gli atti degli organi comunitari agli atti emananti da uno Stato estero e, per quanto riguarda l'esercizio del potere repressivo, adottare criteri analoghi a quelli che regolano i rapporti tra ordinamenti giuridici distinti. Ne consegue che il semplice fatto dell'instaurazione di un procedimento da parte della Commissione non può automaticamente impedire alle autorità nazionali di valersi dei loro poteri repressivi» (ECLI:EU:C:1968:55, in: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87664&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=535674>). I due procedimenti in questione, infatti, pur riferendosi alla medesima condotta anticoncorrenziale, trovavano il proprio fondamento in ambiti diversi: l'uno interno e l'altro comunitario. Per un'analisi più approfondita di questa prima giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di *ne bis in idem*, v.: C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., p. 939 ss.; S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 138 ss.; D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della*

Come visto nei paragrafi precedenti¹⁶⁴, la convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen era stata stipulata, al di fuori del contesto dell'allora Comunità europea, con la finalità di abolire i controlli alla frontiera tra i Paesi contraenti. In quanto trattato internazionale, dunque, pur vincolando gli Stati contraenti al rispetto delle sue disposizioni, non esplicava alcun effetto nei confronti dell'ordinamento comunitario, con la diretta conseguenza che agli Stati membri non era in alcun modo concessa la possibilità di adire in via pregiudiziale la Corte. Una tale competenza, infatti, oltre a non essere esercitabile su atti estranei al contesto giuridico comunitario sulla base dei trattati istitutivi della Comunità europea, non era nemmeno desumibile dalle norme della convenzione del 1990¹⁶⁵.

Successivamente, con il trattato di Amsterdam venne riconosciuta alla Corte una funzione più penetrante rispetto a quella del sistema previgente, estendendone la competenza pregiudiziale anche alle materie del Terzo pilastro¹⁶⁶; ma è solo in virtù delle già citate decisioni adottate sulla base dell'art. 2 n. 1 comma 2 del Protocollo *ad hoc* allegato al TUE e al TCE (il c.d. Protocollo Schengen)¹⁶⁷ che la Corte di giustizia acquisì la competenza a pronunciarsi sull'interpretazione delle disposizioni della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, assumendo così un ruolo centrale nel processo interpretativo-applicativo del principio del *ne bis in idem*¹⁶⁸.

In seguito all'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nel sistema dell'Unione, tuttavia, la disciplina giuridica del Terzo pilastro subì una frammentazione dovuta, da un lato, alla mancata adesione al sistema Schengen di due Stati membri (Irlanda

Corte di giustizia europea, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1415 ss.; ID., *Evoluzione dell'art. 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione*, cit., p. 724 ss.; L. CORDI, *Il principio del ne bis in idem nella dimensione internazionale: profili generali e prospettive di valorizzazione nello spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia*, in *L'indice penale*, 2007, p. 787.

¹⁶⁴ V. *Supra*, Cap. I, par. 9.

¹⁶⁵ L. SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo (I)*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 909.

¹⁶⁶ Si trattava, infatti, di una competenza pregiudiziale istituibile volta per volta ai sensi dell'art. K3.

¹⁶⁷ Ci si riferisce alle Decisioni 1999/435/CE, 20 Maggio 1999 e 1999/436/CE del Consiglio, 20 Maggio 1999, v. *Supra*, Cap. I, par. 9, nota 146 e 149.

¹⁶⁸ D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, cit., p. 1414; L. GAROFALO, *Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia secondo l'art. 68 del Trattato CE*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 806 ss.

e Regno Unito) e, dall'altro lato, alla partecipazione agli accordi di due Stati terzi (Islanda e Norvegia). È indubbio che gli effetti di una tale disorganicità si riverberarono anche sul piano della tutela giurisdizionale: paradossalmente, infatti, mentre i primi due Stati, membri dell'Unione europea, non erano vincolati all'osservanza delle pronunce del giudice di Lussemburgo sull'interpretazione delle disposizioni dell'Accordo di Schengen, al contrario, come subito si dirà, Islanda e Norvegia, pur essendo Stati terzi, avrebbero dovuto tenere conto, seppure in modo indiretto, delle decisioni adottate dalla Corte di giustizia. Al fine, dunque, di disciplinare la partecipazione di questi due Stati all'attuazione, applicazione e sviluppo dell'*acquis* di Schengen, l'8 maggio 1999 fu concluso tra il Consiglio dell'Unione europea, Islanda e Norvegia un Accordo *ad hoc*¹⁶⁹, nel quale vennero fissate, tra le altre, regole concernenti la competenza della Corte di giustizia. Con l'art. 9 par. 1 del citato accordo, infatti, è stato affidato ad un comitato misto, composto da rappresentanti del Consiglio, della Commissione e dei due Stati terzi, il compito di verificare l'evoluzione sia della giurisprudenza della Corte di giustizia sia quella dei tribunali islandesi e norvegesi, in modo tale da assicurare un'omogenea applicazione ed interpretazione delle disposizioni appartenenti all'*acquis* di Schengen. Qualora l'operato del comitato misto avesse evidenziato una dissonanza tra la giurisprudenza di queste corti, l'art. 10 par. 2 dell'accordo aveva previsto l'istituzione di un meccanismo di soluzione della controversia attraverso negoziati, finalizzati ad ottenere una composizione definitiva della *querelle*, in mancanza della quale si sarebbe potuti giungere, come stabilito dall'art. 11, anche all'estinzione dell'accordo stesso¹⁷⁰.

In ogni caso, come già anticipato, il trattato di Amsterdam, innovando sensibilmente la disciplina predisposta dal trattato di Maastricht, che non prevedeva

¹⁶⁹ L'accordo era previsto dall'art. 6, par. 1 del Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen, in *GU L* 176 del 10.7.1999, pag. 36. Il 30 giugno 1999, inoltre, è stato concluso a Bruxelles un secondo accordo tra il Consiglio dell'unione europea, l'Islanda e la Norvegia, previsto dall'art. 6 par. 2 del Protocollo di Schengen e avente ad oggetto l'instaurazione di diritti ed obblighi tra l'Irlanda e il Regno Unito, da un lato, e l'Islanda e la Norvegia dall'altro, nei settori dell'*acquis* di Schengen che riguardavano tali Stati.

¹⁷⁰ C. M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, cit., p. 735; I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2003.

il coinvolgimento della Corte nel settore della Giustizia e degli Affari interni, se non nell'ambito delle convenzioni tra Stati membri (e, quindi, solo se da esse istituita e secondo una disciplina necessariamente non uniforme), estese, attraverso la previsione dell'art. 35 TUE, la competenza della Corte di giustizia anche alle materie collocate nel Terzo pilastro. Come evidenziato dalla dottrina, il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 35 TUE rappresentava un "ibrido" tra il modello comunitario *ex art. 234 TCE* e quello previsto dalle singole convenzioni del Terzo pilastro adottate prima dell'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, riferendosi, in particolare, al protocollo del 23 luglio 1996 relativo all'interpretazione in via pregiudiziale della convenzione Europol, sul cui modello furono tratteggiati i successivi protocolli del 29 novembre 1996 concernenti le convenzioni PIF e SID¹⁷¹.

L'elemento che accomunava la competenza pregiudiziale *ex art. 35 TUE* e quella prevista in precedenza dal trattato di Maastricht per le convenzioni adottate nell'ambito del Terzo pilastro consisteva, infatti, nella non obbligatorietà di tale

¹⁷¹ Per l'esame della competenza della Corte nelle suddette convenzioni v.: I INGRAVALLO, *La Corte di Giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea*, cit., p. 482 e 483; F. MUNARI, C. AMALFITANO, *Il «terzo pilastro» dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 773 ss.; L. TOSATO, *Atti giuridici vincolanti e competenze della Corte comunitaria nell'ambito del terzo pilastro*, in *L'Italia e la politica internazionale*, Bologna, 2000, p. 337, in cui l'autore afferma che: «In precedenza, alla Corte era stata riconosciuta una competenza minima ed eventuale. Il Trattato di Maastricht si limitava ad enunciare la possibilità che gli Stati membri, nel concludere convenzioni relative al Terzo pilastro, attribuissero competenze alla Corte comunitaria per interpretarne le disposizioni e per risolvere le controversie relative alla loro applicazione (art. K. 3 par. 2 lett. c). Come si vede, una competenza del tutto facoltativa, da discutersi volta per volta in relazione alle singole convenzioni, anche per quanto riguarda i contenuti concreti e le modalità di esercizio. A ben vedere, la norma del Trattato poteva considerarsi addirittura superflua, in quanto nulla avrebbe impedito agli Stati membri di concordare caso per caso l'attribuzione di un qualche ruolo alla Corte anche in assenza della norma citata. Nessuna competenza, nemmeno facoltativa, era invece prevista con riguardo agli strumenti giuridici del Terzo pilastro». Inoltre, v. L. SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo (I)*, cit., p. 908 e 909 dove si dice: «Per ciò che riguarda la competenza della Corte di giustizia ad interpretare tali disposizioni, occorre ricordare come, dopo essere stata per lungo tempo sostanzialmente esclusa dal Settore Giustizia/Affari interni di cui al Titolo VI del Trattato UE, la Corte si era per la prima volta vista riconoscere la competenza ad interpretare le disposizioni di una convenzione del terzo pilastro nel 1996 con il protocollo aggiuntivo alla convenzione Europol, seguita poi dal protocollo del 29 novembre 1996 relativo al ruolo della Corte di Lussemburgo nella convenzione del 26 luglio 1995 sulla protezione degli interessi finanziari delle comunità europee (c.d. convenzione "PIF"), ed alla convenzione dell'Unione europea del 26 maggio 1997 relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea».

competenza, essendo questa subordinata ad una scelta discrezionale degli Stati membri. Tuttavia, a differenza di quanto accadeva nei confronti delle singole convenzioni, la competenza pregiudiziale prevista con il trattato di Amsterdam, una volta accettata, non doveva essere negoziata volta per volta, ma operava in via generale e preventiva con riguardo a tutti gli atti contemplati¹⁷².

Dopo aver attribuito, in via generale, alla Corte di giustizia la competenza «a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità o l'interpretazione delle decisioni-quadro e delle decisioni, sull'interpretazione di convenzioni stabilite ai sensi del presente titolo e sulla validità e sull'interpretazione delle misure applicative delle stesse», l'art. 35, parr. 2 e 3, TUE, infatti, riconosceva agli Stati la possibilità di manifestare la propria volontà di assoggettarsi a tale competenza attraverso un'apposita dichiarazione di accettazione (che ogni Stato era libero di effettuare o meno) e, una volta accettata, rimetteva ad essi la scelta di attribuire il potere di adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale soltanto ai giudici di ultima istanza (art. 35, par. 2, lett. a), oppure di estendere tale facoltà a tutti i giudici statali (art. 35, par. 2, lett. b)¹⁷³. Si trattava, dunque, di un meccanismo altamente flessibile che permetteva di conferire alla Corte, attraverso specifiche clausole di *opting in*¹⁷⁴, la competenza

¹⁷² G. L. TOSATO, *Atti giuridici vincolanti e competenze della Corte comunitaria nell'ambito del terzo pilastro*, cit., p. 337 ss.; inoltre, secondo C. C. GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il trattato di Amsterdam*, in *Riv. dir. eur.*, 1998, si tratta di un sistema *à la carte* ovvero come affermato da L. SALAZAR, *Il controverso ruolo della Corte di giustizia nel «terzo pilastro»: prime applicazioni dell'articolo K. 3 del trattato sull'Unione europea*, in *Studi in onore di G.F. Mancini*, in *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998, p. 926, una «coperta di Arlecchino».

¹⁷³ Cfr. art. 35, par. 2, TUE: «Con una dichiarazione effettuata all'atto della firma del trattato di Amsterdam o, successivamente, in qualsiasi momento, ogni Stato membro può accettare che la Corte di giustizia sia competente a pronunciarsi in via pregiudiziale, come previsto dal paragrafo 1». E art. 35 par. 3 TUE: «Lo Stato membro che effettui una dichiarazione a norma del paragrafo 2 precisa che: a) ogni giurisdizione di tale Stato avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno può chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale su una questione sollevata in un giudizio pendente davanti a tale giurisdizione e concernente la validità o l'interpretazione di un atto di cui al paragrafo 1, se detta giurisdizione reputi necessaria una decisione su tale punto per emanare la sua sentenza, o b) ogni giurisdizione di tale Stato può chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale su una questione sollevata in un giudizio pendente davanti a tale giurisdizione e concernente la validità o l'interpretazione di un atto di cui al paragrafo 1, se detta giurisdizione reputi necessaria una decisione su tale punto per emanare la sua sentenza».

¹⁷⁴ Si tratta di un meccanismo in virtù del quale si riconosce la possibilità di rivolgere quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia solo a quegli Stati che effettuano un'espressa dichiarazione di accettazione della competenza della stessa in materia penale.

a giudicare sui ricorsi in via pregiudiziale¹⁷⁵. Indipendentemente da tali scelte, il paragrafo 4 dell'art. 35 TUE¹⁷⁶ consentiva agli Stati membri di partecipare allo svolgimento dei giudizi: in questo modo, si consentiva ai giudici di quegli Stati che non avevano accettato la competenza della Corte non solo di tener conto, indirettamente, della sua giurisprudenza, ma anche di prendere parte al giudizio, presentare le proprie osservazioni e suggerire soluzioni che la Corte di giustizia avrebbe comunque potuto decidere di seguire¹⁷⁷.

L'ampia discrezionalità riconosciuta agli Stati, conseguenza di un compromesso per superare la contrarietà di alcuni Paesi a riconoscere alla Corte una competenza piena nei confronti degli atti del Titolo VI¹⁷⁸, non si arrestava a tali scelte: una volta, infatti, che fosse stata effettuata la dichiarazione di accettazione conformemente all'art. 35 par. 3 TUE, la Dichiarazione n. 10, allegata al trattato di Amsterdam¹⁷⁹, consentiva agli Stati membri di riservarsi «il diritto di prevedere nelle loro legislazioni nazionali» che i giudici di ultima istanza non avessero una semplice facoltà, ma un vero e proprio obbligo di adire pregiudizialmente la Corte¹⁸⁰. Al momento dell'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, la Spagna aveva previsto il rinvio facoltativo alla Corte solo per i giudici di ultima istanza,

¹⁷⁵ Come sottolineato da V. SKOURIS, *La Giustizia europea: problemi e prospettive*, Conferenza di Roma del 14 giugno 2007, in <http://astra.csm.it/AI/pdf/AI-Conferenze-Roma14giugno2007-DiscSkouris.pdf>: «Nel registro della “cooperazione accompagnata” del Titolo VI del Trattato sull'Unione europea, è un sistema di protocolli addizionali o di dichiarazioni che disciplina la competenza della Corte, della quale si potrebbe dire che si fonda sul volontariato e la scelta multipla. In effetti, ciascuno Stato membro ha per opzione di riconoscere la competenza della Corte per decidere a titolo pregiudiziale sulle materie coperte. Se lo decide, può scegliere di limitare questa competenza alle questioni poste dagli organi giudiziari le cui decisioni non sono soggette ad un ricorso giurisdizionale di diritto interno, o l'aprire più ampiamente ad ogni organo giurisdizionale». Inoltre, v. I. OTTAVIANO, *Profili evolutivi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una disciplina procedurale uniforme nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 456.

¹⁷⁶ Cfr. art. 35, par. 4, TUE: «Ogni Stato membro, che abbia o meno fatto una dichiarazione a norma del paragrafo 2, ha la facoltà di presentare alla Corte memorie od osservazioni scritte nei procedimenti di cui al paragrafo 1».

¹⁷⁷ I. INGRAVALLO, *La Corte di Giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Comunità internazionale*, cit.

¹⁷⁸ I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di Giustizia*, cit., p. 498 ss.

¹⁷⁹ Cfr. Comunicato pubblicato nella GUCE L 114 del 1° maggio 1999, p. 56.

¹⁸⁰ «Solo in quest'ultimo caso, quindi, si realizza una disciplina conforme a quella dell'art. 234 TCE e si garantisce l'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto nell'ambito del Terzo pilastro», cfr. D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, cit., p. 1414.

mentre Austria, Belgio, Finlandia, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo e Svezia avevano riconosciuto la facoltà a tutti i giudici, alla luce dell'art. 35 par. 3 lett. b) TUE. Inoltre, sette Stati membri (Austria, Belgio, Germania, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Spagna) si erano riservati il diritto di prevedere, nel loro diritto interno, l'obbligo per i giudici di ultima istanza di rivolgersi alla Corte di giustizia, conformemente a ciò che stabiliva la dichiarazione n. 10. In seguito, anche il governo francese effettuò la dichiarazione di accettazione della competenza della Corte ai sensi dell'art. 35 par. 3, lett. b), riservandosi al contempo la possibilità di vincolare i giudici di ultima istanza. La competenza pregiudiziale della Corte non fu, invece, accettata da Danimarca, Irlanda e Regno Unito.

L'elasticità del meccanismo delineato dai paragrafi 2 e 3 dell'art. 35 TUE, pur avendo permesso di trovare un compromesso sulle questioni pregiudiziali, fu oggetto di numerose critiche. La disomogeneità delle scelte compiute dagli Stati membri, infatti, aveva dato vita ad una competenza a "macchia di leopardo" che avrebbe inficiato tanto la certezza del diritto quanto il principio di uguaglianza, dal momento che il livello di tutela offerto ai destinatari degli atti del Terzo pilastro era diverso a seconda dello Stato in cui essi si trovavano¹⁸¹.

Come si vedrà nel corso della trattazione, la competenza «a geometria variabile» originata dall'art. 35 TUE, comunque, non impedì alla Corte di giustizia di esercitare la propria funzione di stimolo per la progressiva armonizzazione dei sistemi giuridici dei Paesi membri anche nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

¹⁸¹ I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di Giustizia*, cit., p. 498 ss.; L. SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo (I)*, cit., p. 909; I. INGRAVALLO, *La Corte di Giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea*, cit., p. 485 ss.; M. FLETCHER, *The European Court of Justice: Carving itself an influential role in the EU's Third Pillar*, International Conference. Montreal, 17-19 May 2007, p. 6 ss.

2. Segue: la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in base al trattato di Lisbona.

La disorganicità della disciplina sulla competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, originata dalle molteplici alternative concesse agli Stati dal sistema previsto con il trattato di Amsterdam, è stata sensibilmente uniformata con le modifiche introdotte dal trattato di Lisbona che, superando definitivamente la suddivisione in pilastri introdotta a Maastricht e, dunque, inserendo nel “diritto comune” la materia della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, ha imposto agli Stati, anche per queste materie, la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, a prescindere dalle condizioni stabilite dal previgente art. 35 TUE¹⁸².

Con l’abrogazione degli artt. 35 TUE e 68 CE¹⁸³, infatti, la Corte ha acquisito, anche nelle materie relative allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, una competenza pregiudiziale generale, oggi disciplinata dall’art. 19, par. 3, lett. b),

¹⁸² Con il trattato di Lisbona, infatti, viene completato il processo di comunitarizzazione del Terzo pilastro iniziato con il trattato di Amsterdam. Di conseguenza, le materie sulla cooperazione di polizia e sulla cooperazione giudiziaria penale, rimaste con il trattato di Amsterdam nel vecchio Terzo pilastro, vengono trasfuse nel pilastro comunitario. Il Titolo V della parte III del trattato sul funzionamento dell’Unione europea si intitola «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia» e ricomprende, cioè, tutte quelle materie relative: (i) ai controlli alle frontiere, asilo e immigrazione; (ii) alla cooperazione giudiziaria in materia civile; (iii) alla cooperazione giudiziaria in materia penale; (iv) alla cooperazione di polizia. Voci in dottrina, pertanto, ritengono che il trattato di Lisbona ha codificato il principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni come base giuridica della cooperazione giudiziaria quando, in realtà, quell’obiettivo era già stato raggiunto.

¹⁸³ Per l’abrogazione dell’art. 68 trattato CE, v. A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell’Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, p. 60 ss., in cui l’autore afferma che: «Viene, inoltre, superata con il trattato di Lisbona la limitazione della competenza in via pregiudiziale della Corte di giustizia che era stabilita dall’art. 68 del trattato CE in relazione alle disposizioni ed agli atti di cui al Titolo IV dello stesso trattato (cioè visti, asilo, immigrazione e cooperazione giudiziaria in materia civile), rispetto ai quali opera ormai il regime “ordinario” previsto dal TFUE. Le domande a titolo pregiudiziale potranno perciò essere proposte, anche in relazione a tali materie, da tutti gli organi giurisdizionali (e non più soltanto da quelli che emettono sentenze non impugnabili). Resta, tuttavia, una limitazione posta dall’art. 276 TFUE per il quale la Corte non è competente a 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».

TUE e dall'art. 267 TFUE¹⁸⁴. La delicatezza di tale settore, tuttavia, ha reso necessaria l'adozione di un regime provvisorio che consentisse agli Stati di prepararsi a questo eccezionale cambiamento: a tal fine, infatti, l'art. 10 del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie¹⁸⁵ ha conferito all'art. 35 TUE (nella versione precedente il trattato di Lisbona) un'ultrattività di cinque anni - decorrente dal 1° dicembre 2009¹⁸⁶ - stabilendo che, per questo lasso di tempo, avrebbero continuato ad operare, rispetto agli atti dell'Unione adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, le regole relative alla competenza della Corte in precedenza stabilite¹⁸⁷.

Il paragrafo 4 dell'art. 10 del Protocollo n. 36, inoltre, fissava uno specifico regime per il Regno Unito che non aveva mai accettato la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia: «Al più tardi sei mesi prima della fine del periodo transitorio di cui al paragrafo 3 il Regno Unito può notificare al Consiglio che, riguardo agli atti di cui al paragrafo 1, non accetta le attribuzioni delle istituzioni menzionate al

¹⁸⁴ Cfr. art. 19, par. 3, lett. b), TUE: «La Corte di giustizia dell'Unione europea si pronuncia conformemente ai trattati: (a) sui ricorsi presentati da uno Stato membro, da un'istituzione o da una persona fisica o giuridica; (b) *in via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione o sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni*; (c) negli altri casi previsti dai trattati». Art. 267 TFUE: «La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione».

¹⁸⁵ Cfr. art. 10 del Protocollo n. 36: «A titolo di misura transitoria e in ordine agli atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, le attribuzioni delle istituzioni alla data di entrata in vigore di detto trattato sono le seguenti: le attribuzioni della Commissione ai sensi dell'articolo 258 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea non sono applicabili e *le attribuzioni della Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi del titolo VI del trattato sull'Unione europea, nella versione vigente prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, restano invariate, anche nel caso in cui siano state accettate in forza dell'articolo 35, paragrafo 2 di detto trattato sull'Unione europea*». Il Protocollo sul regime transitorio, reperibile al sito <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=IT>, non è dedicato esclusivamente alla tutela giurisdizionale, ma anche agli atti previsti dall'art. 34 TUE nella versione precedente Lisbona. L'art. 9 del citato Protocollo, infatti, stabilisce che: «Gli effetti giuridici degli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione adottati in base al trattato sull'Unione europea prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona sono mantenuti finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione dei trattati. Ciò vale anche per le convenzioni concluse tra Stati membri in base al trattato sull'Unione europea».

¹⁸⁶ Data di entrata in vigore del trattato di Lisbona.

¹⁸⁷ Cfr. Comunicato Stampa n. 104/09, Lussemburgo, 30 novembre 2009, in http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-09-104_it.htm; D. BONI, *La fine del regime transitorio, a cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 197 e 198.

paragrafo 1 quali previste dai trattati. Se il Regno Unito ha effettuato la notifica, cessano di applicarsi a detto Stato tutti gli atti di cui al paragrafo 1 dalla data di fine del periodo transitorio di cui al paragrafo 3. Il presente comma non si applica nel caso degli atti modificati applicabili al Regno Unito secondo quanto indicato al paragrafo 2».

Era, cioè, concessa al Regno Unito la possibilità di notificare al Consiglio, entro sei mesi dalla scadenza del regime transitorio, la propria volontà di non accettare le nuove attribuzioni accordate alla Corte di giustizia in relazione a quegli atti del terzo pilastro per i quali non fossero intervenute modifiche o riforme dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona. Nel caso in cui, dunque, il Regno Unito avesse espresso la volontà di non vincolarsi alla competenza pregiudiziale della Corte, a far data dal 1° dicembre 2014 tali atti avrebbero cessato di avere applicazione nei confronti del Regno Unito, determinando così l'esenzione totale di questo Stato membro dalle misure riguardanti l'ex Terzo pilastro. Allo stesso tempo, però, il paragrafo 5 dell'art. 10¹⁸⁸ concedeva al governo britannico la possibilità di manifestare al Consiglio l'intenzione di volersi vincolare ad uno o più tra gli atti in questione, attraverso le procedure di *opt-out* ed *opt-in* relative all'*acquis* di Schengen e allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel suo complesso, stabilite dai Protocolli n. 19 e n. 21¹⁸⁹.

Dopo un acceso e controverso dibattito, condotto più su un livello politico che non su un piano giuridico, il Regno Unito decise di avvalersi di entrambe le facoltà concessegli dal Protocollo n. 36: il governo britannico, infatti, manifestò la volontà di svincolarsi da tutte le misure del vecchio Terzo pilastro, invocando la clausola di

¹⁸⁸ Cfr. art. 10, par. 5 del Protocollo n. 36: «Successivamente il Regno Unito può in qualsiasi momento notificare al Consiglio che desidera partecipare ad atti che, in forza del paragrafo 4, primo comma, hanno cessato di applicarsi a detto Stato. In tale occorrenza si applicano, secondo i casi, le disposizioni pertinenti del protocollo sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione europea o del protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Le attribuzioni delle istituzioni riguardo a tali atti sono quelle previste dai trattati. Quando agiscono nell'ambito dei protocolli in questione, le istituzioni dell'Unione e il Regno Unito si adoperano per ristabilire la più ampia partecipazione possibile del Regno Unito all'*acquis* dell'Unione riguardo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza incidere profondamente sul funzionamento pratico delle varie parti dell'*acquis* e rispettandone la coerenza».

¹⁸⁹ Il testo del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché i relativi Protocolli sono reperibili al sito: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=IT>.

opt-out en masse e, al contempo, decise di esercitare la clausola di *back opt-in*, vincolandosi però solo a trentacinque misure dell'Unione¹⁹⁰.

Il Regno Unito, tuttavia, non è l'unico Stato membro dell'Unione europea a godere di una posizione privilegiata rispetto alla cooperazione giudiziaria penale: come visto nel paragrafo precedente, infatti, anche l'Irlanda e la Danimarca non hanno mai accettato la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia¹⁹¹. La particolare posizione di questi tre Stati, non vincolati, in generale, alle disposizioni sulla cooperazione di polizia e sulla cooperazione giudiziaria in materia penale e, quindi, non vincolati nemmeno all'osservanza delle pronunce della Corte di giustizia rispetto a tali disposizioni, è disciplinata da due Protocolli allegati al TUE e al TFUE¹⁹².

¹⁹⁰ Come sottolineato da S. MONTALDO, *Scadenza del regime transitorio per gli atti del terzo pilastro: il block opt-out del Regno Unito e il suo successivo opt-in per 35 misure*, 1 dicembre 2014, in www.eurojus.it: il 15 ottobre del 2012 fu la data in cui «il governo britannico ha per la prima volta annunciato ufficialmente, in un *oral statement* alla *House of Commons*, l'intenzione di avvalersi dell'opportunità di *block opt-out*». La dichiarazione in esame è reperibile al sito: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmeuleg/683/683.pdf>. In questa occasione, «la *Home Secretary* Theresa May evidenziò come molti degli oltre centotrenta atti rilevanti non rispondessero ad un effettivo interesse del Regno Unito, mentre altri risultassero di fatto non applicati sin dal momento della loro adozione. L'avvio dell'*iter* venne dunque giustificato dalla necessità di razionalizzare gli obblighi derivanti in capo al Regno Unito dal complesso panorama normativo consolidatosi nel tempo nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Allo stesso tempo, il rappresentante del governo prospettò la volontà di negoziare con la Commissione i termini per un limitato *back opt-in*, circoscritto alle sole *individual measures that it is in our National interest to rejoin*» in <https://www.gov.uk/government/speeches/european-justice-and-home-affairs-powers-home-secretarys-oral-statement>. Inoltre, il governo inglese «il 9 luglio 2013, formalizzava i propri annunci mediante la pubblicazione del *Command Paper* n. 8671 – *Decision pursuant to Article 10 of Protocol 36 to the TFEU*, documento nel quale veniva per la prima volta proposta una lista di 35 strumenti normativi in relazione ai quali si sarebbe potuta prospettare la conferma della partecipazione del Regno Unito» in <https://www.gov.uk/government/publications/decision-pursuant-to-article-10-of-protocol-36-to-the-treaty-on-the-functioning-of-the-european-union>. Fu proprio sulla base di questo documento che «il Primo Ministro David Cameron, il 24 luglio 2013, con alcuni mesi di anticipo rispetto al termine ultimo previsto all'art. 10, par. 4, del protocollo n. 36 (ovvero sei mesi dalla fine del regime transitorio), notificava formalmente al Consiglio la volontà del Regno Unito di avvalersi del *block opt-out*» in <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2012750%202013%20INIT>. La lista dei 35 atti su cui, invece, è stato successivamente esercitato l'*opt-in* sono consultabili al sito: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/IT/1-2014-596-IT-F1-1-ANNEX-1.Pdf>.

¹⁹¹ V. *Supra*, Cap. II, par. 1.

¹⁹² Per un'approfondita analisi di questo tema, v. S. MONTALDO, *L'integrazione differenziata e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale nell'UE: il caso degli opt-out di Regno Unito, Irlanda e Danimarca*, in www.lalegislazionepenale.eu. Entrambi i protocolli allegati al trattato sul funzionamento dell'Unione europea sono reperibili in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=IT>.

Per quanto riguarda il Regno Unito e l'Irlanda, il Protocollo n. 21 allegato ai trattati¹⁹³, dopo aver dettato agli artt. 1 e 2 la regola generale in virtù della quale entrambi gli Stati non partecipano «all'adozione da parte del Consiglio delle misure proposte a norma della parte terza, titolo V del TFUE» e, di conseguenza, non sono vincolati all'osservanza delle «decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione di tali disposizioni o misure»¹⁹⁴, fa salva, all'art. 3, la possibilità di «notificare per iscritto al presidente del Consiglio, entro tre mesi dalla presentazione di una proposta o un'iniziativa al Consiglio, a norma della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che desiderano partecipare all'adozione ed applicazione di una delle misure proposte». Anche una volta adottata la misura, è, comunque, concessa la facoltà per questi due Stati di «notificare al Consiglio e alla Commissione la loro intenzione di accettarla»¹⁹⁵. Per ogni singolo atto che viene elaborato in materia di cooperazione giudiziaria penale, dunque, il Regno Unito e l'Irlanda hanno la possibilità di esercitare l'*opt-in*, dichiarando di volersi vincolare a quella specifica disposizione¹⁹⁶. È chiaro che la

¹⁹³ Il testo del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché i relativi protocolli sono reperibili al sito: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=IT>.

¹⁹⁴ Cfr. art. 1 del Protocollo n. 21: «Fatto salvo l'articolo 3, il Regno Unito e l'Irlanda non partecipano all'adozione da parte del Consiglio delle misure proposte a norma della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Per le decisioni del Consiglio che devono essere adottate all'unanimità si richiede l'unanimità del Consiglio, ad eccezione dei rappresentanti dei governi del Regno Unito e dell'Irlanda». Art. 2 del Protocollo n. 21: «In conseguenza dell'articolo 1 e fatti salvi gli articoli 3, 4 e 6, nessuna disposizione della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nessuna misura adottata a norma di detto titolo, nessuna disposizione di accordi internazionali conclusi dall'Unione a norma di detto titolo e nessuna decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione di tali disposizioni o misure è vincolante o applicabile nel Regno Unito o in Irlanda; nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo le competenze, i diritti e gli obblighi di tali Stati; e nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo l'*acquis* comunitario e dell'Unione né costituisce parte del diritto dell'Unione, quali applicabili al Regno Unito e all'Irlanda».

¹⁹⁵ Cfr. art. 4 del Protocollo n. 21: «Il Regno Unito o l'Irlanda, in qualsiasi momento dopo l'adozione di una misura da parte del Consiglio a norma della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, possono notificare al Consiglio e alla Commissione la loro intenzione di accettarla. In tal caso si applica, con gli opportuni adattamenti, la procedura di cui all'articolo 331, paragrafo 1 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

¹⁹⁶ D. BONI, *La fine del regime transitorio, a cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, cit.; S. MONTALDO, *Scadenza del regime transitorio per gli atti del terzo pilastro*, cit. E' da notare, comunque, che, nella maggior parte dei casi, il Regno Unito e l'Irlanda hanno esercitato questa facoltà di *opt-in* rispetto agli atti entrati in vigore dopo il trattato di Lisbona.

volontà di vincolarsi a quel determinato atto implica anche l'intenzione di assoggettarsi alla competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in ordine a quella stessa misura.

Quanto appena detto segna la differenza rispetto alla posizione della Danimarca, la cui disciplina è prevista dal Protocollo n. 22 allegato al TUE e al TFUE¹⁹⁷. Al pari del Regno Unito e dell'Irlanda, infatti, anche la Danimarca «non partecipa all'adozione da parte del Consiglio delle misure proposte a norma della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea» e non è vincolata da «nessuna disposizione della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nessuna misura adottata a norma di tale titolo, nessuna disposizione di alcun accordo internazionale concluso dall'Unione a norma di tale titolo»; di conseguenza «nessuna decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione di tali disposizioni o misure o di misure modificate o modificabili a norma di tale titolo è vincolante o applicabile in Danimarca»¹⁹⁸. Tuttavia, a differenza dei primi due Stati membri, l'art. 7 del citato Protocollo¹⁹⁹ riconosce alla Danimarca soltanto la facoltà di invocare la clausola di *opt-in en masse*, rinunciando in blocco al regime di integrazione differenziata,

¹⁹⁷ Il testo del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché i relativi protocolli sono reperibili al sito: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=IT>.

¹⁹⁸ Cfr. art. 1 del Protocollo n. 22: «La Danimarca non partecipa all'adozione da parte del Consiglio delle misure proposte a norma della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Per le decisioni del Consiglio che devono essere adottate all'unanimità si richiede l'unanimità dei membri del Consiglio, ad eccezione del rappresentante del governo della Danimarca». Art. 2 del Protocollo n. 22: «Nessuna disposizione della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nessuna misura adottata a norma di tale titolo, nessuna disposizione di alcun accordo internazionale concluso dall'Unione a norma di tale titolo e nessuna decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione di tali disposizioni o misure o di misure modificate o modificabili a norma di tale titolo è vincolante o applicabile in Danimarca; nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo le competenze, i diritti e gli obblighi della Danimarca; nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo l'acquis comunitario e dell'Unione né costituisce parte del diritto dell'Unione, quali applicabili alla Danimarca. In particolare, gli atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale, adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, che sono modificati, continuano ad essere vincolanti e applicabili alla Danimarca senza modifiche».

¹⁹⁹ Cfr. art. 7 del Protocollo n. 22: «La Danimarca può in qualunque momento, secondo le proprie norme costituzionali, informare gli altri Stati membri che non intende più avvalersi, in tutto o in parte, del presente protocollo. In tal caso la Danimarca applicherà pienamente tutte le misure pertinenti in vigore a quel momento nell'ambito dell'Unione europea. Tutte le disposizioni che sono state adottate in attuazione del diritto primario, diventerebbero automaticamente vincolanti».

concesso in sede di stipulazione dei trattati. In tal caso, tutte le disposizioni primarie e, quindi, tutte le misure adottate in attuazione del diritto primario, diventerebbero automaticamente vincolanti e, di conseguenza, la Danimarca si sottoporrebbe *tout court* al sindacato della Corte di giustizia. Si deve, comunque, tenere in considerazione che questa clausola di non partecipazione in materia di Giustizia e Affari interni, criticata per la sua eccessiva rigidità, è stata oggetto di accesi dibattiti tra quei partiti di governo che difendevano l'autonomia concessa alla Danimarca in sede di stipulazione dei trattati e quegli altri partiti che, al contrario, incoraggiando una più stringente cooperazione con gli altri Stati membri, proponevano la conversione di detta clausola in una, maggiormente flessibile, che consentisse una partecipazione selettiva, simile a quella vigente per Irlanda e Regno Unito. Gli animi, tuttavia, sono stati sopiti dal popolo danese che, nel referendum del 3 dicembre 2015, si è espresso in senso contrario al cambiamento²⁰⁰.

Ciò nonostante, le disposizioni transitorie sopra richiamate hanno cessato di avere efficacia il 1° dicembre 2014. Questa data segna un momento particolarmente importante per lo sviluppo del processo di integrazione europea nel contesto della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale già da tempo iniziato: da un lato, infatti, ha effetto il c.d. *opt-out en masse* esercitato dal Regno Unito in virtù dell'art. 10 par. 4 del Protocollo n. 36 allegato al TUE e al TFUE; dall'altro lato, decadono tutte quelle limitazioni alla competenza della Corte di giustizia in un settore ove è particolarmente sentita l'esigenza di assicurare l'applicazione uniforme degli atti normativi e di valutarli sotto il profilo della loro conformità ai diritti fondamentali²⁰¹.

²⁰⁰ Il 53,1% dei votanti si è espresso contrario alla proposta, mentre il 46,9% si è espresso in senso favorevole. I dati del referendum danese sono reperibili al sito: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPART&reference=PE-602.774&format=PDF&language=IT&secondRef=01>, p. 7.

²⁰¹ S. MONTALDO, *Scadenza del regime transitorio per gli atti del terzo pilastro: il block opt-out del Regno Unito e il suo successivo opt-in per 35 misure*, cit. D. BONI, *La fine del regime transitorio, a cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, cit., p. 197 ss.; C. AMALFITANO, *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema "ordinario" di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia*, 1° dicembre 2014 in www.eurojus.it, dove si approfondisce anche il regime degli atti ex Terzo pilastro, dopo la scadenza del regime transitorio.

3. La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 54 della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS)

Come già anticipato, fin dai primi momenti in cui al giudice dell'Unione è stata attribuita la possibilità di esprimersi in via pregiudiziale anche sulle disposizioni della convenzione di Schengen²⁰², la genericità terminologica, con cui il principio del *ne bis in idem* viene sancito all'interno di detta convenzione, ha indotto gli Stati a sollecitare pregiudizialmente la Corte di giustizia al fine di acquisire una maggiore chiarezza su quegli elementi dell'art. 54 CAAS che costituiscono il punto cardine attorno al quale ruota l'intera tutela contro il rischio di *multiple prosecutions*. A partire dal 2003, dunque, i giudici di Lussemburgo hanno iniziato a fissare alcuni punti fermi in ordine a questi elementi identitari del *ne bis in idem* in ambito europeo, fornendo una definizione pressoché completa sia di «*bis*» che di «*idem*»²⁰³.

Una ricostruzione chiara e sistematica della giurisprudenza della Corte di Giustizia, tuttavia, non permette di seguire l'*iter* cronologico delle varie pronunce pregiudiziali; la disamina delle stesse, pertanto, verrà strutturata in modo tale da fornire un quadro completo della definizione di entrambi gli elementi, come interpretati dalla Corte: in primo luogo, infatti, ci si occuperà di quelle decisioni con cui è stata circoscritta la nozione di «*bis*»; successivamente, invece, si procederà all'analisi di quelle pronunce con cui è stata fissata la nozione di «*idem*».

²⁰² V. *Supra*, Cap. II, par. 1.

²⁰³ G. DE AMICIS, *Il principio del "ne bis in idem" europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3164.

4. *Segue: la rilevanza del bis: «sentenza definitiva»*

Come già esaminato in precedenza, la possibilità di applicare il principio del *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 54 CAAS è subordinata, innanzitutto, alla definitività della decisione con cui si conclude il procedimento nei confronti di un soggetto in un determinato Stato membro²⁰⁴. La norma, tuttavia, configurando in termini generali l'operatività del divieto di *bis in idem* in relazione alla «sentenza definitiva», non specifica quali siano i provvedimenti che effettivamente possono essere ricondotti entro i confini di tale nozione²⁰⁵. Il primo quesito che ha impegnato la Corte di giustizia nella sua opera ermeneutica, infatti, riguardava la configurabilità dell'effetto preclusivo di cui all'art. 54 CAAS a fronte delle c.d. «*décisions extra-judiciaires*» e di quelle forme di definizione del procedimento senza l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Tale pronuncia, resa dalla Corte di giustizia l'11 febbraio 2003 relativa alle cause riunite C-18/01 (*Hüseyin Gözütok*) e C-385/01 (*Klaus Brügge*)²⁰⁶, è stata

²⁰⁴ La sentenza, infatti, ai sensi dell'art. 54 CAAS deve soddisfare tre condizioni: (i) deve essere definitiva; (ii) deve avere esaminato nel merito i fatti rilevanti; (iii) se di condanna, deve avere carattere esecutivo. V. *Supra*, Cap. I, par. 9. È necessario, però, tenere ben presente che, mentre le prime due condizioni di operatività si ricavano tanto dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen quanto dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; la terza condizione, invece, è enunciata soltanto dall'art. 54 CAAS. Per l'analisi della condizione di esecuzione di cui all'art. 54 CAAS, v. *Infra*, Cap. III, Sez. (B).

²⁰⁵ Come sottolineato in dottrina, la più ampia formulazione del principio nell'art. 54 CAAS si discosta notevolmente dall'art. 53 della convenzione sulla validità internazionale dei giudizi repressivi del 1970 che, «facendo esplicito riferimento al «*jugement répressif européen*», sembra configurare l'operatività del *ne bis in idem* per le sole sentenze rese in un procedimento penale di tipo giurisdizionale». Con queste parole si esprime, C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., p. 950.

²⁰⁶ Cfr. C.G., 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, ECLI:EU:C:2003:87, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48044&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=307840>. Le due cause sono state riunite in conformità con l'art. 43 del regolamento di procedura della Corte di giustizia; l'udienza comune ebbe luogo il 2 luglio 2002 alla presenza dei rappresentanti di tutte le parti che avevano presentato osservazioni scritte (il sig. *Gözütok*, i Governi tedesco, olandese, francese e belga, e la Commissione), nonché il Governo italiano, intervenuto solo nella seconda fase orale del procedimento. La sentenza in commento costituisce la prima pronuncia della Corte su un rinvio pregiudiziale chiesto ai sensi dell'art. 35 TUE e rappresenta il primo caso nel quale la Corte giudica un atto rientrante nel sistema Schengen, in questo senso, v.: N. THWAITES, *Mutual trust in criminal matters: the European Court of Justice gives a first interpretation of a provision of the Convention implementing the Schengen Agreement*, in *German Law Journal*, 2003, p. 254; M. FLETCHER, *Some developments to the ne bis in idem*

originata da due domande pregiudiziali distinte, presentate rispettivamente dall'*Oberlandesgericht* (Corte di appello) di Colonia (Germania) e dal *Rechtbank van Eerste Aanleg* (Tribunale di primo grado) di Furnes (Belgio). La prima questione riguardava un cittadino turco (il signor *Hüseyin Gözütok*), residente in Olanda da sette anni (e ivi gestore di un «*coffee-shop*»), perseguito nei Paesi Bassi ed in Germania per commercio illegale di droghe leggere (hashish e marijuana). Il procedimento penale avviato nei Paesi Bassi si era concluso con l'accettazione, da parte del *Gözütok*, di una proposta di estinzione dell'azione penale avanzata dal pubblico ministero, che si è realizzata con il versamento di una somma pecuniaria, conformemente all'art. 74 del *Wetboek van Strafrecht* (codice penale olandese). Il *Gözütok*, tuttavia, venne successivamente perseguito in Germania per il medesimo reato: in primo grado l'*Amtsgericht* (Pretore) di Acquisgrana aveva condannato l'imputato ad una pena detentiva di un anno e cinque mesi, con sospensione condizionale della pena. Nel giudizio di appello, interposto sia dall'imputato che dal pubblico ministero, il *Landgericht* (tribunale) della stessa città aveva, invece, chiuso il procedimento penale in quanto, ritenuto applicabile l'art. 54 della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, la rinuncia definitiva dell'azione penale da parte delle autorità olandesi sarebbe risultata vincolante anche per le autorità giudiziarie tedesche. A seguito di ulteriore impugnativa del pubblico ministero di tale ordinanza dinanzi all'*Oberlandesgericht* (Corte di appello) di Colonia, quest'ultimo giudice, ritenendo che la soluzione della controversia necessitasse l'interpretazione dell'art. 54 CAAS, ha deciso di sospendere il procedimento ed interrogare pregiudizialmente la Corte di giustizia (con ordinanza del 30 marzo 2001).

La Corte, dunque, era chiamata a stabilire se il provvedimento del pubblico ministero olandese, idoneo ad estinguere l'azione penale per i medesimi fatti sul piano nazionale, potesse precludere l'instaurazione di un nuovo giudizio per la stessa fattispecie anche in Germania, ai sensi dell'art. 54 CAAS²⁰⁷.

principle in the European Union: criminal proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge, in *Modern Law Review*, 2003, p. 769 ss.

²⁰⁷ Il quesito pregiudiziale era formulato nei seguenti termini: «Se per la Repubblica federale di Germania si verifichi l'estinzione dell'azione penale ai sensi dell'art. 54 CAAS nel caso in cui,

Analogamente all'*Oberlandesgericht* di Colonia, il Tribunale di primo grado di Furnes, con ordinanza del 4 maggio 2001, aveva sospeso il procedimento a carico di un cittadino tedesco residente in Germania (*Klaus Brügge*), accusato dal pubblico ministero belga di aver inferto in Belgio lesioni volontarie ad una donna, causandone l'incapacità lavorativa (costituitasi in prima istanza parte civile). Il *Brügge*, infatti, era già stato imputato per i medesimi fatti in territorio tedesco, ove era intervenuta l'estinzione del procedimento in seguito al patteggiamento con il pubblico ministero della Procura di Bonn, conformemente a quanto statuito dall'art. 153 n. 1, seconda frase del *Strafprozessordnung* (codice di procedura penale tedesco) che consentiva tale procedura previo versamento di una somma di danaro (nella specie, 1000 marchi tedeschi). Al fine di chiarire se una tale definizione del procedimento, senza l'intervento di un giudice, potesse considerarsi preclusiva di altro procedimento penale per gli stessi fatti in un diverso Stato membro, a norma dell'art. 54 CAAS, il giudice belga ha chiesto alla Corte: «Se l'applicazione dell'art. 54 CAAS consent[isse] al PM belga di rinviare a giudizio dinanzi al giudice penale belga e di far condannare in tale sede un cittadino tedesco, nell'ipotesi in cui a quest'ultimo per gli stessi fatti [fosse] stata proposta dal PM tedesco l'archiviazione della causa in cambio di una sanzione pecuniaria, ed egli [avesse] provveduto al pagamento»²⁰⁸.

Come suggerito dall'Avvocato generale nelle proprie conclusioni²⁰⁹, la Corte di giustizia ha esaminato le due domande pregiudiziali facendo astrazione dai

secondo il diritto olandese, per la stessa fattispecie l'azione penale sia estinta sul piano nazionale. Se ciò valga in particolare anche nel caso in cui una decisione del PM che ordina l'archiviazione del procedimento previa esecuzione delle sanzioni imposte (nel diritto olandese, *transactie*), escluda la possibilità di esperire l'azione penale dinanzi ad un giudice olandese mentre, secondo il diritto di altri Stati membri, una tale decisione richiede un'approvazione del giudice». C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., p. 951.

²⁰⁸ I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di Giustizia*, cit., p. 500 ss.; C. M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, cit., p. 736 e 737; L. SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo (I)*, cit., p. 907 ss.

²⁰⁹ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale, DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER, presentate in data 19 settembre 2002, in cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Procédure pénale c. H. Gözütok e Procédure pénale c. K. Brügge*, ECLI:EU:C:2002:516, pubblicate in *Raccolta* e reperibili al sito: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47686&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=307840>. In particolare, nei paragrafi 36-38, l'Avvocato generale sottolinea che dal senso generale delle pregiudiziali si può desumere che esse sollevino i seguenti

termini in cui le questioni sono state formulate dai giudici del rinvio. Il nodo da sciogliere, infatti, consisteva nella riconducibilità, all'interno della definizione di «sentenza definitiva» ai sensi dell'art. 54 CAAS, di quel provvedimento del pubblico ministero idoneo, secondo la legge di alcuni Stati membri, a definire il procedimento penale. Tale qualificazione, infatti, permetterebbe di imporre a tutti gli Stati membri di riconoscere autorità di giudicato a tale provvedimento, indipendentemente dal fatto che il proprio diritto nazionale richieda, ai fini della chiusura del procedimento, l'intervento del giudice²¹⁰.

Il quadro, già di per sé articolato, è ulteriormente complicato dalle differenti versioni linguistiche dell'art. 54 CAAS (italiano: sentenza definitiva; francese: *définitivement jugée*; inglese: *finally disposed*; spagnolo: *juzgada en sentencia firme*; tedesco: *rechtskräftig abgeurteilt*; olandese: *onherroepelijk vonnis*): alcune di esse, infatti, sembrano alludere all'ammissibilità del principio del *ne bis in idem* solo in relazione ad una pronuncia emessa da un'autorità giurisdizionale; altre, invece, sembrano estendere l'effetto preclusivo anche a quei provvedimenti provenienti da autorità inquirenti²¹¹. Sulla questione terminologica si è soffermato l'Avvocato generale Colomer, il quale, nelle proprie conclusioni, ha focalizzato l'attenzione sul carattere implicitamente giurisdizionale della c.d. «transazione penale», al fine di suggerire alla Corte di giustizia un'interpretazione estensiva della nozione di «sentenza definitiva», idonea a rendere applicabile l'art. 54 CAAS anche nel caso in cui l'azione penale si estingua, nell'ordinamento giuridico di uno Stato

dubbi: «Il primo dubbio consiste nello stabilire se il principio del *ne bis in idem*, enunciato all'art. 54 della Convenzione, si applichi anche quando in uno degli Stati membri si verifica l'estinzione dell'azione penale per effetto di una decisione di non luogo a procedere adottata dal pubblico ministero dopo che l'imputato ha soddisfatto le condizioni che gli sono state imposte. In caso di risposta affermativa alla prima questione, il giudice tedesco si chiede se la decisione del pubblico ministero debba necessariamente venire approvata da un giudice». Il ragionamento svolto con riferimento alla questione sollevata dai giudici tedeschi vale, *mutatis mutandis*, per la seconda questione pregiudiziale posta dai giudici belgi. In questo senso, C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., p. 952, nota 79.

²¹⁰ C. AMALFITANO, *Id.*, p. 951 e 952.

²¹¹ M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law*, cit., p. 569; C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., p. 951.

membro, a seguito di una decisione adottata dal pubblico ministero, dopo il soddisfacimento da parte dell'imputato delle condizioni richieste²¹².

Affermando, infatti, che un'eventuale esclusione del *ne bis in idem* comporterebbe un ingiustificato esercizio reiterato dello *ius puniendi*, l'Avvocato generale suggerisce l'opportunità di estendere tale effetto preclusivo a qualsiasi pronuncia con cui lo Stato esprime l'ultima parola in merito ai fatti perseguiti, indipendentemente che essa provenga da un magistrato in sede giudicante, da un giudice istruttore a conclusione della sua attività inquirente ovvero da un pubblico ministero nell'esercizio dell'azione repressiva dei reati. Anche questo modo di amministrare la giustizia senza l'intervento di alcun giudice, infatti, è espressione dello *jus punendi* dello Stato, il quale, nonostante lasci l'imputato libero di accettare o meno la «transazione penale» offerta, mantiene comunque una posizione di preminenza rispetto allo stesso soggetto accusato²¹³. Inoltre, «una volta che l'accordo sia divenuto immodificabile, si può considerare che l'imputato abbia ottenuto un giudizio definitivo e che, grazie all'adempimento degli obblighi stipulati nell'accordo, la sanzione sia stata eseguita»²¹⁴. In questo modo, dunque, viene anche garantita la conformità con il dettato dell'art. 54 CAAS che, in caso di condanna dell'imputato, subordina l'applicazione del *ne bis in idem* all'esecuzione della pena.

Alle medesime conclusioni, benché sulla base di un ragionamento più sintetico rispetto a quello svolto dall'Avvocato generale Colomer nelle sue conclusioni²¹⁵, è

²¹² Cfr. paragrafi 64 -77 delle conclusioni dell'Avvocato generale, DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER, cit. per l'analisi dei «Procedimenti di natura transattiva negli Stati membri»; i paragrafi 109-118 delle conclusioni, *ibidem*, per le questioni terminologiche e, infine, il paragrafo 134, *ibidem*, per l'interpretazione dell'Avvocato generale. In questo senso: L. SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo (I)*, cit., p. 907 ss.; C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., p. 952 e 953; I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di Giustizia*, cit., p. 498 ss.

²¹³ Cfr. paragrafo 109 delle conclusioni dell'Avvocato generale, DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER, cit.; E. SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo (Unione europea)*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1695; A. CALIGIURI, *L'applicazione del principio del ne bis in idem in diritto comunitario: a margine della sentenza Gözütok e Brügge*, in *Riv. dir.int. priv. proc.*, 2003, p. 875.

²¹⁴ Cfr. paragrafo 90 delle conclusioni.

²¹⁵ Nella sentenza non viene, ad esempio, ripreso l'argomento secondo cui le decisioni controverse sono espressione dello *ius puniendi*, cui si ricorre, secondo le legislazioni di alcuni stati membri, per reprimere i reati meno gravi e socialmente riprovevoli, per cui anch'esse hanno carattere giurisdizionale implicito secondo cui, pertanto, in virtù della natura puramente formale di una loro

pervenuta la Corte di giustizia. Anche la riflessione svolta dai giudici comunitari, infatti, prende le mosse dall'analisi della c.d. «transazione penale»: si tratta, cioè, di un meccanismo processuale, conosciuto in quasi tutti gli ordinamenti penali degli Stati membri²¹⁶ (ad eccezione della Grecia), consistente in una procedura attraverso la quale il pubblico ministero, previa autorizzazione di legge, può rinunciare all'esercizio dell'azione penale a carico di un imputato, dopo il versamento al pubblico erario di una somma di denaro o il soddisfacimento di altre condizioni. Ovviamente, qualora l'imputato decidesse di non accettare la proposta del pubblico ministero, l'*iter* giudiziario e sanzionatorio seguirà il corso ordinario.

Secondo la Corte, dunque, affinché si possa parlare di «giudicato», è necessario che il provvedimento, con cui è stato estinto il procedimento a carico dell'imputato, provenga da «un'autorità incaricata di amministrare la giustizia penale»: di conseguenza, l'intervento del giudice, previsto come elemento indefettibile in un dato ordinamento giuridico, può non essere considerato tale qualora si tratti di dare applicazione al principio del *ne bis in idem* come sancito dall'art. 54 CAAS. E di «giudicato» è corretto parlare tanto più se si considera che le pronunce del tipo in esame puniscono comunque il comportamento illecito contestato all'imputato, attraverso l'imposizione di una serie di obblighi derivanti dall'accettazione della proposta avanzata dal pubblico ministero²¹⁷. L'accento, dunque, non viene posto

approvazione giurisdizionale, risulta anche ad esse applicabile, sulla base di una sua interpretazione ampia, l'art. 54 della convenzione applicativa dell'accordo di Schengen (punti 61 ss. delle conclusioni). Analogamente, i giudici svolgono considerazioni piuttosto scarse sul principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri nei confronti dei loro sistemi di giustizia penale che avrebbe forse meritato maggiori approfondimenti non solo in virtù del fatto che esso giustifica l'operatività del *ne bis in idem* anche in relazione alle decisioni controverse, ma anche per l'importanza che riveste nella prospettiva dell'integrazione europea (paragrafi 119 ss. delle conclusioni dell'Avvocato generale, DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER, cit.), limitandosi ad affermare che «il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 della CAAS, a prescindere dal fatto che sia applicato nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale che necessitino o meno dell'intervento di un giudice o di pronunce giudiziali, implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di questi ultimi accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse» (paragrafo 33 della sentenza, *Gözütok e Brügger*, cit.). In questo senso, C. AMALFITANO, *Bis in idem per il «ne bis in idem»: nuovo quesito alla Corte di giustizia*, cit., pag. 86, nota 4.

²¹⁶ Per quanto riguarda l'Italia, v. artt. 444-448 cod. proc. pen.

²¹⁷ Cfr. paragrafi 27-29 della sentenza, *Gözütok e Brügger*, cit.: «Orbene, una procedura di estinzione dell'azione penale, del tipo di quelle in essere nelle cause principali, è una procedura mediante la quale il Pubblico ministero, legittimato a tal fine dall'ordinamento giuridico nazionale

tanto sul carattere giudiziale della decisione, quanto piuttosto sul carattere punitivo della «transazione penale». Pertanto, una volta eseguiti tali obblighi, l'imputato deve essere considerato come «giudicato con sentenza definitiva» per i fatti contestatigli ai sensi e per gli effetti dell'art. 54 CAAS²¹⁸. Per di più, dal momento che tali procedure semplificate di estinzione dell'azione penale vengono, in linea di principio, applicate soltanto con riferimento agli illeciti meno gravi²¹⁹, un'interpretazione restrittiva della nozione di «sentenza definitiva», con conseguente applicazione dell'art. 54 CAAS alle sole decisioni adottate da un giudice ed emanate sotto forma di sentenza, priverebbe irragionevolmente della tutela, garantita dal principio del *ne bis in idem*, quei soggetti imputati per gli illeciti meno gravi²²⁰.

competente, decide di chiudere i procedimenti penali a carico dell'imputato *dopo che quest'ultimo ha soddisfatto certi obblighi* e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro, stabilita dal detto Pubblico ministero. Di conseguenza, occorre in primo luogo rilevare che, nell'ambito di una siffatta procedura, l'azione penale si estingue mediante una *decisione emessa da un'autorità incaricata di amministrare la giustizia penale nell'ordinamento giuridico nazionale interessato*. In secondo luogo, è importante rilevare che una procedura di tale tipo, i cui effetti, quali previsti dalla legge nazionale applicabile, sono subordinati all'impegno dell'imputato di eseguire determinati obblighi prescritti dal Pubblico ministero, *colpisce il comportamento illecito contestato all'imputato*». Corsivi aggiunti.

²¹⁸ Cfr. paragrafo 30 della sentenza, *Gözütok e Brügger*, cit.: «Alla luce di ciò, è giocoforza concludere che quando, a seguito di un procedimento del tipo di quelli di cui trattasi nella causa principale, l'azione penale si estingue definitivamente, l'interessato dev'essere considerato *giudicato con sentenza definitiva*, ai sensi dell'art. 54 della CAAS, per i fatti al medesimo contestati. Inoltre, una volta eseguiti gli obblighi a carico dell'imputato, la pena collegata alla procedura di estinzione dell'azione penale dev'essere considerata «eseguita», ai sensi della medesima disposizione». In questo senso, D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, cit., p. 1417; M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law*, cit., p. 569; I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di Giustizia*, cit. p. 500 ss.

²¹⁹ L'Avvocato generale parla di reati la cui repressione non richiede l'applicazione «di pene pesanti; è sufficiente una reazione meno dura e meno traumatica». Cfr. paragrafo 82 delle conclusioni dell'Avvocato generale, DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER, cit.

²²⁰ Cfr. paragrafo 40 della sentenza, *Gözütok e Brügger*, cit.: «Alla luce di ciò, la limitazione dell'applicazione dell'art. 54 della CAAS alle sole decisioni di archiviazione dell'azione penale adottate da un giudice o emanate sotto forma di sentenza avrebbe il risultato di far beneficiare del principio del *ne bis in idem* previsto da questa disposizione, e pertanto della libera circolazione che quest'ultima mira ad agevolare, i soli imputati colpevoli di reati per i quali, a causa della loro gravità o delle sanzioni per essi applicabili, è impossibile far ricorso alla definizione semplificata di certi procedimenti penali, in cui consiste una procedura di estinzione dell'azione penale del tipo di quelle di cui trattasi nelle cause principali». In questo senso: I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di Giustizia*, cit. p. 500 ss.; A. CALIGIURI, *L'applicazione del principio del ne bis in idem in diritto comunitario*, cit., p. 872; E. SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo*, cit., p. 1695.

Peraltro, come ricordato dai giudici della Corte, il fatto che «nessuna disposizione del Titolo VI TUE, né dell'Accordo di Schengen, né della convenzione attuativa subordina l'applicazione dell'art. 54 CAAS all'armonizzazione o, quanto meno, al ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri nel settore delle procedure di estinzione dell'azione penale»²²¹, comporta un elevato livello di fiducia tra sistemi repressivi nazionali, in mancanza del quale sarebbe impossibile costruire uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia²²². Per tali motivi, l'applicazione del principio del *ne bis in idem* non può essere subordinata alla condizione che nei diversi Stati membri siano in vigore le medesime regole

²²¹ Cfr. paragrafo 32 della sentenza, *Gözütok e Brügger*, cit.: «Peraltro, è importante rilevare che nessuna disposizione del titolo VI del Trattato sull'Unione europea, relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, i cui artt. 34 e 31 sono stati indicati come fondamento normativo degli artt. 54-58 della CAAS, né dell'Accordo di Schengen o della stessa CAAS assoggetta l'applicazione dell'art. 54 di quest'ultima all'armonizzazione o, quanto meno, al ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri nel settore delle procedure di estinzione dell'azione penale».

²²² Cfr. paragrafo 33 della sentenza, *Gözütok e Brügger*, cit.: «Alla luce di ciò, il principio del *ne bis in idem*, sancito nell'art. 54 della CAAS, a prescindere dal fatto che sia applicato nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale che necessitino o meno dell'intervento di un giudice o di pronunce giudiziali, *implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse*». Corsivi aggiunti. Come sottolineato da D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, cit., p. 1417: quella della Corte è «un'affermazione molto “forte” anche alla luce dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che pure la Corte non era tenuta formalmente a considerare, la quale codifica il principio del *ne bis in idem* in riferimento ad una sentenza penale definitiva *conformemente alla legge*». Sul punto aveva insistito anche l'Avvocato generale che, ricordando il punto 33 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999, afferma al paragrafo 124 delle conclusioni: «Questa meta comune non può essere raggiunta senza una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro sistemi di giustizia penale, né senza il reciproco riconoscimento delle loro rispettive pronunce, adottate all'interno di un vero e proprio «mercato comune dei diritti fondamentali». Infatti, tale riconoscimento è basato sull'idea che, nonostante uno Stato possa non trattare una specifica questione in maniera uguale o simile a quella di un altro Stato, i risultati saranno tali da essere accettati come equivalenti alle decisioni che avrebbe adottato lo Stato interessato, poiché si conformano agli stessi principi e valori. Si tratta di un elemento imprescindibile del processo evolutivo che coinvolge attualmente l'Unione europea: la reciproca fiducia nell'adeguatezza delle normative degli Stati partecipanti e nella corretta applicazione di tali normative». Inoltre, v. T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 625 ss.; N. THWAITES, *Mutual trust in criminal matters*, cit., p. 259 ss.; M. WASMEIER, *The principle of ne bis in idem*, cit., p. 124; E. SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo*, cit., p. 1694; L. SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1041; M. FLETCHER, *Some developments to the ne bis in idem principle in the European Union*, cit. p. 774 ss.; G. DE AMICIS, *Il principio del «ne bis in idem» europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, cit., p. 3167.

processuali e sostanziali; al contrario, è proprio nel momento in cui esse divergono che gli Stati sono chiamati a “fidarsi” dell’accertamento penale contenuto nella decisione pronunciata *aliunde*, attribuendo alla stessa autorità di *res iudicata*²²³. In questa logica, dunque, l’interpretazione estensiva della nozione di «sentenza definitiva» ex art. 54 CAAS sembrerebbe essere anche l’unica che, facendo prevalere «l’oggetto e lo scopo di questa disposizione su aspetti procedurali o meramente formali»²²⁴, garantisce la piena effettività del principio del *ne bis in idem*, considerato dalla Corte come un presupposto indefettibile per la piena realizzazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia²²⁵.

Il ragionamento dei giudici di Lussemburgo, dunque, sembra in qualche modo «sottintendere e presupporre quel processo di “europeizzazione” della competenza territoriale che va lentamente affermandosi in ordine a diverse fattispecie criminose intrinsecamente dotate di una valenza propriamente europea e che comunque oltrepassa le frontiere nazionali ed in ordine alle quali gli strumenti dell’Unione vengono sempre più frequentemente a vincolare gli Stati membri a prevedere ipotesi allargate di competenza»²²⁶. Del resto, una simile soluzione era stata

²²³ Cfr. paragrafo 34 della sentenza, *Gözütok e Brügger*, cit.: «Per i medesimi motivi l’applicazione da parte di uno Stato membro del principio del *ne bis in idem*, quale enunciato nell’art. 54 della CAAS, a procedimenti di estinzione dell’azione penale svoltisi in un altro Stato membro senza l’intervento di un giudice non può essere subordinata alla condizione che nemmeno l’ordinamento giuridico del primo Stato richieda un simile intervento giurisdizionale». In questo senso, v.: N. NEAGU, *The “ne bis in idem” principle in the case-law of the European Court of Justice (II). The “final judgment” and “enforcement” issues*, in *Lex et Scientia International Journal*, 2012, p. 70.

²²⁴ Cfr. paragrafo 35 della sentenza, *Gözütok e Brügger*, cit.: «Questa interpretazione dell’art. 54 della CAAS acquista ancor più valore in quanto è la sola a far prevalere l’oggetto e lo scopo di questa disposizione su aspetti procedurali o meramente formali, che variano del resto secondo gli Stati membri interessati, e a garantire una proficua applicazione di detto principio».

²²⁵ Cfr. paragrafo 38, *ibidem*: «L’art. 54 della CAAS, che ha lo scopo di evitare che una persona, per il fatto di esercitare il suo diritto alla libera circolazione, sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati membri, può validamente contribuire alla realizzazione compiuta di questo scopo solo se applicabile anche a decisioni che chiudono definitivamente il procedimento penale in uno Stato membro, benché siano adottate senza l’intervento di un giudice e non assumano la forma di una sentenza». In questo senso, A. CALIGIURI, *L’applicazione del principio del ne bis in idem in diritto comunitario*, cit. p. 872 ss.; C. AMALFITANO, *Bis in idem per il «ne bis in idem»*, cit., p. 87, in particolare, v. note nn. 7 e 8; N. NEAGU, *The “ne bis in idem” principle in the case-law of the European Court of Justice (II)*, cit., p. 69 ss.; L. SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all’attenzione della Corte di Lussemburgo (II)*, cit., p. 1041.

²²⁶ Cfr. L. SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all’attenzione della Corte di Lussemburgo (II)*, cit., p. 1041; N. THWAITES, *Mutual trust in criminal matters*, cit., p. 260 ss. Si deve rilevare, inoltre, che alcuni Governi (tedesco, belga e francese) si erano dichiarati contrari ad

suggerita dall'Avvocato generale che, insistendo sull'esigenza di realizzare un'integrazione ogni giorno più stretta tra gli Stati membri, aveva invitato la Corte ad accogliere un'interpretazione autonoma dell'art. 54 CAAS, suscettibile di valere per tutti i diversi ordinamenti nazionali²²⁷.

Imponendo, dunque, agli Stati membri di riconoscere efficacia preclusiva anche a quei provvedimenti adottati da soggetti diversi dal giudice, e ciò nonostante idonei, secondo la legge nazionale, ad estinguere l'azione penale, la pronuncia della Corte di giustizia ha avuto un'incidenza particolare per gli ordinamenti come quello francese, quello greco e quello italiano, i cui sistemi processuali penali non prevedono l'istituto del patteggiamento o comunque richiedono, ai fini dell'estinzione dell'azione penale, l'intervento del giudice²²⁸. Una tale soluzione, d'altro canto, trova la sua ragion d'essere se si considera che le decisioni in esame vantano anch'esse, al pari delle sentenze, i due requisiti indefettibili della *res iudicata*: l'efficacia esecutiva e l'immodificabilità²²⁹.

un'interpretazione estensiva della norma, in quanto ritenuta incompatibile con la *ratio* degli artt. 55 e 58 CAAS; per l'obiezione della Corte di giustizia a tali osservazioni, v. paragrafi da 41 a 46 della sentenza, *Gözütok e Brügger*, cit. e per un'analisi più approfondita, v.: A. CALIGIURI, *L'applicazione del principio del ne bis in idem in diritto comunitario*, cit. p. 872 ss.

²²⁷ Cfr. paragrafi 41 e 42 delle conclusioni dell'Avvocato generale, DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER, cit.

²²⁸ Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, però, si deve considerare che l'istituto dell'archiviazione disposta dal pubblico ministero non integra i requisiti richiesti dalla Corte di giustizia: si tratta, infatti, di un provvedimento che oltre a non essere definitivo non ha nemmeno carattere sostanziale; al contrario, costituirà provvedimento ostativo per le autorità degli altri Stati membri non solo la sentenza con cui viene applicata la pena su richiesta delle parti, ma anche l'archiviazione disposta dal giudice di pace per la particolare tenuità del fatto (art. 34 D.lg. 28 agosto 2000, n. 274). In questo senso: E. SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo*, cit., p. 1693; I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di Giustizia*, cit. p. 500 ss.

²²⁹ Cfr. paragrafo 48 della sentenza, *Gözütok e Brügger*, cit: «Alla luce di tutte le precedenti considerazioni occorre rispondere alle questioni proposte dichiarando che il principio del ne bis in idem, sancito dall'art. 54 della CAAS, si applica anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali, in forza delle quali il Pubblico ministero di uno Stato membro chiude, senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro, stabilita dal Pubblico ministero». In questo senso: D. DEL VESCOVO, *Evoluzione dell'art. 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione*, cit., p. 728; I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di Giustizia*, cit. p. 500 ss.; C. M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, cit., p. 737. A ben vedere, i giudici della Corte hanno seguito il ragionamento suggerito dall'Avvocato generale nei par. 98 e 99 delle proprie conclusioni. Cfr. paragrafo 98 delle conclusioni dell'Avvocato generale, DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER, cit.: «Se e quanto è assicurata la tutela dei diritti del cittadino riguardo alle questioni poste dai giudici nazionali, ed in particolare,

Una considerazione a parte merita il problema, sollevato dal Governo belga nelle proprie osservazioni e già esaminato dall'Avvocato generale nelle conclusioni²³⁰, sull'eventuale pregiudizio che potrebbe derivare per i diritti delle vittime di reato dall'applicazione dell'art. 54 CAAS alle «transazioni penali». A tal proposito, si deve ritenere che l'estensione dell'effetto preclusivo anche ai provvedimenti emessi a conclusione di tali procedure di estinzione dell'azione penale non vieta alle vittime o a chiunque altro sia stato danneggiato dal reato di promuovere o di proseguire un'azione civile diretta ad ottenere un risarcimento per il danno sofferto: il principio del *ne bis in idem*, infatti, ha come unico effetto quello di scongiurare l'instaurazione di più procedimenti penali a carico di un soggetto già giudicato con sentenza definitiva per i medesimi fatti in un altro Stato membro.

Nella logica dei giudici della Corte, dunque, il principio sancito dall'art. 54 CAAS non deve essere strumentalizzato al fine di eludere la responsabilità civile nascente da un illecito penale²³¹.

dall'Oberlandesgericht Köln, e nonostante il rilievo mosso dal governo francese, è irrilevante il fatto che la decisione cui consegue l'estinzione dell'azione penale venga o meno approvata da un giudice»; paragrafo 99, *ibidem*: «A ben guardare, l'eventuale intervento di un giudice a posteriori non aggiunge nulla di nuovo. Dal momento che i diritti dell'imputato vengono tutelati *ab initio*, che esiste un'ammissione di colpevolezza e, quindi, una pronuncia implicita su quest'ultima, la successiva ratifica da parte dell'organo giurisdizionale riveste un carattere puramente formale; è quindi una procedura che può convertirsi in vuoto formalismo».

²³⁰ Cfr. paragrafo 105, *ibidem*: «Tale affermazione risulta in realtà superflua in quanto ovvia, poiché la detta norma convenzionale si riferisce puramente al procedimento penale. Nei sistemi in cui l'offeso non può esperire l'azione civile parallelamente all'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali competenti, non sorge alcun dubbio al riguardo. Negli ordinamenti in cui tale cumulo delle azioni dinanzi ai giudici penali è possibile, dopo l'archiviazione del caso rimane pur sempre salvo il diritto del danneggiato di esperire l'azione civile dinanzi al giudice competente e secondo le disposizioni di legge».

²³¹ Cfr. paragrafo 47 della sentenza, *Gözütok e Brügger*, cit: «In ultimo, per quanto concerne la tesi del governo belga secondo la quale l'applicazione dell'art. 54 della CAAS a transazioni penali rischierebbe di ledere i diritti della vittima di un reato, è importante rilevare che il principio del *ne bis in idem*, quale enunciato da questa disposizione, ha l'unico effetto di evitare che una persona giudicata con sentenza definitiva in uno Stato membro possa essere sottoposta ad un nuovo procedimento penale per i medesimi fatti in un altro Stato membro. Il detto principio non vieta alla vittima o a chiunque altro sia stato danneggiato dal comportamento dell'imputato di promuovere o di continuare un'azione civile diretta ad ottenere un risarcimento per il danno sofferto». In questo senso: L. SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo (I)*, cit., p. 907 ss.; T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 625 ss.; D. DEL VESCOVO, *Evoluzione dell'art. 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione*, cit., p. 728; I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di Giustizia*, cit. p. 500 ss.

La portata della nozione di «persona giudicata con sentenza definitiva» è stata ulteriormente precisata dai giudici di Lussemburgo in seguito ad un rinvio pregiudiziale operato dal giudice istruttore del *Landesgericht für Strafsachen Wien* (Tribunale di Vienna) nell'ambito di un procedimento penale avviato in Austria a carico del signor *Vladimir Turanský*, un cittadino slovacco sospettato di avere commesso, con la complicità di altre persone²³², una rapina aggravata in danno di un cittadino austriaco nel territorio della Repubblica d'Austria²³³. Ritenendo necessaria un'ulteriore precisazione sulla portata della nozione di «sentenza definitiva», il giudice del rinvio aveva deciso di sospendere il giudizio e di chiedere alla Corte se la decisione di sospensione del procedimento penale, adottata dalla polizia giudiziaria al termine di un esame nel merito della causa ma in una fase precedente all'incriminazione dell'imputato, precludesse l'esercizio dell'azione penale nei confronti dello stesso soggetto in un altro Stato membro²³⁴.

Rievocando la precedente elaborazione giurisprudenziale sui profili centrali del *thema decidendum*²³⁵, la Corte di giustizia individua il crisma della definitività della sentenza, ai sensi dell'art. 54 CAAS, nell'esito decisorio di un procedimento che conduce alla definitiva estinzione dell'azione penale. Ne deriva che solo una decisione, riconosciuta dal diritto interno del primo Stato membro come

²³² Si trattava, nella specie, di due cittadini polacchi, oggetto di distinti procedimenti.

²³³ Cfr. C.G., 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turansky*, ECLI:EU:C:2008:768, in: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73224&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=343148>.

²³⁴ Cfr. paragrafo 25 della sentenza, *Turansky*, cit.: «Se il principio del *ne bis in idem*, contenuto nell'art. 54 della CAAS, debba essere interpretato nel senso che osta all'esercizio dell'azione penale nella Repubblica d'Austria nei confronti di un sospettato, quando il procedimento penale avviato nella Repubblica slovacca per la stessa fattispecie è stato archiviato dopo che un'autorità di polizia, previo esame nel merito e senza sanzioni, ha posto esecutivamente fine al procedimento ordinandone l'interruzione». In questo senso: D. DEL VESCOVO, *Evoluzione dell'art. 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione*, cit., p. 736 ss.; N. NEAGU, *The "ne bis in idem" principle in the case-law of the European Court of Justice (II)*, cit., p. 82 ss.; G. DE AMICIS, *Il principio del «ne bis in idem» europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, cit., p. 3162.

²³⁵ Cfr. paragrafi 32 e 33 della sentenza, *Turansky*, cit. La Corte di giustizia, infatti, da un lato, richiama il paragrafo 30 della sentenza 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, cit. (V. *Supra*, in questo paragrafo, nota 218), con riferimento alla nozione di persona «giudicata con sentenza definitiva»; dall'altro lato, richiama il paragrafo 61 della sentenza 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Van Straaten* (V. *Infra*, Cap. II, par. 5) in cui viene sancito che l'art. 54 CAAS trova applicazione ad una decisione dell'autorità giudiziaria di uno Stato contraente che assolva definitivamente un imputato per insufficienza di prove.

«definitiva» e di conseguenza estintiva dell'azione penale, è idonea a determinare l'effetto preclusivo stabilito dall'art. 54 CAAS²³⁶.

Dalle osservazioni del Governo slovacco²³⁷, invece, emerge chiaramente che la decisione di sospensione del procedimento penale, adottata, all'esito di un esame nel merito della causa, dalla propria polizia giudiziaria in una fase precedente all'incriminazione dell'imputato, non impedisce l'instaurazione di un nuovo procedimento penale per i medesimi fatti e a carico della stessa persona nel territorio nazionale²³⁸.

Di conseguenza, la Corte di giustizia esclude che possa costituire provvedimento definitivo, e come tale costituire presupposto per l'operatività dell'art. 54 CAAS, una decisione che, al pari di quella oggetto del rinvio

²³⁶ Cfr. paragrafi 35 e 36 della sentenza, *Turansky*, cit.: «Per valutare se una decisione è «definitiva» ai sensi dell'art. 54 della CAAS, occorre verificare in via preliminare, come hanno sostenuto in particolare i governi austriaco, olandese, finlandese e del Regno Unito, nonché la Commissione, che ai sensi del diritto nazionale dello Stato contraente cui appartengono le autorità che hanno adottato tale decisione essa sia considerata definitiva e obbligatoria ed assicurarsi che in tale Stato membro essa dia luogo alla tutela conferita dal principio ne bis in idem. Una decisione che, secondo il diritto del primo Stato contraente che ha avviato un procedimento penale a carico di una persona, non estingue definitivamente l'azione penale a livello nazionale, non può infatti, in linea di principio, produrre l'effetto di costituire un ostacolo procedurale all'avvio o al proseguimento di un procedimento penale, per gli stessi fatti, a carico di tale persona in un altro Stato contraente». In questo senso: A. WEYEMBERGH, *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem : une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle en matière pénale*, in *«La Cour de Justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence»*, A. ROSAS, E. LEVITS E Y. BOT (a cura di), *The Hague*, 2013, p. 539 ss.; C. M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, cit., p. 741 e 742; G. DE AMICIS, *Il principio del «ne bis in idem» europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, cit., p. 3162 ss.

²³⁷ Per la Repubblica slovacca, la CAAS esercita effetti vincolanti dalla data di adesione di tale Stato all'UE, ossia dal 1° maggio 2004.

²³⁸ L'art. 215 n. 1 e 4 c.p.p. della Repubblica slovacca, infatti, stabilisce che «La Procura sospende il procedimento penale: (a) se non sussiste alcun dubbio che il fatto per il quale è stato avviato il procedimento penale non si è verificato; (b) se tale fatto non costituisce reato e non sussistano motivi per istruire la causa (...). La sospensione del procedimento in applicazione del n. 1 può essere disposta anche dalla polizia qualora non vi sia stata incriminazione (...). L'art. 9 n. 1, lett. e) dello stesso codice, nella versione vigente alla data in cui l'autorità di polizia slovacca ha adottato la decisione di sospensione del procedimento penale oggetto della causa principale, vieta di avviare siffatto procedimento o, se esso è già stato iniziato, di proseguirlo «se si tratta di una persona nei cui confronti procedimenti anteriori per lo stesso fatto sono terminati con sentenza passata in giudicato o se tali procedimenti sono stati sospesi definitivamente (...).» Cfr. paragrafi 13-15 della sentenza, *Turansky*, cit.

pregiudiziale, non estingua l'azione penale secondo l'ordinamento giuridico nazionale interessato²³⁹.

Come sottolineato dai giudici della Corte, una tale interpretazione dell'art. 54 CAAS, oltre ad essere perfettamente compatibile con lo scopo della norma, consistente nell'assicurare che una persona giudicata con sentenza definitiva non sia perseguita ulteriormente per i medesimi fatti negli altri Stati membri per il solo fatto di aver esercitato il proprio diritto alla libera circolazione²⁴⁰, è anche l'unica che non contrasterebbe con l'art. 2, primo comma, quarto trattino, TUE²⁴¹. Se, infatti, si ammettesse la possibilità di applicare l'art. 54 CAAS anche a decisioni di sospensione del procedimento penale che, secondo il diritto nazionale di uno Stato membro, non estinguono definitivamente l'azione penale, si verrebbero ad aprire ampi varchi di impunità privi di giustificazione soprattutto laddove un altro Stato membro disponga di maggior materiale probatorio a fondatezza dell'accusa²⁴².

²³⁹ Cfr. paragrafo 40 della sentenza, *Turansky*, cit.: «Occorre pertanto dichiarare che una decisione di un'autorità di polizia come quella in esame nella causa principale, la quale, pur sospendendo il procedimento penale, non pone definitivamente fine all'azione penale secondo l'ordinamento giuridico nazionale interessato, non può costituire una decisione che consente di ritenere che tale persona sia stata «giudicata con sentenza definitiva» ai sensi dell'art. 54 della CAAS». In questo senso, G. DE AMICIS, *Il principio del «ne bis in idem» europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, cit., p. 3163; N. NEAGU, *The “ne bis in idem” principle in the case-law of the European Court of Justice (II)*, cit., p. 84; C. M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, cit., p. 741 e 742.

²⁴⁰ In questo senso, v. paragrafo 38 della sentenza, *Gözütok e Brügger*, cit. (V. *Supra*, in questo paragrafo, nota 225).

²⁴¹ La disposizione citata, infatti, pone come finalità delle disposizioni del titolo VI del TUE l'adozione di «misure appropriate per quanto concerne (...) la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima», pur sviluppando l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone. Cfr. paragrafo 43 della sentenza, *Turansky*, cit.

²⁴² Cfr. paragrafo 42, *ibidem*: «Orbene, l'applicazione di questo articolo ad una decisione di sospensione del procedimento penale come quella della causa principale produrrebbe l'effetto di ostare, in un altro Stato contraente dove sarebbero forse disponibili più prove, a qualsiasi concreta possibilità di perseguire ed eventualmente sanzionare una persona per il suo comportamento illecito, mentre siffatte possibilità non sarebbero escluse nel primo Stato contraente, dove la persona interessata non è considerata giudicata con sentenza definitiva ai sensi del diritto nazionale di quest'ultimo Stato». In questo senso: G. DE AMICIS, *Il principio del «ne bis in idem» europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, cit., p. 3163; N. NEAGU, *The “ne bis in idem” principle in the case-law of the European Court of Justice (II)*, cit., p. 69 ss.

5. *Segue: sentenza che abbia esaminato nel merito i fatti rilevanti*

Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale che ha dato vita al caso appena esaminato si sottolineava il compimento, da parte dell'autorità di polizia, di un, seppur sommario, accertamento nel merito della causa²⁴³. La Corte di giustizia, invero, nel delineare i confini applicativi del *ne bis in idem*, aveva già configurato l'esame del merito dei fatti quale requisito indispensabile affinché una pronuncia nazionale potesse assurgere a decisione preclusiva, ai sensi dell'art. 54 CAAS, anche per le iniziative *in idem* promosse dalle autorità degli altri Stati membri.

La possibilità di pronunciarsi sui limiti in cui una decisione di natura meramente processuale potesse fondare la preclusione in esame, infatti, fu offerta alla Corte di giustizia, alcuni anni prima, in occasione di un rinvio pregiudiziale operato dal Tribunale di Bologna²⁴⁴, davanti al quale pendeva un procedimento nei confronti del sig. *Miraglia*, imputato di aver organizzato con altre persone il trasporto dai Paesi Bassi verso Bologna di un'ingente quantità di eroina. Al contempo, nei confronti del sig. *Miraglia*, era stato instaurato, per i medesimi fatti, un procedimento penale anche dal Tribunale di Amsterdam il quale, tuttavia, ritenne di non dover esercitare l'azione penale né comminare pene o sanzioni, alla luce del fatto che in Italia si stava già procedendo nei confronti dell'imputato. Proprio in virtù di tale decisione di puro rito, la procura olandese respinse la successiva richiesta di assistenza giudiziaria inviata dalla procura bolognese, invocando la

²⁴³ Cfr. paragrafo 25 della sentenza, C.G., causa C-491/07, *Turansky*, cit. V. *Supra*, Cap. II, par. 4.

²⁴⁴ Cfr. Ordinanza del Tribunale di Bologna, sezione I^a penale – collegiale, del 22 settembre 2003, che ha dato origine alla causa C-469/03, in *Gazz. Uff. Un. eur.*, n. C 21 del 24 gennaio 2004; T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 627 e 628; C. AMALFITANO, *Bis in idem per il ne bis in idem: nuovo quesito alla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int., priv. proc.*, 2004, p. 88 ss. In realtà, la possibilità di pronunciarsi in tal senso era emersa nel precedente caso *Gözütok e Brügge* (C.G., 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, cit., v. *Supra*, Cap. II, par. 4); tuttavia, la Corte, nonostante il suggerimento dell'Avvocato generale (Conclusioni dell'Avvocato generale, DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER, cit., v. *Supra*, Cap. II, par. 4), non aveva esplicitato nella propria sentenza se la decisione idonea a costituire *ne bis in idem* dovesse sempre contenere un accertamento circa la responsabilità dell'imputato.

preclusione del *ne bis in idem*²⁴⁵. Il rifiuto da parte delle autorità olandesi di fornire assistenza giudiziaria alla Procura di Bologna per il procedimento penale aperto nei confronti del sig. *Miraglia*, in particolare, veniva giustificato dal richiamo alle norme della convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale²⁴⁶: in particolare, si affermava che, ai sensi dell'art. 2, lett. *b*) di tale convenzione, l'assistenza giudiziaria potesse essere rifiutata «se la Parte richiesta giudica[ssse] che l'esecuzione della domanda [potesse costituire] pericolo per la sovranità, la sicurezza, l'ordine pubblico o altri interessi essenziali per la sua nazione». Per comprendere tale richiamo occorre precisare che, nel processo di ratifica, i Paesi Bassi formularono una deroga all'applicazione della convenzione, riservandosi, cioè, la facoltà di rifiutare l'assistenza giudiziaria «nel caso in cui essa riguard[asse] un'accusa penale incompatibile con il principio del *ne bis in idem*» (lett. *b*) o per «un'indagine su fatti per i quali la persona accusata di reato [fosse] perseguibile nei Paesi Bassi» (lett. *c*)²⁴⁷.

Di conseguenza, la qualificazione del provvedimento adottato dalla Procura di Amsterdam come «sentenza definitiva» da un lato, e il richiamo all'art. 54 CAAS dall'altro lato, avevano indotto il Tribunale di Bologna ad interrogare la Corte di giustizia al fine di chiarire se il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 CAAS, potesse essere applicato anche ad una decisione con cui l'Autorità giudiziaria di uno Stato membro avesse rinunciato «a promuovere l'azione penale senza alcun giudizio nel merito del fatto e sul solo presupposto che si [stesse] già procedendo in un altro Stato»²⁴⁸.

²⁴⁵ C. AMALFITANO, *Bis in idem per il ne bis in idem: nuovo quesito alla Corte di giustizia*, cit., p. 88 ss.; T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 627 e 628; F. ALICINO, *Il ne bis in idem comunitario e la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea: due facce di una stessa medaglia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 1511 ss.; D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, cit., p. 1418.

²⁴⁶ Si tratta della convenzione conclusa a Strasburgo il 20 aprile 1959, reperibile al sito: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680065702>.

²⁴⁷ Tali norme sono state opportunamente richiamate nella sentenza e per una loro maggiore comprensione devono essere ricordate con la normativa interna dei Paesi Bassi; per un approfondimento in tal senso, v.: F. ALICINO, *Il ne bis in idem comunitario e la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 1518 ss.; C. AMALFITANO, *Bis in idem per il ne bis in idem*, cit., p. 92 ss.

²⁴⁸ Corsivo aggiunto. Cfr. paragrafo 27 della sentenza, C.G., 10 marzo 2005, causa C-469/03, *Miraglia*, ECLI:EU:C:2005:156, reperibile al sito:

La Corte, chiamata a definire ulteriormente la nozione di «sentenza definitiva», fornisce, dunque, un'interpretazione molto più restrittiva rispetto a quella concessa nel caso *Gözütok e Brügge*. Nonostante, infatti, fosse stata emessa da un'autorità giurisdizionale nel pieno esercizio delle sue funzioni, la decisione, come quella oggetto di rinvio pregiudiziale, «che dichiara chiusa una causa dopo che il pubblico ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, *senza alcuna valutazione nel merito*», è stata ritenuta inidonea a costituire il fondamento per la preclusione processuale di cui all'art. 54 CAAS²⁴⁹.

Peraltro, analogamente a quanto statuito nella sentenza *Gözütok e Brügge*, i giudici di Lussemburgo hanno accolto tale interpretazione dell'art. 54 CAAS come l'unica in grado di «far prevalere l'oggetto e lo scopo di questa disposizione su aspetti procedurali, che variano del resto secondo gli Stati membri interessati, e a garantire una proficua applicazione di tale articolo»²⁵⁰; ma, a differenza della pronuncia menzionata, la Corte, attribuendo minore importanza alla promozione della libera circolazione delle persone, ha considerato prevalente l'esigenza di garantire la punizione del reato²⁵¹. Un'interpretazione della norma tale da riconoscere efficacia preclusiva anche a pronunce di rito, ostacolerebbe, infatti, la corretta amministrazione della giustizia, rendendo difficile se non impossibile

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=54088&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1204442>. D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, cit., p. 1418; C. AMALFITANO, *Bis in idem per il ne bis in idem*, cit., p. 89; M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law*, cit., p. 571.

²⁴⁹ Corsivo aggiunto. Cfr. paragrafo 35 della sentenza, *Miraglia*, cit.; nello stesso senso, v. paragrafo 30 della sentenza, C.G., 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*. A. WEYEMBERGH, *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem*, cit., p. 550; T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 627 e 628; F. ALICINO, *Il ne bis in idem comunitario e la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea*, p. 1521.

²⁵⁰ Cfr. paragrafo 31 della sentenza, *Miraglia*, cit.; nello stesso senso, v. paragrafo 38 della sentenza C.G., 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, cit., v. *Supra*, Cap. II, par. 4.

²⁵¹ D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, cit., p. 1418; T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 627 e 628; E. SELVAGGI, *Ne bis in idem e sentenza contumaciale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1283.

accertare la responsabilità dell'imputato per i fatti di cui è accusato²⁵². Nel ragionamento della Corte emerge, infatti, con chiarezza la necessità di limitare il principio del reciproco riconoscimento delle sentenze straniere, laddove questo possa porsi in contrasto con l'obiettivo posto dall'art. 2, primo comma, quarto trattino TUE, ossia la conservazione e lo sviluppo dell'Unione «quale Spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne la prevenzione della criminalità e lotta contro quest'ultima»²⁵³.

Un allargamento dell'ambito di applicazione del principio del *ne bis in idem* si è registrato, invece, con due successive pronunce della Corte di giustizia, in cui ancora una volta è stato ribadito «l'intimo collegamento tra la rilevanza pratica del principio in questione, il diritto alla libera circolazione delle persone sul territorio dell'Unione europea ed il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, quale effetto di quella fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei rispettivi sistemi di giustizia penale, secondo cui ciascuno di essi, pur nell'assenza di una piena armonizzazione o di un ravvicinamento delle relative legislazioni penali, accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri, quand'anche il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse»²⁵⁴. In tali pronunce, più specificatamente, la Corte si è occupata di valutare la configurabilità dell'effetto preclusivo di cui all'art. 54 CAAS a fronte di una decisione,

²⁵² Cfr. paragrafo 33 della sentenza, *Miraglia*, cit., in cui la Corte afferma che: «Orbene, l'applicazione di tale articolo ad una decisione di chiudere il procedimento penale come quella di cui alla causa principale sortirebbe l'effetto di rendere più difficile, o di ostacolare, ogni concreta possibilità di sanzionare negli Stati membri interessati il comportamento illecito addebitato all'imputato». In questo senso: Cfr. T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 627 e 628.

²⁵³ Cfr. paragrafo 34 della sentenza, *Miraglia*, cit.. D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, cit., p. 1418; A. WEYEMBERGH, *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem*, cit., p. 550 e 551; M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law*, cit., p. 571; F. ALICINO, *Il ne bis in idem comunitario e la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 1520; M. WASMEIER, *The principle of ne bis in idem*, cit., p. 125 e 126.

²⁵⁴ Cfr. G. DE AMICIS, *Il principio del «ne bis in idem» europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, cit., p. 3171.

rispettivamente, di assoluzione per mancanza di prove o per prescrizione del reato²⁵⁵.

Il primo dei due casi era sorto in modo peculiare dal ricorso presentato dal sig. *Van Straaten* al *Rechtbank's Hertogenbosch* (tribunale civile e penale di primo grado olandese), ai sensi dell'art. 111, n. 1 della CAAS²⁵⁶, contro l'iscrizione del proprio nome nel Sistema Informativo Schengen (SIS) a seguito di una condanna in Italia per possesso ed esportazione nei Paesi Bassi di un certo quantitativo di eroina, con l'aggravante di aver agito quale membro di un'associazione per delinquere. L'illegittimità dell'iscrizione veniva ricondotta alla circostanza che il processo in Italia, in cui l'imputato fu condannato per importazione di eroina, sarebbe avvenuto in violazione dell'art. 54 CAAS, dal momento che, anni prima, il sig. *Van Straaten* era stato giudicato per i medesimi fatti nei Paesi Bassi e ivi assolto per insufficienza di prove²⁵⁷. Per tali motivi, il *Rechtbank's Hertogenbosch* aveva deciso di sospendere il procedimento e di interrogare pregiudizialmente la Corte di giustizia sulla possibilità di qualificare una decisione di assoluzione per insufficienza di prove come «sentenza definitiva» idonea a precludere, ai sensi dell'art. 54 CAAS, ulteriori procedimenti penali in altri Stati membri²⁵⁸.

Conformemente alle conclusioni dell'Avvocato generale che, suggerivano alla Corte di estendere gli effetti di cui all'art. 54 CAAS alla decisione, oggetto di rinvio pregiudiziale, dal momento che anche tale decisione era idonea ad esaurire lo *ius puniendi* statale, presupponendo necessariamente «un accertamento nel merito»²⁵⁹, i giudici di Lussemburgo hanno ampliato ulteriormente la nozione di «persona

²⁵⁵ A. WEYEMBERGH, *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem*, cit., p. 551.

²⁵⁶ Questa norma, in particolare, stabilisce che: «Chiunque può adire, nel territorio di ciascuna Parte contraente, la giurisdizione o l'autorità competente in base al diritto nazionale, con un'azione, in particolare, di rettifica, di cancellazione, di informazione o di indennizzo, relativamente ad una segnalazione che lo riguarda».

²⁵⁷ T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 629.

²⁵⁸ Il giudice del rinvio, in realtà, aveva sollevato una prima questione pregiudiziale relativa alla definizione della nozione di «medesimi fatti», per l'analisi della quale v. *Infra*, Cap. II, par. 8.

²⁵⁹ Cfr. paragrafi 65-68 delle conclusioni dell'Avvocato generale, DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, presentate in data 8 giugno 2006, in causa C-150/05, *Van Straaten*, ECLI:EU:C:2006:381, reperibili al sito: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=55156&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=308888>; G. DE AMICIS, *Il principio del «ne bis in idem» europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, cit., p. 3172 e 3173.

giudicata con sentenza definitiva», concludendo che deve essere considerato tale, ai sensi dell'art. 54 CAAS, anche il soggetto definitivamente assolto per insufficienza di prove dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro²⁶⁰.

Da un punto di vista squisitamente esegetico, la Corte di giustizia giustifica la propria conclusione ponendo l'accento sulla consapevole mancanza, nel dettato dell'art. 54 CAAS, di riferimenti normativi circa il contenuto della «sentenza definitiva»: solo la proposizione subordinata della norma, infatti, menziona esplicitamente la sentenza di condanna, dettando per tale ipotesi una specifica condizione²⁶¹. La soluzione offerta dalla Corte risulta giustificata, d'altro canto, anche sotto il profilo teleologico: qualora, infatti, si ammettesse un'interpretazione restrittiva dell'art. 54 CAAS tale da collegare il *ne bis in idem* alle sole sentenze che contengono una dichiarazione di colpevolezza, si rischierebbe di pregiudicare non soltanto lo scopo dell'art. 54 CAAS, individuato, come noto, nella garanzia della libera circolazione delle persone²⁶², ma anche i principi della «certezza del diritto» e della «fiducia legittima»²⁶³.

²⁶⁰ Cfr. paragrafo 61 della sentenza C.G., 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Van Straaten*, ECLI:EU:C:2006:614: «Occorre quindi risolvere la seconda questione dichiarando che il principio del *ne bis in idem*, sancito all'art. 54 della CAAS, trova applicazione ad una decisione dell'autorità giudiziaria di uno Stato contraente con cui un imputato è definitivamente assolto per insufficienza di prove», reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=65194&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1240172>; A. WEYEMBERGH, *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem*, cit., p. 551 ss.; G. DE AMICIS, *Il principio del «ne bis in idem» europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, cit., p. 3172 e 3173.

²⁶¹ Cfr. paragrafo 56 della sentenza, *Van Straaten*, cit.: «La proposizione principale contenuta nell'unica frase che costituisce l'art. 54 della CAAS non fa alcun riferimento al contenuto della sentenza passata in giudicato. È solo nella proposizione subordinata che l'art. 54 della CAAS menziona l'ipotesi di una condanna disponendo che, in tal caso, il divieto di procedimento penale è sottoposto a una condizione specifica. Qualora la regola generale enunciata nella proposizione principale fosse applicabile solo alle sentenze di condanna, sarebbe superflua la precisazione secondo cui la regola speciale è applicabile in caso di condanna».

²⁶² Cfr. paragrafo 58, *ibidem*: «Ora, non applicare tale articolo ad una decisione definitiva di assoluzione per insufficienza di prove avrebbe l'effetto di pregiudicare *l'esercizio del diritto alla libera circolazione*», corsivo aggiunto.

²⁶³ Cfr. paragrafo 59, *ibidem*: «Inoltre, l'avvio di un procedimento penale in un altro Stato contraente per i medesimi fatti comprometterebbe, nel caso di un'assoluzione definitiva per insufficienza di prove, *i principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento*», corsivo aggiunto. A tal proposito, è significativo il paragrafo 73 delle conclusioni dell'Avvocato generale, DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, cit., in cui l'Avvocato generale sottolinea che: «Nessuno, nemmeno il Governo spagnolo, mette in discussione la potenzialità del *ne bis in idem* in simili circostanze in seno ad un ordinamento giuridico nazionale; pertanto non si dovrebbe dubitare di un'analogia conclusione in un contesto sovranazionale come quello dell'Unione europea, *a meno di*

Il secondo rinvio pregiudiziale, caso *Gasparini*²⁶⁴, trae, invece, origine da un procedimento penale spagnolo a carico di alcuni soggetti legati all'impresa spagnola *Minerva SA*, imputati per omessa dichiarazione doganale e utilizzazione di fatture false relative all'importazione di olio d'oliva raffinato. Dal momento che per i medesimi fatti, gli imputati erano stati assolti per prescrizione del reato dal *Supremo Tribunal de Justicia* del Portogallo, la *Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga* (Spagna) aveva interrogato la Corte chiedendo, tra l'altro, «se la valutazione della prescrizione di un reato da parte dei giudici di uno Stato membro sia vincolante per i giudici degli altri Stati membri» e, in caso di risposta affermativa, «se l'assoluzione di un imputato per un reato, in ragione della prescrizione dello stesso, produca effetti favorevoli per gli imputati in un altro Stato membro, qualora i fatti siano identici o, in altri termini, se si possa affermare che la prescrizione favorisca anche gli imputati in un altro Stato membro per fatti identici»²⁶⁵.

L'enfasi finora posta dalla Corte nel richiamo alla fiducia reciproca e al mutuo riconoscimento risulta senz'altro smorzata nelle conclusioni dell'Avvocato generale Eleanor Sharpston²⁶⁶, in cui viene immediatamente sottolineata la differenza concettuale e di valore giuridico che intercorre tra il principio dell'incidenza estintiva del fattore tempo sullo *ius puniendi* e il principio del *ne bis in idem*. Si deve rilevare, innanzitutto, che il primo dei due principi non può

*non adottare una visione gretta e reticente, che ripudi due pilastri di tale spazio comune: la fiducia reciproca, con il mutuo riconoscimento delle decisioni giurisdizionali ed il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini», corsivo aggiunto; A. WEYEMBERGH, *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem*, cit., p. 551 ss. ; M. WASMEIER, *The principle of ne bis in idem*, cit., p. 126; G. DE AMICIS, *Il principio del «ne bis in idem» europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, cit., p. 3172 e 3173; T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 630.*

²⁶⁴ Cfr. C.G., 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*, ECLI:EU:C:2006:610, in: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=65199&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1204848>.

²⁶⁵ Cfr. paragrafo 20 della sentenza, *ibidem*; C. M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, cit., p. 740; D. DEL VESCOVO, *Evoluzione dell'art. 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione*, cit., p. 733.

²⁶⁶ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale, ELEANOR SHARPSTON, presentate in data 15 giugno 2006, in causa C-467/04, ECLI:EU:C:2006:406, reperibili al sito: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=55368&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1204848>.

assurgere a principio generale dal momento che non tutti gli ordinamenti nazionali prevedono, nella propria legislazione, l'istituto della prescrizione del reato²⁶⁷. Tale principio, inoltre, ancorché codificato, può essere variamente disciplinato dai legislatori e ricostruito, sul piano dogmatico, sia in prospettiva sostanziale, sia in prospettiva processuale, non mancando ricostruzioni intermedie²⁶⁸. Di contro, il principio del *ne bis in idem* risponde esclusivamente ad una precisa e diversa *ratio*, individuabile nella protezione del cittadino dai possibili abusi dello *ius puniendi* da parte dello Stato.

Ravvisando, dunque, la *ratio* del *ne bis in idem* in questa forma di tutela, l'Avvocato generale ritiene imprescindibile che lo Stato abbia avuto la possibilità di perseguire in giudizio la persona ritenuta colpevole di un reato, condizione che si verifica soltanto laddove si sia svolto un esame nel merito dei fatti, oggetto del processo²⁶⁹. Fra approccio puramente procedurale e approccio sostanziale, dunque, l'Avvocato generale propende per il secondo, suggerendo alla Corte di attribuire efficacia preclusiva soltanto alla decisione emessa all'esito di un processo in cui la condotta dell'imputato sia stata considerata nei suoi profili legali e di merito. Ciò, ovviamente, non significa la necessità di un verdetto di colpevolezza o innocenza per invocare la tutela prevista dal *ne bis in idem*, ma, a tal fine, è sufficiente che nel processo, benché conclusosi con declaratoria di prescrizione, vi sia stata una qualche significativa valutazione del merito. Nel ragionamento svolto dall'Avvocato generale, tale approccio sarebbe quello più soddisfacente per assicurare l'equilibrio tra i due obiettivi perseguiti: la libera circolazione delle persone e il mantenimento di un elevato livello di sicurezza e di controllo del crimine all'interno dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia²⁷⁰.

²⁶⁷ L'istituto della prescrizione, infatti, non è conosciuto in Inghilterra, Scozia e Irlanda.

²⁶⁸ Cfr. paragrafi 66-71 delle conclusioni dell'Avvocato generale, ELEANOR SHARPSTON, cit., in cui vengono analizzati i termini di prescrizione.

²⁶⁹ Cfr. paragrafi 72-84, *ibidem*.

²⁷⁰ Per un'analisi più approfondita della posizione assunta dall'Avvocato generale, v.: T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 631 ss.; A. WEYEMBERGH, *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem*, cit., p. 551 ss.

Nonostante le approfondite conclusioni dell'Avvocato generale, la Corte di giustizia, muovendo anche in questo caso dalla *littera legis* dell'art. 54 CAAS che non sembra operare alcun riferimento al contenuto della «sentenza definitiva», ha ritenuto preferibile la soluzione diametralmente opposta: la circostanza che la norma in esame non si applica unicamente alle sentenze che pronunciano una condanna, consente di procedere alla valutazione della natura insita anche nella pronuncia con cui un imputato sia stato assolto per intervenuta prescrizione del reato. Soltanto laddove tale sentenza abbia natura sostanziale, e non meramente processuale, nell'ordinamento nazionale di origine, si potranno configurare gli estremi per l'operatività del principio del *ne bis in idem*²⁷¹.

Certo è che in materia di prescrizione non vi è mai stata alcuna armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri; la Corte, tuttavia, evocando la precedente giurisprudenza, ricorda che «nessuna disposizione del titolo VI del TUE, relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, né dell'Accordo di Schengen o della convenzione di applicazione di quest'ultimo, assoggetta l'applicazione dell'art. 54 CAAS all'armonizzazione o quanto meno al ravvicinamento delle legislazioni penali di questi»²⁷². D'altro canto, non può ritenersi ostativa all'applicazione del *ne bis in idem* in caso di assoluzione definitiva per prescrizione del reato nemmeno la decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri²⁷³.

²⁷¹ Cfr. paragrafo 24 della sentenza, *Gasparini*, cit.: «La proposizione principale contenuta nell'unica frase che costituisce l'art. 54 della CAAS non fa alcun riferimento al contenuto della sentenza diventata definitiva. Essa non è applicabile solo alle sentenze che pronunciano una condanna».

²⁷² Cfr. paragrafo 29, *ibidem*.

²⁷³ Cfr. Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio (*G.U.C.E.*, 18 luglio 2002, n. L 190), in: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:3b151647-772d-48b0-ad8c-0e4c78804c2e.0008.02/DOC_1&format=PDF.

La possibilità di rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo, previsto dall'art. 4, n. 4) della citata decisione quadro²⁷⁴, non è subordinata all'esistenza di una sentenza basata sulla prescrizione del reato²⁷⁵.

Alla luce di tali considerazioni, dunque, i giudici di Lussemburgo, discostandosi, come anticipato, dai suggerimenti forniti dall'Avvocato generale, statuisce nel senso di attribuire efficacia preclusiva, ai sensi dall'art. 54 CAAS, anche alle decisioni pronunciate dal giudice di uno Stato membro, con cui un imputato viene definitivamente assolto in ragione della declaratoria di intervenuta prescrizione del reato che ha dato luogo al procedimento penale²⁷⁶, precisando altresì che l'effetto preclusivo è di stretta interpretazione, operando pertanto soltanto nei confronti del soggetto sottoposto a procedimento penale in altro Stato membro e non anche ai correi²⁷⁷.

In questa generale cornice di riferimento, rappresentata dall'obiettivo di favorire la libera circolazione dei cittadini europei all'interno dello spazio Schengen, deve essere inserito anche l'orientamento ermeneutico contenuto nella sentenza *Bourquain*, resa dalla Corte di giustizia l'11 dicembre 2008²⁷⁸. In tale occasione, in realtà, la domanda pregiudiziale di cui fu investita la Corte di giustizia non riguardava tanto la nozione di «sentenza definitiva», ma concerneva piuttosto la portata della condizione di esecuzione richiesta, in caso di sentenza di condanna,

²⁷⁴ In particolare, questa norma sancisce che: «L'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo: se l'azione penale o la pena è caduta in prescrizione secondo la legislazione dello Stato membro di esecuzione e i fatti rientrano nella competenza di tale Stato membro in virtù del proprio diritto penale».

²⁷⁵ D. DEL VESCOVO, *Evoluzione dell'art. 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione*, cit., p. 733; A. WEYEMBERGH, *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem*, cit., p. 551 ss.; G. DE AMICIS, *Il principio del «ne bis in idem» europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, cit., p. 3171 e 3172.

²⁷⁶ Cfr. paragrafo 33 della sentenza, *Gasparini*, cit.: «Dalle considerazioni che precedono risulta che occorre risolvere la prima questione nel senso che il principio *ne bis in idem*, sancito all'art. 54 della CAAS, si applica a una decisione di un giudice di uno Stato contraente, pronunciata in seguito all'esercizio di un'azione penale, con cui un imputato viene definitivamente assolto in ragione della prescrizione del reato che ha dato luogo al procedimento penale».

²⁷⁷ Cfr. paragrafo 37, *ibidem*: «Pertanto, occorre risolvere la seconda questione nel senso che il principio *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 della CAAS, non si applica a persone diverse da quelle che sono state giudicate con sentenza definitiva in uno Stato contraente».

²⁷⁸ Cfr. C.G., Sez. II, 11 dicembre 2008, causa C-297/07, *Bourquain*, ECLI:EU:C:2008:708, in: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=75793&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=419000>.

dall'art. 54 CAAS²⁷⁹. Il caso, in particolare, trae origine da una sentenza di condanna alla pena di morte per i reati di omicidio volontario e diserzione, pronunciata dal Tribunale permanente delle Forze armate di Bone (Algeria), sulla base del codice penale francese all'epoca vigente, all'esito di un giudizio contumaciale nei confronti di un cittadino tedesco, il sig. *Klaus Bourquain*, arruolato, all'epoca dei fatti, nella Legione straniera francese. La fuga dell'imputato nella Repubblica democratica tedesca, tuttavia, non aveva reso possibile l'esecuzione della pena inflitta dalla sentenza. Nel 2002 la Procura di Ratisbona (Germania) decise di riaprire un'istruttoria a carico del *Bourquain* al fine di sottoporlo a giudizio in Germania per i medesimi fatti. Atteso, però, che la sentenza era divenuta irrevocabile e non poteva essere più eseguita in Francia²⁸⁰, il giudice tedesco ha sospeso il giudizio e ha proposto alla Corte di giustizia la questione di interpretazione giurisprudenziale «se una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva da una Parte contraente possa essere sottoposta a un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente qualora la pena applicata nei suoi confronti non abbia mai potuto essere eseguita secondo la legge dello Stato contraente di condanna»²⁸¹.

Nonostante il quesito pregiudiziale non alludesse in alcun modo alla conformità della sentenza contumaciale rispetto agli *standard* di definitività richiesti dall'art. 54 CAAS, tanto l'Avvocato generale quanto la Corte di giustizia, forse spinti dalle osservazioni dei Governi ceco e ungherese²⁸², hanno ritenuto necessario esaminare preliminarmente la natura della decisione pronunciata *in absentia*. L'art. 54 CAAS, in effetti, può trovare applicazione soltanto dinanzi ad una sentenza definitiva e, considerata la possibilità della riapertura del procedimento nei confronti del

²⁷⁹ Per l'analisi di questo profilo della sentenza in commento si rimanda: *Infra*, Cap. II, par. 6.

²⁸⁰ Nel 1968, infatti, era stata concessa un'amnistia per i reati commessi in Algeria e nel 1981 il reato si era prescritto ed era stata abolita la pena di morte.

²⁸¹ Cfr. paragrafo 26 della sentenza, *Bourquain*, cit.; G. DE AMICIS, *Il principio del «ne bis in idem» europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, cit., p. 3167 ss.; D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, cit., p. 1421 ss.; E. SELVAGGI, *Ne bis in idem e sentenza contumaciale*, cit., p. 1284 ss.

²⁸² Entrambi i Governi, intervenuti nel processo dinanzi alla Corte, avevano sostenuto, nelle proprie osservazioni la non definitività della sentenza francese per via dell'obbligo di riapertura del procedimento.

condannato, ai sensi dell'art. 121 del *Code de justice militaire pour l'armée de terre français*, poteva sicuramente dubitarsi della definitività della sentenza contumaciale francese. Tale norma disponeva, infatti, la rinnovazione del procedimento qualora la persona condannata in contumacia venisse rintracciata prima che fosse maturato il termine di prescrizione della pena²⁸³.

L'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, dunque, soffermandosi nella prima parte delle proprie conclusioni su questo aspetto preliminare della vicenda, ha evidenziato come il requisito della definitività non sia richiesto nel momento in cui la sentenza è stata emessa; ma, ai fini dell'operatività dell'art. 54 CAAS, è sufficiente che tale carattere sussista nel momento in cui sia instaurato il secondo processo²⁸⁴. Di conseguenza, dal momento che l'istruttoria a carico del signor *Bourquain* era stata instaurata dalla Procura di Ratisbona nel 2002, anno in cui la decisione del Tribunale militare era già divenuta *res iudicata* secondo il diritto francese, l'Avvocato generale non ha alcun dubbio circa la qualificazione della sentenza di condanna pronunciata in contumacia quale «sentenza definitiva» agli effetti dell'art. 54 CAAS²⁸⁵.

Non solo. A sostegno del proprio ragionamento interpretativo, l'Avvocato generale richiama anche la previsione, di cui all'allora vigente art. 5, n. 1, inserita nel testo della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri²⁸⁶, sulla base della quale è riconosciuta allo Stato di esecuzione la possibilità di esigere, nei confronti dello Stato emittente il mandato di arresto esecutivo di una pena irrogata in contumacia, assicurazioni sufficienti a garantire che il condannato possa

²⁸³ S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 235; E. SELVAGGI, *Ne bis in idem e sentenza contumaciale*, cit., p. 1284 ss.

²⁸⁴ Cfr. paragrafo 62 delle conclusioni dell'Avvocato generale, DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, presentate in data 8 aprile 2008, in causa C-297/07, *Staatsanwaltschaft Regensburg c. Klaus Bourquain*, ECLI:EU:C:2008:206, reperibili al sito: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=71040&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=575758>.

²⁸⁵ Cfr. paragrafo 65 delle conclusioni dell'Avvocato generale, DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, cit.; D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, cit., p. 1422 ss.

²⁸⁶ Cfr. Decisione quadro 2002/584/GAI, cit.

sollecitare un nuovo processo nel quale siano garantiti i suoi diritti fondamentali²⁸⁷. Ad avviso dell'Avvocato generale, tale previsione, costituendo una fondamentale garanzia a tutela dell'imputato condannato *in absentia*, fonda un'ulteriore ragione a sostegno del carattere definitivo della sentenza contumaciale, ancorché suscettibile di revisione nell'ordinamento giuridico dello Stato che l'ha emessa²⁸⁸. Se, infatti, si escludesse la possibilità di attribuire efficacia preclusiva a quelle decisioni che consentono una revisione del procedimento a beneficio dell'imputato, la previsione di quella garanzia si tramuterebbe in un concreto pregiudizio per

²⁸⁷ Si deve, inoltre, rilevare che la norma citata nel testo richiedeva anche la condizione che l'interessato non fosse stato citato personalmente, né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla sentenza pronunciata in contumacia. Nella stessa prospettiva di equilibrio tra garanzie individuali ed effettività del mutuo riconoscimento della pronuncia contumaciale si collocava anche la decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 (*G.U.U.E.*, L 327/27 s, del 5 dicembre 2008), relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, reperibile in: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0027:0046:IT:PDF>. L'art. 9, par. 1, lett. i), infatti, riconosceva allo Stato di esecuzione la facoltà di rifiutare il riconoscimento della sentenza e, di conseguenza, l'esecuzione della pena quando «la sentenza è stata pronunciata in contumacia, a meno che il certificato indichi che la persona è stata citata personalmente o è stata informata, tramite un rappresentante competente ai sensi dello Stato di emissione, della data e del luogo del procedimento sfociato nella sentenza pronunciata in contumacia, oppure che la persona ha dichiarato ad un'autorità competente di non opporsi al procedimento». Tra l'altro, i motivi ostativi previsti tanto nella decisione quadro 2002/584/GAI quanto nella decisione quadro 2008/909/GAI sono stati oggetto di una successiva modifica da parte della decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio del 26 febbraio 2009 (*G.U.U.E.* L 81/24, del 27 febbraio 2009), sul rafforzamento dei diritti processuali delle persone e sulla promozione dell'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, reperibile al sito: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:081:0024:0036:it:PDF>. Con tale decisione quadro, infatti, si realizzava una sorta di armonizzazione indiretta delle legislazioni processuali degli Stati membri in tema di processo celebrato in *absentia*. In particolare, si attribuiva allo Stato di esecuzione il potere di rifiutare l'esecuzione della sentenza straniera laddove il processo, svoltosi in contumacia, non avesse garantito e rispettato determinate garanzie fondamentali dell'imputato. Solo nel 2016 si è arrivati ad una vera e propria armonizzazione delle legislazioni processuali penali degli Stati membri sul tema attraverso la direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 (in *G.U.U.E.* L 65/1, dell'11 marzo 2016), sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, reperibile al sito: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0343&from=IT>. Il capo III della citata direttiva, infatti, indica tutta una serie di garanzie che devono obbligatoriamente essere riconosciute all'imputato e, laddove, in caso di processo contumaciale, tali garanzie non possano essere soddisfatte per cause imputabili all'accusato stesso, l'art. 8, par. 4 stabilisce che «gli Stati membri possono consentire comunque l'adozione di una decisione e l'esecuzione della stessa. In tal caso, gli Stati membri garantiscono che gli indagati o imputati, una volta informati della decisione, in particolare quando siano arrestati, siano informati anche della possibilità di impugnare la decisione e del diritto a un nuovo processo o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale, in conformità dell'articolo 9».

²⁸⁸ Cfr. paragrafo 63 delle conclusioni dell'Avvocato generale, DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, cit.

l'imputato stesso, il quale sarebbe sicuramente esposto al rischio di un ingiustificato *bis in idem*²⁸⁹.

La medesima impostazione argomentativa è stata accolta dalla Corte di giustizia, la quale, soffermandosi preliminarmente sul carattere definitivo della sentenza pronunciata in contumacia, prende le mosse ancora una volta dalla formulazione letterale dell'art. 54 CAAS. Si osserva, infatti, che la norma non richiede, come presupposto per la propria applicazione, la celebrazione del giudizio in presenza dell'imputato; di conseguenza, da un punto di vista normativo, l'art. 54 CAAS non esclude le sentenze contumaciali dal suo ambito di applicazione²⁹⁰.

Inoltre, dato che, come già più volte ribadito dalla Corte²⁹¹, il principio del *ne bis in idem* presuppone un elevato livello di fiducia tra Stati membri nei rispettivi sistemi di giustizia penale, il fatto che non esista (al tempo della pronuncia²⁹²) alcuna forma di armonizzazione tra le diverse legislazioni degli Stati membri in tema di partecipazione dell'imputato al processo, non costituisce un ostacolo al riconoscimento del carattere preclusivo anche una sentenza pronunciata in *absentia*²⁹³.

Il Giudice europeo, infatti, non ha attribuito in alcun modo rilevanza dirimente alla possibilità di riapertura del processo; tanto più se si considera che, nel caso di specie, non solo i fatti commessi risultavano da tempo coperti da amnistia, ma che, addirittura, la sentenza era divenuta irrevocabile già molto tempo prima dell'avvio del secondo procedimento penale in Germania. Accogliendo, dunque, i suggerimenti espressi dall'Avvocato generale, la Corte di giustizia ha chiarito che

²⁸⁹ Cfr. paragrafo 64, *ibidem*: «Trasformare questa garanzia per l'imputato in una condizione che inibisca l'applicazione di altri diritti condurrebbe a una situazione assurda, ed è proprio quanto avverrebbe se si limitasse l'applicazione del principio del *ne bis in idem* alle decisioni che escludono una revisione a beneficio dell'imputato». G. DE AMICIS, *Il principio del «ne bis in idem» europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, cit., p. 3167 ss.; A. MANGIARACINA, *Sentenze contumaciali e cooperazione giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 126.

²⁹⁰ Cfr. paragrafo 35 della sentenza, *Bourquain*, cit..

²⁹¹ Cfr. paragrafo 32 e 33 della sentenza, *Gözütok e Brügge*, cit.

²⁹² Nel 2016, infatti, le legislazioni processuali penali degli Stati membri sono state oggetto di armonizzazione in materia di contumacia da parte della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016, cit. V. *Supra*, in questo paragrafo, nota 287.

²⁹³ Cfr. paragrafi 36 e 37 della sentenza, *Bourquain*, cit.; A. MANGIARACINA, *Sentenze contumaciali e cooperazione giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 126; D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, cit., p. 1421 ss.; E. SELVAGGI, *Ne bis in idem e sentenza contumaciale*, cit., p. 1284 ss.

il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 54 CAAS si applica indifferentemente tanto ad una sentenza «ordinaria»²⁹⁴, quanto a quella pronunciata in contumacia²⁹⁵.

È proprio sulla base di tale orientamento che la Corte di giustizia fonda il proprio *iter* logico-argomentativo che ha portato, con la sentenza del 5 giugno 2014, *Procura della Repubblica c. M*²⁹⁶, ad includere nel novero delle «sentenze definitive», ex art. 54 CAAS, anche la sentenza di non luogo a procedere, ancorché caratterizzata da irrevocabilità allo stato degli atti.

Tale questione pregiudiziale, in particolare, trae origine da due procedimenti penali avviati parallelamente in Belgio e in Italia, a carico del signor *M* per ripetuti atti di violenza sessuale nei confronti della nipote minorenni, che, tuttavia, giungono a sviluppi diversi. A seguito di approfondite indagini la camera di consiglio del *Tribunal de Première Instance* (tribunale di prima istanza) di *Mons* pronunciò una decisione di «non luogo a procedere» conclusiva del procedimento penale, sulla base del fatto che non vi fossero sufficienti elementi di prova per sostenere le accuse rivolte contro l'imputato (pronuncia confermata poi in appello e in Cassazione). L'art. 128 del *code d'instruction criminelle* belga, al pari del nostro art. 425 c.p.p., stabilisce, infatti, che, laddove sia richiesto il rinvio a giudizio di una persona indagata, «se la camera di consiglio ritiene che il fatto non costituisca né un crimine, né un delitto, né una contravvenzione, o che non vi siano elementi di prova a carico dell'indagato, la stessa dichiara il non luogo a procedere». Le autorità italiane, che nel frattempo avevano instaurato un procedimento penale contro *M* per gli stessi fatti, sebbene pervenute alle medesime risultanze investigative raggiunte dalle autorità belga, optarono, invece, per il rinvio a giudizio dinanzi al Tribunale di Fermo, ove l'imputato oppose l'*exceptio rei iudicatae* in considerazione della sentenza emessa dalla Corte di cassazione belga.

²⁹⁴ Intendendo, in tal senso, la sentenza emessa con la partecipazione dell'imputato.

²⁹⁵ Cfr. paragrafi 40-43 della sentenza, *Bourquain*, cit.; C. M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, cit., p. 743; G. DE AMICIS, *Il principio del «ne bis in idem» europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, cit., p. 3167 ss.

²⁹⁶ Cfr. C.G., Sez. IV, 5 giugno 2014, causa C-398/12, *Procura della Repubblica c. M*, ECLI:EU:C:2014:1057, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153311&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=689363>.

Visti gli artt. 246 ss. del *Code d'instruction criminelle* belga che consentono la revoca della sentenza di non luogo a procedere alla luce di nuovi fatti o nuove prove a carico dell'interessato, il Tribunale di Fermo ha sospeso il processo e ha sollevato la seguente questione pregiudiziale: «[s]e una sentenza definitiva di non luogo a procedere che sia stata emessa da un paese dell'Unione europea che aderisce alla CAAS all'esito di un'ampia istruttoria svolta in sede di indagini nell'ambito di un procedimento che potrebbe essere riattivato in presenza di nuove prove abbia efficacia preclusiva all'apertura o alla celebrazione di un processo per i medesimi fatti e nei confronti della stessa persona in un altro Stato contraente».

Ad avviso dei giudici europei, la soluzione al quesito deve prendere necessariamente le mosse dall'analisi concreta della decisione oggetto di rinvio pregiudiziale. In particolare, occorre valutare, alla stregua dei criteri elaborati nella precedente giurisprudenza comunitaria²⁹⁷, se tale sentenza sia connotata di quel minimo accertamento nel merito, ritenuto imprescindibile per il prodursi dell'effetto di cui all'art. 54 CAAS. In effetti, la circostanza che la sentenza di non luogo a procedere sia adottata in seguito ad un'approfondita attività istruttoria, permette di considerare tale decisione «definitiva» sul carattere insufficiente delle prove raccolte e, di conseguenza, preclusiva della riapertura del processo sulla base del medesimo materiale probatorio²⁹⁸.

Una volta appurato tale profilo, la Corte di giustizia passa al più complesso accertamento relativo alla definitività della sentenza di non luogo a procedere, dal momento che essa consente, in presenza di elementi cognitivi nuovi, un riesame del *decisum*. Come ricordato dai giudici di Lussemburgo, il carattere della definitività dipende dall'idoneità della decisione ad estinguere l'azione penale all'interno dell'ordinamento nazionale in cui essa è stata adottata²⁹⁹. Tale presupposto è stato ulteriormente chiarito nella pronuncia in esame, in cui viene, infatti, precisato che la pretesa punitiva si estingue nel momento in cui vengono esauriti i mezzi di

²⁹⁷ Sentenze, C.G. del 10 marzo 2005, causa C-469/03, *Miraglia*, cit.; e del 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Van Straaten*, cit.

²⁹⁸ Cfr. paragrafi 27-30 della sentenza, *Procura della Repubblica c. M*, cit.

²⁹⁹ Cfr. paragrafi 32-36 della sentenza, C.G., 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turanský*, cit.

impugnazione previsti dall'ordinamento nazionale, a nulla rilevando la possibilità che il procedimento venga riaperto in presenza di un nuovo quadro probatorio³⁰⁰.

A sostegno del proprio ragionamento, la Corte adduce due ulteriori considerazioni. Da un lato, ricorda che, già nella precedente giurisprudenza, si era affermato che la sola circostanza di riapertura del processo non esclude di per sé la definitività della sentenza, ai sensi dell'art. 54 CAAS³⁰¹; dall'altro lato, viene evocato un fondamentale dato normativo. L'art. 4 comma 2 del Protocollo n. 7 CEDU, infatti, afferma testualmente che il divieto di *bis in idem* non impedisce «la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta»³⁰². Dal momento che l'art. 54 CAAS fa dipendere il carattere «definitivo» di una decisione giurisdizionale dalla sua definitività all'*interno* dello Stato contraente in cui essa è stata adottata, tale norma viene considerata rilevante dalla Corte di giustizia per la soluzione del quesito pregiudiziale (nonostante essa non trovi applicazione, come noto, nei casi di *bis in idem* tra Stati)³⁰³. Poiché l'art. 54 CAAS deve essere letto alla luce dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁰⁴, il raccordo che consente tale richiamo è, infatti, rappresentato dalle *Spiegazioni sub art. 50 della Carta*, laddove è stabilito che «per quanto riguarda le situazioni contemplate dall'articolo 4 del protocollo 7, vale a dire l'applicazione del principio all'interno di uno Stato membro, il diritto garantito ha

³⁰⁰ Cfr. paragrafi 30-32 della sentenza, *Procura della Repubblica c. M*, cit.

³⁰¹ Cfr. paragrafo 40 della sentenza, C.G., 11 dicembre 2008, causa C-297/07, *Bourquain*, cit., dove si afferma che: «Tuttavia, la sola circostanza che il procedimento in contumacia avrebbe comportato, ai sensi del diritto francese, la riapertura del processo qualora il sig. Bourquain fosse stato arrestato in pendenza del periodo di prescrizione della pena e prima di essere amnistiato, cioè tra il 26 gennaio 1961 e il 31 luglio 1968, non esclude di per sé che la condanna in contumacia possa comunque essere considerata una decisione definitiva ai sensi dell'art. 54 della CAAS».

³⁰² Cfr. paragrafo 38 della sentenza, *Procura della Repubblica c. M*, cit.

³⁰³ Per l'analisi dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, v. *Supra*, Cap. I, par. 6.

³⁰⁴ Cfr. paragrafo 35 della sentenza, *Procura della Repubblica c. M*, cit.: «Si deve inoltre rilevare che, poiché il diritto a non essere perseguiti o condannati due volte per il medesimo reato è sancito anche dall'articolo 50 della Carta, l'articolo 54 della CAAS deve essere interpretato alla luce di quest'ultimo». Come detto, infatti, l'art. 6 comma 1 TUE, così come modificato dall'art. 1 n. 8 del trattato di Lisbona conferisce alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei trattati, rendendo le sue disposizioni vincolanti per gli Stati membri, al riguardo, v. *Supra*, Cap. I, par. 10.

lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU»³⁰⁵.

Del resto, il ricorso alle *Spiegazioni sub art. 50* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea era stato suggerito anche dall'Avvocato generale Eleanor Sharpston³⁰⁶ che, dopo un'accurata analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine alla nozione di «persona giudicata con sentenza definitiva», aveva proposto di risolvere la questione pregiudiziale avanzata dal Tribunale di Fermo nel senso di interpretare la sentenza di non luogo a procedere, «conclusiva di un procedimento penale, che sia stata emessa a seguito di un'ampia istruttoria e che preclude l'ulteriore esercizio dell'azione penale nei confronti della stessa persona e per i medesimi fatti, ma che, ai sensi del diritto nazionale, può essere revocata se emergono nuovi elementi di prova» come «sentenza definitiva che dà luogo all'applicazione del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 54 CAAS»³⁰⁷.

Alla luce, dunque, della considerazione che la sentenza di non luogo a procedere contiene un accertamento nel merito ed è idonea ad estinguere l'azione penale all'interno dello Stato in cui essa è stata adottata, la Corte di giustizia, al pari

³⁰⁵ Cfr. paragrafi 36-39 della sentenza, *Procura della Repubblica c. M.*, cit. Per le *Spiegazioni sub art. 50 della Carta*, cit., v. *Supra*, Cap. I, par. 10. La correttezza degli argomenti spesi dalla Corte di giustizia è stata messa in dubbio da: S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 212 ss., dove si dice che: «Condivisibilmente, il Giudice dell'Unione guarda alla giurisprudenza di Strasburgo e, a tal proposito, richiama la pronuncia resa dalla *Gran Chambre* nel caso *Zolotukhin c. Russia*, secondo la quale il capoverso della norma citata si applica ai c.d. rimedi straordinari, ovvero alle impugnazioni esperibili dopo il passaggio in giudicato della sentenza. La loro peculiarità consiste nell'assumere i tratti di una continuazione del procedimento già concluso e non di un nuovo giudizio. L'aspetto è importante secondo la Grande Camera, posto che ciò che è consentito dall'art. 4, co. 2 VII Protocollo aggiuntivo alla CEDU è proprio la *riapertura* del processo, alle condizioni ivi indicate e non l'instaurazione di una nuova e distinta iniziativa dell'accusa. Se, dunque, l'applicazione della disposizione *de qua* è subordinata al ricorrere di simili presupposti, la Corte dell'Unione avrebbe dovuto verificarne la sussistenza nel caso di specie e optare per una risposta negativa alla domanda pregiudiziale qualora il controllo avesse attestato deviazioni dal modello indicato dalla giurisprudenza di Strasburgo».

³⁰⁶ Cfr. paragrafi 54-56 delle conclusioni dell'Avvocato generale, ELEANOR SHARPSTON, presentate in data 6 febbraio 2014, in causa C-398/12, *Procura della Repubblica c. M.*, ECLI:EU:C:2014:65, reperibili al sito: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=147521&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=223364>. Per un'analisi approfondita delle conclusioni dell'Avvocato generale, v.: D. VOZZA, *Non luogo a procedere e ne bis in idem nell'Unione europea: l'Avvocato Generale opta per il connubio*, 28 aprile 2014, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁰⁷ Cfr. paragrafo 60 delle conclusioni dell'Avvocato generale ELEANOR SHARPSTON, cit..

dell'Avvocato generale, conclude «dichiarando che l'articolo 54 della CAAS deve essere interpretato nel senso che una decisione di non luogo a procedere che osta, nello Stato contraente in cui tale decisione è stata emessa, a un nuovo procedimento penale per i medesimi fatti contro la stessa persona che ha beneficiato di detta decisione, salvo sopravvenienza di nuovi elementi a carico di quest'ultima, deve essere considerata una decisione che reca una sentenza definitiva, ai sensi di tale articolo, e che preclude pertanto un nuovo procedimento contro la stessa persona per i medesimi fatti in un altro Stato contraente»³⁰⁸.

L'accertamento del merito dei fatti come elemento imprescindibile della decisione idonea a precludere un nuovo giudizio *de eadem re et persona* ha trovato una conferma anche in una recentissima sentenza della Corte di giustizia³⁰⁹. Il caso di specie riguardava un cittadino polacco, *Piotr Kossowski*, imputato di estorsione aggravata ai fini di rapina commessa nel 2005 in territorio tedesco. Una volta rientrato in Polonia, il sig. *Kossowski* fu arrestato per altri motivi e sottoposto, altresì, ad un procedimento penale per i fatti commessi in Germania, nel corso del quale il p.m. distrettuale di *Kolobrzeg* richiese alla Procura di Amburgo la trasmissione della copia del fascicolo delle indagini ivi tenute. A causa della carenza di elementi di prova per sostenere l'accusa in giudizio, tuttavia, il p.m. distrettuale di *Kolobrzeg* chiuse il procedimento con un provvedimento di archiviazione, nella cui motivazione si sottolineava l'impossibilità di verificare le poche e contraddittorie dichiarazioni dell'imputato, dal momento che la vittima e l'unico testimone risiedevano in Germania. La Procura di Amburgo, informata della decisione, emise immediatamente un mandato di arresto europeo nei confronti del sig. *Kossowski*, la cui esecuzione venne, tuttavia, rifiutata dalle autorità polacche, giacché la decisione di archiviazione del p.m. di *Kolobrzeg* era divenuta ormai definitiva ai sensi della legge nazionale. Nel 2014 il sig. *Kossowski* tornò in Germania, ove, in seguito al suo arresto, la procura di Amburgo richiese il rinvio a

³⁰⁸ Cfr. paragrafi 41 della sentenza, *Procura della Repubblica c. M*, cit.

³⁰⁹ Cfr. C.G., Grande Sezione, 29 giugno 2016, causa C-486/14, *Piotr Kossowski*, ECLI:EU:C:2016:483, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=180943&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1052713>.

giudizio per i fatti commessi nel 2005. Il Tribunale regionale di Amburgo, tuttavia, oltre alla revocazione del mandato di arresto europeo, rigettò anche la richiesta, sulla base del fatto che la celebrazione di un secondo procedimento, questa volta in Germania, avrebbe violato il principio del *ne bis in idem*; e ciò benché la Germania avesse recepito l'eccezione di cui all'art. 55, comma 1, lett. a), attribuendo alle proprie autorità giudiziarie la possibilità di iniziare o continuare un secondo processo penale qualora il fatto già giudicato all'estero fosse stato commesso in tutto o in parte sul territorio tedesco. A fronte di tale rigetto, il p.m. propose appello all'*Hanseatisches Oberlandsgericht* di Amburgo il quale decise di inoltrare alla Corte di giustizia il rinvio pregiudiziale proponendo in particolare due questioni: (i) se le riserve formulate dagli Stati membri, ai sensi dell'art. 55 par. 1 lett. a CAAS, siano ancora valide, dopo l'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione, e se siano compatibili con gli artt. 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali; (ii) in caso di soluzione negativa della prima questione, se il provvedimento emesso dal p.m. con cui si conclude l'istruttoria senza rinvio a giudizio costituisca «sentenza definitiva» idonea a fondare la preclusione del *ne bis in idem*, pur se con il provvedimento medesimo non siano state irrogate sanzioni e nel corso del procedimento non sia stata condotta un'istruttoria approfondita.

Nonostante la questione sicuramente più interessante fosse la prima³¹⁰, i giudici di Lussemburgo hanno deciso di invertire l'ordine dei quesiti proposti, analizzando preliminarmente la nozione di «sentenza definitiva». Del resto, una tale scelta non sembra così incoerente, dal momento che l'operatività degli artt. 54 ss. CAAS e dell'art. 50 CDFUE è subordinata alla qualificazione del provvedimento in questione quale decisione definitiva.

Al fine di valutare se il provvedimento di archiviazione del giudice polacco potesse essere considerato «sentenza definitiva» ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 54 ss. CAAS, tanto la Corte di giustizia quanto l'Avvocato generale, Yves Bot, nelle proprie conclusioni, strutturano il proprio *iter* argomentativo, facendo leva sui

³¹⁰ Per l'esame della quale, v. *Infra*, Cap. III, Sez. (C), par. 8.

criteri elaborati, e ormai consolidati, nella precedente giurisprudenza³¹¹. Da un punto di vista puramente formale, occorre valutare, innanzitutto, se il provvedimento, oggetto del rinvio pregiudiziale, fosse o meno idoneo ad estinguere l'azione penale nell'ordinamento nazionale. Una volta appurato che, nel caso di specie, il provvedimento di archiviazione pronunciato dalla procura polacca estingueva definitivamente l'azione penale in Polonia, conformemente alla legge nazionale³¹², era necessario accertare anche la sussistenza del requisito di ordine sostanziale³¹³. La motivazione del pubblico ministero polacco, limitandosi a rilevare l'insostenibilità dell'accusa in giudizio a causa di una situazione di insufficienza probatoria, costituisce, ad avviso della Corte, la prova che, nel caso di specie, non sia stato effettuato un approfondito esame nel merito³¹⁴. Analogamente a quanto suggerito dall'Avvocato generale³¹⁵ e sottolineando, ancora una volta,

³¹¹ Cfr. paragrafo 69 delle conclusioni dell'Avvocato generale, YVES BOT, presentate in data 15 dicembre 2015, in causa C-486/14, *Procedimento penale c. Piotr Kossowski*, ECLI:EU:C:2015:812, reperibili al sito: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=173023&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1054855>; paragrafo 31 della sentenza, *Kossowski*. In entrambe, in particolare, viene citata la sentenza, C.G., Sez. IV, 5 giugno 2014, causa C-398/12, *Procura della Repubblica c. M*, cit., ma il principio era già contenuto nella sentenza, C.G., 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, cit.

³¹² Cfr. paragrafo 36 della sentenza, *Kossowski*, cit.: «Nel procedimento principale, risulta dalla decisione di rinvio che, nel diritto polacco, la decisione della procura distrettuale di *Kolobrzeg* che pone fine al procedimento penale estingue definitivamente l'azione penale in Polonia». V. *Supra*, cfr. paragrafi 36 e 40 della sentenza, C.G., 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turansky*, cit.

³¹³ Cfr. paragrafi 30-34 della sentenza, C.G., 10 marzo 2005, causa C-469/03, *Miraglia*, cit., in virtù della quale una decisione è definitiva solo quando si fonda su una previa analisi nel merito della causa.

³¹⁴ Cfr. paragrafo 48 della sentenza, *Kossowski*, cit.: «Considerato quanto precede, una decisione che pone fine al procedimento penale come quella di cui trattasi nella controversia principale, adottata in una situazione in cui il pubblico ministero non abbia proseguito l'azione penale per il solo motivo che l'accusato si era rifiutato di deporre e che la vittima e un testimone *de relato* risiedevano in Germania, di modo che non era stato possibile sentirli durante il procedimento d'istruzione e non era stato possibile verificare le indicazioni della vittima, senza che sia stata condotta un'istruzione più approfondita al fine di raccogliere ed esaminare elementi di prova, non costituisce una decisione che è stata preceduta da un esame svolto nel merito».

³¹⁵ Il ragionamento svolto dall'Avvocato generale, nei punti 69 ss. delle proprie conclusioni è sostanzialmente analogo a quello effettuato dalla Corte di giustizia. L'unico argomento esposto dall'Avvocato generale e non ripreso dai giudici di Lussemburgo riguarda l'esigenza di garantire i diritti fondamentali della vittima di reato, come se tale garanzia sia considerata dalla Corte come un corollario implicito dell'esigenza di evitare che il *ne bis in idem* si trasformi in uno strumento di sostanziale impunità per l'accusato. In questo senso: P. BERNARDONI, *Nuova pronuncia della Corte di Giustizia sul ne bis in idem: un chiarimento sulla nozione di «sentenza definitiva» e un'occasione persa per definire lo status delle riserve ex art. 55 CAAS*, 5 luglio 2016, in www.penalecontemporaneo.it.

come la valutazione nel merito dei fatti risponda alla *ratio* di evitare che il *ne bis in idem* possa trasformarsi in uno strumento idoneo a «proteggere un sospettato dall'eventualità di doversi sottoporre ad ulteriori accertamenti»³¹⁶, la Corte di giustizia conclude sancendo l'inapplicabilità del principio del *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 54 CAAS, atteso il carattere non definitivo del provvedimento adottato dal pubblico ministero polacco³¹⁷.

6. *Segue: in caso di sentenza di condanna, il suo carattere esecutivo*

L'ultima area tematica affrontata dalla Corte di giustizia in merito alla nozione di «sentenza definitiva» riguarda la condizione dell'esecuzione. Come già rilevato, infatti, l'operatività del principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 CAAS, è subordinata alla condizione che «(...)in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita»³¹⁸. Il primo dei ricorsi proposti sull'argomento è di notevole interesse per la pluralità di questioni ermeneutiche risolte dalla Corte di giustizia. Il rinvio pregiudiziale, in particolare, era stato disposto dal *Bundesgerichtshof* (Germania) nell'ambito di un procedimento penale a carico del sig. *Jürgen Kretzinger*, condannato dal *Landsricht Augsburg* per evasione di dazi doganali all'importazione, sorti a seguito dell'importazione di sigarette di contrabbando dalla Grecia al Regno Unito, passando per Italia e Germania. La sentenza di condanna trovava il proprio fondamento normativo nell'art. 347 del codice tributario tedesco, in virtù del quale un soggetto poteva essere condannato per evasione dei dazi doganali all'importazione sorti in uno Stato membro diverso dalla Repubblica Federale di

³¹⁶ Cfr. paragrafo 45 della sentenza, *Kossowski*, cit.; è significativo anche il paragrafo 47 della sentenza, *ibidem*, in cui la Corte collega la nozione di «sentenza definitiva» oltre che «necessità di garantire la libera circolazione delle persone», anche a quella di «promuovere la prevenzione della criminalità e di lottare contro quest'ultima all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

³¹⁷ Cfr. paragrafi 53 e 54, *ibidem*.

³¹⁸ V. *Supra*, Cap. I, par. 9.

Germania al momento dell'importazione illecita in tale altro Stato membro. Nonostante il sig. *Kretzinger*, per i medesimi fatti, fosse già stato condannato in Italia, prima dal Tribunale di Ancona e poi dalla Corte di Appello di Venezia, con sentenze successivamente passate in giudicato, il giudice tedesco ritenne inapplicabile, al caso di specie, la preclusione processuale prevista dall'art. 54 CAAS. Impugnata la sentenza dinanzi al *Bundesgerichtshof*, tale giudice, esprimendo una serie di dubbi circa la compatibilità con l'art. 54 della CAAS dell'*iter* logico seguito dal *Landgericht Augsburg*, ha sospeso il giudizio e ha sottoposto alla Corte due domande pregiudiziali³¹⁹: vengono richiesti, in primo luogo, chiarimenti sulla compatibilità, con la condizione di cui all'art. 54 CAAS, della sospensione condizionale della pena e dei periodi di privazione della libertà personale patiti dall'imputato nelle more del procedimento; in secondo luogo, il giudice del rinvio chiede alla Corte di giustizia se la possibilità per lo Stato della condanna di emettere un mandato di arresto europeo sia idonea a soddisfare il requisito dell'esecuzione³²⁰.

Per quanto riguarda la prima questione citata, la Corte di giustizia scinde i due aspetti sottoposti, affrontando per primo quello concernente la possibilità di considerare come sanzione «eseguita» o «in corso di esecuzione» anche la pena sottoposta al beneficio della sospensione condizionale. Tale istituto, conosciuto da tutti i sistemi penali degli Stati membri, è, ad avviso del Giudice di Lussemburgo, pienamente compatibile con la *ratio* e i presupposti dell'art. 54 CAAS. Peraltro, come messo in luce dall'Avvocato generale, la concessione del beneficio in esame è subordinata al rispetto di alcuni obblighi, *latu sensu* sanzionatori, da parte del

³¹⁹ Cfr. paragrafo 26 della sentenza, C.G., Seconda Sezione, 18 luglio 2007, causa C-288/05, *Kretzinger*, ECLI:EU:C:2007:441, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=62753&doclang=IT>. In realtà, il ricorso conteneva una terza domanda pregiudiziale, relativa alla definizione della nozione di «*idem*», per l'analisi della quale v.: *Infra*, Cap. II, par. 8.

³²⁰ C. M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, cit., p. 741; S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 228; D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, cit., p. 1421.

condannato, la cui trasgressione comporta la revoca della sospensione condizionale stessa³²¹.

Per tali motivi, la Corte di giustizia risponde affermativamente al primo quesito concernente la condizione dell'esecuzione, qualificando, dunque, la pena detentiva, cui è stata applicata la sospensione condizionale, come «effettivamente in corso di esecuzione attualmente» fin dal momento in cui la condanna è divenuta esecutiva e durante il periodo di sospensione. Inoltre, una volta che tale periodo è scaduto, la pena deve essere considerata come «eseguita» ai sensi dell'art. 54 CAAS³²².

Diversa soluzione, invece, viene data all'aspetto concernente la rilevanza da attribuire al c.d. presofferto. Mentre l'Avvocato generale distingue meticolosamente a seconda che il periodo di presofferto sia almeno pari oppure inferiore al *quantum* di pena comminato, attribuendo, dunque, rilevanza per l'operatività dell'art. 54 CAAS alla prima delle due ipotesi³²³; la Corte di giustizia, invece, un po' superficialmente, si limita a mettere in luce la diversa *ratio* sottesa ai due istituti. La custodia cautelare, infatti, persegue una finalità preventiva; la condizione dell'esecuzione, invece, mira ad evitare che un soggetto, giudicato con sentenza definitiva non eseguita, possa restare impunito³²⁴. Discostandosi, dunque, dai suggerimenti dell'Avvocato generale, la Corte di giustizia conclude ritenendo che «la pena inflitta da un giudice di uno Stato contraente non deve essere

³²¹ Cfr. paragrafo 46 delle conclusioni dell'Avvocato generale, ELEANOR SHARPSTON, presentate in data 5 dicembre 2006, in causa C-288/05, *Kretzinger*, ECLI:EU:C:2006:759, reperibili al sito: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=66339&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=170945>, ove si dice che: «La sospensione di una pena detentiva è sempre subordinata al rispetto, da parte del reo, di alcune condizioni imposte dal giudice competente per il periodo di sospensione. Tali condizioni variano a seconda degli Stati membri e dipendono anche dalle circostanze della singola fattispecie. Le autorità competenti vigilano sul rispetto di tali condizioni da parte del reo e il giudice competente conserva il potere di attivare la sentenza sospesa nel caso in cui vengano violate. Di norma, l'attivazione è discrezionale, ma in alcuni casi può essere obbligatoria. In generale, la condanna per altri reati farà scattare l'applicazione della pena sospesa».

³²² Cfr. paragrafi 38-44 della sentenza, *Kretzinger*, cit.

³²³ Cfr. paragrafo 75 delle conclusioni dell'Avvocato generale, ELEANOR SHARPSTON, cit.: «I periodi trascorsi da un imputato in stato di arresto di polizia e/o di custodia cautelare in uno Stato membro non possono essere considerati come una pena che sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente ai sensi dell'art. 54 della CAAS, a meno che tali periodi non siano di durata quanto meno pari a quella della pena detentiva inflitta con sentenza definitiva in relazione ai fatti per i quali l'imputato è stato trattenuto in stato di arresto di polizia o di custodia cautelare»; corsivo aggiunto.

³²⁴ Cfr. paragrafo 51 della sentenza, *Kretzinger*, cit.

considerata come «eseguita» o «effettivamente in corso di esecuzione attualmente quando l'imputato è stato posto brevemente in stato di arresto di polizia e/o di custodia cautelare e quando, secondo il diritto dello Stato di condanna, di tale privazione della libertà si deve tener conto nell'esecuzione successiva della pena detentiva»³²⁵.

L'ultima interessante questione affrontata nella sentenza *Kretzinger* è frutto di un intreccio tra divieto di *bis in idem* e mandato di arresto europeo. In particolare, ad avviso della Corte, «il fatto che una pena detentiva definitiva possa eventualmente essere eseguita, nello Stato di condanna, in seguito alla consegna, da parte di un altro Stato, di una persona condannata, non può incidere sull'interpretazione della nozione di «esecuzione» ai sensi dell'art. 54 della CAAS»³²⁶. La stessa decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, infatti, obbliga lo Stato richiesto a rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo, qualora risulti, dalle informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria di esecuzione, che la persona ricercata è stata giudicata per gli stessi fatti con sentenza definitiva da uno Stato membro, e che, in caso di condanna, la condizione di esecuzione è soddisfatta³²⁷. Come rilevato anche dall'Avvocato generale, l'art. 54 CAAS, del resto, non può trovare applicazione dal momento che è proprio l'emissione di un mandato di arresto europeo con finalità esecutive di una pena detentiva a testimoniare l'insussistenza della condizione cui viene subordinata l'operatività della norma³²⁸. La soluzione appare logica soprattutto se si considera

³²⁵ Cfr. paragrafo 52, *ibidem*. Come messo in luce da S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 233: probabilmente «la decisione risente eccessivamente della vicenda concreta che vi ha dato origine: in quell'occasione, infatti, si trattava di un breve periodo di custodia cautelare, inidoneo a compensare per intero la pena disposta all'esito dell'accertamento»; a tal riguardo, v. anche: D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, cit., p. 1421.

³²⁶ Cfr. paragrafo 63 della sentenza, *Kretzinger*, cit.

³²⁷ Si tratta dell'art. 3, punto 2, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio (*G.U.C.E.*, 18 luglio 2002, n. L 190), cit.; cfr. paragrafo 61 della sentenza, *Kretzinger*, cit.

³²⁸ Cfr. paragrafo 88 delle conclusioni dell'Avvocato generale, ELEANOR SHARPSTON, cit.: «Da tali disposizioni discende logicamente che, qualora il mandato d'arresto europeo in vista dell'esecuzione di una pena detentiva venga emesso dopo un processo e una condanna, la condizione dell'esecuzione di cui all'art. 54 della CAAS, per definizione, non sussiste. È evidente che un mandato d'arresto europeo in vista dell'esecuzione di una pena detentiva viene emesso proprio perché la pena detentiva in questione non è stata eseguita né è in corso di esecuzione. Pertanto, l'art.

che non tutti i Paesi aderenti al mandato di arresto europeo partecipano anche alla convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, mentre quest'ultima si applica anche a Paesi Terzi³²⁹.

Questa domanda pregiudiziale, inoltre, conteneva una sotto-questione che la Corte di giustizia non ha affrontato a causa della risposta negativa seguita al quesito principale. Le si chiedeva, in particolare, se, viste le condizioni che l'art. 5, n. 1 della decisione quadro 2002/584/GAI pone alla possibilità di dar seguito ad un mandato di arresto europeo relativo ad una sentenza pronunciata in contumacia, la circostanza che il giudizio si sia svolto *in absentia* possa incidere in una qualche misura nell'interpretazione dell'art. 54 CAAS. Il tema è stato affrontato apertamente nella già analizzata sentenza *Bourquain*, resa dalla Corte di giustizia l'11 dicembre 2008³³⁰. Tale pronuncia non si arrestava alla mera inclusione delle sentenze contumaciali nella nozione di «sentenza definitiva», posto che la Corte era stata investita dal giudice *a quo* di un ulteriore e fondamentale quesito pregiudiziale: si chiedeva, in particolare, se la circostanza che la sanzione non potesse «essere più eseguita», a causa delle peculiarità normative dello Stato di condanna, fosse di ostacolo all'applicabilità della regola fissata dall'art. 54 CAAS. Riprendendo quanto già detto in precedenza, il sig. *Bourquain* era stato condannato in contumacia per omicidio volontario e diserzione dal Tribunale permanente delle Forze armate di Bone (Algeria), sulla base del codice penale francese all'epoca vigente. La fuga dell'imputato nella Repubblica democratica tedesca, da un lato, e l'intervenuta amnistia e prescrizione del reato dall'altro lato, non avevano, tuttavia, reso possibile l'esecuzione della pena inflitta dalla sentenza. Occorre, dunque, stabilire se la condizione di esecuzione di cui all'art. 54 sia soddisfatta anche qualora «in nessun momento del passato, neppure prima dell'amnistia o della

54 della CAAS non è applicabile. Ne consegue ineluttabilmente che, in tali circostanze, il principio *ne bis in idem* non osta a che uno Stato membro eserciti un'azione penale per gli stessi fatti, neanche qualora il reo interessato sia stato processato e condannato per i medesimi fatti in un altro Stato membro».

³²⁹ E. SELVAGGI, A. BALSAMO, L. DE MATTEIS, A. TAMIETTI, *Applicazione del ne bis in idem: cosa si intenda per «pena eseguita»*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4778 ss.; G. DE AMICIS, *Il principio del «ne bis in idem» europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, cit., p. 3174 e 3175; M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, cit., p. 741 e 742.

³³⁰ C.G., Sez. II, 11 dicembre 2008, causa C-297/07, *Bourquain*, cit., (V. *Supra*, Cap. II, par. 5).

prescrizione, la sanzione applicata dalla prima condanna abbia potuto essere eseguita direttamente»³³¹. Significativa al riguardo è la posizione assunta dal governo ungherese nelle sue osservazioni, secondo cui la clausola «non possa più essere eseguita» deve essere interpretata nel senso che la pena inflitta avrebbe dovuto essere eseguibile quantomeno alla data della sua irrogazione in base alla normativa dello Stato di condanna (nel caso di specie: Francia)³³². La Corte di giustizia, tuttavia, ritiene che tale espressione abbia carattere assoluto, riferendosi al momento in cui lo Stato competente in *idem* decide di instaurare il secondo giudizio e non a quello di emissione della pronuncia irrevocabile³³³. Di conseguenza, la preclusione processuale può operare anche qualora la sanzione comminata ad esito del primo giudizio non abbia mai potuto essere eseguita. La Corte, pertanto, riprendendo un orientamento già espresso in passato³³⁴, rifiuta un'interpretazione meramente letterale dell'art. 54 CAAS, concludendo che la norma si applica anche ad una pena derivante da una sentenza definitiva che, per le peculiarità processuali del diritto nazionale, non abbia mai potuto essere eseguita secondo la legge dello Stato di condanna per la mancata comparizione a giudizio dell'imputato³³⁵. Ancora una volta, i giudici di Lussemburgo insistono sull'argomento teleologico: il diritto alla libera circolazione è efficacemente tutelato solo se l'autore di un atto sappia che, una volta condannato e se la pena inflitta non può più essere eseguita secondo le leggi dello Stato di condanna, egli potrà liberamente circolare nell'area Schengen³³⁶.

³³¹ Cfr. paragrafo 45, *ibidem*.

³³² Cfr. paragrafo 46, *ibidem*.

³³³ Cfr. paragrafo 47, *ibidem*.

³³⁴ Cfr. paragrafo 69 delle conclusioni dell'Avvocato generale, DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, presentate in data 8 aprile 2008, in causa C-297/07, *Staatsanwaltschaft Regensburg c. Klaus Bourquain*, cit., in cui si ricorda come la Corte, nel paragrafo 11 della sentenza del 13 luglio 1989, *Skatteministeriet*, causa C-173/88, abbia dichiarato che «non si può valutare la portata della nozione controversa sulla base di un'interpretazione esclusivamente testuale».

³³⁵ Cfr. paragrafo 52 della sentenza, *Bourquain*, cit.

³³⁶ Cfr. paragrafi 49-50, *ibidem*. Sul punto, v.: E. SELVAGGI, *Ne bis in idem e sentenza contumaciale*, cit., p. 1286; S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 236 e 237; D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, cit., p. 1422; C. M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, cit., p. 742.

L'ultima questione sottoposta alla Corte di giustizia, in merito alla condizione di esecuzione prevista dall'art. 54 CAAS, concerne, invece, l'ipotesi in cui la sentenza di condanna abbia comminato congiuntamente una pena detentiva e una pecuniaria, ma il condannato abbia dato esecuzione ad una sola di esse. Al centro della vicenda che ha dato origine all'intervento della Cortesi pone un fatto di truffa commesso in Italia, ai danni di un cittadino tedesco, da un cittadino serbo, *Zoran Spasic*³³⁷. Per l'accusa di truffa in banda organizzata, l'imputato venne condannato in contumacia dal Tribunale di Milano, con sentenza passata in giudicato, alla pena di un anno di reclusione e di ottocento euro di multa. Avendo adempiuto solo al pagamento della sanzione pecuniaria e non avendo mai espiato la pena carceraria, il sig. *Spasic*, che nel frattempo era detenuto in Austria per altri motivi, fu consegnato dalle autorità giudiziarie austriache a quelle tedesche, in seguito ad un mandato di arresto europeo emesso, per i fatti commessi a Milano, dalla Procura di *Regensburg*. L'ordinanza di custodia cautelare venne impugnata in primo grado dinanzi all'*Amtsgericht Regensburg* e poi in appello, dinanzi all'*Oberlandesgericht Nurnberg*, dove l'imputato eccepiva il *ne bis in idem* sostenendo, tra l'altro, che avendo provveduto al pagamento della sanzione pecuniaria irrogata, la pena inflitta dall'autorità giudiziaria italiana doveva ritenersi eseguita, con conseguente obbligo di rilascio a carico delle autorità tedesche³³⁸. Il giudice del rinvio, pertanto, ha sospeso il giudizio e ha interrogato la Corte di giustizia chiedendo se l'espiazione della sola pena pecuniaria, laddove comminata congiuntamente ad una pena

³³⁷ Cfr. C.G., Grande Sezione, 27 maggio 2014, causa C-129/14 PPU, *Spasic*, ECLI:EU:C:2014:586, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152981&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=236165>; N. MANCINI, *Il ne bis in idem «transnazionale» e la sentenza della Corte europea di Giustizia sul caso Spasic*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2016, p. 143 ss.

³³⁸ In realtà, il sig. *Spasic* invocava il principio del *ne bis in idem* «transnazionale», facendo valere, in particolare, che la condizione di esecuzione prevista dall'art. 54 CAAS, era in contrasto con l'art. 50 della Carta e non poteva, pertanto, essere utilizzata per poter procedere in Germania contro di lui, vista la già avvenuta condanna subita in Italia per i medesimi fatti. L'analisi di tale fondamentale questione sarà affrontata nel corso della trattazione, allorché ci si soffermerà sui rapporti che intercorrono tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE; v. *Infra*, Cap. III, Sez. (B), par. 4.

detentiva, possa perfezionare e, dunque, soddisfare la condizione di esecuzione di cui all'art. 54 CAAS³³⁹.

Al fine di offrire una soluzione scevra da equivoci, la Corte di giustizia osserva immediatamente come il termine «pena», benché utilizzato al singolare nell'art. 54 CAAS, debba ritenersi comprensivo anche del caso in cui siano state inflitte congiuntamente due pene principali³⁴⁰; una diversa lettura, infatti, svuoterebbe di significato il divieto di doppio processo e impedirebbe alla garanzia di operare in un elevato numero di casi³⁴¹. Ad avviso della Corte, dunque, si deve ritenere che, nel caso di specie, la clausola di cui all'art. 54 CAAS sia stata impropriamente invocata, alla luce del fatto che il sig. *Spasic*, pur avendo eseguito la pena pecuniaria, non aveva ancora iniziato ad espiare quella detentiva. Occorre, infatti, osservare, in primo luogo, che parte delle statuizioni contenute nella sentenza italiana non erano state soddisfatte, di conseguenza la pena non poteva dirsi interamente eseguita; in secondo luogo, l'espressione «in corso di esecuzione attualmente» presuppone che il soggetto condannato stia scontando la sanzione nel momento in cui viene invocata la tutela sancita dall'art. 54 CAAS³⁴².

Alla luce di queste considerazioni e in linea con la presa di posizione dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen³⁴³, la Corte di giustizia sancisce il principio

³³⁹ Come sottolineato precedentemente (*Supra*, in questo paragrafo, nota 338), il caso di specie non riguardava semplicemente tale questione. Il giudice del rinvio, infatti, con un primo quesito pregiudiziale chiede alla Corte di esprimersi sull'attuale vigenza della condizione di esecuzione di cui all'art. 54 CAAS, in seguito all'entrata in vigore dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali.

³⁴⁰ Cfr. paragrafo 80 della sentenza, *Spasic*, cit.: «Benché l'articolo 54 della CAAS disponga, utilizzando il singolare, che occorre che «la pena sia stata eseguita», in tale condizione rientra, chiaramente, la situazione in cui siano state inflitte due pene principali, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, ossia, da un lato, una pena detentiva e, dall'altro, la condanna al pagamento di una pena pecuniaria».

³⁴¹ Cfr. paragrafo 81 della sentenza, *Spasic*, cit.: «Un'interpretazione diversa porterebbe infatti a svuotare di significato il principio del *ne bis in idem* enunciato all'articolo 54 della CAAS e comprometterebbe l'applicazione utile del suddetto articolo».

³⁴² Cfr. paragrafo 83 della sentenza, *Spasic*, cit. Viene, in particolare, richiamato il paragrafo 63 della sentenza C.G., Seconda Sezione, 18 luglio 2007, causa C-288/05, *Kretzinger*, cit., in cui si precisa che la semplice possibilità che la pena venga eseguita (nel caso richiamato, per effetto della consegna in adempimento ad un mandato di arresto europeo) non vale ad integrare la condizione dell'esecuzione di cui all'art. 54 CAAS.

³⁴³ Cfr. paragrafi 111-125 della Presa di posizione dell'Avvocato generale, NIILO JÄÄSKINEN, presentata in data 2 maggio 2014, in causa C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, ECLI:EU:C:2014:739, in: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153081&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=243075>.

in forza del quale «il solo pagamento della sanzione pecuniaria penale, inflitta ad una persona che con la medesima decisione di un giudice di un altro Stato membro sia stata condannata ad una pena detentiva che non è stata eseguita, non permette di considerare che la sanzione sia stata eseguita o sia in corso di esecuzione ai sensi di tale disposizione»³⁴⁴.

Come emerge dalle pronunce analizzate, la Corte di giustizia, nel delineare la nozione di sentenza definitiva, si è fatta portatrice, da un lato, della necessità di garantire la finalità cui mira il principio del *ne bis in idem*, ossia la libera circolazione delle persone sul territorio europeo; dall'altro lato, dell'esigenza di assicurare un'efficiente azione di contrasto del fenomeno delittuoso. Il bilanciamento di queste due esigenze contrapposte si rende necessario per un corretto sviluppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in quanto la libera circolazione delle persone non può essere presa come valore assoluto da proteggere ad ogni costo, ma la sua garanzia deve essere modulata in modo tale da non tramutare il principio in esame in uno strumento attraverso il quale conseguire un'ingiusta impunità e indebolire l'azione di contrasto del fenomeno delittuoso, anch'essa prevista dai trattati.

7. L'interpretazione della nozione di *idem*

Il tema concernente l'identità o meno di due fatti criminosi, già insidioso entro le mura domestiche³⁴⁵, assume maggiore delicatezza quando il giudizio di valore, che implica la scelta, da parte del legislatore, dei criteri attraverso cui qualificare normativamente la realtà fattuale, coinvolge una molteplicità di ordinamenti statali, ciascuno dei quali portatore di una propria tecnica legislativa.

³⁴⁴ Cfr. paragrafo 85 della sentenza, *Spasic*, cit. Sul punto v.: N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie: questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della corte di giustizia UE*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1385 ss.; S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 237 e 238; F. TRIPODI, *Il ne bis in idem si confronta coi suoi «limiti»: al vaglio di proporzionalità della Corte di giustizia la condizione d'esecuzione prevista dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, p. 609 ss.

³⁴⁵ Per la disciplina nazionale, v. *Supra*, Cap. I, par. 1.

Il giudizio di «identità dei fatti», e di conseguenza la portata applicativa del divieto di cui all'art. 54 CAAS, dipende, peraltro, dal bilanciamento delle due esigenze tradizionalmente connesse al principio del *ne bis in idem*: da un lato la prerogativa di garanzia individuale, dall'altro lato le istanze di sovranità dei singoli Stati, «lese dal fatto che il *ne bis in idem*, previsto dalla convenzione, costituisce un'etero-limitazione all'esercizio della potestà punitiva nazionale, che trova ragione nel fatto che un diverso Stato ha già provveduto alla repressione»³⁴⁶.

È chiaro, dunque, che la definizione della nozione di «*idem*» di cui all'art. 54 CAAS, intesa nelle sue due tradizionali accezioni (l'*eadem persona* da un lato, e l'*eadem re* dall'altro), rappresenti senza dubbio l'aspetto più controverso della materia. Già l'Avvocato generale Colomer, nelle conclusioni presentate in occasione delle cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, aveva messo in luce come la formulazione del principio del *ne bis in idem* richiedesse la compresenza di tre tipi di identità: «coincidenza dei fatti, un solo trasgressore ed un unico bene giuridico - uno stesso valore - tutelato» dalle norme che si assumono violate dall'imputato³⁴⁷.

A ben vedere, il profilo relativo all'*eadem persona* non ha acceso quei lunghi e faticosi dibattiti giurisprudenziali e dottrinali che sono, invece, sorti in materia di

³⁴⁶ Cfr. R. CALÒ, *Ne bis in idem: l'art. 54 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1120. In questo senso, v. anche: N. GALANTINI, *Evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1567, in cui viene sottolineato che: «Recepito da quella che può definirsi la teoria generale del diritto penale internazionale elaborata già nell'ottocento dalla dottrina, il principio del *ne bis in idem* internazionale è da sempre espressione del conflitto tra l'esigenza della sua tutela, quale prerogativa fondamentale della persona volta ad assicurare la certezza del diritto e della giurisdizione sul piano internazionale, e il soddisfacimento delle diverse pretese di sovranità territoriale scaturenti dal convergere su uno stesso fatto di concorrenti competenze giurisdizionali fondate sulle fattispecie di reato di natura extraterritoriale».

³⁴⁷ Cfr. paragrafo 56 delle conclusioni dell'Avvocato generale, DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER, presentate in data 19 settembre 2002, in cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Procédure pénale c. H. Gözütok e Procédure pénale c. K. Brügger*, cit.: «Non è determinante il fatto che l'azione repressiva venga esercitata all'interno di uno stesso ordinamento oppure emani da ordinamenti diversi; ciò che si deve invece accertare al fine di stabilire se un fatto possa essere punito più di una volta, a prescindere da chi eserciti il potere sanzionatorio, è se le diverse sanzioni servano a tutelare i medesimi beni giuridici, o invece i valori che si tutelano siano diversi». A tal proposito egli ricorda come la Corte di giustizia, nei paragrafi 22 e 23 della sentenza, C.G.E., 18 novembre 1987, causa 137/85, *Maizena*, (in *Raccolta*, pag. 4587), avesse negato la sussistenza di una violazione del principio del *ne bis in idem*, poiché le due cauzioni imposte ad una stessa persona in relazione ai medesimi fatti perseguivano finalità distinte.

*eadem re*³⁴⁸: le incertezze più rilevanti, infatti, si riscontrano sul tema relativo alla possibilità di estendere la garanzia di cui all'art. 54 CAAS anche alle persone giuridiche. In assenza di specifici precedenti sul punto, una parte della dottrina aveva accolto la soluzione positiva, facendo leva su una sentenza della Corte di giustizia in cui era stata concessa, anche alle persone giuridiche, la facoltà di invocare il principio della tutela giurisdizionale effettiva, sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali³⁴⁹. Tale orientamento dottrinale, tuttavia, è stato parzialmente sconfessato da una più recente pronuncia, con la quale la Corte, non ritenendo integrato il presupposto dell'*idem* soggettivo, ha escluso l'operatività del principio del *ne bis in idem* nell'ipotesi in cui il «medesimo fatto» sia imputabile ad una società dotata di personalità giuridica e ad una persona fisica: nell'ottica dei giudici europei, infatti, l'irrogazione di una sanzione (nel caso di specie, di natura tributaria) ad una persona giuridica, non preclude la possibilità di perseguire penalmente anche la persona fisica per i medesimi fatti³⁵⁰.

³⁴⁸ A tal riguardo, C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali dell'Unione Europea*, cit., p. 225, dove viene evidenziato che l'identità soggettiva «deve ritenersi necessaria solo quanto al soggetto sottoposto a giudizio in duo o più Stati e non, invece, quanto all'autorità che esercita l'azione penale: poiché tale nozione viene analizzata sotto il profilo del suo rilievo sul piano "orizzontale", ovvero nei rapporti tra entità statuali differenti e, quindi, rispetto a procedimenti instaurati, o da instaurare, si contro lo stesso soggetto, ma appunto in diversi Stati, l'identità delle autorità procedenti è del tutto inconfigurabile e la loro diversità è *in re ipsa*». Come sottolineato dalla stessa autrice (nota 37, *ibidem*) ci sono tuttavia, alcune voci (minoritarie) in dottrina che negano l'operatività del principio del *ne bis in idem* come principio di diritto internazionale generale facendo leva proprio sulla diversità dell'autorità che esercita lo *jus puniendi* nei procedimenti contro lo stesso soggetto, ma in Stati diversi. V., per esempio, P. FIORE, *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti*, parte II (*Materia penale*), Pisa, Torino, Roma, Firenze, 1877, II, p. 95 e 96, ove si dice: «La regola di giustizia *non bis in idem* vale per le sentenze rese dalla stessa Sovranità e in applicazione della medesima legge allo stesso fatto. (...) Si invoca la massima *non bis in idem*, quasi che bastasse il semplice fatto dell'esistenza di un giudizio per concludere che l'esercizio dell'azione penale presso noi sarebbe una duplicazione, quando invece il diritto della giurisdizione estraterritoriale è distinto da quello della giurisdizione territoriale, e diverso il titolo dell'azione penale dell'una e dell'altra, tuttoché motivati dalla stesso fatto, e quindi per non essere identici i due giudizi la massima non si potrebbe dire violata». Anche a livello di Unione europea tale definizione non ha dato vita a rilevanti problemi; l'unico dubbio sollevato in un rinvio pregiudiziale riguardava, infatti, l'applicabilità del *ne bis in idem*, in caso di concorso di persone nel reato, ai correi: a tal proposito, v. la già analizzata sentenza, C.G., 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*, cit., (*Supra*, Cap. II, par. 5).

³⁴⁹ Cfr. C.G., 22 dicembre 2010, causa C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2010:811, in: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83452&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=307379>.

³⁵⁰ Cfr. paragrafo 27 della sentenza, C.G., 5 aprile 2017, cause riunite C-217/15 e C-350/15, *Orsi e Baldetti*, ECLI:EU:C:2017:264, reperibile al sito:

Sicuramente più arduo è il compito dell'interprete che si volesse accingere a delimitare i confini della nozione di *idem* sotto il profilo oggettivo³⁵¹. Le complessità ermeneutiche derivano, ancora una volta, dall'assenza di indicazioni normative chiare; l'apparente linearità e limpidezza della norma, infatti, nasconde talmente tante insidie per l'interprete che taluni in dottrina hanno addirittura considerato l'art. 54 CAAS come una norma dal contenuto precettivo quanto mai sfuggente³⁵². Limitandosi, infatti, a subordinare l'efficacia preclusiva all'accertamento della coincidenza tra il «fatto» oggetto del giudizio già concluso e il «fatto» per il quale si vorrebbe instaurare un secondo procedimento a carico della stessa persona, l'art. 54 CAAS non offre alcun appiglio ermeneutico per l'individuazione di criteri certi e sicuri sulla base dei quali definire la nozione di «*idem*». Ed effettivamente, né l'articolo citato, né le norme successive precisano quando i fatti oggetto dei diversi procedimenti possano considerarsi i medesimi.

Le difficoltà interpretative dei giudici nazionali, che si sono manifestate in una serie di rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, in realtà, oltre a derivare da questa assoluta indeterminatezza dell'art. 54 CAAS, sembrano anche scaturire dalla differente terminologia utilizzata nelle varie versioni linguistiche della norma in

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=189621&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=355894>, in cui si dice che: «Pertanto, si deve rispondere alla questione posta dichiarando che l'articolo 50 della Carta deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'IVA dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta ad una società dotata di personalità giuridica, mentre detti procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di una persona fisica».

³⁵¹ Si tratta di un punto che merita approfondimento anche in considerazione del fatto che le fonti di riferimento (l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE) contengono due espressioni differenti: mentre, infatti, la convenzione di Schengen fa riferimento ai «medesimi fatti», la Carta dei diritti fondamentali rimanda alla nozione di «reato». Sui rapporti che intercorrono tra le due norme, v. *Infra*, Cap. III, Sez. (A), par. 1.

³⁵² In questi termini: R. CALÒ, *Ne bis in idem*, cit., p. 1120, in cui si sottolinea che: «Il silenzio serbato dall'art. 54 CAAS fa sì che i parametri alla cui stregua deve essere effettuato il giudizio circa l'identità dei fatti non siano pre-dati, ma costituiscano, essi stessi, l'esito di una complessa operazione ermeneutica, volta ad individuare lo scopo che la preclusione processuale persegue nel contesto europeo». Come si vedrà, l'indeterminatezza della formulazione «medesimi fatti», enunciata dall'art. 54 CAAS, è rilevata anche nel paragrafo 38 delle conclusioni dell'Avvocato generale Colomer nel caso *Van Esbroeck* (V. *Infra*, Cap. II, par. 8).

esame³⁵³. In assenza di lavori preparatori³⁵⁴, possono venire in aiuto le versioni ufficiali della norma (olandese, tedesca e francese) che, servendosi del termine «*faits*» in luogo dell'espressione «*infraction*» (utilizzata, invece, nella versione inglese che comunque non è ufficiale), sembrano suggerire un'interpretazione meno ancorata alla qualificazione giuridica del fatto³⁵⁵.

Inoltre, salvo qualche voce³⁵⁶, l'orientamento maggioritario in dottrina, intendendo il «fatto» come accadimento storico-naturalistico, accoglie un'interpretazione ampia della nozione di «*idem*» che, prescindendo dalla qualificazione normativa, attribuisce rilevanza alla mera corrispondenza dei fatti nella loro concreta materialità³⁵⁷.

³⁵³ C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., p. 950, in questo contesto l'autrice si riferisce, in particolare alla nozione di «sentenza definitiva», ma il discorso può valere, *mutatis mutandis*, anche per l'espressione «medesimi fatti».

³⁵⁴ L'assenza di lavori preparatori viene segnalata anche da: C. VAN DEN WYNGAERT, G. STESENS, *The international non bis in idem principle*, cit., p. 790, dove gli autori sottolineano che: «*The question how Article 54 of the Schengen Convention is to be construed is not easily answered. Given the absence of travaux préparatoires, it is not even certain whether the drafters of the Schengen Convention had this distinction between the broad or the narrow meaning of the non bis in idem rule in mind when they put together Article 54*».

³⁵⁵ C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali dell'Unione Europea*, cit., p. 228.

³⁵⁶ Aderiscono a questa concezione: C. VAN DEN WYNGAERT, G. STESENS, *The international non bis in idem principle*, cit., p. 791, secondo i quali: «*any general international non bis in idem provision should, in principle, bar only new prosecutions for the same offence, not for the same facts*».

³⁵⁷ Per la dottrina a favore dell'interpretazione estensiva della nozione di «*idem*» v., a titolo di esempio: S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, cit., p. 899, ove si afferma che: «Si tende a preferire la prima soluzione (cioè, intendendo il fatto in senso materiale), essenzialmente notando che l'adozione dell'altro criterio (intendendo, cioè, il fatto giuridico) avrebbe per conseguenza una compressione alla operatività del principio, in modo non corrispondente alla *ratio* della norma che intende stabilire una garanzia efficace per la persona»; N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem" internazionale nel processo penale*, cit., p. 30, in cui il presupposto dell'identità del fatto va inteso «nella prospettiva della sua collocazione storica e con riferimento alla sua determinatezza quanto a tempo, luogo e persona, non rilevando per nulla l'eventuale diversità di qualificazione giuridica»; D. FLORE, *Les jugements répressifs au-delà des frontières nationales*, cit., p. 139, in cui si afferma che: «*l'appréciation de la règle se fait d'après les faits et non d'après les qualifications juridiques, ce qui en élargit grandement la portée*»; H. H. JESCHECK, *Rapport, IX^o congrès de l'AIDP*, in *Revue international de droit pénal*, 1963, p. 209, in cui viene sottolineato che: «*Partout où il sera question, comme pour le cas des effets négatifs des jugements pénaux, de la notion de même fait, il s'agira du fait historique déterminé, quant à l'unité de lieu, de temps et des personnes y participant, sans que la qualification juridique de ces faits entre en ligne de compte*»; W. BREUKELAAR, *La reconnaissance des jugements répressifs étrangers*, in *Revue international de droit pénal*, 1974, in cui l'autore, criticando la tesi opposta di Oehler, afferma che: «*Nous estimons qu'une interprétation historique qui remonte au Congrès de 1964 ne peut aboutir qu'à une seule conclusion, à savoir que la qualification dans l'Etat où a eu lieu la condamnation n'a pas d'importance en la matière*».

Del resto, la qualificazione di «fatto» come accadimento storico-naturalistico sembrerebbe testimoniata anche dagli strumenti pattizi elaborati in seno al Consiglio d'Europa³⁵⁸; dalle posizioni assunte, nel corso degli anni, dalle stesse Istituzioni europee³⁵⁹; e da ultimo, da quei progetti che, in epoca successiva alla convenzione di Schengen, hanno tentato di introdurre una regolamentazione più dettagliata del *ne bis in idem* nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia³⁶⁰.

Non manca, comunque, anche chi, tra i due poli opposti, propende per una soluzione interpretativa intermedia: parte della dottrina e i Governi di alcuni Stati membri³⁶¹, infatti, hanno suggerito di attribuire rilevanza al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice e leso dalla condotta illecita che si intende perseguire. L'effetto preclusivo di cui all'art. 54 CAAS, in questo senso, potrebbe operare soltanto laddove il secondo procedimento penale abbia ad oggetto fatti che, pur ricevendo una diversa qualificazione giuridica, ledano i medesimi interessi protetti.

³⁵⁸ Ci si riferisce in particolare ai già citati art. 53 della convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi e art. 35 della convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali; per l'analisi delle due convenzioni, v.: *Supra*, Cap. I, par. 4.

³⁵⁹ Cfr. comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, p. 9 ss., reperibile al sito: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0495&from=IT>; nonché, risoluzione legislativa del Parlamento europeo *sulla Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, in GUCE, C 34 E del 7 febbraio 2002, p. 385 ss.

³⁶⁰ Ci si riferisce, in particolare, all'iniziativa della Repubblica ellenica sull'adozione di una decisione quadro sul principio del *ne bis in idem*, in *GUUE*, C 100 del 26 aprile 2003, p. 24 ss.; e MAX-PLANCK-INSTITUT, *Freiburg proposal on Concurrent Jurisdiction and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, 2003, v. al riguardo, il testo a cura di E. ZANETTI, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 374, in cui il paragrafo 6, n. 2 lett. c) precisa che la nozione di «atto» va riferita a quelli che sostanzialmente sono gli stessi fatti, indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica. Per l'analisi di queste due proposte v. *Infra*, Cap. III, Sez. (C), par. 3.

³⁶¹ Si tratta, in particolare, del governo ceco: cfr. paragrafo 26, sentenza *Van Esbroeck*; dei governi tedesco e spagnolo: cfr. par. 32, sentenza *Kretzinger*, i quali hanno sostenuto che «il criterio basato sull'identità dei fatti materiali deve essere applicato in modo da consentire ai giudici nazionali competenti di prendere in considerazione anche l'interesse giuridico tutelato nella valutazione di un insieme di circostanze concrete»; per l'analisi delle quali v. *Infra*, Cap. II, par. 8. Inoltre, c'è chi in dottrina osserva che, pur accogliendo un'interpretazione storico-naturalistica del concetto di *idem*, non si possa, comunque prescindere totalmente dalla qualificazione giuridica del fatto: a tale dato formale, infatti, è necessario ricorrere per selezionare gli atti umani rilevanti per l'ordinamento giuridico. In questo senso: B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit. p. 44, in cui si dice che: «*Certain facts have been selected, presented, and emphasized, whereas others were omitted, and this process of selection and presentation constitutes a kind of legal qualification of the original event itself. A degree of interpretation of the facts in the light of their legal qualification therefore inevitably takes place at every instance, before and during legal proceedings*».

8. *Segue: la nozione di idem prospettata dalla Corte di giustizia*

La triplice alternativa esegetica nella definizione della nozione di «medesimi fatti» è stata sottoposta anche all'attenzione della Corte di giustizia, la quale, fin dalle prime pronunce in merito, ha chiarito che il giudizio di comparazione tra la condotta già accertata e quella che si vorrebbe nuovamente accertare deve essere limitato alla sostanziale corrispondenza naturalistica delle condotte, non rilevando in alcun modo né la qualificazione giuridica, né il bene giuridico tutelato dalla norma che si intende violata. In questo senso, l'efficacia preclusiva della sentenza straniera risulterebbe configurabile laddove i fatti coincidano nella loro estrinsecazione materiale³⁶².

La prima occasione, offerta alla Corte per chiarire la portata di tale nozione, traeva origine da un procedimento penale a carico del sig. *Leopold Henri Van Esbroeck*, cittadino belga, condannato dal Tribunale di primo grado di *Bergen* (Norvegia) a cinque anni di reclusione per importazione illegale in Norvegia di amfetamine, hashish, MDMA e diazepam³⁶³. Dopo aver espiato parte della pena inflitta, il sig. *Van Esbroeck*, usufruendo della liberazione condizionale, fu ricondotto sotto scorta in Belgio, ove, tuttavia, venne condannato dal *Correctionele Rechtbank te Antwerpen* (Tribunale correzionale di Anversa) alla pena di un anno di reclusione con l'accusa di esportazione illegale fuori dal Belgio delle stesse sostanze stupefacenti, per la cui importazione in Norvegia era già stato condannato³⁶⁴. La sentenza di condanna venne confermata in appello dallo *Hop van*

³⁶² Si deve, comunque, ricordare che, in passato la Corte di giustizia, in un contesto diverso dall'ambito della convenzione di Schengen, aveva espresso l'orientamento in base al quale l'unità dell'interesse giuridico tutelato è una delle tre condizioni cui è subordinata l'applicazione del principio del *ne bis in idem* nel diritto comunitario della concorrenza. Ad esempio, v.: paragrafo 185 della sentenza, C.G., 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland e a. c. Commissione delle Comunità europee*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-123/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, dove la Corte sancisce il divieto per la Commissione di condannare o perseguire nuovamente un'impresa per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione della Commissione stessa non più impugnabile.

³⁶³ Cfr. C.G., 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, ECLI:EU:C:2006:165, in: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=57331&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=308704>.

³⁶⁴ In particolare, entrambi i procedimenti trovavano il proprio fondamento normativo nell'art. 36, n. 2, lett. a) della convenzione unica delle Nazioni Unite sugli stupefacenti e sulle sostanze

Beroep te Antwerper, mentre la Corte di Cassazione belga, successivamente adita, ritenendo necessario l'intervento della Corte di giustizia decise di sospendere il procedimento e chiedere delucidazioni circa l'interpretazione da dare alla locuzione «medesimi fatti» compresa nell'art. 54 CAAS³⁶⁵.

Il primo quesito pregiudiziale sottoposto ai giudici comunitari, in realtà, concerneva l'applicazione *ratione temporis* del *ne bis in idem* sancito dagli artt. 54-58 CAAS. In riferimento ad esso, la Corte dispone la loro applicazione ai procedimenti penali instaurati in uno Stato membro per atti per i quali una persona sia già stata giudicata in un altro Stato membro (nel caso di specie, si tratta della Norvegia) «sempreché essa [la CAAS] fosse in vigore negli Stati contraenti di cui trattasi al momento della valutazione dei presupposti per l'applicazione del principio *ne bis in idem* da parte del giudice adito per secondo»³⁶⁶.

Ciò chiarito, la Corte di giustizia passa ad esaminare il quesito pregiudiziale concernente la nozione di *idem*. Facendo leva sul tenore letterale dell'art. 54 CAAS che, a differenza delle norme sul *ne bis in idem* contenute in altri strumenti internazionali, fa riferimento solo alla natura degli atti, senza specificarne la qualificazione giuridica³⁶⁷, i giudici di Lussemburgo suggeriscono un criterio interpretativo imperniato sull'identità dei fatti materiali, «intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro»,

psicotrope del 1961, in forza del quale ciascuna delle infrazioni previste (ivi comprese importazione ed esportazione) deve essere considerata come un'infrazione distinta, se le stesse sono state commesse in Paesi diversi.

³⁶⁵ C. M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, cit., p. 744 ss.; T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 628; D. DEL VESCOVO, *Evoluzione dell'art. 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione*, cit., p. 731 ss.; B. PIATTOLI, *Il ne bis in idem diventa transnazionale. Gli Stati Ue e la fiducia reciproca nei rispettivi sistemi penali*, in *Diritto e giustizia*, 22 aprile 2006, p. 96 ss.

³⁶⁶ Cfr. paragrafo 24 della sentenza, *Van Esbroeck*; M. WASMEIER, *The principle of ne bis in idem*, cit., p. 126 ss.; M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law*, cit., p. 572.

³⁶⁷ Cfr. paragrafi 27 e 28 della sentenza, *Van Esbroeck*, in cui la Corte rileva che, contrariamente all'art. 54 CAAS, «tanto l'art. 14 par. 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, quanto l'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, ricorrono alla nozione di reato, risultando dunque pertinente il criterio della qualificazione giuridica dei fatti come presupposto per l'applicazione del principio del *ne bis in idem* sancito da questi ultimi strumenti». Si deve notare, peraltro, che anche l'art. II-110 del trattato che adotta una costituzione per l'Europa, nel sancire che il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato utilizza la locuzione «reato» in luogo di medesimi fatti.

indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica o dall'interesse giuridico tutelato³⁶⁸. Tale soluzione trova una propria logica nella considerazione che un «criterio fondato sulla qualificazione giuridica dei fatti o dell'interesse giuridico tutelato sarebbe tale da creare altrettanti ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati contraenti»³⁶⁹.

E, infatti, il ragionamento svolto dalla Corte di giustizia, ancora una volta, prende le mosse dal presupposto e dallo scopo del principio del *ne bis in idem*, come sancito dall'art. 54 CAAS: da un lato, cioè, la fiducia reciproca tra Stati nei loro rispettivi sistemi di giustizia penale, soprattutto quando il ricorso al proprio diritto nazionale offrirebbe una soluzione diversa³⁷⁰; dall'altro lato, la promozione della libera circolazione delle persone, tutelata efficacemente soltanto laddove sia garantita la possibilità per il soggetto già giudicato di circolare liberamente nello spazio Schengen senza temere di essere nuovamente perseguito per il fatto per il quale ha già scontato la pena o è stato assolto³⁷¹.

Del resto, una soluzione analoga era stata suggerita anche nelle sue conclusioni dall'Avvocato generale Colomer, il quale, insistendo sullo scopo del *ne bis in idem* e sottolineando la necessità di rinforzare la cooperazione tra Stati senza pregiudicare quelle fondamentali garanzie che vengono riconosciute ai cittadini in una società democratica, invitava la Corte di giustizia ad interpretare l'art. 54 CAAS in modo tale da evitare che un individuo, già giudicato per determinati fatti, eserciti la propria libertà di circolazione con l'ingiustificata «spada di Damocle» di nuove sanzioni pendente sulla sua testa³⁷².

³⁶⁸ Cfr. paragrafo 36 della sentenza, *Van Esbroeck*.

³⁶⁹ Cfr. paragrafo 35, *ibidem*.

³⁷⁰ Cfr. paragrafo 29, *ibidem*; nonché, paragrafo 33 della sentenza, C.G., 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, cit.

³⁷¹ Cfr. paragrafo 33 della sentenza, *Van Esbroeck*; nonché paragrafo 38 della sentenza, C.G., 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, cit. e paragrafo 32 della sentenza, C.G., 10 marzo 2005, causa C-469/03, *Miraglia*, cit.

³⁷² Cfr. paragrafi 23-25 e 52 delle conclusioni dell'Avvocato generale, DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER, presentate in data 20 ottobre 2005, in causa C-436/04 *Van Esbroeck*, ECLI:EU:C:2005:630, reperibili al sito: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=60662&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=308704>. V., inoltre, M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law*, cit., p. 573.

Tornando ora al caso di specie, la Corte di giustizia, pur rilevando che i fatti punibili consistenti nell'esportazione e importazione degli stessi stupefacenti e perseguiti in Stati contraenti della CAAS potrebbero essere considerati, in via di principio, i «medesimi» ai sensi dell'art. 54, rimette tale valutazione definitiva ai giudici nazionali competenti, cui spetta, dunque, accertare se la fattispecie sottoposta alla loro attenzione costituisca un insieme di fatti inscindibilmente collegati nel tempo, nello spazio nonché per oggetto³⁷³.

Individuate le coordinate attraverso cui valutare l'identità del fatto nello spazio, nel tempo e nell'oggetto, la Corte di giustizia ripropone pedissequamente questa ampia definizione di *idem* anche nella successiva pronuncia, spingendosi ad ammettere che, in materia di stupefacenti, parziali differenze in ordine ai quantitativi di droga non sono, di per sé, sufficienti ad escludere l'applicazione dell'art. 54 CAAS: anche in questo caso, però, l'onere di accertare se le circostanze del caso concreto rappresentino comunque un complesso fattuale inscindibile viene rimesso al giudice nazionale competente³⁷⁴. Ai fini del giudizio di identità, non si può, peraltro, prescindere, dall'accertamento dell'elemento psicologico. Come rilevato, infatti, dalla Corte di giustizia, nella già menzionata sentenza *Kretzinger*, tale giudizio deve accertare anche che l'imputato, perseguito in due Stati membri diversi, avesse fin dall'inizio «l'intenzione di trasportare il tabacco, dopo la prima presa di possesso, verso una destinazione finale attraversando diversi Stati contraenti»³⁷⁵.

³⁷³ Cfr. paragrafi 37-38 della sentenza, *Van Esbroeck*; sul punto, v.: B. PIATTOLI, *Il ne bis in idem diventa transnazionale*, cit., p. 97; D. DEL VESCOVO, *Evoluzione dell'art. 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione*, cit., p. 732; T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 629.

³⁷⁴ Si tratta dei paragrafi 40-53 della già citata sentenza, C.G., 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Van Straaten*, cit. Per l'analisi di queste sentenze, v. *Supra*, Cap. II, par. 5.

³⁷⁵ Cfr. paragrafo 37, secondo trattino, della sentenza, C.G., Seconda Sezione, 18 luglio 2007, causa C-288/05, *Kretzinger*, cit., per l'analisi della quale, v. *Supra*, Cap. II, par. 5. Come, già visto, infatti, il giudice del rinvio chiedeva, tra l'altro, «se comportamenti illeciti consistenti nella presa di possesso di tabacco estero di contrabbando in uno Stato contraente e nell'importazione e detenzione dello stesso tabacco in un altro Stato contraente» rientrano nella nozione di «medesimi fatti» di cui all'art. 54, «nella misura in cui l'imputato... aveva fin dall'inizio l'intenzione di trasportare il tabacco, dopo la prima presa di possesso, verso una destinazione finale attraversando diversi Stati contraenti». Cfr. paragrafo 28, *ibidem*.

Questa presa di posizione in merito all'elemento soggettivo del reato, è stata, tuttavia, ricalibrata dai giudici di Lussemburgo in un successivo rinvio pregiudiziale nel quale si chiedeva, ai fini della definizione di «medesimi fatti», la rilevanza da attribuire al disegno criminoso nella cui cornice è stato commesso un reato. Il caso di specie riguardava una cittadina olandese, *Norma Kraaijenbrink*, condannata ad una pena detentiva di sei mesi (sospesa) per ricettazione di somme di denaro provenienti da un traffico di stupefacenti, dall'*Arrondissementsrechtbank te Middelburg* (Paesi Bassi). La signora *Kraaijenbrink*, in seguito, fu condannata, dal *Rechtbank Van Verste Aanleg di Gent* (Tribunale di primo grado) ad una pena detentiva di due anni per operazioni di cambio in Belgio mediante somme di denaro derivante dal predetto traffico; entrambi i tribunali, infatti, facendo riferimento all'art. 71 CAAS e all'art. 36, comma 2, lett. a), n. i) e ii) della convenzione unica sugli stupefacenti delle Nazioni Unite del 1961³⁷⁶, constatata la diversità dei fatti, avevano escluso che l'imputata potesse invocare il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 54 CAAS, nonostante l'unicità del disegno criminoso. La Corte di Cassazione, successivamente adita dall'imputata, ha deciso di rimettere la questione alla Corte di giustizia, chiedendole se due fatti punibili, ancorché diversi (consistenti, da un lato, nel detenere in uno Stato membro somme di denaro proveniente da un traffico di stupefacenti e dall'altro lato, nel mettere in circolazione in uffici di cambio, situati in un altro Stato membro, somme di denaro provenienti anch'esse da tale traffico) possano essere considerati i «medesimi fatti», ai sensi dell'art. 54 CAAS, in quanto collegati da un unico disegno criminoso.

La Corte di giustizia, nella pronuncia resa il 18 luglio 2007, puntualizza fin da subito che l'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'art. 54 CAAS è

³⁷⁶ Il primo comma della norma, in particolare, sancisce che: «Le parti contraenti si impegnano, relativamente alla cessione diretta o indiretta di stupefacenti e di sostanze psicotrope di qualsiasi natura... nonché alla detenzione di detti prodotti e sostanze allo scopo di cederli o di esportarli, ad adottare, conformemente alle vigenti convenzioni delle Nazioni Unite... tutte le misure necessarie a prevenire ed a reprimere il traffico illecito degli stupefacenti e delle sostanze psicotrope». In ossequio all'art. 36, comma 2, lett. a), n. i): «Ognuna delle infrazioni enumerate al paragrafo i viene considerata come una distinta infrazione se le infrazioni sono commesse in Paesi diversi» ii) «La partecipazione intenzionale a una qualunque delle predette infrazioni, l'associazione o l'intesa al fine di commettere tale infrazione o il tentativo di commetterla, gli atti preparatori e le operazioni finanziarie compiute dolosamente, relativamente alle infrazioni di cui al presente articolo, sono considerate infrazioni passibili delle pene previste al paragrafo 1».

quello dell'identità dei fatti materiali, intesi, come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro³⁷⁷. Ad avviso dei giudici europei, infatti, la mera circostanza che esista un nesso soggettivo tra i due fatti, essendo parte di un medesimo disegno criminoso, non può, in alcun modo, compensare l'assenza di un collegamento oggettivo tra le circostanze concrete delle due condotte³⁷⁸. Inoltre, se è vero che l'art. 58 CAAS riconosce agli Stati membri il diritto di applicare disposizioni nazionali più ampie in tema di *ne bis in idem* attribuito alle decisioni giudiziarie straniere; è altrettanto vero che tale disposizione «non autorizza affatto uno Stato contraente ad astenersi dal giudicare un'infrazione collegata agli stupefacenti in violazione degli obblighi ad esso incombenti... per il solo motivo che l'imputato è già stato condannato in un altro Stato membro per altre violazioni motivate dello stesso disegno criminoso»³⁷⁹.

Si deve, dunque, concludere che l'operazione ermeneutica compiuta dalla Corte di giustizia, tendente ad ampliare significativamente la nozione di «medesimi fatti», sembrerebbe essere l'unica che, in assenza di un'armonizzazione delle legislazioni nazionali, consente di evitare un eccessivo indebolimento della *ratio* insita nel principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 CAAS. Tale ragionamento, peraltro, giustifica anche l'insistenza con cui i giudici europei, nelle più recenti sentenze, hanno perseverato nell'attribuire rilevanza al fatto, inteso in senso naturalistico, nonostante la diversa formulazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali³⁸⁰: come si vedrà a breve, infatti, la norma citata, sotto questo profilo,

³⁷⁷ Cfr. paragrafo 26 della sentenza, C.G., 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Kraaijenbrink*, ECLI:EU:C:2007:444, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=62757&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=309238>; nonché, paragrafi 38, 53 e 52 rispettivamente delle sentenze: C.G., 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, cit.; C.G., 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*, cit.; C.G., 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Van Straaten*, cit.

³⁷⁸ Cfr. paragrafi 29-32 della sentenza, *Kraaijenbrink*, cit.

³⁷⁹ Cfr. paragrafi 33-34, *ibidem*. Per l'analisi della sentenza, v.: C. M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, cit., p. 746 ss.; D. DEL VESCOVO, *Evoluzione dell'art. 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione*, cit., p. 732.

³⁸⁰ In una sentenza in materia di mandato di arresto europeo, infatti, la Corte di giustizia ha elevato la nozione di «medesimi fatti» al rango di «nozione autonoma del diritto dell'Unione la quale, come tale, può costituire oggetto di una domanda di pronuncia pregiudiziale da parte di qualsiasi giudice dinanzi al quale sia stata proposta una controversia a tal riguardo». Cfr. paragrafo 38 della sentenza, C.G., Grande Sezione, 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, ECLI:EU:C:2010:683, reperibile al sito:

sancisce il principio in termini più stringenti, ricorrendo all'espressione «reato» in luogo di «medesimi fatti». Ad avviso della Corte, dunque, il presupposto oggettivo richiesto per l'operatività del principio, tanto dalla convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen quanto dalla Carta dei diritti fondamentali, «non è altro che la somiglianza dei reati, somiglianza che occorre valutare non in considerazione delle qualificazioni proprie di ciascuna legislazione nazionale, ma alla luce della sostanza stessa dei reati concorrenti»³⁸¹. Come rilevato in dottrina, infatti, un'interpretazione restrittiva della nozione di *idem*, volta ad attribuire rilevanza alla mera qualificazione giuridica delle fattispecie, o, come suggerito dall'Avvocato generale Bot nella conclusioni presentate nella causa *Kossowski*, all'intenzione nella commissione del reato³⁸², «contrasterebbe con la tendenziale apertura, propria dei Paesi membri dell'Unione, al modo di essere dei sistemi punitivi stranieri e alla progressiva estensione, in virtù di una fiducia reciproca crescente, della sfera di operatività del principio del reciproco riconoscimento: esso, infatti, benché applicato alle decisioni, non può prescindere da un mutuo riconoscimento anche delle legislazioni in base alle quali tali decisioni sono state adottate»³⁸³.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=84420&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=366173>.

³⁸¹ Cfr. paragrafi 54 e 55 delle conclusioni dell'Avvocato generale, YVES BOT, presentate in data 15 dicembre 2015, in causa C-486/14, *Procedimento penale c. Piotr Kossowski*, cit.

³⁸² Cfr. paragrafi 56-64, *ibidem*. V. *Infra*, Cap. III, Sez. (C), par. 9.

³⁸³ Cfr. C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali dell'Unione Europea*, cit., p. 233 e 234.

9. *Segue*: e quella prospettata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU.

Il collegamento tra la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e l'Unione europea, creato ufficialmente dall'art. 6, parr. 2 e 3, TUE³⁸⁴, nonché le reciproche ingerenze registratesi tra le due Corti europee, impongono un'analisi, seppur breve, anche della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di *ne bis in idem*. Il referente normativo, in questa diversa dimensione, è l'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU che, come visto, a differenza dell'art. 54 CAAS e dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, circoscrive a chiare lettere l'efficacia del principio entro i confini nazionali³⁸⁵. Il dato fondamentale ai nostri fini, però, riguarda la definizione dell'*idem factum* attraverso il ricorso al termine «reato» (*offence e infraction* nelle versioni ufficiali), in luogo di quella di «medesimi fatti», impiegata, invece, nell'art. 54 CAAS. L'espressione «reato», che, come visto,

³⁸⁴ Il par. 2 della norma citata, infatti, recita che: «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione». Con questa norma, in particolare, il trattato di Lisbona ha creato una base giuridica per consentire l'adesione dell'Unione europea alla CEDU; come noto, tuttavia, il 18 dicembre 2014 la Corte di Giustizia si è pronunciata sull'incompatibilità del Progetto di accordo finalizzato all'adesione. Per analizzare i sei profili di incompatibilità individuati dalla Corte di Lussemburgo, v. CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, *La Corte si pronuncia sul progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e individua alcuni problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione*, Parere 2/13, comunicato stampa n. 180/14, Lussemburgo, 18 dicembre 2014, reperibile al sito: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180it.pdf>. L'art. 6 par. 3 TUE, invece, sancisce che: «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». In dottrina si parla di «comunitarizzazione» dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e di quelli che risultano dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, in questo senso, v.: N. PLASTINA, *Il ne bis in idem ai sensi dell'art. 54 della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen: la Cassazione si pronuncia ancora sui limiti al nuovo giudizio*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1064 ss.

³⁸⁵ Cfr. art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU: «Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato». I corsivi sono stati aggiunti per sottolineare le differenze che intercorrono tra questa norma e l'art. 54 CAAS. L'efficacia circoscritta alla medesima giurisdizione nazionale, peraltro, era sottolineata anche dal paragrafo 27 del CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif relatif au Protocole n. 7 a la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Strasburgo, 1985, cit., v. *Supra*, Cap. I, par. 6.

viene utilizzata anche nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, rende necessaria l'indagine sulla posizione assunta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sul tema, attesa la profonda incidenza della sua giurisprudenza nell'ambito degli ordinamenti nazionali³⁸⁶. Il quadro che ci viene consegnato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo risulta, tuttavia, piuttosto contraddittorio: a distanza di pochi anni, infatti, le altalenanti posizioni assunte dalla Corte in merito alla definizione dell'*idem factum* hanno dato vita a tre diversi orientamenti giurisprudenziali³⁸⁷.

³⁸⁶ In realtà, l'aspetto che maggiormente ha impegnato la Corte europea dei diritti dell'uomo riguarda il difficile tema del c.d. «doppio binario sanzionatorio». Essa, in particolare, ha elaborato una nozione autonoma di «materia penale»: si trattava, infatti, di inquadrare talune sanzioni, qualificate come amministrative nell'ordinamento statale, tra quelle penali, alla luce dei criteri elaborati nella sentenza, Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, n. 51100/71, reperibile al sito: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57479>, e cioè, la qualificazione dell'infrazione, la sua natura e l'intensità della sanzione comminata. In questo modo, dunque, si attribuivano maggiori tutele per l'imputato e una minore incisività dell'apparato punitivo dello Stato, a beneficio dell'unitarietà della procedura sanzionatoria. V., per tutte, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, n. 18640/10, reperibile al sito: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141794>; e, da ultimo, Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, n. 24130/11 e n. 29758/11, reperibile al sito: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168972>. Per un'approfondita analisi delle sentenze, nonché del tema del doppio binario sanzionatorio, di cui non ci si occuperà in questa sede, v., *ex multis*: M. CASTELLANETA, *Concorso formale di reati e principio del ne bis in idem tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, 2017, p. 161 ss.; A. GOLINO, S. GOLINO, "Ne bis in idem": rilevanza nell'ordinamento tributario della recente sentenza della Corte EDU in materia di abusi di mercato, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2015, da p. 139 a p. 145; G. VINCIGUERRA, *Il principio del "ne bis in idem" nella giurisprudenza della Corte EDU*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2015, da p. 337 a pag. 347; L. TRUCCO, "Ne bis in idem": la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli, in *Quaderni Costituzionali*, 2017, p. 173 ss.; P. CENTORE, *Aspettando la Grande "Chambre" sulla doppia sanzione per le infrazioni tributarie*, in *Corriere tributario*, 2017, p. 1136 ss.; P. P. PAULESU, *Riflessioni in tema di "ne bis in idem" europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 637 ss.; S. MANACORDA, *Equazioni complesse: il "ne bis in idem" "incipite" sul "doppio binario" per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 515 ss.; G. DE AMICIS, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.* 2017, p. 469 ss.; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1899 ss.

³⁸⁷ In questi termini, cfr. R. CALÒ, *Ne bis in idem*, cit., p. 1120; una chiara panoramica del contrasto giurisprudenziale in seno alla Corte europea dei diritti dell'uomo (che a breve verrà affrontato nella trattazione) è stata offerta nelle conclusioni dell'Avvocato generale, DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER, presentate in data 20 ottobre 2005, in cause riunite C-436/04 *Van Esbroeck*, cit., cfr. in particolare nota 19, in cui si rileva che: «La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta sul punto contraddittoria: la sentenza 23 ottobre 1995, *Gradinger/Austria* postulava l'identità fattuale, prescindendo dalla qualificazione giuridica, viceversa quella del 20 luglio 1998, *Oliveira/Suiza* militava per l'altra tesi. La sentenza 29 maggio 2001, *Franz Fischer/Austria*, sembrerebbe conciliare le due precedenti basandosi sui fatti, ma la sentenza 2 luglio 2007, *Göktan/Francia* ha riaffermato l'*idem giuridico*».

L'indirizzo più risalente trae origine dalla sentenza del 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*³⁸⁸ nella quale la Corte europea dei diritti dell'uomo, attribuendo rilevanza ai meri aspetti naturalistici della vicenda delittuosa e prescindendo dalle qualificazioni giuridiche operate dalle autorità nazionali, aveva accolto il criterio dell'identità fattuale³⁸⁹. Analoga prospettiva naturalistica, tuttavia, non ha trovato riscontro nella seconda pronuncia relativa all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU³⁹⁰, in cui la Corte di Strasburgo giunge a conclusioni diametralmente opposte, nonostante le circostanze alla base dei due ricorsi presentassero aspetti comuni³⁹¹. Ravvisando, infatti, in questo secondo caso, un «concorso ideale di reati» (mancanza di padronanza del veicolo e commissione, per negligenza, di lesioni personali) e, considerando che esso si distingueva dal precedente, poiché il ricorrente non era stato processato due volte per lo stesso reato, bensì per due reati diversi, ancorché basati sulla medesima condotta, il giudice di Strasburgo, in questa occasione, opta per un'accezione normativa del concetto di *idem factum*. Il *revirement* della Corte europea, confermato poi in alcune successive pronunce³⁹², è stato aspramente criticato in dottrina: una tale

³⁸⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*, n. 15963/90, reperibile al sito: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57958>.

³⁸⁹ Cfr. paragrafo 55, *ibidem*: «...The Court is fully aware that the provisions in question differ not only as regards the designation of the offences but also, more importantly, as regards their nature and purpose...Nevertheless, both impugned decisions were based on the same conduct. Accordingly, there has been a breach of Article 4 of Protocol No. 7 (P7-4)». Sul punto, in dottrina, v.: N. PLASTINA, *Il ne bis in idem ai sensi dell'art. 54 della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen*, cit., p. 1066; S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit.; B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 190 ss.

³⁹⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 luglio 1998, *Oliveira c. Svizzera*, n. 24711/94, reperibile al sito: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58210>.

³⁹¹ Nella sentenza, *Gradinger c. Austria*, l'imputato era stato prima prosciolto dall'accusa di omicidio colposo conseguente ad un incidente stradale e aggravato dallo stato di ebbrezza, e in seguito era stata comminata una contravvenzione amministrativa per guida sotto l'effetto di sostanze alcoliche. Nella sentenza, *Oliveira c. Svizzera*, invece, al soggetto era stata inflitta una contravvenzione di guida negligente e successivamente era stato instaurato un processo penale per lesione colposa cagionate nel medesimo incidente stradale.

³⁹² A titolo di esempio, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 2 luglio 2002, *Göktan c. Francia*, n. 33402/96, reperibile al sito: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60555>, dove viene dichiarata conforme al divieto di *bis in idem* la possibilità di qualificare la medesima condotta come traffico di sostanze stupefacenti e importazione illegale delle stesse; ancora, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 2003, *Garaudy c. Francia*, n. 65831/01, reperibile al sito <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44357>, nella quale l'instaurazione, a carico della medesima persona, di una pluralità di procedimenti penali per istigazione all'odio razziale e pubblicazione di dichiarazioni razziali e diffamatorie aventi ad oggetto singoli capitoli di uno stesso libro, non è stata

lettura dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, infatti, avrebbe legittimato il giudice nazionale procedente ad instaurare tanti giudizi quanti fossero i «reati» ascrivibili a quell'unica condotta realizzata³⁹³.

Probabilmente consapevole dell'antinomia presente nella propria giurisprudenza, la Corte di Strasburgo, con la sentenza del 29 maggio 2001, *Franz Fischer c. Austria*³⁹⁴, ha cercato di coniugare i due precedenti indirizzi, attraverso l'introduzione del c.d. principio della continenza, in forza del quale la reiterazione dell'accusa sulla medesima azione od omissione viene considerata legittima, non già in presenza di una diversa qualificazione giuridica, bensì laddove le molteplici figure di reato ad essa ascrivibili non presentino gli stessi elementi essenziali³⁹⁵.

Pur lodevole negli intenti, la pronuncia in commento ha inaugurato un periodo di ulteriori incertezze interpretative, provocate dalla mancata individuazione di

considerata lesiva del principio del *ne bis in idem*. Per una lettura critica di quest'ultima sentenza, v. B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 197, secondo il quale «*counting different chapters of the same books as separated offences...haphazard approach to the interpretation of the most important element of the ne bis in idem principle*».

³⁹³ Cfr., in particolare, paragrafo 26 della sentenza, *Oliveira c. Svizzera*, cit.: «*That is a typical example of a single act constituting various offences (concoirs idéal d'infractions). The characteristic feature of this notion is that a single criminal act is split up into two separate offences, in this case the failure to control the vehicle and the negligent causing of physical injury. In such cases, the greater penalty will usually absorb the lesser one. There is nothing in that situation which infringes Article 4 of Protocol No. 7 since that provision prohibits people being tried twice for the same offence whereas in cases concerning a single act constituting various offences (concoirs idéal d'infractions) one criminal act constitutes two separate offences*». N. PLASTINA, *Il ne bis in idem ai sensi dell'art. 54 della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen*, cit., p. 1066; S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., 151 ss. La sentenza viene aspramente criticata in dottrina, v.: B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 192 ss.; S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford University inc., New York, 2005, p. 398 ss., in cui l'autore, considerando il rapporto tra la sentenza *Gradinger c. Austria* e la sentenza *Oliveira c. Svizzera* «puzzling», afferma che: «*The Court, in my view, would be well-advised to follow the US Supreme Court, which said that prosecution for two offences, arising from the same act, will constitute a violation of the principle ne bis in idem unless each provision requires proof of an additional fact which the other does not. This would be considerably more precise than the ECtHR's test, which rests on whether on offence encompasses all wrongs contained in the others or has the same essential elements. The Court does in fact mention the criterion of speciality used by the US Supreme Court, but only as an obvious example. Its approach therefore remains enveloped in an almost impenetrable cloud of fog*».

³⁹⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 maggio 2001, *Franz Fischer c. Austria*, n. 37950/97, reperibile al sito: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59475>.

³⁹⁵ Il principio della continenza è stato letteralmente ripreso in due consecutive pronunce, v. paragrafo 25 della sentenza, Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 maggio 2002, *W.F. c. Austria*, n. 38275/97, reperibile al sito: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["38275/97"\],"itemid":\["001-60477"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{); paragrafo 25 della sentenza, Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 giugno 2002, *Sailer c. Austria*, n. 38237/97, reperibile al sito: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60488>.

appigli ermeneutici finalizzati ad orientare l'interprete nazionale nella delimitazione degli elementi del reato idonei ad essere considerati essenziali nel senso stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nelle successive pronunce, infatti, i giudici di Strasburgo, assumendosi l'oneroso compito di delimitare tale nozione, non hanno optato per l'individuazione di un criterio univoco e generale, valido per ogni situazione concreta, ma hanno privilegiato un approccio "case by case"³⁹⁶. E, così, prima è stata esclusa l'operatività del *ne bis in idem* solo in presenza di una circostanza aggravante contestata in uno soltanto dei due giudizi relativi alla stessa condotta³⁹⁷; poi, la preclusione processuale è stata ritenuta inapplicabile laddove le fattispecie rilevanti differissero quanto a «*criminal intent and purpose*»³⁹⁸; infine, ritornando implicitamente ad accogliere il più restrittivo criterio dell'*idem* legale, la Corte europea ha ritenuto diverso il fatto qualora non fosse possibile una perfetta sovrapposizione delle diverse figure di reato ad esso ascrivibili, a causa delle differenze in ordine alla loro gravità, al bene giuridico tutelato nonché sotto il profilo del dolo³⁹⁹. Questo quadro estremamente frammentato, causa di molteplici incertezze applicative, ha trovato composizione soltanto nella pronuncia del 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, con la quale la *Grande Chambré* ha preso posizione, una volta per tutte, in merito alla definizione di «reato» ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU⁴⁰⁰. Superando la portata letterale della norma, la Corte europea dei diritti

³⁹⁶ Espressione utilizzata da S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 153.

³⁹⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 2 settembre 2004, *Bachmaier c. Austria*, n. 77413/01, reperibile al sito: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66608>.

³⁹⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 settembre 2004, *Rosenquist c. Svezia*, n. 60619/00, reperibile al sito: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66713>; Corte europea dei diritti dell'uomo, 1 febbraio 2007, *Storbråten c. Norvegia*, n. 12277/04, reperibile al sito: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79541>; Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 dicembre 2007, *Haarving c. Norvegia*, n. 11187/05, reperibile al sito: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84166>.

³⁹⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 marzo 2008, *Garretta c. Francia*, n. 2529/04.

⁴⁰⁰ La necessità di un'armonizzazione della nozione di *idem* è stata sottolineata dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, in un passaggio fondamentale della sentenza, ha ritenuto il contrasto giurisprudenziale incompatibile con il diritto fondamentale di non essere perseguito più volte per il medesimo reato. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grande Chambré*, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, n. 14939/03, reperibile al sito: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91222>. In particolare, paragrafo 78: «*The Court considers that the existence of a variety of approaches to ascertain whether the offence for which an applicant has been prosecuted is indeed the same as the one of which he or she was already finally convicted or acquitted engenders legal*

dell'uomo accoglie senza incertezze il criterio dell'*idem factum* rispetto all'*idem* legale: tale apertura da parte dei giudici di Strasburgo è testimoniata a chiare lettere dal richiamo esplicito alla giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 54 CAAS. Ne deriva che: «L'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU deve essere inteso quale divieto della prosecuzione del processo per una seconda "offesa" qualora essa derivi da *identici fatti o da fatti che sostanzialmente sono gli stessi* (...) L'indagine della Corte deve dunque focalizzarsi su quei fatti che costituiscono un insieme di concrete circostanze di fatto, riguardanti lo stesso accusato e inestricabilmente collegate nel tempo e nello spazio, la cui esistenza deve essere dimostrata al fine di giustificare la condanna o di istruire un giudizio penale»⁴⁰¹. Come visto in precedenza, il concetto armonizzato di *idem* della Corte dei diritti dell'uomo è una formula che appartiene pienamente al giudice dell'Unione europea, soprattutto qualora il referente normativo non sia più l'art. 54 CAAS, che comunque parla esplicitamente di «medesimi fatti», bensì l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, il quale, al pari dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, si riferisce allo «stesso reato».

Superare il dato letterale, tanto dell'una quanto dell'altra norma, infatti, permette di evitare il pericolo, insito laddove si attribuisca rilievo alla qualificazione giuridica, di trasformare il principio del *ne bis in idem* in un ostacolo meramente astratto ed illusorio⁴⁰².

uncertainty incompatible with a fundamental right, namely the right not to be prosecuted twice for the same offence».

⁴⁰¹ Corsivo aggiunto; cfr. paragrafi 82 e 84, *ibidem*.

⁴⁰² Per un'analisi completa della sentenza, *Zolotukhin c. Russia*, cit., v. M. CASTELLANETA, *Concorso formale di reati e principio del ne bis in idem tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 164 ss.; S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 154 ss.; H. MOCK, *Ne bis in idem: Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits: Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), Zolotoukhine c. Russie, 10 février 2009*, in *Rev. trim. dr. homme*, 2009, p. 867 ss.; J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 222 ss.

CAPITOLO III

Il principio del *ne bis in idem* tra convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

SOMMARIO: *Premessa.* – Sezione (A): *Il principio del ne bis in idem nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.* – Sezione (B): *La compatibilità dell'art. 54 CAAS con l'art. 50 CDFUE.* – Sezione (C): *La compatibilità dell'art. 55 CAAS con l'art. 50 CDFUE.*

Premessa

Come già più volte anticipato nei precedenti capitoli, l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea consacra il principio del *ne bis in idem* in termini diversi rispetto agli artt. 54 ss. della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen. Gli elementi di distinzione tra le due formulazioni del divieto di doppio processo hanno dato origine a veri e propri rompicapi ermeneutici, dovuti, in particolare, al diverso rango ricoperto dalle norme in esame nella piramide delle fonti dell'Unione europea: come noto, infatti, la Carta dei diritti fondamentali, pur essendo nata come documento di portata meramente politica, è stata collocata dal trattato di Lisbona, tra gli atti cogenti, al vertice di questa piramide. Pertanto, dopo una breve riflessione sull'art. 50 della Carta e sul suo ambito di applicazione⁴⁰³, ci si propone, in questa sede, di effettuare un tentativo di chiarificazione sulle articolate intersezioni tra la norma appena citata e gli artt. 54 e 55 CAAS. In particolare, da un lato, verrà approfondita la questione concernente l'attuale vigenza della condizione di esecuzione cui è subordinato il divieto nella convenzione di Schengen, alla luce della già citata sentenza della Corte di giustizia resa nel caso *Spasic*; dall'altro lato, verranno analizzate alcune pronunce delle alte Corti tedesche che permetteranno anche di trarre alcune conclusioni sul ben più

⁴⁰³ V. *Infra*, Sezione (A).

controverso rapporto intercorrente tra l'art. 50 CDFUE e l'art. 55 CAAS che, come noto, a differenza del primo, prevede una serie di eccezioni al principio del *ne bis in idem*⁴⁰⁴. Al fine, dunque, di fornire un quadro approfondito del problema oggetto di indagine, saranno analizzati, in primo luogo, i progetti che, in epoca successiva alla convenzione di Schengen, hanno tentato di introdurre una regolamentazione più dettagliata del *ne bis in idem* nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia; successivamente si focalizzerà l'attenzione su una pronuncia, resa da un giudice italiano, emblematica delle difficoltà affrontate dall'interprete nel tentativo di risolvere (nel caso sottoposto alla sua attenzione) l'antinomia, ritenuta dallo stesso esistente⁴⁰⁵, tra le due norme. Infine, dopo l'analisi della decisione interlocutoria resa dalla Corte di giustizia nel caso *Kossowski*, si procederà ad una riflessione sulle conclusioni, presentate in tale causa, dall'Avvocato generale Bot, le quali potrebbero fornire lo spunto per un possibile superamento della deroga al *ne bis in idem* fondata sul principio di territorialità⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ V. *Infra*, Sezione (B).

⁴⁰⁵ Come si avrà modo di constatare, infatti, fino ad una chiara presa di posizione della Corte di giustizia non si potrà affermare con certezza che sussista un'antinomia tra l'art. 55 CAAS e l'art. 50 CDFUE. Solo l'intervento dei giudici di Lussemburgo, cioè, chiarirà se tra le due norme esista effettivamente un contrasto o se, al contrario, la norma di diritto derivato possa essere considerata legittima specificazione della norma di diritto primario.

⁴⁰⁶ V. *Infra*, Sezione (C).

Sezione (A)

Il principio del ne bis in idem nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. L'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'imprescindibile ricorso alle *Spiegazioni* per la sua interpretazione. - 2. L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali: l'«attuazione del diritto dell'Unione» ai sensi dell'art. 51, par. 1, CDFUE. - 3. *Segue*: la sentenza *Åkerberg Fransson* chiarisce il campo di applicazione dell'art. 50 CDFUE.

1. L'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'imprescindibile ricorso alle *Spiegazioni* per la sua interpretazione

Senza ripercorrere le già analizzate vicende storiche che hanno portato ad attribuire alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea lo stesso valore giuridico dei trattati⁴⁰⁷, basterà in questa sede ricordare che all'indomani dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona il «diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato», insieme con altri diritti di pari rilevanza, è assunto a principio fondamentale giuridicamente vincolante per tutti i sistemi giuridici nazionali⁴⁰⁸. L'estensione dei confini territoriali dell'Unione europea⁴⁰⁹, il conseguente incremento dei fori potenzialmente competenti a giudicare un determinato reato e la mancanza di regole idonee a prevenire conflitti (positivi) di giurisdizione⁴¹⁰ hanno, infatti, reso palese l'esigenza, già da tempo avvertita tanto

⁴⁰⁷ Per l'analisi di questo tema, v. *Supra*, Cap. I, par. 10.

⁴⁰⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione del 19 ottobre 2010, *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2010) 573 def., reperibile al sito: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0573&from=IT>. Con tale comunicazione la Commissione si pone l'obiettivo di garantire l'applicazione effettiva dei diritti fondamentali enunciati nella Carta, sottolineando come le violazioni della stessa saranno ragione per l'apertura di una procedura di infrazione.

⁴⁰⁹ Si deve notare, infatti, che dal 1990 (anno di stipulazione della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen) sono stati ben sedici gli Stati che hanno deciso di entrare a far parte dell'Unione europea: Austria, Finlandia e Svezia (1° gennaio 1995); Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Slovacchia e Ungheria (1° maggio 2004); Bulgaria e Romania (1° gennaio 2007); e, infine, Croazia (1° luglio 2013).

⁴¹⁰ Il diritto internazionale generale, infatti, non prevede alcuna regola che imponga agli Stati di esercitare la propria giurisdizione soltanto in presenza di certe condizioni: tutto è rimesso alla scelta discrezionale degli Stati. I problemi, poi, si inspessiscono giacché tanto il diritto internazionale

in dottrina quanto in giurisprudenza, di tutelare il cittadino europeo dal rischio di subire un processo in *idem* in uno Stato diverso, attraverso il riconoscimento del divieto di doppio processo in guisa di *diritto fondamentale della persona umana* da garantire in quanto tale⁴¹¹. È, dunque, l'art. 50 della Carta, rubricato «Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato», a rispondere alla connaturata esigenza di garantire un equo processo, basato sui principi di stabilità e certezza del diritto, nel rispetto del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni straniere. La norma in commento, infatti, statuisce che: «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato *assolto o condannato nell'Unione* a seguito di una *sentenza penale definitiva* conformemente alla legge»⁴¹².

pattizio, quanto talune decisioni-quadro nonché direttive individuano più fori competenti per un medesimo reato, al fine di assicurare il colpevole alla giustizia. In questo senso, a titolo di esempio, v. art. 9 della Decisione quadro, 2002/475/GAI, del Consiglio, 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo (*G.U.C.E.*, 22 giugno 2002, n. L 164), in: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0475&from=IT>; nonché, art. 19 della Direttiva (UE), 2017/541, del Parlamento europeo e del Consiglio, 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio (*G.U.E.*, 31 marzo 2017, n. L 88/6), in: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0541&from=IT>. Senza dilungarci troppo sulle varie iniziative volte a trovare una soluzione al problema, intimamente connesso al principio del *ne bis in idem* (v. *Infra*, Cap. III, Sez. (C), par. 3), è qui sufficiente ricordare che nemmeno la Decisione quadro, 2009/948/GAI, del Consiglio, 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, in: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:jl0021&from=IT>, fornisce criteri di ripartizione della giurisdizione penale. Nonostante il titolo sembri lasciare intendere che la stessa individui criteri di *prevenzione* di tali conflitti, la Decisione quadro si occupa solo di *risoluzione* dei conflitti (tra l'altro soltanto dei conflitti *in concreto*), eludendo, dunque, il ben più problematico tema della litispendenza internazionale.

⁴¹¹ P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 128; S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Cedu: una nuova topografia della garanzie penalistiche in Europa?*, in V. MANES, & V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 175. Peraltro, significativa si rivela, a tale riguardo, la sentenza, C.G., Grande Sezione, 27 maggio 2014, causa C-129/14 PPU, *Spasic*, cit.: «in essa si rinviene una caratterizzazione dell'*exceptio rei iudicatae* in guisa di “atto di impulso” dell'interessato volto appunto ad affermare un proprio diritto»; cfr. G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, Relazione conclusiva del Convegno su «Il *ne bis in idem* fra diritto penale e processo», Milano, 15 maggio 2015, in www.lalegislazionepenale.eu. Per l'analisi della sentenza appena citata, v. *Supra*, Cap. II, par. 6; nello specifico, v. *Infra*, Cap. III, Sez. (B), par. 5.

⁴¹² Corsivi aggiunti.

L'estrema sinteticità lessicale con cui il *ne bis in idem* viene consacrato nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali cela difficoltà ermeneutiche di non poca rilevanza, la cui risoluzione necessita un imprescindibile ricorso, non solo alle c.d. clausole orizzontali di cui la stessa Carta è corredata⁴¹³, ma anche alle c.d. *Spiegazioni alla Carta*. Si tratta, in particolare, di una sorta di "appendice esplicativa", elaborata dagli stessi redattori della Carta e aggiornata sotto la responsabilità del *Presidium* della Convenzione europea, che, contenendo l'indicazione delle fonti e un'illustrazione sintetica del significato e della portata di ciascun diritto consacrato nella Carta, rappresenta uno strumento ausiliario di interpretazione destinato ad agevolare l'interprete nell'esegesi dei profili più oscuri e controversi delle disposizioni inserite nel testo della Carta. Pur non essendone riconosciuto il valore vincolante, le *Spiegazioni alla Carta* vengono richiamate, innanzitutto, dal quinto comma del preambolo della stessa Carta dei diritti fondamentali⁴¹⁴ e dall'art. 52, par. 7, CDFUE⁴¹⁵ che, in termini analoghi, prescrivono ai giudici dell'Unione e degli Stati membri di *tenere nel debito conto* tale strumento interpretativo. Il richiamo più significativo e controverso, tuttavia, è contenuto nel Trattato sull'Unione europea⁴¹⁶: la versione riformulata dal trattato di

⁴¹³ Con tale espressione si fa riferimento alle «Disposizioni generali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta», contenute nel Titolo VII della Carta dei diritti fondamentali: si tratta, cioè, dell'art. 51 CDFUE, rubricato «Ambito di applicazione» (v. *Infra*, Cap. III, Sez. (A), par. 2); dell'art. 52 CDFUE, rubricato «Portata e interpretazione dei diritti e dei principi» (v. *Infra*, Cap. III, Sez. (B), par. 2); dell'art. 53, rubricato «Livello di protezione»; e, infine, l'art. 54, rubricato «Divieto dell'abuso di diritto».

⁴¹⁴ Cfr. comma quinto del Preambolo, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «... In tale contesto, la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri *tenendo in debito conto* le *Spiegazioni* elaborate sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del *praesidium* della Convenzione europea». In realtà, questo quinto comma del Preambolo non esisteva nella versione proclamata nel 2000, ma è stato aggiunto in occasione dei lavori della convenzione sul futuro dell'Europa.

⁴¹⁵ Cfr. art. 52, par. 7 della Carta: «I giudici dell'Unione e degli Stati membri *tengono nel debito conto* le *Spiegazioni* elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta».

⁴¹⁶ Una lettura critica della configurazione della tutela dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo creata dal trattato di Lisbona e del richiamo alle *Spiegazioni* nell'art. 6 TUE viene data da: P. SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, p. 855 ss., in particolare p. 909, dove l'autore afferma che: «[L]a tutela dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo è tutt'altro che chiarificata o semplificata, dopo Lisbona: (...) ci sono anche, nella formulazione del nuovo art. 6, passaggi che invece sembrano andare nella direzione opposta all'Europa dei diritti»; E. PACIOTTI, *La seconda «proclamazione» della Carta dei diritti e il Trattato di riforma*, reperibile al sito: www.europeanrights.eu, dove l'autore in particolare afferma: «Più sgradevole è il richiamo,

Lisbona dell'art. 6 TUE, infatti, racchiude una disposizione secondo la quale «i diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e *tenendo in debito conto le Spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta*, che indicano le fonti di tali disposizioni»⁴¹⁷. Tale consacrazione a livello di trattato del valore ermeneutico delle *Spiegazioni*, infatti, potrebbe attribuire alle stesse un'importanza che va ben oltre lo scopo meramente esplicativo per le quali sono state originariamente elaborate⁴¹⁸.

D'altra parte, l'inconsueto ricorso ad un documento esterno ai fini dell'interpretazione di uno strumento di diritto internazionale, quale è la Carta, è legittimato dall'art. 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, laddove, applicando i criteri dell'interpretazione letterale e di quella teleologica di cui all'art. 31 della stessa convenzione di Vienna, il testo delle disposizioni della Carta rimanga ambiguo od oscuro ovvero conduca ad un risultato assurdo o irragionevole⁴¹⁹.

aggiunto nel preambolo, nell'art. 52, comma 7, della Carta e nello stesso art. 6 del nuovo Trattato, secondo cui occorre tenere debito conto anche delle *Spiegazioni* (...). Qui, francamente, la volontà di dar valore a un lavoro compilativo di uffici addetti al supporto delle due Convenzioni, che le Convenzioni stesse si sono rifiutate di approvare, è davvero irritante per qualsiasi giurista e per qualsiasi democratico».

⁴¹⁷ Corsivi aggiunti.

⁴¹⁸ M. CASTELLANETA, *Sub art. 50*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI, *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, 2014, p. 1794 e 1795; L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 658 ss. Per l'analisi delle vicende storiche che hanno portato alla stesura delle *Spiegazioni* alla Carta, v. V. SCJARABBA, *Il problema delle «Spiegazioni» della Carta*, in V. SCJARABBA (a cura di), *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, p. 229 ss.; ID., *Le «Spiegazioni» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Dir. pub. com. e eur.*, 2005, p. 59 ss.

⁴¹⁹ L'art. 32 della convenzione di Vienna del 1969, infatti, rubricato «Mezzi complementari di interpretazione», statuisce che: «Si può fare ricorso ai mezzi complementari di interpretazione, e in particolare ai lavori preparatori e alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, allo scopo, sia di confermare il senso che risulta dall'applicazione dell'art. 31, sia di determinare il senso quando l'interpretazione data in conformità all'articolo 31: lascia il senso ambiguo o oscuro; oppure conduce ad un risultato che è manifestamente assurdo o irragionevole». La convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 è reperibile al sito: http://www.gazzettaufficiale.it/do/atto/serie_generale/caricaPdf?cdimg=074U011200100010110001&dgu=1974-04-30&art.dataPubblicazioneGazzetta=1974-04-30&art.codiceRedazionale=074U0112&art.num=1&art.tiposerie=SG. In questo senso, v. P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea*, cit., p. 128.

Avvalendoci, dunque, di questo strumento interpretativo, possiamo affrontare il tema, già brevemente anticipato⁴²⁰, relativo alla sfera territoriale di applicazione del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 CDFUE. Non precisando né l'ordinamento di appartenenza del giudice che ha pronunciato la prima decisione definitiva né quello del giudice che potrebbe procedere in *idem*, ma, al contrario, avvalendosi di una ben più ampia formula di delimitazione geografica («nell'Unione»), l'art. 50 CDFUE, in una logica espansiva propria dei diritti fondamentali, amplia l'incidenza della tutela sull'intero territorio dell'Unione europea, estendendo, cioè, la propria portata ai casi di sentenze rese negli Stati membri. È, dunque, evidente come l'art. 50 CDFUE consenta a questo fondamentale diritto della persona umana di valicare gli stretti confini nazionali assegnati al medesimo diritto dall'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU: in questo modo, il principio del *ne bis in idem*, al pari di quanto avviene per altre disposizioni della Carta, riconosce una protezione maggiore all'individuo e l'esistenza di uno spazio giudiziario unitario, almeno sotto il profilo dell'efficacia delle sentenze penali⁴²¹. Il carattere transnazionale del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 CDFUE viene confermato a chiare lettere anche dalle *Spiegazioni* ad esso relativo, laddove si precisa che, in conformità all'*acquis* dell'Unione, il divieto di doppio processo non trovi applicazione soltanto all'interno di un medesimo ordinamento giuridico, ma anche tra giurisdizioni di Stati membri diversi⁴²². Non solo. L'indicazione dell'unica ipotesi in cui l'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU riveste funzione assorbente (ossia, quando il principio del *ne bis in idem* trova applicazione all'interno di un ordinamento giuridico)⁴²³ ha portato una parte della dottrina ad

⁴²⁰ V. *Supra*, Cap. I, par. 10.

⁴²¹ Cfr. M. CASTELLANETA, *Sub art. 50*, cit., p. 1794 e 1795; G. DE AMICIS, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3029 ss.; A. DI STASI, *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in KALB (a cura di) *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012, p. 44.

⁴²² Cfr. *Spiegazioni sub art. 50 della Carta*: «La regola *ne bis in idem* si applica nel diritto dell'Unione (...). Ai sensi dell'articolo 50, la regola *ne bis in idem* non si applica solo all'interno della giurisdizione di uno stesso Stato, ma anche tra giurisdizioni di più Stati membri. Ciò corrisponde all'*acquis* del diritto dell'Unione (...)».

⁴²³ Cfr. *Spiegazioni sub art. 50 della Carta*: «Per quanto riguarda le situazioni contemplate dall'articolo 4 del protocollo 7, vale a dire l'applicazione del principio all'interno di uno Stato

affermare che la sua consacrazione nella Carta dei diritti fondamentali assicura al *ne bis in idem* la valenza di principio generale del diritto dell'Unione europea, capace non solo di garantire una tutela confermativa rispetto a quella apprestata nella convenzione europea, ma soprattutto di evitare i limiti di applicabilità dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU e di assolvere, così, alla *ratio* di risposta rispetto al moltiplicarsi delle istanze giurisdizionali⁴²⁴. Non manca, tuttavia, anche chi in dottrina ha confutato la pertinenza di tale richiamo, o per la diversa portata tra le due norme, o per la diversità delle *rationes* sottese alle nozioni di *ne bis in idem* interno e transazionale⁴²⁵.

L'art. 50 CDFUE, oltre a caratterizzarsi per la portata transnazionale, essenziale per l'applicazione effettiva del principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie⁴²⁶, subordina la propria operatività ad alcune

membro, il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU».

⁴²⁴ A. DI STASI, *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale*, cit., p. 44.

⁴²⁵ In questo senso, v.: S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Cedu*, cit. p. 175 e 176, in cui l'autore afferma che: «A differenza di tutte le altre tematiche affrontate sinora, in questo ambito non rileva la CEDU, malgrado l'opinione contraria di taluni commentatori, i quali si schierano implicitamente o apertamente per il recepimento dinanzi alla Corte di giustizia della giurisprudenza di Strasburgo in materia di *ne bis in idem* interno, ritenendola addirittura "comunitarizzata". L'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU concerne esclusivamente il divieto di un doppio giudizio all'interno di un medesimo ordinamento e sul punto appaiono ben motivate le posizioni di quanti osservano che le due nozioni del *ne bis in idem* interno ed internazionale non possono dirsi sovrapponibili, per la diversità delle *rationes* ad esse sottese»; nonché, R. CALÒ, *Ne bis in idem*, cit., p. 1124, in cui l'autrice sottolinea che: «Nonostante il *ne bis in idem* internazionale si risolva, come l'omologo principio di marca nazionale, nel riconoscimento dell'autorità negativa del giudicato penale, l'origine "estera" della sentenza che sta alla base della preclusione processuale rimane un dato ineliminabile, che incide significativamente sulla *ratio* del divieto. (...) L'origine "estera" del giudicato penale determina così un sensibile spostamento del baricentro assiologico della preclusione processuale per cui, se da un lato essa risponde ad un'istanza di tutela individuale del tutto analoga a quella che ha indotto la maggior parte degli ordinamenti a codificare il principio del *ne bis in idem* processuale a livello interno, dall'altro rimangono in ombra, quando non vengono addirittura frustrate, le altre esigenze che solitamente si riconducono alla *ratio* del divieto di doppio processo, vale a dire le istanze di certezza *obiettiva* del diritto (*res iudicata pro veritate habetur*) e le finalità di economia processuale».

⁴²⁶ L'idea di fondare la cooperazione giudiziaria in materia penale sul principio del reciproco riconoscimento nasce con il Consiglio europeo di Tampere del 1999: l'obiettivo era quello di realizzare, accanto alle quattro già tutelate dai trattati (merci, servizi, persone e capitali), una quinta libertà di circolazione. Cfr. punto 33 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, in cui si specifica che «il principio del reciproco riconoscimento che, a suo parere, dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale. Il principio dovrebbe applicarsi sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie», reperibili al sito: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm. Con il trattato di Lisbona, il principio del reciproco riconoscimento viene codificato nei trattati (quando, in realtà,

condizioni, prima fra tutte l’emanazione di una «sentenza definitiva» secondo le regole proprie del diritto del primo Stato membro. Come già sottolineato in precedenza⁴²⁷, l’art. 50 della Carta può beneficiare della corposa giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia per l’interpretazione dell’art. 54 CAAS. Di conseguenza, il carattere della definitività della sentenza, lungi dall’essere inteso in termini restrittivi, viene individuato nell’esito decisorio di un procedimento che conduce alla definitiva estinzione dell’azione penale. Ne deriva che solo una decisione, riconosciuta dal diritto interno del primo Stato membro come «definitiva» e di conseguenza estintiva dell’azione penale, è idonea a determinare l’effetto preclusivo stabilito dall’art. 50 CDFUE⁴²⁸.

Il ricorso alla giurisprudenza della Corte di giustizia sull’art. 54 CAAS potrebbe chiarire anche il problema, non specificato dalla norma né chiarito dalle *Spiegazioni*, relativo all’applicazione *ratione temporis* dell’art. 50 CDFUE. Conformemente all’impostazione adottata dai giudici di Lussemburgo, si dovrebbe ritenere che il principio del *ne bis in idem* sancito dall’art. 50 della Carta trovi applicazione anche nell’ipotesi in cui il primo procedimento penale si sia svolto in un momento antecedente l’acquisizione di effetti vincolanti da parte della Carta (1° dicembre 2009), purché l’instaurazione del secondo processo sia avvenuta dopo tale data⁴²⁹.

l’obiettivo era ormai stato già raggiunto): negli artt. 82 e 83 TFUE, infatti, si specifica chiaramente che la cooperazione giudiziaria in materia penale si fonda proprio su tale principio, idoneo ad assicurare la libertà di circolazione delle decisioni nei rapporti tra Stati membri. Peraltro, un riferimento al reciproco riconoscimento, come forma principale di cooperazione giudiziaria, lo si trova anche nella disposizione di apertura del titolo dedicato allo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia (art. 67, par. 3, TFUE).

⁴²⁷ V. *Supra*, Cap. II, par. 8, ultima parte.

⁴²⁸ Per la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla nozione di «sentenza definitiva», v. *Supra*, Cap. II, par. 4. In questo senso: A. DI STASI, *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale*, cit., p. 44; A. IERMANO, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato ex art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, in A. DI STASI, S. NEGRI (a cura di), *Spazio europeo e diritti di giustizia: il capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell’applicazione giurisprudenziale*, 2014, p. 283 ss.

⁴²⁹ Cfr. C.G., 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, cit.; nonché, cfr. C.G., 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Kraaijenbrink*, cit., per l’analisi delle quali, v. *Supra*, Cap. II, par. 8. In questo senso: M. CASTELLANETA, *Sub art. 50*, cit., p. 1786 ss.

L'ultima condizione, cui l'art. 50 CDFUE subordina la propria operatività e che trova conferma anche nelle *Spiegazioni* ad esso relativo⁴³⁰, è il carattere «penale» della sentenza. Nonostante la formulazione dell'articolo sembrerebbe riferirsi alle sole incriminazioni formalmente penali, lasciando dunque intendere che non sussisterebbe alcuna violazione del principio laddove lo stesso soggetto per il medesimo fatto sia destinatario, in uno Stato, di sanzioni amministrative, mentre, in un altro, di sanzioni penali, è chiaro che il testo della norma debba essere interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il ricorso alla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, infatti, è esortato dall'art. 52, par. 3, della Carta che, tuttavia, infittisce le questioni ermeneutiche relative al rapporto intercorrente tra CEDU e Carta, stante il suo significato di non facile interpretazione letterale⁴³¹. Ancora una volta, il ricorso alle *Spiegazioni* appare imprescindibile: le *Spiegazioni sub art. 52*, infatti, chiariscono che, al fine di assicurare la coerenza fra Carta dei diritti fondamentali e CEDU (compresi i relativi Protocolli), la portata e il significato dei diritti e libertà consacrati tanto nell'una quanto nell'altra devono essere determinati facendo riferimento alla convenzione⁴³². Per meglio orientare l'interprete, le *Spiegazioni* proseguono elencando quali tra le disposizioni presenti nella Carta dei diritti fondamentali trovino una corrispondenza all'interno della CEDU, senza peraltro escludere che l'evoluzione del diritto possa portare a risultati diversi⁴³³. Sulla base di questo

⁴³⁰ Cfr. *Spiegazioni sub art. 50 della Carta*: «Va precisato che la regola che vieta il cumulo si riferisce al cumulo di due sanzioni della stessa natura, nella fattispecie penali».

⁴³¹ L'art. 53, par. 3 della Carta, infatti, statuisce che: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

⁴³² Cfr. *Spiegazioni sub art. 52 della Carta*: «Il paragrafo 3 intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU affermando la regola secondo cui, qualora i diritti della presente Carta corrispondano ai diritti garantiti anche dalla CEDU, il loro significato e la loro portata, comprese le limitazioni ammesse, sono identici a quelli della CEDU. Ne consegue in particolare che il legislatore, nel fissare le suddette limitazioni, deve rispettare gli standard stabiliti dal regime particolareggiato delle limitazioni previsto nella CEDU, che è quindi applicabile anche ai diritti contemplati in questo paragrafo, senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea. Il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli (...))»

⁴³³ Secondo questo elenco, hanno significato e portata identici agli articoli corrispondenti della CEDU, gli artt. della Carta: 2 (art. 2 CEDU); art. 4 (art. 3 CEDU); art. 5, parr. 1 e 2 (art. 4 CEDU);

elenco, meramente indicativo, l'art. 50 della Carta viene catalogato tra le disposizioni che hanno significato identico ma portata più ampia, essendo questa estesa al territorio dell'Unione europea. Invero, il fatto che il principio del *ne bis in idem* consacrato nella CEDU abbia una portata meramente interna, mentre l'art. 50 della Carta estende la propria efficacia a livello transnazionale, non significa che il diritto in questione non sia il medesimo e non abbia identica funzione. Significa, piuttosto, che, laddove l'art. 50 CDFUE venga in rilievo in situazioni meramente interne, il principio di uguaglianza del significato e della portata dei diritti della Carta e di quelli corrispondenti alla CEDU (quale appunto il *ne bis in idem*), che impone di attribuire rilievo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione dei diritti garantiti dalla Carta, deve essere necessariamente riferito ad uno *standard* minimo di protezione, al di sotto del quale la tutela accordata dalla Carta, e la relativa interpretazione da parte della Corte di giustizia, non può spingersi. In questa direzione si pone l'ultima frase del par. 3 dell'art. 52 CDFUE, laddove non viene preclusa la possibilità per il diritto dell'Unione di concedere una protezione più ampia. Di conseguenza, la giurisprudenza della Corte di giustizia che offre una tutela più ampia rispetto alla CEDU risulta perfettamente compatibile con le disposizioni della Carta stessa⁴³⁴.

art. 6 (art. 5 CEDU); art. 7 (art. 8 CEDU); art. 10, par. 1 (art. 9 CEDU); art. 11 (art. 10 CEDU, fatte salve le restrizioni che il diritto dell'Unione europea può apportare alla facoltà degli Stati membri di instaurare i regimi di autorizzazione di cui all'art. 10, par. 1, terzo periodo, CEDU); art. 17 (art. 1, Prot. addizionale CEDU); art. 19, par. 1 (art. 4 Prot. 4 CEDU); art. 19, par. 2 (art. 3 CEDU nell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo); art. 48 (art. 6, parr. 2 e 3 CEDU); art. 49, parr. 1 (eccetto ult. frase) e 2 (art. 7 CEDU). Hanno, invece, significato identico ma portata più ampia, oltre all'art. 50 CDFUE: art. 9 (art. 12 CEDU, ma il suo campo di applicazione può essere esteso ad altre forme di matrimonio istituite dalla legislazione nazionale); art. 12, par. 1 (art. 11 CEDU, ma il suo campo di applicazione è esteso al livello dell'Unione europea); art. 14, par. 1 (art. 2, Prot. addizionale CEDU, ma il suo campo di applicazione è esteso alla formazione professionale e continua); art. 14, par. 3 (art. 2, Prot. addizionale CEDU relativamente ai diritti dei genitori); art. 47, parr. 2 e 3 (art. 6, par. 1 CEDU, ma la limitazione alle controversie su diritti e obblighi di carattere civile o su accuse in materia penale non si applica al diritto dell'Unione e alla sua attuazione).

⁴³⁴ Peraltro, si deve rilevare che una lettura differente e non allineata sarebbe comunque possibile alla luce del fatto che le *Spiegazioni sub art. 52, par. 3* affermano che la clausola di omogeneità non deve pregiudicare l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia. Cfr. *Spiegazioni sub art. 52, par. 3*: «Ne consegue in particolare che il legislatore, nel fissare le suddette limitazioni, deve rispettare gli standard stabiliti dal regime particolareggiato delle limitazioni previsto nella CEDU, che è quindi applicabile anche ai diritti contemplati in questo paragrafo, *senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea*». Corsivo aggiunto.

Tornando, dunque, al carattere penale della sentenza e applicando i principi appena esposti, si deve concludere che l'art. 50 CDFUE trovi applicazione anche nell'ipotesi in cui la sanzione, ancorché formalmente amministrativa, possa essere qualificata, alla luce dei criteri elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴³⁵, come penale o quasi penale in ragione della sua entità e dei poteri conferiti dalla legge all'autorità che l'ha comminata⁴³⁶.

2. L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali: l'«attuazione del diritto dell'Unione» ai sensi dell'art. 51, par. 1, CDFUE

Prima di passare all'analisi dei rapporti che intercorrono tra l'art. 50 CDFUE e gli artt. 54 e ss. CAAS, è preliminarmente indispensabile approfondire uno degli aspetti pratici più dibattuti in dottrina, inerente, cioè, al campo di applicazione, oggettivo e soggettivo, dell'art. 50 CDFUE in particolare e della Carta dei diritti fondamentali in generale. Laddove, infatti, dovesse escludersi già in astratto l'applicabilità della Carta, troverebbe applicazione direttamente ed esclusivamente l'art. 54 CAAS e verrebbe a svuotarsi di significato il problema del rapporto di tali norme.

Nonostante tra le già citate clausole orizzontali⁴³⁷, collocate nel Titolo VII della Carta, sia stata inserita una disposizione destinata specificamente a chiarirne la portata applicativa, è stata proprio la formulazione letterale di quest'ultima, nella parte dedicata all'applicazione *ratione materiae*, a creare le maggiori incertezze interpretative. Si tratta, cioè, dell'art. 51, par. 1, CDFUE, in forza del quale: «Le disposizioni della presente Carta si applicano alle *istituzioni, organi e organismi dell'Unione* nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli *Stati membri*

⁴³⁵ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, n. 51100/71, cit.; Corte dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, n. 18640/10, cit.; Corte dei diritti dell'uomo, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, n. 24130/11 e n. 29758/11, cit.; v. *Supra*, Cap. II, par. 9, nota 386.

⁴³⁶ M. CASTELLANETA, *Sub art. 50*, cit., p. 1784 ss.; J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 219; P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea*, cit., p. 132 ss.

⁴³⁷ V. *Supra*, Cap. III, Sez. (A), par. 1, nota 413.

esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»⁴³⁸. La limpidezza con cui la norma chiarisce, nella prima parte, la diretta applicabilità della Carta alle istituzioni⁴³⁹, organi e organismi dell'Unione europea⁴⁴⁰ viene meno laddove essa circoscrive la portata applicativa della Carta nei confronti degli Stati ai soli casi in cui questi ultimi attuino il diritto dell'Unione.

La mancata definizione dell'esatto significato da attribuire alla locuzione «quando essi stanno attuando il diritto dell'Unione», infatti, aveva lasciato ampio margine di interpretazione circa l'ambito applicativo della Carta *ratione materiae* negli Stati membri⁴⁴¹. In particolare, si poneva un problema di continuità tra la formulazione dell'art. 51, par. 1, seconda parte, CDFUE e quella giurisprudenza della Corte di giustizia, consolidatasi in un periodo precedente la Carta, sul campo di applicazione dei diritti fondamentali previsti dai trattati, quali principi generali dell'Unione europea pre-Lisbona, secondo la quale l'obbligo di protezione di tali diritti da parte degli Stati sussisteva soltanto nella misura in cui questi stessero agendo «nell'ambito di *applicazione* del diritto dell'Unione»⁴⁴². «La diversa

⁴³⁸ Corsivi aggiunti.

⁴³⁹ Le istituzioni dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 13 TUE, sono: il Parlamento europeo; il Consiglio europeo; il Consiglio; la Commissione europea; la Corte di giustizia dell'Unione europea; la Banca centrale europea; la Corte dei Conti.

⁴⁴⁰ Gli organi e gli organismi comprendono tutte le istanze istituite dai trattati o da atti di diritto derivato, incluse le agenzie dislocate in diversi Stati membri.

⁴⁴¹ J. A. E. VERVAELE, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDF) in materia di giustizia penale: valore aggiunto alla CEDU?*, in *Jus*, 2015, p. 131 ss.; M. CASTELLANETA, *Sub art. 51*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI, *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, 2014, p. 1794 e 1795; R. A. GARCÍA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2002, p. 1 ss.

⁴⁴² Talora la Corte di giustizia è sembrata seguire un orientamento più restrittivo quanto agli obblighi degli Stati membri, ricordando che «(...)le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario vincolano parimenti gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie», espressione che potrebbe implicare che l'obbligo sussista solo in occasione dell'attuazione di specifiche norme comunitarie adottate con atti delle istituzioni comuni. In questo senso, v.: M. CASTELLANETA, *Sub art. 51*, cit., p. 1794 e 1795. Per la giurisprudenza della Corte di giustizia sul campo di applicazione dei diritti fondamentali pre-Lisbona, v., *ex multis*: paragrafi 12 e 13 della sentenza, C.G., 13 giugno 1996, causa C-144/95, *Jean-Louis Maurin*, ECLI:EU:C:1996:235, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=100444&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1931751>; paragrafi 18-19 della sentenza, C.G., 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow*, ECLI:EU:C:1997:254, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=100556&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1932407>; paragrafi 13-14 dell'ordinanza, C.G., 24 giugno 2004, causa C-328/04, *Attila Vajnai*, ECLI:EU:C:2005:596, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=60262&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst>

formulazione, infatti, poteva far pensare ad una volontà di dotare la Carta di un ambito di applicazione più limitato rispetto a quanto affermato dalla Corte nella giurisprudenza citata»⁴⁴³. Si trattava, dunque, di capire se le tutele offerte dalla Carta dei diritti fondamentali avessero portata circoscritta all'ambito del diritto dell'Unione europea, ovvero se le stesse potessero trovare un rilievo giuridico anche nei casi in cui il diritto dell'Unione europea non si applicava, direttamente o indirettamente.

3. *Segue: la sentenza Åkerberg Fransson chiarisce il campo di applicazione dell'art. 50 CDFUE.*

L'occasione per definire l'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali ex art. 51, par. 1, CDFUE, fu offerta alla Corte di giustizia in un caso di *bis in idem* nazionale, in cui si poneva in dubbio la conformità di una normativa nazionale proprio rispetto all'art. 50 CDFUE. Il rinvio pregiudiziale, in particolare, affondava le proprie radici in un processo penale svedese, instaurato dall'*Åklagaren* (pubblico ministero) per frode fiscale aggravata a carico del sig. *Fransson*. Dato, infatti, che, nel 2007, lo *Skatteverket* (amministrazione tributaria svedese) aveva inflitto all'imputato una sovrattassa (qualificata come sanzione amministrativa di natura tributaria) per omesse e false informazioni nelle dichiarazioni dei redditi, ai fini del pagamento dell'IVA e, successivamente, sulla base di una normativa

[t&dir=&occ=first&part=1&cid=1933078](http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43564&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1933078); paragrafi 23-25 della sentenza, C.G., 18 dicembre 1997, causa C-309/96, *Daniele Annibaldi, sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio*, ECLI:EU:C:1997:631, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43564&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1934224>. In tutte queste pronunce, infatti, la Corte di giustizia si è dichiarata incompetente in quanto le questioni pregiudiziali sollevate vertevano su materie non collocabili nell'ambito di applicazione del diritto comunitario. V., inoltre, cfr. paragrafo 37 della sentenza, C.G., Sesta sezione, 13 aprile 2000, causa C-292/97, *Karlsson*, ECLI:EU:C:2000:202, in: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45243&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1926836>.

⁴⁴³ Cfr. A. ADINOLFI, A. CIAMPI, F. DONATI (a cura di), *La Corte di giustizia sancisce la continuità tra l'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali e la giurisprudenza pre-Lisbona sui diritti fondamentali quali principi generali: la sentenza nella causa C-617/10, Åkerberg Fransson*, in www.osservatoriosullefonti.it.

nazionale⁴⁴⁴, fu instaurato un processo penale per i medesimi reati fiscali, a carico del sig. Fransson, l'*Haparnda tinsgrätt* (tribunale di primo grado) aveva sospeso il procedimento e aveva sottoposto alla Corte di giustizia cinque quesiti pregiudiziali⁴⁴⁵, con cui, in sostanza, si chiedeva se le accuse mosse contro il sig. Fransson dovessero essere respinte, in virtù dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU e dell'art. 50 CDFUE.

Nonostante, dunque, le questioni sottoposte all'attenzione della Corte concernessero principalmente i limiti in cui una normativa nazionale, che prevedeva una duplice sottoposizione del contribuente a sanzioni amministrative e penali, fosse compatibile con il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta⁴⁴⁶, in questa sede l'attenzione sarà focalizzata soltanto sul nodo preliminare a tali questioni. La Corte di giustizia, infatti, prima di fornire una risposta alle domande pregiudiziali di cui è stata investita, si è riservata l'onere di precisare prioritariamente l'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali, stabilendo, cioè, quale grado di connessione debba sussistere tra una determinata

⁴⁴⁴ L'art. 2 della *Skattebrottslagen* (legge sui reati tributari del 1971) stabiliva che: «È condannato per frode fiscale a una pena detentiva massima di due anni colui che, in forma non orale, comunica dolosamente un dato inesatto a un'amministrazione oppure non presenta all'amministrazione dichiarazioni, moduli di certificazione dei redditi o altri dati obbligatori, con conseguente pericolo di sottrazione di imposte all'erario oppure di detrazioni o rimborsi errati a favore proprio o di altri».

⁴⁴⁵ Cfr. paragrafo 15 della sentenza, C.G., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:280, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134202&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1938085>. Due, tuttavia, sono i questi presi in considerazione dai giudici della Corte: (a) se il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 50 CDFUE, può essere interpretato nel senso che osta a che siano avviati nei confronti di un imputato procedimenti penali per frode fiscale, una volta che gli sia già stata inflitta una sovrattassa per gli stessi fatti di falsa dichiarazione; (b) se è compatibile con il diritto dell'Unione una prassi giudiziaria nazionale che subordina l'obbligo, per il giudice nazionale, di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla CEDU e dalla Carta alla condizione che lo stesso risulti chiaramente dai testi interessati o dalla relativa giurisprudenza.

⁴⁴⁶ J. A. E. VERVAELE, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 136 e 137; B. VAN BOCKEL, P. WATTEL, *New wine into old wineskin's: the scope of the Charter of fundamental rights of the EU after Åkerberg Fransson*, in *European Law Review*, 2013, p. 867; A. ADINOLFI, A. CIAMPI, F. DONATI (a cura di), *La Corte di giustizia sancisce la continuità tra l'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali e la giurisprudenza pre-Lisbona sui diritti fondamentali quali principi generali*, cit.; J. A. E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 224 ss.; D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Nota a Corte di Giustizia dell'UE (Grande Sezione), sentenza del 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10*, in www.penalecontemporaneo.it.

normativa nazionale e il diritto dell'Unione europea, affinché la condizione di applicabilità della Carta, richiesta dall'art. 51, par. 1, CDFUE, possa dirsi effettivamente integrata.

Anche l'Avvocato generale, nelle proprie conclusioni depositate il 12 giugno 2012⁴⁴⁷, si è preliminarmente soffermato sull'interpretazione dell'art. 51, par. 1, CDFUE e sull'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali alla fattispecie concreta. La scelta perpetrata, tanto dai giudici di Lussemburgo quanto dall'Avvocato generale non è priva di logica: la Corte di giustizia, infatti, sarebbe stata competente, soltanto se la normativa nazionale rilevante nel caso di specie potesse essere ricompresa all'interno della nozione di «attuazione del diritto dell'Unione». Al fine, dunque, di suggerire alla Corte di giustizia la soluzione, a suo avviso, più corretta, l'Avvocato generale elabora un ragionamento *in abstracto* e un ragionamento *in concreto*. Con riferimento al primo, egli esalta la continuità tra la locuzione impiegata nell'art. 51, par. 1, TFUE e la giurisprudenza precedente al trattato di Lisbona sull'applicazione dei diritti sanciti dai trattati⁴⁴⁸, sottolineando che le due formulazioni (rispettivamente, «attuazione» e «applicazione» del diritto dell'Unione), pur avendo sfumature differenti, non sono qualitativamente diverse⁴⁴⁹. L'elemento comune ad entrambe viene, infatti, individuato nella «presenza del diritto dell'Unione europea» all'origine dell'esercizio dell'autorità pubblica di uno Stato membro⁴⁵⁰: tale elemento, tuttavia, ad avviso dell'Avvocato generale, non è di per sé sufficiente ad integrare il requisito di cui all'art. 51, par. 1, TFUE, che richiede, invece, un trasferimento dell'interesse all'Unione ad assumersi la responsabilità di garantire quello specifico diritto⁴⁵¹. Premettendo che questo

⁴⁴⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale, PEDRO CRUZ VILLALÓN, presentate in data 12 giugno 2012, in causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2012:340, in: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=123724&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1938085>.

⁴⁴⁸ V. *Supra*, Cap. III, Sez. (A), par. 2, nota 442.

⁴⁴⁹ Cfr. paragrafi 25-27 delle Conclusioni dell'Avvocato generale, PEDRO CRUZ VILLALÓN, cit.

⁴⁵⁰ Cfr. paragrafo 33, *ibidem*.

⁴⁵¹ Cfr. paragrafo 40, *ibidem*: «A mio giudizio, la competenza dell'Unione ad assumere la garanzia dei diritti fondamentali in relazione alle manifestazioni del potere degli Stati membri nell'attuazione del diritto comunitario deve spiegarsi con l'interesse specifico dell'Unione a che tale esercizio si conformi alla sua interpretazione dei diritti fondamentali. Il solo fatto che l'origine ultima di tale esercizio risieda nel diritto dell'Unione non è, di per sé sola, sufficiente per ritenere che si tratti di una situazione di attuazione».

interesse sussiste soltanto laddove intercorra un certo grado di connessione tra il diritto dell'Unione, che va in linea di principio *attuato*, e l'esercizio del potere pubblico, l'Avvocato generale suggerisce l'incompetenza della Corte nel caso di specie, alla luce della ritenuta non inerenza della questione al diritto dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 51, par. 1, CDFUE⁴⁵². Presupposto di tale conclusione è l'estrema debolezza del collegamento tra la norma nazionale e l'unico referente normativo preso in considerazione dall'Avvocato generale: la direttiva 2006/112/CE⁴⁵³, cioè, rappresenta una base insufficiente per identificare in modo chiaro e preciso un interesse «dell'Unione ad assumere direttamente la garanzia di questo specifico diritto fondamentale [il *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 CDFUE]»⁴⁵⁴.

Il ragionamento operato dalla Corte di giustizia nella sentenza resa il 26 febbraio 2013, pur portando alla conclusione diametralmente opposta, segue il medesimo *iter* logico-argomentativo percorso dall'Avvocato generale nelle proprie conclusioni. Anche i giudici di Lussemburgo, infatti, sottolineano quella continuità, già esaltata dall'Avvocato generale, tra la regola sancita dall'art. 51, par. 1, CDFUE e l'orientamento giurisprudenziale anteriore al trattato di Lisbona. Ogniquale volta, dunque, una normativa nazionale rientri nell'ambito del diritto dell'Unione, la Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale, «deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto»⁴⁵⁵. Questa interpretazione, peraltro, trova conferma anche nelle *Spiegazioni sub art. 51 della Carta*⁴⁵⁶, le cui chiare indicazioni, come già

⁴⁵² Cfr. paragrafo 64, *ibidem*.

⁴⁵³ Cfr. Direttiva 2006/112/CE, del Consiglio, 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, in *G.U.*, 11 dicembre 2006, L 347, p. 1 ss., reperibile al sito: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0112&from=IT>.

⁴⁵⁴ Cfr. paragrafo 57 delle conclusioni dell'Avvocato generale, PEDRO CRUZ VILLALÓN, cit.; J. A. E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 224 ss.; ID., *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 138. B. VAN BOCKEL, P. WATTEL, *New wine into old wineskin's*, cit., p. 868 e 869; J. A. E. VERVAELE, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 138.

⁴⁵⁵ Cfr. paragrafo 19 della sentenza, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit.

⁴⁵⁶ Le *Spiegazioni sub art. 51, par.1 della Carta* recitano, infatti, che: «Per quanto riguarda gli Stati membri, la giurisprudenza della Corte sancisce senza ambiguità che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando

evidenziato in precedenza e come sottolineato dalla Corte stessa, devono essere prese in considerazione per l'interpretazione della disposizione in commento, così come sancito «[d]all'art. 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e [d]all'art. 52 paragrafo 7 della Carta»⁴⁵⁷. A questo punto, pertanto, diventa necessario analizzare il rapporto intercorrente tra la normativa nazionale e il diritto dell'Unione europea al fine di comprendere se tali disposizioni interne rientrino nell'ambito di *applicazione* del diritto dell'Unione europea: in caso contrario, infatti, non solo gli Stati membri non sarebbero tenuti ad applicare la Carta, ma la Corte di giustizia non avrebbe nemmeno il potere di controllare che i diritti fondamentali in essa contenuti siano effettivamente rispettati⁴⁵⁸. Nonostante un'analisi di questo tipo non si riveli in concreto sempre agevole, la Corte di giustizia non fornisce al riguardo indicazioni ulteriori rispetto a quanto non sia già possibile ricavare dalla giurisprudenza anteriore al trattato di Lisbona sull'applicazione dei diritti fondamentali. Nella medesima logica espansiva, destinata ad ampliare l'ambito di operatività dei diritti sanciti dalla Carta, la Corte di giustizia procede all'analisi della normativa nazionale svedese al fine di stabilire se le disposizioni all'origine del rinvio pregiudiziale ricadano o meno nell'ambito di *applicazione* della Carta.

Facendo leva sul fatto che la normativa svedese è diretta a sanzionare violazioni degli obblighi dichiarativi finalizzati alla determinazione del prelievo dell'IVA⁴⁵⁹, la Corte di giustizia opera un duplice collegamento tra il diritto interno e il diritto

agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (...). La Corte di giustizia ha confermato questa giurisprudenza nei termini seguenti: «Per giunta, occorre ricordare che le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario vincolano parimenti gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie...» (...).

⁴⁵⁷ Cfr. paragrafo 20 della sentenza, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit.; interessante è anche il Comunicato stampa, CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Lussemburgo, 26 febbraio 2013, Sentenza nella causa C-617/10, *Åklagaren / Hans Åkerberg Fransson*, in <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-02/cp130019it.pdf>.

⁴⁵⁸ Cfr. paragrafi 21 e 22, *ibidem*: «Di conseguenza, dato che i diritti fondamentali garantiti dalla Carta devono essere rispettati quando una normativa nazionale rientra nell'ambito di *applicazione* del diritto dell'Unione, non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione. L'*applicabilità* del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta. Ove, per contro, una situazione giuridica non rientri nella sfera di *applicazione* del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza (...).» Corsivi aggiunti.

⁴⁵⁹ Cfr. paragrafo 24, *ibidem*.

dell'Unione. Da un lato, infatti, i giudici di Lussemburgo mettono in relazione le sovrattasse e i procedimenti penali relativi alle violazioni degli obblighi dichiarativi in materia di IVA con talune disposizioni comunitarie che impongono agli Stati membri di «adottare tutte le misure legislative e amministrative al fine di garantire che l'IVA sia interamente riscossa nel suo territorio e a lottare contro la frode fiscale»⁴⁶⁰. Dall'altro lato, la Corte di giustizia collega la violazione degli obblighi dichiarativi in tema di IVA alla lesione degli interessi finanziari dell'Unione, contemplati dall'art. 325 TFUE⁴⁶¹, precisando che da tali violazioni consegue la mancata messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse non oggetto di riscossione⁴⁶². Questo *nesso diretto* permette alla Corte di affermare che la previsione di sovrattasse e procedimenti penali per frode fiscale nell'ordinamento interno costituiscono un'*attuazione* della disciplina in tema di IVA⁴⁶³.

⁴⁶⁰ Cfr. paragrafo 25, *ibidem*. La Corte, in particolare, fa riferimento: alla Direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, in *G.U.* 1977 L 145, p. 1 ss.; alla Direttiva 2006/112/CE, del Consiglio, 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, cit., la quale era già stata presa in considerazione dall'Avvocato generale nelle proprie conclusioni; nonché all'art. 4, par. 3, TUE, sulla base del quale: «Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione».

⁴⁶¹ Testualmente, questa disposizione recita che: «1. L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari. 3. Fatte salve altre disposizioni dei trattati, gli Stati membri coordinano l'azione diretta a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione contro la frode. A tale fine essi organizzano, assieme alla Commissione, una stretta e regolare cooperazione tra le autorità competenti».

⁴⁶² Cfr. paragrafo 26 della sentenza, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit.; «Inoltre, l'articolo 325 TFUE obbliga gli Stati membri a lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive e, in particolare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, li obbliga ad adottare le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi (...). Orbene, poiché le risorse proprie dell'Unione comprendono in particolare (...) le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione, *sussiste quindi un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto dell'Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA*, poiché qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde (...)». Corsivi aggiunti.

⁴⁶³ Cfr. paragrafo 27, *ibidem*. Alcune voci in dottrina hanno criticato il cambiamento di locuzione, da un paragrafo all'altro; in questo senso, v.: S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un*

La ritenuta *inerenza* della questione all'ambito del diritto dell'Unione non è scalfita nemmeno dalla circostanza che le normative nazionali, sulla cui base sono state applicate le sovrattasse ed è stato instaurato un procedimento penale per frode fiscale nei confronti della stessa persona, non siano state adottate per trasporre la direttiva 2006/112/CE. Ad avviso della Corte, infatti, la sussistenza di un certo collegamento tra le due discipline è determinato dal fatto che l'applicazione della normativa nazionale «mira a sanzionare una violazione delle disposizioni della direttiva summenzionata e pertanto ad attuare l'obbligo, imposto dal Trattato agli Stati membri, di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione»⁴⁶⁴.

Richiamandosi, poi, a quanto affermato nella sentenza *Melloni*⁴⁶⁵, resa nello stesso giorno della *Fransson*, i giudici di Lussemburgo compiono un ulteriore passaggio rilevante sul piano dei rapporti tra la Carta dei diritti fondamentali e gli ordinamenti interni. Consapevole che l'applicabilità della Carta e della disciplina in tema di *ne bis in idem* celava la delicata questione relativa all'ammissibilità di una duplice reazione dello Stato sul versante delle sanzioni fiscali e su quello penale, la Corte di giustizia affronta il problema ricorrendo ad una formula lessicale prudente ed apparentemente non traumatica. I giudici di Lussemburgo, infatti, non dichiarano che la Carta dei diritti fondamentali si applica in forza del principio del primato; ma preferiscono piuttosto affermare che, in una situazione in cui

diritto penale "à la carte"? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia, Relazione presentata al 2° Convegno Nazionale «Vittorio Aymone», «Sistema penale e fonti sovranazionali: la giurisprudenza delle Corti europee ed il ruolo dell'interprete», organizzato dal Centro Studi giuridici M. de Pietro, Lecce, 19-20 aprile 2013, in www.penalecontemporaneo.it, laddove si dice che: «mediante un scivolamento terminologico, la sentenza, attraversata da una certa progressione logica, passa infatti dal concetto di «attuazione», mutuato dall'art. 51 e ripreso nel par. 17 della decisione, a quello di (ambito di) «applicazione» (par. 20), per giungere a ritenere che sia sufficiente un *nesso diretto* tra politiche comunitarie e normative interna».

⁴⁶⁴ Cfr. paragrafo 28 della sentenza, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit.

⁴⁶⁵ Cfr. paragrafo 60 della sentenza, C.G., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, ECLI:EU:C:2013:107, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=134203&doclang=IT>: «È vero che l'articolo 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione».

«l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione», il giudice nazionale, qualora sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali della disciplina interna attuativa del diritto dell'Unione, può applicare gli «standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»⁴⁶⁶.

Alla luce della sentenza *Fransson*, dunque, è possibile concludere che la condizione richiesta dall'art. 51, par. 1, TFUE per l'operatività delle disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali è integrata ogniqualvolta sussista un legame attuativo «debole», *rectius* un nesso diretto, tra diritto interno e diritto dell'Unione⁴⁶⁷.

A ben vedere, però, la Corte di giustizia non ha definito il concetto di *nesso diretto*, sicché sarebbero potuti rimanere ancora piuttosto incerti i confini entro i quali una normativa nazionale possa effettivamente dirsi «attuativa del diritto dell'Unione europea»⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Cfr. paragrafo 29 della sentenza, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit.; R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren*, 6 marzo 2013, in www.diritticomparati.it, secondo il quale: «Si tratta di una formulazione che intende, nella sostanza, riconoscere agli Stati la piena competenza sull'adozione di misure di contrasto ai fenomeni di evasione e di misurare gli effetti sulla base dei principi fondamentali in esso tutelati ma che, al contempo, proprio per il concorrente interesse dell'Unione alle politiche fiscali (in tema di imposte dirette), consente tale controllo fintanto che la stessa non incida, riducendoli sui livelli di tutela previsti dalla Carta. In definitiva, la Corte intende affermare il primato del diritto dell'Unione anche nella disciplina dei diritti fondamentali allorché entri in gioco il diritto dell'UE».

⁴⁶⁷ Per la dottrina sulla sentenza *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, v.: D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale*, cit.; A. ADINOLFI, A. CIAMPI, F. DONATI (a cura di), *La Corte di giustizia sancisce la continuità tra l'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali e la giurisprudenza pre-Lisbona sui diritti fondamentali quali principi generali*, cit.; B. VAN BOCKEL, P. WATTEL, *New wine into old wineskin's*, cit., p. 869 ss.; J. A. E. VERVAELE, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 142 ss.

⁴⁶⁸ S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, cit., ove l'autore con una nota critica all'atteggiamento della Corte afferma che: «Né vale a contrastare tale affermazione il sospetto che l'affermazione teorica del legame tenue ceda il passo, nel caso di specie, alla affermazione pratica del "legame forte", per la stretta attinenza che la frode all'IVA ha con il tema della protezione degli interessi finanziari dell'Unione (325 TFUE). Con un pizzico di provocazione, varrebbe la pena di chiedersi a questo punto se tutta la normativa relativa alle c.d. sfere di criminalità enucleate dall'art. 83 TFUE possa ormai essere assoggettata ai vincoli della Carta, rammentando che si tratta di ambiti particolarmente estesi e situati nell'area di intervento politico-criminale degli Stati membri, quali il terrorismo, la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne

Senonché, in alcuni recentissimi interventi⁴⁶⁹, i giudici di Lussemburgo hanno specificato meglio tale concetto, richiedendo un collegamento di una certa consistenza tra il diritto dell'Unione e la normativa nazionale: in particolare, «per stabilire se una normativa nazionale rientri nell'attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 51 della Carta occorre verificare, tra le altre cose, se essa abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell'Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell'Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest'ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell'Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa»⁴⁷⁰.

e dei minori, il traffico di stupefacenti, il traffico illecito di armi, il riciclaggio di denaro, la corruzione, la contraffazione di mezzi di pagamento, la criminalità informatica e la criminalità organizzata».

⁴⁶⁹ V., *ex multis*, sentenza, sentenza, C.G., 6 marzo 2014, causa C-206/13, *Cruciano Siragusa c. Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*, ECLI:EU:C:2014:126, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=148741&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=282553>.

⁴⁷⁰ Cfr. paragrafo 25, *ibidem*.

Sezione (B)

La compatibilità dell'art. 54 CAAS con l'art. 50 CDFUE

SOMMARIO: 1. I controversi rapporti tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE. - 2. *Segue*: la condizione di esecuzione nel *Green paper* della Commissione del 2005 sui conflitti di giurisdizione e sul principio del *ne bis in idem*. - 3. *Segue*: la ricostruzione della dottrina per giustificare la compatibilità della condizione di esecuzione con l'art. 50 CDFUE. - 4. *Segue*: la giurisprudenza tedesca sulla condizione di esecuzione. - 5. *Segue*: la sentenza *Spasic*: l'occasione per sancire l'attuale vigenza della condizione di esecuzione e definire i rapporti tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE.

1. I controversi rapporti tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE

L'entusiasmo che accompagna la consacrazione del principio del *ne bis in idem* transnazionale in una fonte di rango primario, sotto la veste di diritto fondamentale dell'individuo, è destinato ad attenuarsi nel momento in cui ci si trovi ad affrontare la delicata questione attinente ai rapporti tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE. I problemi di raccordo, determinati, come si vedrà a breve, dalla differente formulazione letterale con cui i presupposti di operatività del medesimo principio vengono enunciati nelle due disposizioni, sono, infatti, enfatizzati dalla diversa collocazione gerarchica delle stesse nella piramide delle fonti dell'Unione europea. Come ormai noto, la Carta dei diritti fondamentali riveste oggi rango di fonte primaria dell'ordinamento europeo; di conseguenza, le eventuali discrasie rispetto agli assetti delineati da testi normativi precedenti, ma ad essa gerarchicamente subordinati, devono essere oggetto di un prudente apprezzamento, allo scopo di individuarne il corretto significato. In particolare, diventa fondamentale «valutare se le previsioni della CAAS possono essere considerate legittima specificazione dell'art. 50 della Carta o se, al contrario, esse devono ormai ritenersi superate in virtù della supremazia della Carta, e quindi prevalenza di tale ultima disposizione»⁴⁷¹.

⁴⁷¹ Cfr. C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 229 e 230; EAD., *Il principio del ne*

Per comprendere, dunque, in che termini si pongono le antinomie tra le fonti che regolano il principio del *ne bis in idem* nello spazio giuridico europeo, occorre confrontare le due norme in esame, rievocando il preciso contenuto di ciascuna di esse. Da un lato, «al fine di bilanciare l'interesse del reo a non essere perseguito due volte per i «medesimi reati» con l'interesse all'effettività della reazione punitiva (e, quindi, alla buona amministrazione della giustizia), che vuole evitata l'impunità del reo una volta che ne sia accertata la colpevolezza»⁴⁷², l'art. 54 CAAS statuisce che: «Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i *medesimi fatti* in un'altra Parte contraente a condizione che, *in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita*»⁴⁷³. Dall'altro lato, l'art. 50 CDFUE, disponendo che: «Nessuno può essere perseguito o condannato per un *reato* per il quale è già stato perseguito o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge»⁴⁷⁴, utilizza una formulazione più e sintetica e “perentoria”⁴⁷⁵.

Dalla lettura congiunta delle due disposizioni, oltre alla formulazione volutamente più ampia della Carta tesa a ricomprendere tanto la dimensione interna quanto la dimensione transnazionale del principio del *ne bis in idem*⁴⁷⁶, emergono due punti di divergenza. Innanzitutto, appare subito evidente la differenza lessicale concernente l'ambito di applicazione oggettiva del principio: mentre, infatti, l'art. 54 CAAS individua il presupposto dell'*idem* nella medesimezza dei *fatti*; l'art. 50 CDFUE identifica il medesimo elemento nell'identità del *reato* contestato nelle

bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cit., p. 3890 ss. La frase è ripresa letteralmente da: A. IERMANO, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato ex art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 308 e 309.

⁴⁷² Cfr. C. AMALFITANO, *ibidem*, p. 3890 ss.

⁴⁷³ Corsivi aggiunti.

⁴⁷⁴ Corsivi aggiunti.

⁴⁷⁵ L'espressione è utilizzata da C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 229; EAD., *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 3890.

⁴⁷⁶ In questo senso: N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie*, cit., p. 1382 ss.

diverse sedi. Ora, vincolare la preclusione processuale alla perfetta sovrapposizione delle fattispecie astratte addebitate all'imputato, significherebbe ridurre notevolmente la portata del diritto fondamentale in questione, dal momento che, come già osservato, l'introduzione del *ne bis in idem* non è stata accompagnata dalla virtuosa opera di armonizzazione delle legislazioni penali sostanziali degli Stati membri. Questa differenza terminologica, dunque, non arrestandosi al mero piano stilistico delle scelte effettuate in sede di redazione dei testi, avrebbe potuto rimettere in discussione, stante l'efficacia cogente della Carta dei diritti, l'imponente opera esegetica della Corte di giustizia, volta a dilatare i confini della nozione di *idem*⁴⁷⁷ al fine di non vedere eccessivamente pregiudicata la libertà di circolazione che, come ormai noto, costituisce lo scopo perseguito dal *ne bis in idem*⁴⁷⁸. Senonché i giudici di Lussemburgo, non "ritrattando" la propria interpretazione elaborata a partire dalla sentenza *Van Esbroeck*⁴⁷⁹, hanno continuato a fare applicazione della nozione storico-naturalistica di *idem*⁴⁸⁰: come già rilevato in precedenza, infatti, l'ormai consolidato patrimonio giurisprudenziale della Corte di giustizia, elaborato in relazione agli elementi del *bis* e dell'*idem* come sanciti dall'art. 54 CAAS, vale anche per l'art. 50 CDFUE⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ Per la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla nozione di «medesimi fatti», v. *Supra*, Cap. II, par. 8. In particolare, tra le altre, v. C.G., 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, cit.; C.G., 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Kraaijenbrink*, cit.

⁴⁷⁸ Cfr., per tutte, paragrafo 33 della sentenza, C.G., 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, cit.

⁴⁷⁹ Cfr. paragrafi 35-36 della sentenza, *Van Esbroeck*, cit.: «Orbene, data l'assenza di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, un criterio fondato sulla qualificazione giuridica dei fatti o sull'interesse giuridico tutelato sarebbe tale da creare altrettanti ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati contrenti. Alla luce di quanto sopra, l'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'art. 54 CAAS è quello dell'identità dei *fatti materiali*, intesi come *esistenza di insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro*». Corsivo aggiunto.

⁴⁸⁰ V. sentenza, C.G., Grande Sezione, 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, cit.; nonché, paragrafi 54 e 55 delle conclusioni dell'Avvocato generale, YVES BOT, presentate in data 15 dicembre 2015, in causa C-486/14, *Procedimento penale c. Piotr Kossowski*, cit.

⁴⁸¹ V. con riferimento all'elemento del *bis*, sentenza, C.G., Sez. IV, 5 giugno 2014, causa C-398/12, *Procura della Repubblica c. M.*, cit. In dottrina, sulla differenza terminologica tra art. 54 della convenzione di Schengen e art. 50 della Carta, v. C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 229; EAD., *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 3890; A. IERMANO, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato ex art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 308 e 309.

Profili di gran lunga più problematici presenta, invece, la seconda vistosa differenza tra le due disposizioni: l'art. 54 CAAS, infatti, subordina l'efficacia preclusiva del *dictum* altrui alla condizione che, in caso di condanna, «la pena sia stata eseguita, sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita». L'art. 50 CDFUE, invece, condiziona la propria operatività alla sola irrevocabilità della pronuncia, senza alcun riferimento al carattere esecutivo della sentenza⁴⁸².

La pacifica assenza dal testo della norma di rango primario (art. 50 CDFUE) della c.d. condizione di esecuzione ha portato, dunque, la dottrina prima e la giurisprudenza della Corte di giustizia poi⁴⁸³, ad interrogarsi circa la perdurante rilevanza di tale condizione richiesta, come appena detto, dalla disposizione di diritto derivato (art. 54 CAAS). A tal riguardo, una parte della dottrina, ponendo l'accento sulla diversa collocazione gerarchica delle due fonti⁴⁸⁴, ha propugnato la tesi della tacita abrogazione, ad opera della Carta dei diritti fondamentali, dell'art. 54 CAAS, o quantomeno della condizione di esecuzione ivi contenuta⁴⁸⁵. Si potrebbe argomentare, tuttavia, che una tale ricostruzione non sembrerebbe essere perfettamente in linea con l'esplicito richiamo alla convenzione di Schengen operato dalle *Spiegazioni sub art. 50 della Carta* che, come detto, pur essendo prive

⁴⁸² N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurolunitarie*, cit., p. 1382 ss.; C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 229; EAD., *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 3890.

⁴⁸³ Per la posizione della Corte di giustizia circa la perdurante rilevanza della condizione di esecuzione dell'art. 54 CAAS, v. *Infra*, Cap. III, Sez. (B), par. 5.

⁴⁸⁴ Per l'analisi sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen, v. *Supra*, Cap. I, par. 9; per il Protocollo di Schengen, v., in particolare, nota 146; per le Decisioni del Consiglio, n. 1999/435/CE e n. 1999/436/CE, v., in particolare, nota 149. Per l'analisi della Carta dei diritti come fonte di rango primario, v. *Supra*, Cap. I, par. 10.

⁴⁸⁵ V. dottrina tedesca citata da, A. F. TRIPODI, *Il ne bis in idem si confronta coi suoi «limiti»*, cit., p. 610, nota 23; nonché dottrina tedesca citata da, N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale. Brevi riflessioni alla luce della sentenza della Corte di giustizia Spasic*, 5 luglio 2016, p. 75, nota 16, in www.penalecontemporaneo.it.

di valore giuridico vincolante, devono essere tenute in debito conto per l'interpretazione delle disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali⁴⁸⁶.

Sono, infatti, le stesse *Spiegazioni sub art. 50 della Carta* a contemplare la "legittimità" dell'esistenza di talune limitate «eccezioni» al diritto di non essere giudicato o perseguito due volte per lo stesso fatto, purché le stesse rispondano ai criteri fissati dall'art. 52, par. 1, CDFUE, in tema di limitazioni apportabili ai diritti e libertà garantiti dalla Carta stessa⁴⁸⁷. Valorizzando, dunque, questo rinvio alle *Spiegazioni*, altra parte della dottrina ha diversamente descritto il rapporto intercorrente tra le due norme in chiave di specificazione applicativa dell'una rispetto al principio posto dall'altra: in quest'ottica, l'art. 52, par. 1 della Carta potrebbe essere letto come norma di rango primario che subordina l'operatività del principio del *ne bis in idem*, come sancito da un'altra norma avente pari valore giuridico (l'art. 50 CDFUE), alle condizioni fissate da una disposizione di diritto derivato (l'art. 54 CAAS)⁴⁸⁸.

Peraltro, si tratterebbe di una ricostruzione perfettamente compatibile con la giurisprudenza della Corte di giustizia che, a partire dall'entrata in vigore del

⁴⁸⁶ Così, infatti, dispongono l'art. 6, par. 1, terzo cpv., TUE e l'art. 52, par. 7, CDFUE: v. *Supra*, Cap. III, Sez. (A), par. 1. In questo senso, G. DE AMICIS, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, cit., p 3029.

⁴⁸⁷ Le *Spiegazioni sub art. 50 della Carta*, enunciando testualmente che «le eccezioni, molto limitate, per le quali dette convenzioni consentono agli Stati membri di derogare alla regola *ne bis in idem* sono disciplinate dalla clausola orizzontale dell'art. 52, par. 1, sulle limitazioni», si riferiscono non solo agli artt. 54-58 della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, ma anche all'art. 7 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e all'art. 10 della convenzione relativa alla lotta contro la corruzione.

⁴⁸⁸ Tale ricostruzione è suggerita da C. BURCHARD, D. BRODOWSKI, *The pot-Lisbon principle of transnational ne bis in idem: on the relationship between article 50 Charter of fundamental rights and article 54 Convention implementing the Schengen Agreement. Case note on District Court Aachen, Germany, (52 Ks 9/08 – "Boere")*, *Decision of 8 December 2010*, in *New Journal of European Criminal Law*, Issue 3, 2010, p. 317, laddove i due autori affermano che: «(...) with both article 54 CISA and article 50 CFR thus being applicable, Article 54 has to be construed as the operational embodiment, that is the operational concretisation of Article 50. There are thus not two independent regimes, but there is rather one legal regime - constituted by inter-dependent provisions in secondary and primary European law - which governs the European principle of transnational ne bis in idem». Applicando, poi, una teoria elaborata dalla dottrina costituzionale tedesca al piano europeo suggeriscono che: «(...)national courts are obliged to directly apply only Article 54 CISA, if and as long the limitations contained therein are in conformity with the Charter of Fundamental Rights. And while it follows that Article 54 CISA is to be interpreted in the light of Article 50 CFR, this (merely) leads to an indirect - interpretative - application of the latter provisions. The procedural bar against further criminal proceedings, which flows from a violation of the European ne bis in idem principle, is thus operatively located in Article 54 CISA and not in Article 50 CFR».

trattato di Lisbona, ha preso la Carta di Nizza come punto di riferimento prioritario per la tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento europeo⁴⁸⁹, essendo la stessa idonea a fungere da autonomo parametro di legittimità del diritto derivato⁴⁹⁰. Inoltre, se è vero che il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU è qualificato come diritto assoluto che non tollera alcuna deroga, è altrettanto vero che sono stati gli stessi giudici di Lussemburgo a circoscrivere questa «tutela rafforzata» ad un nucleo più ristretto di diritti, entro il quale non compare il divieto di doppio processo⁴⁹¹.

2. *Segue*: la condizione di esecuzione nel *Green paper* della Commissione del 2005 sui conflitti di giurisdizione e sul principio del *ne bis in idem*

La questione relativa alla vigenza della c.d. condizione di esecuzione della sentenza di condanna prevista nella convenzione di Schengen aveva formato oggetto di discussione già ben prima che affiorassero i problemi di raccordo tra l'art. 50 CDFUE e l'art. 54 CAAS. La Commissione europea, infatti, avvertita l'esigenza di predisporre una disciplina che evitasse *ab origine* la duplicazione dei procedimenti e visto il fallimento di un'iniziativa a tal riguardo della Repubblica

⁴⁸⁹ Cfr. C.G., Grande Sezione, 9 novembre 2010, procedimenti riuniti C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR, Hartmut Eifert c. Land Hessen*, ECLI:EU:C:2010:662, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79001&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=591208>.

⁴⁹⁰ Cfr. C.G., Grande Sezione, 1 marzo 2011, causa C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier c. Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2011:100, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80019&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=593550>.

⁴⁹¹ Si tratta, in particolare del diritto alla vita, alla dignità umana, al divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti. In questo senso: C.G., 12 giugno 2003, causa C-112/00, *E. Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Repubblica d'Austria*, ECLI:EU:C:2003:333, in: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47920&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=595203>. S. MONTALDO, *Ne bis in idem e sistema "multilivello" di tutela dei diritti fondamentali: i rapporti tra l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 671.

ellenica⁴⁹², aveva colto l'occasione per sollecitare operatori del diritto e del mondo accademico a riflettere sullo spinoso tema relativo ai conflitti (positivi) di giurisdizione e sulla intrinseca possibilità di rivisitare il principio del *ne bis in idem* attraverso la pubblicazione, nel dicembre 2005, del *Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*⁴⁹³. Tale iniziativa, che trovava la propria base giuridica nell'art. 31, par. 1, lett. d), TUE pre-Lisbona⁴⁹⁴, rientrava, peraltro, in quel Programma di Misure del 2000, nel quale il

⁴⁹² Si tratta, in particolare, dell'iniziativa della REPUBBLICA ELLENICA in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio «*ne bis in idem*», 2003/C 100/12, (G.U.U.E., 26 aprile 2003, n. C 100/24), reperibile al sito: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003IG0426\(01\)&from=IT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003IG0426(01)&from=IT). Peraltro, anche tale iniziativa contemplava la condizione di esecuzione. Cfr. art. 2, par. 1: «Chiunque, avendo commesso un illecito penale, sia stato perseguito o condannato con sentenza definitiva in uno Stato membro, conformemente al diritto e alla procedura penale di tale Stato, non può essere perseguito per gli stessi atti in un altro Stato membro se è già stato assolto o se, in caso di condanna, la sentenza sia stata eseguita o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro del procedimento». Corsivo aggiunto. In realtà, nello stesso anno era stata avanzata un'iniziativa privata dal MAX-PLANCK-INSTITUT, conosciuta come *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, Novembre 2003, reperibile al sito: <https://www.mpicc.de/files/pdf2/fa-ne-bis-in-idem.pdf>, nella quale compariva una disposizione, l'art.7, interamente dedicato alla condizione di esecuzione. Per l'analisi di queste proposte, v. Cap. III, Sez. (C), par. 3.

⁴⁹³ COM(2005) 696 *final*, Bruxelles, 23 dicembre 2005. Al *Green Paper* è annesso un *Commission Staff Working Document*, SEC(2005) 1767, Bruxelles, 23 dicembre 2005. Questo secondo documento, in particolare, analizza le questioni presentate nel *Green Paper* nel dettaglio. La presentazione del *Green Paper* era stata anticipata nella Comunicazione della Commissione europea, indirizzata al Consiglio e al Parlamento europeo, sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra gli Stati membri, v., COM(2005) 195 *final*, Bruxelles, 19 maggio 2005, reperibile al sito: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0195&from=IT>. Per quanto riguarda la locuzione «*criminal proceedings*», come sottolineato da M. FLETCHER, *The problem of multiple criminal prosecutions: building an effective EU response*, in *Yearbook eu. law*, 2007, p. 41, nota 32: «The Commission understands the term “criminal proceeding”, in its broadest sense, to include all stages of a criminal case – investigation, prosecution, and trial. However its Green Paper is only concerned with the question of parallel proceedings from the moment that criminal proceedings reach the prosecution phase». In dottrina, il *Green Paper* è anche analizzato o comunque citato, *ex multis*, da: T. RAFARACI, *Le misure contro i procedimenti penali «paralleli»*, cit., p. 513 ss.; ID., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale*, cit., p. 637 ss.; E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *La Decisione quadro del Consiglio dell'U.E. in tema di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1; C. AMALFITANO, *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale nell'Unione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1293 ss.; M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law*, cit., p. 575 ss.; A. MANGIARANCINA, *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello «spazio giudiziario europeo»*, in *Legislazione penale*, 2006, p. 631 ss.

⁴⁹⁴ L'art. 31, par. 1, lett. d), TUE (versione pre-Lisbona) stabiliva che: «L'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende: la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri». Corsivo aggiunto. In realtà, nel *Green Paper* viene complementariamente operato un richiamo anche all'art. 31, par. 1, lett. c), TUE (versione pre-Lisbona) secondo il quale: «L'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia

Consiglio aveva elencato, con uno specifico grado di priorità, tutti gli ambiti in cui il principio del reciproco riconoscimento avrebbe dovuto trovare applicazione⁴⁹⁵. In altri termini, con questa sorta di tabella di marcia, le Istituzioni europee venivano invitate ad elaborare strumenti giuridici vincolanti in applicazione del principio del reciproco riconoscimento, quale pietra angolare della cooperazione giudiziaria in materia penale, a partire dal Consiglio europeo di Tampere del 1999⁴⁹⁶.

Il *Green paper*, dunque, interpellando i cultori di questa materia *in fieri* sugli aspetti maggiormente controversi relativi ai conflitti di giurisdizione e al principio del *ne bis in idem*⁴⁹⁷ al fine di elaborare uno strumento giuridico vincolante idoneo anche a sostituire la disciplina relativa al doppio processo contenuta nella convenzione di Schengen, prefissava tre principali obiettivi. Innanzitutto, consapevole che l'instaurazione di procedimenti penali paralleli avrebbe potuto comportare una moltiplicazione delle limitazioni dei diritti (ad esempio per quanto riguardava la libertà di circolazione), nonché un sensibile incremento degli oneri,

penale comprende: *la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione*». Corsivi aggiunti.

⁴⁹⁵ Cfr. punto 2.3, *Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters*, 2001/C 12/02, 29 novembre 2000, (G.U.C.E., 15 novembre 2001, n. C 12/10), reperibile al sito: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001Y0115\(02\)&from=IT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001Y0115(02)&from=IT). Peraltro, la prima misura di questo Programma era dedicata proprio alla «[r]econsideration of Articles 54 to 57 of the Convention implementing the Schengen Agreement (...)».

⁴⁹⁶ V. *Supra*, Cap. III, Sez. (A), par. 1, nota 426. Peraltro, il principio del reciproco riconoscimento era stato richiamato anche nel successivo programma dell'Aja del 2004, cfr. punto 3.3.1, *The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union*, 2005/C 53/01, 5 novembre 2004, (G.U.U.E., 3 marzo 2005, n. C 53/1) reperibile al sito: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XG0303\(01\)&from=IT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XG0303(01)&from=IT), laddove si sosteneva la necessità di completare l'attuazione del reciproco riconoscimento estendendolo «alle decisioni giudiziarie prese in tutte le fasi dei procedimenti penali o ad essi altrimenti pertinenti, quali la raccolta e l'ammissibilità dei mezzi di prova, i conflitti di giurisdizione, il principio del *ne bis in idem* e l'esecuzione delle sentenze definitive di detenzione o altre sanzioni (alternative)».

⁴⁹⁷ Nonostante l'intrinseca relazione tra l'area tematica dei conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* emergesse già dal titolo del *Green Paper*, la Commissione sottolinea fin dalle prime pagine che: «*As said, at present, national authorities are allowed to start their own parallel prosecution on the same cases. The only legal barrier is the principle of ne bis in idem, laid down in Articles 54-58 of the Convention Implementing the Schengen Agreement (CISA). However, this principle does not prevent conflicts of jurisdiction while parallel prosecutions are ongoing in two or more Member States (...). The choice of jurisdiction is currently left to chance, and this seems to be the reason why the principle of ne bis in idem is still subject to several exceptions*». Cfr. COM(2005) 696, cit., *Part I: Introduction – Purpose of the Green Paper*, p. 4 ss., Sul punto, v.: M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law*, cit., p. 575.

non solo monetari ma anche psicologici, incombenti sui soggetti coinvolti, il *Green Paper* si proponeva di evitare tali effetti dannosi, limitando per l'appunto l'instaurazione di plurimi procedimenti *de eadem re et persona*. In secondo luogo, il documento citato aspirava ad un generale rafforzamento della reciproca fiducia tra le autorità giurisdizionali degli Stati membri, che, ad avviso di chi scrive, avrebbe dovuto essere concepito, non tanto come uno dei plurimi scopi cui mirare, quanto piuttosto come perno indispensabile attorno al quale far gravitare obiettivi conseguenti. Infine, il *Green Paper* mirava ad aumentare l'efficienza e la fungibilità delle attività procedurali nei casi in cui il medesimo reato potesse essere perseguito da due o più Stati membri⁴⁹⁸. Con l'idea, dunque, di raggiungere efficientemente questi tre obiettivi, la Commissione propone, nella prima e preponderante parte del documento, la predisposizione di un meccanismo di individuazione della giurisdizione "competente" diverso da quello ispirato dal principio «*first come first served*»⁴⁹⁹; e suggerisce, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia fino ad allora intervenuta, nonché della potenziale esistenza di un tale meccanismo di scelta della giurisdizione, una possibile revisione del principio del *ne bis in idem*. Questa seconda parte, non autonoma, bensì conseguente e sussidiaria rispetto alla prima⁵⁰⁰, sottoponeva diversi quesiti relativi al principio del *ne bis in idem*, sancito dagli artt. 54 ss. CAAS, che possono essere raggruppati in tre macro-aree: (i) la ridefinizione degli elementi costitutivi del

⁴⁹⁸ Cfr. COM(2005) 696, cit., *Part I: Introduction – Purpose of the Green Paper*, p. 6 ss.

⁴⁹⁹ In questa sede non ci si soffermerà sulla parte del *Green Paper* dedicata alla predisposizione di tale meccanismo. Sarà sufficiente ricordare che la Commissione prospettava una procedura per l'individuazione della giurisdizione, articolata in più passaggi: (i) l'individuazione e l'informazione delle parti interessate; (ii) una procedura di consultazione diretta fra le autorità degli Stati membri interessati, in vista di un accordo da stipulare in forma non vincolante oppure vincolante; (iii) veniva suggerita, infine, una procedura assistita da Eurojust, nella veste di mediatore, nel caso in cui non fosse intervenuto tra le Parti un accordo spontaneo. Cfr. COM(2005) 696, cit., *Part II: Preventing and resolving conflicts of jurisdiction*, p. da 8 a 41, in cui sono inserite le relative domande nn. da 1 a 13.

⁵⁰⁰ Secondo la Commissione, infatti, laddove si fosse giunti a disciplinare un corretto meccanismo di individuazione della giurisdizione "competente", il principio del *ne bis in idem* non avrebbe più dovuto operare come limitato e arbitrario meccanismo di individuazione della giurisdizione. In questo senso: M. FLETCHER, *The problem of multiple criminal prosecutions*, cit., p. 44 ss.; T. RAFARACI, *Le misure contro i procedimenti penali «paralleli» nella decisione-quadro 2009/984/GAI*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, P. CORSO-E. ZANETTI (a cura di), 2010, p. 516 ss.; ID., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale*, cit., p. 637 ss.

principio⁵⁰¹; (ii) la possibile soppressione della condizione di esecuzione della sentenza di condanna; (iii) l'eventuale eliminazione delle deroghe sancite dall'art. 55 CAAS⁵⁰². In questa sede, ovviamente, verrà approfondito soltanto l'aspetto concernente la necessità o meno di mantenere, in un eventuale strumento giuridico dedicato al *ne bis in idem*, la c.d. condizione di esecuzione, prevista dall'art. 54 CAAS (ii). A tal riguardo, pur nella consapevolezza che l'abolizione della condizione di esecuzione sarebbe apparsa sicuramente meno problematica laddove fosse stato individuato un efficace meccanismo per determinare la giurisdizione competente, il *Green Paper* invitava comunque a riflettere sulla superfluità di una condizione di questo tipo, in un sistema europeo in cui la sentenza di condanna emessa da uno Stato membro avrebbe potuto trovare facilmente esecuzione in un altro Stato membro grazie agli strumenti normativi europei che, a partire dal già citato Programma di Misure del 2000, avevano dato attuazione al principio del reciproco riconoscimento (ad esempio, il mandato di arresto europeo).

Il ragionamento della Commissione, ancorché divergente in quanto a conclusioni rispetto a quello della Corte di giustizia (come si vedrà a breve), è certamente degno di nota per la sua "lungimiranza": il riesame della condizione di

⁵⁰¹ Cfr. COM(2005) 696, cit., *Part III: Clarifying the existing legal framework on ne bis in idem*, p. da 44 a 58, domande nn. da 14 a 19. Nonostante chiedesse, quasi un po' retoricamente, se fosse necessario chiarire le definizioni degli elementi costitutivi del principio, la Commissione era ben cosciente che dinnanzi alla Corte di giustizia, al tempo della pubblicazione del *Green Paper*, pendevano tutta una serie di rinvii pregiudiziali relativi proprio alla definizione del *bis* e dell'*idem*: «It is to be noted, that further preliminary rulings are to be expected in Case C-436/04 Van Esbroeck (Case C-436/04), Gasparini Case (C-467/04), Van Straaten (Case C-150/05), Bouwens (C-272/05) and Kretzinger (C-288/05). In the case of Van Esbroeck, questions are raised on the scope of Article 54 CISA *ratione temporis* (whether a final judgement rendered before the entry into force of CISA has *ne bis in idem* effect) and on the notion and interpretation of the *idem* ("same acts"). In Gasparini, the questions submitted to the ECJ include the issue of whether an acquittal based on the ground that the offence in question is time-barred precludes proceedings against the same defendant, whether such a decision also has a *ne bis in idem* effect with respect to proceedings against other persons based on otherwise the same facts and once again on the question of *idem*. The latter, is also the main issue at stake in the Van Straaten, Bouwens and Kretzinger case» (p. 50). Le uniche pronunce della Corte fino ad allora intervenute, infatti, erano le sentenze: C.G., 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, cit. (*Supra*, Cap. II, par. 4); C.G., 10 marzo 2005, causa C-469/03, *Miraglia*, cit. (*Supra*, Cap. II, par. 5). Al riguardo, M. FLETCHER, *The problem of multiple criminal prosecutions*, cit., p. 45, sottolinea che: «It would be appear that the suggested definition as regards the scope of *ne bis in idem* in the Green Paper of "a decision in criminal matters which has either been taken by a judicial authority" does not adequately reflect the ECJ's jurisprudence».

⁵⁰² V. *Infra*, Cap. III, Sez. (C), par. 3.

esecuzione, infatti, non era calibrato su criteri avulsi dal quadro normativo attuale; veniva, invero, consigliata una riflessione sull'adeguatezza di tale condizione alla luce dei sopracitati principi di necessità, proporzionalità e garanzia del nucleo essenziale del diritto, stabiliti dall'art. 52, par. 1, della Carta. E se oggi questo richiamo normativo potrebbe apparire scontato, visto il valore giuridico vincolante delle disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali, probabilmente nel 2005, servirsi di una disposizione contenuta in un documento meramente politico per riflettere sulla necessità di una condizione di operatività richiesta da una norma giuridicamente vincolante consisteva in un'operazione tutt'altro che banale⁵⁰³. Sulla scorta di questo ragionamento, il *Green Paper* formulava la domanda relativa alla condizione di esecuzione nei seguenti termini: «*Do you see any situations where it would still be necessary to retain an enforcement condition, and if yes, which ones? If yes, can the condition be removed if a mechanism for determining jurisdiction is established?*»⁵⁰⁴.

L'analisi dei responsi resi dai governi degli Stati membri, nonché dalle associazioni professionali e non governative, dalle università e dagli studiosi della materia⁵⁰⁵, permette di individuare tre diversi atteggiamenti.

⁵⁰³ Cfr. COM(2005) 696, cit., Part III: Clarifying the existing legal framework on ne bis in idem, p. 58: «A major step towards the strengthening of ne bis in idem and increased legal certainty would be to abolish the enforcement condition currently laid down in Article 54 CISA. In the light of the principles of necessity, proportionality and of guarantee of the essence of fundamental rights (as expressed in Article 52(1) Charter, Article II-112(1) of the Treaty Establishing a Constitution for Europe), this condition should be re-examined. During recent years, cross-border enforcement of convictions has been facilitated and accelerated considerably. In the past, one could e.g. argue that a convicted person could move to a Member State where the “foreign” sanction could or would not be enforced, and that he would thus enjoy a form of impunity there. However, under new EU rules such as the Framework Decision on the European Arrest Warrant and the Framework Decision on financial penalties, criminal sanctions can be effectively enforced in other Member States. Further measures are under way, such as the Member States initiative for a Framework Decision on the European enforcement order and the transfer of sentenced persons. Taking these into account, in the Commission's view one can no longer justify the retaining of an enforcement condition. However, as it has been argued above with regard to the other suggested measures which aim at clarifying Ne bis in idem, the abolition of this condition would be facilitated considerably by an effective mechanism for determining an appropriate jurisdiction».

⁵⁰⁴ Cfr. COM(2005) 696, cit., domanda n. 20, p. 59.

⁵⁰⁵ Si tratta delle risposte pubblicate sul sito della Direzione Generale Giustizia e Affari Interni della Commissione. Il *Green Paper*, infatti, chiarisce che «*Interested parties are requested to mention explicitly if they do not wish their comments to be published on the Commission's website*».

a) Da un lato, l'eliminazione della condizione di esecuzione veniva supportata soprattutto dalle Associazioni Professionali degli Avvocati, da studiosi e ricercatori della materia⁵⁰⁶, nonché dal Consiglio Superiore della Magistratura italiana⁵⁰⁷, i quali, considerando gli strumenti fondati sul principio del reciproco riconoscimento (in particolare, il mandato di arresto europeo) teleologicamente equipollenti alla condizione prevista dall'art. 54 CAAS, propendevano per la soluzione suggerita dalla Commissione nel *Green Paper*⁵⁰⁸. Degno di nota, in quanto potrebbe fornire la base per un possibile spunto di riflessione, è il responso reso dall'Università di Perugia, laddove pone, tra gli ostacoli ad un effettiva realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, governato da un regime di reciproca fiducia tra Stati e autorità giudiziarie, l'atteggiamento di quegli Stati che, «bramosi del riconoscimento della propria "sovrantà", frappongono degli ostacoli a far acquisire valore vincolante alla decisione di altri Paesi membri»⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ Ad eccezione dei ricercatori dell'Università di Leiden, cfr. EUROPE INSTITUTE, *Reaction to the Green Paper on conflicts of jurisdiction and the ne bis in idem-principle in criminal proceedings*.

⁵⁰⁷ Cfr. HIGH COUNCIL OF THE JUDICIARY, *Green Paper «On conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings»*, File n. 11/IR/2006.

⁵⁰⁸ In questo senso: THE GERMAN FEDERAL BAR, *Position of the Bundesrechtsanwaltskammer on the GREEN PAPER on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal proceedings*, Marzo 2006, p. 8. Questo responso è significativo (e ci ritornerà utile in prosieguo, *Infra*, Cap. III, Sez. (C), par. 3) giacché, riferendosi tanto alla condizione di esecuzione quanto alle deroghe ex art. 55 CAAS, suggerisce che: «*If possible, derogations from the ne bis in idem principle should be avoided, just as comparable derogations should be avoided in an EU instrument for a settlement of jurisdiction issues*». Pur ritenendo inaccettabile il meccanismo di scelta della giurisdizione "competente" proposto dal *Green Paper*, supportava l'abolizione della condizione di esecuzione anche, THE AUSTRIAN BAR, *Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal proceedings* (Ref. 21/06/11), *Consultants: Univ.-Prof. DR. RICHARD SOYER E DR. ERNST TREMMEL*, 22 Marzo 2006, Vienna. Sulla stessa linea si poneva anche THE BAR COUNCIL OF ENGLAND AND WALES, Brussels Office, *Response to Commission's December 2005 Green Paper COM(2005) 696 final on: Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal proceedings*, p. 22, che, invece, suggeriva di anticipare il problema relativo all'esecuzione della sentenza nella fase dei negoziati/mediazione del procedimento di individuazione della giurisdizione "competente". In linea con l'abolizione della condizione di esecuzione si ponevano: THE LAW SOCIETY, *Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal proceedings. Response of the Law Society of England and Wales*, Marzo 2006; SCOTTISH LAW SOCIETY, *Memorandum of comments by the Law Society of Scotland on the European Commission Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem*, Marzo 2006, p. 12. CENTRO STUDI DI DIRITTO PENALE EUROPEO, *Libro Verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del ne bis in idem nei procedimenti penali*, p. 12 ss.; MEIJERS STANDING COMMITTEE, *Views of the Standing Committee on the European Commission's Green paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, p. 5.

⁵⁰⁹ Cfr. A. GAITO, *Osservazioni propositive inerenti: Libro Verde «sui conflitti di giurisdizione e il principio del ne bis in idem nei procedimenti penali»*, Università degli Studi di Perugia, Facoltà di Giurisprudenza, cattedra di Diritto processuale penale europeo, 31 marzo 2006, Perugia.

b) Sul fronte opposto, invece, erano schierati la maggior parte dei Governi nazionali⁵¹⁰, i quali, sottolineando i limiti presentati dagli strumenti di cooperazione a quel tempo presenti, non si dichiaravano ancora pronti a rinunciare alla condizione di esecuzione che avrebbe, sempre e comunque, garantito l'efficienza della propria giustizia, anche qualora il reo si fosse sottratto fraudolentemente all'esecuzione di una pena per mezzo di una fuga transfrontaliera⁵¹¹.

c) Infine, si deve rilevare che la domanda sulla condizione di esecuzione in alcuni casi non ha trovato risposta o perché gli intervenienti non hanno ritenuto

⁵¹⁰ Fanno eccezione: il Governo portoghese, cfr. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Comments by the international relations office of the Portuguese Ministry of Justice (GRIEC) on the Commission's Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem*, 7; il Governo Greco, cfr. ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ, *GREEN PAPER on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal proceedings*, p. 5; e, infine, il Governo belga, cfr. ROYAUME DE BELGIQUE, *Proposition de réponses aux questions figurant dans le Livre vert sur les conflits de compétences et le principe ne bis in idem*, p. 6.

⁵¹¹ In questo senso: OIKEUSMINISTERIÖ (Finlandia), *Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal proceedings. Statement by the Finnish Government*, p. 9, in cui viene sottolineato che: «*It can be stated that the enforcement condition is not necessary if the possibilities to enforce punishment meted out in one Member State in another Member State are complete. It can, however, be pointed out here that under Article 2(1) of the Council Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant, etc., an arrest warrant may be issued for sentences of at least four month. Thus, there is still a gap in ensuring that the enforcement of prison sentences of less than four months is complete. In practice the risk of problem situations would appear to be quite minor*»; THE FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE OF THE REPUBLIC OF AUSTRIA, *Comments on the Green Paper on conflicts of jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, JLS/761/06-EN, in cui, distinguendo tra livello nazionale e livello transnazionale, viene evidenziato che: «*In the case of the enforcement of milder sentences for "non-listed offences", the enforcement of the sentence imposed will actually often fail. Therefore, as long as it is more difficult to enforce the sentence imposed in a cross-border context than it is in a purely domestic context, it will in principle not be possible to leave the enforcement condition out of definition of the ne bis in idem principle*»; THE NETHERLANDS GOVERNMENT, *Response to the Green Paper on conflicts of jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, The Hague, 21 aprile 2006, p. 9: «*Article 54 CISA was introduced at a time when almost all Member States refused to extradite their own nationals (...). The introduction of (...) the Framework Decision on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between the Member States in 2002 was intended to end the prohibition on extradition/surrender of a country's own nationals. However, it has to be noted that (...) there are still Member States in 2006 that do not surrender their own nationals*»; REGERINGSKANSLIET (Svezia), *Reply to questions in the Green Paper on conflicts of jurisdiction*, 31 marzo 2006, p. 7 ss.: «*(...) The instrument which should ensure the enforcement of a custodial sentence within the European Union is the Framework Decision on the European arrest warrant (...). However, the Framework Decision gives the executing State the option of refusing to surrender a person in certain cases. If the State was then unable to prosecute the crime, this would create the undesirable impunity*». Questa posizione era supportata anche dal Regno Unito, cfr. UNITED KINGDOM, *Consultation response to the Commission's Green Paper on conflicts of jurisdiction and the Principle of ne bis in idem*, p. 13, nonostante il Ministero della Giustizia si fosse dichiarato, al contrario, favorevole all'eliminazione della condizione di esecuzione, cfr. JUSTICE UK, *Response to the European Commission's Green Paper on conflicts of jurisdiction and the principle of ne bis in idem in criminal proceedings*, Aprile 2006, p. 25.

urgente la questione⁵¹², oppure perché non hanno trovato nel *Green Paper* alcuna proposta pratica in tema di *ne bis in idem*⁵¹³, o, ancora, perché hanno ritenuto che tale questione si sarebbe dovuta affrontare soltanto nel momento in cui l'Unione europea si fosse effettivamente dotata di un corretto meccanismo di individuazione della giurisdizione "competente"⁵¹⁴, o, infine, perché hanno sostenuto che un simile passo avanti avrebbe richiesto un'analisi maggiormente approfondita⁵¹⁵.

Considerati gli scarsi risultati ottenuti dal *Green Paper*⁵¹⁶, che, senza dubbio, avrebbe potuto costituire una grande opportunità per trovare una soluzione ai problemi, sempre più emergenti, collegati ai conflitti di giurisdizione nonché al principio del *ne bis in idem*, è possibile concludere questo breve "salto indietro nel tempo" osservando che è stato solo l'intervento della Corte di giustizia, nel già citato caso *Kretzinger*, a fornire una risposta univoca al quesito relativo alla necessità o meno di mantenere la condizione di esecuzione richiesta dall'art. 54

⁵¹² In questo senso, JUSTICE AND HOME AFFAIRS IN THE EU, JHA FORUM, *Response to the European Commission Consultation on the «Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings»*; CONFERENCE MINISTER JUSTICE, *Preliminary Note*, nel quale la sporadicità dei conflitti di giurisdizione viene ricollegato alla presenza di una norma come l'art. 55 CAAS che permette di derogare al principio in determinate situazioni: «*The fact that positive conflicts of jurisdiction are relatively rare is possibly due to the fact that Article 55 of the Convention Implementing the Schengen Agreement permits exceptions from the prohibition of double jeopardy in those very instances where a member state (...) has a special interest in conducting proceedings itself, meaning that such conflicts do not occur*».

⁵¹³ In questo senso, COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE, *CCBE Response to the Green Paper on Conflict of Jurisdiction and the principle of ne bis in idem*, April 2006, p. 4, lett. e): «*Ne bis in idem is proclaimed in the title of the Green Paper as being one area of the proposed legislation. However, the text of the Green Paper contains no proposals in respect of this principle. There is only a vague reference that the establishment of the proposed mechanism to select the appropriate jurisdiction would allow the discussion on ne bis in idem to be relaunched*».

⁵¹⁴ In questo senso, EUROJUST, *Eurojust's Commentary on the Commission Green Paper Conflicts of Jurisdiction and the principle of ne bis in idem in criminal proceedings*, p. 7: «*(...) Eurojust takes the view that, if a well-balanced mechanism for determining the appropriate jurisdiction is set up, the enforcement condition (...) could become inappropriate given that they risk to limiting the scope of the agreement on the appropriate jurisdiction*».

⁵¹⁵ In questo senso, GOVERNO IRLANDA, *Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the principle of ne bis in idem in criminal proceedings. Response by Ireland*: «*(...) the relationship between that Framework Decision [2002/584/GAI] and any future proposal on ne bis in idem would need to be carefully thought out and examined*».

⁵¹⁶ Il *Green Paper*, infatti, ha costituito la base solo per l'iniziativa di cinque Stati membri (Repubblica Ceca, Repubblica di Polonia, Repubblica di Slovenia, Repubblica Slovacca e Regno di Svezia) sfociata, poi, nella Decisione quadro, 2009/948/GAI, del Consiglio, 30 novembre 2009, cit. Frutto di un compromesso al ribasso, dati anche i tempi stretti a disposizione (è stata infatti adottata il giorno prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) la Decisione quadro non è riuscita a dare una soluzione concreta al problema relativo ai conflitti di giurisdizione. V. *Supra*, Cap. III, Sez. (A), par. 1, nota 407.

CAAS⁵¹⁷. Senza ripetere quanto già esposto in precedenza⁵¹⁸, sarà sufficiente ricordare che i giudici di Lussemburgo non solo cristallizzarono la *ratio* di tale condizione nella finalità di «evitare che un soggetto che [fosse] stato giudicato con sentenza definitiva in un primo Stato contraente non [potesse] più essere perseguito per i medesimi fatti e rest[asse] quindi, alla fine, impunito quando il primo Stato di condanna non [aveva] fatto eseguire la pena inflitta»⁵¹⁹, ma colsero l'occasione per chiarirne i rapporti rispetto all'emissione di un mandato di arresto europeo con finalità esecutive, sottolineando implicitamente la sussistente necessità della condizione di esecuzione, per mantenere un efficiente sistema di amministrazione della giustizia⁵²⁰.

Si tratta a questo punto di valutare come, in seguito all'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la vigenza della condizione di esecuzione di cui all'art. 54 CAAS venga ancora giustificata in un contesto giuridico sicuramente più evoluto e alla luce dell'art. 50 della Carta che, come noto, non la prevede.

3. *Segue*: la ricostruzione della dottrina per giustificare la compatibilità della condizione di esecuzione con l'art. 50 CDFUE

Le premesse che precedono evidenziano come la questione relativa alla perdurante vigenza della condizione di esecuzione abbia costituito già in passato uno dei nodi più difficili da districare, considerati soprattutto i rilevanti interessi che vengono in gioco: l'esigenza all'effettività della reazione punitiva da un lato, e il diritto del reo a non vedersi perseguito più volte per il medesimo reato dall'altro lato. Come anticipato, le già notevoli difficoltà ermeneutiche sono state prepotentemente esasperate dall'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, quale fonte di rango primario, vista, lo ricordiamo, l'assenza della condizione di esecuzione nell'art. 50 della Carta. In questa sede, dunque, verrà

⁵¹⁷ Cfr. C.G., Seconda Sezione, 18 luglio 2007, causa C-288/05, *Kretzinger*, cit.

⁵¹⁸ V. *Supra*, Cap. II, par. 6.

⁵¹⁹ Cfr. paragrafo 51 della sentenza, *Kretzinger*, cit.

⁵²⁰ Cfr. paragrafo 66, *ibidem*.

esaminato il ragionamento elaborato dalla dottrina maggioritaria, accolto poi (come si vedrà nel paragrafo che segue) dalla Corte di giustizia nella già citata sentenza *Spasic*, che giustifica, attraverso una valutazione complessiva dell'attuale sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale, la perdurante necessità della condizione di esecuzione sancita dall'art. 54 CAAS⁵²¹.

In quest'ottica, la soluzione al problema oggetto di indagine non può che correre lungo il crinale delle regole e dei parametri interpretativi offerti dalle clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali: in particolare, l'art. 54 CAAS, nella misura in cui pone un "limite" all'operatività del *ne bis in idem*, deve essere pienamente compatibile con i criteri fissati dal già citato art. 52, par. 1 della Carta, relativo alle limitazioni apportabili ai diritti e libertà garantiti dalla Carta stessa⁵²². La norma in commento, in particolare, sancisce che: «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere *previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà*. Nel rispetto del *principio di proporzionalità*, possono essere apportate limitazioni solo laddove *siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale* riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»⁵²³. Scevra da particolari difficoltà argomentative è la sussistenza del requisito formale, relativo, cioè, alla cristallizzazione della limitazione oggetto di analisi in una norma dell'ordinamento europeo: è pacifico, infatti, che la condizione di esecuzione è sancita da una convenzione internazionale successivamente incorporata nel diritto dell'Unione. Di altrettanto facile

⁵²¹ Tra i sostenitori della tesi sulla perdurante vigenza della condizione di esecuzione, v., in particolare, C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 229 e 230, secondo la quale: «se, come detto, non pare possibile ritenere che la nozione di "reato" impiegata nell'art. 50 della Carta prevalga su quella di "medesimi fatti" di cui all'art. 54 CAAS (...) e sotto tale profilo sembra dunque che debba riconoscersi maggior valenza (e prevalenza) all'art. 54 CAAS, non si comprende perché anche sotto l'altro profilo qui in rilievo, inerente la natura esecutiva della sentenza straniera, non possa concludersi per l'applicabilità dell'art. 54 CAAS, quale legittima specificazione, appunto, del principio di cui all'art. 50 Carta».

⁵²² A. F. TRIPODI, *Il ne bis in idem si confronta coi suoi «limiti»*, cit., p. 609 ss. N. MANCINI, *Il ne bis in idem «transnazionale» e la sentenza della Corte europea di giustizia sul caso Spasic*, cit., p. 143 ss.; S. MONTALDO, *Ne bis in idem e sistema "multilivello" di tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 671.

⁵²³ Corsivi aggiunti.

accertamento è l'integrazione del requisito sostanziale, concernente il rispetto da parte della limitazione del contenuto essenziale del diritto o della libertà: trovando applicazione soltanto in quelle limitate ipotesi transnazionali in cui uno Stato membro ha mancato di esercitare appieno il proprio *ius puniendi*, la condizione di esecuzione ex art. 54 CAAS non sembra, invero, indebolire il principio né inficiare in alcun modo il suo contenuto fondamentale. Si potrebbe, al contrario, osservare, che tale condizione risponda compiutamente all'esigenza, prevista nell'art. 67, par. 3, TFUE, di assicurare ai cittadini europei un elevato livello di sicurezza. Quanto appena affermato ci ricollega al ben più complesso accertamento del rispetto da parte della condizione di esecuzione del principio di proporzionalità: a tal fine, infatti, si deve, in primo luogo, analizzare se la stessa persegua un fine, prefissato dalla norma, che possa essere qualificato come *legittimo*. Alla luce della giurisprudenza *Kretzinger*⁵²⁴, si deve affermare oramai con certezza che la condizione di esecuzione sancita dall'art. 54 CAAS è finalizzata ad evitare i c.d. comportamenti di *forum fleeing*: in altri termini, si vuole scongiurare che il principio del *ne bis in idem* possa essere invocato anche dai soggetti che, fuggendo da uno Stato membro ad un altro, esercitano la propria libertà di circolazione al solo fine di sottrarsi all'esecuzione della pena irrogatagli dal primo Stato. Si deve considerare, inoltre, che una tale condizione di esecuzione, tesa ad evitare una prevedibile forma di abuso del diritto, era già presente in quegli ordinamenti che conoscevano una portata transnazionale del *ne bis in idem* anche prima della convenzione di Schengen⁵²⁵: in tal senso, dunque, è stato osservato che la condizione di esecuzione richiesta dall'art. 54 CAAS affonda le proprie radici in questa consolidata tradizione nazionale⁵²⁶. Peraltro, come anticipato poc'anzi, la condizione di esecuzione sembrerebbe preordinata a dare una concreta risposta

⁵²⁴ Cfr. paragrafo 51 della sentenza, *Kretzinger*, cit.

⁵²⁵ Sulla condizione di esecuzione e sul suo scopo all'interno degli ordinamenti nazionali già prima della CAAS, v. N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, cit., p. 15 ss.

⁵²⁶ In questo senso, N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, cit., p. 77 ss.; ID., *Il ne bis in idem «transnazionale» nelle fonti eurounitarie*, p. 1385.

all'esigenza, "costituzionalizzata" negli stessi trattati agli artt. 3, par. 2, TUE⁵²⁷ e 67, par. 3, TFUE⁵²⁸, di garantire ai cittadini europei un elevato grado di sicurezza nel territorio europeo. Non si può, infatti, negare che la condizione di esecuzione, mirando ad evitare la creazione di ingiustificati spazi di impunità, concorra alla realizzazione dell'obiettivo europeo di un'efficace repressione delle attività illecite. Muovendo da tale *ratio* sottesa alla formulazione dell'art. 54 CAAS, è possibile, dunque, concludere che una simile restrizione al riconoscimento dell'efficacia preclusiva del giudicato straniero è certamente conforme ai requisiti richiesti dall'art. 52, par. 1, CDFUE⁵²⁹. Non sembrano poi porsi particolari difficoltà nel passaggio, sempre insito al giudizio di proporzionalità, relativo all'idoneità della condizione di esecuzione a perseguire lo scopo prefissato dalla norma: è evidente, infatti, che, consentendo l'instaurazione di un nuovo giudizio in *idem* nello Stato in cui viene a trovarsi il soggetto, la limitazione oggetto di esame preclude efficacemente a questo la possibilità di garantirsi l'impunità attraverso una fuga transfrontaliera.

Maggiori difficoltà argomentative presenta, invece, l'accertamento della necessità di una simile limitazione del diritto sancito dalla Carta per il raggiungimento dello scopo prefissato. Questo passaggio del giudizio di proporzionalità, infatti, presuppone un'analisi approfondita degli strumenti offerti dal diritto europeo al fine di raggiungere il medesimo risultato cui si perviene

⁵²⁷ L'art. 3, par. 2, TUE sancisce che: «L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima». Corsivo aggiunto.

⁵²⁸ L'art. 67, par. 3, TFUE dispone che: «L'Unione si adopera per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità (...)».

⁵²⁹ La compatibilità della condizione di esecuzione rispetto all'art. 50 CDFUE, nella misura in cui essa persegue uno scopo legittimo, è affermata anche da: C. BURCHARD, D. BRODOWSKI, *The pot-Lisbon principle of transnational* ne bis in idem, cit., p. 315 ove, aderendo alla soluzione adottata dalla *District Court Aachen, Germany*, (52 KS 9/08 – "Boere"), affermano che: «(...) the District Court found no violation of Article 50 CFR, because it understood Article 54 CISA as a permissible "limitation on the exercise of the right and freedoms recognised by the Charter" under Article 52(1) CFR. The court held that the pertinent limitation, namely the "enforcement clause" of Article 54 CISA, is provided for by law, respect the essence of the European ne bis in idem principle, and follows a legitimate aim, namely upholdin the effectiveness of the administration of justice (Effektivität der Strafverfolgung) as well as accounting for the interest of society and of the victims in criminal procecutions (Interesse der Allgemeinheit und der Opfer an einer Strafverfolgung)».

attraverso la condizione di esecuzione. Vengono, dunque, in rilievo, oltre alla Decisione quadro sul mandato di arresto europeo⁵³⁰, anche la Decisione quadro 2008/909/GAI sull'applicazione del reciproco riconoscimento delle decisioni penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale⁵³¹, la Decisione quadro 2008/947/GAI sull'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 sostitutive⁵³² e la Decisione quadro 2005/214/GAI sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie⁵³³.

Appare subito evidente come lo scenario europeo sia radicalmente cambiato rispetto al tempo in cui gli Stati avevano firmato la convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen. In poco più di due decenni, infatti, la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione europea ha assistito al proliferare di strumenti attraverso i quali sarebbe possibile evitare quegli spazi ingiustificati di impunità, per i quali l'art. 54 CAAS aveva ideato il congegno della condizione di esecuzione. Allo stato attuale, tuttavia, gli strumenti di cooperazione giudiziaria citati sono «tutt'altro che vicini ad un'applicazione generalizzata e indiscriminata da parte degli Stati dell'Unione europea»⁵³⁴, essendo gli stessi soggetti a specifici limiti edittali, nonché alla regola della doppia incriminazione⁵³⁵ e ad ipotesi di

⁵³⁰ Cfr. Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio (G.U.C.E., 18 luglio 2002, n. L 190), cit.

⁵³¹ Cfr. Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, 27 novembre 2008, (G.U.U.E., 5 dicembre 2008, n. L 327/27), relativa all'*applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea*, reperibile al sito: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0909&from=IT>.

⁵³² Decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, 27 novembre 2008, (G.U.U.E., 16 dicembre 2008, n. L 337/102), 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 sostitutive*, reperibile al sito: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0947&from=IT>.

⁵³³ Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, 24 febbraio 2005, (G.U.U.E., 22 marzo 2005, n. L 76/16), relativa all'*applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie*, reperibile al sito: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005F0214&from=IT>.

⁵³⁴ Cfr. N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, cit., p. 77 ss.; ID., *Il ne bis in idem «transnazionale» nelle fonti eurounitarie*, p. 1385.

⁵³⁵ Ad esempio, con riferimento al mandato di arresto europeo (ma il discorso potrebbe essere fatto *mutatis mutandis* con riferimento a tutti gli altri strumenti di cooperazione giudiziaria) l'art. 2 della Decisione quadro 2002/584/GAI, definendone il campo di applicazione, statuisce al primo

rifiuto variamente configurate⁵³⁶. Non solo. L'attivazione di ciascuno strumento attualmente esistente nel sistema di cooperazione giudiziaria europeo è, comunque, rimessa alla decisione *discrezionale* dello Stato membro che ha irrogato la pena non ancora eseguita: nel diritto europeo, infatti, non è previsto alcun obbligo di attivazione, sicché un'eventuale inerzia dello Stato non può essere in alcun modo sanzionata.

Di conseguenza, la condizione di esecuzione rimane ancora lo strumento necessario ad assicurare l'eliminazione di quegli spazi di impunità all'interno dell'Unione europea che si vengono a creare anche in presenza di una concreta disponibilità delle autorità coinvolte a cooperare. Le variabili che possono rendere vano ogni sforzo, infatti, sono troppo incisive per poter considerare lo strumento della condizione di esecuzione congeniato dalla convenzione di Schengen come pleonastico⁵³⁷. Certo è che una tale soluzione è valida *hic et nunc*, essendo meramente provvisoria e, dunque, superabile a fronte di un mutamento normativo dei possibili strumenti di cooperazione giudiziaria, idonei a fornire una valida alternativa all'operatività della condizione di esecuzione.

Accertato, dunque, anche il rispetto da parte della limitazione in questione del presupposto della necessità richiesto dall'art. 52, par. 1, CDFUE, rimane soltanto da verificare la c.d. proporzionalità in senso stretto della norma, che presuppone un bilanciamento degli interessi in gioco. In particolare, è necessario valutare se la

paragrafo che: «Il mandato d'arresto europeo può essere emesso per dei fatti puniti dalle leggi dello Stato membro emittente con una *pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima non inferiore a dodici mesi* oppure, se è stata disposta la condanna a una pena o è stata inflitta una misura di sicurezza, *per condanne pronunciate di durata non inferiore a quattro mesi*». Corsivi aggiunti. Inoltre, il par. 4 del medesimo articolo sancisce la regola generale per la quale il mandato di arresto europeo trova applicazione soltanto laddove il reato sia perseguito come tale tanto nello Stato di emissione quanto nello Stato di esecuzione, a prescindere dalla qualificazione giuridica dello stesso. La c.d. regola della doppia incriminazione viene superata soltanto per le 32 fattispecie di reato (elenco comunque suscettibile di essere ampliato ai sensi dell'art. 2, par. 3 della decisione quadro) indicate nel secondo paragrafo dell'art. 2.

⁵³⁶ Sempre prendendo come riferimento il mandato di arresto europeo, la relativa decisione quadro indica agli artt. 3 e 4 i motivi ostativi, rispettivamente, obbligatori e facoltativi, che permettono ad uno Stato membro di rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto stesso.

⁵³⁷ Secondo, C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 229 e 230: «(...) solo la sussistenza di tale requisito soddisfa l'esigenza di giustizia e sicurezza sociale, evitando l'impunità del reo, esigenza che – nell'art. 54 CAAS – è correttamente bilanciata con quella di giustizia individuale e del diritto di ciascuno a non essere giudicato due volte per i medesimi fatti».

condizione di esecuzione, ancorché idonea e necessaria a raggiungere il fine legittimo, si ponga in un rapporto di sproporzione tale da indurre l'ordinamento europeo a sacrificare uno dei due interessi in gioco: o il diritto fondamentale del reo o l'efficienza del sistema sanzionatorio. Tuttavia, è proprio l'esistenza di casi nei quali la fuga transfrontaliera garantirebbe l'impunità a testimoniare che gli Stati membri dell'Unione europea non sono giunti ancora ad un'integrazione tale da poter rinunciare allo strumento della condizione di esecuzione, senza assistere ad «una non proporzionata caduta di efficienza del sistema sanzionatorio»⁵³⁸.

In ogni caso, comunque, si deve rilevare che la condizione di esecuzione, sancita dall'art. 54 CAAS, non comprime intollerabilmente il diritto fondamentale consacrato anche dall'art. 50 CDFUE: l'operatività del principio del *ne bis in idem*, infatti, non viene subordinata alla sola ed esclusiva condizione che la pena sia stata interamente espiata. E' sufficiente, invece, che la stessa sia in corso di esecuzione o che si siano verificate quelle condizioni in forza delle quali la pena non potrebbe trovare attuazione nemmeno nello Stato membro in cui essa è stata pronunciata.

In conclusione, merita un rilievo anche l'idea, avanzata da più parti in dottrina, di esperire un secondo procedimento in *idem* soltanto nei casi in cui non sia possibile ottenere in alcun modo l'esecuzione della prima sentenza di condanna, confinando così la condizione di esecuzione ad *extrema ratio* riconosciuta dall'ordinamento⁵³⁹.

⁵³⁸ N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, cit., p. 77 ss.; ID., *Il ne bis in idem «transnazionale» nelle fonti eurounitarie*, p. 1385.

⁵³⁹ In questo senso, N. RECCHIA, *Ibidem*, p. 77 ss.; ID., *Ibidem*, p. 1385 ss. Nello stesso senso, seppur come sviluppo futuro: C. BURCHARD, D. BRODOWSKI, *The post-Lisbon principle of transnational ne bis in idem*, cit., p. 324, dove gli autori affermano che: «*The negative line reasoning, namely that the “enforcement clause” of Article 54 CISA is necessary where the accused cannot be surrendered to the sentencing State or where the sentence cannot be recognized by the apprehending State, allows for a positive reversal: instruments like the European Arrest Warrant or the European Enforcement Order have already de facto led to the primacy of surrendering the accused to the sentencing State or to a primacy of recognizing and enforcing a prior foreign sentence in the apprehending State. Up until today, these modes of dealing with transnational (e.g. fugitive) criminals in Europe have seen rationalizations based on an effective division of labour between the criminal justice system of the Member States of the European Union. We suggest going beyond these rationalizations as they do not pay due attention to the ne bis in idem principle being a fundamental European right. We thus invite discussion on whether Article 50 CFR can and should be dynamically interpreted so as to afford to the accused the right to the enforcement of a prior sentence.*».

4. *Segue: la giurisprudenza tedesca sulla condizione di esecuzione*

Il tema concernente la legittimità della condizione di esecuzione ha suscitato un ampio dibattito in Germania sulla base di due casi decisi dalle autorità giudiziarie di quel Paese⁵⁴⁰. Senza dilungarci eccessivamente nell'analisi delle due sentenze (viste anche le difficoltà presentate dalla lingua), sarà sufficiente riportare l'interessante lettura che tanto i giudici di merito quanto la Corte costituzionale tedesca hanno dato al rapporto intercorrente tra la convenzione di Schengen e la Carta dei diritti fondamentali.

Tenendo, infatti, conto che entrambe le norme sono giuridicamente vincolanti, l'una in quanto fonte di diritto primario, l'altra quale diritto derivato, hanno qualificato la condizione di esecuzione sancita dall'art. 54 CAAS come «limitazion[e] all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta», ai sensi dell'art. 52, par. 1, CDFUE. Ritenendo, dunque, l'art. 54 CAAS come legittima specificazione dell'art. 50 della Carta, ai sensi della citata clausola orizzontale, il principio del *ne bis in idem* sancito dalla Carta dei diritti fondamentali viene letto quale principio generale parzialmente derogato dalla norma speciale della convenzione.

A sostegno di tale interpretazione, i giudici tedeschi ricordano che, a seguito del trattato di Amsterdam, il principio del *ne bis in idem* transnazionale veniva assicurato solo dalla fonte di rango secondario attraverso l'art. 54 CAAS e la relativa giurisprudenza della Corte di giustizia. Soltanto in un secondo momento, la Carta dei diritti fondamentali ha introdotto una seconda disposizione vincolante in materia; di conseguenza, sembrerebbe ragionevole interpretare l'art. 50 della Carta alla luce dell'ambito applicativo che il principio del *ne bis in idem* europeo aveva già assunto secondo la lettera della convenzione.

⁵⁴⁰ Cfr. LG München I, sentenza, 11 agosto 2009 - 1 Ks 115 Js 10394/07, confermata dalla prima sezione del BGH, sentenza, 25 ottobre 2010 - 1 StR 57/10, in BGHSt 56, 11; LG Aachen, sentenza, 23 marzo 2010 - 52 Ks 9/08, in StV, 2010, 237 ss., confermata dalla seconda sezione del BGH, Sent. del 01.12.2010 - 2 StR 420/10, in JurionRS 2010, 29570 e, a seguito di Verfassungsbeschwerde, dal BVerfG, sentenza, 2 BvR 148/11, 15 dicembre 2011. Per un approfondito commento alla sentenza della Corte distrettuale di Aquisgrana, 8 dicembre 2010, 52 Ks 9/08, *Boere v.*, C. BURCHARD, D. BRODOWSKI, *The pot-Lisbon principle of transnational ne bis in idem*, cit., p. 312 ss.

In altri termini, la giurisprudenza tedesca qualifica l'art. 54 CAAS come la specifica applicazione del principio generale sancito dalla Carta, dal momento che, analogamente a quanto già visto con riferimento alla differenza lessicale intercorrente tra le due norme in relazione all'elemento dell'*idem factum*, la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 54 CAAS dovrebbe mantenere la propria validità ed autorevolezza anche con riferimento all'art. 50 CDFUE.

5. *Segue*: la sentenza *Spasic*: l'occasione per sancire l'attuale vigenza della condizione di esecuzione e definire i rapporti tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE

La ricostruzione appena proposta trova una conferma nella già citata sentenza *Spasic*⁵⁴¹, che costituisce la prima opportunità offerta alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'impatto prodotto sull'*acquis* di Schengen dall'attribuzione alla Carta dei diritti della natura di diritto primario dell'Unione europea. Dietro ad un rinvio pregiudiziale concernente la differenza terminologica che intercorre tra le due norme che disciplinano, nel contesto europeo, il principio del *ne bis in idem*, i giudici di Lussemburgo, infatti, hanno scorto l'occasione per pronunciarsi sulla validità della norma di diritto derivato rispetto ad una fonte che ha assunto valore giuridico al pari di quello dei trattati. Con la prima questione pregiudiziale⁵⁴², invero, il giudice *a quo* ha sollecitato la Corte di giustizia a fornire delucidazioni in relazione alla compatibilità dell'art. 54 CAAS rispetto all'art. 50 della Carta, nella misura in cui la prima disposizione (a differenza della seconda) subordina l'applicazione del principio del *ne bis in idem* transnazionale alla condizione che «in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia in corso di esecuzione

⁵⁴¹ Cfr. C.G., Grande Sezione, 27 maggio 2014, causa C-129/14 PPU, *Spasic*, cit.

⁵⁴² Il giudice del rinvio, inoltre, aveva sottoposto alla Corte di giustizia il quesito «[s]e la summenzionata condizione, stabilita dall'articolo 54 della [CAAS], sia soddisfatta anche nel caso in cui sia stata data esecuzione solo a una parte (nel caso di specie: alla pena pecuniaria) di una sanzione inflitta nello Stato di condanna, composta di due parti autonome (nel caso di specie: una pena detentiva e una pena pecuniaria)», per l'analisi della quale, nonché dei fatti principali del procedimento, v. *Supra*, Cap. II, par. 6.

attualmente o, secondo la legge dello Stato di condanna, non possa più essere eseguita»⁵⁴³. Come più volte ribadito, infatti, sebbene fosse pacifico che la *ratio* di tale condizione consistesse nell'evitare i suddetti fenomeni di *forum fleeing*, risultava, invece, ancora controverso se, a fronte del sopravvenire dell'art. 50 della Carta, che non contemplava eguale previsione limitatrice, tale condizione di esecuzione dovesse essere considerata ancora valida⁵⁴⁴.

Al fine di provare che la constatata differenza lessicale tra le due norme⁵⁴⁵ non comporta incompatibilità tra le stesse e che, di conseguenza, l'art. 54 CAAS potrebbe essere considerato come una legittima specificazione del principio generale sancito dall'art. 50 CDFUE, la Corte di giustizia ha intrapreso, nella sentenza in commento, due percorsi argomentativi distinti. Punto di partenza di questo *iter* dimostrativo è costituito dalle *Spiegazioni sub art. 50 della Carta* che contengono un esplicito riferimento non solo agli artt. 54 ss. CAAS, ma anche alle “limitazioni” in essi contenute. La Corte, tuttavia, non si arresta al mero richiamo alle *Spiegazioni*, ma, sulla base di queste, individua nell'art. 52, par. 1 della Carta il referente normativo che le consente di decretare la validità della condizione di esecuzione. In questo senso, dunque, il ragionamento dei giudici di Lussemburgo non può che seguire i criteri fissati da tale disposizione: sarà soltanto l'esito positivo dell'analisi relativa alla sussistenza di questi requisiti che testimonierà l'attuale legittimità della condizione di esecuzione prevista dalla convenzione di Schengen⁵⁴⁶.

⁵⁴³ S. MONTALDO, *Ne bis in idem e sistema “multilivello” di tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 671; N. MANCINI, *Il ne bis in idem «transnazionale» e la sentenza della Corte europea di Giustizia sul caso Spasic*, cit., p. 143 ss.; C. AMALFITANO, *Ne bis in idem tra Carta dei diritti fondamentali e convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen*, 15 luglio 2014, in www.eurojus.it; J. A. VERVAELE, *Schengen and Charter-related ne bis in idem protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic*, in *Common market law review*, 2015, p. 1339 ss.

⁵⁴⁴ A. TRIPODI, *Il ne bis in idem si confronta coi suoi «limiti»*, cit., p. 609 ss.

⁵⁴⁵ Cfr. paragrafo 52 della sentenza, *Spasic*, cit.: «(...) occorre rilevare che l'articolo 54 della CAAS differisce, quanto al testo, dall'articolo 50 della Carta, per il fatto di subordinare l'applicazione del principio del ne bis in idem alla condizione di esecuzione».

⁵⁴⁶ Cfr. paragrafi 54-55, *ibidem*: «(...) occorre, anzitutto, rammentare che le *Spiegazioni* relative alla Carta, per quanto concerne l'articolo 50 della stessa – le quali, conformemente agli articoli 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e 52, paragrafo 7, della Carta, sono state elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione di quest'ultima e devono essere tenute nel debito conto dai giudici dell'Unione e degli Stati membri – menzionano espressamente l'articolo 54 della CAAS fra le disposizioni contemplate dalla clausola orizzontale di cui all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta.

Come visto in precedenza, all'agevole accertamento concernente la sussunzione della condizione in esame all'interno di una norma prevista dall'ordinamento europeo⁵⁴⁷, segue la verifica del rispetto, da parte della stessa, del contenuto essenziale del *ne bis in idem*. A tal proposito, merita di essere sottolineato il differente percorso argomentativo seguito dall'Avvocato generale. Mentre, infatti, la Corte di giustizia non si preoccupa di richiamare il corrispondente diritto fondamentale sancito nell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU e la relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma si limita semplicemente ad osservare che la condizione di esecuzione non inficia in alcun modo l'essenza del divieto di doppio giudizio, dal momento che questa persegue una finalità connessa al *ne bis in idem* transnazionale⁵⁴⁸, l'Avvocato generale, invece, si dilunga notevolmente su tale corrispondenza⁵⁴⁹, pur essendo perfettamente cosciente che le *Spiegazioni sub art. 52, par. 3 della Carta* sembrano distinguere tra situazioni nazionali e transfrontaliere per quanto riguarda il

Ne consegue che la condizione supplementare contenuta all'articolo 54 della CAAS costituisce una limitazione del principio del *ne bis in idem* che è compatibile con l'articolo 50 della Carta, in quanto tale limitazione rientra nell'ambito delle *Spiegazioni* relative alla Carta con riferimento a quest'ultimo articolo alle quali rinviano direttamente le summenzionate disposizioni degli articoli 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e 52, paragrafo 7, della Carta. In ogni caso e indipendentemente dai termini contenuti nelle *Spiegazioni* relative alla Carta con riferimento al suddetto articolo 50, la condizione di esecuzione, la quale subordina ad un requisito supplementare la protezione più ampia offerta da tale articolo 50, costituisce una limitazione del diritto sancito dal suddetto articolo, ai sensi dell'articolo 52 della Carta». C. AMALFITANO, *Ne bis in idem tra Carta dei diritti fondamentali e convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen*, cit.; N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, cit.; ID., *Il ne bis in idem «transnazionale» nelle fonti eurounitarie*, cit., p. 1394 ss.; N. MANCINI, *Il ne bis in idem «transnazionale» e la sentenza della Corte europea di Giustizia sul caso Spasic*, cit. p. 145.

⁵⁴⁷ Cfr. paragrafo 57 della sentenza, *Spasic*, cit.: «Nella specie, è pacifico che la limitazione del principio del *ne bis in idem* sia prevista dalla legge, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, in quanto essa risulta dall'articolo 54 della CAAS».

⁵⁴⁸ Cfr. paragrafi 58 e 59, *ibidem*: «Quanto al contenuto essenziale del suddetto principio, occorre rilevare che (...) la condizione di esecuzione prevista all'articolo 54 della CAAS non rimette in discussione il principio del *ne bis in idem* in quanto tale. Infatti, la suddetta condizione è segnatamente intesa ad evitare che un soggetto che è stato giudicato con sentenza definitiva in un primo Stato contraente non possa più essere perseguito per i medesimi fatti in un secondo Stato contraente e resti quindi, in definitiva, impunito quando il primo Stato di condanna non ha fatto eseguire la pena inflitta. Di conseguenza, si deve ritenere che una disposizione come l'articolo 54 della CAAS rispetti il contenuto essenziale del principio del *ne bis in idem* sancito all'articolo 50 della Carta». Cfr. paragrafo 51 della sentenza, *Kretzinger*, cit. In questo senso: A. F. Tripodi, *Il ne bis in idem si confronta coi suoi «limiti»*, cit., p. 609 ss.

⁵⁴⁹ Cfr. paragrafi 42-64 della Presa di posizione dell'Avvocato generale, *Spasic*.

significato e la portata del *ne bis in idem*⁵⁵⁰. Si potrebbe affermare quasi con certezza, dunque, che i giudici di Lussemburgo, nell'omettere tale riferimento, siano incappati in una "volontaria distrazione": infatti, dal momento che l'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU circoscrive la portata del divieto di doppio processo entro gli stretti confini nazionali, è ben probabile che la Corte di giustizia abbia ritenuto tale riferimento irrilevante in un caso di specie in cui si ponevano, al contrario, problemi di *ne bis in idem* transnazionale⁵⁵¹. Nonostante il diverso *iter* logico seguito dall'Avvocato generale e dalla Corte, entrambi comunque giungono a ritenere perfettamente integrati i primi due requisiti imposti dall'art. 52, par. 1 della Carta⁵⁵².

A questo punto, la condizione di esecuzione sancita dalla convenzione di Schengen deve passare attraverso il prisma del principio di proporzionalità. Ripercorrendo, in questo caso, le cadenze seguite dall'Avvocato generale⁵⁵³, la Corte conferma tanto la legittimità dello scopo della limitazione quanto l'idoneità della stessa a raggiungerlo. Difatti, la condizione di esecuzione, evitando la formazione di spazi di impunità di cui potrebbe giovare un soggetto che abbia esercitato la propria libertà di circolazione al solo fine di sottrarsi all'esecuzione della pena irrogatagli, concorre adeguatamente a conseguire l'obiettivo europeo sancito dagli artt. 3, par. 2, TUE e 67, par. 3, TFUE: il rischio di impunità, infatti, è pienamente evitato laddove venga riconosciuta la possibilità di instaurare un secondo procedimento in *idem*⁵⁵⁴.

Proseguendo, dunque, nel giudizio di proporzionalità, si deve rilevare che il carattere necessario della condizione di esecuzione viene valutato sia dall'Avvocato generale che dalla Corte di giustizia attraverso una valutazione complessiva dell'attuale sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale. Tuttavia, mentre

⁵⁵⁰ Cfr. paragrafo 71, *ibidem*; N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, cit.; ID., *Il ne bis in idem «transnazionale» nelle fonti eurounitarie*, cit., p. 1349 ss.; N. MANCINI, *Il ne bis in idem «transnazionale» e la sentenza della Corte europea di Giustizia sul caso Spasic*, cit., p. 145 ss.; S. MONTALDO, *Ne bis in idem e sistema "multilivello" di tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 672.

⁵⁵¹ In questo senso, C. AMALFITANO, *Ne bis in idem tra Carta dei diritti fondamentali e convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen*, cit.

⁵⁵² Cfr. paragrafi 86-90 della Presa di posizione dell'Avvocato generale, *Spasic*, cit.

⁵⁵³ Cfr. paragrafi 92-96, *ibidem*.

⁵⁵⁴ Cfr. paragrafi 60-64 della sentenza, *Spasic*, cit.

il primo reputa sufficienti gli strumenti di diritto derivato attualmente a disposizione degli Stati per il raggiungimento dell'obiettivo suindicato⁵⁵⁵, la Corte di giustizia, invece, decide di percorrere un sentiero più prudente e valuta le condizioni cui viene subordinata l'operatività di tali meccanismi, in modo tale da capire se essi siano effettivamente idonei a rendere non necessaria la condizione di esecuzione *ex art. 54 CAAS*.

Viene, a tal fine menzionata, la Decisione quadro 2009/948/GAI, «il cui articolo 5 impone alle autorità dei diversi Stati membri che rivendicano competenze concorrenti per instaurare procedimenti penali relativi ai medesimi fatti di avviare consultazioni dirette al fine di pervenire ad un consenso su una soluzione efficace volta ad evitare le conseguenze negative derivanti dall'esistenza di procedimenti paralleli»⁵⁵⁶. Tali consultazioni dirette lascerebbero aperte due porte: o l'emissione di un mandato di arresto europeo esecutivo da parte dello Stato membro che ha pronunciato la sentenza, oppure il riconoscimento della sentenza dello Stato di condanna da parte di un altro Stato membro sulla base della Decisione quadro 2008/909/GAI⁵⁵⁷. Ad avviso della Corte, tuttavia, gli strumenti di cooperazione appena citati «non sono idonei ad assicurare la completa realizzazione dell'obiettivo perseguito»⁵⁵⁸ in quanto la loro esperibilità, assoggettata anch'essa a diverse condizioni⁵⁵⁹, dipenderebbe da una decisione dell'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui è stata pronunciata la sentenza definitiva, sul quale non incombe alcun obbligo giuridico in tal senso⁵⁶⁰. La Corte di giustizia sottolinea,

⁵⁵⁵ Cfr. paragrafi 97-103 della Presa di posizione dell'Avvocato generale, *Spasic*, cit. Si deve, comunque, rilevare che l'Avvocato generale finisce per ammettere la vigenza della condizione di esecuzione nelle ipotesi in cui tali meccanismi di cooperazione non si rivelino funzionali, demandando al giudice nazionale il compito di «determinare se quest'ultima ipotesi ricorra nel caso in esame». In questo senso, v. paragrafi 105-110, *ibidem*.

⁵⁵⁶ Cfr. paragrafo 66 della sentenza, *Spasic*, cit.

⁵⁵⁷ Cfr. paragrafo 67, *ibidem*.

⁵⁵⁸ Cfr. paragrafo 68, *ibidem*.

⁵⁵⁹ Ad esempio, per i limiti di operatività del mandato di arresto europeo, v. Cap. III, *Sez. (B)*, par. 3, note 5235 e 536.

⁵⁶⁰ Cfr. paragrafo 69 della sentenza, *Spasic*, cit.: «Infatti, se è vero che tali meccanismi sono idonei a facilitare l'esecuzione delle decisioni all'interno dell'Unione, ciò non toglie che il loro impiego è assoggettato a diverse condizioni e dipende, in ultima analisi, da una decisione dello Stato membro in cui ha sede il giudice che ha pronunciato una sentenza penale definitiva, non essendo tale Stato membro soggetto ad un obbligo, di diritto dell'Unione, di assicurare l'esecuzione effettiva delle sanzioni risultanti da tale sentenza. Le possibilità aperte a tale Stato membro da dette decisioni

peraltro, che la Decisione quadro 2008/909/GAI non persegue, al pari della condizione di esecuzione, la finalità di evitare spazi di impunità: tale strumento, infatti, oltre ad essere condizionato al consenso del condannato, è subordinato alla condizione che l'esecuzione della pena in uno Stato membro diverso contribuisca a realizzare l'obiettivo consistente nel reinserimento sociale del reo⁵⁶¹.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte di giustizia giunge ad affermare che i summenzionati atti di diritto derivato, ancorché idonei a facilitare l'esecuzione delle sentenze tra Stati membri, non sono ancora in grado di realizzare appieno l'obiettivo di impedire l'impunità; di conseguenza, l'art. 54 CAAS «non eccede quanto necessario ad evitare, in un contesto transfrontaliero, l'impunità delle persone condannate in uno Stato membro dell'Unione con sentenza penale definitiva»⁵⁶². Resta comunque salva l'ipotesi che, laddove tali meccanismi operassero e, di conseguenza, la pena trovasse esecuzione, non si integrerebbe certamente il presupposto per la limitazione prevista dall'art. 54 CAAS⁵⁶³.

Facendo, dunque, propria la ricostruzione avanzata dalla dottrina maggioritaria in ordine ai rapporti tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE⁵⁶⁴ e sgombrando il campo dall'ipotesi di una mera abrogazione della condizione di esecuzione ad opera della

quadro non sono dunque atte a garantire che venga evitata, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'impunità delle persone condannate nell'Unione con una sentenza penale definitiva qualora il primo Stato di condanna non abbia fatto eseguire la pena inflitta».

⁵⁶¹ Cfr. paragrafo 70, *ibidem*.

⁵⁶² Cfr. paragrafo 72, *ibidem*.

⁵⁶³ Cfr. paragrafo 71, *ibidem*: «Occorre, inoltre, sottolineare che la condizione di esecuzione della CAAS implica che, qualora le circostanze particolari del caso di specie e l'atteggiamento dello Stato della prima condanna abbiano consentito che la sanzione irrogata sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente, se del caso tramite l'impiego degli strumenti previsti dal diritto dell'Unione per facilitare l'esecuzione delle pene, una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in uno Stato membro non può più essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un altro Stato membro. Nell'ambito fissato dall'articolo 54 della CAAS, pertanto, procedimenti siffatti avranno luogo unicamente nei casi in cui il sistema attualmente previsto dal diritto dell'Unione non sia stato sufficiente, per un qualsiasi motivo, ad impedire l'impunità delle persone condannate nell'Unione con sentenza penale definitiva».

⁵⁶⁴ V. *Supra*, Cap. III, Sez. (B), par. 3.

Carta⁵⁶⁵, la Corte di giustizia conclude per la piena compatibilità della norma di diritto derivato rispetto alla disposizione di rango primario⁵⁶⁶.

L'approdo cui perviene la Corte di giustizia, pur essendo frutto di un condivisibile bilanciamento degli interessi in gioco, induce ad alcune riflessioni. Innanzitutto, l'analisi dell'attuale sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale nello spazio di libertà sicurezza e giustizia rivela esiti alquanto negativi circa la sua efficacia e completezza⁵⁶⁷. Ciò nonostante, la circoscrizione della necessità della condizione di esecuzione, sancita dall'art. 54 CAAS, ai soli casi in cui gli strumenti di diritto derivato, ad essa potenzialmente alternativi, si siano rivelati, in concreto, insufficienti a scongiurare l'impunità del soggetto condannato (precisata tanto dall'Avvocato generale⁵⁶⁸ quanto dai giudici di Lussemburgo⁵⁶⁹), lascia presagire che la soluzione adottata nella sentenza *Spasic* «sia gravata dall'ipoteca di una politica in forte evoluzione e rafforzamento e che dunque l'orientamento della Corte sia suscettibile di un *revirement*»⁵⁷⁰. In questo senso, si potrebbe affermare che i giudici di Lussemburgo, tra le righe, abbiano inteso sollecitare il legislatore dell'Unione e gli Stati membri a riprendere quel comune percorso di

⁵⁶⁵ Come, invece, era stato sottolineato dalla dottrina minoritaria (v. *Supra*, Cap. III, Sez. (B), par. 1, nota 485). L'incompatibilità in quanto tale, pur giungendo poi a conclusioni diverse, era stata suggerita anche dall'Avvocato generale, cfr. paragrafo 73 della Presa di posizione dell'Avvocato generale, NILO JÄÄSKINEN, presentata in data 2 maggio 2014, in causa C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, cit.: «(...) ritengo che la Corte possa dichiarare l'incompatibilità in quanto tale della condizione di esecuzione rispetto alla Carta».

⁵⁶⁶ Cfr. paragrafo 74 della sentenza, *Spasic*, cit.

⁵⁶⁷ In questo senso, N. MANCINI, *Il ne bis in idem «transnazionale» e la sentenza della Corte europea di Giustizia sul caso Spasic*, cit., p. 143 ss.

⁵⁶⁸ Cfr. paragrafi 108 della Presa di posizione dell'Avvocato generale, *Spasic*, cit.: «In terzo luogo, al fine di evitare l'impunità, una nuova azione giudiziaria e una nuova pena sarebbero necessarie parimenti in caso di ostacolo duraturo all'assistenza in materia di esecuzione delle decisioni. Una fattispecie del genere ricorre nell'ipotesi in cui, nonostante l'applicazione o in assenza di applicazione di strumenti meno intrusivi a disposizione di due Stati membri interessati, l'obiettivo dell'Unione consistente nell'impedire l'impunità rischi di essere vanificato».

⁵⁶⁹ Cfr. paragrafo 71 della sentenza, *Spasic*, cit.: «(...) Nell'ambito fissato dall'articolo 54 della CAAS, pertanto, *procedimenti siffatti avranno luogo unicamente nei casi in cui il sistema attualmente previsto dal diritto dell'Unione non sia stato sufficiente, per un qualsiasi motivo, ad impedire l'impunità delle persone condannate nell'Unione con sentenza penale definitiva*». Corsivo aggiunto. Probabilmente, sarebbe stato più opportuno che la Corte inserisse una tale considerazione all'interno dello stesso dispositivo.

⁵⁷⁰ Cfr. S. MONTALDO, *Ne bis in idem e sistema "multilivello" di tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 673.

riforma dell'intera disciplina del *ne bis in idem* transnazionale, auspicato, come visto, già molto tempo prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona.

Ci si potrebbe, poi, interrogare sulla qualificazione della condizione di esecuzione come "limitazione" al *ne bis in idem*. Come rilevato da più parti in dottrina, la clausola prevista dall'art. 54 CAAS è coesistente alla stessa descrizione del principio e, dunque, potrebbe essere configurata più semplicemente come "requisito" intrinseco all'operatività del principio nei rapporti tra gli Stati membri. Una tale riflessione sarebbe, peraltro, corroborata dalla constatazione che la condizione di esecuzione, prevista all'interno della disposizione stessa, ha carattere obbligatorio: in quest'ottica, dunque, il termine «limitazione» rimanderebbe più propriamente all'art. 55 CAAS, le cui ipotesi sono appunto *facoltativamente* azionabili dai singoli Stati e del tutto avulse dalla definizione generale del principio⁵⁷¹.

Certo è che dalla sentenza *Spasic* emerge un *ne bis in idem*, come sancito dall'art. 50 della Carta, scindibile in due principi differenti: mentre, infatti, nella dimensione nazionale, il diritto all'unicità dell'accertamento penale riveste il carattere di un principio che non tollera alcuna limitazione, stante la sua puntuale corrispondenza con l'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU; nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea, invece, assume le sembianze di un principio talvolta suscettibile di subire una qualche restrizione, purché questa risponda appieno alle condizioni sancite dall'art. 52, par. 1 della Carta⁵⁷².

⁵⁷¹ In questi termini, C. AMALFITANO, *Ne bis in idem tra Carta dei diritti fondamentali e convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen*, cit.; N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, cit.; ID., *Il ne bis in idem «transnazionale» nelle fonti eurounitarie*, cit., p. 1349 ss., dove l'autore sottolinea come il termine «eccezione» sia stato oggetto di dibattito in dottrina nel senso se questo «sia utilizzato in senso tecnico, con ciò riferendosi esclusivamente all'art. 55 CAAS, o se, anche in virtù dell'esplicito richiamo all'art. 54 CAAS, esso debba intendersi in senso atecnico e quindi comprensivo della condizione di esecuzione. Anche laddove si accedesse a quest'ultima interpretazione, vi è chi sottolinea, tuttavia, che dato il mancato valore normativo delle *Spiegazioni*, alle quali si riconosce un mero valore interpretativo, esse non varrebbero a superare il chiaro dato letterale dell'art. 50 della Carta che non prevede alcuna condizione di esecuzione».

⁵⁷² N. MANCINI, *Il ne bis in idem «transnazionale» e la sentenza della Corte europea di Giustizia sul caso Spasic*, cit., p. 160.

Sezione (C)

La compatibilità dell'art. 55 CAAS con l'art. 50 CDFUE

SOMMARIO: 1. Le deroghe al principio del *ne bis in idem* sancite dall'art. 55 CAAS e il loro recepimento nella legislazione italiana. - 2. Le riserve formulate in virtù dell'art. 55 CAAS dopo l'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione: profili critici di alcune soluzioni dottrinali. - 3. *Segue*: la menzione delle riserve formulate in virtù dell'art. 55 CAAS in atti e proposte successive all'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione. - 4. Le eccezioni di cui all'art. 55 CAAS dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona: soluzioni dottrinali sulla sua (in)compatibilità con l'art. 50 CDFUE. - 5. Gli orientamenti delle Corti nazionali sul rapporto tra l'art. 55 CAAS e l'art. 50 CDFUE: la paradigmatica sentenza del tribunale di Milano. - 6. *Segue*: i profili oscuri del tortuoso percorso motivazionale intrapreso dal giudice per le indagini preliminari del tribunale di Milano. - 7. *Segue*: altre sentenze nazionali sul rapporto tra art. 55 CAAS e art. 50 CDFUE - 8. La recente sentenza *Kossowski*: un'occasione persa per definire lo *status* delle riserve di cui all'art. 55 CAAS. - 9. *Segue*: le conclusioni dell'Avvocato generale *Bot*: uno spunto per un possibile superamento della deroga fondata sul principio di territorialità.

1. Le deroghe al principio del *ne bis in idem* sancite dall'art. 55 CAAS e il loro recepimento nella legislazione italiana

I contrasti dottrinali in merito alla compatibilità tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE possono dirsi, per il momento, sopiti grazie all'intervento della sentenza *Spasic*⁵⁷³, nella quale la Corte di giustizia, vagliando la piena proporzionalità della condizione di esecuzione ai sensi dell'art. 52, par. 1 della Carta, ha ritenuto la disposizione di diritto derivato come una legittima specificazione dell'art. 50 della Carta⁵⁷⁴. Si potrebbe osservare, però, che lo scopo sotteso alla condizione di esecuzione abbia favorito la soluzione adottata dalla Corte: è bene ricordare, infatti, che la "limitazione" sancita dall'art. 54 CAAS, pur rappresentando una piena espressione della sovranità nazionale, persegue un fine che si colloca all'interno di

⁵⁷³ Cfr. C.G., Grande Sezione, 27 maggio 2014, causa C-129/14 PPU, *Spasic*, cit., v. *Supra*, Cap. III, Sez. (C), par. 4.

⁵⁷⁴ Si deve, comunque, ricordare che l'orientamento della Corte di giustizia è suscettibile di subire un *revirement* qualora venissero adottati strumenti di cooperazione tra autorità giudiziarie maggiormente incisivi che siano idonei a raggiungere appieno lo scopo perseguito dalla condizione di esecuzione. Solo allora, infatti, tale "limite" all'operatività del principio del *ne bis in idem* non potrà più dirsi effettivamente necessario. A tal proposito, v. *Supra*, Cap. III, Sez. (C), parr. 3 e 5.

un obiettivo che è e rimane dell'Unione europea⁵⁷⁵. Ad una conclusione diversa, invece, si *potrebbe* giungere laddove «quella stessa “autonomia” nell'esercizio dello *ius puniendi* non sembri rispondere ad una logica diversa da quella esclusivamente statale»⁵⁷⁶. Questa diversa *ratio*, invero, è rinvenibile in quelle ipotesi in cui è consentito agli Stati derogare al principio del *ne bis in idem*.

Analogamente a quanto previsto nella convenzione di Bruxelles del 1987⁵⁷⁷, infatti, la convenzione di Schengen attribuisce agli Stati la possibilità di derogare al divieto di doppio processo e, dunque, di instaurare un secondo giudizio in *idem* in quei casi, tassativamente stabiliti, nei quali il forte legame che intercorre tra Stato e reato fa avvertire maggiormente l'esigenza di esercitare la propria giurisdizione⁵⁷⁸. Infatti, nella prospettiva di riaffermare il principio di territorialità, di tutelare interessi essenziali dello Stato o di perseguire direttamente i propri ufficiali che abbiano violato doveri d'ufficio, l'art. 55, par. 1, CAAS legittima gli Stati membri dell'Unione europea⁵⁷⁹ a dichiarare, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della convenzione stessa, di non essere vincolati dall'art. 54: «a) quando *i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul [loro] territorio in tutto o in parte*. In quest'ultimo caso *questa eccezione non si applica se i fatti sono*

⁵⁷⁵ Come già messo in luce, la condizione di esecuzione, evitando la formazione di spazi di impunità di cui potrebbe giovare un soggetto che abbia esercitato la propria libertà di circolazione al solo fine di sottrarsi all'esecuzione della pena irrogatagli, concorre adeguatamente a conseguire l'obiettivo europeo sancito dagli artt. 3, par. 2, TUE e 67, par. 3, TFUE.

⁵⁷⁶ Cfr. N. MANCINI, *Il ne bis in idem «transnazionale» e la sentenza della Corte europea di giustizia sul caso Spasic*, cit., p. 160 e 161.

⁵⁷⁷ La convenzione, infatti, prevedeva talune eccezioni all'operatività del principio del *ne bis in idem*, concependo le stesse come facoltà di riserva (sempre revocabile) da presentare al momento della ratifica, accettazione o approvazione della convenzione. Cfr. art. 2 della convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem*, Bruxelles, 25 maggio 1987, cit. Per l'analisi di detta convenzione, v. *Supra*, Cap. I, par. 8.

⁵⁷⁸ A. WEYEMBERGH, *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem*, cit., p. 555 dove l'autrice afferma che: «Comme la convention de 1987, la CAAS ne consacre plus ces exceptions de manière générale mais les maintient en permettant à toute Partie contractante de déclarer qu'elle n'est pas liée par le principe “ne bis in idem” dans un ou plusieurs des trois cas qu'elle liste. Ceux-ci tiennent pour l'essentiel soit au lieu de commission de l'infraction, soit au caractère public de son auteur, soit encore au caractère public de la cible de l'infraction». Nello stesso senso: N. RECCHIA, *Il ne bis in idem «transnazionale» nelle fonti europolitane*, cit. p. 1399; A. IERMANO, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato ex art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 310 ss.; S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 125 ss.; C. AMALFITANO, *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 3891; EAD., *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1612 ss.

⁵⁷⁹ Nel 1990 gli Stati avevano la semplice qualifica di “Parti contraenti” della convenzione.

avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata; b) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente; c) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio»⁵⁸⁰. Tuttavia, ai sensi dell'art. 55, par. 4, CAAS, tali riserve, in ogni momento revocabili⁵⁸¹, non possono essere invocate dallo Stato quando, per i medesimi fatti, era già stata richiesta «l'instaurazione del procedimento penale all'altra Parte contraente o concesso estradizione della persona in questione».

Qualora lo Stato si sia avvalso di tali riserve, dunque, potrà (nei casi stabiliti) derogare al principio del *ne bis in idem* e instaurare un nuovo giudizio *de eadem re et persona*, nel quale la sentenza definitiva emessa *aliundi* rileverà soltanto sul piano esecutivo. L'art. 56 CAAS, infatti, impone al giudice che procede per secondo di scomputare dalla sanzione irrogata i periodi di privazione della libertà personale che il soggetto ha sofferto all'estero⁵⁸².

⁵⁸⁰ Corsivi aggiunti. Occorre, peraltro, sottolineare che, a differenza di quanto stabilito dalla convenzione di Schengen, le norme che attribuivano la possibilità agli Stati di derogare al principio del *ne bis in idem*, contenute nelle convenzioni elaborate in seno al Consiglio d'Europa, potevano essere invocate dalle Parti contraenti senza che fosse necessario presentare, in sede di ratifica, accettazione o approvazione, una previa dichiarazione in tal senso. Cfr. art. 53, par. 2 e 3 della convenzione europea sui giudizi repressivi, cit.; art. 35, par. 2 e 3 della convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali, cit. (v. *Supra*, Cap. I, par. 4). Inoltre, le deroghe contenute in tali convenzioni presentavano una portata più ampia rispetto a quelle consentite dalla convenzione di Schengen: con riferimento, in primo luogo, alla deroga fondata sul principio di territorialità, nelle convenzioni citate non era prevista - a differenza di quanto dispone l'art. 55, par. 1, lett. a), seconda parte, CAAS - l'eccezione all'eccezione in virtù della quale tale deroga non può operare se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio dello Stato che ha pronunciato la sentenza. In secondo luogo, anche le deroghe fondate sul principio di protezione degli interessi essenziali dello Stato contenute nelle convenzioni citate appaiono di portata più ampia. Queste, infatti, facevano un generico riferimento ai reati che ledevano interessi pubblici, ma non esigevano le tre condizioni richieste, invece, dalla convenzione di Schengen: come visto, infatti, per l'operatività della deroga di cui all'art. 55, par. 1, lett. b), CAAS, è necessario che l'autore possa essere qualificato come pubblico ufficiale e che il reato sia stato da lui commesso in violazione dei suoi doveri d'ufficio. Allo stesso modo, l'art. 55, par. 1, lett. c), CAAS richiede che il reato rientri in un elenco di illeciti che gli Stati sono obbligati a presentare nella dichiarazione con cui decidono di volersi avvalere delle deroghe. In questo senso, v. A. WEYEMBERGH, *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem*, cit., p. 555; C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, cit., p. 400, nota 164.

⁵⁸¹ Cfr. art. 55, par. 3, CAAS: «Una Parte contraente potrà in ogni tempo, ritirare la dichiarazione relativamente ad una o più delle eccezioni di cui al paragrafo 1».

⁵⁸² Cfr. art. 56 CAAS: «Se in una Parte contraente un nuovo procedimento penale è instaurato contro una persona che è stata giudicata con sentenza definitiva per i medesimi fatti in un'altra Parte

Di tale facoltà di riserva prevista dall'art. 55 CAAS si sono avvalsi molti degli Stati contraenti⁵⁸³, tra i quali anche l'Italia: nel dare esecuzione alla Convenzione di Schengen, infatti, la nostra legge di ratifica del 30 settembre 1993, n. 388⁵⁸⁴, ha sancito all'art. 7 che il principio del *ne bis in idem* transnazionale non trova applicazione in tutte e tre le ipotesi previste dall'art. 55 CAAS, precisando che costituiscono reati contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali dello Stato, i delitti contro la personalità dello Stato⁵⁸⁵.

2. Le riserve formulate in virtù dell'art. 55 CAAS dopo l'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione: profili critici di alcune soluzioni dottrinali

Come ribadito più volte, l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali sancisce il divieto di doppio processo in termini più perentori rispetto alla convenzione di Schengen: detta norma, infatti, non solo non menziona il carattere esecutivo della sentenza definitiva (di condanna), ma, a differenza della convenzione di Schengen, non attribuisce agli Stati alcuna possibilità di derogare al diritto di non essere perseguiti o giudicati più volte sui medesimi fatti in virtù dei principi di territorialità e difesa degli interessi essenziali dello Stato. Di conseguenza, il dilemma

contraente, ogni periodo di privazione della libertà scontato sul territorio di quest' ultima Parte contraente per quei fatti dovrà essere detratto dalla pena che sarà eventualmente inflitta. Si terrà altresì conto, nella misura consentita dalla legge nazionale, delle pene diverse da quelle privative della libertà che siano state eseguite».

⁵⁸³ Gli Stati che hanno formulato la dichiarazione in sede di ratifica, accettazione o approvazione della convenzione di Schengen sono sicuramente l'Italia, la Francia, Germania, Grecia, Finlandia, Svezia, Austria, Danimarca e Regno Unito. Secondo alcuni, in dottrina, il fatto che non tutti gli Stati abbiano esercitato la facoltà di riserva prevista dall'art. 55 CAAS (per esempio, il Belgio) si traduce in un'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'interno dell'Unione europea a «geometria variabile». In questo senso, cfr. A. WEYEMBERGH, *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem*, cit., p. 555 dove l'autrice afferma che: «*Il n'en demeure pas moins que la possibilité de prévoir de telles dérogations et le recours qui y a été fait vident l'article 54 d'une bonne partie de son contenu. En résulte en outre une application à géométrie variable du ne bis in idem au sein de l'Union, ce au détriment du principe de la sécurité juridique*».

⁵⁸⁴ Cfr. L. 30 settembre 1993, n. 388, cit., v. *Supra*, Cap. I, par. 3.

⁵⁸⁵ Cfr. art. 7, *ibidem*: «1. L'articolo 54 della Convenzione non si applica nelle ipotesi previste nell'articolo 55, paragrafo 1, lettere a), b) e c), della Convenzione stessa. 2. Ai sensi dell'articolo 55, paragrafo 1, lettera b), della Convenzione, costituiscono reati contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali dello Stato i delitti contro la personalità dello Stato».

concernente la perdurante vigenza delle riserve, formulate in virtù dell'art. 55 CAAS, dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, si pone negli stessi termini in cui si era posto il problema inerente, invece, alla vigenza della condizione di esecuzione di cui all'art. 54 CAAS⁵⁸⁶: anche con riferimento alle eccezioni al *ne bis in idem*, infatti, ci si deve chiedere se il relativo art. 55 CAAS, ancorché fonte di diritto derivato, possa essere considerato legittima specificazione del principio sancito in termini generali dall'art. 50 della Carta.

Prima di affrontare la questione appena presentata, tuttavia, occorre preliminarmente interrogarsi sulla perdurante operatività delle riserve, formulate dagli Stati in virtù dell'art. 55 CAAS, in seguito all'incorporamento dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione ad opera del trattato di Amsterdam⁵⁸⁷.

a) La dottrina minoritaria e taluni orientamenti giurisprudenziali nazionali⁵⁸⁸ sembrano essere unanimi nel ritenere che tali riserve siano prive di efficacia giuridica a far data dal trattato di Amsterdam, dal momento che il Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen ad esso allegato, così come le successive decisioni del Consiglio dell'Unione europea, non menzionano in alcun modo le norme nazionali attraverso le quali gli Stati avevano dato applicazione alla CAAS nei propri ordinamenti nazionali⁵⁸⁹. In linea con questo orientamento interpretativo, dunque, si dovrebbe ritenere che le riserve formulate in virtù dell'art. 55 CAAS non possano più essere invocate dagli Stati, a meno che questi non le abbiano rinnovate successivamente all'integrazione dell'*acquis* di Schengen (cosa, peraltro, che non pare essere mai avvenuta⁵⁹⁰). A sostegno di questa interpretazione vengono avanzati

⁵⁸⁶ V. *Supra*, Cap. III, Sez. (B).

⁵⁸⁷ A tal proposito, v. *Supra*, Cap. I, par. 9.

⁵⁸⁸ Cfr., G.i.p., Tribunale di Milano, 6 luglio 2011, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3870 ss., per la cui analisi, v. *Infra*, Cap. III, Sez. (C), par. 5.

⁵⁸⁹ Per l'analisi sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen, v. *Supra*, Cap. I, par. 9; in particolare, per il Protocollo di Schengen, v., in particolare, nota 146; per le Decisioni del Consiglio, n. 1999/435/CE e n. 1999/436/CE, v., in particolare, nota 149.

⁵⁹⁰ Sembra, infatti, che le uniche riserve *ex art.* 55 CAAS formulate dopo l'integrazione dell'*acquis* di Schengen siano quelle presentate in sede di accordo dalla Svizzera e dal Liechtenstein (che comunque non sono Stati membri dell'Unione europea). Per la posizione della Svizzera, v. *Dichiarazione concernente l'art. 55 paragrafi 1 e 2 CAS* inserita nell' *Accordo tra la Confederazione Svizzera, l'Unione europea e la Comunità europea, riguardante l'associazione della Svizzera all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'acquis di Schengen*, 26 ottobre 2004 (entrato in vigore il 1° marzo 2008), reperibile al sito <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/20042363/index.html>, in cui: «Secondo l'art. 55 paragrafi 1 e 2 CAS, la Confederazione

due argomenti: anzitutto, si ritiene che la cessata vigenza delle riserve di cui all'art. 55 CAAS sia in linea con l'evoluzione dell'ordinamento europeo. Quelle pretese di sovranità nazionale, delle quali sono piena espressione le riserve formulate dagli Stati, potrebbero, infatti, ostacolare l'obiettivo fissato dai trattati di rendere l'Unione europea un unico Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Inoltre, questa parte della dottrina ritiene che l'eventuale vigenza delle riserve di cui all'art. 55 CAAS dopo l'integrazione dell'*acquis* di Schengen porterebbe ad un'intollerabile disparità di trattamento tra gli originari contraenti della convenzione e tutti gli Stati che hanno aderito all'Unione europea in un secondo momento, per i quali è obbligatoria, ai sensi dell'art. 8 del Protocollo citato⁵⁹¹, l'accettazione integrale dell'*acquis* di Schengen⁵⁹².

Svizzera dichiara di non essere vincolata dall'articolo 54 CAS nei seguenti casi: 1) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti totalmente o in parte sul suo territorio; in quest'ultimo caso questa eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente in cui la sentenza è stata pronunciata; 2) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi essenziali della Svizzera; 3) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale della Confederazione Svizzera in violazione dei suoi doveri d'ufficio. Per fatto che costituisce reato contro la sicurezza o contro altri interessi essenziali della Svizzera s'intendono in particolare: 1) i crimini o i delitti contro lo Stato e la difesa nazionale (art. 265-278 del Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937; RS 311.0); 2) i reati contro la difesa nazionale e contro la forza difensiva del Paese (art. 86-107 del Codice penale militare svizzero del 13 giugno 1927; RS 321.0)».

⁵⁹¹ Cfr. art. 8 del Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel campo dell'Unione europea, cit.: «Ai fini dei negoziati relativi all'adesione di nuovi Stati membri all'Unione europea, l'"acquis" di Schengen e le ulteriori misure adottate dalle istituzioni nell'ambito del suo campo d'applicazione sono considerati un "acquis" che deve essere accettato integralmente da tutti gli Stati candidati all'adesione».

⁵⁹² *Contra*, N. RECCHIA, *Il ne bis in idem «transnazionale» nelle fonti eurounitarie*, cit. p. 1400, laddove l'autore a tal proposito sancisce che: «Argomento non più che suggestivo, ma privo di portata giuridica, e, d'altronde, una tale situazione è tipica della prassi eurounitaria, nella quale il momento dell'adesione, dato lo scarso potere contrattuale dello Stato, è sempre stato sfruttato per forzare un recepimento globale del diritto eurounitario». A sostegno della tesi sulla cessata vigenza delle riserve in seguito all'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione, v. dottrina tedesca citata, *ibidem*, p. 1399 e 1400, note da 100 a 104; A. IERMANO, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato ex art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 310, dove l'autore sostiene che: «(...) l'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nell'Unione europea non ricomprende eventuali dichiarazioni effettuate dagli Stati membri ex art. 55 CAAS, pertanto, le eccezionali limitazioni al principio del *ne bis in idem* non possono più ritenersi vigenti e risultano, oltretutto, in contrasto con l'art. 50 CDFUE, che, sovraordinata gerarchicamente alla CAAS, al pari dei Trattati, sancisce la piena operatività del principio in esame»; F. LEIDENMÜHLER, *In merito all'integrazione dell'acquis di Schengen nel quadro dell'Unione europea* cit., p. 253, in cui si fa leva sull'interpretazione letterale del Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen, il cui Allegato III non fa menzione alcuna delle riserve formulate dagli Stati in virtù dell'art. 55 CAAS. Inoltre, si sottolinea che tale tesi sembrerebbe confermata anche dalla Decisione del Consiglio, 1999/435/CE, finalizzata a determinare la base giuridica per ciascuna disposizione

Questa interpretazione, tuttavia, non è immune da critiche. Anzitutto, se le riserve formulate dagli Stati avessero effettivamente perso efficacia in seguito al trattato di Amsterdam, non si vede perché di esse è stata fatta menzione in atti successivi all'integrazione dell'*acquis* di Schengen⁵⁹³.

Inoltre, occorre rammentare che la Corte di Giustizia nel 2008 era stata interrogata pregiudizialmente in merito alle condizioni di operatività della deroga sancita dall'art. 55, par. 1, lett. a), CAAS⁵⁹⁴. Dato che, in quella sede, i giudici di Lussemburgo non avevano mostrato alcuna incertezza sulla perdurante validità delle norme nazionali con cui gli Stati membri avevano recepito le eccezioni, limitandosi a ritenere inapplicabile l'art. 55 CAAS al caso di specie in ragione della ricorrenza di una condizione ostativa prevista dal par. 4 della medesima norma⁵⁹⁵, l'interpretazione sopra esposta risulta nettamente in contrasto con l'orientamento implicitamente manifestato dalla Corte che considera le riserve ancora vigenti dopo il trattato di Amsterdam,

Infine, anche qualora l'interpretazione di questa parte della dottrina fosse plausibile, non sarebbe comunque in grado di risolvere il problema laddove uno

contenuta nell'*acquis* di Schengen, nella quale non viene fatta parimenti menzione di tali riserve; D. VOZZA, *Verso un nuovo "volto" del ne bis in idem internazionale nell'Unione europea? Nota a Tribunale di Milano, Uff. Ind. Prel., ud. 6 luglio 2011*, in www.penalecontemporaneo.it, febbraio 2012, p. 151 e 152, laddove l'autore, sostenendo la tesi formulata dal giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Milano (Cfr., G.i.p. T. Milano, 6 luglio 2011, cit.), afferma che: «(...) l'incorporazione della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen nel Trattato di Amsterdam non ricomprende le eventuali dichiarazioni che gli Stati contraenti abbiano presentato in applicazione della Convenzione stessa, le quali, pertanto, in assenza di espressa rinnovazione, devono ritenersi non più operanti».

⁵⁹³ In questo senso, N. RECCHIA, *Il ne bis in idem «transnazionale» nelle fonti eurounitarie*, cit. p. 1400. Ci si riferisce, in particolare: *Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters*, cit.; *Proposta della Repubblica ellenica per l'adozione di una Decisione Quadro del Consiglio concernente l'applicazione del principio del «ne bis in idem»*, cit.; MAX-PLANCK-INSTITUT, *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, cit.; *Green Paper* della Commissione, COM(2005) 696, cit. Per l'analisi di questi documenti, v. *Infra*, Cap. III, Sez. (C), par. 3.

⁵⁹⁴ Cfr. C.G., 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turansky*, cit. (v. *Supra*, Cap. II, par. 4).

⁵⁹⁵ Cfr. paragrafo 29, *ibidem*: «In secondo luogo occorre aggiungere che, anche se la Repubblica d'Austria ha fatto una dichiarazione ai sensi dell'art. 55, n. 1, lett. a)-c), della CAAS (...) e l'eccezione di cui alla lett. a) della detta disposizione copre proprio una situazione come quella oggetto della causa principale, poiché i fatti in esame sono avvenuti nel territorio dello Stato dichiarante, la riserva formulata non può tuttavia essere applicata a tale procedimento a causa delle disposizioni del n. 4 dello stesso art. 55, in quanto il suddetto n. 4 esclude l'applicazione delle riserve formulate quando la Parte contraente interessata (...) ha richiesto l'instaurazione del procedimento penale, per gli stessi fatti, all'altra Parte contraente, ossia la Repubblica slovacca».

Stato avesse effettivamente rinnovato, in seguito all'integrazione dell'*acquis* di Schengen, la dichiarazione unilaterale resa in sede di ratifica, accettazione o approvazione⁵⁹⁶.

b) A questa ricostruzione poco convincente, dunque, si contrappone l'interpretazione di un secondo filone dottrinale, in forza della quale l'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione non avrebbe messo in discussione la vigenza delle disposizioni nazionali con cui gli Stati avevano, in sede di ratifica, accettazione o approvazione, reso operative nel proprio ordinamento le eccezioni di cui all'art. 55 CAAS. Come si vedrà a breve⁵⁹⁷, è solo laddove si pervenga a tale conclusione che allora si rende necessario risolvere il problema relativo ai rapporti che intercorrono tra la disposizione della convenzione di Schengen e l'art. 50 della Carta, a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona.

3. *Segue: la menzione delle riserve formulate in virtù dell'art. 55 CAAS in atti e proposte successive all'integrazione dell'acquis di Schengen nel diritto dell'Unione*

La menzione delle riserve formulate dagli Stati in virtù dell'art. 55 CAAS in una serie di strumenti europei successivi al trattato di Amsterdam sembrerebbe deporre a favore della loro perdurante vigenza anche a seguito dell'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nel quadro normativo europeo⁵⁹⁸. In questo contesto, infatti, gli Stati membri dell'Unione europea non solo erano convinti della necessità del *ne bis in idem* transnazionale all'interno dello Spazio di libertà, sicurezza e

⁵⁹⁶ V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali*, p. 11, in www.lalegislazionepenale.eu.

⁵⁹⁷ V. Cap. III, Sez. (C), par. 4.

⁵⁹⁸ In questo senso, N. RECCHIA, *Il ne bis in idem «transnazionale» nelle fonti europolitane*, cit., p. 1400, dove l'autore, in particolare, sottolinea che: «Sin dalla stessa incorporazione, il Protocollo avrebbe ben potuto escludere l'art. 55 CAAS dalle norme da inserire nell'*acquis* di Schengen e la scelta contraria non può che rappresentare un riferimento alle riserve espresse dagli Stati contraenti».

giustizia, ma posero l'accento anche sull'esigenza di una disciplina più chiara e puntuale al riguardo.

Invero, dopo l'integrazione dell'*acquis* di Schengen e ben prima che la Carta dei diritti fondamentali acquisisse valore giuridico pari a quello dei trattati, la centralità del tema delle riserve al *ne bis in idem* emerse con chiarezza anche nel già citato Programma di misure del 2000 sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento. In tale documento, infatti, il Consiglio indicava, con una certa urgenza, la necessità di procedere ad un riesame degli artt. 54-57 CAAS, nella prospettiva di un'applicazione piena del principio del reciproco riconoscimento, di cui il *ne bis in idem* rappresenta una concreta espressione. In particolare, al fine di rafforzare la certezza del diritto, suscettibile di subire pregiudizi ogniqualvolta lo Stato avesse avuto la possibilità di rimettere in discussione la decisione pronunciata *aliundi*, il Programma di misure sollecitava una revisione delle deroghe al principio del *ne bis in idem* sancite dall'art. 55 CAAS⁵⁹⁹ e indicava, quale obiettivo primario da perseguire, l'eliminazione dell'eccezione fondata sul principio di territorialità⁶⁰⁰.

Nella medesima direzione si collocava anche la misura n. 11 del Programma, nella quale il Consiglio postulava l'adozione di strumenti normativi volti al

⁵⁹⁹ Cfr. *Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters*, 2001/C 12/02, 29 novembre 2000, cit., in cui la prima misura concerneva la: «*Reconsideration of Articles 54 to 57 of the Convention implementing the Schengen Agreement, taken from the Convention between the Member States of the European Communities on Double Jeopardy signed in Brussels on 25 May 1987 with a view to full application of the principle of mutual recognition*». Inoltre, nel punto 1.1. si sottolineava che: «*In this context, the scope for making reservations allowed under Article 55 of that Convention should be reconsidered, particularly the one whereby a State may declare that it will not be bound by the ne bis in idem principle if 'the facts which were the subject of the judgment rendered abroad took place ... in part on its own territory'*».

⁶⁰⁰ J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 219 ss.; C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., p. 956 ss., in cui l'autrice, auspicando l'applicazione di tale misura, affermava che: «Solo con l'attuazione di questa misura potrà considerarsi completata l'inversione di tendenza nei rapporti tra gli interessi contrapposti (...) che si concretano nell'esigenza di un esercizio incontrastato delle prerogative sovrane, da un lato, e nella tutela del reo e nel perseguimento di esigenze di giustizia dall'altro. Il venir meno delle deroghe al *ne bis in idem* giustificate dalla localizzazione dell'illecito nel territorio dello Stato che vuole procedere all'esercizio di una nuova azione penale (già regolarmente svolta ed esaurita in un altro Stato comunitario) consacrerà, infatti, la prevalenza delle ragioni dell'equità e della stabilità dei rapporti giuridici sul principio di territorialità. La realizzazione di questo nuovo bilanciamento di interessi risulterà, tra l'altro, facilitata dalla costante e progressiva armonizzazione delle legislazioni nazionali che contribuirà al raggiungimento di forme di integrazione sempre maggiori tra i sistemi penali nazionali, rendendo meno problematico il riconoscimento di decisioni adottate sulla base di normative straniere sempre più simili a quelle interne».

coordinamento delle giurisdizioni penali degli Stati membri attraverso l'elaborazione di criteri di competenza esclusiva a favore di alcuni Stati, giustificati, soprattutto, in virtù del principio di territorialità europea⁶⁰¹. Come più volte sottolineato, infatti, il principio del *ne bis in idem* vedrebbe limitato (se non addirittura azzerato) il proprio spazio applicativo laddove fossero individuate regole volte ad evitare i conflitti (positivi) di giurisdizione tra Stati membri⁶⁰².

Sulla scorta di questo invito formulato dal Consiglio nel 2000, un primo tentativo di sostituire gli artt. 54-57 CAAS con nuove regole comunitarie che, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, assicurassero, insieme, di consolidare normativamente gli elementi definatori e caratterizzanti il *ne bis in idem* nonché di ridurre le eccezioni previste dall'art. 55 CAAS, fu promosso tre anni più tardi dalla delegazione ellenica, durante la sua presidenza dell'Unione europea.

Nel febbraio del 2003, appena due giorni dopo che la Corte di giustizia aveva emesso la già citata sentenza nelle cause riunite *Gözütok e Brügger*⁶⁰³, il governo della Repubblica ellenica, infatti, presentò una proposta di decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio del *ne bis in idem* nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea⁶⁰⁴, che trovava la propria base giuridica negli artt. 29,

⁶⁰¹ Cfr. misura 11, *Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters*, 2001/C 12/02, 29 novembre 2000, cit.: «Drafting of an instrument enabling criminal proceedings to be transferred to other Member States, and encouraging appropriate coordination between the Member States. While taking into account its sphere of competence in this area, one of the tasks of Eurojust is precisely that of 'facilitating the proper coordination of national prosecuting authorities' (...)». Lo scopo di questa misura, infatti, era: «(...) to facilitate the settlement of conflicting claims to jurisdiction between Member States and, wherever possible, to avoid multiple prosecutions. To that end, a feasibility study should be carried out on the setting up of a central casebook, which would make it possible to avoid bringing charges that would be rejected under the *ne bis in idem* principle and which would also provide useful information on investigations concerning offences involving the same person».

⁶⁰² In questo senso, C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., p. 956 ss. Nonostante gli auspici dell'autrice (e non solo), è ormai noto come tali criteri non siano stati ancora individuati; di conseguenza, si può affermare che, nonostante i vari tentativi in materia, ad oggi non è ancora stato risolto il problema relativo ai conflitti di giurisdizione.

⁶⁰³ Cfr. C.G., 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, cit. Per l'analisi della sentenza, v., *Supra*, Cap. II, par. 4.

⁶⁰⁴ Cfr. Iniziativa della REPUBBLICA ELLENICA in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio «*ne bis in idem*», 2003/C 100/12, (*G.U.U.E.*, 26 aprile 2003, n. C 100/24), cit.; per la versione emendata del Parlamento europeo, cfr. *Rapport du Parlement européen sur l'initiative de la République hellénique en vue de l'adoption d'une décision-*

31, par. 1, lett. *d*), e 34, par. 2, lett. *b*), TUE (pre-Lisbona)⁶⁰⁵. Strutturata in dieci articoli, tale decisione quadro mirava, in linea con il citato Programma di misure⁶⁰⁶, a «fornire agli Stati membri norme giuridiche comuni in relazione al principio *ne bis in idem* onde assicurare uniformità sia nell'interpretazione di tali norme che nella relativa applicazione pratica»⁶⁰⁷.

Il primo articolo della proposta era dedicato all'illustrazione del significato specifico di ciascun termine-chiave utilizzato nella Decisione quadro: in particolare, il concetto di «sentenza» veniva individuato in «ogni sentenza definitiva pronunciata da un tribunale penale di uno Stato membro a conclusione di un procedimento penale, che [poteva] essere una *sentenza di condanna o di proscioglimento* dell'imputato, o una *sentenza che termina[va] definitivamente l'azione penale*, conformemente alla legislazione nazionale di ciascuno Stato membro, nonché la *mediazione extragiudiziale in materia penale*; [era] *considerata definitiva ogni sentenza passata in giudicato ai sensi della legislazione nazionale*

cadre du Conseil relative à l'application du principe "ne bis in idem", 14 luglio 2003, (Final, A5-0275/2003).

⁶⁰⁵ Cfr. art. 29 TUE (pre-Lisbona): «Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (...); art. 34, par. 2, lett. *b*), TUE (pre-Lisbona): «Il Consiglio adotta misure e promuove (...) al cooperazione finalizzata al conseguimento degli obiettivi dell'Unione. A questo scopo (...) il Consiglio può: adottare decisioni-quadro per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (...)». Inoltre, l'art. 31, par. 1, lett. *d*), TUE (versione pre-Lisbona), che come già visto stabiliva che: «L'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende: *la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri*», conferma, ancora una volta, l'intima connessione esistente tra il tema delle giurisdizioni concorrenti e dei conflitti positivi di giurisdizione da un lato, e quello del *ne bis in idem* dall'altro.

⁶⁰⁶ Il Programma di misure del 2000, infatti, viene menzionato nel Considerando (4) della Iniziativa della REPUBBLICA ELLENICA in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio «*ne bis in idem*», 2003/C 100/12, (G.U.U.E., 26 aprile 2003, n. C 100/24), cit., dove si sottolinea che: «Nel programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali stabilito dal Consiglio e dalla Commissione il principio *ne bis in idem* figura tra le priorità immediate dell'Unione, in particolare nel settore del riconoscimento delle decisioni penali definitive pronunciate da un giudice di un altro Stato membro. La misura n. 1 del suddetto programma raccomanda un riesame degli articoli da 54 a 57 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, che riprendono i corrispondenti articoli della convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del principio «*ne bis in idem*», firmata a Bruxelles il 25 maggio 1987, nella prospettiva di una piena applicazione del principio del reciproco riconoscimento, la quale tuttavia non è stata ratificata dagli Stati membri».

⁶⁰⁷ Cfr. Considerando (7), *ibidem*.

»⁶⁰⁸. Il concetto di «*idem*», invece, in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'interpretazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU⁶⁰⁹, veniva inteso quale: «secondo illecito penale derivante esclusivamente dagli stessi fatti o da fatti sostanzialmente identici, indipendentemente dalla sua natura giuridica»⁶¹⁰. Del resto, un'interpretazione estensiva della nozione di *idem* appariva necessitata dall'assenza di un livello di armonizzazione adeguato delle legislazioni penali sostanziali degli Stati membri dell'Unione europea: anche in questo caso, infatti, ancorare l'operatività del principio alla perfetta coincidenza delle qualificazioni giuridiche nazionali, significava ridurre eccessivamente la portata della norma stessa.

Ciononostante, già dal punto di vista definitorio, l'iniziativa della Repubblica ellenica venne aspramente criticata, non solo per l'eccessiva ambiguità della nozione di *idem* ivi accolta, ma anche e soprattutto per aver consapevolmente escluso dal campo di applicazione del principio le sanzioni punitive amministrative, se non appellabili di fronte ad una corte penale, ponendosi così in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo elaborata nella sentenza *Engel*⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Cfr. art. 1, lett. b), *ibidem*. Corsivi aggiunti.

⁶⁰⁹ Si fa riferimento, in particolare alla sentenza, Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 1995, *Gradinger c. Austria*, n. 15963/90, cit., in cui al paragrafo 55 la Corte si riteneva pienamente consapevole: «(...) *that the provisions in question differ not only as regards the designation of the offences but also, more importantly, as regards their nature and purpose...Nevertheless, both impugned decisions were based on the same conduct. Accordingly, there has been a breach of Article 4 of Protocol No. 7 (P7-4)*». Per l'analisi di tale orientamento giurisprudenziale, v. *Supra*, Cap. II, par. 9. Ovviamente, la proposta di Decisione quadro basava la propria interpretazione del concetto di *idem* sull'orientamento della Corte di Strasburgo dal momento che, a quel tempo, la Corte di giustizia non si era ancora pronunciata al riguardo: come visto, infatti, la prima occasione in cui i giudici si sono potuti pronunciare sulla nozione di «medesimi fatti» risale al 2006 nella sentenza, C.G., 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, cit.

⁶¹⁰ Cfr. art. 1, lett. e), della Iniziativa della REPUBBLICA ELLENICA in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio «*ne bis in idem*», 2003/C 100/12, (G.U.U.E., 26 aprile 2003, n. C 100/24), cit.

⁶¹¹ Si deve, infatti, ricordare che la Corte di Strasburgo ha elaborato una nozione autonoma di «materia penale»: si trattava, infatti, di inquadrare talune sanzioni, qualificate come amministrative nell'ordinamento statale, tra quelle penali, alla luce dei criteri elaborati nella sentenza, Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*, n. 51100/71, cit. A tal proposito, v., *Supra*, Cap. II, par. 9, nota 386. In questo senso critico, A. POELS, *A need for transnational non bis in idem protection in international human rights law*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2005, p. 344 ss.; J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 220.

A fissare le condizioni di operatività del principio del *ne bis in idem* era, invece, l'art. 2, par. 1 della Decisione quadro, in base al quale: «Chiunque, avendo commesso un illecito penale, sia stato *perseguito o condannato con sentenza definitiva in uno Stato membro, conformemente al diritto e alla procedura penale di tale Stato*, non può essere perseguito per gli stessi atti in un altro Stato membro se è già stato assolto o se, in caso di condanna, la sentenza sia stata eseguita o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro del procedimento»⁶¹². È evidente che la formulazione proposta si discostava notevolmente da quella enunciata dall'art. 54 CAAS: in primo luogo, tale definizione, accogliendo l'ampia interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza *Gözütok e Brügge*, dichiarava apertamente la superfluità di un coinvolgimento di un'autorità giurisdizionale in senso stretto; in secondo luogo, esplicitava con estrema chiarezza la possibilità di invocare il principio sia in caso di condanna che in caso di assoluzione⁶¹³.

Un'ulteriore novità rispetto alla disciplina contenuta nella convenzione di Schengen era rappresentata dal secondo paragrafo dell'art. 2 della Decisione quadro. Tale disposizione, infatti, prevedeva la possibilità di rinnovare il giudizio in due ipotesi: (i) qualora emergesse, dopo la pronuncia della sentenza definitiva,

⁶¹² Cfr. art. 2, par. 1, della Iniziativa della REPUBBLICA ELLENICA in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio «*ne bis in idem*», 2003/C 100/12, (G.U.U.E., 26 aprile 2003, n. C 100/24), cit. I corsivi sono stati aggiunti per sottolineare le differenze che intercorrono con l'art. 54 CAAS.

⁶¹³ In questo senso, v. paragrafo 61 delle Conclusioni dell'Avvocato generale, DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER, presentate in data 19 settembre 2002, in cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Procédure pénale c. H. Gözütok e Procédure pénale c. K. Brügge*, cit.: «Di conseguenza, quando una persona è stata giudicata con sentenza definitiva in merito a determinati fatti, non può essere sottoposta ad un nuovo procedimento penale, tanto nel caso in cui il primo giudice l'abbia assolta, quanto nel caso in cui l'abbia condannata». La Corte di giustizia, invece, si è espressa nello stesso senso alcuni anni più tardi, ritenendo, cioè, operativo il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 54 CAAS anche con riferimento alle sentenze di assoluzione per insufficienza di prove e per intervenuta prescrizione. V., rispettivamente, paragrafo 61 della sentenza, C.G., 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Van Straaten*, cit.: «Occorre quindi risolvere la seconda questione dichiarando che il principio del *ne bis in idem*, sancito all'art. 54 della CAAS, trova applicazione ad una decisione dell'autorità giudiziaria di uno Stato contraente con cui un imputato è *definitivamente assolto per insufficienza di prove*». Corsivo aggiunto. Nonché, paragrafo 24 della sentenza, C.G., 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*, cit.: «La proposizione principale contenuta nell'unica frase che costituisce l'art. 54 della CAAS non fa alcun riferimento al contenuto della sentenza diventata definitiva. Essa non è applicabile solo alle sentenze che pronunciano una condanna». Per l'analisi delle due sentenze, v., Cap. II, par. 5. In dottrina, sul punto, v., M. FLETCHER, *Some developments to the ne bis in idem principle in the European Union*, cit., p. 775 ss.

la prova di nuovi fatti o di nuove circostanze (*novum*), oppure (*ii*) quando si era verificato «un errore nel precedente procedimento che avrebbe potuto influire sull'esito del procedimento stesso conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato membro del procedimento»⁶¹⁴. Peraltro, un'eccezione analoga è contenuta anche nell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU e risponde ad esigenze di giustizia sostanziale⁶¹⁵.

L'originalità della proposta era, però, da rinvenire nei due articoli seguenti. In primo luogo, nell'art. 3, in cui si affrontava con una specifica disposizione il tema della litispendenza internazionale. Infatti, contrariamente alla convenzione di Schengen, che invece era rimasta silente sul punto, tale norma configurava un meccanismo di risoluzione del conflitto di giurisdizione, in base al quale gli Stati parimenti "competenti" ad avviare un'azione penale *de eadem re et persona*, dopo essersi consultati, si sarebbero dovuti accordare per assicurare la precedenza allo «Stato membro del foro cui dare preferenza». A tal fine, dunque, venivano elencati una serie di criteri, quali: il *locus commissi delicti*, il luogo di cittadinanza o residenza dell'autore del reato o delle vittime o, da ultimo, il luogo dell'arresto⁶¹⁶.

Il secondo profilo innovativo era, invece, da rinvenire nell'art. 4 della Decisione quadro, in cui, in linea con gli auspici formulati dal Consiglio nel Programma di misure del 2000, non era più contemplata l'eccezione fondata sul principio di

⁶¹⁴ Cfr. art. 2, par. 2, della Iniziativa della REPUBBLICA ELLENICA in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio «*ne bis in idem*», 2003/C 100/12, (G.U.U.E., 26 aprile 2003, n. C 100/24), cit. Taluni in dottrina hanno ipotizzato che una tale eccezione poteva essere adottata, come meccanismo di *soft law*, per la risoluzione dei conflitti di giurisdizione. In questo senso, B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 5.

⁶¹⁵ Cfr. art. 4, par. 2 del Protocollo n. 7 CEDU: «Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta». Come riportato da M. FLETCHER, *Some developments to the ne bis in idem principle in the European Union*, cit., p. 776: «Wyngaert and Stessen opine that this exception counters the argument sometimes advances that the State on whose territory an offence has been committed is in a better position to assess the offence given the availability of evidence, which might not have been available to the foreign court. Where newly discovered facts arise in a State other than the Stato of proceedings, reliance on this exception would seem to demand a high level of co-operation between the relevant prosecuting authorities concerned».

⁶¹⁶ Cfr. art. 3, della Iniziativa della REPUBBLICA ELLENICA in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio «*ne bis in idem*», 2003/C 100/12, (G.U.U.E., 26 aprile 2003, n. C 100/24), cit.

territorialità (art. 55, par. 1, lett. a). La proposta, infatti, attribuiva agli Stati membri la possibilità di derogare al principio soltanto «quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro *altri interessi egualmente essenziali di quello Stato membro* o sono stati commessi da un funzionario di quello Stato membro in violazione dei suoi doveri d'ufficio»⁶¹⁷.

La proposta, cioè, riproduceva le eccezioni sancite dall'art. 55, par. 1, lett. b) e c) della convenzione di Schengen: appare, dunque, ancora una volta avvalorata la tesi diretta a sostenere la perdurante vigenza delle stesse in seguito all'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel contesto normativo europeo. A tal proposito, degno di nota è il responso al *Green Paper* del 2005 reso dal Consiglio di Stato francese, in cui veniva sottolineato che, contrariamente alla potenziale conservazione dell'eccezione fondata sul principio di territorialità, il mantenimento delle deroghe al principio del *ne bis in idem*, ancorate ad esigenze di tutela della «sicurezza o altri interessi egualmente essenziali», rispondeva ad un requisito di ordine costituzionale⁶¹⁸.

Taluni in dottrina, tuttavia, valutarono la Decisione quadro non perfettamente in linea con l'invito formulato dal Consiglio nel 2000, dal momento che l'art. 4 concedeva ancora una discrezionalità agli Stati membri considerata eccessivamente ampia⁶¹⁹.

⁶¹⁷ Cfr. art. 4, *ibidem*. Corsivo aggiunto.

⁶¹⁸ Cfr. SÉNAT FRANÇAIS, *Contribution de la Délégation pour l'Union européenne du Sénat français au Livre vert sur les conflits de compétences et le principe «ne bis in idem» dans le cadre des procédures pénales COM (2005) 696 final*. Di tale responso si parlerà in modo più approfondito nel proseguio.

⁶¹⁹ In questo senso critico, A. MANGIARANCINA, *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello «spazio giudiziario europeo»*, cit., p. 640 ss.; J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 220, in cui l'autore si dice sorpreso «(...)that the proposal aims at codifying in EU law the Schengen reservation exceptions as general exceptions to the principle»; A. POELS, *A need for transnational non bis in idem protection in international human rights law*, cit., p. 344 ss., in cui l'autore, dopo aver criticato il progetto di decisione quadro nella misura in cui, prevedendo tali eccezioni, lasciava ancora un'ampia discrezionalità agli Stati membri, mette in luce che: «(...) a State may consider for instance all its ecological or public health interests and essential, or may limitlessly expand its definition of terrorism as to found wide exception on the ground of "security"». La non chiarezza dell'espressione «altri interessi egualmente essenziali di quello Stato membro», viene sottolineata anche da, M. FLETCHER, *Some developments to the ne bis in idem principle in the European Union*, cit., p. 777, dove in nota 33 l'autrice si auspica che «(...)as a derogation from an important principle which assists the broader goal of achieving the free movement of persons, that the ECJ would interpret this derogation restrictively».

Senza dilungarsi inutilmente nell'analisi dei successivi articoli della Decisione quadro, basterà qui sottolineare che l'art. 5, prevedendo il divieto di cumulo, rifletteva la disciplina contenuta nell'art. 56 CAAS⁶²⁰; l'art. 6, invece, prescriveva gli obblighi di informazione tra autorità giurisdizionali già previsti, in modo facoltativo, dall'art. 57 CAAS⁶²¹; e infine, l'art. 7, analogamente all'art. 58 CAAS, consentiva l'applicazione di disposizioni nazionali più ampie rispetto a quelle sancite dalla Decisione quadro⁶²².

Nonostante gli auspici formulati in dottrina⁶²³, i lavori inerenti alla proposta della Repubblica ellenica sono stati sospesi, nel luglio del 2004, in attesa di una comunicazione della Commissione sui conflitti di giurisdizione, sfociata poi nel già citato *Green Paper* del 2005⁶²⁴. Infatti, ancorché pregievole sul piano degli scopi perseguiti, il progetto di Decisione quadro è naufragato a causa dei plurimi contrasti

⁶²⁰ Cfr. art. 5 della Iniziativa della REPUBBLICA ELLENICA in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio «*ne bis in idem*», 2003/C 100/12, (G.U.U.E., 26 aprile 2003, n. C 100/24), cit.: « Se in uno Stato membro è avviata una nuova azione penale nei confronti di una persona che è stata condannata con sentenza definitiva in un altro Stato membro per gli stessi fatti, il periodo di privazione della libertà o la sanzione pecuniaria imposti da quest'ultimo Stato membro in relazione ai suddetti fatti sono dedotti dalla pena che sarà probabilmente inflitta. Nella misura in cui è consentito dal diritto interno, possono essere incluse altre sanzioni diverse dalle pene privative della libertà imposte o sanzioni imposte nel quadro di procedure amministrative». In senso critico, v., A. POELS, *A need for transnational non bis in idem protection in international human rights law*, cit., p. 344, in cui l'autore afferma che: «(...) *the accounting principle seems to considerably weaken the ne bis in idem guarantees*».

⁶²¹ Cfr. art. 6, *ibidem*: «Qualora sia stato intentato un procedimento penale nei confronti di una persona in uno Stato membro e le autorità competenti di tale Stato membro abbiano motivo di ritenere che l'imputazione si riferisca agli stessi atti per i quali è già stata pronunciata una sentenza definitiva di condanna in un altro Stato membro, esse *richiedono* le opportune informazioni alle autorità competenti dello Stato membro del procedimento». Corsivo aggiunto.

⁶²² Cfr. art. 7, *ibidem*: «Le disposizioni degli articoli da 1 a 6 non pregiudicano l'applicazione di norme nazionali di più ampia portata in relazione al principio «*ne bis in idem*» quando detto principio riguarda sentenze pronunciate all'estero».

⁶²³ In questo senso, A. POELS, *A need for transnational non bis in idem protection in international human rights law*, cit., p. 344, il quale, dopo aver messo in luce gli aspetti oscuri della proposta di decisione quadro, afferma: «*Nonetheless, this proposed framework decision should be welcomed. Not only does it provide broad common legal rules ensuring consistent mutual recognition of previous prosecutorial decisions and soes it enhance legal certainty, but likewise does it represent an expression of the European Union's commitment to uphold the general principle of non bis in idem widely held to constitute an important pillar of any criminal justice system based on the concept of respect for end protection of fundamental human rights and freedoms and the rule of law*». Con i medesimi termini si esprime, M. FLETCHER, *Some developments to the ne bis in idem principle in the European Union*, cit., p. 778 ss.

⁶²⁴ Cfr. comunicato stampa 11161/04 (*presse* 219), Giustizia e affari interni, Bruxelles, 19 luglio 2004, 15 (secondo l'invito formulato dal Consiglio dell'Unione europea, DROIPEN 29, COMIX 430, Bruxelles, 25 giugno 2004).

tra delegazioni nazionali in seno al Consiglio dell'Unione, che non hanno permesso di giungere ad un consenso unitario⁶²⁵.

Il tallone d'Achille della proposta era sicuramente da rinvenire nel meccanismo di risoluzione dei conflitti di giurisdizione proposto all'art. 3 della Decisione quadro, il quale, essendo diretto all'osservanza non solo del principio del *ne bis in idem* ma anche della litispendenza internazionale, presupponeva un grado di fiducia reciproca non ancora raggiunto dagli Stati membri dell'Unione. In realtà, uno sguardo sul passato con la consapevolezza del presente permette di individuare un'ulteriore punto debole della proposta: infatti, come emerso dai responsi al *Green Paper* del 2005 (di cui si parlerà a breve) non tutti gli Stati membri erano pronti a rinunciare all'eccezione fondata sul principio di territorialità, specialmente quelli che, in virtù dell'art. 55 CAAS, si erano avvalsi di tale deroga⁶²⁶.

Profondamente differente rispetto alla convenzione di Schengen, quanto a eccezioni al principio, appariva invece l'iniziativa privata adottata da alcuni ricercatori dell'Istituto Max Planck di Friburgo, conosciuta come *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union* del Novembre 2003⁶²⁷. Tale iniziativa, formata da soli undici articoli⁶²⁸, contenteva una disciplina del principio del *ne bis in idem* in armonia con

⁶²⁵ Come sottolineato da, THE LAW SOCIETY OF ENGLAND AND WALES – Subcommittee E, *Inquiry into the initiation of EU legislation*, paragrafo 32, reperibile al sito: www.parliament.uk/documents/upload/LawSocietyEnglandWales.04.08.pdf: «(...) the general consensus appeared to be that it would be better to wait for the Commission to take action in this area, despite the fact that a significant amount of negotiation had taken place in the Council, and the European Parliament had completed the First Reading process».

⁶²⁶ In dottrina, sulla proposta della Repubblica ellenica, v.: T. RAFARACI, *Le misure contro i procedimenti penali «paralleli»*, cit., p. 516; A. MANGIARANCINA, *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello «spazio giudiziario europeo»*, cit., p. 640 ss.; E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *La Decisione quadro del Consiglio dell'U.E. in tema di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, cit., p. 5 ss.; J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 220; B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 5; A. POELS, *A need for transnational non bis in idem protection in international human rights law*, cit., p. 344 ss.; M. FLETCHER, *Some developments to the ne bis in idem principle in the European Union*, cit., p. 775 ss.

⁶²⁷ Cfr. *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, Novembre 2003, cit.

⁶²⁸ Al fine di enucleare una serie di regole dirette ad individuare il foro "competente" e a chiarire i vari aspetti del principio del *ne bis in idem*, la Proposta di Friburgo si articolava in tre sezioni: la prima era dedicata all'individuazione di un efficace meccanismo di prevenzione dei conflitti di giurisdizione (artt. 1-5); la seconda era destinata alla disciplina dei vari aspetti del principio del *ne bis in idem* (artt. 6-10); infine, la terza, concerneva il principio del computo (art. 11).

la giurisprudenza (contemporanea e successiva) della Corte di giustizia sull'art. 54 CAAS e della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU.

Infatti, contrariamente alla proposta della Repubblica ellenica e in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, veniva espressamente prevista l'operatività della preclusione in questione anche nel caso di un secondo procedimento di carattere non formalmente penale, ma sostanzialmente tale⁶²⁹; inoltre, (e, in questo caso analogamente alla proposta della Repubblica ellenica) veniva esplicitato che la nozione di «*idem*» (qualificata come «*act*») dovesse prescindere dal *nomen iuris* attribuito negli ordinamenti nazionali⁶³⁰.

Come anticipato, una significativa differenza rispetto alla convenzione di Schengen era rappresentata dalle eccezioni al principio del *ne bis in idem*: la proposta, infatti, a differenza dell'art. 55 CAAS, non contemplava deroghe fondate sul principio di territorialità o difesa degli interessi nazionali, ma prevedeva come unica eccezione al principio l'ipotesi in cui il primo procedimento avesse avuto luogo al solo scopo di proteggere l'individuo dal reale accertamento della sua responsabilità penale. L'art. 9, par. 1 della proposta, infatti, prevedeva che la preclusione in questione «*will not apply if the first proceeding was held for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility*». Si trattava, cioè, dell'ipotesi (verosimilmente irrealizzabile) in cui un soggetto veniva giudicato attraverso un processo fittizio avente come unica finalità quella di pervenire ad una sentenza definitiva tale da attivare il *ne bis in idem*.

Nonostante si trattasse di un progetto ben strutturato, tale proposta non è mai stata presentata al Consiglio ed è rimasta, dunque, una mera iniziativa privata⁶³¹.

⁶²⁹ Cfr. art. 6, par. 2, lett. b) della *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, Novembre 2003, cit.: «*"Prosecution" includes any proceeding with a repressive character. It is not necessary that the offence on which the prosecution is based is qualified as criminal by the legal system which ruled the first proceeding*».

⁶³⁰ Cfr. art. art. 6, par. 2, lett. c), *ibidem*: «*"Act" is to be understood as substantially the same facts, irrespective of their legal character*».

⁶³¹ Sulla Proposta di Friburgo, in dottrina, v., A. MANGIARANCINA, *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello «spazio giudiziario europeo»*, cit., p. 631; B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 5 e 6.

Nella medesima prospettiva, volta alla riduzione delle deroghe al *ne bis in idem*, si muoveva anche il *Green Paper* della Commissione del 2005⁶³². Come visto in precedenza, la parte dedicata al principio veniva alla fine del documento e non si presentava autonoma bensì conseguente a quella relativa ai conflitti di giurisdizione⁶³³. In termini analoghi a quanto già visto per la condizione di esecuzione, la Commissione affrontava il delicato problema concernente le riserve formulate dagli Stati in virtù dell'art. 55 CAAS, senza dunque preoccuparsi di un'intervenuta inoperatività delle stesse a seguito dell'integrazione dell'*acquis* di Schengen ad opera del trattato di Amsterdam.

La conclusione raggiunta nel *Green Paper*, tuttavia, si fondava su una ricostruzione sistematica non del tutto corretta: ad avviso della Commissione, infatti, la superfluità delle eccezioni contemplate dall'art. 55 CAAS era dimostrata dal fatto che tra, gli Stati membri dell'Unione, solo *sette* (Austria, Germania, Danimarca, Grecia, Finlandia, Svezia e Regno Unito) avevano avvertito la necessità di avvalersi di tali deroghe⁶³⁴.

La lacuna è subito evidente: gli Stati membri che hanno formulato la dichiarazione *ad hoc* in sede di ratifica, accettazione e approvazione della

⁶³² Cfr. COM(2005) 696 *final*, Bruxelles, 23 dicembre 2005, con il relativo *Commission Staff Working Document*, SEC(2005) 1767, Bruxelles, 23 dicembre 2005, cit. Per un'analisi approfondita di tale documento, v., *Supra*, Cap. III, Sez. (B), par. 2. In dottrina, v., T. RAFARACI, *Le misure contro i procedimenti penali «paralleli»*, cit., p. 513 ss.; ID., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale*, cit., p. 637 ss.; E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *La Decisione quadro del Consiglio dell'U.E. in tema di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, cit., p. 1; C. AMALFITANO, *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale nell'Unione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1293 ss.; M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law*, cit., p. 575 ss.; A. MANGIARANCINA, *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello «spazio giudiziario europeo»*, cit., p. 631 ss.; M. Fletcher, *The problem of multiple criminal prosecutions*, cit., p. 45 ss.

⁶³³ In realtà, ad avviso del Governo dei Paesi Bassi la questione relativa alle riserve di cui all'art. 55 CAAS è del tutto estranea all'instaurazione di un potenziale meccanismo di risoluzione dei conflitti di giurisdizione. In questo senso, v. THE NETHERLANDS GOVERNMENT, *Response to the Green Paper on conflicts of jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, cit., p. 10, in cui si afferma che: «*The possibility which article 55 CISA provides for limiting the application of the ne bis in idem principle contained in article 54 CISA is an entirely separate matter and it is not on account of the lack of a mechanism for determining jurisdiction that it was included in the CISA*».

⁶³⁴ Cfr. COM(2005) 696, cit., p. 47: «*Of the EU Member States, AT, DE, DK, EL, FI, SE and UK have issued declarations concerning the reservation possibilities in letters a and b*»; nonché p. 59: «*The fact that up to now only seven EU Member States saw the necessity to make use of these exceptions illustrates that they are not entirely indispensable*».

convenzione di Schengen non sono solo i sette ivi indicati, ma a questi devono essere aggiunti (sicuramente) l'Italia⁶³⁵ e la Francia⁶³⁶.

Dal *Green Paper*, inoltre, emergeva come l'assoluta inutilità di mantenere la deroga di cui all'art. 55, par. 1, lett. c), CAAS dovesse essere collegata al fatto che nessuno Stato membro dell'Unione si era avvalso di tale riserva⁶³⁷. Anche questa osservazione non è corretta: come noto, infatti, l'Italia nella legge di ratifica ha dichiarato, all'art. 7 di avvalersi di tutte le eccezioni previste dall'art. 55 CAAS, ivi compresa quella sancita alla lettera c)⁶³⁸. Dall'analisi dei responsi al *Green Paper*, inoltre, risulta che anche l'Austria e la Finlandia (sicuramente) hanno formulato una dichiarazione nella quale si riservano di non applicare il principio del *ne bis in idem* «quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stata commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio»⁶³⁹.

⁶³⁵ Cfr. art. 7 della L. 30 settembre 1993, n. 388, cit.

⁶³⁶ Cfr. SÉNAT FRANÇAIS, *Contribution de la Délégation pour l'Union européenne du Sénat français au Livre vert sur les conflits de compétences et le principe «ne bis in idem» dans le cadre des procédures pénales COM (2005) 696 final*, cit., p. 4: «Parmi les quinze anciens États membres, sept États ont fait une déclaration pour ne pas être lié par le principe ne bis in idem pour le premier cas (Autriche, Allemagne, Danemark, Finlande, Grèce, Suède et Royaume-Uni), et quatre d'entre eux (Autriche, Danemark, Grèce et Finlande) pour le deuxième cas. La France avait également manifesté son intention de ne pas être liée par le principe ne bis in idem pour les deux premiers cas, mais, à la suite d'un dysfonctionnement administratif, cette déclaration n'a pas été transmise au dépositaire de la Convention Schengen (le Luxembourg)».

⁶³⁷ Cfr. COM(2005) 696, cit., p. 47: «(...) it is important to note that no Member State has made use of the third possibility for reservations (the acts committed by officials of that Contracting Party in violation of the duties of their office)»; nonché p. 60: «As regards the third possibility for a derogation from the applicability of the principle (letter c which allows a reservation for acts committed by officials of that Contracting Party in violation of the duties of their office), it is fair to argue that since no Member State has made use of it there is no need for retaining in the CISA the possibility for such an exception to the principle».

⁶³⁸ Cfr. art. 7, comma 1 della L. 30 settembre 1993, n. 388, cit.: «L'articolo 54 della Convenzione non si applica nelle ipotesi previste nell'articolo 55, paragrafo 1, lettere a), b) e c), della Convenzione stessa».

⁶³⁹ Cfr. THE FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE OF THE REPUBLIC OF AUSTRIA, *Comments on the Green Paper on conflicts of jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, JLS/761/06-EN, cit.: «In any case, Austria has made a declaration pursuant to Article 55(1)(c) CISA. It is therefore untrue to say that no Member State has made use of this reservation and that there is therefore no need for retaining it»; OIKEUSMINISTERIÖ (FINLANDIA), *Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal proceedings. Statement by the Finnish Government*, cit., p. 10: «For the derogations referred to in Article 55, the Finnish Government would point out that page 47 of the Commission working document SEC(2005) 1767 erroneously states that not a single Member State has announced that it would reserve the opportunity to use the derogation referred to in Article 55(1)(c). Finland has, however, made this announcement, according to which the ne bis in idem rule does not bind Finland in the situations referred to in (1a)-(c)».

A fronte di queste lacune, dunque, sorge spontaneo il dubbio sulla possibilità che siano stati estromessi dall'elenco riportato nel *Green Paper* anche altri Stati membri e, di conseguenza, con un pizzico di malizia ci si potrebbe chiedere se in assenza di una tale “distrazione”, la Commissione sarebbe stata indotta a formulare in termini diversi se non la conclusione, quantomeno la sua premessa.

Ciò detto, la Commissione si dichiarava, comunque, consapevole che la rinuncia alle riserve di cui all'art. 55 CAAS avrebbe incontrato forti ostilità da parte degli Stati membri. Di conseguenza, si cercava di mettere in risalto che la *ratio* delle deroghe al *ne bis in idem*, ossia evitare che a uno Stato venisse preclusa la possibilità di reprimere un illecito per il quale nutriva particolari interessi per il solo fatto che un altro Stato era “arrivato prima”, sarebbe venuta meno laddove fosse stato introdotto un efficace meccanismo di determinazione della giurisdizione “competente”, fondato su criteri idonei a salvaguardare debitamente gli interessi nazionali⁶⁴⁰. In questo senso, dunque, ad avviso della Commissione, sarebbe stato più ragionevole che il principio di territorialità (art. 55, par. 1, lett. *a*) e il principio di difesa (art. 55, par. 1, lett. *b* e *c*) operassero *ex ante*, cioè in un momento precedente all'instaurazione del giudizio e dunque come criterio di riparto della giurisdizione, piuttosto che *ex post*, come deroghe al principio del *ne bis in idem*⁶⁴¹.

In virtù di questo articolato ragionamento, il *Green Paper* formulava la domanda relativa alle riserve ex art. 55 CAAS nei seguenti termini: «*To what extent can the derogations in Article 55 CISA still be justified? Can they be removed if a mechanism for determining jurisdiction is established, or would you see a need for any further measures to “compensate” for a removal of the derogations under these circumstances?*»⁶⁴².

⁶⁴⁰ Cfr. COM(2005) 696, cit., p. 51: «*The setting up of such a mechanism would enable Member States to find an agreement on clarifying the applicability of the ne bis in idem principle, while without such a mechanism such an agreement seems unlikely, as it would even extend the priority of the fastest prosecution. For example, it only seems acceptable for Member States to waive the territoriality exception in Article 55(1)(a) CISA if they can be sure that a case is being dealt with in a well placed jurisdiction, i.e. that the choice of jurisdiction is based on widely accepted criteria and through a procedure which guarantees that the interests of the concerned Member States would be duly taken into account*».

⁶⁴¹ Cfr. COM(2005) 696, cit., p. 59 ss.

⁶⁴² Cfr. COM(2005) 696, cit., domanda n. 21, p. 60.

A differenza di quanto già visto per la condizione di esecuzione, le posizioni dei governi degli Stati membri, nonché delle associazioni professionali e non governative, delle università e degli studiosi della materia in relazione alla possibile eliminazione delle riserve di cui all'art. 55 CAAS non possono dirsi altrettanto nette. Di particolare interesse si rivela il responso formulato dal Senato francese: dopo aver ricordato i propri dubbi relativi alla possibile eliminazione delle deroghe già espressi in sede di negoziazione della proposta della Repubblica ellenica, si dichiara favorevole alla rimozione della deroga fondata sul principio di territorialità, in quanto considerata non conforme alla realizzazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁶⁴³. Tuttavia, pur ritenendo opportuno un chiarimento sull'espressione «reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali», il Senato dimostra come, nel sistema francese, un'eventuale abolizione dell'eccezione di cui all'art. 55, par. 1, lett. b), CAAS, si scontrerebbe con un ostacolo di natura costituzionale⁶⁴⁴.

⁶⁴³ SÉNAT FRANÇAIS, *Contribution de la Délégation pour l'Union européenne du Sénat français au Livre vert sur les conflits de compétences et le principe «ne bis in idem» dans le cadre des procédures pénales COM (2005) 696 final*, cit., p. 6: «En revanche, je crois que l'on pourrait envisager de renoncer à l'exception territoriale, pour laquelle le Conseil d'État n'a relevé aucun obstacle d'ordre constitutionnel et qui».

⁶⁴⁴ SÉNAT FRANÇAIS, *ibidem*, p. 5 ss.: «Or, nous avons exprimé des doutes à ce sujet. Et le Conseil d'État est allé dans le même sens puisque, dans son avis rendu le 29 avril 2004, il a estimé que la renonciation par la France aux exceptions à la règle ne bis in idem ne se heurterait à un obstacle de nature constitutionnelle que dans un cas précis. En effet, il a considéré que la possibilité d'écarter la règle ne bis in idem devrait être maintenue lorsque les faits visés par le jugement étranger constituent une atteinte à la sûreté nationale de l'État ou à d'autres intérêts fondamentaux. La répression de ces infractions se rattache, selon lui, aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Il s'agit, je le rappelle, des infractions qui font l'objet du titre premier du Livre IV du code pénal, et qui concernent, en particulier, la trahison, l'espionnage, l'attentat ou le complot. D'après le Conseil d'État, la suppression de cette exception se heurterait à un obstacle d'ordre constitutionnel. Il me paraît donc difficile de renoncer à cette exception, même si je pense qu'il serait utile de préciser davantage l'expression d'atteinte à la sûreté nationale de l'État ou à d'autres intérêts fondamentaux». Sulla necessità di mantenere la deroga di cui alla all'art. 55, par. 1, lett. b), CAAS si esprime anche: GOVERNO UNGHERIA, *Green paper on the collisions of jurisdictions in criminal procedures and on the principle of ne bis in idem, II. Answers to the questionnaire*, p. 4: «In principle the continued existence of certain grounds of refusal may be foreseen, the details of that, however, may be detailed punctually only simultaneously with working out the mechanism of jurisdiction. Subsection 55 1 b) of the Schengen Treaty is presumably needed to maintain (criminal offences against state security), while the maintenance of criminal offences under subsection c) shall be thought over». Invece, MEDEL, *Observaciones de Medel (Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés) al Libro verde sobre los conflictos de jurisdicción y el principio non bis in idem en los procedimientos penales*, p. 30, pur ritenendo necessaria l'abolizione della deroga fondata sul principio di territorialità, si esprime contrario alla possibile eliminazione della deroga di cui all'art. 55, par. 1, lett. c): «La única excepción cuyo mantenimiento

Inoltre, appare quasi scontato riportare che i responsi maggiormente ostili alla proposta di rinunciare alle deroghe sancite nella convenzione di Schengen siano proprio quelli resi dagli Stati membri che, a suo tempo, avevano dichiarato l'intenzione di avvalersi delle stesse⁶⁴⁵. Tra questi, tuttavia, fa eccezione la Grecia: infatti, il governo della Repubblica ellenica, memore del progetto formulato due anni prima, accoglie pienamente la proposta della Commissione europea purché la stessa venisse approvata interamente. In altri termini, ritiene necessario il superamento delle deroghe al principio del *ne bis in idem*, purché venga preventivamente instaurato un meccanismo di determinazione della giurisdizione “competente”, idoneo a tenere in debito conto gli interessi nazionali di ciascuno Stato membro⁶⁴⁶.

podría contemplarse es la relativa al delito cometido por los funcionarios (en sentido amplio), en cuanto que el desvalor del quebranto de la fidelidad funcionarial y de la sujeción especial no habrá sido contemplado en la resolución precedente adoptada por otro Estado».

⁶⁴⁵ In questo senso, v.: GOVERNO ITALIA, Risposte ai quesiti formulati nel doc. COM (2005) 696 DEF. 23.12.2005; UNITED KINGDOM, *Consultation response to the Commission's Green Paper on conflicts of jurisdiction and the Principle of ne bis in idem*, cit., p. 14, nonostante il Ministero della Giustizia si fosse dichiarato, al contrario, favorevole all'eliminazione delle riserve, cfr. JUSTICE UK, *Response to the European Commission's Green Paper on conflicts of jurisdiction and the principle of ne bis in idem in criminal proceedings*, Aprile 2006, p. 26. Contrari all'eliminazione delle riserve erano anche: THE BAR COUNCIL OF ENGLAND AND WALES, Brussels Office, *Response to Commission's December 2005 Green Paper COM(2005) 696 final on: Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal proceedings*, cit., p. 22; THE FEDERAL MINISTRY OF JUSTICE OF THE REPUBLIC OF AUSTRIA, *Comments on the Green Paper on conflicts of jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, JLS/761/06-EN, cit.; OIKEUSMINISTERIÖ (FINLANDIA), *Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal proceedings. Statement by the Finnish Government*, cit.; REGERINGSKANSLIET (Svezia), *Reply to questions in the Green Paper on conflicts of jurisdiction*, 31 marzo 2006, cit., p. 8; THE LAW SOCIETY, *Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal proceedings. Response of the Law Society of England and Wales*, Marzo 2006, cit., par. 94; CONFERENCE MINISTER JUSTICE, *Preliminary Note*, nel quale la sporadicità dei conflitti di giurisdizione viene ricollegato alla presenza di una norma come l'art. 55 CAAS che permette di derogare al principio in determinate situazioni: «*The fact that positive conflicts of jurisdiction are relatively rare is possibly due to the fact that Article 55 of the Convention Implementing the Schengen Agreement permits exceptions from the prohibition of double jeopardy in those very instances where a member state (...) has a special interest in conducting proceedings itself, meaning that such conflicts do not occur*».

⁶⁴⁶ Cfr. ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ, *GREEN PAPER on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal proceedings*, cit., p. 5. Nello stesso senso si esprimono: GOVERNO IRLANDA, *Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the principle of ne bis in idem in criminal proceedings. Response by Ireland*, cit.; GOVERNO ESTONIA, *Answers to the European Commission's questions in the Green Paper dealing with jurisdiction conflicts and the implementation of the ne bis in idem principle in criminal proceedings* (COM (2005) 696 final); MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (Portogallo), *Comments by the international relations office of the Portuguese Ministry of Justice (GRIEC) on the Commission's Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis*

Nello stesso senso si esprimono i ricercatori dell'Università di Perugia e il Consiglio Superiore della Magistratura italiana, i quali ritengono ormai inopportune le deroghe al *ne bis in idem* dal momento che le stesse, ostacolando la libertà di circolazione, si pongono in netto contrasto non soltanto con la *ratio* del principio, ma anche con gli stessi obiettivi posti dai trattati istitutivi. Ciononostante, considerano necessaria una «codificazione minima» attraverso la quale pervenire ad un efficiente meccanismo di determinazione della giurisdizione «competente»⁶⁴⁷.

Degni di nota sono, infine, i pareri del Governo dei Paesi Bassi e del Governo spagnolo: entrambi, infatti, pur reputando l'abolizione delle riserve al principio del *ne bis in idem* come il passo necessario per assicurare un effettivo progresso nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sottolineano le difficoltà che si sarebbero riscontrate in concreto nel raggiungimento di un accordo unanime sul tema, soprattutto in un contesto privo di regole vincolanti per l'attribuzione della giurisdizione⁶⁴⁸.

in idem, cit., p. 5; EUROJUST, *Eurojust's Commentary on the Commission Green Paper Conflicts of Jurisdiction and the principle of ne bis in idem in criminal proceedings*, cit., p. 7; EUROPE INSTITUTE (Università di Leiden), *Reaction to the Green Paper on conflicts of jurisdiction and the ne bis in idem-principle in criminal proceedings*, cit.

⁶⁴⁷ Cfr. A. GAITO, *Osservazioni propositive inerenti: Libro Verde «sui conflitti di giurisdizione e il principio del ne bis in idem nei procedimenti penali»*, Università degli Studi di Perugia, cit., p. 31 ss.; HIGH COUNCIL OF THE JUDICIARY, *Green Paper «On conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings»*, cit.: «With regard to the derogations provided for by art. 55 of the CISA, it must be noted that these themselves are not compatible with the realization of a common area of justice, security and freedom; indeed their abrogation would be desirable. It is also noted that the activation of opportune mechanisms facilitating consultation between Member States and the identification of objective and clear criteria within the ambit of such mechanisms for the granting of jurisdiction, would allow the source of the problem to be dealt with, placing the State which actually has leading interests in a position from which to proceed and intervene in the preliminary phase of rulings involving jurisdiction». Nello stesso senso si esprimevano: THE GERMAN FEDERAL BAR, *Position of the Bundesrechtsanwaltskammer on the GREEN PAPER on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal proceedings*, cit., p. 8; GOVERNO POLONIA; CENTRO STUDI DI DIRITTO PENALE EUROPEO, *Libro Verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del ne bis in idem nei procedimenti penali*, p. 12 ss.; SPANISH PUBLIC PROSECUTOR, *Informe de la Fiscalía General de España acerca del Libro Verde de la Comisión europea sobre Conflictos de Jurisdicción y Principio ne bis in idem internacional*, p. 30 ss.

⁶⁴⁸ Cfr. THE NETHERLANDS GOVERNMENT, *Response to the Green Paper on conflicts of jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings*, cit., p. 10; MINISTERIO DE JUSTICIA (Spagna), *Comments on the Green Paper on Conflicts of Jurisdiction and the principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings* [Com(2005) 696 Final], p. 9. Di particolare interesse appare anche il responso dell'università di Budapest i cui ricercatori, pur essendo favorevoli

Al di là delle contrastanti posizioni formulate nei responsi, si deve, comunque, convenire che la predisposizione di regole destinate a riconoscere la precedenza nella conduzione dell'accertamento di un reato allo Stato che presenta il legame più stretto con il fatto avrebbe potuto rappresentare il perfetto bilanciamento tra gli interessi in gioco: il diritto all'unicità dell'accertamento penale sarebbe, infatti, stato garantito attraverso una corretta e preventiva valorizzazione dei principi di territorialità e difesa, così da comportare l'esclusione dell'ordinamento meno coinvolto e non la duplice persecuzione dell'autore del reato. Tuttavia, come già messo in luce in precedenza, gli scarsi risultati ottenuti dal *Green Paper* portano a ritenere l'obiettivo ancora lontano dall'essere raggiunto⁶⁴⁹.

4. Le eccezioni di cui all'art. 55 CAAS dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona: soluzioni dottrinali in merito alla loro (in)compatibilità con l'art. 50 CDFUE

I documenti citati nel paragrafo precedente sembrerebbero testimoniare che l'integrazione della convenzione di Schengen all'interno del diritto dell'Unione europea non abbia messo in discussione la vigenza delle limitazioni previste dall'art. 55 CAAS. Laddove si pervenisse a tale conclusione, ci si trova, dunque, a dover risolvere un vero e proprio grattacapo ermeneutico concernente la loro compatibilità con l'art. 50 della Carta⁶⁵⁰. Già prima che la Corte di giustizia fosse chiamata a pronunciarsi in merito al rapporto tra le disposizioni che regolano il principio del *ne bis in idem* a livello europeo⁶⁵¹, la dottrina, formulando svariate ipotesi risolutive, ha fornito due diverse interpretazioni:

all'eliminazione delle deroghe, ritenevano comunque necessaria un intervento di armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri, cfr. LEGFÖBB ÜGYÉSZSÉG (Università di Budapest), *European Commission, Directorate-General for Justice, Freedom and Security, Unit D3 – Criminal Justice Office LX46 3/20*, B-1049 Brussels.

⁶⁴⁹ V. *Supra*, Cap. III, Sez. (B), par. 2, in particolare, nota 516.

⁶⁵⁰ Si deve, comunque, ricordare che i problemi di compatibilità tra la convenzione di Schengen e la Carta dei diritti fondamentali emergono soltanto qualora l'art. 50 CDFUE possa trovare applicazione, ai sensi dell'art. 51, par. 1, CDFUE. V. *Supra*, Cap. III, Sez. (A), par. 2 e 3.

⁶⁵¹ Cfr. C.G., Grande Sezione, 29 giugno 2016, causa C-486/14, *Piotr Kossowski*, cit. Come si vedrà in seguito, in realtà, la Corte non ha ritenuto di dover affrontare la questione relativa al

a) Un primo orientamento dottrinale, appoggiato da taluni arresti giurisprudenziali⁶⁵², ponendo l'accento sulla diversa collocazione gerarchica delle due fonti e, dunque, replicando le medesime argomentazioni già sviluppate in relazione al rapporto tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE⁶⁵³, ha sostenuto la tesi dell'implicita abrogazione, ad opera della Carta dei diritti fondamentali, delle deroghe sancite dall'art. 55 CAAS⁶⁵⁴. In linea con tale orientamento, dunque, si dovrebbe ritenere che nel caso in cui sia instaurato un procedimento in *idem* in uno Stato membro che si sia avvalso delle riserve di cui all'art. 55 CAAS, il giudice adito dovrà disapplicare la norma nazionale con cui tali deroghe sono state recepite, in quanto confliggenti con una norma europea dotata di effetto diretto.

All'interno di questa corrente dottrinale, c'è anche chi desume la cessata vigenza delle norme derogatrici di cui all'art. 55 CAAS dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in merito ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta. Facendo riferimento, in particolare, alla sentenza della Corte di giustizia del 2008, nel caso *Kadi*⁶⁵⁵, viene affermato che «le deroghe non poss[ano] più ritenersi operative⁶⁵⁶, dovendosi riconoscere al principio generale del divieto di azione in *idem* la natura di diritto fondamentale del cittadino europeo, ricompreso in quanto tale, nell'ambito dei principi generali del diritto, di cui la Corte garantisce l'osservanza⁶⁵⁷. Di

contrasto tra l'art. 55 CAAS e l'art. 50 della Carta, stante il carattere non definitivo del provvedimento adottato dal pubblico ministero polacco, v. *Infra*, Cap. III, Sez. C), par. 8. Per l'analisi del secondo quesito pregiudiziale: v. *Supra*, Cap. II, par. 5.

⁶⁵² Cfr. sentenza del Tribunale supremo greco (*Aeroios Pagos, Hellenic Supreme Court*), Sent. n.1 del 9 giugno 2011; sentenza Trib. Reggio Calabria, Prima Sezione Penale, Sent. n. 17 del 13 gennaio 2011, in www.penalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2011.

⁶⁵³ Per l'analisi delle quali, v. *Supra*, Cap. III, Sez. (B), par. 1.

⁶⁵⁴ V. dottrina tedesca citata da, N. RECCHIA, *Il ne bis in idem «transnazionale» nelle fonti europolitane*, cit. p. 1401, nota 109.

⁶⁵⁵ Cfr. C.G., Grande Sezione, 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation*, ECLI:EU:C:2013:518, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d503316c06fa4e4ca29cf690ec19c6371a.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNiMe0?text=&docid=67611&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1206473>.

⁶⁵⁶ Cfr. paragrafo 285, *ibidem*: «(...) gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità (...)).»

⁶⁵⁷ Cfr. paragrafo 283, *ibidem*: «(...)secondo una costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine, la Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alle indicazioni

conseguenza, non vi è più spazio per l'ultrattività delle norme derogatrici di cui all'art. 55 CAAS, altrimenti contrastanti con uno dei principi fondamentali dell'Unione europea»⁶⁵⁸.

A prescindere dalle differenti argomentazioni a sostegno della tesi che vuole l'art. 55 CAAS tacitamente abrogato ad opera della Carta dei diritti fondamentali, questa interpretazione, tuttavia, sembrerebbe essere in netto contrasto con le *Spiegazioni sub art. 50 della Carta* stessa, le quali, come noto, statuiscono che: «le eccezioni molto limitate, per le quali dette convenzioni consentono agli Stati membri di derogare alla regola *ne bis in idem* sono disciplinate dalla clausola orizzontale dell'art. 52, paragrafo 1, sulle limitazioni»⁶⁵⁹.

b) Dal momento che le *Spiegazioni sub art. 50 della Carta* fanno riferimento a talune "limitazioni" al principio, secondo altra parte della dottrina, dunque, le deroghe di cui all'art. 55 CAAS non devono ritenersi abrogate ad opera della Carta, ma la loro legittimità (e di conseguenza la compatibilità dell'art. 55 CAAS con l'art. 50 CDFUE) potrebbe essere affermata soltanto qualora tali "limitazioni" siano idonee a superare il vaglio di legalità, necessità e proporzionalità previsto dall'art. 52, par. 1 della Carta⁶⁶⁰. L'ammissibilità di questa impostazione, peraltro, risulta subordinata alla condizione che le deroghe sancite dall'art. 55 CAAS possano essere qualificate come "limitazioni" ai sensi dell'art. 52, par. 1 della Carta. Al fine di suffragare una tale conclusione, si potrebbe osservare che se già nella sentenza

fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La CEDU riveste, a questo proposito, un particolare significato».

⁶⁵⁸ Cfr. A. IERMANO, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato ex art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 310 ss.

⁶⁵⁹ È già stato precisato, infatti, che tra le «convenzioni» rievocate da questa disposizione figura anche la convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen. V. *Supra*, Cap. III, Sez. (B), par. 1, nota 487.

⁶⁶⁰ In questo senso, C. AMALFITANO, *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 3889 ss.; nonché giurisprudenza tedesca citata da, N. RECCHIA, *Il ne bis in idem «transnazionale» nelle fonti europolitane*, cit. p. 1401, nota 110; A. F. TRIPODI, *Il ne bis in idem si confronta coi suoi «limiti»*, cit., p. 609 ss. N. MANCINI, *Il ne bis in idem «transnazionale» e la sentenza della Corte europea di giustizia sul caso Spasic*, cit., p. 143 ss.; S. MONTALDO, *Ne bis in idem e sistema «multilivello» di tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 671. A sostegno della perdurante vigenza, nonché della legittimità, delle deroghe di cui all'art. 55 CAAS, v. anche: S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Cedu*, cit. p. 177, laddove l'autore ritiene che l'art. 50 della Carta dei diritti: «eriga definitivamente il *ne bis in idem* a principio generale del diritto comunitario e che esso non faccia venir meno la possibilità delle deroghe contemplate dall'art. 55 della Convenzione di Schengen».

*Spasic*⁶⁶¹, la Corte di giustizia aveva impostato il discorso relativo alla compatibilità tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE, costruendo la condizione di esecuzione come "limitazione" al principio del *ne bis in idem*⁶⁶², a maggior ragione la medesima impostazione dovrà ritenersi attendibile per le deroghe sancite dall'art. 55 CAAS⁶⁶³.

Come visto in precedenza, l'art. 52, par. 1 della Carta subordina la legittimità delle limitazioni a tre requisiti: (i) la previsione delle stesse in una fonte legislativa; (ii) il rispetto del contenuto essenziale del diritto (iii) il rispetto del principio di proporzionalità.

Dato il semplice accertamento dei primi due requisiti⁶⁶⁴, le maggiori perplessità si concentrano nell'idoneità delle deroghe ex art. 55 CAAS a superare l'esame di proporzionalità nella sua triplice articolazione. Come noto, infatti, per costante giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, il principio di proporzionalità, imponendo che le limitazioni possano essere apportate soltanto «laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui», richiede il vaglio di tre successivi passaggi: (i) le eccezioni devono perseguire un fine legittimo; (ii) devono risultare necessarie al raggiungimento di tale scopo; (iii) infine, non devono restringere in modo sproporzionato il diritto fondamentale la cui portata viene limitata (c.d. giudizio di proporzionalità in senso stretto)⁶⁶⁵.

Il giudizio che segue verrà svolto in relazione a ciascuna delle deroghe sancite dall'art. 55 CAAS:

(i) Con riferimento al primo stadio del test di proporzionalità, si può ritenere che l'eccezione di cui alla lett. a) dell'art. 55 CAAS sia idonea a perseguire un fine *legittimo*, nella misura in cui consente allo Stato di esercitare il proprio *ius puniendi* in quelle ipotesi nelle quali lo Stato di condanna potrebbe non aver avuto una piena

⁶⁶¹ Cfr. C.G., Grande Sezione, 27 maggio 2014, causa C-129/14 PPU, *Spasic*, cit.

⁶⁶² V. *Supra*, Cap. III, Sez. (B), par. 5.

⁶⁶³ In questo senso, V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali*, cit., p. 13.

⁶⁶⁴ Per i quali valgono, *mutatis mutandis*, le argomentazioni già svolte in riferimento alla condizione di esecuzione. V. *Supra*, Cap. III, Sez. (B), par. 3.

⁶⁶⁵ N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie*, cit., p. 1401 e 1402.

conoscenza dei fatti, in quanto accaduti integralmente o in parte nel territorio dello Stato che invoca detta limitazione. Allo stesso modo, le deroghe di cui alle lett. *b*) e *c*) dell'art. 55 CAAS⁶⁶⁶ possono essere considerate idonee a perseguire un fine *legittimo*, dal momento che lo Stato, ove si è svolto il primo procedimento, potrebbe non aver compreso appieno il disvalore del reato, o perché l'ordinamento di questo Stato non assicura una tutela a beni statutali o collettivi stranieri oppure perché l'illecito è stato perpetrato da un ufficiale di un altro Stato membro in violazione di un proprio dovere d'ufficio.

Si potrebbe dunque prospettare, per tutte e tre le ipotesi, il rischio che tale comportamento sia sanzionato dalle autorità giudiziarie del primo Stato con l'irrogazione di una pena irrisoria⁶⁶⁷.

Talune voci in dottrina, tuttavia, dubitano della legittimità del fine perseguito dalle deroghe sancite dall'art. 55 CAAS: essendo, infatti, «espressione di un atteggiamento di chiusura degli ordinamenti nazionali, che gelosamente tutelano la propria sovranità»⁶⁶⁸, tali limitazioni, ancorché ammissibili al tempo in cui venne conclusa la convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, non risultano ad oggi conciliabili con lo spirito di integrazione posto alla base del principio del riconoscimento reciproco delle sentenze straniere. In questa logica, le eccezioni fondate sul principio di territorialità e protezione di interessi nazionali potrebbero ostacolare l'obiettivo, fissato dall'art. 82, par. 1, lett. *a*), di «assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria»⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ Si tratta, come noto, delle ipotesi in cui uno Stato membro può derogare al principio del *ne bis in idem* qualora il fatto costituisca un'offesa contro la propria sicurezza nazionale o contro altri interessi essenziali dello Stato o qualora lo stesso sia stato commesso da un proprio ufficiale in violazione di un dovere d'ufficio.

⁶⁶⁷ N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie*, cit., p. 1402; V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali*, cit., p. 13.

⁶⁶⁸ Cfr. S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 129.

⁶⁶⁹ In questo senso, S. FASOLIN, *Id.*, p. 129 e 130, dove l'autrice ritiene anche che: «Le eccezioni in parola, oltretutto, non rispondono ad alcuna delle finalità di interesse generale richieste dall'art. 52 CDFUE: la celebrazione del primo giudizio, infatti, è sintomo di una corretta amministrazione della giustizia e di un'efficace lotta alle attività perpetrate sul suolo dell'Unione. Analogamente, le limitazioni apposte al divieto di bis in idem non paiono orientate a tutelare diritti e libertà altrui: al contrario, esse si traducono in un detrimento per la posizione del soggetto già giudicato, ad esclusivo vantaggio dello Stato che procede per secondo». A simili conclusioni giungeva, C. AMALFITANO,

(ii) I maggiori dubbi, comunque, emergono con riferimento alla *necessità* di tali deroghe, dal momento che gli interventi, sempre più frequenti, diretti all'armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri⁶⁷⁰ evitano già di per sé il rischio che le autorità giudiziarie di uno Stato membro non comprendano appieno il disvalore penale di talune condotte. In particolare, l'eccezione fondata sul principio di territorialità, di cui alla lett. a) dell'art. 55 CAAS, potrebbe avere ragion d'essere laddove il criterio di riparto della giurisdizione tra Stati membri dell'Unione fosse, appunto, quello territoriale. Come noto, tuttavia, nell'attuale contesto europeo, il foro "competente" viene individuato alla stregua del principio

Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali dell'Unione Europea, cit., p. 400 ss.; l'autrice, in particolare, formulando ipotesi sull'impatto che l'eventuale acquisizione di efficacia vincolante della Carta avrebbe avuto sul principio del *ne bis in idem*, escludeva la legittimità delle riserve di cui all'art. 55 CAAS, in quanto incompatibili con la libertà di circolazione, in questi termini: «Le eccezioni al *ne bis in idem* limitano infatti la libertà di circolazione delle persone garantita dai trattati (...); il loro mantenimento potrebbe quindi comportare una violazione *di fatto* del diritto comunitario, il cui rispetto impone, tra l'altro (...) di "astenersi" da misure che, prive di giustificazione alcuna, possano compromettere la realizzazione degli scopi del trattato». Tenendo probabilmente conto delle inefficaci soluzioni adottate nell'abito dell'Unione per prevenire l'instaurazione di un procedimento in *idem*, la stessa autrice afferma che: «Tale inattività pare confermare implicitamente la persistente vigenza delle riserve e delle dichiarazioni degli Stati membri», cfr. C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1623. Nel senso dell'illegittimità dello scopo perseguito dalle deroghe ex art. 55 CAAS, v. anche: G.i.p. T. Milano, 6 luglio 2011, cit., secondo il quale anche qualora si ritenesse che in seguito all'integrazione dell'*acquis* di Schengen le deroghe in questione non abbiano perso efficacia giuridica, il principio del *ne bis in idem* «nella versione sancita dalla Carta di Nizza del medesimo valore dei trattati (ex art. 6 TUE nella versione consolidata successiva al trattato di Lisbona) deve ritenersi obbligatoria la diretta ed immediata applicazione dell'art. 50 della Carta nel nostro ordinamento». Concordano con simile orientamento: J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 219 ss.; D. VOZZA, *Verso un nuovo "volto" del ne bis in idem internazionale nell'Unione europea?*, cit., p. 143 ss.

⁶⁷⁰ Basti citare, *ex multis*, la Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI; la Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio; la Direttiva 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 12 agosto 2013, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio; la Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato); la Direttiva 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 15 maggio 2014, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio; Direttiva 2017/541/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio. Tutte le direttive citate sono reperibili al sito: www.eur-lex.europa.eu.

del “*first come, first served*”⁶⁷¹, di conseguenza la deroga in questione sembrerebbe priva di qualsiasi utilità⁶⁷².

Allo stesso modo, le limitazioni di cui alle lett. *b*) e *c*) difficilmente integrano il requisito della necessità: infatti, sebbene non possano essere escluse in astratto situazioni in cui tali deroghe siano gli unici strumenti effettivamente idonei a perseguire lo scopo di una piena comprensione del disvalore del reato, si deve comunque osservare che, a livello europeo, sono ormai numerosi gli interventi normativi che impongono agli Stati membri di accordare ai beni giuridici stranieri una tutela equipollente a quella garantita ai corrispondenti beni e interessi nazionali.

(*iii*) Infine, si deve considerare che le riserve *ex art. 55 CAAS*, permettendo agli Stati membri di esercitare il proprio *ius puniendi* in relazione ad illeciti collegati al proprio territorio (lett. *a*) o alla propria sfera sovrana (lett. *b* e *c*) senza che ciò sia necessario, rischiano di sacrificare le esigenze di tutela del condannato, connaturate al principio del *ne bis in idem*. Dal momento, dunque, che tali limitazioni

⁶⁷¹ Si deve ricordare, infatti, che nemmeno la Decisione quadro, 2009/948/GAI, del Consiglio, 30 novembre 2009, cit., ha individuato un criterio di riparto della giurisdizione tale da prevenire le ipotesi di litispendenza in diversi Stati membri dell’Unione. Di conseguenza, in base alla logica del “*first come, first served*”, laddove si instaurassero più procedimenti *de eadem re et persona*, lo *ius puniendi* si esaurirebbe nello Stato che per primo pronuncia la sentenza definitiva. Peraltro, questo scenario era stato sottolineato anche nel paragrafo 51 delle conclusioni dell’Avvocato generale, ELEANOR SHARPSTON, presentate in data 6 febbraio 2014, in causa C-398/12, *Procura della Repubblica c. M.*, cit., laddove si afferma che: «Vi è chiaramente una questione sottostante, degna di seria considerazione, riguardo alla «corsa al processo» e ai possibili conflitti di giurisdizione in materia penale. Attualmente, non vi sono norme comuni a livello europeo sull’attribuzione della giurisdizione penale. L’applicazione del principio del *ne bis in idem* risolve tale problema in modo limitato e talvolta arbitrario. Non è un sostituto soddisfacente di azioni che risolvano tali conflitti secondo un insieme di criteri concordati».

⁶⁷² In questi termini si esprimono: N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie*, cit., p. 1402; V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali*, cit., p. 13, laddove l’autrice precisa che: «(...) non sembrano sussistere ragioni per le quali, ad esempio, un soggetto giudicato nel “proprio Stato”, sulla scorta del principio di personalità attiva, possa essere successivamente giudicato anche dalle autorità dello Stato nel quale il fatto è stato commesso in tutto o in parte». Si esprime nello stesso senso la dottrina che già nutrivà dubbi sulla legittimità dello scopo perseguito dalle riserve formulate dagli Stati in virtù dell’art. 55 CAAS, v. S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 131, laddove l’autrice afferma che: «La conformità delle deroghe in esame rispetto al disposto dell’art. 52 CDFUE si rivela dubbiosa anche sotto un altro profilo: la norma richiede, altresì, che le restrizioni ai diritti sanciti dalla Carta siano necessarie. Tale qualifica descrive eccezioni consentite quale *extrema ratio*: sono ammesse solamente ove i valori che si intendono perseguire per tale via non siano altrimenti tutelabili. Ma, a ben vedere, gli interessi pubblici insiti nei principi di territorialità e difesa potrebbero essere più efficacemente salvaguardati mediante l’introduzione di meccanismi effettivi di composizione delle concorrenti iniziative *de eadem re et persona*».

comprimono in misura sproporzionata il diritto sancito dall'art. 50 della Carta, si dovrebbe concludere nel senso della loro inidoneità a superare il vaglio di proporzionalità in senso stretto imposto dall'art. 52, par. 1 della Carta⁶⁷³.

L'analisi appena svolta potrebbe indurre a concludere che, ad oggi, le riserve formulate dagli Stati, in virtù dell'art. 55 CAAS, non debbano più trovare applicazione, dal momento che esse non sembrano integrare (almeno) due dei requisiti richiesti dall'art. 52, par. 1 della Carta. Tuttavia, la delicatezza degli interessi in gioco nonché l'indubbia complessità tecnica della questione, rendono quanto mai auspicabile un intervento della Corte di giustizia: il giudice nazionale, infatti, potrà disapplicare la norma interna che recepisce la riserva (in accordo con il diritto dell'Unione e non discrezionalmente, come avvenuto nei casi che a breve si esamineranno), soltanto nel momento in cui saranno i giudici di Lussemburgo ad accertare l'insussistenza dei requisiti richiesti dalla clausola orizzontale della Carta e, di conseguenza, a sancire l'illegittimità di tali eccezioni.

5. Gli orientamenti delle Corti nazionali sul rapporto tra l'art. 55 CAAS e l'art. 50 CDFUE: la paradigmatica sentenza del tribunale di Milano

L'assenza di una chiara presa di posizione della Corte di giustizia, in relazione al rapporto che intercorre tra l'art. 55 CAAS e l'art. 50 della Carta, si accompagna a ciclotimiche pronunce nazionali che non lasciano allignare un'unitaria interpretazione in merito alla perdurante vigenza delle riserve, a suo tempo formulate dagli Stati, a scapito, dunque, della stessa certezza del diritto. Una veloce rassegna delle (poche) occasioni in cui i giudici interni si sono dovuti confrontare con tali questioni applicative del *ne bis in idem* transnazionale testimonia, infatti, le difficoltà ermeneutiche che l'interprete è chiamato ad affrontare *in concreto*. Paradigmatico dell'assoluta incertezza (e, a tratti, confusione) che serpeggia tra le

⁶⁷³ N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie*, cit., p. 1402 e 1403; V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali*, cit., p. 13 e 14.

Corti nazionali è il percorso motivazionale intrapreso da un giudice per le indagini preliminari del tribunale di Milano⁶⁷⁴, trovatosi a verificare la possibilità di procedere *ex novo* nei confronti di due cittadini tedeschi che, per il medesimo fatto commesso in territorio italiano, erano già stati condannati in Germania, con sentenza passata in giudicato e ivi eseguita.

In questa sede, dunque, dopo la semplice esposizione del laborioso *iter* argomentativo del giudice di Milano, verranno messi in luce i punti critici dello stesso, al fine di comprendere se una diversa interpretazione avrebbe potuto portare ad un risultato diverso.

Il procedimento instaurato dinanzi al G.i.p. di Milano trae origine da un fatto ben noto alle cronache milanesi di quel tempo: tre cittadini tedeschi e un cittadino canadese uccisero brutalmente un loro socio in affari nelle campagne vicino a Cornaredo. A seguito della costituzione di uno di essi dinanzi alla Procura di Colonia, venne instaurato in Germania un processo penale per concorso in omicidio che si concluse con la condanna alla pena della reclusione a cinque anni e sei mesi di due dei tre cittadini tedeschi (il terzo, infatti, era morto suicida prima della cattura)⁶⁷⁵.

Ciononostante, i due condannati vennero perseguiti per il medesimo fatto anche in Italia dal momento che, come noto, il nostro Paese ha presentato, attraverso l'art. 7 della Legge di ratifica della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (n. 388 del 30 settembre 1993), una dichiarazione unilaterale, ai sensi dell'art. 55, par. 1, lett. *a*), CAAS, con la quale viene legittimato il procedimento in *idem* laddove i fatti si siano verificati in tutto o in parte in Italia⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ Cfr., G.i.p., Tribunale di Milano, 6 luglio 2011, cit., p. 3870 ss.

⁶⁷⁵ Nei confronti del quarto correo, invece, le autorità giudiziarie tedesche non avevano potuto procedere per mancanza di giurisdizione, in quanto costui era cittadino canadese e il fatto era avvenuto interamente sul territorio italiano. Egli, pertanto, venne processato in Italia e ivi condannato alla pena dell'ergastolo.

⁶⁷⁶ Come sottolineato da C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1614: «Non essendo i fatti contestati agli imputati commessi in parte nello Stato da cui proviene la sentenza da riconoscere, né risultando che, per lo svolgimento del procedimento in Germania o per l'esecuzione della sentenza ivi emanata, l'Italia abbia chiesto alla Germania di esercitare l'azione penale o che sia stata concessa l'extradizione degli attuali imputati nel procedimento italiano, le autorità inquirenti del nostro Paese hanno ritenuto di poter agire contro i medesimi, essendo l'omicidio per cui si procede commesso *in toto* nel territorio italiano».

Nel corso dell'udienza preliminare, tanto la difesa degli imputati, quanto il Pubblico ministero, richiedevano, in sede di conclusioni, una pronuncia di non luogo a procedere per violazione del principio del *ne bis in idem*⁶⁷⁷. Tale richiesta, infatti, prendeva le mosse dalla constatazione che, a seguito del trattato di Lisbona, il divieto di doppio processo è sancito dall'art. 50 della Carta che non prevede eccezione alcuna; di conseguenza, ad avviso delle parti, il giudice avrebbe dovuto disapplicare la norma interna con cui le limitazioni sancite dall'art. 55 CAAS erano state recepite.

Al fine di accogliere la richiesta delle parti e, dunque, di individuare solidi argomenti motivazionali a favore dell'inoperatività di tale disposizione nazionale, il giudice di Milano fornisce un'approfondita ricostruzione normativa dell'evoluzione del principio del *ne bis in idem* tanto nel panorama nazionale quanto in quello internazionale. Fin dalle prime pagine della sentenza, infatti, emerge con estrema chiarezza che il fine ultimo perseguito dal giudice con tale *excursus* motivazionale consista nel mettere in evidenza come l'esigenza di una lettura estensiva del principio del *ne bis in idem*, tale cioè da non contemplare alcuna possibilità di deroga, fosse emersa già ben prima che la Carta dei diritti fondamentali acquisisse natura cogente. In quest'ottica, dunque, l'estensore ricorda, anzitutto, la disciplina italiana, sottolineando, da un lato, come il principio di territorialità, di cui l'art. 11 c.p. sul rinnovamento del giudizio rappresenta una delle massime espressioni, subisca talune limitazioni⁶⁷⁸, ed evidenziando, dall'altro lato, come, già a livello nazionale, il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 649

⁶⁷⁷ In realtà, le accuse mosse contro i due imputati erano anche incendio doloso e sequestro di persona, per i quali è stato richiesto (e concesso) il non luogo a procedere per intervenuta prescrizione.

⁶⁷⁸ Come ricordato, infatti, dallo stesso giudice: «La norma di cui all'art. 11 c.p. appare espressione del c.d. principio di territorialità, cui consegue la mancanza di limiti allo *ius puniendi* da parte dell'esercizio di sovranità di un altro Stato. L'unica attenuazione al principio è stabilità dall'art. 138 c.p. che prevede lo scomputo della pena sofferta all'estero. Il principio di territorialità è, tuttavia, di fatto attenuato dall'adesione del nostro Paese a numerosi strumenti convenzionali che riconoscono, in forme diverse, effetti preclusivi al giudicato straniero». Cfr. G.i.p., Tribunale di Milano, 6 luglio 2011, cit, p. 3873.

c.p.p., sia stato oggetto di un'interpretazione estensiva da parte delle Sezioni Unite nel 2005⁶⁷⁹.

Citando, poi, i vari strumenti che nel contesto internazionale regolano il principio del *ne bis in idem*, quali ad esempio le Carte internazionali per la protezione dei diritti dell'uomo⁶⁸⁰, la normativa europea⁶⁸¹ e altre disposizioni di diritto internazionale⁶⁸², il giudice di Milano ammette che la loro analisi sembrerebbe testimoniare «una tendenza alla costante limitazione dell'applicazione integrale del principio del *ne bis in idem* che infatti subisce deroghe»⁶⁸³.

Ciononostante, il divieto di doppio processo nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea trova la propria disciplina nella convenzione di Schengen e, oggi, nell'art. 50 della Carta. Di conseguenza, l'attenzione viene focalizzata, in prima battuta, sugli artt. 54 ss. CAAS e sugli strumenti normativi e non che, già prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, deponevano a favore della tendenza espansiva del principio. In questo senso, dunque, viene correttamente citata la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 54 CAAS che, nell'ottica di garantire la piena libertà di circolazione all'interno dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, aveva esteso i confini applicativi del principio⁶⁸⁴. Al fine di corroborare la tesi della non operatività delle deroghe sancite dall'art. 55 CAAS, il giudice milanese ricorda, inoltre, il Programma di Misure del 2000 che, come visto, invitava

⁶⁷⁹ Cfr. Cass. pen., Sezioni Unite, 28 giugno 2005, n. 34655, (*Donati*), cit. In questa occasione, come si ricorderà, le Sezioni Unite, esprimendosi favorevolmente all'ammissibilità della pronuncia di non doversi procedere per impromovibilità dell'azione penale nelle ipotesi di litispendenza, avevano affermato che «(...) A tale divieto va attribuito, pertanto, il ruolo di principio generale dell'ordinamento dal quale (...) il giudice non può prescindere».

⁶⁸⁰ V., ad esempio, l'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU; e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁶⁸¹ V., ad esempio, la convenzione tra gli Stati membri della Comunità europea relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem* del 1987; gli artt. 54 ss. della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen; l'art. 7 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 1995; e l'art. 10 della convenzione relativa alla lotta contro la corruzione di funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea del 1997.

⁶⁸² V., ad esempio, le convenzioni stipulate in seno al Consiglio d'Europa (v. *Supra*, Cap. I, par. 4); gli Statuti dei tribunali internazionali *ad hoc* e della Corte Penale internazionale.

⁶⁸³ Cfr., G.i.p., Tribunale di Milano, 6 luglio 2011, cit., p. 3874.

⁶⁸⁴ Cfr., per tutte, paragrafo 38 della sentenza, C.G., 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, cit.; paragrafo 41 della sentenza, C.G., 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turansky*, cit. Per l'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 54 CAAS, v., *Supra*, Cap. II.

ad una rilettura degli artt. 54 ss. CAAS e, in particolare, ad una riflessione sulla effettiva necessità delle deroghe di cui all'art. 55 CAAS⁶⁸⁵.

Sempre a conferma della tendenza espansiva del principio del *ne bis in idem* vengono poi menzionate la Decisione quadro 2002/584/GAI relativa al mandato di arresto europeo, il cui art. 3, punto 2, prevede il *ne bis in idem* come motivo ostativo all'esecuzione del mandato di arresto, senza possibilità di derogarvi in virtù del principio di territorialità⁶⁸⁶, e la Decisione quadro 2008/909/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale ai fini della loro esecuzione nell'Unione, il cui art. 9, par. 1, lett. c) inserisce il principio del *ne bis in idem* tra i motivi di rifiuto *facoltativi*⁶⁸⁷ al riconoscimento della decisione straniera⁶⁸⁸. Il giudice milanese, inoltre, trova un'ulteriore conferma della necessità

⁶⁸⁵ Cfr. *Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters*, 2001/C 12/02, cit.

⁶⁸⁶ Cfr. art. 3, punto 2, Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio (*G.U.C.E.*, 18 luglio 2002, n. L 190), cit.: «L'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione rifiuta di eseguire il mandato d'arresto europeo se in base ad informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna». La Decisione quadro è stata trasposta in Italia con L. 22 aprile 2005, n. 69, in *G.U.*, n. 98 del 29 aprile 2005, in cui l'art. 18, lett. m), recita che: «La corte di appello rifiuta la consegna se risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza irrevocabile per gli stessi fatti da uno degli Stati membri dell'Unione europea purché, in caso di condanna, la pena sia stata già eseguita ovvero sia in corso di esecuzione, ovvero non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro che ha emesso la condanna».

⁶⁸⁷ La previsione del principio del *ne bis in idem* come motivo ostativo facoltativo è stata criticata da C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1616, nota 20, in cui l'autrice evidenzia che: «Essendo il principio del *ne bis in idem* già vincolante nei rapporti tra Stati dell'Unione ex art. 54 CAAS, più opportuno sarebbe stato configurarlo come motivo obbligatorio di diniego della cooperazione. Tutte le decisioni quadro sul reciproco riconoscimento delle decisioni penali, invece, ad eccezione di quella sul mandato di arresto europeo, prevedono il *ne bis in idem* come motivo soltanto facoltativo di rifiuto dell'esecuzione».

⁶⁸⁸ Cfr. art. 9, par. 1, lett. c), Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, 27 novembre 2008, (*G.U.U.E.*, 5 dicembre 2008, n. L 327/27), cit.: «L'autorità competente dello Stato di esecuzione può rifiutare il riconoscimento della sentenza e l'esecuzione della pena [quando] l'esecuzione della pena sarebbe in contrasto con il principio del *ne bis in idem*». La Decisione quadro è stata trasposta in Italia con D.lg. 7 settembre 2010, n. 161, in *G.U.*, n. 230 del 1 ottobre 2010, in cui l'art. 13, comma 1, lett. c) dispone che: «La corte di appello rifiuta il riconoscimento della sentenza di condanna se risulta che la persona condannata è stata giudicata in via definitiva per gli stessi fatti da uno degli Stati membri dell'Unione europea purché, in caso di condanna, la pena sia stata già eseguita ovvero sia in corso di esecuzione, ovvero non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato che ha emesso la condanna». Se, dunque, nella Decisione quadro il motivo ostativo era previsto

di garantire il principio del *ne bis in idem* senza eccezioni nella Decisione quadro 2009/948/GAI sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali⁶⁸⁹: ad avviso dell'estensore, infatti, tale strumento di cooperazione giudiziaria è in grado di anticipare la *ratio* sottesa al principio del *ne bis in idem* attraverso l'individuazione di taluni meccanismi idonei a prevenire l'insorgenza di procedimenti paralleli nei diversi Stati membri.

Dopo aver elencato (tra gli altri) questi dati normativi e giurisprudenziali, dai quali si evince «ancor prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona una tensione verso il superamento di quei limiti che le autorità nazionali avevano posto al riconoscimento del (...) principio»⁶⁹⁰, il giudice di Milano prosegue il proprio *iter* argomentativo analizzando le novità conseguite all'entrata in vigore del trattato di Lisbona: in particolare, facendo leva sul nuovo art. 6, par. 1, TUE che attribuisce alla Carta dei diritti fondamentali efficacia vincolante al pari di quella dei trattati, l'estensore pone l'accento sulla «diretta ed immediata applicabilità» nell'ordinamento italiano dell'art. 50 della Carta che, a differenza della convenzione di Schengen, disciplina il principio senza contemplare eccezioni.

In questo senso, il *ne bis in idem* «si configura come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo»⁶⁹¹ che, ad avviso del giudice di Milano, non tollera alcuna deroga: di conseguenza, la riserva formulata dall'Italia in forza dell'art. 55, par. 1, lett. a), CAAS non dovrebbe più operare, *pur non essendo* (a quel tempo) *ancora scaduto il termine quinquennale di cui all'art. 10, par. 3 del Protocollo n. 36 allegato al trattato di Lisbona a cui è ancorata la cessazione degli effetti dell'Accordo di Schengen*⁶⁹².

come facoltativo, nella legge di trasposizione italiana, invece, lo stesso è stato sancito come motivo di rifiuto obbligatorio (La Corte d'Appello *rifiuta*).

⁶⁸⁹ Cfr. Decisione quadro, 2009/948/GAI, del Consiglio, 30 novembre 2009, cit., trasposta in Italia con D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 29, in G.U., n. 55 del 7 marzo 2016.

⁶⁹⁰ Cfr. G.i.p., Tribunale di Milano, 6 luglio 2011, cit., p. 3876.

⁶⁹¹ Cfr. paragrafo 21 della sentenza, C.G., 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, cit.; paragrafo 57 delle conclusioni dell'Avvocato generale, DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, presentate in data 8 giugno 2006, in causa C-467/04, *Van Straaten*, cit.

⁶⁹² La frase è sottolineata in quanto è frutto di un vero e proprio errore interpretativo, v. *Infra*, Cap. III, Sez. (C), par. 6.

Nonostante all'esito di questo articolato (e, come si vedrà a breve, talvolta errato) percorso motivazionale sia giunto ad affermare che il principio del *ne bis in idem* non ammette più eccezioni a far data dal trattato di Lisbona, il giudice milanese utilizza un diverso argomento, qualificato come dirimente, per risolvere la questione relativa alla cessata operatività dell'art. 7 della L. 388 del 1993: ad avviso del giudicante, infatti, l'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione europea, ad opera del trattato di Amsterdam, non ha "coperto" le dichiarazioni rese dagli Stati in sede di ratifica, accettazione o approvazione della convenzione di Schengen. Di conseguenza, in assenza di una espressa rinnovazione, tali dichiarazioni unilaterali non possono più ritenersi operative.

Dal momento, dunque, che la deroga di cui all'art. 7 della L. 388 del 1993 non può più trovare applicazione, il giudice procede alla verifica dei due requisiti richiesti per l'operatività del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta. Se è vero che non possono in alcun modo sorgere dubbi circa la sussistenza del requisito sostanziale⁶⁹³, è altrettanto vero che, dal punto di vista processuale, ancorché certamente esistente una sentenza definitiva passata in giudicato e interamente eseguita, «la mitezza, se non l'eccessiva esiguità, della pena inflitta dal Tribunale di *Karlsruhe* agli odierni imputati [potrebbe] destare turbamento»⁶⁹⁴. Ciò nonostante, il giudice giustamente ricorda che, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia⁶⁹⁵, in virtù della reciproca fiducia tra Stati membri, non assume alcun rilievo, ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*, la circostanza che il reato non riceva identico trattamento sanzionatorio nell'ordinamento italiano e in quello straniero. Di conseguenza, non ha alcuna rilevanza il fatto che i due

⁶⁹³ Nel caso di specie, infatti, è indubbio che sussista l'*idem factum* nell'accezione storico-naturalistica accolta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione all'art. 54 CAAS (che, come noto, vale anche per l'art. 50 della Carta) e, come ricorda il giudice, dalla nostra giurisprudenza di legittimità in relazione all'art. 649 c.p.p.

⁶⁹⁴ Cfr. G.i.p., Tribunale di Milano, 6 luglio 2011, cit., p. 3886 e 3887.

⁶⁹⁵ Cfr., per tutte, sentenza, paragrafo 33 della sentenza, C.G., 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, cit. Le argomentazioni del giudice di Milano sono anche in linea con il paragrafo 41 delle richiamate conclusioni dell'Avvocato generale, DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, presentate in data 8 aprile 2008, in causa C-297/07, *Staatsanwaltschaft Regensburg c. Klaus Bourquain*, cit, laddove l'Avvocato generale sottolinea l'esigenza che ciascuno degli Stati membri accetti l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati, anche quando il proprio diritto condurrebbe a soluzioni diverse.

imputati siano stati condannati dai giudici tedeschi alla pena di cinque anni e sei mesi a fronte dell'ergastolo irrogato al correo canadese dai giudici italiani.

Pertanto, alla luce delle argomentazioni sopra esposte, il giudice delle indagini preliminari del tribunale di Milano ha pronunciato, in ordine al capo di imputazione per il reato di omicidio aggravato, sentenza di non luogo a procedere, accogliendo così la richiesta delle parti.

6. *Segue*: i profili oscuri del tortuoso percorso motivazionale intrapreso dal giudice per le indagini preliminari del tribunale di Milano

La soluzione cui giunge il giudice per le indagini preliminari del tribunale di Milano è certamente «quella più garantista per gli imputati»⁶⁹⁶; tuttavia, l'apprezzabilissimo sforzo ermeneutico grazie al quale il giudicante è pervenuto ad un tale esito è suscettibile di essere aspramente criticato.

Come visto, al fine di avvalorare la tesi dell'illegittimità della riserva formulata dall'Italia in virtù dell'art. 55, par. 1, lett. a), CAAS, il giudice milanese sfrutta due diverse argomentazioni, entrambe volte a negare l'operatività della deroga fondata sul principio di territorialità e, di conseguenza, a precludere l'instaurazione del procedimento in *idem*. In un primo momento, infatti, l'articolato percorso motivazionale intrapreso dal giudicante sembrerebbe portare alla disapplicazione della norma nazionale, con la quale è stata resa operativa la deroga ex art. 55, par. 1, lett. a), CAAS, in ragione del fatto che la stessa contrasta con una norma europea di rango primario (l'art. 50 CDFUE) che trova «diretta applicazione» nell'ordinamento italiano, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione⁶⁹⁷. Il giudice, tuttavia, non si arresta a tale considerazione, ma al fine di avvalorare la stessa, prosegue asserendo che l'art. 7 della L. n. 388 del 1993 non

⁶⁹⁶ In questi termini si esprime, C. AMALFITANO, *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 3896 ss.; EAD., *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1617.

⁶⁹⁷ Cfr. G.i.p., Tribunale di Milano, 6 luglio 2011, cit., p. 3880 ss.

troverebbe comunque applicazione dal momento che il trattato di Amsterdam, integrando nel diritto dell'Unione soltanto le norme della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, non ha dato invece "copertura" alle disposizioni nazionali con le quali gli Stati avevano dichiarato, in sede di ratifica, accettazione o applicazione della convenzione stessa, di avvalersi delle deroghe al principio sancito dall'art. 54 CAAS. Nell'ottica del giudice, dunque, se tali dichiarazioni non sono state rinnovate dagli Stati in un momento successivo all'integrazione dell'*acquis* di Schengen, esse non possono più ritenersi operative⁶⁹⁸.

Fin da subito, indubbiamente, emerge una contraddizione di fondo nel ragionamento elaborato dal giudice milanese: non è, infatti, possibile affermare contemporaneamente che le deroghe *ex art. 55 CAAS* non sono più operative in quanto contrastanti con l'art. 50 della Carta e che le stesse non sono più vigenti a far data dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam. Delle due, l'una: benché, infatti, l'esito del ragionamento non muti (perché entrambe le argomentazioni porterebbero comunque alla disapplicazione della norma nazionale) o si afferma che le dichiarazioni formulate dagli Stati hanno perso efficacia a far data dal trattato di Amsterdam e, di conseguenza, non si porrebbero nemmeno i problemi relativi alla loro compatibilità con l'art. 50 della Carta (a meno che, ovviamente, queste siano state rinnovate); oppure si accoglie la tesi della perdurante vigenza delle riserve di cui si sono avvalsi gli Stati dopo l'integrazione dell'*acquis* di Schengen, e solo in tal caso, ci si dovrà occupare del rapporto che intercorre tra la norma di diritto derivato e la norma di diritto primario⁶⁹⁹.

Ad avviso della dottrina più critica, il giudice di Milano avrebbe dovuto distinguere le due argomentazioni, magari approfondendo meglio l'analisi relativa alla mancata incorporazione nell'Unione delle dichiarazioni rese dagli Stati in virtù dell'art. 55 CAAS, «anche perché se come detto l'esito del ragionamento non cambia, ed anzi le due circostanze paiono utilizzate a sostegno l'una dell'altra, non

⁶⁹⁸ Cfr. G.i.p., Tribunale di Milano, 6 luglio 2011, cit., p. 3884 ss.

⁶⁹⁹ In questo senso, V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali*, p. 17.

è detto che valorizzando la tesi inerente il rapporto tra art. 50 della Carta e art. 55 CAAS non si sarebbe potuti giungere ad una conclusione differente»⁷⁰⁰.

Le critiche non si esauriscono qui, ma si estendono anche ai vizi intrinseci di ciascuna delle due argomentazioni, considerate separatamente. Innanzitutto, è già stato dimostrato in precedenza come la tesi della mancata integrazione delle riserve di cui all'art. 55 CAAS, anche se non rinnovate dopo l'incorporazione dell'*acquis* di Schengen, è smentita, da un lato dalla menzione delle stesse in strumenti successivi al trattato di Amsterdam⁷⁰¹ e dall'altro lato dall'intervento della Corte di giustizia che, nel caso *Turansky*, ha implicitamente confermato la loro persistente vigenza a seguito dell'incorporazione⁷⁰².

Per quanto riguarda, invece, la prima argomentazione⁷⁰³, richiamando tanto la giurisprudenza della Corte di giustizia⁷⁰⁴, quanto quella della Corte costituzionale⁷⁰⁵ relativa al principio del primato del diritto dell'Unione europea su quello nazionale, sembrerebbe che il giudicante si sia limitato ad assicurare la prevalenza dell'art. 50 della Carta rispetto all'art. 7 della L. 388 del 1993, senza, invece, tenere in considerazione che la dichiarazione in esso contenuta è stata formulata dallo Stato nell'esercizio legittimo di una facoltà concessagli dallo stesso art. 55 CAAS⁷⁰⁶. In altri termini, il confronto non avrebbe dovuto essere operato tra una fonte europea (l'art. 50 della Carta) e una fonte nazionale (nel caso di specie, l'art. 7 della L. 388 del 1993), bensì tra le due norme europee che, in termini diversi,

⁷⁰⁰ Cfr. C. AMALFITANO, *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 3896 ss.; EAD., *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1617.

⁷⁰¹ V., *Supra*, Cap. III, Sez. (C), par. 4.

⁷⁰² Cfr. C.G., 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turansky*, cit. (v. *Supra*, Cap. II, par. 4).

⁷⁰³ L'argomentazione, cioè, inerente ai rapporti tra l'art. 55 CAAS e l'art. 50 CDFUE.

⁷⁰⁴ Cfr. G.i.p., Tribunale di Milano, 6 luglio 2011, cit., p. 3881, dove vengono richiamate le sentenze: C.G., 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, ECLI:EU:C:1963:1; 15 luglio 1963, causa 6/64, *Costa c. Enel*, ECLI:EU:C:1964:66; 9 marzo 1978, causa 106/77, *Amministrazione Firenze c. Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49; tutte reperibili in *Raccolta*, p. 1 ss.

⁷⁰⁵ Cfr. G.i.p., Tribunale di Milano, 6 luglio 2011, cit., p. 3881, dove vengono richiamate le sentenze: C. Cost., n. 170, del 1984 e n. 113 del 1985; sino, alle sent. n. 284 del 2007, n. 125 del 2009 e n. 28 del 2010.

⁷⁰⁶ Il giudice del tribunale di Milano, invece, afferma che: «l'unica divergenza [con l'art. 50 della Carta] attiene alla circostanza che l'Italia con legge, e con atto unilaterale (sia pur previsto dalla stessa normativa comunitaria – art. 54) aveva posto alcune deroghe alla piena operatività del principio». Cfr. G.i.p., Tribunale di Milano, 6 luglio 2011, cit., p. 3883.

disciplinano il principio del *ne bis in idem*: cioè, l'art. 50 della Carta, che con il trattato di Lisbona acquisisce natura cogente, e l'art. 55 CAAS, che, trattandosi di fonte di diritto derivato, risulta subordinato al primo. Proseguendo su tale linea interpretativa, pertanto, «non si tratta (sol)tanto di dover garantire il primato della fonte dell'Unione su quella nazionale, bensì (almeno in prima battuta) di risolvere il “conflitto” (sempre che di conflitto si possa parlare), tra fonti appartenenti allo stesso ordinamento dell'Unione (dove non rileva il principio del primato)»⁷⁰⁷.

Certo è che, anche in questo caso, laddove si pervenga alla conclusione che l'art. 50 CDFUE prevalga sull'art. 55 CAAS, l'esito che si raggiunge sarebbe sempre quello prospettato dal giudice milanese (ossia la non applicazione dell'art. 7 della L. 388 del 1993). Tuttavia, «dal punto di vista della correttezza giuridica del ragionamento svolto sarebbe stato preferibile che meglio venissero delineati i due passaggi logico-argomentativi ora esposti, evitandosi per tale via di confondersi e sovrapporsi parametri differenti di legittimità»⁷⁰⁸.

Ad ogni modo, anche se il ragionamento del giudice fosse stato esposto in questi termini, sarebbe risultato ancora una volta contraddittorio: la tesi diretta a sostenere la tacita abrogazione dell'art. 55 CAAS ad opera del trattato di Lisbona, infatti, è incompatibile con la possibilità, evocata in un passaggio successivo della sentenza, di qualificare l'art. 55 CAAS come “limitazione” al principio sancito nell'art. 50 della Carta (ammissibile solo se rispettosa dei requisiti previsti dall'art. 52, par. 1 della Carta stessa). Anche in questo caso o si propende per la prima interpretazione, e allora non si porrebbero i problemi di compatibilità tra l'art. 50 CDFUE e l'art. 55 CAAS, oppure si accoglie la tesi della coesistenza delle due norme e, in tal caso, si dovrà procedere all'accertamento della sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 52, par. 1 della Carta.

⁷⁰⁷ Cfr. C. AMALFITANO, *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 3896 ss.; EAD., *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1618.

⁷⁰⁸ Cfr. C. AMALFITANO, *Id.*, p. 1618, dove, inoltre, l'autrice precisa che: «sembra trattarsi di un “equivoco diffuso”, dato che sempre (solo) il primato è impiegato in altra pronuncia, del Tribunale di Reggio Calabria (*amplius*, v. *Infra*, Cap. III, Sez. (C), par. 7), in cui si sancisce la diretta e immediata applicazione dell'art. 50 della Carta, con conseguente non operatività delle deroghe di cui all'art. 55 CAAS». Nello stesso senso, V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali*, p. 17.

Inoltre, pur non essendo questa la sede per approfondire le differenze che intercorrono tra la nozione di «diretta applicabilità» e quella di «efficacia diretta» (che da un punto di vista squisitamente metodologico non andrebbero nemmeno accostate o messe a confronto), appare comunque opportuno svolgere una breve riflessione sull'utilizzo (improprio), da parte del giudice milanese, del concetto di «diretta applicabilità» con riferimento alla Carta dei diritti fondamentali. Invero, a prescindere dalla conseguenza, risultante sempre nella disapplicazione della norma nazionale contrastante con la norma europea, sarebbe stato giuridicamente più corretto parlare di «efficacia diretta» dell'art. 50 della Carta. Occorre ricordare che, per insegnamento costante della Corte di giustizia⁷⁰⁹, le disposizioni dei trattati sono dotate di «effetto diretto» e non di «diretta applicabilità». Mentre, infatti, i trattati entrano a far parte dell'ordinamento nazionale soltanto a seguito dell'ordine di esecuzione del legislatore nazionale, la «diretta applicabilità» consiste, invece, in una caratteristica della disposizione europea che prescinde da una norma interna di esecuzione. Certamente, si potrebbe obiettare che la Carta dei diritti fondamentali non è formalmente coperta dalla legge italiana con cui si è data esecuzione al trattato di Lisbona⁷¹⁰: tuttavia, dal momento che la citata legge di esecuzione copre anche la modifica all'art. 6 TUE, che, come noto, attribuisce alla Carta valore giuridico pari a quello dei trattati, si può affermare che è solo attraverso la legge di esecuzione al trattato di Lisbona che la Carta può acquisire, anche nell'ordinamento italiano, la natura riconosciutale dall'art. 6 TUE⁷¹¹.

Frutto di un vero e proprio errore interpretativo è, invece, il richiamo al regime provvisorio di cui agli artt. 9 e 10 del Protocollo n. 36 allegato al TUE e al TFUE,

⁷⁰⁹ Cfr. C.G., 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, cit. Per l'effetto diretto di un principio generale di diritto dell'Unione europea, v., sentenze: C.G., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*; 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Küçükdeveci*; entrambe le sentenze sono reperibili al sito: www.eur-lex.europa.eu.

⁷¹⁰ Cfr. L. 2 agosto 2008, n. 130, in G.U., n. 185 dell'8 agosto 2008.

⁷¹¹ In questo senso, C. AMALFITANO, *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 3896 ss.; EAD., *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1619, in cui l'autrice, all'esito del chiarimento sulle ragioni per cui è preferibile fare riferimento all'«effetto diretto», afferma che: «(...) pertanto, anche per la Carta, è improprio parlare di diretta applicabilità, mentre è più corretto fare riferimento all'effetto diretto, con conseguente invocabilità, da parte degli interessati, delle norme in essa contenute che conferiscano loro diritti in modo chiaro, preciso ed incondizionato».

concernente le *Disposizioni transitorie relative agli atti adottati in base ai titoli V e VI del Trattato sull'Unione europea prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*⁷¹². Il giudice milanese, in particolare, “costruendo” una sorta di combinato disposto tra l’art. 9 e l’art. 10, par. 3 del menzionato Protocollo, era dell’avviso che i problemi relativi alle riserve di cui all’art. 55 CAAS erano destinati a venir meno allo scadere del regime transitorio, dal momento che, a partire da tale data, gli atti dell’*ex terzo pilastro*, non modificati, annullati o abrogati, avrebbero perso ogni effetto giuridico. Tuttavia, come già visto in precedenza, l’art. 10, par. 3 del Protocollo, nel disporre che la misura transitoria da esso contemplata perde comunque efficacia trascorsi cinque anni dall’entrata in vigore del trattato di Lisbona, non si riferisce di certo agli effetti degli atti adottati nel regime pre-Lisbona, ma, al contrario, fa espressamente riferimento al paragrafo 1 dello stesso articolo, il quale, piuttosto, disciplina la sorte delle limitazioni alla giurisdizione della Corte di giustizia in relazione agli stessi atti, sancite dall’art. 35 TUE pre-Lisbona. In altri termini, allo scadere del regime transitorio, la Corte ha acquisito una competenza pregiudiziale generale anche sugli atti dell’*ex terzo pilastro* che, con tutta evidenza (e a differenza di quanto affermato dal giudice milanese), continuano a produrre i propri effetti, come peraltro sancito testualmente dallo stesso art. 9 del Protocollo⁷¹³.

Infine, dato che la sentenza del tribunale di Milano è precedente al chiarimento reso dalla Corte di giustizia con la sentenza *Fransson*⁷¹⁴, sarebbe stato opportuno che il giudice, nell’applicare direttamente l’art. 50 della Carta, si interrogasse anche sull’ambito di applicazione della Carta stessa⁷¹⁵. Come noto, l’art. 51, par. 1, CDFUE, vincolando gli Stati membri alle disposizioni della Carta «esclusivamente

⁷¹² V., *Supra*, Cap. II, par. 2, in particolare, nota 185.

⁷¹³ C. AMALFITANO, *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 3896 ss.; EAD., *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1620.

⁷¹⁴ Cfr. C.G., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit.; v. *Supra*, Cap. III, Sez. (A), par. 3.

⁷¹⁵ In questo senso, D. VOZZA, *Verso un nuovo “volto” del ne bis in idem internazionale nell'Unione europea?*, cit., p. 143 ss.

nell'attuazione del diritto dell'Unione», era (a quel tempo) oggetto delle più disparate interpretazioni dottrinali, cui conseguivano differenti soluzioni pratiche.

Dunque, facendo tesoro dell'insegnamento della Corte di giustizia nel caso *Fransson*, ad oggi possiamo affermare con certezza che, nonostante la repressione degli illeciti contestati nonché le relative sanzioni trovassero la propria base giuridica nel diritto nazionale⁷¹⁶, l'art. 50 della Carta poteva ben trovare applicazione nel caso *de quo*, nella misura in cui veniva in gioco un diritto processuale dell'imputato che rischiava di subire limitazioni ad opera di una norma nazionale *attuativa* del diritto dell'Unione (l'art. 7 della L. n. 388 del 1993 "attuativa" dell'art. 55 CAAS).

In ogni caso, vista la delicatezza degli interessi in gioco nonché la complessità tecnica della questione, sarebbe stato sicuramente più proficuo che il giudice per le indagini preliminari del tribunale di Milano, invece di cimentarsi in una ricostruzione contraddittoria e, per certi aspetti, giuridicamente inesatta, avesse formulato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia⁷¹⁷.

⁷¹⁶ Motivi per i quali taluni in dottrina, accogliendo la tesi maggiormente restrittiva, negavano la possibilità di applicare l'art. 50 della Carta ad un caso di specie analogo.

⁷¹⁷ In questo senso, J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 198, il quale, pur condividendo la soluzione adottata dal giudice milanese, si rammarica del fatto che si sia trattato di una «(...) missed opportunity to receive uniform answers from the ECJ»; A. WEYEMBERGH, *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem*, cit., p. 556, in cui l'autrice, considerando il ragionamento del giudice per certi aspetti "semplicistico", afferma che: «Lui non plus n'a pas saisi la CJ d'une question préjudicielle, la privant par là d'une opportunité de se prononcer sur le sujet et d'éventuellement conclure à l'invalidité des dérogations de l'article 55 au profit du principe ne bis in idem»; C. AMALFITANO, *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 3896 ss.; EAD., *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1620 ss.; V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali*, p. 17 ss.; D. VOZZA, *Verso un nuovo "volto" del ne bis in idem internazionale nell'Unione europea?*, cit., p. 143 ss.

7. *Segue*: altre sentenze nazionali sul rapporto tra art. 55 CAAS e art. 50 CDFUE

La portata delle imprecisioni giuridico-argomentative riscontrate nel percorso motivazionale appena esaminato, al di là della soluzione adottata che, come detto, fino ad una chiara presa di posizione della Corte di giustizia, può essere più o meno condivisibile, potrebbe indurre a considerare questa inesatta ricostruzione propria del solo giudice per le indagini preliminari del tribunale di Milano. Tuttavia, come già anticipato, tale sentenza non è un *unicum*, ma i vari giudici interni, che, nel corso degli anni sono stati costretti a cimentarsi con questo «mosaico giuridico»⁷¹⁸, hanno rivelato le medesime insicurezze logico-interpretative manifestate dal giudice milanese.

Sembra, infatti, trattarsi di un “equivoco” diffuso porre la questione del rapporto intercorrente tra l’art. 50 della Carta e l’art. 55 CAAS in termini di esigenza di assicurare la prevalenza del primo sulla normativa nazionale con cui gli Stati si sono avvalsi delle deroghe sancite nella convenzione di Schengen, in virtù del principio del primato del diritto dell’Unione su quello interno⁷¹⁹. Analogamente al giudice milanese, infatti, anche un giudice del tribunale di Reggio Calabria, chiamato a dover risolvere un problema di *bis in idem* transnazionale, sembra affrontare il nodo della questione sulla possibilità di rinnovare o meno un procedimento in virtù dell’art. 7 della L. n. 388 del 1993, preoccupandosi soltanto di garantire il primato della fonte europea su quella nazionale⁷²⁰.

Il caso di specie, in particolare, riguardava un tentato omicidio commesso, in territorio italiano, da un cittadino rumeno nei confronti di un connazionale; dal momento che l’imputato era già stato processato e condannato per i medesimi fatti

⁷¹⁸ L’espressione «*legal patchwork*» è ripresa da: J.A.E. VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 225.

⁷¹⁹ In questi termini si esprime, C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., p. 1618, con riferimento alla sentenza del g.i.p. del tribunale di Milano. Il ragionamento ivi svolto vale, *mutatis mutandis*, anche per la sentenza di cui si parlerà a breve.

⁷²⁰ Cfr. sentenza, Trib. Reggio Calabria, Prima Sezione Penale, Sent. n. 17 del 13 gennaio 2011, cit.

in Romania con una sentenza divenuta irrevocabile, dinnanzi al giudice di Reggio Calabria tanto la difesa quanto il Pubblico ministero richiedevano una sentenza di non luogo procedere per operatività piena del principio del *ne bis in idem*, con conseguente disapplicazione dell'art. 7 della L. n. 388 del 1993.

Accogliendo la richiesta delle parti, il giudice calabrese giustifica la propria conclusione sulla base di un percorso motivazionale molto affine a quello del giudice di Milano. Egli, infatti, ricorda che l'autorità giudiziaria italiana sarebbe stata pienamente legittimata a procedere *ex novo* nei confronti dell'imputato dato che il reato è stato commesso interamente nel territorio nazionale e l'Italia, in sede di ratifica della convenzione di Schengen si era avvalsa della deroga sancita dall'art. 55, par. 1, lett. *a*), CAAS; tuttavia, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona tale prerogativa sovrana viene meno dal momento che il referente normativo del principio del *ne bis in idem* non deve più essere rinvenuto nell'art. 54 CAAS, bensì nell'art. 50 CDFUE che, come noto, non ammette deroghe. Rievocando, poi, il percorso evolutivo nonché la *ratio* insita nel diritto all'unicità dell'accertamento penale, il giudice del tribunale di Reggio Calabria si dichiara esplicitamente «obbligato» a riconoscere la «diretta ed immediata applicabilità» dell'art. 50 della Carta, in quanto a partire dalla sentenza *Van Gend & Loose*, la Corte di giustizia ha elaborato «due ormai consolidati e pacifici principi che regolano i rapporti tra ordinamento comunitario e quello degli Stati membri: (i) il principio della diretta applicabilità del diritto dell'unione; (ii) il principio della preminenza e del primato del diritto comunitario rispetto alla norma statale»⁷²¹.

Riproducendo le medesime considerazioni già espresse in precedenza con riferimento all'analogo passaggio della sentenza del giudice milanese, si può censurare tale ragionamento nella misura in cui il giudice si sia limitato a confrontare la fonte europea (l'art. 50 della Carta) con la fonte nazionale (nel caso di specie, l'art. 7 della L. 388 del 1993), senza, invece, preoccuparsi dell'antinomia (sempre che di antinomia si possa parlare) tra le due norme europee che, in termini

⁷²¹ Cfr. sentenza, Trib. Reggio Calabria, *idem*, p. 8 e 9.

diversi, disciplinano il principio del *ne bis in idem* in relazione alle quali non opera il principio del primato.

Inoltre, pur citando sentenze della Corte di giustizia esplicitamente dedicate all'effetto diretto⁷²², anche il giudice del tribunale di Reggio Calabria impiega impropriamente l'espressione «diretta applicabilità» con riferimento alla Carta dei diritti fondamentali. Peraltro, sembra che tale imprecisione sia diffusa tanto nella dottrina processual-penalistica quanto nella giurisprudenza italiana. A tal proposito merita particolare attenzione una stravagante sentenza della Corte di Cassazione, intervenuta in un caso di un cittadino rumeno, sottoposto alla misura cautelare della custodia in carcere in Italia per i reati di sfruttamento della prostituzione e riduzione in schiavitù di alcune connazionali avvenuti in territorio italiano, nonostante per i medesimi fatti l'imputato fosse già stato condannato nel Paese d'origine (Romania)⁷²³. A prescindere dall'utilizzo improprio dell'espressione «diretta applicabilità», in luogo di «effetto diretto» con riferimento all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, ciò che sorprende di più è la “lettura congiunta” dell'art. 7 della L. n. 388 del 1993 con il Protocollo n. 36 allegato al TUE e al TFUE. La Corte di Cassazione, infatti, approva la scelta perpetrata, a suo tempo, dalla Corte di Assise messinese (giudice della cognizione del caso di specie) di instaurare *ex novo* il procedimento a carico dell'imputato già condannato in Romania sulla base dell'art. 55 CAAS: la correttezza della soluzione sembrerebbe doversi rinvenire nella circostanza che i fatti erano avvenuti in Italia e che, all'epoca in cui il giudice di merito era intervenuto, *non era ancora scaduto il regime transitorio previsto dagli artt. 9 e 10 del Protocollo n. 36*.

Ed, invece, proprio perché la pronuncia in commento interviene in un momento successivo alla scadenza di tale periodo provvisorio, i nostri giudici di legittimità riconoscono “diretta applicazione” all'art. 50 della Carta non ritenendo più esistenti i problemi di operatività o meno della deroga di cui all'art. 7 della L. n. 388 del

⁷²² Cfr. sentenza, Trib. Reggio Calabria, *idem*, p. 9, nota 9, in cui vengono citate, oltre alla sentenza, C.G., 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, cit., anche le sentenze: C.G., 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne c. Sabena*, ECLI:EU:C:1976:56, e C.G., 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Van Duyn*, ECLI:EU:C:1974:133, entrambe reperibili al sito: www.eur-lex.europa.eu.

⁷²³ Cfr. Cass. pen., Sez. III, Sent. n. 8984, 16 gennaio 2015, in *DeJure*.

1993, dato che questa sembrerebbe essere venuta meno. In altri termini, il ragionamento è del tutto coincidente con quello del giudice del tribunale di Milano: «Sarebbe rimasta, mai abrogata, secondo i più, la citata norma di cui alla L. n. 388 del 1993, art. 7 (...), che andrebbe letta in un tutt'uno con il protocollo n. 36 allegato al TUE e al TFUE che al titolo 7^o, agli artt. 9 e 10 disciplinano il regime transitorio delle norme e delle istituzioni comunitarie precedenti all'entrata in vigore del trattato di Lisbona. (...). L'art. 10, al comma 3 sancisce tuttavia che “in ogni caso la misura transitoria di cui al paragrafo 1 cessa di avere effetto cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona. (...) Proprio tale limite temporale, allora, evita a questo punto di dover porsi il problema se ai sensi dell'art. 9 possa ritenersi tutt'ora valida la deroga di cui alla citata L. n. 388 del 1993, art. 7, in quanto il 1.12.2014 sono comunque decorsi i 5 anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Ne deriva che l'art. 50 della Carta di Nizza deve considerarsi disposizione direttamente applicabile nell'ordinamento interno, ai sensi dell'art. 6 del trattato di Lisbona»⁷²⁴. Come già detto in precedenza, tale ricostruzione è frutto di un vero e proprio errore interpretativo dato che le norme del Protocollo menzionate non si riferiscono agli effetti degli atti adottati nel regime pre-Lisbona, ma, al contrario, alle limitazioni alla giurisdizione della Corte di giustizia in relazione agli stessi atti, sancite dall'art. 35 TUE pre-Lisbona.

Alla medesima conclusione volta alla disapplicazione della norma interna di “recepimento” dell'art. 55 CAAS è giunta anche la Corte suprema greca in una sentenza del 2011⁷²⁵. Il caso di specie, in particolare, vedeva coinvolti due cittadini greci già condannati dalla Corte di appello di Roma a cinque anni di reclusione per vendita, possesso, trasporto e importazione in Italia di più di quindici tonnellate di cannabis. Dopo aver scontato interamente la pena in Italia furono condannati dalla Corte di appello di Atene per possesso e trasporto della medesima quantità di droga con alcune circostanze aggravanti.

⁷²⁴ Cfr. paragrafi 4 e 5, *ibidem*.

⁷²⁵ Cfr. sentenza del Tribunale supremo greco (*Aeroios Pagos, Hellenic Supreme Court*), Sent. n.1 del 9 giugno 2011

Posto che i fatti all'origine delle due condanne erano i medesimi, i difensori degli imputati impugnarono la sentenza dinnanzi alla Corte suprema greca per violazione del principio del *ne bis in idem*. Dalla breve traduzione inglese della sentenza si deduce che il secondo processo in territorio greco era stato instaurato in virtù della dichiarazione effettuata dalla Grecia, in sede di ratifica della convenzione di Schengen, in virtù dell'art. 55 CAAS, con cui si riservava di non applicare il principio del *ne bis in idem* nel caso di reati concernenti il traffico di stupefacenti⁷²⁶. In particolare, l'art. 8, lett. θ del codice penale greco prevedeva che i tribunali ellenici avessero giurisdizione sui reati concernenti il traffico di stupefacenti commessi in uno Stato straniero; l'art. 9 stabiliva che la condanna di un soggetto dal tribunale di un altro Stato per un reato concernente il traffico di stupefacenti nel suo territorio non precludeva la possibilità di perseguirlo e condannarlo nuovamente per lo stesso atto dai tribunali greci; e, infine, l'art. 10 imponeva, in caso di seconda condanna, lo scomputo della pena già sofferta all'estero.

Al fine di riconoscere l'illegittimità di tali deroghe e, dunque, di applicare pienamente il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta, la Corte suprema ellenica si cimenta, analogamente al giudice per le indagini preliminari del tribunale di Milano, in un ragionamento contraddittorio: in prima battuta, infatti, afferma che la dichiarazione effettuata dalla Grecia è stata tacitamente abrogata dall'art. 50 della Carta in seguito all'entrata in vigore del trattato di Lisbona; per avvalorare, poi, tale conclusione prosegue asserendo che la limitazione al diritto di

⁷²⁶ Ratification Statute No. 2514/1997, OG A 140: «*The Hellenic Republic declares, in accordance with article 55 of the Convention Implementing the Schengen Agreement, that it shall not be bound by article 54 of the Convention in the following cases: 1. where the acts to which the foreign judgment relates took place in whole or in part in Greek territory. This exception shall not apply if the acts took place in part in the territory of the Contracting Party where the judgment was delivered; 2. where the acts to which the foreign judgment relates were committed by officials of Greece in violation of the duties of their office; 3. where the acts to which the foreign judgment relates constitute one of the following offenses under Greek law: a. offenses against the State (articles 134-137quinquies CC); b. acts of treason (articles 138-152 CC); c. offenses against political institutions and the Government (articles 157-160 CC); d. offenses against the President of the Republic (article 168 CC); e. offenses against military service and conscription (articles 202-206 CC); f. acts of piracy (article 215 of the Maritime Code); g. offenses against currency (articles 207-215 CC); h. illicit trafficking in narcotic drugs and psychotropic substances; i. offenses against antiquities and Greek cultural heritage; 4. where the acts to which the foreign judgment relates fall under international conventions signed and ratified by the Greek State*».

non essere perseguiti e giudicati due volte per il medesimo fatto, sancita dall'art. 8 del codice penale ellenico (con cui è stata "recepita" la deroga sancita dall'art. 55 CAAS), è contraria all'art. 52, par. 1 della Carta, in quanto non rispettosa del principio di proporzionalità.

Come già detto, benché la conseguenza nell'ordinamento interno sia la stessa, ossia la disapplicazione della norma nazionale, o si afferma che tali deroghe sono state tacitamente abrogate dall'art. 50 della Carta, e in questo caso non si porrebbero problemi di "compatibilità" tra le norme, oppure si sostiene che le stesse, pur essendo ancora in vigore, non possono dirsi legittime in quanto non rispettose del principio di proporzionalità sancito dall'art. 52, par. 1, CDFUE.

A prescindere dai percorsi motivazionali intrapresi dalle corti nazionali, caratteristiche comuni a tutte le pronunce fino ad ora intervenute sul tema sono, da un lato, la mancata proposizione da parte dei giudici interni di un rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia e, dall'altro lato, l'adozione di una soluzione diretta ad una protezione effettiva del principio del *ne bis in idem* nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Ci si deve, peraltro, rammaricare che le corti tedesche, intervenute prima della sentenza *Spasic* con pronunce giuridicamente più precise⁷²⁷, abbiano valutato la questione dei rapporti intercorrenti tra la convenzione di Schengen e la Carta dei diritti fondamentali soltanto con riferimento alla condizione di esecuzione. Se, infatti, nelle sentenze menzionate il riferimento normativo fosse stato operato agli artt. 54 ss. CAAS e non solo all'art. 54 CAAS, in modo tale, cioè, da contemplare anche le deroghe sancite dall'art. 55 CAAS, saremmo stati indotti ad una riflessione sull'eventualità che una più puntuale ricostruzione logico-argomentativa avrebbe, in realtà, portato ad ammettere (forse più correttamente) che tali eccezioni non costituiscono "violazione", bensì legittima specificazione dell'art. 50 della Carta, nella misura in cui siano comunque rispettose dei criteri richiamati anche nelle stesse *Spiegazioni* alla Carta.

⁷²⁷ V. *Supra*, Cap. III, Sez. (B), par. 4.

8. La recente sentenza *Kossowski*: un'occasione persa per definire lo status delle riserve di cui all'art. 55 CAAS

A fronte di questo variegato panorama nazionale, si è arrivati, di recente, al tanto auspicato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia relativo, per l'appunto, alla "compatibilità" delle riserve al principio del *ne bis in idem* contenute nell'art. 55 CAAS con la previsione che lo sancisce, senza prevedere alcuna deroga, all'art. 50 della Carta⁷²⁸. Dopo un breve riepilogo dei fatti oggetto del procedimento *a quo* e della decisione della Corte di giustizia, l'indagine si concentrerà principalmente sull'opinione dell'Avvocato generale, la quale, come anticipato, potrebbe fornire interessanti spunti di riflessione sulla possibilità di superare la deroga al *ne bis in idem* fondata sul principio di territorialità.

Come si ricorderà, il caso di specie riguardava un cittadino polacco, il sig. *Piotr Kossowski*, imputato di estorsione aggravata ai fini di rapina, commessa nel 2005 in territorio tedesco. Una volta rientrato in Polonia, il sig. *Kossowski* fu arrestato per altri motivi e sottoposto, altresì, ad un procedimento penale per i fatti commessi in Germania, nel corso del quale il pubblico ministero distrettuale di *Kolobrzeg* aveva richiesto alla Procura di Amburgo la trasmissione della copia del fascicolo delle indagini ivi tenute. A causa della carenza di elementi di prova per sostenere l'accusa in giudizio, tuttavia, il pubblico ministero chiuse il procedimento con un provvedimento di archiviazione, nella cui motivazione si sottolineava l'impossibilità di verificare le poche e contraddittorie dichiarazioni dell'imputato, dal momento che la vittima e l'unico testimone risiedevano in Germania. La Procura di Amburgo, informata della decisione, emise immediatamente un mandato di arresto europeo nei confronti del sig. *Kossowski*, la cui esecuzione venne, tuttavia, rifiutata dalle autorità polacche, giacché la decisione di archiviazione del p.m. era divenuta ormai definitiva ai sensi della legge nazionale. Nel 2014 il sig. *Kossowski* tornò in Germania, ove, in seguito al suo arresto, la Procura di Amburgo richiese il rinvio a giudizio per i fatti commessi nel 2005. Il Tribunale regionale di

⁷²⁸ Cfr. C.G., Grande Sezione, 29 giugno 2016, causa C-486/14, *Piotr Kossowski*, cit.

Amburgo, tuttavia, oltre alla revocazione del mandato di arresto europeo, rigettò anche la richiesta, sulla base del fatto che la celebrazione di un secondo procedimento, questa volta in Germania, avrebbe violato il principio del *ne bis in idem*; e ciò benché la Germania avesse recepito l'eccezione di cui all'art. 55, comma 1, lett. a), CAAS, attribuendo alle proprie autorità giudiziarie la possibilità di iniziare o continuare un secondo processo penale qualora il fatto già giudicato all'estero fosse stato commesso in tutto o in parte sul territorio tedesco. A fronte di tale rigetto, il pubblico ministero propose appello all'*Hanseatisches Oberlandesgericht* di Amburgo, il quale decise di sottoporre pregiudizialmente alla Corte di giustizia due quesiti: (i) anzitutto, se le riserve formulate dagli Stati membri all'atto della ratifica della convenzione di Schengen, ai sensi del suo art. 55, par. 1, ed in particolare quella sancita alla lett. a), in base alla quale lo Stato non è vincolato al principio del *ne bis in idem* «quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti in tutto o in parte nel suo territorio», siano ancora giuridicamente efficaci a seguito dell'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione europea.

In caso di risposta affermativa a tale quesito, i giudici di Lussemburgo avrebbero dovuto accertare la “compatibilità” di tali limitazioni con l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali, alla luce dei criteri sanciti dall'art. 52, par. 1 CDFUE. Nel caso in cui la Corte, invece, avesse ritenuto che le riserve formulate in virtù dell'art. 55 CAAS avessero perso efficacia dopo l'integrazione dell'*acquis* oppure che le stesse non potessero considerarsi specifica legittimazione del principio consacrato nell'art. 50 della Carta, sarebbe stata chiamata a stabilire (ii) se il provvedimento di archiviazione emesso dal pubblico ministero, con cui si concluse l'istruttoria senza rinvio a giudizio avrebbe potuto costituire «sentenza definitiva» idonea a fondare la preclusione del *ne bis in idem*, pur se con il provvedimento medesimo non erano state irrogate sanzioni e nel corso del procedimento non era stata condotta un'istruttoria approfondita⁷²⁹.

⁷²⁹ C. AMALFITANO, *Derogabilità del principio del ne bis in idem sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione?*, in www.eurojus.it.

Nonostante la questione sicuramente più interessante fosse la prima, dato che, per la prima volta, i giudici di Lussemburgo erano posti di fronte al problema della persistente validità delle riserve di cui all'art. 55 CAAS, la Corte di giustizia ha deciso di invertire l'ordine dei quesiti proposti, analizzando preliminarmente la questione relativa ai confini della nozione di «sentenza definitiva»⁷³⁰. Del resto, la strategia adottata dai giudici di Lussemburgo non è priva di logicità, dal momento che l'operatività del principio e, di conseguenza delle deroghe ad esso consentite dal regime di Schengen, è subordinato alla qualificazione del provvedimento in questione quale decisione definitiva: in questo senso, dunque, ogniqualvolta la decisione emessa dal giudice nazionale non possa considerarsi tale, l'instaurazione del procedimento per i medesimi fatti è sempre legittima.

E, infatti (o forse purtroppo), nel caso di specie il secondo processo era pienamente legittimo, dal momento che il provvedimento di archiviazione del pubblico ministero polacco non integrava il requisito della definitività per le ragioni in precedenza esposte: di conseguenza, la Corte di giustizia non ha ritenuto necessario affrontare la questione, ai nostri fini, più rilevante. Nonostante, come sottolineato, la strategia adottata dai giudici di Lussemburgo non fosse priva di fondamento, ci si deve rammaricare dell'occasione persa per definire lo *status* delle riserve formulate dagli Stati in virtù dell'art. 55 CAAS, viste soprattutto le contrastanti interpretazioni *in concreto* formulate dalle varie Corti nazionali che sono indubbiamente il sintomo di una perdurante incertezza in materia⁷³¹.

⁷³⁰ Per l'analisi di tale quesito pregiudiziale, v., *Supra*, Cap. II, par. 5.

⁷³¹ In dottrina, sulla sentenza, v., V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali*, cit., p. 18 ss.; P. BERNARDONI, *Nuova pronuncia della Corte di Giustizia sul ne bis in idem*, cit.; M. SIMONATO, *Ne bis in idem in the EU: two important questions for the CJEU (Opinion of the AG in C-486/14 Kossowski)*, 12 gennaio 2016, in www.europeanlawblog.eu.

9. Le conclusioni dell'Avvocato generale Bot: uno spunto per un possibile superamento della deroga fondata sul principio di territorialità

Come più volte anticipato, particolarmente interessati ai nostri fini appaiono le conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot⁷³². Sottoponendo al proprio vaglio interpretativo la prima questione pregiudiziale presentata dal giudice *a quo*, l'Avvocato generale si preoccupa subito di sgomberare il campo da possibili incertezze concernenti gli effetti conseguiti all'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel contesto normativo europeo ad opera del Protocollo *ad hoc* allegato al trattato di Amsterdam: a suo avviso, infatti, il trasferimento delle disposizioni della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen nel diritto europeo non ha avuto alcuna incidenza sulla validità dell'art. 55 CAAS⁷³³ e dunque, sulle disposizioni nazionali con cui gli Stati hanno originariamente dichiarato di avvalersi delle eccezioni al principio del *ne bis in idem* in esso sancito.

Ciò chiarito, non resta che affrontare il vero punto nevralgico del problema, ossia la "compatibilità" tra la norma della convenzione di Schengen (e le relative disposizioni nazionali di attuazione) e le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali⁷³⁴. A tal fine, il ragionamento dell'Avvocato generale prende le mosse

⁷³² Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale, YVES BOT, presentate in data 15 dicembre 2015, in causa C-486/14, *Procedimento penale c. Piotr Kossowski*, cit.

⁷³³ Cfr. paragrafo 33, *ibidem*: «Per quanto concerne il primo punto trattato dal giudice del rinvio, vale a dire le conseguenze dell'integrazione dell'*acquis* di Schengen sulla validità dell'art. 55, paragrafo 1, lettera a), della CAAS, ritengo che, a priori, *tale integrazione non abbia avuto di per sé l'effetto di invalidare detta disposizione*». Corsivo aggiunto. A ben vedere, tuttavia, non è mai stato sollevato il dubbio concernente la perdurante validità dell'art. 55 CAAS a seguito dell'integrazione dell'*acquis* di Schengen; caso mai, il problema riguardava la persistente vigenza delle riserve formulate dagli Stati in sede di ratifica, accettazione o approvazione della convenzione stessa, in virtù della norma citata.

⁷³⁴ Cfr. paragrafo 35, *ibidem*: «Se, da un lato, non è contestabile che la riserva di cui all'articolo 55, paragrafo 1, lettera a), della CAAS faccia parte dell'*acquis* di Schengen e sia divenuta parte integrante del diritto dell'Unione, dall'altro, rimane da stabilire se il contenuto di tale disposizione sia compatibile con lo stato attuale del diritto dell'Unione quale risulta, da una parte, dalla giurisprudenza della Corte e, dall'altra, dalle disposizioni della Carta, entrambe successive sia all'elaborazione della CAAS, sia alla sua integrazione a titolo di *acquis* di Schengen (...). Occorre allora determinare se, nel caso attualmente in esame, la riserva invocata costituisca un ostacolo alla costruzione [dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia] e, se necessario, proporre di escluderla oppure di interpretarla, se possibile, in un senso conforme alla volontà del legislatore dell'Unione».

dalla *ratio* del *ne bis in idem*⁷³⁵ e dall'inquadramento dell'art. 55, par.1, lett. a), CAAS nel contesto dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la cui creazione rappresentava l'obiettivo perseguito dal legislatore dell'Unione mediante l'incorporazione della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen nel quadro normativo europeo⁷³⁶. In questo contesto, dunque, il principio del *ne bis in idem* costituisce un aspetto del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie degli altri Stati membri dell'Unione, il quale, a sua volta, incarna la pietra miliare su cui è fondata la cooperazione giudiziaria in materia penale⁷³⁷. Richiamando, dunque, il punto 33 della sentenza *Gözütok e Brügge*⁷³⁸, l'Avvocato generale attribuisce alla Corte di giustizia il merito di aver trasformato tale principio (e con esso, il *ne bis in idem*) nel presupposto per la creazione di quella fiducia reciproca indispensabile per la realizzazione e il mantenimento dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁷³⁹.

Di conseguenza, in un contesto in cui l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle sentenze impone agli Stati membri di fidarsi reciprocamente

⁷³⁵ Cfr. paragrafi 37 e 38, *ibidem*. In linea con la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, l'Avvocato generale individua la *ratio* del principio, oltre che nella certezza del diritto e nella tutela del singolo dall'arbitrio persecutorio, anche (e soprattutto, nel contesto europeo) nella garanzia della libertà di circolazione. Per l'orientamento della Corte sulla *ratio* del *ne bis in idem*, v., paragrafo 33 della sentenza, *Van Esbroeck*, cit.; paragrafo 38 della sentenza, *Gözütok e Brügge*, cit.; paragrafo 32 della sentenza, *Miraglia*, cit.; paragrafo 57 della sentenza, *Van Straaten*, cit.; nonché, par. 44 della sentenza, *Kossowski*, cit.

⁷³⁶ Cfr. paragrafo 35 della Conclusione dell'Avvocato generale, *Procedimento penale c. Piotr Kossowski*, cit., l'Avvocato generale, richiamando il primo punto del preambolo del Protocollo di Schengen, ricorda, infatti, che: «(...) con tale integrazione, si intendeva, in particolare, (...) consentire all'Unione europea di trasformarsi più rapidamente in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

⁷³⁷ Cfr. paragrafo 39, *ibidem*: «(...) Per superare le difficoltà derivanti dalla diversità di sistemi che non sono stati oggetto né di armonizzazione né di ravvicinamento (...) la Corte ha applicato il principio del reciproco riconoscimento».

⁷³⁸ Cfr. paragrafo 33 della sentenza, C.G., 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, cit.: «Alla luce di ciò, il principio del *ne bis in idem*, sancito nell'art. 54 della CAAS, a prescindere dal fatto che sia applicato nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale che necessitino o meno dell'intervento di un giudice o di pronunce giudiziali, implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse».

⁷³⁹ Cfr. paragrafi 41-44 delle Conclusioni dell'Avvocato generale, *Procedimento penale c. Piotr Kossowski*, cit.; in particolare, paragrafo 43, ove l'Avvocato generale afferma che: «(...) La formula utilizzata deve essere interpretata nel senso che la fiducia reciproca è non già il presupposto dell'applicazione del reciproco riconoscimento, bensì la conseguenza imposta agli Stati membri dall'applicazione di tale principio (...)». Corsivo aggiunto.

a prescindere dalle differenze tra i rispettivi sistemi repressivi nazionali, la riserva *ex art. 55, par. 1, lett. a)*, CAAS, nella misura in cui consente ad uno Stato membro di derogare all'art. 54 CAAS sulla base del principio di territorialità, avrebbe «l'effetto di svuotare del suo contenuto il principio del *ne bis in idem*»: considerazione, di per sé sufficiente, ad avviso dell'Avvocato generale, «per concludere nel senso che detta riserva dev'essere dichiarata invalida»⁷⁴⁰. Ciò salva, ovviamente, la possibilità di attribuire a tale riserva, fondata sulla territorialità della legge penale, un effetto *utile* che sia funzionale a «soddisfare un interesse superiore che non costituisca un effetto contrario all'elaborazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia»⁷⁴¹. In questo passaggio di non facile comprensione, cioè, sembrerebbe che l'Avvocato generale si sia servito dell'espressione «utilità» per procedere all'accertamento della sussistenza in capo alla riserva, sancita dall'art. 55, par. 1, lett. a), CAAS, del requisito della «necessità» che, ai sensi dell'art. 52, par. 1, CDFUE, deve caratterizzare ogni limitazione ai diritti fondamentali consacrati nella Carta.

Attraverso un articolato, e per certi versi complesso, percorso argomentativo, imperniato su una lettura piuttosto singolare della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al concetto di *idem*, l'Avvocato generale giunge a ritenere non necessaria la riserva fondata sul principio di territorialità⁷⁴², in ragione dell'esistenza di altri strumenti di per sé idonei a limitare l'applicazione del principio del *ne bis in idem*. Più precisamente, dalle parole dell'Avvocato generale sembrerebbe che sia proprio il «significato non puramente naturale, ma al contrario

⁷⁴⁰ Entrambi i virgolettati, cfr. paragrafo 48, *ibidem*: «Infatti, non vi è dubbio che l'applicazione della riserva di cui all'articolo 55, paragrafo 1), della CAAS ha l'effetto di svuotare del suo contenuto il principio del *ne bis in idem*. Tenuto conto delle considerazioni di cui sopra, relative al legame tra tale principio e quello del reciproco riconoscimento, nonché dell'importanza fondamentale di quest'ultimi per la costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, questa considerazione è, da sola, sufficiente per concludere nel senso che detta riserva dev'essere dichiarata invalida». Corsivi aggiunti.

⁷⁴¹ Cfr. paragrafo 49, *ibidem*.

⁷⁴² Cfr. paragrafo 51, *ibidem*: «A tale riguardo, ritengo che il riferimento alla nozione di utilità o di necessità porti a concludere che la riserva di cui all'articolo 55, paragrafo 1, lettera a), della CAAS è *inutile*, appunto perché essa non è più necessaria per effetto dell'esatta applicazione della giurisprudenza della Corte, in linea con le disposizioni della Carta, come illustrerò adesso». Corsivo aggiunto.

giuridico»⁷⁴³ attribuito dalla Corte alla nozione di *idem*, a consentire, già di per sé, talune limitazioni applicative del principio: di conseguenza, la conservazione di una deroga, come quella di cui si discute, non solo risulterebbe superflua ma svuoterebbe il principio di qualsiasi significato.

In particolare, l'Avvocato generale osserva che, per costante giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo, l'*idem* debba essere interpretato nel senso di «identità materiale dei fatti»: di conseguenza, l'instaurazione o la prosecuzione di un secondo procedimento risulta preclusa anche laddove la legislazione penale dello Stato membro, che intende procedere per secondo, attribuisca una qualificazione giuridica diversa a fatti che siano materialmente identici a quelli oggetto del primo processo. Al fine, dunque, di stabilire se tali fatti siano effettivamente i *medesimi*, la Corte di giustizia richiede al giudice nazionale di accertare che gli stessi risultino «inscindibilmente legati tra loro nel tempo, nello spazio e nell'oggetto»⁷⁴⁴. In assenza di precise indicazioni della giurisprudenza di Lussemburgo, l'Avvocato generale qualifica l'«oggetto dell'atto» nello scopo, nella finalità o meglio nell'intenzione dell'illecito stesso⁷⁴⁵: di conseguenza, il requisito del collegamento oggettivo non sarebbe integrato (e, dunque, i due procedimenti non potranno dirsi, per l'appunto, in *idem*) qualora la legislazione penale di uno dei due Stati attribuisca, a differenza dell'altro, rilevanza anche al movente del reato.

Tale evenienza, in realtà, era stata presentata, in sede di udienza, dal Governo tedesco come una di quelle ipotesi in cui era assolutamente indispensabile per lo Stato invocare la riserva di cui all'art. 55, par. 1, lett. a), CAAS. L'esempio riportato dal Governo tedesco e ripreso dall'Avvocato generale per avallare la tesi sopra

⁷⁴³ Cfr. paragrafo 54, *ibidem*: «La Corte ha dato alla nozione di «medesimi fatti» un significato non puramente materiale, ma al contrario, giuridico (...)».

⁷⁴⁴ Cfr. paragrafo 55, *ibidem*: «Così, la Corte ha definito le condizioni dell'identità dei fatti precisando che si trattava di fatti che erano sostanzialmente i medesimi (...) inscindibilmente collegati tra loro nel tempo, nello spazio nonché per «oggetto». In questo modo, la Corte ha dato, in tale forma, una definizione classica della nozione di reato, riferendosi ad un'identità dell'atto considerato nel significato, nella sostanza, che gli attribuisce l'intenzione delittuosa del suo autore». V., anche: paragrafo 38 della sentenza, *Van Esbroeck*, cit.; paragrafo 56 della sentenza, *Gasparini*, cit.; paragrafo 52 della sentenza, *Van Straaten*; paragrafo 26 della sentenza, *Kraaijenbrink*. Per la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla nozione di *idem*, v., *Supra*, Cap. II, par. 8.

⁷⁴⁵ Cfr. paragrafi 56 e 57 delle Conclusioni dell'Avvocato generale, *Procedimento penale c. Piotr Kossowski*, cit.

esposta, riguardava il caso di un individuo di nazionalità non tedesca che avesse commesso in Germania un reato violento ispirato all'apologia di nazismo e che veniva condannato nel Paese di origine per il reato compiuto, ma non per il delitto di apologia di nazismo (fattispecie tipica del solo diritto penale tedesco).

A differenza del Governo tedesco, l'Avvocato generale ritiene che anche in un caso di questo tipo la riserva fondata sul principio di territorialità è priva di utilità, dal momento che il principio del *ne bis in idem* non potrebbe operare in una tale ipotesi, non risultando i fatti oggetto dei due procedimenti «inseparabilmente collegati» tra loro quanto all'oggetto. In altri termini, nell'ottica dell'Avvocato generale il movente (nell'esempio, apologia di nazismo) deve assurgere ad elemento di per sé sufficiente a qualificare un fatto come “reato diverso” rispetto a quello oggetto della prima sentenza definitiva⁷⁴⁶; di conseguenza, se la nozione di *idem* è già di per sé idonea a valorizzare la differenza sostanziale tra reati (in particolare, animati da “moventi” diversi)⁷⁴⁷, «consentire ad uno Stato di eludere il principio del *ne bis in idem* in situazioni diverse equivarrebbe a svuotarlo di ogni contenuto e rimetterebbe in discussione il sistema su cui si fonda lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia»⁷⁴⁸.

Sulla base di tali premesse, l'Avvocato generale suggerisce alla Corte di giustizia di dichiarare invalida la riserva di cui all'art. 55, par. 1, lett. a), CAAS, in

⁷⁴⁶ Cfr. paragrafi 58-65, *ibidem*.

⁷⁴⁷ Cfr. paragrafo 66, *ibidem*: «I principi che ho menzionato mi inducono a considerare legittima la seconda azione penale, poiché la differenza invocata impedisce l'applicazione del principio del *ne bis in idem*. Tuttavia, si deve riconoscere che i reati concorrenti, pur complessivamente diversi, sono parzialmente identici. Sarebbe certamente censurabile accettare un cumulo puro e semplice delle condanne definitive emesse nei due Stati membri. La soluzione, semplice e attuata in varie legislazioni nazionali, consiste nell'eseguire soltanto la più pesante delle due condanne. A mio avviso, solo tale soluzione consente di coprire in modo accettabile, alla luce dei principi, tutte le possibili situazioni concrete (...)».

⁷⁴⁸ Cfr. paragrafo 67, *ibidem*: «A mio avviso, da quanto precede, risulta che la riserva di cui all'articolo 55, paragrafo 1, lettera a), della CAAS non è effettivamente più necessaria, sia nel caso in esame sia in qualsiasi altro caso. Poiché, infatti, la giurisprudenza della Corte e la Carta consentono di garantire il rispetto della differenza sostanziale tra i reati, consentire a uno Stato membro di eludere il principio del *ne bis in idem* in situazioni diverse equivarrebbe a svuotarlo di ogni contenuto e rimetterebbe in discussione il sistema su cui si fonda lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

quanto non necessaria e non rispettosa del «contenuto essenziale del principio del *ne bis in idem*»⁷⁴⁹.

Le laboriose conclusioni dell'Avvocato generale non sono certamente in grado di porre un punto fermo, come sarebbe invece avvenuto se la Corte di giustizia si fosse pronunciata al riguardo; ciononostante, la complessa argomentazione dell'Avvocato generale induce ad alcune riflessioni. Anzitutto, è evidente che la soluzione cui si perviene è basata su argomentazioni non perfettamente in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia⁷⁵⁰ e, a partire dalla sentenza *Zolotukhin*⁷⁵¹, della Corte di Strasburgo sulla nozione di *idem*. Infatti, dopo aver correttamente argomentato la propria tesi facendo riferimento al criterio “storico-naturalistico” dell'identità dei fatti materiali accolto dalla giurisprudenza delle Corti europee⁷⁵², l'Avvocato generale asserisce che l'identità dell'«oggetto» includerebbe il «movente», con la conseguenza che la variazione di tale intento insito nel reato implicherebbe la “diversità” di fatti *materialmente identici*.

In altri termini, l'Avvocato generale richiama, tra le altre, la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Kraaijenbrink*⁷⁵³, in cui compare il riferimento al criterio dell'unità dei fatti per tempo, spazio e oggetto. A ben vedere, però, mentre nel caso rievocato l'elemento dell'oggetto serviva per accertare la sussistenza del requisito dell'*idem* in relazione al caso di più illeciti realizzati in esecuzione del medesimo disegno criminoso⁷⁵⁴, l'Avvocato generale, invece, lo impiega al fine di scindere un

⁷⁴⁹ Cfr. paragrafo 68, *ibidem*. In dottrina, sulle conclusioni, v., V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali*, p. 19 ss.; P. BERNARDONI, *Nuova pronuncia della Corte di Giustizia sul ne bis in idem*, cit.; M. SIMONATO, *Ne bis in idem in the EU*, cit.

⁷⁵⁰ Per la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla nozione di *idem*, v., *Supra*, Cap. II, par. 8.

⁷⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, n. 14939/03, cit. Per la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla nozione di *idem*, v., *Supra*, Cap. II, par. 9.

⁷⁵² Cfr. paragrafo 55 delle Conclusioni dell'Avvocato generale, *Procedimento penale c. Piotr Kossowski*, cit.

⁷⁵³ Cfr. C.G., 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Kraaijenbrink*, cit.

⁷⁵⁴ Cfr. paragrafo 26, *ibidem*: «Al fine di risolvere tale questione, occorre ricordare che la Corte ha già dichiarato che l'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'art. 54 CAAS è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro (...); paragrafo 27, *ibidem*: «Per determinare se esiste un tale insieme di circostanze concrete, i giudici nazionali competenti devono accertare se i fatti materiali dei due procedimenti costituiscano un insieme di fatti inscindibilmente collegati nel tempo, nello spazio nonché per oggetto (...).».

elemento di un unico fatto concreto (ossia, l'elemento psicologico dello scopo perseguito dall'autore) dagli altri che lo compongono.

Una ricostruzione di questo tipo, ancorché effettivamente idonea a consentire un superamento delle deroghe sancite dall'art. 55 CAAS, potrebbe, tuttavia, essere il preludio di un'involuzione del sistema: infatti, valorizzare l'elemento del movente dell'illecito significherebbe attribuire rilevanza non ai fatti materiali, bensì alla mera qualificazione giuridica che gli stessi ricevono nelle legislazioni penali statuali.

E, come già in precedenza evidenziato, un *ritorno* (verosimilmente impossibile) alla definizione “giuridico-formale” del concetto di *idem*, fondata sul confronto delle fattispecie astratte, contrasterebbe non soltanto con l'evoluzione giurisprudenziale cui sono pervenute le Corti europee negli ultimi anni, volta ad estendere i confini operativi del principio del *ne bis in idem*, ma anche (e soprattutto) con la tendenziale apertura, tipica degli Stati membri dell'Unione europea, al modo di essere dei sistemi repressivi stranieri, in virtù di una fiducia reciproca talmente elevata da aver permesso, a partire dal Consiglio europeo di Tampere fino ai nostri giorni, l'estensione dell'ambito applicativo della pietra miliare sui cui si impernia l'intera cooperazione giudiziaria in materia penale: il principio del reciproco riconoscimento delle sentenze pronunciate *aliundi*.

In conclusione, dalle premesse che precedono, non si può convenire con la soluzione suggerita dall'Avvocato generale, dal momento che il suo eventuale (anche se inverosimile) accoglimento da parte della Corte di giustizia porterebbe al rischio di limitare eccessivamente, non tanto l'applicazione delle riserve sancite dall'art. 55 CAAS, bensì l'operatività del principio del *ne bis in idem* stesso.

Conclusioni

L'occasione persa dalla Corte di giustizia nel caso *Kossowski* per definire lo *status* delle deroghe al principio del *ne bis in idem* sancite dall'art. 55 CAAS lascia ancora ampio margine di manovra ai giudici nazionali che, trovandosi di fronte all'ardua scelta di concedere o meno all'imputato la più ampia tutela dal rischio di un doppio processo, potrebbero optare per la disapplicazione delle norme interne, ritenendole confliggenti con l'art. 50 della Carta sulla base di un ragionamento puramente discrezionale. Tuttavia, in assenza di indicazioni chiare ed univoche sul punto, deferire ai giudici dei diversi Stati membri la questione relativa alla sorte dell'art. 55 CAAS e ai suoi rapporti con la Carta potrebbe condurre a decisioni nazionali incongruenti e discordanti⁷⁵⁵, ponendo così in serio pericolo l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea.

Alla luce di questa premessa, dunque, sarebbe fortemente auspicabile che un giudice nazionale, nuovamente investito di un secondo processo in *idem* in uno Stato membro che si sia avvalso delle riserve concesse dall'art. 55 CAAS, formulasse un ulteriore rinvio pregiudiziale in Corte di giustizia per accertare, in prima battuta, se il Protocollo di Schengen, allegato al trattato di Amsterdam, abbia effettivamente coperto le dichiarazioni con cui gli Stati membri hanno espresso la volontà di avvalersi di tali deroghe al principio del *ne bis in idem*. In realtà, è stato dimostrato nei paragrafi precedenti che, pur in assenza di esplicite indicazioni testuali nel diritto dell'Unione europea, la tesi volta ad affermare la sopravvenuta inoperatività delle riserve formulate dagli Stati in virtù dell'art. 55 CAAS a seguito del trattato di Amsterdam potrebbe essere facilmente respinta facendo leva sulla loro menzione in atti e proposte successive e sull'implicito orientamento espresso dalla Corte di giustizia nel caso *Turansky*⁷⁵⁶.

Pertanto, se l'interpretazione diretta a sostenere la perdurante vigenza delle riserve, a seguito del incorporazione dell'*acquis* di Schengen nel quadro normativo

⁷⁵⁵ Peraltro, si è già visto come il rischio di decisioni basate su ragionamenti poco chiari e spesso contraddittori si è già avverato. V., *Supra*, Cap. III, Sez. (C), par. 5, 6 e 7.

⁷⁵⁶ V. *Supra*, Cap. III, Sez. (C), par. 2 e 3.

europeo, fosse esplicitamente accolta dai giudici di Lussemburgo in un futuro rinvio pregiudiziale, essi stessi sarebbero costretti a valutare specificamente il rapporto che intercorre tra la norma di diritto primario, che consacra il principio in termini generali (l'art. 50 CDFUE), e la norma di diritto derivato che, invece, definisce le eccezioni alla sua operatività (art. 55 CAAS). A tale proposito, è opportuno sottolineare che, essendo scaduto il regime transitorio previsto dal citato Protocollo n. 36 allegato al trattato di Lisbona, dal 1° dicembre 2014 sono venute meno le limitazioni alla competenza della Corte di giustizia, con la conseguenza che il quesito concernente i rapporti tra convenzione di Schengen e Carta dei diritti fondamentali potrebbe, ora, assumere le vesti di un rinvio pregiudiziale di validità.

Come già visto, infatti, prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona e durante tutto il periodo transitorio (fissato dall'art. 10 del Protocollo n. 36 nei cinque anni successivi all'entrata in vigore del citato trattato), le disposizioni contenute in atti e convenzioni dell'ex Terzo pilastro potevano essere assoggettate solamente alle pronunce interpretative della Corte, essendo per queste precluso il rinvio pregiudiziale di validità⁷⁵⁷.

Ad un occhio attento, peraltro, non può sfuggire come la questione relativa alla natura del quesito formulato dal giudice remittente fosse già stata affrontata, seppur in via collaterale, dagli Avvocati generali nelle ultime due cause, in materia di *ne bis in idem*, sottoposte all'attenzione della Corte di giustizia. Infatti, mentre l'Avvocato generale Niilo Jääskinen, nella causa *Spasic*⁷⁵⁸, aveva escluso fin da subito la competenza della Corte con riferimento all'esame della legittimità dell'art. 54 CAAS, puntualizzando che la questione sottoposta all'attenzione dei giudici di Lussemburgo dal giudice *a quo* concerneva, non già l'invalidità della citata disposizione, bensì l'*incompatibilità* della stessa rispetto alla Carta dei diritti fondamentali⁷⁵⁹, l'Avvocato generale Yves Bot, nella causa *Kossowski*⁷⁶⁰, invece,

⁷⁵⁷ Per l'analisi delle disposizioni contenute nel Protocollo n. 36 allegato al trattato di Lisbona e delle limitazioni alla competenza della Corte di giustizia, v. *Supra*, Cap. II, par. 2.

⁷⁵⁸ Cfr. Presa di posizione dell'Avvocato generale, NIILLO JÄÄSKINEN, presentata in data 2 maggio 2014, in causa C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, cit., v., *Supra*, Cap. III, Sez. (B), par. 5.

⁷⁵⁹ Cfr. paragrafi 28-32, *ibidem*.

⁷⁶⁰ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale, YVES BOT, presentate in data 15 dicembre 2015, in causa C-486/14, *Procedimento penale c. Piotr Kossowski*, cit., v., *Supra*, Cap. III, Sez. (C), par. 9.

aveva lui stesso precisato che la questione sollevata dal giudice nazionale avesse ad oggetto la *validità* della riserva di cui all'art. 55, par. 1, lett. a), CAAS⁷⁶¹. Tale differenza non è priva di rilievo: mentre, infatti, le conclusioni nella prima causa erano state rese durante la vigenza del regime transitorio, le conclusioni nella seconda, invece, erano intervenute in un momento in cui le limitazioni ai poteri della Corte erano già venute meno.

Inoltre, si deve rilevare che la questione concernente la natura del rinvio pregiudiziale non si pone su un piano meramente teorico, ma involge aspetti pratici di non poca rilevanza: se, infatti, il quesito relativo ai rapporti tra la convenzione di Schengen e la Carta dei diritti fondamentali fosse effettivamente posto in termini di validità della norma europea di diritto derivato (l'art. 55 CAAS), il rinvio pregiudiziale in Corte di giustizia non rappresenterebbe più una mera facoltà del giudice nazionale, come è avvenuto fino ad ora per le relative questioni interpretative⁷⁶², ma, al contrario, raffigurerebbe l'unica strada percorribile, dal momento che, per costante giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo, sul giudice nazionale incombe l'obbligo di adire la Corte, non potendo lui stesso «dichiarare invalidi gli atti delle istituzioni» europee⁷⁶³.

A prescindere dalla natura della questione, in ogni caso, sarebbe quanto mai opportuna un'ulteriore pronuncia della Corte adottata con specifico riferimento ai limiti entro i quali le autorità giudiziarie degli Stati membri sono legittimate a derogare al principio del *ne bis in idem*. Infatti, l'esigenza di garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea, avvertita maggiormente ogniqualvolta venga in gioco l'estensione di una garanzia individuale sancita nella Carta dei diritti

⁷⁶¹ Cfr. paragrafi 1, 4, 45 e 68, *ibidem*.

⁷⁶² Ovviamente, fatta salva l'ipotesi in cui la questione sia sollevata dinanzi ad un giudice di ultima istanza, per il quale invece vige l'obbligo di rinvio in Corte di giustizia.

⁷⁶³ Cfr. paragrafo 15 della sentenza, CG, 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, ECLI:EU:C:1987:452, reperibile al sito: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=94312&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=755269>, ove la Corte sottolineava che: «(...) essi non hanno il potere di dichiarare invalidi gli atti delle istituzioni comunitarie. (...) L'esistenza di divergenze fra i giudici degli Stati membri sulla validità degli atti comunitari potrebbe compromettere la stessa unità dell'ordinamento giuridico comunitario ed attentare alla fondamentale esigenza della certezza del diritto»

fondamentali, può dirsi pienamente soddisfatta solo a seguito di un intervento dei giudici di Lussemburgo.

Ragionando, dunque, in astratto sull'aspetto che potrebbe assumere un futuro rinvio pregiudiziale e dando per accolta la tesi sulla perdurante vigenza delle riserve di cui all'art. 55 CAAS a seguito del trattato di Amsterdam, il primo quesito sul quale la Corte di giustizia dovrebbe essere chiamata ad intervenire riguarderebbe la perdurante operatività delle stesse in seguito all'entrata in vigore del trattato di Lisbona: in altri termini, i giudici di Lussemburgo dovrebbero chiarire, una volta per tutte, se le disposizioni contenute nella convenzione di Schengen possano ritenersi implicitamente "abrogate" dall'art. 50 della Carta, stante il carattere sovraordinato di questa seconda disposizione nella scala gerarchica delle fonti del diritto. Anche in questo caso, tuttavia, spunti di riflessione per escludere una tale interpretazione possono essere dedotti dalla stessa giurisprudenza della Corte: come si è visto in precedenza, infatti, la Corte di giustizia nel caso *Spasic* sembrerebbe aver respinto, seppur implicitamente, la tesi dell'automatica "abrogazione" delle limitazioni al principio del *ne bis in idem* sancite dalla convenzione di Schengen: invero, nonostante il caso riguardasse la condizione di esecuzione di cui all'art. 54 CAAS, non si intravedono ragioni per le quali i giudici di Lussemburgo dovrebbero assumere una posizione diversa in relazione alle riserve di cui all'art. 55 CAAS.

Se, tuttavia, la Corte sorprendentemente decretasse la sopravvenuta inoperatività della norma convenzionale appena citata, le disposizioni nazionali su di essa basate rimarrebbero prive della propria fonte di legittimazione e si porrebbero allora sì in contrasto con l'art. 50 CDFUE. In questo caso, dunque, prospettandosi effettivamente una diretta antinomia tra la disposizione della Carta e le norme nazionali con cui gli Stati si sono avvalsi delle deroghe al principio del *ne bis in idem*, sorgerebbe in capo al giudice nazionale un vero e proprio *obbligo* di disapplicazione delle disposizioni interne, in quanto contrastanti con il diritto europeo. Si potrebbe, peraltro, obiettare che nelle sentenze nazionali precedentemente analizzate i giudici interni abbiano già spontaneamente disapplicato le norme nazionali "attuative" dell'art. 55 CAAS, anche in forza del ragionamento appena esposto. Ciononostante, come anticipato, in assenza di una

posizione univoca sul punto dei giudici di Lussemburgo, la disapplicazione “spontanea”, praticata a livello decentrato, potrebbe compromettere seriamente l’uniforme applicazione del diritto dell’Unione; al contrario, laddove intervenisse una sentenza della Corte che “obbliga” il giudice nazionale a disapplicare le disposizioni interne, l’uniforme applicazione del diritto europeo sarebbe, invece, assicurata dagli effetti vincolanti *erga omnes* della pronuncia stessa⁷⁶⁴.

Qualora, tuttavia, i giudici di Lussemburgo accogliessero, come si ritiene più plausibile, la soluzione volta a respingere la tesi dell’automatica “abrogazione” della norma di diritto derivato ad opera della fonte di rango primario, il giudice *a quo* dovrebbe interrogare la Corte di giustizia sugli effettivi rapporti tra le due disposizioni europee che disciplinano, in termini diversi, il principio del *ne bis in idem*: come più volte ribadito, si tratta cioè di chiarire se le limitazioni di cui all’art. 55 CAAS possano essere considerate legittima specificazione dell’art. 50 CDFUE o, se al contrario, le stesse non possano più trovare applicazione in quanto ritenute in antinomia con la disposizione della Carta dei diritti fondamentali.

L’analisi della Corte, dunque, dovrebbe prendere le mosse dalle *Spiegazioni sub art. 50 della Carta*, laddove è previsto che «le eccezioni, molto limitate, per le quali [si consente] agli Stati membri di derogare alla regola “*ne bis in idem*” sono disciplinate dalla clausola orizzontale [dell’art. 52, par. 1] sulle limitazioni». Di conseguenza, analogamente a quanto prospettato in dottrina, la valutazione della legittimità delle deroghe sancite dall’art. 55 CAAS dovrebbe correre lungo il crinale dei requisiti richiesti dalla disposizione citata nelle *Spiegazioni* stesse: come visto, cioè, l’art. 52, par. 1, CDFUE sancisce che «[e]ventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla (...) Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»⁷⁶⁵.

⁷⁶⁴ È bene ricordare, infatti, che le pronunce della Corte di giustizia rese all’esito di un rinvio pregiudiziale non vincolano soltanto il giudice remittente, ma tutti i giudici degli Stati membri a ciascuno dei quali è comunque concessa la facoltà di riproporre la questione alla Corte stessa.

⁷⁶⁵ Per l’analisi operata in dottrina, v., *Supra*, Cap. III, Sez. (C), par. 4.

In realtà, si è già avuto modo di evidenziare come i profili di maggior attrito emergano in relazione al rispetto, da parte delle deroghe in questione, del principio di proporzionalità; se, dunque, anche ad avviso della Corte di giustizia, le riserve *ex art. 55 CAAS* non possono considerarsi effettivamente in grado di soddisfare tale condizione richiesta dall'art. 52, par. 1 della Carta, le stesse dovrebbero essere dichiarate invalide, in linea con quanto affermato dall'Avvocato generale nel caso *Kossowski* (seppur all'esito di un percorso motivazionale poco condivisibile). Se, tuttavia, una tale conclusione può sicuramente valere con riferimento alla riserva sancita dall'art. 55, par. 1, lett. a), CAAS, l'unica in discussione nel caso menzionato, non appare così scontato sostenere che le altre deroghe previste dalla medesima norma debbano subire la stessa sorte. Infatti, benché negli ultimi anni, si è assistito al proliferare di interventi normativi del legislatore europeo finalizzati ad imporre agli Stati membri l'obbligo di accordare ai beni giuridici stranieri una tutela equipollente a quella garantita ai corrispondenti beni ed interessi nazionali, non possono essere ancora escluse situazioni in cui le riserve *ex art. 55, par. 1, lett. b) e c)*, CAAS siano gli unici strumenti effettivamente idonei a perseguire lo scopo di una piena comprensione del disvalore del reato. Peraltro, i problemi connessi all'eliminazione delle deroghe fondate sul principio di protezione sono destinati ad accrescere laddove una potenziale abolizione delle stesse si scontrasse con ostacoli di natura costituzionale⁷⁶⁶. Certo è che, anche le riserve fondate sul principio di protezione e difesa necessitano di una revisione, soprattutto in vista di una definizione più chiara e circoscritta della nozione di «interessi essenziali dello Stato».

Si potrebbe, dunque, concludere che, in linea con quanto auspicato fin dal Programma di Misure del 2000, l'unica deroga che, allo stato, sembrerebbe essere divenuta superflua, se non addirittura contraria alla effettiva costruzione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia sia quella sancita dall'art. 55, par. 1, lett. a), CAAS fondata, per l'appunto, sul principio di territorialità⁷⁶⁷.

⁷⁶⁶ In questo senso si era espresso il Senato francese nel proprio responso al *Green Paper* del 2005, v., *Supra*, Cap. III, Sez. (C), par. 3.

⁷⁶⁷ Si deve ricordare, infatti, che anche la Proposta di decisione quadro sul principio del *ne bis in idem* avanzata dalla Repubblica ellenica nel 2003, pur sancendo la possibilità di derogare al *ne bis*

Per contro, tuttavia, si potrebbe anche sostenere che la soluzione offerta dalla Corte di giustizia nel caso *Spasic* lascia intravedere una rinnovata attenzione per gli interessi sovrani degli Stati membri «a discapito delle garanzie individuali, in assoluta discontinuità rispetto a tutta la giurisprudenza della medesima Corte in tema di *ne bis in idem*, in questo in linea o a causa del profondamente mutato *Zeitgeist* europeo»⁷⁶⁸. E, anzi, proprio la mancata adozione di misure idonee a rivedere le deroghe al principio del *ne bis in idem*, nonostante gli auspici formulati nel Programma di misure del 2000, nonché gli scarsi risultati ottenuti a seguito del *Green Paper* del 2005 (che, come noto, ha portato soltanto all'introduzione di una decisione quadro sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione priva di criteri finalizzati alla prevenzione di tali conflitti e rivelatasi del tutto inefficace anche a risolverli) potrebbero portare a sostenere implicitamente la persistente vigenza delle riserve di cui all'art. 55 CAAS e delle relative disposizioni nazionali.

Ancora, l'attuale operatività delle deroghe in questione sembrerebbe suggellata anche dalla circostanza che gli strumenti normativi adottati a partire dal 2002, pur prevedendo quale motivo ostativo all'esecuzione della pronuncia straniera il principio del *ne bis in idem* in termini analoghi a quanto sancito dall'art. 50 della Carta, consentono comunque di rifiutare la cooperazione in virtù del principio di territorialità⁷⁶⁹.

in idem nelle ipotesi stabilite analogamente dall'art. 55, par. 1, lett. b) e c), CAAS, non contemplava più l'eccezione fondata sul principio di territorialità.

⁷⁶⁸ Cfr. N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie*, cit., p. 1382 ss. Con l'espressione *Zeitgeist* l'autore si riferisce, cioè, allo spirito culturale che informa una determinata epoca.

⁷⁶⁹ Si veda, per esempio: l'art. 4, punto 7, lett. a) della Decisione quadro sul mandato di arresto europeo: «L'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo se il mandato d'arresto europeo riguarda reati che dalla legge dello Stato membro di esecuzione sono considerati commessi in tutto o in parte nel suo territorio, o in un luogo assimilato al suo territorio»; l'art. 7, paragrafo 2, lett. d), punto i) della Decisione quadro 2005/214/GAI: «L'autorità competente dello Stato di esecuzione può inoltre rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione della decisione se risulta che: la decisione si riferisce ad atti considerati dalla legge dello Stato di esecuzione come compiuti interamente o in parte nel suo territorio o in un luogo trattato come tale»; l'art. 9, par. 1, lett. l) della Decisione quadro 2008/909/GAI: «L'autorità competente dello Stato di esecuzione può rifiutare il riconoscimento della sentenza e l'esecuzione della pena [quando] la sentenza si riferisce a reati che in base alla legislazione dello Stato di esecuzione sono considerati commessi per intero o in parte importante o essenziale all'interno del suo territorio o in un luogo equiparato al suo territorio». A tal proposito, v., *Supra*, Cap. III, Sez. (C), par. 2.

Ad ogni modo, se la Corte di giustizia accogliesse questa seconda interpretazione, volta a far prevalere l'interesse dello Stato sovrano su un diritto fondamentale del cittadino europeo, verrebbero comunque inevitabilmente compromesse le basi per l'effettiva costruzione di un unico Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Affermare, infatti, che il *ne bis in idem* possa essere derogato in virtù del principio di territorialità, significherebbe considerare, già *a priori*, l'Unione europea come un insieme di *diversi* ordinamenti giudiziari; tuttavia, affinché possa essere raggiunta efficacemente una completa integrazione europea, anche in materia penale, si dovrebbe iniziare a concepire gli Stati membri come un'*unica* area in cui vi sia una piena fungibilità delle decisioni penali, a prescindere dall'autorità giudiziaria che ha pronunciato tale sentenza. In questo contesto, il principio del *ne bis in idem* non vedrebbe una propria applicazione in termini assoluti, ma la sua portata applicativa potrebbe essere limitata soltanto attraverso restrizioni che perseguano un obiettivo che è e rimane dell'Unione europea. In questo senso, appare pienamente coerente con il sistema la soluzione adottata dalla Corte di giustizia nel caso *Spasic*, dal momento che la previsione di una condizione di esecuzione, come quella prevista dall'art. 54 CAAS, risponde all'esigenza di perseguire uno scopo proprio dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ossia di evitare l'impunità del reo, almeno fino a quando non saranno previsti strumenti normativi equipollenti.

Al contrario, le deroghe sancite dall'art. 55 CAAS sembrerebbero rispondere soltanto ad uno scopo puramente interno, volendo con le stesse riaffermare, nei casi tassativamente previsti, la sovranità nazionale. In uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia i principi di territorialità e difesa non dovrebbero più operare come eccezioni all'applicazione di un diritto fondamentale del cittadino europeo, ma gli stessi dovrebbero essere utilizzati quali criteri di determinazione, *ex ante*, della giurisdizione "competente". In altre parole, una revisione delle deroghe sancite dalla convenzione di Schengen non dovrebbe più ritenersi necessaria laddove gli Stati membri riprendessero quel difficile percorso, intrapreso a partire dal *Green Paper* del 2005, finalizzato ad individuare un meccanismo di individuazione del foro dotato di giurisdizione in applicazione di criteri di ripartizione della

competenza *obbligatoria*, non soltanto nell'interesse della giustizia, ma anche e soprattutto nell'interesse dei cittadini europei.

Tuttavia, il compromesso al ribasso cui sono pervenuti gli Stati membri con la decisione quadro sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione sembrerebbe testimoniare una totale incapacità degli Stati membri a trovare una soluzione efficace al problema della litispendenza internazionale. Di conseguenza, probabilmente ancora per lungo tempo, ci si dovrà interrogare sulla legittimità dei principi di territorialità e difesa quali deroghe *ex post*, visto che la mancata elaborazione di un meccanismo di allocazione della giurisdizione porta con sé il rischio di sempre più frequenti procedimenti paralleli.

Ad ogni modo, la questione relativa alla compatibilità delle riserve sancite dall'art. 55 CAAS con il principio generale consacrato nell'art. 50 della Carta involge interessi straordinariamente rilevanti, dovendosi garantire un diritto fondamentale dell'individuo e, al contempo, soddisfare esigenze repressive nazionali. La soluzione, pertanto, non può che essere affidata alla sapiente ed equilibrata opera interpretativa della Corte di giustizia, la quale, proprio come Arianna che donò a Teseo il filo come guida per orientarsi nel labirinto del Minotauro⁷⁷⁰, dovrebbe tessere una nuova trama ermeneutica che indichi al giudice nazionale la giusta direzione, all'interno di questo ginepraio di fonti, verso l'assestamento del sisma normativo generato dall'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali del valore giuridico proprio dei trattati.

⁷⁷⁰ Il mito di Arianna e Teseo è stato impiegato, in termini analoghi, anche da: V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

BIBLIOGRAFIA

- ADAM R., *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Rivista di diritto europeo*, 1994.
- ADINOLFI A., *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010.
- ADINOLFI A., CIAMPI A., DONATI F. (a cura di), *La Corte di giustizia sancisce la continuità tra l'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali e la giurisprudenza pre-Lisbona sui diritti fondamentali quali principi generali: la sentenza nella causa C-617/10, Åkerberg Fransson*, in www.osservatoriosullefonti.it.
- AMALFITANO C., *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali dell'Unione europea*, Milano.
- EAD., *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002.
- EAD., *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale nell'Unione europea*, in *Diritto penale e processo*, 2009.
- EAD., *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali*, in *Cassazione penale*, 2012.
- EAD., *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2012.
- EAD., *Ne bis in idem tra Carta dei diritti fondamentali e convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen*, 15 luglio 2014, in www.eurojus.it.
- EAD., *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema "ordinario" di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia*, 1° dicembre 2014 in www.eurojus.it.
- EAD., *Derogabilità del principio del ne bis in idem sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione?*, in www.eurojus.it.
- BARBERINI R., *Il principio del ne bis in idem internazionale*, in *Cassazione penale*, 1999.
- BARTSCH H. J., *Council of Europe ne bis in idem: the european perspective*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2002/3.

- BERNARDONI P., *Nuova pronuncia della Corte di Giustizia sul ne bis in idem: un chiarimento sulla nozione di «sentenza definitiva» e un'occasione persa per definire lo status delle riserve ex art. 55 CAAS*, 5 luglio 2016, in www.penalecontemporaneo.it.
- BONI D., *La fine del regime transitorio, a cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Quaderni costituzionali*, 2015.
- BREUKELAAR W., *La reconnaissance des jugements répressifs étrangers*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1974.
- BURCHARD C., BRODOWSKI D., *The post-Lisbon principle of transnational ne bis in idem: on the relationship between article 50 Charter of fundamental rights and article 54 Convention implementing the Schengen Agreement. Case note on District Court Aachen, Germany, (52 Ks 9/08 – “Boere”)*, Decision of 8 December 2010, in *New Journal of European Criminal Law*, Issue 3, 2010.
- CALIGIURI A., *L'applicazione del principio del ne bis in idem in diritto comunitario: a margine della sentenza Gözütok e Brügge*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003.
- CALVANESE E., *Sub art. 11: rinnovamento del giudizio*, in *Codice penale: rassegna di giurisprudenza e dottrina*.
- CALVANESE E., DE AMICIS G., *La Decisione quadro del Consiglio dell'U.E. in tema di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cassazione penale*, 2010.
- CALÒ R., *Ne bis in idem: l'art. 54 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008.
- CAMPANELLA S., *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale: riflessioni su un principio in itinere*, in *Aa. Vv. Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di Cassese-Chiavario-De Francesco, Torino, 2002.
- CASTELLANETA M., *Sub art. 50*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI, *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, 2014.
- EAD., *Sub art. 51*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI, *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, 2014.
- EAD., *Concorso formale di reati e principio del ne bis in idem tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017.

- CENTORE P., *Aspettando la Grande “Chambre” sulla doppia sanzione per le infrazioni tributarie*, in *Corriere tributario*, 2017.
- CHARPENTIER J., *Organisation de l’Europe : vers un espace judiciaire européen*, in *Annuaire Français de droit international*, 1978.
- CHIAVARIO M., *La compatibilità del ne bis in idem previsto dall’art. 11 comma 1 c.p. con il diritto internazionale generalmente riconosciuto*, osservazione alla Sent. Corte Cost. n. 48 del 18 aprile 1967, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1967.
- ID., *Le garanzie fondamentali del processo nel Patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1978.
- CONTI R., *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei “confini” fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren*, 6 marzo 2013, in www.diritticomparati.it.
- CONWAY G., *Ne bis in idem in international law*, in *International criminal law review*, 2003.
- CORDÌ L., *Il principio del ne bis in idem nella dimensione internazionale: profili generali e prospettive di valorizzazione nello spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia*, in *L’indice penale*, 2007.
- COSTANZO P., TRUCCO L., *Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in *Consulta online*, 2015.
- DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell’Unione europea*, 2008.
- DE AMICIS G., *Il principio del “ne bis in idem” europeo nell’interpretazione della Corte di giustizia*, in *Cassazione penale*, 2009.
- ID., *L’attuazione nell’ordinamento italiano della decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cassazione penale*, 2016.
- ID., *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cassazione penale* 2017.
- DE FRANCESCO G., *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell’integrazione europea*, Relazione conclusiva del Convegno su «Il ne bis in idem fra diritto penale e processo», Milano, 15 maggio 2015, in www.la legislazione penale.eu.

- DE LA CUESTA J. L., *Les competences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe "ne bis in idem": rapport general*, in *Revue internationale de droit penal*, 2002.
- DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, volume 7 di Studi di diritto processuale penale, 1963.
- DEL VESCOVO D., *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, in *Diritto penale e processo*, 2009.
- EAD., *Evoluzione dell'art. 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010.
- DELICATO V., *L'esecuzione delle sentenze penali straniere in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1991.
- DI STASI A., *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in KALB (a cura di) *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012.
- ESPOSITO V., *Gli effetti internazionali della garanzia del ne bis in idem nell'ambito comunitario*, in *Documenti di Giustizia*, 1992.
- FARINELLI S., *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991.
- FASOLIN S., *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, 2015.
- FELISATTI V., *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali*, p. 13, in www.la legislazione penale.eu.
- FIORE P., *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti*, parte II (*Materia penale*), Pisa, Torino, Roma, Firenze, 1877, II.
- FLETCHER M., *Some developments to the ne bis in idem principle in the European Union: criminal proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*, in *Modern Law Review*, 2003.
- EAD., *The European Court of Justice: Carving itself an influential role in the EU's Third Pillar*, International Conference. Montreal, 17-19 May 2007.
- FLORE D., *Les jugements répressifs au-delà des frontières nationales*, in *Annales de Droit de Louvain*, in *Revue trimestrielle de droit belge*, 1988.

- GALANTINI N., *Postilla ad uno scritto in tema di ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it.
- EAD., *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 1981.
- EAD., *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Milano, 1984.
- EAD., *Evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, in *Diritto penale e processo*, 2005.
- EAD., *Il fatto nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015.
- GARCÍA R. A., *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002.
- GAROFALO L., *Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia secondo l'art. 68 del Trattato CE*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2000.
- GIALDINO C. C., *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il trattato di Amsterdam*, in *Rivista di diritto europeo*, 1998.
- GIARDA A., *La Convenzione europea sul principio del ne bis in idem*, in *Il corriere giuridico*, 1990.
- GITTARDI I., *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it.
- GOLINO A., GOLINO S., *“Ne bis in idem”: rilevanza nell'ordinamento tributario della recente sentenza della Corte EDU in materia di abusi di mercato*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2015.
- GRASSO G., *La cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri delle Comunità europee*, in *Il foro italiano*, 1987.
- IERMANO A., *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato ex art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, in A. DI STASI, S. NEGRI (a cura di), *Spazio europeo e diritti di giustizia: il capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, 2014.
- INGRAVALLO I., *La Corte di Giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea*, in *Comunità internazionale*, 2000.

- ID., *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2003.
- JESCHECK H. H., *Rapport, IX° congrès de l'AIDP*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1963.
- KLIP A., *European criminal law: an integrative approach*, terza edizione.
- KLIP A., VAN DER WILT H., *The Netherlands non bis in idem*, in *Revue internationale de droit penal*, 2002.
- LEIDENMÜHLER F., *In merito all'integrazione dell'acquis di Schengen nel quadro dell'Unione europea sull'esempio del principio del "ne bis in idem"*, in *Europen Legal Forum*, 2002.
- LUTHER G., *Profili internazionalistici in due recenti sentenze della Corte Costituzionale italiana. A proposito del principio del ne bis in idem nel diritto penale internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1968.
- MANACORDA S., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Cedu: una nuova topografia della garanzie penalistiche in Europa?*, in V. MANES, & V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.
- ID., *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, Relazione presentata al 2° Convegno Nazionale «Vittorio Aymone», «Sistema penale e fonti sovranazionali: la giurisprudenza delle Corti europee ed il ruolo dell'interprete», organizzato dal Centro Studi giuridici M. de Pietro, Lecce, 19-20 aprile 2013, in www.penalecontemporaneo.it.
- ID., *Equazioni complesse: il "ne bis in idem" "incipite" sul "doppio binario" per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, in *Diritto penale e processo*, 2017.
- MANCINI N., *Il ne bis in idem «transnazionale» e la sentenza della Corte europea di Giustizia sul caso Spasic*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016.
- MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura penale*.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

- MANGIARANCINA A., *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello «spazio giudiziario europeo»*, in *Legislazione penale*, 2006.
- MANZINI P., *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002.
- MARCHETTI M.R., *Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: commento all'art. 4*, in *Legislazione Penale*, 1991.
- MAZZACUVA F., *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Cass. pen.*, 2013.
- MOCK H., *Ne bis in idem: Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits: Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), Zolotoukhine c. Russie, 10 février 2009*, in *Rev. trim. dr. homme*, 2009.
- MONTALDO S., *L'integrazione differenziata e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale nell'UE: il caso degli opt-out di Regno Unito, Irlanda e Danimarca*, in www.la legislazione penale.eu.
- ID., *Scadenza del regime transitorio per gli atti del terzo pilastro: il block opt-out del Regno Unito e il suo successivo opt-in per 35 misure*, 1 dicembre 2014, in www.eurojus.it.
- MUNARI F., AMALFITANO C., *Il «terzo pilastro» dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2007.
- NASCIMBENE B., *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*, 1991.
- NEAGU N., *The “ne bis in idem” principle in the case-law of the European Court of Justice (II). The “final judgment” and “enforcement” issues*, in *Lex et Scientia International Journal*, 2012.
- OTTAVIANO I., *Profili evolutivi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una disciplina procedurale uniforme nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009.
- PACIOTTI E., *La seconda «proclamazione» della Carta dei diritti e il Trattato di riforma*, reperibile al sito: www.europeanrights.eu.

- PAGLIA M., *Ne bis in idem internazionale e riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Dig. Disc. Pen.*, 2005.
- PAOLUCCI C. M., *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Torino, 2011.
- PAULESU P. P., *Riflessioni in tema di “ne bis in idem” europeo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016.
- PEDRAZZI F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992.
- PIATTOLI B., *Il ne bis in idem diventa transnazionale. Gli Stati Ue e la fiducia reciproca nei rispettivi sistemi penali*, in *Diritto e giustizia*, 22 aprile 2006.
- PISANI M., *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, in *Nuovi temi e casi di procedura penale internazionale*, Milano, 2007.
- PLASTINA N., *Il ne bis in idem ai sensi dell'art. 54 della convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen: la Cassazione si pronuncia ancora sui limiti al nuovo giudizio*, in *Cassazione penale*, 2008.
- POELS A., *A need for transnational non bis in idem protection in international human rights law*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2005.
- RAFARACI T., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto processuale*, 2007.
- RAFARACI T., *Le misure contro i procedimenti penali «paralleli» nella decisione-quadro 2009/984/GAI*, in *AA.VV., Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, P. CORSO-E. ZANETTI (a cura di), 2010.
- RECCHIA N., *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015.
- ID., *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale. Brevi riflessioni alla luce della sentenza della Corte di giustizia Spasic*, 5 luglio 2016, in www.penalecontemporaneo.it.
- RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996.
- RIVIELLO P., *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991.

- ID., *La nozione di fatto ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014.
- ROTTOLA A., *Ancora bis in idem nei rapporti con le autorità straniere?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1975.
- SALAZAR L., *Il controverso ruolo della Corte di giustizia nel «terzo pilastro»: prime applicazioni dell'articolo K. 3 del trattato sull'Unione europea*, in *Studi in onore di G.F. Mancini*, in *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998.
- ID., *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo (I)*, in *Diritto penale e processo*, 2003.
- ID., *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo (II)*, in *Diritto penale e processo*, 2003.
- SALCUNI G., *Il rinnovamento del giudizio (art. 11 c.p.) e le sorti del ne bis in idem. Un caso ancora irrisolto?*, in *L'indice penale*, 2013.
- SANDRO P., *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009.
- SELVAGGI E., *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo (Unione europea)*, in *Cassazione penale*, 2003.
- SELVAGGI E., BALSAMO A., DE MATTEIS L., TAMIETTI A., *Applicazione del ne bis in idem: cosa si intenda per «pena eseguita»*, in *Cassazione penale*, 2007.
- SEVENSTER H. G., *Criminal law and EC law*, in *Common Market law review*, 1992.
- SCIARABBA V., *Le «Spiegazioni» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Diritto pubblico comunitario e europeo*, 2005.
- ID., *Il problema delle «Spiegazioni» della Carta*, in V. SCIARABBA (a cura di), *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008.
- SIMONATO M., *Ne bis in idem in the EU: two important questions for the CJEU (Opinion of the AG in C-486/14 Kossowski)*, 12 gennaio 2016, in www.europeanlawblog.eu.

- SKOURIS V., *La Giustizia europea: problemi e prospettive*, Conferenza di Roma del 14 giugno 2007 in <http://astra.csm.it/AI/pdf/AI-Conferenze-Roma14giugno2007-DiscSkouris.pdf>.
- SPADARO A., *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell’UE. Fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016.
- THWAITES N., *Mutual trust in criminal matters: the European Court of Justice gives a first interpretation of a provision of the Convention implementing the Schengen Agreement*, in *German Law Journal*, 2003.
- TOSATO L., *Atti giuridici vincolanti e competenze della Corte comunitaria nell’ambito del terzo pilastro*, in *L’Italia e la politica internazionale*, Bologna, 2000.
- TRIPODI A. F., *Il ne bis in idem si confronta coi suoi «limiti»: al vaglio di proporzionalità della Corte di giustizia la condizione d’esecuzione prevista dall’art. 54 della Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2015.
- TRUCCO L., “Ne bis in idem”: *la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quaderni Costituzionali*, 2017.
- VAN BOCKEL B., *The ne bis in idem principle in EU law*, 2010.
- VAN BOCKEL B., WATTEL P., *New wine into old wineskin’s: the scope of the Charter of fundamental rights of the EU after Åkerberg Fransson*, in *European Law Review*, 2013.
- VAN DEN WYNGAERT C., *L’espace judiciaire européen: verso une fissure au sein du Conseil de l’Europe*, in *Revue de droit penal et de criminologie*, 1991.
- VAN DEN WYNGAERT C., STESENS G., *The international non bis in idem principle: resolving some of the unanswered questions*, in *International and comparative law Quarterly*.
- VERVAELE J.A. E., *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, in *Utrecht Law Review*.
- ID., *Schengen and Charter-related ne bis in idem protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic*, in *Common market law review*, 2015.
- ID., *L’applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDF) in materia di giustizia penale: valore aggiunto alla CEDU?*, in *Jus*, 2015.

VINCIGUERRA G., *Il principio del “ne bis in idem” nella giurisprudenza della Corte EDU*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2015.

VOZZA D., *Verso un nuovo “volto” del ne bis in idem internazionale nell’Unione europea? Nota a Tribunale di Milano, Uff. Ind. Prel., ud. 6 luglio 2011*, in www.penalecontemporaneo.it.

ID., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell’Unione europea. Nota a Corte di Giustizia dell’UE (Grande Sezione), sentenza del 26 febbraio 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10*, in www.penalecontemporaneo.it.

WASMEIER M., *The principle of ne bis in idem*, in *International Review of Penal Law*.

WASMEIER M., THWAITES N., *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, in *European law review*, 2006.

WEYEMBERGH A., *La jurisprudence de la CJ relative au principe ne bis in idem : une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle en matière pénale*, in «*La Cour de Justice et la construction de l’Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*», A. ROSAS, E. LEVITS E Y. BOT (a cura di), *The Hague*, 2013.

ZIRULIA S., *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l’illegittimità dell’art. 649 c.p.p. nell’interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in www.penalecontemporaneo.it.

Il ne bis in idem internazionale e l’ordre public francais (caso Pagano)”, in *L’indice penale*, 1986.

Ancora sul ne bis in idem internazionale (il caso Michelucci), in *L’indice penale*, 1988.