

IL *NE BIS IN IDEM* NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO

Relatore:

Prof. Gabriella Di Paolo

Laureando:

Stefano Framarin

ne bis in idem – litispendenza – accordi di Schengen
CEDU – spazio giudiziario europeo

Anno accademico 2015/2016

RINGRAZIAMENTI

Al termine di questo percorso, intendo ringraziare tutte le persone che mi sono state vicine in questi anni, in Italia e all'estero; in particolare la mia splendida famiglia, che mi ha sempre supportato, e gli amici che renderanno indimenticabile questo giorno. Uno speciale ringraziamento lo riservo alla Prof. Gabriella Di Paolo, esempio di professionalità e competenza, per il suo impeccabile lavoro di supervisione.

Un ultimo pensiero lo rivolgo ai molti che, per cause maggiori, non godono del privilegio di ricevere un'istruzione. Dedico a loro il mio lavoro, con estrema gratitudine per tutte le opportunità ricevute senza dare nulla in cambio.

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE AL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*

1. Origine e <i>ratio</i> del principio	2
2. <i>Ne bis in idem</i> e <i>res iudicata</i>	4
3. Il sistema italiano nella disciplina del codice del 1930: cenni	6
4. Il divieto di secondo giudizio nel codice di rito del 1988: l'art. 649 c.p.p.	7
5. (segue): Le eccezioni al <i>Ne bis in idem</i>	10
6. (segue): Preclusione derivante da pronunce non emesse in dibattimento	11
7. I limiti oggettivi della cosa giudicata penale: il "medesimo fatto"	14
8. Il mutamento di "grado" nel rapporto tra reato progressivo e concorso di reati	16
9. (segue): La 'fattispecie giudiziale' come 'fatto' rilevante ai fini del divieto di <i>bis in idem</i>	19
10. I limiti soggettivi della cosa giudicata penale	21
11. Reato complesso e reato continuato in materia di doppio giudizio	24
12. (segue): Reato permanente e doppio giudizio	27
13. Provvedimenti in materia di misure cautelari e <i>res iudicata</i>	30
14. (segue): Il rapporto tra revoca e riesame in tema di giudicato cautelare	33
15. Cenni introduttivi in tema di giurisdizione e territorialità	37
16. (segue): Il <i>Ne bis in idem</i> oltre i confini nazionali: i casi di doppio giudizio internazionale	38
17. Il <i>Ne bis in idem</i> internazionale e il rinnovamento del giudizio. L'orientamento della dottrina	40
18. (segue): Il <i>Ne bis in idem</i> internazionale e il rinnovamento del giudizio. L'orientamento della giurisprudenza	43

19. Il riconoscimento della sentenza penale straniera	45
20. (segue): Il riconoscimento a norma di accordi internazionali	47
21. Il <i>Ne bis in idem</i> estradizionale	50
22. Il <i>Ne bis in idem</i> nella Convenzione europea di estradizione: cenni	53

CAPITOLO SECONDO

IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* 'INTERNO' SECONDO LA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e l'articolo 4 del Protocollo aggiuntivo n. 7	57
2. L'ambito di applicazione <i>ratione materiae</i> dell'art. 4 Protocollo n. 7: il concetto di ' <i>criminal proceedings</i> '	59
3. La 'sentenza definitiva' ai sensi dell'art. 4 Protocollo n. 7	62
4. La nozione di ' <i>idem</i> ' nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	64
5. Le eccezioni al <i>Ne bis in idem</i> : il comma 2 dell'art. 4 Protocollo n. 7	68
6. Le riserve della Repubblica italiana al <i>Ne bis in idem</i> e la sentenza <i>Grande Stevens</i> : cenni	70

CAPITOLO TERZO

IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* NEL SISTEMA DELL'UNIONE EUROPEA

1. Dagli accordi di Schengen alla nascita dell'Unione Europea	73
2. La cooperazione europea in materia penale	76

3. Mutuo riconoscimento e fiducia reciproca tra gli Stati Membri	78
4. Il reciproco riconoscimento da Tampere a Lisbona	80
5. (segue): Questioni irrisolte in tema di reciproco riconoscimento: cenni	82
6. Riconoscimento reciproco e <i>Ne bis in idem</i>	84
7. Il <i>Ne bis in idem</i> negli strumenti di cooperazione europea	86
8. La Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen: l'articolo 54 CAAS	89
9. (segue): Gli articoli 55-58 CAAS	92
10. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: l'articolo 50 CDFUE	93
11. Il rapporto tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE	97
12. (segue): La giurisprudenza tedesca sulla clausola di esecuzione e la sentenza <i>Spasic</i>	99
13. Questioni preliminari relative alla giurisprudenza sull'art. 54 CAAS: la funzione della Corte ed i limiti <i>ratione personae</i>	101
14. (segue): Il concetto di ' <i>bis</i> ': la 'sentenza definitiva' ai fini dell'art. 54 CAAS	102
15. L'identità del fatto ai fini dell'art. 54 CAAS: il concetto di ' <i>idem</i> '	106
16. La clausola di esecuzione dell'art. 54 CAAS: i concetti di 'pena eseguita, in corso di esecuzione, o non più eseguibile'	107
17. Dalla fiducia alla sfiducia reciproca: i conflitti di giurisdizione	109
18. (segue): Litispendenza e <i>Ne bis in idem</i> : necessità di discipline autonome	111
19. Risolvere i conflitti di giurisdizione in Europa	114
20. (segue): Dal Libro verde della Commissione alla Decisione Quadro sui conflitti di giurisdizione	117
21. I conflitti di giurisdizione in dottrina e in giurisprudenza: la sentenza <i>Donati</i>	120
22. (segue): La Proposta di Friburgo: cenni	121

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

1. Garantire il <i>Ne bis in idem</i> internazionale nello spazio giudiziario europeo	125
2. Procedimenti penali paralleli tra diritto di difesa e precostituzione del giudice.....	127
3. L'obbligatorietà dell'azione penale nei casi di litispendenza: l'art. 112 Cost.	129
4. Prospettive future: il decreto legislativo 15 Febbraio 2016, n. 29	133

BIBLIOGRAFIA	136
---------------------------	-----

CAPITOLO PRIMO

INTRODUZIONE AL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*

1. Origine e *ratio* del principio

Il principio del *Ne bis in idem* trova la sua origine in epoca romana: la locuzione (che letteralmente significa ‘non due volte nella stessa cosa’) emerge inizialmente negli scritti di Quintiliano¹, nella forma del “*bis de eadem re ne sit actio*”, e nel Digesto di Ulpiano, nella formula “*Isdem criminibus quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari*”². La regola, finalizzata a soddisfare una vocazione fondamentale di giustizia sostanziale³, impedisce che un individuo venga giudicato per lo stesso fatto, una seconda volta, a seguito della chiusura del primo giudizio.

Nonostante operi come semplice regola di natura processuale, svilirne l’importanza sarebbe imperdonabile. Negli ultimi decenni, soprattutto a livello sovranazionale, il *Ne bis in idem* ha infatti assunto caratteri di un vero e proprio diritto fondamentale dell’uomo⁴, condiviso dagli Stati europei e non, talvolta riconosciuto persino a livello costituzionale⁵. Anche la dottrina è orientata ad attribuire al principio natura di vero e proprio diritto individuale⁶, giacché assicura una “esigenza imprescindibile del soggetto”⁷. Si ritiene, di conseguenza, che il principio in parola, ancorché non espressamente previsto nella nostra Carta costituzionale, sia costituzionalmente protetto⁸. L’importanza di una regola che vieti allo Stato di perseguire un medesimo cittadino due volte per lo stesso fatto, reiterando il suo potere punitivo, è infatti insita naturalmente in uno Stato di diritto, in cui la stabilità e certezza dei rapporti giuridici, soprattutto in settori delicati come quello penale, sono condizioni da cui l’ordinamento non può prescindere.

I fondamenti logici che stanno alla base del *Ne bis in idem* sono molteplici e di diversa natura.

Innanzitutto, la *ratio* di tale divieto si riscontra nella certezza del diritto. Esigenze di stabilità giuridica hanno infatti portato gli ordinamenti a prevedere un freno alle reiterazioni dei processi nei confronti della medesima persona. Tale limite si è manifestato, quindi, nel divieto legislativo di mettere nuovamente in discussione una decisione giudiziaria definitiva (in particolare, come si vedrà, quella che manifesta i connotati della cosa giudicata, *res iudicata*).

¹ QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, Libro VII, cap. 6, par. 4.

² ULPIANO, *Digesto*, 48.2.7.2

³ S.ASTARITA, voce “*Ne bis in idem*”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Aggiornamento – Tomo II, Torino, 2008, p. 733.

⁴ J.A.E.VERVAELE *Multilevel and multiple punishment in Europe. The ne bis in idem principle and the protection of human rights in Europe’s area of freedom, security and justice*, in A.VAN HOEK-A.HOL-O.JANSEN-P.RIJKEMA-R.WIDDERSHOVEN (a cura di), *Multilevel Governance in Enforcement and adjudication*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 21.

⁵ v. Quinto Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d’America.

⁶ v. tra i tanti S.ASTARITA, voce “*Ne bis in idem*”, cit., p. 733; J.A.E.VERVAELE *Multilevel and multiple punishment in Europe. The ne bis in idem principle and the protection of human rights in Europe’s area of freedom, security and justice*, in A.VAN HOEK-A.HOL-O.JANSEN-P.RIJKEMA-R.WIDDERSHOVEN (a cura di), *Multilevel Governance in Enforcement and adjudication*, cit., pp. 10 e 21.

⁷ N.GALANTINI, *Il divieto del doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 97.

⁸ C.MARINELLI, sub Art. 649, in G.CONSO-G.ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, Seconda edizione, Padova, CEDAM, 2015, p. 2840.

Ulteriormente, altra ragione che fonda il divieto di un secondo giudizio si ritrova in strette ragioni di economia processuale⁹: la duplicazione dei processi implicherebbe infatti un raddoppiamento dei tempi di durata dei medesimi, e quindi dei costi, con conseguenze negative nei confronti di tutto l'apparato giudiziario. Per tali ragioni, il *Ne bis in idem* è stato ricondotto anche al principio di una corretta amministrazione della giustizia¹⁰. Di conseguenza, non si può non ricomprendere il divieto in esame nell'alveo dei principi del giusto processo, almeno come canone fondamentale della sua ragionevole durata¹¹.

Infine la doppia persecuzione penale causerebbe un logoramento della persona incompatibile con i principi generali di uno Stato di diritto. Il *Ne bis in idem*, quindi, opera nel senso di evitare che un soggetto (imputato/indagato, ma anche testimone o vittima) sia sottoposto ad un ulteriore processo penale con tutte le conseguenze del caso: invasione dell'autorità nella propria sfera privata, richiamo alla memoria eventi passati quantomeno spiacevoli, sgradita pubblicità, sono solo alcune delle conseguenze negative che non solo l'imputato, ma anche le vittime ed i testimoni, potrebbero essere chiamati ad affrontare.

Come se non bastasse, esigenze naturali di equità ed uguaglianza impongono che nessun soggetto possa essere sottoposto due volte allo stesso procedimento, come corollario già implicitamente contenuto nelle ragioni precedenti. In generale, il principio del *Ne bis in idem* può essere anche visto come un principio di "protezione": l'individuo viene protetto da una reiterazione dello *ius punendi* dello Stato, la quale si tradurrebbe in un abuso nei confronti dei diritti del singolo. Le discipline nazionali considerano a tal proposito sia gli interessi repressivi degli ordinamenti, che la tutela dei soggetti: il punto nevralgico del bilanciamento tra i due è, appunto, il divieto di un doppio processo. La stessa giurisprudenza di legittimità afferma infatti che la preclusione processuale è considerata "quale conseguenza della consumazione del potere"¹² [punitivo dello Stato]: l'ordinamento ha il diritto/dovere di esercitare la sua potestà punitiva, ma una volta esercitata con successo (e con questo non si intende necessariamente la condanna dell'imputato) esaurisce questa sua prerogativa (per il medesimo fatto nei confronti della medesima persona). Si può quindi difficilmente immaginare un ordinamento in cui si prescindere dal principio trattato: il rischio di subire due volte l'azione punitiva dello Stato andrebbe contro le stesse fondamenta democratiche dell'ordinamento, contro i diritti del singolo e contro gli stessi interessi di economia dell'apparato giudiziario, ponendo il soggetto in una

⁹ v. G.LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 68.

¹⁰ J.A.E.VERVAELE *Multilevel and multiple punishment in Europe. The ne bis in idem principle and the protection of human rights in Europe's area of freedom, security and justice*, in A.VAN HOEK-A.HOL-O.JANSEN-P.RIJKEMA-R.WIDDERSHOVEN (a cura di), *Multilevel Governance in Enforcement and adjudication*, cit., p. 4.

¹¹ Così sostenuto, tra gli altri, da N.GALANTINI, *Il divieto del doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 101; e da S.ASTARITA, voce "*Ne bis in idem*", cit., p. 733; e da autorevole giurisprudenza, tra tutti Cass., sez. un., 28 Giugno 2005, Donati, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 28 e ss.

¹² Cass., sez. un., 28 Giugno 2005, Donati, cit., p. 34.

situazione di doppio pericolo (“*double jeopardy*”, secondo la terminologia in uso nei sistemi anglosassoni) incompatibile con le più basilari regole giuridiche.

2. *Ne bis in idem* e *res iudicata*

Comprendere il principio del *Ne bis in idem* sarebbe impossibile se si omettesse di considerare un altro istituto fondamentale degli ordinamenti giuridici: quello della *res iudicata*. I due concetti sono collegati da un rapporto indissolubile, che permette di capire l’uno solo dopo aver compreso l’altro. Capire cos’è la cosa giudicata fa emergere come la preclusione del *Ne bis in idem* sia, di fatto, una sua immancabile conseguenza.

Come noto, si parla di “giudicato” in riferimento alla decisione giudiziaria incontrovertibile, non più soggetta a modifiche e quindi cristallizzata nell’atto processuale emanato dal giudice. Tale nozione è, di conseguenza, strettamente legata anche all’ambito dell’esecuzione penale, tant’è che è stato affermato come il giudicato sia “l’identificazione del provvedimento irrevocabile ed esecutivo che costituisce il punto di partenza dell’esecuzione penale”¹³.

In sostanza: l’imputato ha la possibilità di esercitare il suo diritto di difesa, anche attraverso l’impugnazione nei confronti della sentenza (di primo grado) che lo riguarda. Tuttavia, questa garanzia non può prevedere una possibilità illimitata di gradi di giudizio, attivabili fino a che il soggetto non ottenga la pronuncia che più lo aggrada: è necessario, per varie ragioni, prevedere un momento di necessaria chiusura dell’*iter* giudiziario, al fine di cristallizzare con un atto definitivo ed immutabile (appunto la *res iudicata*) la situazione giuridico-processuale dell’imputato. Si afferma quindi correttamente che “la formazione della cosa giudicata coincide con l’estinzione del potere giurisdizionale di statuire sull’oggetto già deciso in via definitiva”¹⁴.

Come già notato, la necessità di prevedere una chiusura naturale all’*iter* giudiziario è ispirata da chiare ragioni. La certezza delle posizioni giuridiche è l’obiettivo principale cui mira l’istituto della cosa giudicata, che è destinata a regolare una volta per tutte la vicenda processuale. Assume poi rilievo anche l’esigenza di salvaguardare la credibilità della funzione giurisdizionale, e di tutelarne il prestigio e l’autorevolezza¹⁵, messi in discussione da una potenzialmente illimitata serie di decisioni, magari anche contraddittorie. Infine, la necessità di conformarsi alle previsioni costituzionali di una ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), impone di stabilire una conclusione che fissi un limite certo ai processi giudiziari¹⁶.

Ciò premesso, quando può dirsi che una decisione giudiziaria assume la natura di cosa giudicata?

¹³ Così in G.LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 781.

¹⁴ G.DALLA MONICA, voce “*Giudicato*”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Aggiornamento – Tomo I, Torino, 2008, p. 384.

¹⁵ G.DALLA MONICA, voce “*Giudicato*”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, cit., p. 390.

¹⁶ G.DALLA MONICA, voce “*Giudicato*”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, cit., p. 390.

Al riguardo, si è innanzitutto notato che sono idonei a produrre effetti di *res iudicata* solo le pronunce che si esprimono sulla *res iudicanda*, con esclusione, quindi, di tutti i provvedimenti di natura endoprocedimentale¹⁷.

Nel nostro ordinamento processuale, può dirsi che si ha giudicato quando la sentenza diventa irrevocabile ai sensi dell'articolo 648 c.p.p., ovvero quando contro di essa non è più ammessa impugnazione diversa dalla revisione¹⁸: l'impossibilità di impugnare in via ordinaria la sentenza è quindi condizione necessaria e sufficiente perché tale pronuncia diventi immutabile.

Nell'ambito del concetto di giudicato la dottrina distingue tra giudicato formale e giudicato sostanziale. Se il giudicato formale è l'immutabilità della sentenza per il fatto di non essere più impugnabile con mezzi ordinari, per giudicato sostanziale si intende la questione che, in quanto decisa all'interno di quello stesso provvedimento, "assume autorità" di cosa giudicata¹⁹. Il giudicato formale si riferisce quindi al provvedimento emanato dal giudice, mentre il giudicato sostanziale al suo contenuto.

Questa seconda accezione di giudicato è il presupposto dei due principali effetti dispiagati dalla sentenza irrevocabile: l'effetto "positivo" è l'espressione della forza esecutiva del comando contenuto nella sentenza, e comporta l'obbligo, per il giudice civile ed amministrativo, di decidere in conformità alla decisione penale irrevocabile²⁰; l'effetto "negativo" coincide invece con il divieto di sottoporre a procedimento penale il medesimo soggetto per lo stesso fatto oggetto del primo accertamento²¹. Il *Ne bis in idem* è dunque l'effetto negativo che deriva dal passaggio in giudicato della sentenza.

Dato che tale principio è effetto tipico del giudicato, si ritiene che esso sia "svincolato dalla efficacia di accertamento contenuto nella sentenza"²², essendo sufficiente l'irrevocabilità della medesima perché si possa esplicitare l'effetto preclusivo del divieto²³. Ciò ha fondato l'idea che la funzione del *Ne bis in idem* sia di assicurare la certezza soggettiva²⁴, perché mirerebbe ad impedire il reiterarsi di processi nei confronti della stessa persona per il medesimo fatto, più che vincolare al contenuto della decisione irrevocabile. D'altra parte, un soggetto beneficia del divieto di *bis in idem* solo quando la sentenza non sia più impugnabile in via ordinaria, e non quando si tratti di una decisione non passata

¹⁷ G.DALLA MONICA, voce "Giudicato", in *Digesto delle discipline penalistiche*, cit., p. 391.

¹⁸ Si rimanda ad un successivo paragrafo l'analisi più dettagliata degli atti che nel nostro ordinamento assumono natura di *res iudicata*, idonei quindi a precludere il nuovo giudizio per lo stesso fatto.

¹⁹ A.GIOVENE, voce "Giudicato", in *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo V, Torino, 1991, p. 424.

²⁰ F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 67.

²¹ In tal senso, tra i tanti, S.ASTARITA, voce "Ne bis in idem", cit., p. 735; F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 67; G.CIANI, sub Art. 649, in G.LATTANZI-E.LUPO, *Codice di procedura penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Volume IX, Milano, Giuffrè, 2012, p. 24.

²² G.DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 124.

²³ Diventa indifferente, di conseguenza, l'esito della sentenza divenuta irrevocabile: indipendentemente da una condanna o da una assoluzione, il soggetto giudicato non potrà più essere sottoposto ad un secondo processo per il medesimo fatto.

²⁴ Tra tutti G.LOZZI, voce "Giudicato (diritto penale)", in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XVIII, Giuffrè, 1969, p. 913; G.LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 782.

in giudicato, o addirittura quando il procedimento sia ancora in fase investigativa.

Come ultima conseguenza, dal momento che la *ratio* del divieto non si fonda sui soli interessi dell'individuo, il *Ne bis in idem* opera anche quando un secondo giudizio possa potenzialmente portare beneficio al condannato. In questi casi, lo scopo perseguito sembra quello di evitare un'incontrollata proliferazione dei processi penali, operando un "contenimento e razionalizzazione dei tempi e delle risorse processuali"²⁵.

3. Il sistema italiano nella disciplina del codice del 1930: cenni

Benché non sancito espressamente nella Carta Costituzionale, si ritiene comunque che il *Ne bis in idem* sia un principio costituzionalmente rilevante. All'alba della nostra storia repubblicana, l'Assemblea Costituente aveva discusso l'opportunità di introdurre una norma costituzionale sulla irrevocabilità del giudicato, poi mai approvata²⁷. Il divieto di *bis in idem* venne così consacrato solo a livello di legge ordinaria, in particolare nel codice di rito.

Il Codice di procedura penale del 1930 trattava del principio in discorso nell'articolo 90, rubricato "Inammissibilità di un secondo giudizio". Veniva stabilito che "[l]'imputato condannato o prosciolto, anche in contumacia, con sentenza divenuta irrevocabile 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 è disposto negli articoli 17, 89 e 402" (comma 1). Era altresì affermato che "[s]e ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del procedimento pronuncia sentenza con cui dichiara non doversi procedere perché l'azione non poteva essere esercitata" (comma 2). Il testo di tale disposizione è stato poi quasi esattamente ripetuto dall'art. 649 del codice di procedura vigente, con alcune piccole differenze di specificazione, rimanendo quindi la *ratio* del principio sostanzialmente inalterata. Anche le eccezioni all'effetto preclusivo, contenute nel primo comma, sono identiche: due di queste sono state pedissequamente ripetute dal vigente art. 649. La terza ipotesi (possibilità di esercitare nuovamente l'azione penale in caso di riapertura dell'istruzione, a seguito dell'archiviazione delle indagini), benché non esplicitamente prevista nel vigente codice di rito, può ritenersi comunque operante: il provvedimento di archiviazione, infatti, sembra non esplicare quella efficacia preclusiva tipica del giudicato. Revocato tale provvedimento, si potrà quindi procedere contro il soggetto, e ciò non costituirà una doppia valutazione *in idem*.

Nella vigenza del Codice Rocco destò particolari difficoltà applicative del principio in esame il caso in cui una singola condotta avesse causato una

²⁵ F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., pp. 72-73.

²⁷ v. l'intervento di G.Leone durante la seduta del 5 Dicembre 1946, Seconda Sottocommissione (Seconda Sezione), riportato in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Vol. VIII, Camera dei Deputati – Segretariato Generale, 1971, p. 1894.

pluralità di eventi. In particolare, i dubbi riguardavano l'eventualità in cui il secondo evento si fosse verificato *dopo* l'irrevocabilità della sentenza sul primo (ad esempio, in caso di morte della persona offesa a seguito del giudicato sulle lesioni). Ci si chiedeva, quindi, se un giudizio sul secondo evento fosse possibile (in quanto fatto diverso), oppure fosse precluso dal *Ne bis in idem* (poiché medesimo fatto).

Al riguardo, taluno sostenne che la non operatività del divieto fosse causa di "non lievi inconvenienti"²⁹. Infatti, ammettendo un giudizio sul secondo evento (cagionato dalla stessa condotta), si sarebbero aperti due possibili scenari. Innanzitutto, si sarebbe potuto mettere in discussione il merito dell'intera sentenza precedentemente resa (a riguardo del primo evento), ciò con il rischio che, "volendosi conseguire il più, si perd[esse] anche il meno": il secondo giudizio avrebbe infatti potuto concludersi con una assoluzione, anche nel caso in cui il primo avesse condannato l'imputato. Alternativamente, si avanzò l'ipotesi di conservare alcune parti del primo giudicato, mettendone in discussione altre. Ma questo scenario appariva addirittura più complesso, richiedendo una disciplina *ad hoc* per regolare la modifica della pronuncia irrevocabile, "in parte valida e in parte no"³⁰.

Alla luce di tali argomentazioni, si è concluso sul punto sostenendo la necessità di mantenere la preclusione anche nel caso in cui il fatto fosse stato diversamente considerato per il titolo, il grado e le circostanze sulla base di elementi preesistenti ma ignorati, ovvero sopravvenuti.

Diversa risultò, invece, la situazione in cui il soggetto avesse contemporaneamente violato una pluralità di disposizioni di legge con un'unica condotta. Nella Relazione al Re³¹ del 1930 si sottolineava che in questi casi era stato proposto un esplicito divieto alla applicazione del principio del *Ne bis in idem*: avrebbe dovuto applicarsi, infatti, la disciplina sul concorso di reati. Tuttavia, la Commissione parlamentare ritenne non "equa" questa norma, che di conseguenza venne soppressa.

4. Il divieto di secondo giudizio nel codice di rito del 1988: l'art. 649 c.p.p.

Nel codice di procedura penale del 1988 il principio del *Ne bis in idem* è sancito dall'art. 649 c.p.p. Nonostante la diversa collocazione sistematica (la vigente norma è collocata nel libro X, sull'esecuzione), l'attuale disposizione si pone in linea di continuità con la precedente. Ai sensi dell'art. 649 c.p.p. (rubricato "Divieto di un secondo giudizio"), "[l]'imputato proscioltto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili (648) 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

²⁹ Così riportato *sub* art. 90 in R.MANGINI-F.P.GABRIELI-U.COSENTINO, *Codice di procedura penale: illustrato con i lavori preparatori*, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1930, p. 92.

³⁰ R.MANGINI-F.P.GABRIELI-U.COSENTINO, *Codice di procedura penale: illustrato con i lavori preparatori*, cit., p. 92.

³¹ Relazione al Re: Gazzetta Ufficiale del 26 Ottobre 1930 – VIII – n. 45.

circostanze, salvo quanto disposto dagli artt. 69 comma 2 e 345". Il secondo comma prevede che "Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento (529 ss.) o di non luogo a procedere (425), enunciandone la causa nel dispositivo".

Evidentemente, il divieto in esame non contempla un obbligo di conformarsi al contenuto della sentenza, ma determina sul giudice successivamente adito il dovere di declinare la decisione: il giudicato penale è quindi vincolante in sede civile ed amministrativa, ma non obbliga invece altro giudice penale. Tale impostazione è frutto di una scelta specificamente politica del nostro legislatore, che ha preferito mantenere autonomi i giudizi penali resi dai singoli magistrati³⁴.

In dottrina si è sottolineato come il principio del *Ne bis in idem* dovrebbe essere considerato dal punto di vista sia sostanziale che processuale. Il *Ne bis in idem* sostanziale sarebbe regolato dall'articolo 15 c.p., mentre quello processuale dal 649 c.p.p. La prima norma stabilisce che "[q]uando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito". La differenza tra le due norme è chiara: mentre l'art. 649 c.p.p. vieta un secondo giudizio per il medesimo fatto, l'art. 15 c.p. "impedisce che, se gli stessi elementi di una situazione storica risultino presi in considerazione dagli elementi di due schemi legali astratti [...], siano applicabili entrambe le norme"³⁵. Di conseguenza, si sostiene l'autonomia dei due concetti, in quanto ispirati a *rationes* diverse. Infatti, il *Ne bis in idem* processuale è finalizzato a garantire la certezza individuale e l'economia processuale, mentre quello sostanziale si fonda su ragioni di equità³⁶.

Il principio del *Ne bis in idem* è inoltre strettamente collegato al problema dei conflitti tra giudicati. In proposito, si è soliti distinguere tra conflitti teorici e conflitti pratici di giudicati³⁷. I primi si verificano quando il contrasto riguarda gli accertamenti contenuti in più sentenze irrevocabili; i secondi invece quando il conflitto è tra i comandi di due decisioni passibili di esecuzione.

In particolare, due pronunce sono in conflitto teorico quando entrambe si esprimono sul medesimo fatto storico, valutandolo tuttavia diversamente. Questa situazione è fisiologica nell'ordinamento italiano, dal momento che i giudici penali accertano autonomamente i fatti oggetto dei propri giudizi, potendo individualmente pervenire a conclusioni differenti.

D'altra parte, due pronunce saranno in conflitto pratico quando statuiscono in modo inconciliabile sulla stessa condotta penalmente rilevante, nei confronti del medesimo individuo. Questo avviene, ad esempio, quando due sentenze condannano, per il medesimo reato, il soggetto a pene detentive di durata diversa.

³⁴ A.GIOVENE, voce "Giudicato", in *Digesto delle discipline penalistiche*, cit., p. 424.

³⁵ G.LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, cit., p. 69.

³⁶ G.LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, cit., p. 69-70.

³⁷ v. G.LOZZI, voce "Giudicato (diritto penale)", in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 913.

Parallelamente, si verifica la situazione di un doppio conflitto qualora due sentenze siano incompatibili logicamente e praticamente: questo quando, ad esempio, l'una assolva l'imputato per un determinato reato, e l'altra lo condanni per la medesima condotta.

La possibilità che si verifichino questi conflitti ha indotto il legislatore a prevedere strumenti per evitarli o risolverli. Per quanto riguarda i contrasti già verificatisi, per i conflitti pratici è sempre data una soluzione. Viene applicata, in questo caso, la norma dell'art. 669 c.p.p., secondo la quale, in ossequio al principio del *favor rei*, la sentenza da eseguire è quella più favorevole al soggetto.

Diversa è la situazione dei conflitti teorici. Tali contrasti sono componibili *ex post* soltanto secondo la disciplina della revisione, ex artt. 629 e ss. c.p.p., la quale tuttavia è applicabile solo a determinate condizioni. In particolare, l'errore da cui deriva l'inconciliabilità delle decisioni deve essere contenuto nella sentenza di cui si chiede la revisione. Oltretutto, l'istituto può operare solamente nei confronti di sentenze di condanna e al fine di ottenere il proscioglimento del soggetto³⁸. Qualora, quindi, non venissero soddisfatti i requisiti per l'applicazione della disciplina, il conflitto rimarrebbe in essere³⁹.

È opportuno chiedersi, a questo punto, se siano disponibili strumenti legislativi per evitare *ex ante* che si verifichi un conflitto di giudicati, sia teorico che pratico.

Con riferimento ai contrasti teorici, va notato che l'articolo 17 c.p.p. dovrebbe evitare contraddizioni logiche tra diverse pronunce. La norma, difatti, prevede la possibilità che giudizi separati vengano riuniti, e quindi giudicati unitariamente dal magistrato. Tale operazione è possibile, come indicato dalla norma stessa, qualora si tratti di giudizi su fatti di reato in stretta relazione tra di loro. Una riunione tra questi processi, quindi, eliminerebbe *ab origine* il rischio di una pluralità di sentenze che comportasse diversi accertamenti per lo stesso fatto storico.

Tuttavia, la disciplina di cui all'art. 17 c.p.p. è subordinata ad una serie di condizioni che la rendono eccezionale rispetto al normale svolgimento dell'*iter* giudiziario: è necessario, infatti, che i processi pendano nello stesso stato e grado davanti al medesimo giudice. Inoltre, è possibile solo nei casi esplicitamente previsti dalla legge. Infine, è richiesto che la riunione non determini un ritardo nella definizione dei processi stessi.

Con riguardo, invece, alla possibilità di prevenire conflitti pratici tra giudicati, si è notato che la disposizione chiave è proprio l'art. 649 c.p.p.⁴². Infatti il divieto impedisce che si possa iniziare (o proseguire) un procedimento

³⁸ G.LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 771; v. anche art. 631 c.p.p.

³⁹ In dottrina si è dibattuto sulla natura della revisione. È stato affermato che, in caso operasse tale istituto, non vi sarebbe alcuna deroga al principio del *Ne bis in idem*: questo in quanto una modifica della sentenza non potrà che essere in favore del condannato, in armonia quindi con le finalità di tutela individuale del divieto di cui all'art. 649 c.p.p. A contrario, è stato sostenuto che tale preclusione sia anche finalizzata ad un impiego razionale delle risorse processuali, e non solo a garanzia della persona. Per tali ragioni si configurerebbe come vera e propria deroga al *Ne bis in idem*.

A sostegno del primo orientamento, v. G.LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 766; a proposito del secondo, v. F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 80.

⁴² v. G.LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 785.

penale nei confronti di un soggetto per un fatto già oggetto di precedente giudizio, indipendentemente dall'accertamento contenuto nella sentenza irrevocabile. Di conseguenza, il suo scopo è proprio quello di impedire che un giudice torni a esprimersi su una questione oramai decisa, con il rischio di emanare una decisione incompatibile con quella precedentemente resa.

Da quanto sopra esposto può desumersi che il nostro legislatore esige sempre la risoluzione del conflitto pratico (in via preventiva con l'art. 649, in via risolutiva con l'art. 669 c.p.p.), mentre non sempre richiede la risoluzione di quello teorico. Ciò dimostra che il nostro ordinamento non persegue la certezza in senso oggettivo: altrimenti si imporrebbe sempre una soluzione anche ai conflitti teorici tra giudicati⁴³.

Alla luce di quanto appena affermato, va sottolineato come sia pacifico che la preclusione processuale del *Ne bis in idem* non vieti di riconsiderare lo stesso fatto storico (o suoi particolari aspetti) "per valutarli liberamente ai fini della prova concernente un reato diverso da quello giudicato, in quanto ciò che diviene irretrattabile è la verità legale del fatto reato, non quella reale del fatto storico"⁴⁴. La stessa giurisprudenza sottolinea come "[sia] legittimo assumere, come elemento di giudizio autonomo, circostanze di fatto raccolte nel corso di altri procedimenti penali, pur quando questi si sono conclusi con sentenze irrevocabili di assoluzione"⁴⁵. Non costituisce doppio giudizio, quindi, rivalutare i fatti già oggetto di una pronuncia (sia che essa riguardi un soggetto diverso, sia il medesimo nel caso di procedimento per altro reato), in quanto tale rivalutazione si ferma ad un mero aspetto fattuale, e non entra nella sfera giuridica di quello che è già stato giudicato definitivamente. Ciò in quanto l'effetto preclusivo in esame non è stato istituito per impedire i conflitti teorici tra giudicati: qualora il *Ne bis in idem* fosse finalizzato anche ad impedire i contrasti logici, una doppia rivalutazione in tal senso sarebbe proibita, in quanto idonea a creare soluzioni logicamente contrastanti.

5. (segue): Le eccezioni al *Ne bis in idem*

Per completare il quadro di operatività del divieto ex art. 649 c.p.p. è necessario richiamare, sia pure per cenni, le eccezioni al *Ne bis in idem*. Esse sono descritte nella seconda parte del primo comma, che infatti trova applicazione "salvo quanto disposto dagli artt. 69 comma 2 e 345".

La prima ipotesi considerata riguarda l'errata dichiarazione di morte dell'imputato: è la situazione in cui, esercitata l'azione penale, la morte venga successivamente dichiarata con conseguente estinzione del processo (art. 69 comma 1). Appare evidente come, nel caso il giudice dichiari scomparso il

⁴³ G.LOZZI, *Giudicato (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 914.

⁴⁴ v. C.MARINELLI, sub *Art. 649*, in G.CONSO-G.ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, cit., p. 2840.; v. anche Cass., sez. V, 25 Novembre 1998, Pagani, in *Cass. pen.*, 2000, p. 92, secondo cui "Il principio del *ne bis in idem*, di cui all'art 649 c.p.p., impedisce al giudice di procedere contro la stessa persona per lo stesso fatto su cui si è formato il giudicato, ma non di prendere in esame lo stesso fatto storico e di valutarlo in riferimento a diverso reato".

⁴⁵ Cass., sez. un., 23 Novembre 1995, Fachini, in *Cass. pen.*, 1996, II, p. 2131.

soggetto ma egli sia ancora vivente, si tratterebbe di una situazione di sostanziale ingiustizia. L'individuo, difatti, beneficerebbe di una sentenza che per errore lo considera defunto, per evitare il processo penale nei suoi confronti.

La dottrina non concorda nel considerare tale eventualità come eccezione al *Ne bis in idem*. Secondo un primo orientamento, nel caso di specie dovrebbe più propriamente parlarsi di un primo accertamento su un fatto mai ancora effettivamente giudicato. La decisione che accerta erroneamente la morte dell'imputato, sembrerebbe quindi una "pseudo-sentenza", non idonea a formare giudicato⁴⁶. Contrariamente, altra dottrina ha ritenuto che si tratti di una eccezione: viene correttamente rilevato che la disciplina del codice abrogato poteva lasciare intendere che si trattasse di un atto inidoneo a costituire giudicato (prevedendo all'art. 89 c.p.p. abrogato che una sentenza di questo tipo doveva considerarsi come "non pronunciata"). L'attuale codice, tuttavia, non lascia spazio a speculazioni in tal senso, inquadrando tale situazione come vera e propria eccezione all'art. 649 c.p.p.⁴⁷.

Il secondo caso di inoperatività del divieto ex art. 649 c.p.p. si ha quando sia stato emanato un decreto che abbia definito il procedimento a carico di un soggetto per mancanza di una condizione di procedibilità. In questo caso, come affermato dall'art. 345 c.p.p., "[tali provvedimenti] non impediscono l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona se è in seguito proposta la querela, l'istanza, la richiesta o è concessa l'autorizzazione ovvero se è venuta meno la condizione personale che rendeva necessaria l'autorizzazione". Anche in questo caso si tratta di una eccezione al divieto di *bis in idem*. Ciò perché "il fatto materiale imputato rimane identico anche quando si inizi un nuovo processo per essersi successivamente realizzata la condizione di procedibilità⁴⁸".

Ultima questione di fondamentale importanza è quella che affronta i tipi di provvedimento che innescano la preclusione del doppio giudizio. Come già accennato⁴⁹, è necessaria l'irrevocabilità della decisione giudiziaria. In tale concetto rientrano naturalmente le sentenze dibattimentali, ma non è da escludersi che un effetto preclusivo sia ricollegabile anche ad altri tipi di pronunce⁵⁰.

6. (segue): Preclusione derivante da pronunce non emesse in dibattimento

Si è notato che la preclusione del *Ne bis in idem* opera qualora la decisione del giudice sia diventata irrevocabile. Si è altresì già evidenziato che per "irrevocabili" si intendono quelle sentenze "pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione" (art. 648 comma 1 c.p.p.). Ad esse sono equiparati i decreti penali di condanna irrevocabili, nei

⁴⁶ A.GIOVENE, voce "Giudicato", in *Digesto delle discipline penalistiche*, cit., p. 427.

⁴⁷ F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 79; G.LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 786.

⁴⁸ G.LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 787.

⁴⁹ Cfr. *supra*, par. 2.

⁵⁰ Cfr. *infra*, al paragrafo successivo.

casi in cui sia “inutilmente decorso il termine per proporre opposizione o quello per impugnare l’ordinanza che la dichiara inammissibile” (art. 648 comma 3 c.p.p.). Occorre chiedersi, quindi, se queste sono le uniche decisioni giudiziarie idonee a diventare *res iudicata*, e cosa debba intendersi specificamente con l’espressione “pronunciate in giudizio”.

Pacificamente la dottrina ricomprende nell’alveo delle sentenze con effetto di giudicato ai sensi dell’art. 648 comma 1 c.p.p. (“sentenze pronunciate in giudizio”) non solo quelle emesse a seguito di giudizio dibattimentale immediato o direttissimo⁵², ma anche quelle emesse a seguito di giudizio abbreviato⁵³. Più problematica è invece risultata la sentenza che applica, ex art. 444 c.p.p., la pena su richiesta delle parti. Ad oggi si sostiene⁵⁴ che la sua assimilazione alla sentenza emessa in giudizio derivi dall’equiparazione di tale sentenza a quelle divenute irrevocabili ai sensi dell’art. 648 c.p.p., ai fini della revisione: dal momento che l’art. 629 c.p.p. equipara tutte queste forme di pronunce, sembra che voglia ricondurle tutte alla categoria delle decisioni emanate “in giudizio”⁵⁵, comunemente definita, in dottrina, come “giudicato tipico”⁵⁶.

A fianco del giudicato “tipico”, la dottrina ha individuato anche le figure del cosiddetto “giudicato atipico”. Con tale espressione si allude a quelle pronunce che, sebbene non idonee a chiudere per sempre la vicenda giudiziaria, sono però caratterizzate da irrevocabilità “allo stato degli atti”; in altri termini, dalla stabilità tipica del giudicato, almeno fino a quando non si manifestino le condizioni per la loro revocabilità⁵⁸.

È stato ricondotto a tale categoria, ad esempio (ma il punto è controverso), il provvedimento di archiviazione. Taluno ha sostenuto, infatti, che il provvedimento di archiviazione sia idoneo a produrre gli effetti tipici della *res iudicata*, almeno “allo stato degli atti”⁶⁰. A sostegno di tale esegesi si è notato che l’archiviazione, disposta dal G.i.p. al termine delle indagini, esprime la volontà dello Stato di non instaurare un processo penale contro l’indagato. Il provvedimento di archiviazione consiste quindi in una decisione giudiziaria su una notizia di reato a carico di un soggetto. Ai sensi dell’art. 414 c.p.p., è sempre possibile che tale atto venga revocato, e le indagini riaperte, ma tale possibilità è condizionata all’emersa esigenza di nuove investigazioni. Ne consegue che in difetto di nuovi elementi che la giustificano, la riapertura delle

⁵² v. C.MARINELLI, sub Art. 649, in G.CONSO-G.ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, cit., p. 2841.

⁵³ G.DALLA MONICA, voce “Giudicato”, in *Digesto delle discipline penali*, cit., p. 391.

⁵⁴ G.DALLA MONICA, voce “Giudicato”, in *Digesto delle discipline penali*, cit., p. 391.

⁵⁵ Conformemente, C.MARINELLI, sub Art. 649, in G.CONSO-G.ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, cit., p. 2841.

V. anche Cass., sez. V, 4 Maggio 1992, n. 5148, Rapezzi, in *Riv. pen.* 1992, II, p. 949, nella quale in riferimento alla preclusione processuale del *Ne bis in idem* si “ammette efficienza preclusiva di nuovo procedimento penale per il medesimo fatto anche a sentenze irrevocabili non pronunciate in giudizio (Fattispecie di sentenza di applicazione della pena su richiesta per il reato di cui all’art. 580 c.p.)”.

⁵⁶ G.DALLA MONICA, voce “Giudicato”, in *Digesto delle discipline penali*, cit., p. 390. Con tale locuzione si intende il fenomeno del giudicato espressamente previsto e disciplinato dal legislatore.

⁵⁸ G.DALLA MONICA, voce “Giudicato”, in *Digesto delle discipline penali*, cit., p. 406.

⁶⁰ G.DALLA MONICA, voce “Giudicato”, in *Digesto delle discipline penali*, cit., p. 408. Similmente, v. S.ASTARITA, voce “*Ne bis in idem*”, cit., pp. 740-741.

indagini è inibita, e il provvedimento di archiviazione esplica effetti negativi tipici del giudicato. Insomma, “l’archiviazione fa preclusivamente stato fino alla sua rimozione”⁶¹, dando luogo al *Ne bis in idem* tanto quanto una sentenza.

Anche la giurisprudenza sembra non aver adottato un unico orientamento a tal proposito. Difatti, talvolta si è affermato che “[i]l principio del *ne bis in idem* sancito dall’art. 649 c.p.p. opera solo a fronte di una sentenza o di un decreto penale divenuti irrevocabili, e non può, quindi, invocarsi in rapporto al decreto di archiviazione”⁶³. In senso contrario, alcuni orientamenti giurisprudenziali sanciscono che “il provvedimento di archiviazione è connotato da una – sia pure limitata – efficacia preclusiva”⁶⁴.

Un’altra situazione in cui si parla di giudicato “allo stato degli atti” è quella della sentenza di non luogo a procedere. Essa può essere emanata dal giudice a conclusione dell’udienza preliminare, in alternativa al provvedimento di rinvio a giudizio, qualora “sussit[a] una causa che estingue il reato o per la quale l’azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero quando risulta che il fatto non sussiste o che l’imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratta di persona non punibile per qualsiasi causa (art. 425 comma 1 c.p.p.); [ovvero anche quando] gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l’accusa in giudizio (art. 425 comma 3 c.p.p.)”. Ebbene, secondo la dottrina, anche alla decisione presa con sentenza di non luogo a procedere deve essere riconosciuta autorità di cosa giudicata “allo stato degli atti”, nei casi in cui siano esauriti i mezzi di impugnazione⁶⁵.

In simili evenienze, infatti, la sentenza statuisce definitivamente su una questione, ma può essere oggetto di revoca: quest’ultima si porrebbe come condizione di procedibilità dell’azione penale nuovamente esercitata dal pubblico ministero. Si è quindi affermato che le ragioni che giustificano l’efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione valgono a maggior ragione in caso di sentenza di non luogo a procedere.

Dal canto suo, la giurisprudenza ha aderito pienamente a tale ricostruzione. Il giudice di legittimità ha affermato che la “sentenza di non luogo a procedere, pur se non ricompresa fra quelle di cui agli artt. 648 e 649 c.p.p., formalmente preclusive di un secondo giudizio, impedisce ugualmente l’esercizio dell’azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona ove in concreto manchino le condizioni per la sua revocabilità”⁶⁷. Le Sezioni unite della Cassazione hanno inoltre sostenuto che “[i]n virtù della

⁶¹ G.DALLA MONICA, voce “*Giudicato*”, in *Digesto delle discipline penali*, cit., p. 408. V. anche Cass., sez. IV, 20 Marzo 1997, Saltanecchi, in *Gius. pen.*, 1998, III, p. 565.

Contrariamente, altra dottrina esclude che il provvedimento di archiviazione produca gli effetti tipici del giudicato, in quanto sempre idoneo ad essere revocato a fronte della riapertura delle indagini. Cfr. C.MARINELLI, sub *Art. 649*, in G.CONSO-G.ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, cit., p. 2841.

⁶³ Cass., sez. V, 21 Aprile 1993, Tamburrino, in *Giust. pen.*, 1993, III, p. 576.

⁶⁴ Cass., sez. un., 22 Marzo 2000, Finocchiaro, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 253. Orientamento sostenuto anche dalla Corte Costituzionale: v. Corte Cost., 12 Gennaio 1995, n. 27, punto n. 3.

⁶⁵ G.DALLA MONICA, voce “*Giudicato*”, in *Digesto delle discipline penali*, cit., p. 407.

⁶⁷ Cass., sez. VI, 8 Novembre 1996, Privitera, in *Cass. pen.*, 1998, p. 838.

preclusione derivante dalla pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere, non può essere applicata una misura cautelare, per lo stesso fatto, nei confronti dell'imputato prosciolto prima che, emerse nuove fonti di prova, sia pronunciata dal giudice per le indagini preliminari la revoca della sentenza medesima⁶⁸: ciò significa che per procedere *contra reum* (in questo caso attraverso l'applicazione di una misura cautelare) è necessaria una revoca di quella sentenza, che altrimenti sarebbe caratterizzata da un effetto preclusivo pari a quelle *ex art. 649 c.p.p.* Infine, si è affermato che, a differenza dell'archiviazione, la sentenza di non luogo a procedere disposta con determinate formule è idonea ad emanare un effetto preclusivo non più sindacabile: difatti, "quando tale sentenza è stata emessa per estinzione del reato, l'effetto preclusivo è irreversibile, al pari di quello di cui all'art. 649 c.p.p., non potendosi configurare neppure in via ipotetica la sopravvenienza di presupposto per un nuovo esercizio dell'azione penale"⁶⁹. D'altro canto, qualora la sentenza di non luogo a procedere fosse scaturita dall'estinzione del reato per morte del reo o per mancanza di una delle condizioni di procedibilità, l'efficacia preclusiva dell'atto sarebbe minima, essendo sufficiente il sopravvenire della condizione o la scoperta della buona salute del soggetto⁷⁰.

7. I limiti oggettivi della cosa giudicata penale: il "medesimo fatto"

L'art. 649 c.p.p. fa riferimento, nella formulazione del *Ne bis in idem*, al concetto di "medesimo fatto". Tale principio, di conseguenza, sembra trovare applicazione solo nei casi in cui un giudizio verta sulla stessa vicenda storica accertata da una sentenza già divenuta irrevocabile. Questa locuzione costituisce un limite oggettivo all'operatività della norma. Un'analisi sulla sua portata applicativa appare, quindi, opportuna.

Poiché la nozione di "medesimo fatto" è controversa, per iniziare è utile soffermarsi sugli aspetti pienamente condivisi. Non vi è dubbio, in particolare, che perché operi il *Ne bis in idem*, il giudizio deve riguardare proprio lo stesso fatto storico in precedenza valutato, e non uno ad esso identico⁷¹. È possibile quindi (senza che vi sia alcuna preclusione) giudicare due condotte uguali, quando esse sono indipendenti e separabili tra loro (si pensi all'esempio in cui un soggetto compia due o più reati identici, in momenti o situazioni differenti).

Inoltre, è indiscussa la possibilità di considerare, in un nuovo processo, avvenimenti storici già oggetto di un precedente giudizio, per utilizzarli al fine di valutare un diverso reato⁷².

⁶⁸ Cass., sez. un., 23 Febbraio 2000, Romeo, in *Cass. pen.*, 2001, p. 48.

⁶⁹ Cass., sez. VI, 8 Novembre 1996, Privitera, cit., p. 838; conformemente Cass., sez. V, 29 Gennaio 1992, Rapezzi, in *C.E.D. Cass.*, n.190258 (efficacia preclusiva anche delle sentenze irrevocabili non pronunciate in giudizio).

⁷⁰ S.ASTARITA, voce "*Ne bis in idem*", cit., p. 742.

⁷¹ G.LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 791.

⁷² Cfr. *supra*, par. 4; conformemente A.M.BENENATI, *Come intendere il concetto di medesimo fatto ai fini del "ne bis in idem"?*, in *Diritto penale e processo*, 1998, III, p. 1549. Per giurisprudenza, ulteriormente, v. Cass., sez. I, 8 Marzo 1994, in *Giust. pen.*, 1995, III, p. 36.

Per espressa previsione normativa, il divieto opera anche nel caso in cui il reato venga diversamente considerato per “titolo, grado e circostanze”.

Con l’espressione “titolo” si intende la qualificazione giuridica del fatto oggetto del giudizio, ossia il *nomen iuris*, anche se il suo mutamento opera al variare dell’elemento soggettivo della fattispecie⁷³. Le “circostanze”, invece, rappresentano gli *accidentalia delicti*⁷⁴, ovvero gli elementi che aggravano o attenuano il reato⁷⁵. Qualsiasi variazione in questi termini impedisce il secondo processo, trattandosi sempre di un secondo giudizio sullo stesso fatto.

Tutte quelle situazioni che incidono sul livello di offensività dell’addebito, senza modificare il titolo del medesimo, sono considerate, invece, variazioni di “grado” (come il passaggio tra delitto tentato a consumato)⁷⁶. Una interessante definizione di quest’ultimo ci è data dalla giurisprudenza di legittimità: si sostiene che il “grado” esprima la “quantità concreta del reato, quale è desumibile da tutti quegli elementi che, non esauriti dal titolo e dalle circostanze, pur lasciando inalterato il fatto nelle sue componenti essenziali, valgono tuttavia a caratterizzarlo sotto il profilo della quantità penale”⁷⁷.

Salvo gli assunti condivisi appena indicati, dottrina e giurisprudenza sono tendenzialmente in disaccordo nel definire la nozione di “medesimo fatto”.

Secondo la dottrina maggioritaria tale locuzione allude alla stessa condotta, posta in essere dal soggetto, già giudicata in via definitiva. Di conseguenza, è logico che essa non possa essere nuovamente sottoposta al vaglio del giudice qualora muti la considerazione del luogo o del tempo in cui è avvenuta. L’azione del soggetto non è infatti cambiata⁷⁸.

La tesi dottrinale che sostiene l’identità del fatto con l’identità della (sola) condotta, non è stata condivisa dalla giurisprudenza, che si è tendenzialmente orientata in senso opposto. La Suprema Corte ha interpretato questa nozione secondo l’usuale approccio della teoria generale del diritto penale, affermando che “l’espressione ‘fatto’ [...] viene assunta nel suo significato coerente al

⁷³ V. principalmente G.LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra “ne bis in idem” e concorso formale di reati*, cit., p. 46; S.ASTARITA, voce “*Ne bis in idem*”, cit., p. 736; F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 85.

⁷⁴ A.BASSI, *I limiti oggettivi dell’effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1401.

⁷⁵ F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 86.

⁷⁶ F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 85; G.LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra “ne bis in idem” e concorso formale di reati*, cit., p. 46.

⁷⁷ Cass., sez. IV, 27 Giugno 1979, Ghisotti, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 1236.

⁷⁸ v. F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 95; A.PAGLIARO, voce “*Fatto (dir. proc. pen.)*”, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XVI, Giuffrè, 1967, p. 964; G.BELLAVISTA-G.TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Decima edizione, Milano, Giuffrè, 1987, p. 710.

Secondo una parte minoritaria della dottrina, invece, l’espressione “medesimo fatto” va riferita a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie: v. S.ASTARITA, voce “*Ne bis in idem*”, cit., p. 736; A.BASSI, *I limiti oggettivi dell’effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, cit., p. 1401. D’altra parte, giurisprudenza minoritaria ha aderito all’orientamento dottrinale prevalente: v. Giudice Istruttore di Firenze, 8 Marzo 1963, Cialdai, in *Giust. pen.*, 1964, III, p. 151; Corte d’Appello di Venezia, 11 Ottobre 1969, Rinaldi, in *Giur. merito*, 1971, p. 139.

sistema penale nel suo complesso, per designare l'elemento materiale del reato nei suoi tre momenti (condotta, evento, nesso di causalità fisica)⁷⁹.

Da questo orientamento derivano inevitabili conseguenze. Difatti, se successivamente ad una sentenza definitiva che aveva statuito su un reato non grave (per esempio lesioni), la situazione di salute della persona offesa degenerasse tanto da portarla alla morte, i "fatti" di cui all'art. 649 c.p.p. sarebbero (secondo la giurisprudenza) differenti. Un nuovo processo, quindi, potrebbe essere instaurato: l'addebito sarebbe, nel secondo caso, di omicidio⁸⁰. Ulteriormente, altre pronunce hanno affermato la necessaria identità di "tempo, luogo e persona" perché il fatto possa essere inteso come "il medesimo"⁸¹.

8. Il mutamento di "grado" nel rapporto tra reato progressivo e concorso di reati

Come già notato, l'espressione "grado" si riferisce a tutte quelle situazioni che aggravano l'offensività del reato, senza modificarne il titolo⁸⁴.

In riferimento a tale concetto, dottrina e giurisprudenza hanno adottato indirizzi contrapposti, che hanno portato ad orientamenti contrastanti in tema di reato progressivo e di concorso di reati.

Generalmente, la dottrina ritiene che vi sia una mera variazione di grado non solo nel passaggio da tentativo a consumazione, ma anche quando una condotta illecita, a causa di un sopraggiunto evento naturalistico, assuma le

⁷⁹ Cass., sez. I, 9 Aprile 1956, Mazzone, in *Giust. pen.*, 1956, III, p. 403. V. anche Cass., sez. II, 12 Maggio 1965, Colia, in *Mass. pen. Corte supr. di Cass.*, 1966, p. 173.

⁸⁰ Nella vigenza del codice del 1930 tale orientamento è stato espresso, ad esempio, da Cass., sez. IV, 8 Maggio 1987, Mari, in *Cass. pen.*, 1989, p. 620, secondo cui "La preclusione di cui all'art. 90 c.p.p. ricorre soltanto quando vi sia completa identità fra tutti gli elementi del fatto (condotta, evento, nesso causale), e non anche quando la condotta dell'imputato, già esaminata con riferimento ad un determinato evento sotto il profilo di una violazione di legge, venga, per effetto di un altro e successivo evento, riesaminata con riferimento ad altra violazione di legge, salvo che nell'altro giudizio non sia stata esclusa la sussistenza del fatto o la commissione di esso da parte dell'agente. Ne consegue che è ammissibile il giudizio per omicidio colposo quando si sia già proceduto per le lesioni che solo successivamente determinarono la morte della persona offesa dalla condotta dell'agente".

In senso conforme, v. ad esempio Cass., sez. IV, 7 Febbraio 1984, Martini, in *Cass. pen.*, 1986 p. 94; Cass., sez. III, 31 Ottobre 1984, Pangallo, in *Riv. pen.*, 1985, p. 584; Cass., sez. I, 13 Ottobre 1986, Porgi, in *Riv. pen.*, 1987, p. 681; Cass., sez. III, 8 Marzo 1985, Vianello, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1965. Inoltre, v. *infra* par. 8.

⁸¹ v. Cass., sez. III, 6 Giugno 1958, Lanzoni, in *Riv. pen.*, 1959, II, p. 459; e Cass., sez. I, 18 Aprile 1995, Lazzarini, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1398, secondo cui "La lettera dell'art. 649 c.p.p., così come dell'art. 90 del codice previgente, è chiarissima nel limitare l'effetto preclusivo del giudicato ai casi in cui il nuovo procedimento ha per oggetto 'il medesimo fatto' su cui ha statuito la precedente sentenza irrevocabile. Tale espressione va riferita a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie – condotta, evento e nesso di causalità – e alle situazioni in cui vi sia completa identità di condizioni di tempo, di luogo e di persona".

⁸⁴ F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 85; G.LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, cit., p. 46.

vesti di un altro reato (ad esempio, nel caso in cui alle lesioni personali segua la morte del soggetto)⁸⁵. Difatti, la condotta iniziale del soggetto è, e rimane, unica. In questi casi, dato che a mutare è il “grado” dell’illecito, non sarebbe permesso instaurare un secondo processo per omicidio nei confronti del medesimo soggetto.

La giurisprudenza, tuttavia, non è pienamente aderente a questo orientamento. Si sostiene che l’interpretazione dottrinale sarebbe condivisibile solamente quando una condotta abbia *contemporaneamente* cagionato due eventi, uno meno grave rispetto all’altro, ed il giudicato sia intervenuto solo nei confronti di quello meno grave. Il nuovo processo (per l’evento più grave) sarebbe correttamente precluso, in quanto avrebbe ad oggetto il medesimo fatto, riconsiderato solamente per grado. Diversamente, nel caso in cui l’evento più grave si sia verificato *dopo* l’intervenuto giudicato su quello di minore gravità (ad esempio, nel caso di morte della persona offesa a seguito dell’irrevocabilità della sentenza sulle lesioni). Dal momento che la giurisprudenza richiede la coincidenza temporale di condotta/evento(eventi)/nesso causale perché vi sia identità del “fatto”, se gli eventi occorrono in momenti diversi esso non sarà più il medesimo. In questa situazione, quindi, è stato sostenuto che non si avrebbe un mero mutamento di grado, ma un vero e proprio fatto nuovo⁸⁷.

L’orientamento giurisprudenziale è stato condiviso da una certa dottrina, rimasta minoritaria, la quale ha affermato che, “quando un elemento nuovo venga ad aggiungersi a un fatto già giudicato in maniera tale che si abbia una immutazione sostanziale di uno degli elementi costitutivi del ‘fatto’, sì che il fatto diventi diverso, sì che si verifichi un ‘evento’, non si potrà parlare di diversità di ‘grado’ rispetto ad un medesimo fatto, ma si dovrà riconoscere che il ‘fatto’ non è più il medesimo”⁸⁸.

Inoltre, la medesima dottrina ritiene che non possa trovare applicazione, in caso di sopravvenienza di un evento più grave, la fattispecie di reato progressivo⁸⁹. Un secondo giudizio, infatti, sembrerebbe giustamente vietato solo nel caso in cui il primo giudicato fosse intervenuto nei confronti del reato più grave della progressione. In tale ipotesi, l’oggetto del secondo processo

⁸⁵ F.CORDERO, *Procedura penale*, Nona Edizione, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1205; F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 85.

Occasionalmente, anche la giurisprudenza si è orientata in tal senso: v. ad esempio Giudice Istruttore di Firenze, 8 Marzo 1963, Cialdai, cit., p. 151; Corte d’Appello di Venezia, 11 Ottobre 1969, Rinaldi, cit., p. 139, secondo cui “La morte della persona offesa, verificatasi dopo la sentenza istruttoria di proscioglimento per amnistia dall’imputazione di lesioni colpose, non configura un ‘fatto diverso’, di guisa che è precluso un secondo procedimento a carico dello stesso imputato per il delitto di omicidio colposo”.

⁸⁷ v. Cass., sez. I, 9 Aprile 1956, Mazzone, in *Riv. pen.*, 1956, II, p. 1002. Conformemente Cass., sez. III, 6 Giugno 1958, Lanzoni, cit., p. 459; Cass., sez. III, 15 Ottobre 1959, Faggi, in *Giust. pen.*, 1960, III, p. 173; Cass., sez. III, 23 Ottobre 1961, Tramontano, in *Giust. pen.*, 1962, III, p. 386; Cass., sez. IV, 8 Maggio 1987, Mari, cit., p. 1626; Cass., sez. III, 12 Marzo 1954, Haggemiller, in *Giust. pen.*, 1954, III, p. 508. Quest’ultima sottolinea chiaramente che l’identità degli elementi di condotta/evento/nesso causale deve sussistere anche da un punto di vista cronologico.

⁸⁸ R.CANTAGALLI, *Ne bis in idem e nozione di medesimo fatto*, in *Giust. pen.*, 1964, III, p. 152.

⁸⁹ Per reato progressivo si intende “il fenomeno del contestuale susseguirsi di aggressioni di crescente gravità nei confronti di un medesimo bene: si pensi ad es. ai fatti di chi, prima di uccidere, percuote e ferisce la vittima designata”: così in G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, Sesta edizione, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 689.

sarebbe già completamente ricompreso nel primo giudicato. Opposta la situazione in cui il giudizio irrevocabile sia intervenuto nei confronti del fatto meno grave della progressione criminosa. In questo caso, sembrerebbe inaccettabile impedire un secondo processo: altrimenti il meno verrebbe ricompreso nel più⁹⁰.

Le ripercussioni maggiormente problematiche di tali contrasti si collocano nel rapporto tra reato progressivo e concorso di reati. Sorgono infatti perplessità sia nel caso in cui il “fatto” venga considerato come sola condotta, sia qualora venga identificato nella condotta/evento/nesso causale.

A seguire la prima esegesi, si giunge alla conclusione, corretta secondo la dottrina più accorta⁹¹, che un doppio giudizio sia vietato in caso di progressione criminosa: entrambi gli eventi derivano da una stessa condotta, sicché un giudicato su di essa precluderebbe indiscutibilmente un nuovo giudizio sul secondo evento (anche verificatosi *dopo* il giudicato sul primo). Tuttavia, questo orientamento porterebbe a conclusioni inaccettabili in tema di concorso formale di reati⁹². Il giudicato su uno solo degli illeciti del concorso, difatti, avrebbe come conseguenza quella di impedire un giudizio sul secondo di essi, dal momento che entrambi condividono la condotta di origine. Tali conclusioni in tema di concorso formale di reati vengono concordemente rigettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁹³.

Lo stesso articolo 90, nella bozza preliminare del codice di procedura penale del 1930, prevedeva un terzo comma. Esso esplicitamente stabiliva “che

⁹⁰ R.CANTAGALLI, *Ne bis in idem e nozione di medesimo fatto*, cit., p. 157. Orientamento sostenuto anche da A.BASSI, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, cit., p. 1407.

⁹¹ v. C.BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 1638 e ss.; G.LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra “ne bis in idem” e concorso formale di reati*, cit., p. 3; G.LOZZI, *Reato progressivo e ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 1247.

⁹² Si ha concorso formale di reati quando “uno stesso soggetto commette una pluralità di violazioni di legge penale con una sola azione od omissione”. Il concorso è omogeneo qualora “la pluralità di violazioni ha per oggetto la stessa disposizione incriminatrice”; eterogeneo quando “la pluralità di violazioni riguarda diverse disposizioni incriminatrici”: così in G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, cit., 2009, p. 664.

⁹³ v. G.LOZZI, *Reato progressivo e ne bis in idem*, cit., p. 1247; C.BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*, cit., p. 1637; A.BASSI, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, cit., p. 1407.

La giurisprudenza, per escludere l'applicazione della preclusione *in idem* nel caso di concorso formale, ha sempre sostenuto l'identità del “fatto” con l'intera materialità degli elementi del reato, condotta/evento/nesso causale (v. giurisprudenza in nota 72). Ulteriormente, v. Cass., sez. I, 29 Novembre 1950, Di Lorenzo, in *Giust. pen.*, 1951, III, p. 236; Cass., sez. I, 9 Aprile 1956, Mazzone, cit., p. 403; Cass., sez. II, 28 Ottobre 1964, Di Felicianantonio, in *Mass. pen. Corte supr. di Cass.*, 1966, p. 83; Cass., sez. IV, 7 Maggio 1965, Bruno, in *Mass. pen. Corte supr. di Cass.*, 1966, p. 173. Orientamento sostenuto anche dalla Corte Costituzionale, che afferma, a proposito dell'art. 90 c.p.p., che “l'interpretazione comunemente accolta di tale articolo [...] non si applica quando uno stesso episodio si riferisce a più fatti in cui esso si scinda (ipotesi di concorso formale di reati). In tale ipotesi può accadere [...] che si verifichi una reiterazione del processo, ma ciò non comporta di per sé violazione del diritto di difesa che va commisurato al singolo rapporto processuale e che non risulta limitato od escluso in alcun modo”, così Corte Cost., 15 Gennaio 1976, n. 6, in *Giur. Cost.*, 1976, vol. I, p. 32, a proposito del giudizio di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 24 comma 2 e 3 Cost., dell'art. 90 c.p.p.

la preclusione [del *Ne bis in idem*] non vale quando l'imputato abbia violato con il medesimo fatto più disposizioni di legge e si debbano osservare le norme sul concorso di reati e di pene"⁹⁴. Già allora, si sentì l'esigenza di permettere un secondo giudizio in caso di concorso formale di reati. La disposizione non fu introdotta nel testo definitivo, ma ciò non sembrò implicare una rinuncia a perseguire anche il secondo reato del concorso. Difatti, "questa disposizione parve non equa alla Commissione parlamentare, perché, quando i vari reati derivano da un unico fatto, è opportuno che vengano tutti imputati e giudicati con unico procedimento"⁹⁵. Sembra che, nonostante l'abolizione del divieto, l'intento legislativo fosse comunque quello di permettere un secondo giudizio in caso di concorso formale di reati"⁹⁶.

Anche a seguire la tesi per cui il concetto di "fatto" si riferisce all'insieme di condotta/evento/nesso causale, gli esiti non sarebbero meno problematici. Nessuna critica in caso di concorso formale di reati, per cui sarebbero permessi tanti giudizi quanti gli eventi verificatisi. Conclusioni inaccettabili si manifesterebbero, invece, in caso di progressione criminosa: l'intervenuto giudicato su un evento non impedirebbe un secondo giudizio sul secondo successivamente verificatosi.

9. (segue): La 'fattispecie giudiziale' come 'fatto' rilevante ai fini del divieto di *bis in idem*

Ad una attenta analisi, entrambi gli orientamenti sopra prospettati (sostenuti l'uno dalla dottrina, l'altro dalla giurisprudenza), risultano deludenti. Essi, infatti, non risolvono in modo appagante la relazione della progressione criminosa e del concorso formale, con il concetto di "fatto". È lecito chiedersi, a questo punto, se sia possibile adottarne una definizione che soddisfi, da un lato, le esigenze di tutela in caso di progressione; dall'altro, che non precluda i giudizi in caso di concorso.

In proposito, apprezzabile sembra la ricostruzione di quella dottrina che prospetta, nell'interpretazione della nozione di "fatto", una terza via concettualmente intermedia rispetto a quelle sopra prospettate e che conduce a

⁹⁴ v. Relazione al Re: Gazzetta Ufficiale del 26 Ottobre 1930 – VIII – n. 45, così riportato *sub art. 90* in R.MANGINI-F.P.GABRIELI-U.COSENTINO, *Codice di procedura penale: illustrato con i lavori preparatori*, cit., p. 93.

⁹⁵ v. Relazione al Re: Gazzetta Ufficiale del 26 Ottobre 1930 – VIII – n. 45, così riportato *sub art. 90* in R.MANGINI-F.P.GABRIELI-U.COSENTINO, *Codice di procedura penale: illustrato con i lavori preparatori*, cit., p. 93.

⁹⁶ "Il Guardasigilli sopprimeva la disposizione, ma gli argomenti blandi, se non ambigui, con i quali veniva presentata questa nuova tendenza, lasciavano scorgere la volontà di tollerare una eventuale reintroduzione, in via interpretativa, della soluzione esclusa dal legislatore", così sostenuto da M.SEESTA, "*Ne bis in idem*" e concorso formale di reati al vaglio della Corte costituzionale, in *Giust. pen.*, 1977, I, p. 183.

Contrariamente, v. A.BASSI, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, cit., p. 1406.

soluzioni condivisibili in tema di progressione e concorso di reati⁹⁷. Tale orientamento sostiene che la scelta compiuta dalla giurisprudenza (di adottare una nozione di “fatto” come condotta/evento/nesso causale) sia dettata da una “sentita esigenza di giustizia”⁹⁸: si vuole evitare, nel concorso formale di reati, l’impunità in caso di giudicato intervenuto su uno solo di essi. Quindi, mentre è condivisibile il tentativo di evitare il *Ne bis in idem* in questa situazione⁹⁹, non altrettanto può dirsi per il mezzo utilizzato per realizzarlo: difatti, esso comporta conseguenze inaccettabili in tema di reato progressivo¹⁰⁰.

La nozione di “fatto” corretta non sembra essere né quella naturalistica (intesa nella sua sola materialità), né quella normativa (intesa come fattispecie legale, descritta nella norma incriminatrice). Nel primo caso, si giungerebbe all’inaccettabile conclusione che una qualunque divergenza tra i fatti, anche se priva di qualsiasi rilevanza giuridica, comporterebbe la diversità dei medesimi¹⁰¹. Il secondo caso, invece, è espressamente vietato dalla disposizione dell’art. 649 c.p.p., che statuisce l’irrilevanza del mutamento del titolo nel giudizio di identità del fatto¹⁰².

Si propone quindi, in alternativa, di fare leva sul concetto di “fattispecie giudiziale”. Si è notato che “ai fini del *ne bis in idem*, non rileva il mero fatto storico, ma solo gli elementi di esso che siano tipizzati nella norma incriminatrice, così come non rileva la fattispecie legale astrattamente considerata, ma in quanto confrontata con il fatto storico”¹⁰³. La fattispecie giudiziale è, quindi, la rappresentazione del fatto compiuta dal giudice, unita alla considerazione dei suoi aspetti giuridicamente rilevanti: un mutamento di essi giustifica un nuovo processo, mentre una variazione di un qualsiasi elemento non-giuridico non permette un secondo giudizio. Da questo orientamento deriva l’applicazione del *Ne bis in idem* in entrambi i casi di progressione e concorso formale. Nella prima ipotesi, la preclusione sembra operare in quanto “ove si sia giudicato in ordine alle lesioni, il procedimento per l’omicidio conseguente alle lesioni comporta un nuovo giudizio penale sulle lesioni stesse”¹⁰⁴: gli aspetti

⁹⁷ v. C.BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*, cit., pp. 1643 e ss.; G.LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra “ne bis in idem” e concorso formale di reati*, cit., p. 41.

⁹⁸ C.BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*, cit., p. 1637; v. anche G.LOZZI, *Reato progressivo e ne bis in idem*, cit., p. 1242.

⁹⁹ Difatti, si afferma, tra le altre cose, che “se l’art. 90 c.p.p. ha come funzione solo quella di evitare il conflitto pratico di giudicati, potrà ben dirsi che, ove il giudicato concerna uno solo dei due reati in concorso formale, risulterà consentito il procedimento nei confronti dell’altro reato e ciò senza che possa distinguersi tra concorso formale omogeneo e concorso formale eterogeneo”, così in G.LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra “ne bis in idem” e concorso formale di reati*, cit., p. 62.

¹⁰⁰ C.BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*, cit., pp. 1638-1639.

¹⁰¹ G.LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra “ne bis in idem” e concorso formale di reati*, cit., p. 40.

¹⁰² C.BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*, cit., p. 1643.

¹⁰³ C.BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*, cit., p. 1644.

¹⁰⁴ G.LOZZI, *Reato progressivo e ne bis in idem*, cit., p. 1247.

rilevanti considerati nel secondo processo, infatti, sono già stati valutati nel primo giudizio.

Per quanto concerne, invece, il concorso formale di reati (sia esso omogeneo od eterogeneo), si ritiene che il duplice addebito non sia vietato, dal momento che non tutti gli elementi della situazione storica rientrano all'interno di entrambi gli schemi legali¹⁰⁵.

In conclusione, il suddetto orientamento è sicuramente apprezzabile, e preferibile rispetto ad altri indirizzi: esso fornisce una interpretazione del concetto di "fatto" che permette l'applicazione del *Ne bis in idem* nel caso di progressione, non imponendo alcuna limitazione invece nell'ipotesi di concorso formale di reati.

10. I limiti soggettivi della cosa giudicata penale

La preclusione del *Ne bis in idem* opera, oltre che nei soli casi di identità del fatto, anche entro stretti limiti di natura soggettiva. A questo proposito, sono emerse opinioni divergenti sull'applicabilità del principio, oltre che nei confronti del soggetto destinatario della sentenza irrevocabile, anche nei confronti di terzi.

Preliminarmente, è stato rilevato che il problema in questione può porsi sotto un duplice aspetto, ma solamente uno di essi costituisce effettivamente il tema in discussione. In particolare, "l'accettazione del principio della efficacia *erga omnes* del giudicato penale sarebbe rimasto senza conseguenze, se fosse stato rettamente inteso"¹²³. Ci si riferisce all'assunto che la sentenza "valga" nei confronti di chiunque come fatto giuridico, che nessuno può disconoscere, espressione del potere punitivo dello Stato. A contrario (e solamente questo costituisce il vero punto critico dell'analisi), sono emerse riserve rispetto all'orientamento dottrinale che estende *erga omnes* l'efficacia della sentenza, nel senso di riconoscerle effetto vincolante rispetto a soggetti rimasti estranei al giudizio.

Anche basando l'analisi sul solo dato testuale, la preclusione sembra operare soltanto nei confronti dei soggetti nei cui confronti sia intervenuta la sentenza irrevocabile (ovvero le parti nel processo penale definito dal giudicato), e non nei confronti di terzi¹²⁵.

Oltre al dato normativo, anche altre ragioni militano a favore del suddetto indirizzo. L'operatività della preclusione nei confronti dei soli soggetti coinvolti nel giudizio è stata giustificata anzitutto valorizzando il carattere autoritario della pronuncia giudiziale. A tal proposito, si è notato che qualunque sentenza si

¹⁰⁵ G.LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, cit., p. 70. È stato anche sostenuto, in tali casi, che "L'economia dei giudizi impone di accertare i due reati con un unico procedimento e non di limitare l'accertamento ad un solo reato".

¹²³ G.DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 5.

¹²⁵ Così la dottrina maggioritaria: cfr. F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 83. Conformemente anche S.ASTARITA, voce "*Ne bis in idem*", cit., p. 736; C.MARINELLI, sub *Art. 649*, in G.CONSO-G.ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, cit., p. 2842; G.DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 7.

caratterizzerebbe per un duplice contenuto: un giudizio e un comando. Se si riferisce l'autorità all'elemento del giudizio, allora appare logico come la pronuncia debba esplicitare i suoi effetti anche nei confronti dei terzi, in quanto è la decisione del giudice ad assumere rilevanza. Al contrario, se l'autorità è riferita al comando, è naturale che il giudicato emani i suoi effetti solo nei confronti delle parti in giudizio, in quanto solamente il comando sarebbe rilevante¹²⁷. Occorre individuare, quindi, a quale elemento della decisione sia da ricondurre l'autorità della sentenza.

La seconda ipotesi sembra quella corretta: dal momento che la funzione del giudicato è semplicemente quella di prevenire i conflitti pratici tra le pronunce¹²⁸, è anche naturale ritenere che l'autorità della sentenza si riferisca al solo comando in essa contenuto, da cui il vincolo per le sole parti del processo¹²⁹.

Tre conseguenze sono state tratte da queste conclusioni. *In primis*, ogni volta che il giudicato opera tramite la preclusione di un secondo processo, esso è svincolato dalla efficacia di accertamento contenuto nella sentenza. *In secundis*, non opera alcun tipo di pregiudizialità penale nei confronti dei giudici di futuri processi, che non saranno quindi vincolati alle decisioni precedenti. Infine, i terzi non possono essere né avvantaggiati né pregiudicati da precedenti giudicati intervenuti per lo stesso fatto (o fatti inerenti) e nei confronti di soggetti diversi¹³⁴.

Anche la giurisprudenza maggioritaria ha aderito a quest'ultimo orientamento dottrinale. In particolare, la Suprema Corte ha affermato che "il giudicato penale formatosi nei confronti di taluno per un certo fatto non vincola il giudice chiamato a rivalutare quel fatto in relazione alla posizione di altri soggetti imputati quali concorrenti del medesimo reati; il che comporta, tra l'altro, che qualora il giudicato sia stato di assoluzione, il giudice del separato procedimento instaurato a carico del concorrente nel medesimo reato può sottoporre a rivalutazione il comportamento dell'assolto all'unico fine – fermo il divieto del *ne bis in idem* a tutela della posizione di costui – di accertare la sussistenza ed il grado di responsabilità dell'imputato da giudicare"¹³⁵.

Di conseguenza, è pacifico come "non [possa] dar luogo alla contraddittorietà di giudicati, prevista come causa di revisione dell'art. 630 comma 1 lett. a) c.p.p., l'affermazione di responsabilità di taluno quale concorrente nel medesimo reato dal quale altri concorrenti siano stati, in separato e precedente procedimento, assolti a seguito di un'indagine sul

¹²⁷ G.DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 37.

¹²⁸ Cfr. *supra* par. 4.

¹²⁹ "Vincolare il terzo estraneo al processo, al giudicato che si è formato rispetto ad un altro soggetto, significa sacrificare l'esigenza della giustizia a un astratto principio logico di coerenza formale tra i giudizi che non ha nulla e che vedere con la certezza intesa come tutela della libertà del singolo" così in G.DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 93. Al contrario, se il fine del giudicato fosse quello di prevenire i conflitti teorici tra le sentenze, l'autorità delle medesime sarebbe da ricondurre all'elemento del giudizio: di conseguenza, non vi sarebbe alcuna limitazione all'estensione dell'efficacia del giudicato anche nei confronti di soggetti rimasti estranei al giudizio. V. G.DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 93.

¹³⁴ Le conseguenze tratte sono di G.DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 142.

¹³⁵ Cass., sez. I, 16 Novembre 1998, Hass e Priebke, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2229.

dolo”¹³⁶. I giudizi sono infatti indipendenti, e hanno effetto solo nei confronti delle rispettive parti processuali. Una rivalutazione dei fatti in altri processi successivi è, quindi, possibile anche nel caso di acquisizione agli atti del procedimento di sentenza irrevocabile precedente (*ex art. 238 bis c.p.p.*), che non è ragione di alcun tipo di adeguamento automatico alla decisione¹³⁷.

Nonostante l'orientamento sopra indicato sia maggioritario, parte della dottrina ha sostenuto, almeno in determinate situazioni, l'efficacia del giudicato nei confronti di terzi.

Questo indirizzo minoritario ha ritenuto che la sentenza irrevocabile possa avere efficacia *erga omnes* qualora essa sia di assoluzione ‘perché il fatto non sussiste’. In questo caso, la pronuncia negherebbe l'esistenza stessa del fatto nella sua dimensione storica, statuendo che esso non sia mai avvenuto: ciò comporterebbe, conseguentemente, che nessuno possa essere ragionevolmente condannato. Inoltre, se si celebrasse un altro procedimento nei confronti di un terzo, la decisione (se di condanna) potrebbe sempre essere annullata tramite l'istituto della revisione, per inconciliabilità con i fatti posti a fondamento di altra precedente sentenza¹³⁹.

Quest'ultimo orientamento non sembra condivisibile, ed ulteriori ragioni si aggiungono a quelle prima indicate sull'opportunità, invece, di aderire all'efficacia *inter partes* del giudicato.

Innanzitutto, tale approccio trasforma il giudice in uno storico, che non ha più la funzione di statuire sulla responsabilità dell'imputato, ma sulla verità storica degli avvenimenti: la decisione giudiziale viene caricata di intrinseca attendibilità. La pronuncia si trasforma in un giudizio di verità, destinato a valere indiscutibilmente, e senza tener conto del carattere essenzialmente relativo dell'esperienza mentale del giudice¹⁴⁰.

Ulteriormente, per quanto riguarda la possibilità di revisione *ex art. 630 lett. a) c.p.p.*, è stato ragionevolmente sostenuto che, in questo caso, si

¹³⁶ Cass., sez. I, 16 Novembre 1998, Hass e Priebke, cit., p. 2293; v. anche Cass., sez. V, 9 Luglio 1997, Garrone, in *Giust. pen.*, 1998, III, p. 513: “La norma [art. 630 lett. a) c.p.p.] non prevede la possibilità di rivalutare lo stesso fatto, sotto il profilo giuridico della sua punibilità, per via della difforme interpretazione della norma penale operata in altra sentenza a carico dei correi”.

¹³⁷ È infatti affermato che “L'acquisizione agli atti del procedimento, giusta quanto previsto dall'art. 238 bis c.p.p., di sentenze divenute irrevocabili non comporta, per il giudice di detto procedimento, alcun automatismo nel recepimento e nell'utilizzazione a fini decisori dei fatti, né, tantomeno, dei giudizi di fatto contenuti nei passaggi argomentativi della motivazione, delle suindicate sentenze, dovendosi al contrario ritenere che qual giudice conservi integra l'autonomia e la libertà delle operazioni logiche di accertamento e formulazione di giudizio a lui istituzionalmente riservate”, così ancora Cass., sez. I, 16 Novembre 1998, Hass e Priebke, in *Riv. pen.*, 1999, vol. I, p. 278.

Conformemente anche Cass., sez. I, 26 Maggio 1995, Ronch, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3356; e Cass., sez. I, 17 Giugno 1997, Bottaro, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, p. 824.

¹³⁹ A sostegno di questo orientamento v. A.BASSI, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, cit., p. 1403; M.ANGIONI, *Nozioni e limiti della cosa giudicata penale*, in *Riv. pen.*, Vol. I, 1954, p. 517; O.VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 518, secondo cui “nessuna persona ha potuto commettere il fatto, perché tale fatto non è mai accaduto”. V. anche F.CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 91, che la ritiene la soluzione “maggiormente rispondente alla logica”.

¹⁴⁰ G.DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., pp. 15 e 62.

confonde l'ammissibilità della richiesta con la sua fondatezza. La domanda di revisione sembra sì essere ammissibile, ma non necessariamente fondata, dato che occorre sempre verificare se la sentenza errata sia quella di assoluzione (per insussistenza del fatto) o di condanna¹⁴¹.

Si conclude, dunque, aderendo a quell'orientamento dottrinale maggioritario che limita l'efficacia del giudicato alle sole parti del processo: solamente nei loro confronti, quindi, si manifesterà quella conseguenza preclusiva che caratterizza l'effetto negativo del giudicato penale.

11. Reato complesso e reato continuato in materia di doppio giudizio

La preclusione del *Ne bis in idem* va analizzata anche nei confronti di particolari figure di reato. Una delle eventualità più rilevanti è quella del reato complesso.

Si tratta dell'ipotesi in cui "la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per sé stessi, reato" (art. 84 c.p.)¹⁴². In particolare, ai fini che qui si rilevano, la dottrina ne ha individuati due tipologie. Il primo tipo è il reato complesso in senso stretto: esso è formato da fatti di per sé costituenti reato, siano essi elementi costitutivi o circostanze aggravanti della fattispecie complessa. Il secondo tipo (il reato complesso in senso lato) ricorre in caso di combinazione di un fatto costituente reato con un elemento "neutro", penalmente irrilevante¹⁴³.

Esemplifica la prima categoria l'ipotesi della rapina, formata dalle condotte penalmente rivelanti di furto e violenza privata; è riconducibile alla seconda l'ipotesi di oltraggio a pubblico ufficiale, composto dalla condotta delittuosa dell'ingiuria, insieme all'elemento penalmente neutro della qualifica di pubblico ufficiale del soggetto.

Gli effetti di una sentenza penale irrevocabile devono essere, in questi casi, opportunamente distinti in base al tipo di reato giudicato.

Con riguardo alla fattispecie intesa in senso stretto, è stato pacificamente sostenuto che il giudicato sul reato complesso preclude un successivo giudizio su tutti i componenti del medesimo, ed il giudicato su uno di essi impedisce, a sua volta, il successivo giudizio sul reato complesso. Non sembra però precluso, in questo ultimo caso, un giudizio sull'altro o sugli altri illeciti costitutivi: la condotta considerata sarebbe evidentemente diversa¹⁴⁴.

¹⁴¹ F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 84.

¹⁴² Il reato complesso è stato inoltre definito come "una unificazione legislativa sotto forma di identico reato di due o più figure criminose, i cui rispettivi elementi costitutivi sono tutti compresi nella figura risultante dall'unificazione", così in G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, cit., p. 690.

¹⁴³ v. C.MARINELLI, sub *Art. 649*, in G.CONSO-G.ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, cit., p. 2844; S.PROSDOCIMI, voce '*Reato complesso*', in *Digesto delle discipline penali*, Vol. XI, UTET, 1996, p. 212; G.LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 796.

¹⁴⁴ G.LOZZI, voce '*Giudicato (diritto penale)*', cit., p. 922; v. anche F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 98; C.MARINELLI, sub *Art. 649*, in G.CONSO-

Nel secondo caso, invece, il giudicato sul reato complesso impedisce il giudizio successivo sulla fattispecie costitutiva del medesimo, e viceversa¹⁴⁵.

Il giudicato penale sembra manifestare effetti del tutto particolari anche nei confronti del reato continuato, la cui disciplina è contenuta nell'art. 81 comma 2 c.p.¹⁴⁸.

L'eventualità che qui interessa è quella in cui il giudicato sia intervenuto su uno dei reati continuati, mentre altri siano ancora *sub iudice*. A tal proposito, vengono distinte le ipotesi in cui la sentenza irrevocabile riguardi il reato più grave, mentre sia ancora oggetto di giudizio quello meno grave; e l'eventualità opposta, in cui la pronuncia irrevocabile sia invece intervenuta nei confronti della fattispecie meno grave. Il giudicato sembra comportare conseguenze differenti in base alla situazione considerata, con esiti diversi anche in tema di continuazione.

Nessun particolare problema è stato rilevato in riferimento alla prima ipotesi: l'istituto sarebbe pacificamente applicabile. Infatti, è stato affermato che "il giudice del successivo giudizio affermerebbe la sussistenza della continuazione tra gli episodi dei vari procedimenti e, assunta a base la pena stabilita dal giudicato per la violazione più grave, procederebbe alla determinazione del suo aumento in considerazione dei soli episodi portati al suo giudizio"¹⁴⁹.

Ai fini dell'applicazione dell'istituto, la seconda ipotesi appare, invece, più complessa. Si tratta del caso in cui, in presenza di reati in continuazione sottoposti a giudizi separati, la prima sentenza a diventare irrevocabile riguardi il reato meno grave.

In questa eventualità, applicare la disciplina di cui all'art. 81 comma 2 c.p. sembra impossibile, in quanto si violerebbe inevitabilmente la legge¹⁵⁰. Difatti, le alternative prospettabili sono due, entrambe *contra legem*. La prima è quella di individuare, quale base dell'aumento, la pena fissata nel primo giudicato; ma così facendo si violerebbe il dettato della disposizione legislativa: la norma prevede espressamente che l'aumento debba basarsi sulla pena applicata al reato più grave.

La seconda alternativa, invece, è che il giudice del secondo processo determini la pena base, e trasformi la sanzione inflitta dalla prima sentenza irrevocabile in semplice aumento di pena. In questo caso, tuttavia, si violerebbe

G.ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, cit., p. 2844; P.P.RIVELLO, *Analisi in tema di reus in idem*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 506.

¹⁴⁵ v. Cass., sez. V, 17 Novembre 1999, Giordano, in *Riv. pen.*, 2000, Vol. I, p. 401, secondo cui "poiché nel delitto di atti di libidine violenti la violenza viene in considerazione, secondo lo schema del reato complesso, in quanto elemento costitutivo della condotta, nel caso in cui il comportamento dell'agente, isolatamente considerato, possa essere riportato alla fattispecie criminosa della violenza privata, lo stesso [...] non può essere sottoposto a nuovo giudizio per quel frammento del suo operato, consistito nella violenza dispiegata per costringere la vittima a sottostare alle sue intenzioni libidinose"; analogamente Cass., sez. I, 3 Giugno 1986, Rosi, in *Cass. pen.*, 1987, Vol. II, p. 2149.

¹⁴⁸ Tale si è definita quella particolare figura di concorso materiale di reati, caratterizzata da una pluralità di azioni od omissioni dell'agente, da più violazioni di legge, e dal medesimo disegno criminoso. Così in G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, cit., pp. 667-670.

¹⁴⁹ V.ZAGREBELSKY, *'Reato continuato'*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, p. 852.

¹⁵⁰ V.ZAGREBELSKY, *'Reato continuato'*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVIII, cit., p. 852.

il principio della intangibilità del giudicato, che “comporterebbe che la pena assunta a base dell’aumento di cui all’art. 81 c.p. debba comunque sempre essere quella che il giudice ha ritenuto più grave con la sentenza passata in giudicato”¹⁵¹.

Le conclusioni di queste riflessioni appaiono evidenti: l’applicazione dell’istituto della continuazione (che inevitabilmente conduce a risultati sanzionatori vantaggiosi per l’imputato), sembra essere subordinata ad eventualità processuali tendenzialmente imprevedibili. Il fatto che il giudicato intervenga prima sul reato più o meno grave è un evento processuale casuale, che tuttavia ha ripercussioni rilevanti sull’effettiva pena applicata e, quindi, sulle garanzie del soggetto.

Nonostante la dottrina prenda atto delle incoerenze sopra rilevate, essa rimane fortemente critica contro tale impostazione, definendola una “grave stortura, che incide sulla applicazione della continuazione per eventi del tutto estrinseci rispetto alla natura e *ratio* dell’istituto”¹⁵². La stessa Corte Costituzionale ha apertamente denunciato la “evidente disegualianza”, conseguente alla differente disciplina applicabile nei due diversi casi¹⁵³.

Sebbene l’orientamento giurisprudenziale sia stato costante nel negare l’applicazione della continuazione nella seconda ipotesi indicata, alcune sentenze del Supremo Collegio si sono sporadicamente dimostrate propense ad un mutamento di indirizzo. L’istituto, infatti, è stato applicato anche nella seconda ipotesi, purché sia stato accertato il medesimo disegno criminoso e, in sede di determinazione della pena, il giudice abbia apportato l’aumento giudicato equo per la continuazione¹⁵⁴.

La dottrina sembra aver accolto positivamente i tentativi di mutamento giurisprudenziale: il precedente orientamento, infatti, “fa confusione tra la *res iudicata* sostanziale e formale [...] cioè a dire il giudizio di responsabilità che conduce alla condanna resta sempre immutato, mentre resta modificata la pena, [...] non si mutano fatti e circostanze, non si sovvertono giudizi, non si violano giudicati, ma si agisce soltanto sulla misura della pena e motivi di giustizia ispirati a principi di civiltà e di umanità”¹⁵⁵.

¹⁵¹ V.ZAGREBELSKY, ‘Reato continuato’, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVIII, cit., p. 852.

¹⁵² V.ZAGREBELSKY, ‘Concorso di reato e reato continuato’, in G.VASSALLI, *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 109.

¹⁵³ Corte Cost., 9 Aprile 1987, n. 115, in *Giust. pen.*, 1987, p. 229.

¹⁵⁴ Cass., sez. un., 21 Giugno 1986, Nicolini, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1738; ove viene affermato che “Anche nella ipotesi in cui il reato per il quale il giudice procede è più grave di quello già giudicato con sentenza irrevocabile di condanna, è applicabile la continuazione, purché venga accertata la identità del disegno criminoso dell’uno e dell’altro fatto criminoso, con l’effetto – in tema di determinazione della pena – che, ritenuta la pena-base per il reato più grave sottoposto al suo esame, il giudice vi apporterà l’aumento che giudica equo per la ritenuta continuazione con il reato già giudicato e meno grave”.

Orientamento preceduto da altra pronuncia: Cass., sez. I, 19 Gennaio 1985, Fioroni, in *Cass. pen.*, 1985 p. 2032, dove addirittura era stato affermato che “Il trattamento sanzionatorio previsto dalla legge per il reato continuato *deve* poter trovare applicazione pur nell’ipotesi in cui i singoli reati non formino oggetto di *simultaneus processus* e quale che sia stata la sentenza per prima passata in giudicato”.

¹⁵⁵ R.LI VECCHI, *Reato più grave di quello già giudicato ed applicabilità della continuazione*, in *Riv. pen.*, 1988, p. 6.

Rimane minoritaria, invece, quella dottrina che ha criticato l’applicabilità della continuazione nei casi di primo giudicato sul reato meno grave: cfr. R.TERESI, *Persistenti dubbi sull’applicabilità*

Nonostante le passate problematiche, ad oggi la disputa sembra aver perso di spessore, dal momento che è stata privata di tutta la sua rilevanza pratica¹⁵⁶. Con l'introduzione del nuovo codice di procedura, l'art. 671 c.p.p. (a seguito di ciò che venne previsto dalla direttiva 97, art. 2 della legge-delega 16 Febbraio 1987 n. 81) permette al condannato o al pubblico ministero di "chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale [art. 81 c.p.] o del reato continuato [art. 81 c. 2 c.p.], sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione" (art. 671 c.p.p.)".

È stata, così, prevista la possibilità di applicare l'istituto della continuazione in sede di esecuzione, indipendentemente, quindi, dal reato su cui era intervenuto il primo giudicato.

12. (segue): Reato permanente e doppio giudizio

Il reato permanente è illecito in cui il protrarsi dell'offesa dipende dalla volontà dell'autore: "l'agente ha il potere non soltanto di instaurare la situazione antiggiuridica, ma anche di rimuoverla, determinando così la riespansione del bene compresso"¹⁸³. Esso si contrappone al reato istantaneo, in quanto non si esaurisce dopo essersi realizzato, ma continua nel tempo¹⁸⁴.

Particolare è il rapporto tra questa forma di reato e la preclusione del *Ne bis in idem*. In proposito si sono manifestati tre differenti orientamenti dottrinali.

La maggioranza degli autori ritiene che il giudicato, intervenuto nei confronti di un determinato reato permanente, non impedisca un nuovo giudizio per i comportamenti tenuti successivamente, nel caso in cui l'azione antiggiuridica si protragga anche dopo l'irrevocabilità della sentenza¹⁸⁵.

La ragione più convincente a sostegno di questo orientamento sembra essere di natura politico-giudiziaria: appare inaccettabile permettere ad un soggetto già condannato (o anche assolto) per un reato permanente, di perseverare impunemente nella sua condotta criminosa, senza che gli si possa contestare anche il comportamento ulteriore¹⁸⁶. Il giudicato che accerta il reato permanente opera come una "interruzione giudiziale"¹⁸⁷: esso separa

della continuazione tra un reato più grave "sub iudice" ed altro meno grave già giudicato, in *Giur. it.*, 1987, II, p. 35.

¹⁵⁶ Così ricordato da P.P.RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, cit., p. 518.

¹⁸³ G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, cit., p. 198.

¹⁸⁴ R.RAMPIONI, voce 'Reato permanente', in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVIII, Giuffrè, 1987, p. 856.

¹⁸⁵ v. G.LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 797; M.ANGIONI, *Nozioni e limiti della cosa giudicata penale*, cit., p. 514.

¹⁸⁶ P.P.RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, cit., p. 507; della stessa opinione G.VASSALLI, *Amnistia, decorrenza del termine e interruzione giudiziale della permanenza nei reati punibili a querela di parte*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, Vol. II, p. 1170.

¹⁸⁷ G.VASSALLI, *Amnistia, decorrenza del termine e interruzione giudiziale della permanenza nei reati punibili a querela di parte*, cit., p. 1168. Tale dottrina ha addirittura sostenuto la contestazione del reato come momento di interruzione del medesimo, affermando che "fissando in linea di principio il momento interruttivo nella sentenza di condanna, si corre il rischio di garantire una ingiustificata impunità per la condotta criminosa svoltasi tra il momento della

nettamente la condotta già esaminata (e per la quale opera il divieto di *bis in idem*) e la medesima condotta eventualmente protrattasi *dopo* l'irrevocabilità (possibile oggetto, stavolta, di un nuovo giudizio).

Anche la giurisprudenza prevalente ha aderito a questo orientamento, affermando che "costituisce 'fatto diverso', ai fini della preclusione del giudicato, quello che, pur violando la stessa norma ed integrando gli estremi dello stesso reato, è l'ulteriore estrinsecazione dell'attività del soggetto, diversa e distinta, nello spazio e nel tempo, da quella posta in essere in precedenza ed accertata con sentenza definitiva. Non è di ostacolo la natura permanente dei reati perché la permanenza cessa e il reato si conclude, al massimo, con la decisione di condanna o di assoluzione, anche non definitiva, del giudice di merito, salvo a riprodursi come nuovo reato se la permanenza non è cessata di fatto"¹⁸⁸.

Un'altra tesi, definita intermedia¹⁸⁹, critica parzialmente l'orientamento maggioritario¹⁹⁰. I dubbi avanzati non riguardano la possibilità di procedere contro la condotta illecita prolungatasi dopo il giudicato: viene concordemente sostenuta tale possibilità. Le riflessioni interessano piuttosto l'entità sanzionatoria applicabile. Ci si interroga sulla possibilità o meno del giudice di commisurare liberamente la pena tra il minimo ed il massimo edittali; se così fosse – si osserva – verrebbe vanificata la natura unitaria del reato permanente. Infatti, se alla medesima condotta (duratura nel tempo) fossero imposte due distinte sanzioni (la cui somma risultasse maggiore del massimo edittale previsto), si supererebbe il limite sanzionatorio imposto dal legislatore per quel particolare reato. Si conclude quindi nel senso che il giudice (nel caso di processo per la stessa condotta protrattasi dopo il primo giudicato) sia comunque chiamato ad applicare una pena autonoma, e non un semplice aumento di quella irrogata nel primo giudizio. Tuttavia, dovrebbe tenere conto della sanzione già applicata nel primo processo: dovrebbe curarsi, quindi, di infliggere una condanna il cui valore (cumulato con il primo) non superi il massimo edittale previsto per quel reato.

Un terzo orientamento, ritenuto minoritario, critica l'idea stessa di interruzione giudiziale. Tale dottrina asserisce che un giudicato su un reato permanente impedisce un secondo giudizio per il comportamento criminoso eventualmente protrattosi, in quanto costituisce "medesimo fatto" ai fini del *Ne*

contestazione e la fine del giudizio di primo grado", p. 1168. Tale interruzione, tuttavia, si è sostenuto non operare nel caso di sentenze meramente processuali, ovvero quelle che non implicano un accertamento di merito (p. 1171).

¹⁸⁸ Cass., sez. III, 8 Marzo 1985, Vianello, in *Cass. pen.*, 1986, Vol. II, p. 1965. Tale orientamento è stato frequentemente adottato della Corte: v. Cass., sez. III, 29 Dicembre 1980, Ferrucci, in *Cass. pen.*, 1982, p. 153; Cass., sez. un., 20 Febbraio 1971, Sasso, in *Cass. pen.*, 1971, p. 553; Cass., sez. un., 13 Febbraio 1965, Guarnaschelli, in *Cass. pen.*, 1966, p. 33.

Anche la Corte Costituzionale sembra aver avallato l'orientamento dottrinale prevalente: v. Corte Cost., 5 Maggio 1995, n. 150, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2466; secondo cui "è manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 Cost., nella parte in cui consente che per un unico reato permanente, per il quale la permanenza sia giudizialmente interrotta, possa essere irrogato un trattamento sanzionatorio complessivamente superiore a quello edittalmente previsto per il reato medesimo".

¹⁸⁹ Definita tale da P.P.RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, cit., p. 509.

¹⁹⁰ G.DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, p. 594.

bis in idem. È stato sostenuto, infatti, che “la formula [dell’art. 649 c.p.p.] sia oltremodo univoca [...]. La condotta va, cioè, correlata al suo oggetto materiale, in quanto un’azione transitiva non è identificabile indipendentemente dall’oggetto su cui cade. Appare, allora, evidente l’erroneità della tesi dell’interruzione giudiziale, che ravvisa nelle fasi della permanenza successive al cosiddetto atto interruttivo un ‘fatto autonomo’ ”¹⁹¹.

Anche in tempi risalenti parte della dottrina si era espressa in tal senso, affermando che “nei reati permanenti uno solo è il giudizio, perché uno solo è il fatto delittuoso, e, una volta sperimentata l’azione penale, essa resta consumata. Il condannato per reitenza di leva non può essere di nuovo processato, ancorché dopo il giudizio non passi sotto le armi”¹⁹². Sembra condivisibile, tuttavia, la critica mossa contro tale orientamento. Esso equipara, sul piano sanzionatorio, due fattispecie sicuramente non omogenee: ovvero la situazione di chi cessa il comportamento delittuoso immediatamente dopo la sentenza, con quella di chi protrae indefinitamente la condotta antiggiuridica¹⁹³.

La dottrina è ulteriormente divisa nell’individuare l’atto idoneo ad operare come interruzione giudiziale. Certi autori si riferiscono alla sentenza passata in giudicato: essa costituirebbe il termine dopo il quale il comportamento permanente del soggetto verrebbe considerato “fatto nuovo” ai fini dell’art. 649 c.p.p.¹⁹⁴. Per altra dottrina, invece, è la sentenza di primo grado, o talvolta addirittura la semplice contestazione del reato, ad innescare l’interruzione giudiziale della permanenza¹⁹⁵.

Alcune incertezze sono emerse anche rispetto ai casi in cui mancava l’indicazione precisa della estensione temporale del reato permanente, nell’atto di contestazione del medesimo. La giurisprudenza maggioritaria ha sostenuto che, in tali eventualità, sia il momento di emanazione della sentenza di primo grado ad operare come interruzione giudiziale. È stato affermato, infatti, che “il fatto deve essere individuato [...] con riferimento alla sentenza di primo grado, sia essa di assoluzione o di condanna, atteso che in entrambi i casi la sentenza consegue all’accertamento del fatto, che nel reato permanente non può in alcun modo prescindere dalla durata di esso per soffermarsi invece solo sul momento iniziale”¹⁹⁶. Inoltre, la giurisprudenza prevalente sembra ritenere indifferente

¹⁹¹ R.RAMPIONI, voce ‘Reato permanente’, cit., p. 867. Esprime perplessità anche A.PECORARO-ALBANI, *Del reato permanente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 443.

¹⁹² P.TUOZZI, *L’autorità della cosa giudicata nel civile e nel penale*, Torino, Unione Tipografico, 1900, p. 399.

¹⁹³ P.P.RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, cit., p. 509.

¹⁹⁴ G.LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 797; M.ANGIONI, *Nozioni e limiti della cosa giudicata penale*, cit., p. 514; G.DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, cit., p. 593; F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 99.

¹⁹⁵ P.V.MOLINARI, voce ‘Prescrizione del reato e della pena (Dir. pen.)’, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Vol. XIII, 1966, p. 693; G.VASSALLI, *Amnistia, decorrenza del termine e interruzione giudiziale della permanenza nei reati punibili a querela di parte*, cit., p. 1168; R.MALAVASI, *Reato permanente, ne bis in idem ed interruzione giudiziale della permanenza*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 265.

¹⁹⁶ Cass., sez. VI, 4 Ottobre 2000, Drago Ferrante, in *Cass. pen.*, 2002, p. 259. Conformemente anche Cass., sez. un., 11 Novembre 1994, Polizzi, in *Cass. pen.*, 1995, p. 531, la quale afferma che, qualora non sia indicata la data di cessazione del reato permanente, è compito del giudice valutare se si tratti di un reato esaurito o ancora in atto; e, se del caso, tenere conto in

l'esito della pronuncia di prime cure (sia essa di condanna o assoluzione) ai fini dell'interruzione giudiziale¹⁹⁷.

Certa dottrina, infine, si cura di separare le conseguenze dei due esiti processuali. In caso di condanna, la permanenza è interrotta: non vi è, quindi, alcun impedimento per perseguire fatti successivi, anche se commessi in prosecuzione del fatto precedente¹⁹⁸. In caso di assoluzione, sarà comunque possibile un nuovo procedimento, ma sussiste l'impossibilità di tener conto della condotta già giudicata.

13. Provvedimenti in materia di misure cautelari e *res iudicata*

Nonostante si sia fatto riferimento, finora, al solo *Ne bis in idem* operante in sede di procedimento principale, si ritiene che la preclusione manifesti i suoi effetti anche in materia cautelare.

Com'è noto, il procedimento cautelare è finalizzato ad evitare che le more del giudizio di cognizione sviliscano le esigenze e le funzioni del processo. In determinate situazioni può essere chiesto al giudice competente di emanare una misura restrittiva della libertà personale o patrimoniale del soggetto (indagato od imputato), per soddisfare determinati fini previsti dalla legge (art. 274 c.p.p.). Il procedimento cautelare è, quindi, un giudizio incidentale, caratterizzato da un rapporto di strumentalità rispetto a quello principale, avendo come scopo il solo soddisfacimento delle predette esigenze.

Secondo la disciplina degli articoli 309 e seguenti del codice di procedura, contro l'ordinanza che dispone la misura è sempre ammessa impugnazione: gli strumenti legislativi previsti sono il riesame, l'appello ed il ricorso per Cassazione¹⁹⁹. È sempre ammesso, inoltre, chiedere la revoca o la sostituzione della misura ex art. 299 c.p.p., qualora "risult[i]no mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dall'art. 273 o dalle

dibattimento di ciò ad ogni effetto penale, senza che sia necessaria un'altra contestazione da parte del pubblico ministero.

¹⁹⁷ Conformemente anche R.MALAVASI, *Reato permanente, ne bis in idem ed interruzione giudiziale della permanenza*, cit., p. 268.

¹⁹⁸ G.LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 797; P.V.MOLINARI, voce '*Prescrizione del reato e della pena (Dir. pen.)*', cit., p. 693; G.VASSALLI, *Amnistia, decorrenza del termine e interruzione giudiziale della permanenza nei reati punibili a querela di parte*, cit., p. 1168.

Cfr. anche Cass., sez. I, 23 Novembre 1992, Egizio, in *Cass. pen.*, 1995, p. 46; e Cass., sez. II, 14 Marzo 1997, Maranto, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2345; in cui si afferma che "nei reati associativi l'effetto interruttivo della permanenza del reato deve ricollegarsi alla sentenza, anche non irrevocabile, che accerti la responsabilità dell'imputato. [...] Qualora, viceversa, sia stata pronunciata assoluzione, non può ritenersi operante in virtù di tale sentenza alcun effetto interruttivo della permanenza della condotta criminosa [...]".

¹⁹⁹ In particolare, sul rapporto tra riesame ed appello, è stato rilevato come "l'appello cautelare copre un ambito [...] che include tutte quelle decisioni che modificano lo *status libertatis* [...]. Mentre [il riesame] è esperibile nei confronti di quei provvedimenti definibili come *contra libertatem*, l'appello viene riservato alle decisioni che presuppongono una preesistente limitazione della libertà personale; a quelle ordinanze che presentano un contenuto *pro libertate* (appello del p.m.), ed infine a quelle che applicano una misura cautelare non coercitiva", così in P.SPAGNOLO, *I poteri cognitivi e decisorio del tribunale della libertà investito dell'appello de libertate del pubblico ministero: i confini tra devolutum e novum*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2757.

disposizioni relative alle singole misure ovvero le esigenze cautelari previste dall'art. 274" (art. 299 c. 1 c.p.p.).

La stessa possibilità di impugnare un provvedimento che impone una misura cautelare (o, alternativamente, un provvedimento che non accoglie la domanda di revoca o sostituzione), evoca l'idea della piramide decisionale tipica del giudizio di cognizione, con il proprio vertice nella sentenza irrevocabile: il giudicato. Di conseguenza, appare naturale interrogarsi sulla possibilità che, anche in sede cautelare, una decisione giudiziaria assuma i connotati della cosa giudicata. Difatti, non appare peregrina l'idea che, pure in questo ambito, debba operare quel principio di certezza delle decisioni giudiziarie caratteristico del processo principale.

La questione del giudicato cautelare è stata (ed è tutt'ora) oggetto di forti contrasti tra coloro che ammettono il concetto di giudicato cautelare e coloro che invece lo escludono nel modo più assoluto.

Tale disputa deriva principalmente da due aspetti: la difficoltà di ignorare il carattere fortemente instabile della decisione cautelare, e l'inidoneità della stessa ad influire sul procedimento principale²⁰². In particolare, la prima ragione deriva dal fatto che un provvedimento che dispone una misura (ancorché non più impugnabile) è fisiologicamente soggetto a modificazioni, potendo essere sempre sostituito o revocato. Lo stesso istituto dell'art. 299 c.p.p. è finalizzato a tale scopo, ovvero vigilare sull'attualità della misura, così da assicurare la caducazione in caso di obsolescenza delle condizioni su cui si fonda. Da qui il dubbio sulla possibilità che tali provvedimenti possano assurgere alla stabilità propria del giudicato.

A sostegno del giudicato cautelare si è notato che se le decisioni adottate in sede cautelare non possono mai considerarsi 'irrevocabili' in termini paragonabili al giudicato di cognizione, può però accettarsi che esse costituiscano giudicato 'allo stato degli atti', con efficacia analoga a quella di una sentenza irrevocabile (in particolare, con la forza preclusiva del *Ne bis in idem*)²⁰³. Ulteriormente, la possibilità di riesaminare la decisione cautelare definitiva sembra non contraddire un suo possibile accostamento alla *res iudicata*, in quanto "il giudicato di merito e quello cautelare appartengono al medesimo *genus*, perché sono accumulati, nello stesso nucleo fondante e garantista, da una tendenziale stabilità dei risultati dell'accertamento, assicurata dal divieto di reiterazione del giudizio formulato all'esito del procedimento e degli eventuali gradi di impugnazione"²⁰⁴.

Sulla scorta di tali considerazioni, la dottrina maggioritaria, quindi, sostiene l'esistenza sia di un giudicato cautelare, sia di un *Ne bis in idem* cautelare: quest'ultimo è la diretta conseguenza del primo, e costituisce l'applicazione specifica di un più generale principio normativo²⁰⁶.

²⁰² G.DALLA MONICA, voce "Giudicato", in *Digesto delle discipline penalistiche*, cit., p. 410. V. anche G.PIERRO, *Il giudicato cautelare*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 232, il quale addirittura sostiene che ricorrere alla nozione della cosa giudicata sarebbe "indispensabile", e la regola del *Ne bis in idem* non potrebbe non trovare applicazione anche in materia cautelare.

²⁰³ M.M.MONACO, *Il c.d. giudicato cautelare. Caratteri in breve*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 871.

²⁰⁴ G.DALLA MONICA, voce "Giudicato", in *Digesto delle discipline penalistiche*, cit., p. 410.

²⁰⁶ È stato affermato come "La preclusione di un secondo giudizio per lo stesso fatto a carico della stessa persona, stabilita dall'art 649 c.p.p., integr[i] una regola di fondo connaturata e coesistente alla *ratio essendi* dell'ordinamento processuale, che non può non trovare

Un altro orientamento dottrinale si discosta radicalmente dall'impostazione sopra esposta, negando l'esistenza di un giudicato in questo contesto. L'utilizzo di tale concetto in ambito cautelare è sembrato, infatti, privo di logica, data la natura provvisoria degli atti e le esigenze meramente endoprocessuali che essi mirerebbero a soddisfare. Si è notato, in particolare, che la natura di questi provvedimenti, contingente e subordinata al perdurare di determinate condizioni, sarebbe logicamente incompatibile con l'idea di decisione immutabile e definitiva²⁰⁷. Di conseguenza, l'espressione 'giudicato allo stato degli atti' costituisce una contraddizione in termini, il cui utilizzo sarebbe "fuorviante"²⁰⁸. A maggior ragione, l'estensione del principio del *Ne bis in idem* anche a tale ambito significherebbe "dilatare eccessivamente ed inutilmente, snaturandolo, il concetto di giudicato"²⁰⁹. In caso di provvedimento cautelare, dunque, si potrebbe tutt'al più parlare di mera "preclusione processuale", e non di giudicato²¹⁰.

Incertezze sono emerse anche in sede giurisprudenziale. In generale, nella vigenza del codice abrogato, la tendenza fu di rifiutare l'applicazione dell'istituto del giudicato in materia cautelare²¹¹. Venne sostenuto, infatti, che "i provvedimenti in materia di libertà personale, anche se non impugnati o impugnati con esito negativo, non creano mai situazioni intangibili"²¹².

La giurisprudenza formatasi con riferimento al vigente codice di rito si è invece espressa in senso opposto. Tendenzialmente, si concorda nel considerare applicabile l'istituto della cosa giudicata anche in ambito cautelare, nei termini di 'giudicato allo stato degli atti', con la conseguente operatività di un *Ne bis in idem* cautelare²¹³. Tale estensione è percepita come necessaria, al

applicazione anche nel *processus libertatis*", così in G.PIERRO, *Il giudicato cautelare*, cit., p. 238.

²⁰⁷ G.CIANI, sub Art. 649, in G.LATTANZI-E.LUPO, *Codice di procedura penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. IX, cit., p. 58. Per analoghi rilievi v. P.P.RIVELLO, *Il giudicato cautelare e le interconnessioni tra processo penale comune e processo penale militare*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2677; S.LORUSSO, *Una impropria utilizzazione del concetto di giudicato penale: il c.d. ne bis in idem cautelare*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 648; v. anche C.VITIELLO, *Sui limiti del giudicato cautelare*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3938.

²⁰⁸ G.CIANI, sub Art. 649, in G.LATTANZI-E.LUPO, *Codice di procedura penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. IX, cit., p. 58.

²⁰⁹ S.LORUSSO, *Una impropria utilizzazione del concetto di giudicato penale: il c.d. ne bis in idem cautelare*, cit., p. 651.

²¹⁰ "Appare opportuno, conseguentemente, utilizzare, con riferimento agli effetti delle pronunce sui provvedimenti cautelari, il più limitato criterio della 'preclusione processuale', che rende inammissibile la reiterazione di provvedimenti aventi il medesimo oggetto", così in G.CIANI, sub Art. 649, in G.LATTANZI-E.LUPO, *Codice di procedura penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. IX, cit., p. 58. Conformemente S.LORUSSO, *Una impropria utilizzazione del concetto di giudicato penale: il c.d. ne bis in idem cautelare*, cit., p. 652; C.VITIELLO, *Sui limiti del giudicato cautelare*, cit., p. 3942; B.LAVARINI, *Revoca e riesame delle misure coercitive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 537; P.P.RIVELLO, *Il giudicato cautelare e le interconnessioni tra processo penale comune e processo penale militare*, cit., p. 2681.

²¹¹ Confronta M.M.MONACO, *Il c.d. giudicato cautelare. Caratteri in breve.*, cit., p. 870, il quale sostiene che la modifica legislativa "ha finalmente dato attuazione alle modifiche costituzionale, [a cui è seguita] una adeguata lettura dell'efficacia dei provvedimenti coercitivi, finalmente inseriti in una logica di piena giurisdizione".

²¹² Cass., sez. I, 27 Agosto 1984, Desiderio, in *Giust. pen.*, 1985, III, p. 484.

²¹³ Confronta Cass., sez. VI, 7 Ottobre 1992, Ligresti, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, p. 155; in cui si afferma che "Sostanzialmente nella *subiecta materia* si forma un 'giudicato allo stato degli

fine di assicurare quella certezza delle decisioni giudiziarie tipica anche delle statuizioni in tema cautelare: “altrimenti opinando, si perverrebbe all’assurdo che nessun valore verrebbe riconosciuto alla decisione già intervenuta sulla stessa questione oggetto del procedimento incidentale, la quale sarebbe assoggettata, all’infinito, ad un inammissibile sindacato da parte del giudice (o dei giudici) chiamati a decidere successivamente [...]”²¹⁴.

Tale impostazione è coerente con quanto affermato dalla dottrina in merito al rapporto tra giudicato cautelare e “ordinario”: esse rimangono due realtà giuridiche differenti, la prima mai idonea a creare situazioni assolutamente intangibili²¹⁶.

Una volta formatasi la preclusione processuale in sede cautelare, quindi, sembra essere impedita la proposizione di una seconda istanza (per gli stessi motivi e senza che sia cambiata la situazione di fatto), nel caso in cui la prima sia stata rigettata dal giudice ed infruttuosamente impugnata²¹⁸.

Ciò non vale, invece, quando il rigetto sia dipeso da ragioni meramente formali: in tale ipotesi non sarebbe preclusa la riproposizione della medesima, anche se fondata sulle stesse ragioni; la sola analisi nel merito, quindi, sembra giustificare un divieto di *bis in idem*²²⁰.

14. (segue): Il rapporto tra revoca e riesame in tema di giudicato cautelare

Se si ritiene convincente l’orientamento che prevede l’applicazione del concetto di giudicato anche in ambito cautelare, oggetto di ulteriori problematiche è il momento in cui il provvedimento acquista valore di *res*

atti’ che trova reciprocità, visto dal lato della tutela della libertà del cittadino, nel principio del *ne bis in idem* cautelare”; v. anche Cass., sez. V, 17 Marzo 1994, Abbate, in *Cass. pen.*, 1995, p. 340; Cass., sez. VI, 23 Gennaio 1992, Fummo, in *Giust. pen.*, 1992, III, p. 304.

²¹⁴ Cass., sez. fer., 25 Agosto 1991, Ligresti, in *Cass. pen.*, 1993, p. 887. V. anche Cass., sez. un., 1 Luglio 1992, Grazioso, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2990, secondo la quale “[l]a regola della preclusione processuale, in forza del principio del *ne bis in idem*, opera invece quando il provvedimento sia stato annullato in conseguenza di un riesame del merito effettuato con una decisione giurisdizionale non più soggetta a gravame in cui sia stata esclusa la ricorrenza delle condizioni generali di legittimità, determinandosi in tal caso quella situazione di inconciliabilità tra i due provvedimenti, quello caducato e quello riemesso, che non possono, pertanto, coesistere”.

²¹⁶ Cass., sez. I, 27 Agosto 1984, Desiderio, cit., p. 484; confronta anche Cass., sez. I, 30 Marzo 1982, Zucchi, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1818, secondo cui i provvedimenti che dispongono la cattura non determinano mai situazioni intangibili.

²¹⁸ Cass., sez. I, 14 Giugno 1989, Caruso, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1762. Confronta anche Cass., sez. I, 15 Maggio 1989, Stimoli, in *Giust. pen.*, 1990, III, p. 437, che afferma come “Nel caso in cui sia presentata una istanza di scarcerazione per insufficienza di indizi reiterativa di precedente istanza rigettata dal giudice istruttore con ordinanza confermata in sede di appello (omesso ricorso per Cassazione), la nuova istanza deve ritenersi inammissibile ove non sia fondata su nuovi fatti idonei a modificare la situazione preesistente. Sul rigetto della precedente istanza si è infatti formato il giudicato *rebus sic stantibus*, donde una preclusione processuale nei confronti di ulteriori istanze che rappresentino la medesima situazione di fatto”.

²²⁰ Confronta Cass., sez. fer., 6 Settembre 1990, Palma, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 356; analogamente Cass., sez. I, 25 Giugno 1990, Curatolo, in *Cass. pen.*, 1990, p. 448; Cass., sez. fer., 23 Agosto 1990, Macri, in *For. it.*, 1991, p. 147; Cass., sez. un., 1 Luglio 1992, Grazioso, cit., p. 2990.

iudicata. Nello specifico, il quesito va affrontato con particolare riferimento agli istituti della revoca e del riesame, nonché al loro rapporto.

Si tratta di strumenti profondamente diversi tra loro. Nel primo caso, si tratta di chiedere al giudice una rivalutazione delle condizioni che, *ab origine*, hanno giustificato la misura cautelare (anche alla luce di nuovi elementi o di nuove argomentazioni). Coerentemente, tale richiesta va presentata al giudice che ha emanato il provvedimento stesso e, per sua natura, può essere esperita sin tanto che la misura sia in atto: in tali circostanze la parte ha sempre interesse, infatti, a chiedere una riconsiderazione delle ragioni fondanti la medesima (che possono essersi affievolite nel tempo, e molto spesso anche a *causa del* tempo trascorso).

Viceversa, il riesame (proposto nei confronti di altro giudice, il cosiddetto tribunale della libertà) è finalizzato ad ottenere una “nuova pronuncia sul provvedimento sottoposto al vaglio [del magistrato]. [In particolare], con la devoluzione ad un giudice funzionalmente competente al controllo di legittimità e di merito, diverso da quello che ha emesso il provvedimento impugnato, il riesame assume una sua specifica connotazione che lo distingue nettamente dalla revoca: non si chiede infatti un semplice mutamento di giudizio, o l’esercizio di un potere di autocontrollo allo stesso organo che ha emesso il provvedimento (al quale, perciò, si domanda sostanzialmente di tornare sulla propria decisione), ma si attiva un procedimento incidentale dinnanzi ad un organo diverso, che non deve riconsiderare una decisione già presa, dovendo invece verificare in modo imparziale e senza pregiudizi la legittimità della misura cautelare adottata”²²⁷. Inoltre, la richiesta di riesame, diversamente dalla revoca, è sottoposta ad uno specifico termine.

In considerazione di tali caratteristiche si è sottolineato come la revoca sia uno strumento di controllo “dinamico” della misura cautelare, in quanto mezzo che interviene monitorandone la “vita”; mentre il riesame sarebbe piuttosto uno strumento “statico”, come controllo del suo momento genetico²²⁹.

Al fine di risolvere la questione dei rapporti tra revoca e riesame, inizialmente la giurisprudenza ha cercato di distinguere i requisiti per la loro applicabilità.

Così, nonostante il dato di diritto positivo (l’art. 299 c.p.p.) ammettesse la revoca “anche [per] fatti sopravvenuti”, la giurisprudenza inizialmente si orientò nel senso di ammetterla *solo* sulla base di elementi sopraggiunti al provvedimento cautelare, in aperto contrasto con la lettera legislativa²³⁰. La Cassazione sostenne che “al fine di evitare che l’intero procedimento costituisca la ripetizione di quello espletato col riesame, l’istante ha l’onere, quando invoca la revoca o la modifica della misura, di specificare le ragioni per le quali il provvedimento deve essere revocato o modificato ed indicare la *nuova* situazione di fatto o di diritto che ne giustifica l’applicazione. Ovviamente

²²⁷ M.GRADILONE, *Aspetti problematici del rapporto fra richiesta di revoca e richiesta di riesame delle misure cautelari coercitive*, in *Giust. pen.*, 1994, III, p. 262; cfr. anche G.PIERRO, *Il giudicato cautelare*, cit., p. 249.

²²⁹ D.POTETTI, *Riesame, appello e revoca in tema di misure cautelari: una convivenza difficile*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2936.

²³⁰ v. B.LAVARINI, *Revoca e riesame delle misure coercitive*, cit., p. 534.

identico onere sussiste per il caso che l'indagato non abbia esercitato la facoltà di provocare [...] il riesame della misura cautelare adottata²³¹.

Tale impostazione fu giustificata con due argomenti. Innanzitutto, fu estesa anche nel giudizio cautelare di impugnazione la regola generale per cui, quando sono consentiti più mezzi di gravame, la scelta di uno preclude l'utilizzo dell'altro. In secondo luogo, si ritenne che la presentazione dell'istanza di revoca impedisse la proposizione di una successiva istanza di riesame: con la prima si chiede infatti l'eliminazione (o la sostituzione) di una misura cautelare, sulla base di elementi sopraggiunti che ne inficiano la giustificabilità; l'accettazione della legittimità del provvedimento sembrava quindi sottintesa alla stessa presentazione dell'istanza²³².

Simili giustificazioni non sono andate esenti da critiche, ed un successivo intervento della Corte Suprema, nel suo più autorevole consesso, portò al loro superamento²³⁵. Anzitutto, si osservò come il riesame costituisca un mezzo di impugnazione, caratteristica non condivisa, invece, dalla revoca²³⁶. Da questa diversità se ne dedusse la possibilità di esperire ambedue gli strumenti nei confronti della stessa misura cautelare. Nonostante l'esistenza di un 'giudicato allo stato degli atti' al termine del procedimento di riesame, fu così garantita la possibilità di richiedere la revoca della misura. Tuttavia, data l'efficacia preclusiva *rebus sic stantibus* del giudicato maturato, tale richiesta avrebbe dovuto basarsi esclusivamente su elementi sopravvenuti al giudizio (ovvero non considerati)²³⁷.

²³¹ Cass., sez. VI, 25 Agosto 1993, Haouzi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, p. 420 (corsivo aggiunto). Conformemente Cass., sez. un., 18 Giugno 1993, Dell'Olmo, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 528, la quale afferma che "[...] La richiesta di revoca non può fondarsi su questioni attinenti la sussistenza originaria dei presupposti della misura [...], queste ultime potendo essere dedotte esclusivamente con richiesta di riesame del provvedimento restrittivo". Dello stesso avviso Cass., sez. I, 22 Gennaio 1994, Salzano, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, p. 420; Cass., sez. III, 15 Ottobre 1993, Desi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, p. 274; Cass., sez. VI, 27 Ottobre 1993, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, p. 275; Cass., sez. I, 22 Dicembre 1993, Di Stefano, in *Giust. pen.*, 1994, III, p. 243; Cass., sez. I, 5 Maggio 1992, Mucci, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2352; Cass., sez. VI, 23 Gennaio 1992, Fummo, cit., p. 304.

²³² Cass., sez. III, 18 Settembre 1993, Tasselli, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, p. 275, la quale afferma che "[...] istanza di revoca (o di modifica) di una misura cautelare, implica acquiescenza all'ordinanza di applicazione della misura stessa, dovendo tale istanza necessariamente interpretarsi come l'espressione della ritenuta sopravvenienza di una situazione nuova, incompatibile con il permanere della misura adottata".

v. D.POTETTI, *Riesame, appello e revoca in tema di misure cautelari: una convivenza difficile*, cit., p. 2934.

²³⁵ Cass., sez. un., 8 Luglio 1994, Buffa, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2928.

²³⁶ "Il riesame delle ordinanze che dispongono misure cautelari costituisce mezzo di impugnazione, ancorché fornito di caratteristiche peculiari rispetto agli altri mezzi di impugnazione, mentre tale natura giuridica non può essere riconosciuta alla richiesta di revoca di misura cautelare. Ne consegue che l'istanza di riesame non è preclusa da quella di revoca della misura, e pertanto non può essere ritenuta inammissibile solo perché proposta successivamente ad essa", così in Cass., sez. un., 8 Luglio 1994, Buffa, cit., p. 2929.

²³⁷ "[La preclusione processuale formatasi] ha una portata più modesta rispetto a quella determinata dalla cosa giudicata, sia perché limitata allo stato degli atti, sia perché non copre anche le questioni deducibili, ma soltanto le questioni dedotte, implicitamente o esplicitamente,

La Suprema Corte rimarcò altresì che, nel caso di riesame proposto tardivamente, “il giudice competente a pronunciarsi sulla revoca della misura cautelare non [avrebbe] incontra[to] alcuna preclusione”²³⁸. Ciò sembrava dipendere dal fatto che non si era formato nessun giudizio di merito (l'impossibilità di riesame per scadenza dei termini è un impedimento formale). Di conseguenza, la revoca potrebbe essere proposta non solo sulla base di elementi nuovi, ma anche di quelli che sussistevano originariamente all'emanazione del provvedimento.

Secondo la dottrina, invece, non è la natura impugnatoria del riesame a giustificare la diversità con la revoca, ma piuttosto le differenti funzioni svolte dai due istituti. Il riesame, infatti, opera un controllo del provvedimento cautelare nel suo momento originario e genetico; mentre la revoca ha lo scopo di verificare che la misura continui ad essere attuale²³⁹.

Infine, il rischio di *bis in idem* si manifesta anche quando il pubblico ministero, in pendenza di appello contro un provvedimento cautelare, intenda proporre una seconda istanza sulla base di nuovi elementi, uniti a quelli già oggetti a gravame. In questa ipotesi, per evitare doppie valutazioni, la giurisprudenza ha ritenuto che il pubblico ministero debba scegliere tra introdurre i *nova* nel giudizio di appello, ovvero rinunciare all'impugnazione e presentarli attraverso una nuova istanza²⁴⁰.

Questo orientamento è giustificato dal principio di parità delle parti processuali: così come l'imputato può chiedere al giudice la tempestiva caducazione della misura qualora sopraggiunga un *novum* liberatorio, anche al pubblico ministero dovrebbe essere garantita la possibilità di far valere elementi nuovi nell'immediato (introducendoli nel giudizio di impugnazione, ovvero tramite nuova istanza)²⁴¹.

Certa dottrina ha criticato tale indirizzo, sulla base del fatto che le posizioni delle due parti processuali non sono simmetriche: di questa diversità ne è esempio lo stesso *Ne bis in idem*, finalizzato a porre un argine al potere punitivo dell'accusa²⁴². Oltretutto, questa “disparità di trattamento” non sembra

nei procedimenti di impugnazione [...]”, così in Cass., sez. un., 8 Luglio 1994, Buffa, cit., p. 2928.

Parallelamente, la dottrina sostiene che i “nuovi elementi” dovrebbero essere intesi in senso conoscitivo-processuale, e non storico-ontologico. Di conseguenza, sarebbero fatti “nuovi” non solo quelli sopravvenuti alla misura, o preesistenti tuttavia sconosciuti, ma persino quelli acquisiti al procedimento cautelare, purché non investiti da un apprezzamento od esame da parte del giudice. Così sostenuto da G.PIERRO, *Il giudicato cautelare*, cit., p. 255.

²³⁸ Cass., sez. un., 8 Luglio 1994, Buffa, cit., p. 2928.

²³⁹ D.POTETTI, *Riesame, appello e revoca in tema di misure cautelari: una convivenza difficile*, cit., p. 2938; v. anche G.PIERRO, *Il giudicato cautelare*, cit., pp. 247 e ss.

²⁴⁰ Cass., sez. un., 31 Marzo 2004, Donelli, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2746.

²⁴¹ Purché *electa una via non datur recursus ad alteram*: cfr. C.GALLUCCIO MEZIO, *Impugnazione cautelare e ne bis in idem in presenza di nuovi elementi probatori*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3372; nel commento alla sentenza Cass., sez. un., 16 Dicembre 2010, Testini, la quale, a sua volta, afferma che “[i]n tema di misure cautelari, qualora il pubblico ministero, nelle more della decisione su una impugnazione incidentale *de libertate*, intenda utilizzare, nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, elementi probatori ‘nuovi’ può scegliere se riversarli nel procedimento impugnatorio ovvero porli a fondamento di un nuova richiesta cautelare, ma, una volta effettuata, la scelta gli preclude di coltivare l'altra iniziativa cautelare”.

²⁴² C.GALLUCCIO MEZIO, *Impugnazione cautelare e ne bis in idem in presenza di nuovi elementi probatori*, cit., pp. 3373-3375.

costituzionalmente censurabile: la Consulta ha infatti statuito che “l’accordato rilievo al *favor libertatis* costituisce motivo idoneo e sufficiente alla diversificazione di disciplina [...]. Non è invero imposta, dal principio di parità fra le parti invocate, l’assoluta identità di poteri e posizioni del pubblico ministero e dell’imputato (o indagato), ed anzi sono consentite quelle alterazioni della parità necessarie a dare completo sviluppo a esigenze o finalità anch’esse costituzionalmente rilevanti”²⁴³.

15. Cenni introduttivi in tema di giurisdizione e territorialità

Principio cardine di qualunque sistema processuale, il *Ne bis in idem* è conosciuto anche a livello internazionale, come divieto ad un secondo processo in un altro Stato. Non sembra pertanto opportuno circoscrivere l’esame solamente all’ambito domestico, in quanto limiterebbe l’analisi della sua portata applicativa. Il nuovo approccio indubbiamente pone problematiche di particolare interesse.

L’operatività del divieto di *bis in idem* internazionale non può essere compresa senza il riferimento alla nozione di giurisdizione e al principio di territorialità.

Una delle caratteristiche fondamentali di uno Stato in quanto tale è il potere sovrano: infatti, può essere definito un ordinamento giuridico autonomo solo se indipendente rispetto ad altre entità, e solo, quindi, nel caso sia titolare di un’autorità indiscussa esercitabile al suo interno²⁵². La potestà sovrana permette allo Stato di imporre ai consociati le regole da seguire, e le sanzioni in caso di loro inosservanza.

La giurisdizione è la concretizzazione di questo potere: essa “produce diritto, creando norme rivolte a certi destinatari e contenenti un accertamento di determinate situazioni giuridiche”²⁵⁴.

Il potere di giudicare, tuttavia, non può essere illimitato. Tendenzialmente ogni Stato può esercitare la propria giurisdizione in determinate situazioni, mentre in altre gli è preclusa. È stato sostenuto che i limiti di esercizio della giurisdizione vanno desunti dalle norme che regolano l’efficacia, nello spazio, della legge penale²⁵⁵. Difatti, l’esistenza di norme che individuano limiti nella applicazione del diritto penale implicherebbe logicamente che anche il potere di sanzionarne le violazioni non sia illimitato. Se la legge penale vincola i soggetti solo all’interno di un determinato territorio, va da sé che lo Stato non potrà avanzare alcuna pretesa punitiva contro chiunque si trovi fuori dai suoi confini.

²⁴³ Corte Cost., 7 Luglio 1994, n. 324, in *Giust. cost.*, 1994, p. 2723. Nel caso di specie era stata sollevata questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli articoli 3, 13, 76 Cost., dell’art. 310 comma 3 c.p.p., dal momento che statuisce una regola opposta rispetto a quella dell’immediata eseguibilità dei provvedimenti che pongono in libertà l’imputato.

²⁵² v. G.CATELANI, *I rapporti internazionali in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 1.

²⁵⁴ E.BELLIZZI, voce ‘Giurisdizione penale’, in *Digesto delle discipline penali*, Vol. VI, UTET, 1992, p. 1.

²⁵⁵ v. A.F.PANZERA, voce ‘Giurisdizione penale (limiti)’, in *Digesto delle discipline penali*, Vol. VI, UTET, 1992, p. 6.

Individuare l'ambito di applicazione della legge penale sembra essere una questione puramente normativa: è il legislatore che stabilisce quando (e a che condizioni), lo Stato possa esercitare il suo potere di sanzionare le condotte delittuose. Da questa scelta legislativa derivano i limiti della giurisdizione dell'ordinamento stesso. In particolare, nel sistema italiano, essi sono individuati dall'art. 6 c.p., da cui viene tratto il generale principio "di territorialità"²⁵⁶. Secondo l'art. 6 c.p., comma 1, "[c]hiunque commetta un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana". Il principio di territorialità, quindi, è la norma che principalmente individua i confini di esercizio della giurisdizione dello Stato²⁵⁷.

16. (segue): Il *Ne bis in idem* oltre i confini nazionali: i casi di doppio giudizio internazionale

Come già notato, sarebbe utopistico ritenere che la mera applicazione nazionale del *Ne bis in idem* sia sufficiente a tutelare pienamente l'individuo. Anche a voler considerare il principio di territorialità come solo ed unico criterio di esercizio della giurisdizione, l'individuo rimarrebbe comunque esposto all'eventualità di un duplice procedimento penale in Stati diversi.

Questo rischio è dovuto al cosiddetto "criterio dell'ubiquità". Il nostro ordinamento prevede, infatti, che un reato si consideri commesso nel territorio nazionale quando "l'azione o l'omissione [...] è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione" (art. 6 comma 2 c.p.). Di conseguenza, lo Stato italiano potrà esercitare il suo potere punitivo anche nei confronti del soggetto la cui azione criminosa sia avvenuta all'estero, se l'evento abbia avuto luogo in Italia.

Quindi, mentre il primo comma dell'art. 6 c.p. sancisce il principio di territorialità, già nel secondo si assiste ad un suo superamento (o quantomeno ad un suo notevole ridimensionamento): sono considerati commessi all'interno della giurisdizione italiana i reati avvenuti fuori dal territorio nazionale (purché l'evento si sia ivi verificato)²⁶¹. L'eventualità che un soggetto subisca un doppio processo per il medesimo fatto sembra, quindi, tutt'altro che ipotetica: anche applicando rigidamente il principio di territorialità, apparentemente idoneo a scongiurare i conflitti, esso pare insufficiente ad evitare con certezza il *bis in idem* internazionale.

Ciò premesso, il mero fatto che il reato sia stato commesso all'interno dei confini nazionali non sembra essere la ragione giustificatrice principale per individuare i limiti della giurisdizione di uno Stato (tant'è che sussiste la possibilità di perseguire reati commessi all'estero). Ciò che sembra essere

²⁵⁶ P.ZICCARDI, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1950, pp. 465 e ss.

²⁵⁷ L'interesse dello Stato a perseguire un reato sorge principalmente (ma non necessariamente), dal fatto che esso sia stato commesso all'interno del suo territorio. Tale rimane, tuttavia, il principale motivo che fa sorgere tale interesse. Cfr. *infra*, par. 16.

²⁶¹ v. G.BONADIO, sub *Art. 6*, in *Codice penale ipertestuale commentato*, IV Edizione, Milano, UTET Giuridica, 2012, p.106.

rilevante è, piuttosto, l'interesse del medesimo a punire un comportamento delittuoso²⁶². Insomma, l'ordinamento giuridico, tramite le proprie norme di legge, individua le situazioni in cui ha interesse a sanzionare un determinato comportamento, e ad esse estende il suo potere punitivo.

Tali casi vengono ricondotti, nell'ordinamento italiano, a quella serie di disposizioni che segue l'art. 6 c.p., in particolare gli artt. 7, 8, 9 e 10 c.p.: a determinate condizioni, queste norme permettono al giudice italiano di punire reati commessi fuori dal territorio nazionale.

L'articolo 7 introduce la possibilità di punire, secondo la legge italiana, il cittadino o lo straniero che, in territorio estero, abbia commesso una serie di reati specificamente indicati²⁶⁴. Essi sono illeciti punibili incondizionatamente, in deroga al principio di territorialità affermato nell'articolo precedente. In questi casi, è evidente l'intenzione dello Stato di tutelare determinati beni ed interessi ritenuti essenziali, indipendentemente dal luogo in cui essi siano stati lesi. Si tratta di una norma basata sul principio di difesa, che fonda l'esercizio della giurisdizione nei suddetti casi²⁶⁵.

L'articolo 8, invece, tratta del 'Delitto politico commesso all'estero'. In questo caso viene punito il cittadino o lo straniero che commette un delitto politico non compreso tra quelli previsti dall'articolo 7. Per procedere, tuttavia, è necessaria la richiesta del Ministro della Giustizia. Si tratta, ancora, di un caso di esercizio della giurisdizione fondato sul principio di difesa, in quanto finalizzato alla tutela dello Stato²⁶⁷.

I seguenti articoli 9 e 10 c.p. presentano caratteristiche differenti. L'art. 9 riguarda i delitti comuni del cittadino all'estero. Viene punito il cittadino che (fuori dai casi previsti dagli artt. 7, 8 c.p.) commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce una determinata pena nel minimo. La

²⁶² È stato inoltre sostenuto che il "mero criterio della territorialità applicato secondo modalità rigorose non ha effetto soddisfacente. La necessità di punire ogni fatto criminoso compiuto sul territorio si affianca allora al bisogno di tutelare in via diretta interessi particolari violati con attività illecite compiute in Stati stranieri che non prevedono sanzioni per tali comportamenti. Si motiva generalmente, con questo riferimento al timore che un diverso Stato non tuteli direttamente un determinato interesse, la volontà reale di esercitare la giurisdizione come espressione di sovranità rispetto a fatti commessi fuori dal territorio. In realtà, un'identica soluzione è adottata anche nel caso in cui sono ugualmente sanzionati in altri Stati gli stessi fatti che si pretende di punire in via extraterritoriale per tutelare interessi particolari", così riportato da N.GALANTINI, *Il principio del Ne bis in idem internazionale nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 69.

²⁶⁴ "È punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei seguenti reati: 1) delitti contro la personalità dello Stato italiano; 2) delitti di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto; 3) delitti di falsità in monete avente corso legale nel territorio dello Stato, o in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano; 4) delitti commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni; 5) ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana".

²⁶⁵ K.SUMMERER, sub Art. 7, in A.CADOPPI-S.CANESTRANI-P.VENEZIANI, *Codice penale: commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, La Tribuna, 2011, p. 134. V. anche E.CALVANESE, sub Art. 7, in G.LATTANZI-E.LUPO, *Codice penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 2010, p. 380.

²⁶⁷ E.CALVANESE, sub Art. 7, in G.LATTANZI-E.LUPO, *Codice penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. I, cit., p. 418; T.PADOVANI, *Diritto penale – X Edizione*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 58.

presenza del cittadino nel territorio dello Stato è condizione di procedibilità per tali reati. Inoltre, è previsto che, nel caso in cui la legge italiana preveda una pena inferiore nel minimo a tre anni, si potrà procedere solo con la richiesta del Ministro della Giustizia. Al terzo comma, invece, è prevista la particolare ipotesi in cui il reato sia stato commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero: in questi casi il soggetto è punito a richiesta del Ministro della Giustizia, e sempre che l'extradizione del medesimo soggetto non sia stata concessa. La *ratio* di questa disposizione si giustifica sulla base del principio di personalità attiva, secondo cui uno Stato ha interesse a perseguire i comportamenti criminosi commessi dai propri cittadini, indipendentemente dal luogo²⁶⁸.

Infine, l'articolo 10 prevede che sia punito lo straniero il quale, al di fuori dai casi previsti dagli artt. 7 e 8, commetta, in territorio estero e a danno dello Stato o del cittadino italiano, un delitto per cui la legge italiana prevede una pena non inferiore ad un minimo indicato. In questi casi, è necessario che lo straniero si trovi in territorio italiano e che vi sia la richiesta del Ministro della Giustizia. Analogamente, nel caso in cui il reato sia stato commesso a danno delle Comunità europee, di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole può essere punito solo se non sia stata concessa estradizione (e con un limite minimo di pena prevista per quel reato più alto rispetto alla situazione precedente). In questo caso, il principio che fonda l'applicazione della giurisdizione è quello della personalità passiva, che legittima lo Stato all'esercizio dell'azione penale quando la persona offesa sia un suo cittadino²⁶⁹.

Considerate le situazioni sopraindicate, appare evidente che occorre distinguere il "limite territoriale dell'attività materiale degli organi statuali" (ovvero i limiti derivanti dalla concreta possibilità di esercizio del potere penale, e di costringimento fisico del soggetto), con quella che è la "sfera dei fatti in relazione ai quali lo Stato determina le proprie valutazioni, [...] intesa come sfera dei fatti soggetti all'azione penale" (ovvero la possibilità dello Stato, di origine legislativa, di estendere la propria giurisdizione, anche al di fuori dai suoi confini, ed indipendentemente da un suo concreto esercizio)²⁷⁰.

Concludendo, il proliferare di vari criteri di esercizio della giurisdizione sembra essere la causa di un eventuale doppio processo, per lo stesso fatto, in sede internazionale: il rischio di violazione del divieto del *Ne bis in idem* appare, perciò, tutt'altro che teorico.

17. Il *Ne bis in idem* internazionale e il rinnovamento del giudizio. L'orientamento della dottrina

Per '*Ne bis in idem* internazionale' si intende il "principio che esclude la rinnovabilità del procedimento penale avente ad oggetto un fatto già giudicato in

²⁶⁸ T.PADOVANI, *Diritto penale – X Edizione*, cit., p. 60; P.NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Seconda edizione, Padova, CEDAM, 1982, p. 73.

²⁶⁹ P.NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Seconda edizione, cit., p. 76; T.PADOVANI, *Diritto penale – X Edizione*, cit., p. 60.

²⁷⁰ P.ZICCARDI, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, cit., p. 463.

via definitiva con sentenza straniera di condanna o di proscioglimento, emanata da autorità giudiziaria appartenente ad un ordinamento diverso da quello potenzialmente competente a procedere *in idem*²⁷¹.

Nonostante l'apparente chiarezza della succitata definizione, la dottrina ha espresso riserve in relazione alla configurabilità del *Ne bis in idem* anche a livello internazionale.

In proposito si è notato che una trasposizione del concetto dal contesto nazionale a quello sovranazionale sembra "interpretativamente errone[a], o quantomeno impropri[a]"²⁷². Simile tentativo di accostamento pare destinato a fallire anzitutto in quanto sarebbe inapplicabile, in entrambi i contesti, il concetto di consumazione dell'azione penale (alieno al secondo ambito); in secondo luogo, date le profonde differenze tra le legislazioni nazionali, sembra impossibile elevare tale preclusione ad una applicazione ultrastatuale²⁷³. Pertanto "l'eventuale adozione del *ne bis in idem* come 'principio generale' nell'ambito delle relazione tra più pronunzie di organi giurisdizionali, appartenenti al medesimo ordinamento, non implica affatto l'adozione dello stesso come 'principio generale' nell'ambito delle relazioni tra più pronunzie di organi giurisdizionali appartenenti ad ordinamenti diversi"²⁷⁴.

Nell'ordinamento italiano il riconoscimento del *Ne bis in idem* internazionale è stato spesso negato con riferimento all'articolo 11 c.p.²⁷⁵. Rubricata 'Rinnovamento del giudizio', tale norma prevede che "[n]el caso indicato dall'art. 6, il cittadino o lo straniero è giudicato nello Stato, anche se sia stato giudicato all'estero [comma 1]. Nei casi indicati negli articoli 7, 8, 9 e 10, il cittadino o lo straniero, che sia stato giudicato all'estero, è giudicato nuovamente nello Stato, qualora il Ministro della giustizia ne faccia richiesta [comma 2]". All'evidenza, tale disposizione permette un doppio giudizio per reati commessi nel territorio italiano (art. 6 c.p.), ma anche nei casi previsti dagli artt. 7, 8, 9 e 10 (previa richiesta del Ministro della Giustizia). Appare pacifico, a questo punto, come il divieto di doppio giudizio si svuoti completamente, a

²⁷¹ N.GALANTINI, *Il principio del Ne bis in idem internazionale nel processo penale*, cit., p. 6.

²⁷² N.GALANTINI, *Il principio del Ne bis in idem internazionale nel processo penale*, cit., p. 1.

²⁷³ v. N.GALANTINI, *Il principio del Ne bis in idem internazionale nel processo penale*, cit., pp. 1 e ss.; v. anche N.GALANTINI, *Il divieto del doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 108, dove si afferma che "La difforme realtà di disciplina penale e processuale penale nei diversi ordinamenti giuridici positivi relativamente allo spazio concedibile all'istituto del *ne bis in idem* internazionale, ha naturalmente pregiudicato in maniera incisiva il diritto del soggetto ad un unico giudizio sul medesimo fatto ed ha costituito l'inevitabile presupposto per negare la natura di principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto, al divieto del doppio procedimento".

²⁷⁴ M.CHIAVARIO, *La compatibilità del bis in idem previsto dall'art. 11 comma primo c.p. con il "diritto internazionale generalmente riconosciuto"*, in *Giur. Cost.*, 1967, p. 307.

V. anche J.A.E.VERVAELE *Multilevel and multiple punishment in Europe. The ne bis in idem principle and the protection of human rights in Europe's area of freedom, security and justice*, in A.VAN HOEK-A.HOL-O.JANSEN-P.RIJKEMA-R.WIDDERSHOVEN (a cura di), *Multilevel Governance in Enforcement and adjudication*, cit., p. 5.

²⁷⁵ Riguardo la negazione di un *Ne bis in idem* internazionale sulla base della possibilità di rinnovazione del giudizio ex art. 11 c.p., v. E.AMODIO-O.DOMINIONI, *L'estradizione e il problema del ne bis in idem*, in *Riv. del dir. matr.*, Vol. X, 1968, p. 370; F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 70; N.GALANTINI, *Il principio del Ne bis in idem internazionale nel processo penale*, cit., p. 123; R.BARBERINI, *Il principio del 'ne bis in idem' internazionale*, in *Documenti giustizia*, 2000, Vol. 6, p. 1294.

livello internazionale, di forza e portata applicativa: il secondo giudizio sembra sempre possibile, nei casi in cui lo Stato italiano mantenga comunque un interesse a giudicare.

Il rinnovamento del giudizio è solitamente giustificato sulla base della presunzione che il giudice del luogo di commissione del reato costituisca la massima garanzia di equità per l'individuo. In realtà, tale argomento non costituisce altro che un "non riuscito tentativo di velare di garantismo la vera natura nazionalista della disposizione, e non può funzionare del resto da supporto nei casi previsti dal secondo comma, dove si ha la previsione del rinnovamento del giudizio in Italia per reati commessi all'estero"²⁷⁶. La medesima dottrina ha rilevato che "la questione non verte tanto sul minore o maggiore grado di fiducia attribuito all'esercizio della giurisdizione da parte di Stati diversi, dissimili per disciplina normativa, quanto piuttosto sulla tendenza a elevare a norma assoluta la regola dell'autonomia giurisdizionale che il principio di territorialità garantisce"²⁷⁷.

Sembra, quindi, che gli Stati siano propensi ad espandere la loro giurisdizione non tanto perché poco fiduciosi delle scelte giurisdizionali degli altri ordinamenti, ma in quanto gelosi di salvaguardare il loro potere punitivo nelle situazioni in cui un loro interesse venga coinvolto. Né, a maggior ragione, si può intendere il capoverso dell'articolo 11 c.p. come legittimazione a riconoscere l'autorità di cosa giudicata alla sentenza penale straniera, nel caso in cui il Ministro non ne chieda il rinnovamento²⁷⁸.

Sulla scorta di tali premesse, il *Ne bis in idem* internazionale – ossia quale principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto – appare sostanzialmente inesistente, o sembra ridursi ad applicazioni che, ancorché produttive di effetti in parte analoghi, nella sostanza sono di carattere profondamente diverso. Ad esempio, nel caso in cui il doppio giudizio sia evitato dal rifiuto di estradizione, opererebbe un semplice *Ne bis in idem* estradizionale²⁷⁹. In questa eventualità, uno Stato potrebbe decidere di non estradare un soggetto, se nel suo territorio egli sia già stato definitivamente giudicato per il medesimo fatto. Tuttavia, appare evidente come non si tratti di un *Ne bis in idem* in senso proprio: lo Stato richiedente, difatti, potrà sempre decidere di procedere in assenza dell'imputato non estradato, ed il rifiuto all'extradizione eviterà semplicemente che il soggetto venga sottoposto ad una doppia applicazione della sanzione, ma il secondo processo non sarà evitato²⁸⁰. Appare condivisibile, quindi, quella opinione che nega valore di *Ne bis in idem*

²⁷⁶ N.GALANTINI, *Il divieto del doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 108.

²⁷⁷ N.GALANTINI, *Il principio del Ne bis in idem internazionale nel processo penale*, cit., p. 131.

²⁷⁸ G.LIGUORI, *Il riconoscimento della sentenza penale straniera*, Bologna, Ponte Nuovo Editrice, 1977, p. 78. Analogamente E.AMODIO-O.DOMINIONI, *L'extradizione e il problema del ne bis in idem*, cit., p. 371, dove viene rilevato che "il limite alla perseguibilità in Italia dei delitti più lievi non deriva dalla attribuzione di una efficacia giuridica alla sentenza straniera nell'ambito del nostro ordinamento [v. *infra*], ma discende unicamente dalla irrilevanza di simili fatti illeciti per l'interesse repressivo del nostro paese. [...] va osservato che se il Ministro non richiede la rinnovazione del giudizio in Italia là dove sussiste un giudicato straniero sul medesimo fatto, non è già perché attribuisce valore alla sentenza straniera, ma piuttosto perché ritiene inopportuno mettere in moto l'apparato repressivo nazionale".

²⁷⁹ Cfr. *infra*, par. 21.

²⁸⁰ Salvo, ad esempio, che la presenza del reo non operi come condizione di procedibilità.

alle disposizioni che subordinano la procedibilità, in Italia, di certi reati alla mancata concessione dell'extradizione (artt. 9 comma 3 e art. 10 comma 2 n. 3 c.p.)²⁸¹.

Qualora l'applicazione della preclusione sia regolata da una Convenzione tra due o più Stati, viene in rilievo un *Ne bis in idem* pattizio. Nonostante tale soluzione sembri, a livello internazionale, la più conveniente, essa appare anche quella di più difficile realizzazione: è necessario che più Stati si accordino nel rinunciare all'esercizio della loro potestà punitiva, una volta che il soggetto sia già stato giudicato; come se non bastasse, la scarsa adesione ad una convenzione di tal genere svilirebbe, di fatto, il tentativo di internazionalizzazione del principio, che sarebbe sì operante, ma tra un numero limitato di Paesi.

Da ultimo, gli ordinamenti nazionali solitamente prevedono una specifica norma con lo scopo di evitare che, in caso di doppio processo, venga imposta una doppia sanzione. Nel sistema italiano, l'art. 138 c.p. prevede che "[q]uando il giudizio seguito all'estero è rinnovato nello Stato, la pena scontata all'estero è sempre computata [...]". In questi casi, quindi, al soggetto sarebbe evitato il rischio di scontare due volte la stessa pena per il medesimo fatto: la sanzione già scontata all'estero dovrà sempre essere dedotta dalla pena da scontare nello Stato del secondo giudizio. Come correttamente rilevato, in simili ipotesi si tratta di un mero *Ne bis in idem* "esecutivo" (che non impedisce un secondo giudizio, ma semplicemente una seconda applicazione della pena), piuttosto che un vero e proprio *Ne bis in idem* processuale: solo quest'ultimo, difatti, opererebbe come reale ostacolo ad un secondo processo²⁸².

Per il riconoscimento del *Ne bis in idem* quale principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto occorre allora un *quid pluris*: sarebbe necessaria una preclusione idonea ad impedire automaticamente un procedimento, all'interno di un particolare Stato, per la sola esistenza di un giudizio estero nei confronti del medesimo soggetto e per il medesimo fatto. Tale situazione non sembra, tuttavia, rientrare in nessuno dei casi sopra prospettati.

18. (segue): Il *Ne bis in idem* internazionale e il rinnovamento del giudizio. L'orientamento della giurisprudenza

La giurisprudenza, costituzionale e di legittimità, si è mostrata conforme agli orientamenti dottrinali precedentemente indicati. Tendenzialmente si nega al *Ne bis in idem* la natura di principio internazionale generalmente riconosciuto.

Già nel 1967 la Corte Costituzionale negò al *Ne bis in idem* il rango di norma internazionale generalmente accettata. Pur riconoscendo la validità di tale principio nell'ordinamento internazionale (nel senso di una sua applicazione

²⁸¹ v. N.GALANTINI, *Il principio del Ne bis in idem internazionale nel processo penale*, cit., pp. 7 e ss.; N.GALANTINI, *Il divieto del doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 109; E.AMODIO-O.DOMINIONI, *L'extradizione e il problema del ne bis in idem*, cit., p. 371.

²⁸² v. N.GALANTINI, *Il principio del Ne bis in idem internazionale nel processo penale*, cit., p. 21.

alle sentenze dei tribunali internazionali), si osservò che esso “non si estende al di là di questo limite, sì da essere assunto a principio di diritto internazionale, e considerato quale norma a cui, ai sensi dell’art. 10 Cost. deve conformarsi l’ordinamento giuridico italiano”²⁸³.

Due le ragioni sottostanti a questo orientamento. Innanzitutto, si affermò che il principio di territorialità prevalessse su una eventuale norma impeditiva di doppi giudizi: questa sembrava essere la tendenza accolta dalla maggioranza dei codici penali nazionali. Sarebbe impossibile, infatti, “un’armonizzazione dei due principi, risolvendosi necessariamente nella prevalenza di uno sull’altro”. Successivamente, si ritenne che le diversità delle discipline penali statali impedissero un livello di uniformità tale da giustificare il *Ne bis in idem* come norma internazionale generalmente riconosciuta²⁸⁴.

Un successivo intervento della Corte dichiarò inammissibile la questione proposita, impedendo che venisse condotta un’analisi nel merito²⁸⁶.

In un’altra pronuncia, la Consulta dichiarò espressamente come la soluzione preferibile, in tema di doppio giudizio internazionale, fosse quella pattizia, notando come “è certo degna del migliore apprezzamento la sempre più chiara e sicura tendenza verso queste mete ideali di armonizzazione degli ordinamenti della giustizia penale, sostanziale e processuale, di cui offrono testimonianza le convenzioni internazionali [...]”²⁸⁷.

Nonostante l’orientamento sopra descritto, la Corte Costituzionale non ha mai mancato di sottolineare il ruolo fondamentale del principio del *Ne bis in idem* anche in ambito internazionale. Anche recentemente si è ritenuto che la preclusione, “pur non essendo ancora assunta a regola di diritto internazionale generale [...], né essendo accolto senza riserve nelle convenzioni [...], è tuttavia principio tendenziale cui si ispira oggi l’ordinamento internazionale, e risponde del resto a evidenti ragioni di garanzia del singolo di fronte alle concorrenti potestà punitive degli Stati”²⁹⁰.

Anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione si è allineata all’impostazione della Consulta. In particolare, già negli anni ‘80 la Suprema Corte ha escluso che il *Ne bis in idem* possa essere considerato norma di diritto

²⁸³ Corte Cost., 12 Aprile 1967, n. 48, in *Giur. Cost.*, 1967, p. 299.

²⁸⁴ “Pur auspicando per il futuro l’avvento di una forma talmente progredita di società di Stati da rendere possibile, almeno per i fondamentali rapporti della vita, una certa unità di disciplina giuridica, e con essa una unità e una comune efficacia, di decisioni giudiziarie, deve constatarsi la ben diversa realtà attuale dove la valutazione sociale e politica dei fatti umani, in ispecie nel campo penale, si manifesta con variazioni molteplici e spesso profonde da Stato a Stato, in conformità dei diversi interessi e dei variabili effetti e riflessi della condotta degli uomini in ciascuno di essi, con la conseguente tendenza a mantenere, come regola, nell’autonomia dei singoli ordinamenti, il principio di territorialità. Un’efficacia preclusiva della sentenza penale in campo internazionale presupporrebbe d’altronde anche un’assai larga uniformità di previsione delle varie fattispecie penali e una pressoché identica valutazione, nella coscienza dei popoli, delle varie forme delittuose e dell’entità e pericolosità della delinquenza in ciascuno Stato, condizioni che ancora non sussistono, o non sussistono in maniera adeguata”, così Corte Cost., 12 Aprile 1967, n. 48, cit., p. 299.

²⁸⁶ v. Corte Cost., 25 Gennaio 1973, n. 1, in *Giur. Cost.*, 1973, p. 1.

²⁸⁷ Corte Cost., 25 Marzo 1976, n. 69, in *Giur. Cost.*, 1976, p. 436. La quale sentenza, inoltre, ha escluso che, in caso di doppio giudizio internazionale sul medesimo fatto, vi sia violazione del presunto principio di irripetibilità del giudizio penale.

²⁹⁰ Corte Cost., 14 Febbraio 1997, n. 58, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 609.

internazionale generalmente riconosciuta, rigettando l'assunto che la semplice esistenza di strumenti convenzionali sia idonea ad impedire *in toto* il rinnovamento del giudizio in Italia²⁹¹. Ulteriormente, la Cassazione ha sancito che nemmeno la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici²⁹² (firmata a New York nel 1966), assicura, all'art. 14, punto 7, il *Ne bis in idem* internazionale. La disposizione, infatti, vieta che un singolo Stato possa procedere due volte nei confronti del medesimo individuo, ma non prevede l'applicazione di tale preclusione anche a livello internazionale: di conseguenza, non sembra impedito un rinnovamento del giudizio in un altro ordinamento, nemmeno in presenza di una sentenza definitiva²⁹³.

L'esistenza di un divieto di rinnovazione del giudizio, per fatti già altrove giudicati, è stata esclusa, in Italia, anche da sentenze più recenti. L'argomento portante è sempre il medesimo: si osserva che nel nostro ordinamento il principio del *Ne bis in idem* internazionale non può avere cittadinanza, dal momento che l'art. 11 c.p. prevede il rinnovamento del giudizio²⁹⁵.

19. Il riconoscimento della sentenza penale straniera

Le sentenze straniere di norma non hanno conseguenze all'interno del nostro ordinamento giuridico²⁹⁶. Pertanto, non producono l'effetto positivo tipico del giudicato: la sentenza straniera non è esecutiva in Italia (e viceversa). Sulla base di un giudicato straniero non può dirsi automaticamente operante nemmeno il divieto di *bis in idem* (effetto negativo del giudicato)²⁹⁷.

²⁹¹ Cass., sez. II, 31 Gennaio 1980, Koch, in *Giust. pen.*, 1980, III, p. 622 e p. 257, secondo cui "Nel diritto internazionale, e ai fini dell'art. 10, comma primo della Costituzione, il principio del '*ne bis in idem*' è valido per le sentenze dei Tribunali internazionali, ma non anche per le sentenze degli Stati nei loro reciproci rapporti, con la conseguenza che la norma contenuta nel primo comma dell'art. 11 c.p. non può ritenersi incostituzionale"; inoltre "L'art. 2 della Convenzione Europea di assistenza giudiziaria in materia penale [...] non ha derogato all'art. 11 c.p., in relazione al principio '*ne bis in idem*', con la conseguenza che non sussiste, per il giudice italiano, il divieto di conoscere degli stessi fatti oggetto di procedimento penale in altro Stato aderente alla suindicata Convenzione"; v. anche Cass., sez. I, 21 Marzo 1988, Michelucci, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1859.

²⁹² *International Covenant on civil and political rights*, in *United Nation Treaty Series*, vol. 999, p. 171.

²⁹³ v. Cass., sez. I, 20 Gennaio 1986, Barletta, in *Cass. pen.*, 1988, p. 62. Conformemente anche Cass., sez. I, 21 Marzo 1988, Michelucci, cit., p. 1859.

²⁹⁵ Cass., sez. VI, 18 Novembre 2004, Cuomo, in *Arch. della nuova proc. pen.*, 2006, Vol. I, p. 102; la Corte ha escluso anche che "il principio di rinnovazione del giudizio contenuto nell'art. 11 c.p. possa ritenersi derogato dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, ovvero dalla Convenzione di Bruxelles del 25 Maggio 1987, o dall'Accordo di Schengen del 14 Giugno 1985, oppure dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria firmata a Strasburgo il 20 Aprile 1959".

²⁹⁶ Cfr. G.SLUITER-H.FRIMAN-S.LINTON-S.VASILIEV-S.ZAPPALÀ, *International criminal procedure – Principles and rules*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 476.

²⁹⁷ v. N.GALANTINI, *Il principio del Ne bis in idem internazionale nel processo penale*, cit., p. 17; D.VIGONI, *Riconoscimento della sentenza straniera ed esecuzione all'estero della sentenza italiana*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 5; B.PIATTOLI, sub *Art. 730*, in G.CONSO-G.ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, Seconda edizione, cit., p. 3187.

Tuttavia, un sistema di rapporti internazionali in cui gli Stati agiscano individualmente e separatamente nella repressione dei reati non appare soddisfacente. Ciascuno Stato avrebbe il diritto di perseguire penalmente un soggetto per condotte rientranti nella propria giurisdizione, con possibilità di emanare sentenza (anche per mezzo delle norme sul rinnovamento del giudizio) per fatti già giudicati da altri Paesi. La conseguenza più evidente sarebbe quella di un numero imprevedibile di pronunce sulla stessa questione, a danno della persona.

Per scongiurare questa eventualità, soccorre l'istituto del riconoscimento della sentenza straniera, agli artt. 12 c.p. e 730 e ss. c.p.p. Esso opera come strumento per attenuare il rigore del rinnovamento del giudizio, essendo ad esso alternativo²⁹⁸.

L'istituto in discorso si fonda su tre presupposti applicativi. Il primo requisito è l'esistenza di una sentenza penale straniera: essa è intesa come un "provvedimento (non necessariamente una sentenza) di carattere penale (non di altro tipo) emesso da una autorità giudiziaria (non amministrativa) di un altro Stato (non rilevando la sola pronuncia all'estero)"³⁰². Inoltre, tale atto deve essere stato emanato nei confronti di cittadini italiani, o stranieri, o apolidi residenti nello Stato, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale nello Stato (art. 730 c.p.p.). In tal caso si tratta di un requisito di tipo soggettivo. Ulteriore presupposto è l'esistenza di un trattato di estradizione o, in mancanza, la richiesta del Ministro (art. 12 c.p.), ovvero i presupposti richiesti dall'art. 731 c.p.p. relativi ad impegni internazionali.

I requisiti sopraindicati sono stati descritti come presupposti 'positivi' per l'applicazione dell'istituto³⁰³. Parallelamente, l'art. 733 c.p.p. indica ulteriori requisiti, definiti 'negativi', ovvero situazioni ostative al riconoscimento. Di particolare rilevanza sono i presupposti descritti nelle lettere f) e g): esse prevedono, rispettivamente, che la sentenza straniera non possa essere riconosciuta se "per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona [sia] stata pronunciata nello Stato sentenza irrevocabile" (f); e se "per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona [sia] in corso nello Stato procedimento penale" (g). L'intento perseguito dal legislatore è, chiaramente, quello di evitare una pluralità di pronunce sul medesimo fatto. Tuttavia, anche in questo caso non sembra trattarsi di una regola generale idonea ad impedire la duplicazione del giudizio nei confronti della stessa persona: tali requisiti bloccano, semplicemente, il riconoscimento della sentenza estera in Italia, ma non proteggono di per sé l'individuo dal rischio di un secondo procedimento nello Stato.

Come già ricordato, l'istituto trova applicazione in tre diverse situazioni. Anzitutto, esso opera per i fini previsti dal codice penale (art. 730 c.p.p.), ossia per il riconoscimento degli effetti secondari di cui all'art. 12 c.p. delle sentenze

²⁹⁸ R.BARBERINI, *Il principio del 'ne bis in idem' internazionale*, cit., p. 1300; M.R.MARCHETTI, voce 'Valore ed effetti della sentenza penale straniera', in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. XI, UTET, 1999, p. 187; G.BONADIO, sub *Art. 12*, in *Codice penale ipertestuale commentato*, IV Edizione, cit., p. 136.

³⁰² D.VIGONI, *Riconoscimento della sentenza straniera ed esecuzione all'estero della sentenza italiana*, cit., p. 21.

³⁰³ M.R.MARCHETTI, voce 'Valore ed effetti della sentenza penale straniera', in *Digesto delle discipline penalistiche*, cit., p. 181.

straniere. In tal caso, il procuratore generale competente, una volta che abbia ricevuto la sentenza trasmessale dal Ministro di Grazia e Giustizia, deve promuovere il relativo procedimento innanzi alla Corte d'appello.

Si tratta di una procedura dovuta: essa è innescata al fine di riconoscere, nell'ordinamento nazionale, gli effetti secondari della sentenza, tassativamente indicati dall'articolo 12 c.p., cioè per stabilire la recidiva o un altro effetto penale della condanna (punto 1), oppure quando la condanna importerebbe, secondo la legge italiana, una pena accessoria (punto 2), oppure l'applicazione, nei confronti della persona condannata o prosciolta, che si trova nel territorio dello Stato, di misure di sicurezza personali (punto 3).

L'applicazione dell'istituto è subordinata alla sussistenza di un trattato di estradizione tra i due Paesi; altrimenti, è possibile procedere qualora il Ministro di Giustizia ne faccia richiesta (art. 12 comma 2 c.p.).

Da questi pochi cenni è chiaro che il fine di questa forma di riconoscimento non sembra essere l'esecuzione, nello Stato, del giudicato estero. Invero, la sentenza straniera è usata per meri fini di diritto interno, legati alla pericolosità del reo³⁰⁴, ispirati a finalità di protezione della collettività e per evitare che il condannato possa beneficiare, in Italia, di un trattamento analogo a quello dell'incensurato³⁰⁵. Di conseguenza, un secondo processo per il medesimo fatto non sarebbe impedito: l'art. 12 c.p. non costituisce "implicita rinuncia dello Stato a far valere la propria giurisdizione"³⁰⁶.

Una seconda applicazione dell'istituto è quella per gli effetti civili, ex art. 732 c.p.p. La norma prevede che, qualora un soggetto voglia far valere in un giudizio civile gli accertamenti di una sentenza penale straniera (*in primis*, per conseguire le restituzioni od il risarcimento del danno), ha l'onere di richiedere che tale pronuncia venga riconosciuta.

In questo caso non rileva la richiesta del Ministro, né un trattato di estradizione, essendo sufficiente la condanna per un delitto³⁰⁷. Questa forma di riconoscimento è del tutto particolare, essendo attivata su iniziativa del privato e per suo solo interesse in sede civile.

20. (segue): Il riconoscimento a norma di accordi internazionali

L'ultima forma di riconoscimento prevista dal nostro codice è quella a norma di accordi internazionali. L'istituto è caratterizzato dalla necessaria esistenza di un patto che regoli il riconoscimento delle sentenze emanate negli Stati contraenti.

³⁰⁴ v. G.BONADIO, sub Art. 12, in *Codice penale ipertestuale commentato*, IV Edizione, cit., p. 137.

³⁰⁵ M.R.MARCHETTI, voce 'Valore ed effetti della sentenza penale straniera', in *Digesto delle discipline penalistiche*, cit., p. 179; D.VIGONI, *Riconoscimento della sentenza straniera ed esecuzione all'estero della sentenza italiana*, cit., p. 11.

³⁰⁶ G.BONADIO, sub Art. 12, in *Codice penale ipertestuale commentato*, IV Edizione, cit., p. 137.

³⁰⁷ v. art. 12 comma 1 punto 4) c.p.; cfr. anche M.R.MARCHETTI, voce 'Valore ed effetti della sentenza penale straniera', in *Digesto delle discipline penalistiche*, cit., p. 180.

Tale strumento è in modo specifico finalizzato alla esecuzione, nel territorio italiano, della pena prevista dalla sentenza straniera. Ma non si limita a questo: può pacificamente prevedere l'acquisizione della pronuncia anche ad altri effetti, previsti dal medesimo accordo internazionale.

Con riferimento a tale ipotesi, l'art. 735 c.p.p. prevede che la pena debba essere determinata dalla corte d'appello, quando pronuncia sentenza di riconoscimento. Ciò comporta che la sanzione straniera viene "convertita" in una delle pene previste dall'ordinamento italiano, secondo le norme del medesimo articolo.

L'art. 739 c.p.p. prevede poi che "[n]ei casi di riconoscimento ai fini dell'esecuzione della sentenza straniera, salvo che si tratti dell'esecuzione di una confisca, il condannato non può essere estradato né sottoposto di nuovo a procedimento penale nello Stato per lo stesso fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze".

La dottrina ha sostenuto che tale previsione sancisca il principio del *Ne bis in idem* nei casi di riconoscimento della sentenza straniera³¹⁰. Si è ritenuto però che il divieto operi solamente nella situazione di riconoscimento ai fini di esecuzione: è stato osservato, dunque, che "[l]'esplicito riferimento all'esecuzione della sentenza straniera esclud[a] che il *ne bis in idem* valga sia nelle altre ipotesi di riconoscimento considerato nell'art. 730 c.p.p., e cioè quando alla sentenza straniera possono soltanto attribuirsi alcuni effetti di carattere penale (art. 12, nn. 1, 2 e 3 c.p.), e negli artt. 732 e 741 c.p.p., ossia nei casi in cui si prefigurano effetti di natura civile (art. 12, n. 4)"³¹².

Oltretutto, dal momento che il divieto ex art. 739 c.p.p. opera nei soli casi di esecuzione (e non per ogni forma di riconoscimento), non sembra che l'effetto preclusivo derivi dal fatto che la sentenza straniera assuma una qualche rilevanza nel nostro ordinamento. Il *Ne bis in idem*, in questo caso, sembra comunque basarsi su una "estrinsecazione della potestà punitiva dello Stato", dal momento che è irrogata una sanzione nazionale "convertita". Si ritiene, quindi, che si tratti di una prospettiva "essenzialmente nazionale"³¹³. Difatti, l'istituto è stato considerato una semplice presa in considerazione

³¹⁰ M.PAGLIA, voce 'Ne bis in idem internazionale e riconoscimento delle sentenze straniere', in *Digesto delle discipline penalistiche*, UTET, 2005, p. 935; D.VIGONI, *Riconoscimento della sentenza straniera ed esecuzione all'estero della sentenza italiana*, cit., pp. 63-64; R.BARBERINI, *Il principio del 'ne bis in idem' internazionale*, cit., pp. 1301-1302, che afferma che "Nei confronti della sentenza riconosciuta il principio di preclusione processuale dovrebbe operare di per sé, poiché la sentenza riconosciuta è parificata alla sentenza emessa nello Stato"; P.LASZLOCZKY, *L'esecuzione extraterritoriale del giudicato secondo il nuovo codice di procedura penale*, in *Indice penale*, 1991, p. 84, il quale sostiene che il "*Ne bis in idem* internazionale si profila invece laddove l'art. 739 estende l'effetto preclusivo all'estradizione. Divieto questo puntualmente coerente per quanto riguarda l'estradizione processuale verso Stati terzi, ma eccessivo nei confronti anche di un'estradizione esecutiva verso lo stesso Stato da cui il giudicato proviene, [dato che è sempre possibile il] venir meno [delle] ragioni che hanno impedito, o reso inopportuno, che l'espiazione [ivi] avvenisse [...]".

³¹² D.VIGONI, *Riconoscimento della sentenza straniera ed esecuzione all'estero della sentenza italiana*, cit., p. 65.

³¹³ P.LASZLOCZKY, *L'esecuzione extraterritoriale del giudicato secondo il nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 83.

dell'accertamento contenuto nel giudicato straniero, per determinati fini; e non un recepimento dell'autorità positiva del medesimo³¹⁴.

Di conseguenza, altre forme di riconoscimento non sembrano impedire l'estradizione o, addirittura, un successivo rinnovamento del giudizio. Si è sostenuto, infatti, che la preclusione operi solo nei confronti dei reati perseguiti in Italia ex art. 11 comma 2 c.p., essendo quelli indicati dal comma 1 sempre suscettibili di un secondo giudizio nel territorio nazionale³¹⁵.

Sommariamente, nel caso in cui il reato sia stato commesso all'estero, gli scenari possibili saranno due. Qualora l'illecito sia già stato giudicato in Italia (o il procedimento sia pendente), non sarà possibile procedere al riconoscimento di un'eventuale sentenza straniera, per le preclusioni ex art. 733 comma 1 lettere f) - g). Nel caso sia intervenuto soltanto un giudicato estero sul fatto, invece, una volta riconosciuta la sentenza in Italia *ai fini dell'esecuzione* (e quindi solo in caso di accordo internazionale), il soggetto non potrà essere estradato o sottoposto a nuovo procedimento, grazie alla preclusione dell'art. 739 c.p.p. Sarà comunque possibile, nel caso non vi fosse alcuna convenzione tra gli Stati, procedere al riconoscimento per altri fini, previsti dal codice.

Il secondo scenario prevede che il reato sia stato commesso nel territorio nazionale: in questo caso, sarà sempre possibile procedere contro il soggetto, anche in caso di giudizio in corso o giudicato emanato in altro Stato, purché sussistano le condizioni dell'art. 11.

Un'importante forma di collaborazione a livello internazionale, cui sembra opportuno riferirsi brevemente, si riscontra nella Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi. Firmata a L'Aia il 28 Maggio 1970, tale convenzione si inserisce nel contesto internazionale del Consiglio d'Europa. Lo scopo di tale iniziativa era quello di promuovere uno strumento internazionale che favorisse il riconoscimento, tra i Paesi contraenti, delle decisioni finali adottate in un ordinamento, al fine di rendere possibile l'esecuzione della sentenza in altri Stati parte.

La sezione relativa al *Ne bis in idem* è introdotta dall'art. 53, il quale statuisce che una persona non può essere giudicata o perseguita (o sottoposto ad altra applicazione di pena), per un fatto già oggetto di una sentenza penale emanata in un altro Stato Contraente, purché essa abbia stabilito l'innocenza del soggetto, ovvero la sua colpevolezza; e la pena sia stata allora eseguita, sia in corso di esecuzione, sia stata soggetta a perdono o amnistia, o non possa più essere eseguita a causa del decorso del tempo, oppure se la corte ha condannato senza applicare una sanzione.

Nei commi successivi, tuttavia, il divieto viene limitato: uno Stato non sarà comunque obbligato a riconoscere l'effetto preclusivo (e potrà, quindi, rinnovare il giudizio) se la condotta è stata posta in essere contro una persona o una istituzione che ricopri un ruolo pubblico all'interno dell'ordinamento nazionale, o se l'autore stesso occupa una tale posizione.

³¹⁴ N.GALANTINI, *Il principio del Ne bis in idem internazionale nel processo penale*, cit., p. 101; G.LIGUORI, *Il riconoscimento della sentenza penale straniera*, cit., pp. 137-138.

³¹⁵ M.R.MARCHETTI, voce *'Valore ed effetti della sentenza penale straniera'*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, cit., p. 187; D.VIGONI, *Riconoscimento della sentenza straniera ed esecuzione all'estero della sentenza italiana*, cit., p. 64; cfr. anche F.PORCU, sub Art. 739, in G.CONSO-G.ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, cit., p. 3217.

Gli interessi repressivi dei singoli Stati Contraenti sembrano, quindi, ancora dominanti: qualora coinvolti, non vi sarà ostacolo ad un nuovo giudizio. Nondimeno, anche al principio di territorialità viene attribuito valore determinante in sede giurisdizionale (terzo comma). Lo Stato, infatti, non sarà comunque tenuto a rispettare il *Ne bis in idem* nel caso il reato abbia avuto luogo nel suo territorio, o comunque sia considerato in esso avvenuto secondo le leggi di quello Stato. Ad ogni modo, viene fatto salvo il computo della pena eventualmente già scontata altrove per lo stesso fatto (art. 54).

In conclusione, l'inclinazione degli Stati al rinnovamento del giudizio costituisce un ostacolo non indifferente al corretto funzionamento delle norme pattizie in materia di *Ne bis in idem*³¹⁷. Tale tendenza sembra testimoniata, in Italia, dallo stesso art. 11 c.p., che statuisce il rinnovamento per fatti avvenuti nel territorio dello Stato, ovvero all'estero a determinate condizioni (art. 11 comma 2 c.p.).

21. Il *Ne bis in idem* estradizionale

Per estradizione si intende "il tipico strumento di cooperazione internazionale in materia penale, mediante il quale uno Stato consegna ad un altro Stato una persona, rifugiata nel suo territorio, contro la quale sia stato iniziato procedimento penale o sia stata emanata una sentenza penale di condanna definitiva per la quale debba essere eseguita una pena restrittiva della libertà personale del soggetto"³¹⁹. Attraverso questo strumento, quindi, un ordinamento chiede la collaborazione di un altro per la consegna di un soggetto che ivi si trovi.

Le *rationes* dell'istituto sono molteplici, anzitutto la salvaguardia della sovranità dello Stato, e la garanzia per il singolo dai possibili abusi processuali³²⁰. Inoltre, l'extradizione sembra fondata anche su ragioni di politica criminale, cioè evitare che i confini nazionali siano di ostacolo all'efficace repressione dei reati³²¹.

Tale istituto espone il soggetto coinvolto ad una pluralità di giurisdizioni: quella dello Stato richiesto, dove il soggetto si trova; e quella dello Stato richiedente, dove il soggetto verrà estradato. Questa forma di collaborazione tra ordinamenti potrebbe quindi rilevarsi pregiudizievole nei confronti dell'individuo: infatti, se l'extradizione fosse sollecitata per un reato già giudicato nello Stato richiesto, la persona coinvolta correrebbe il rischio di essere consegnata allo Stato richiedente, e lì sottoposta ad un secondo procedimento.

Se si ritiene che il rifiuto di estradizione equivalga ad una preclusione definitiva, per lo Stato richiedente, a procedere, potrebbe ritenersi valido il *Ne bis in idem* processuale. Tuttavia, la dottrina ha correttamente osservato che, in questi casi, sia improprio ritenere operante la preclusione: "il diniego alla

³¹⁷ N.GALANTINI, *Il divieto del doppio processo come diritto della persona*, cit., p. 211.

³¹⁹ G.CATELANI, *I rapporti internazionali in materia penale*, cit., p. 13.

³²⁰ M.R.MARCHETTI, *Trattato di estradizione Italia-Stati Uniti d'America e ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 1453.

³²¹ E.AMODIO-O.DOMINIONI, *L'extradizione e il problema del ne bis in idem*, cit., p. 362.

consegna del reo dovrebbe [...] comportare, affinché si possa affermare l'operatività del divieto di doppio processo per lo stesso fatto, l'improcedibilità per il medesimo reato in Stato diverso da quello che ha negato l'estradizione [...]. Qualora invece la mancata consegna del soggetto colpevole, fondata sulla *exceptio rei iudicatae*, non precluda alcuna iniziativa processuale *in idem* dello Stato richiedente, appare evidente come non si possa parlare di affermazione del *ne bis in idem* processuale e come in tale ipotesi si stagli netto il contrasto esistente fra divieto di estradizione e divieto del doppio processo”³²².

In tale ipotesi sembra allora che si tratti di un mero *Ne bis in idem* 'estradizionale'. Ciò significa che non sussiste alcuna preclusione per lo Stato richiedente a procedere, *in absentia*, contro il soggetto per cui l'estradizione sia stata negata. Il rifiuto a collaborare, infatti, avrà semplicemente l'effetto di impedire la consegna fisica dell'individuo, evitando la concreta applicazione di una seconda sanzione. Per tali ragioni, il *Ne bis in idem* estradizionale è apparso come “[l']unica vera forma di garanzia contro il rischio della pluralità di persecuzioni in campo internazionale”. In verità, si è al cospetto di una “garanzia effimera, posto che l'obbligo di rifiutare la consegna dell'estradando [...] non ha, né potrebbe avere, l'effetto di ostacolare la procedibilità per lo stesso fatto da parte dello Stato richiedente”³²³. Tale divieto si traduce in un mero limite alla cooperazione internazionale, mentre la preclusione processuale opera come ostacolo all'esercizio della giurisdizione.

Un ulteriore principio, che funge da vero e proprio limite all'estradizione *in idem*³²⁴, è quello di sussidiarietà, il cosiddetto “*l'Etat ne livre pas ses justiciables*”. Esso costituisce, sostanzialmente, un freno alla collaborazione internazionale qualora lo Stato richiesto sia competente a giudicare il fatto per cui si richiede la consegna: viene data prevalenza alla giurisdizione del Paese in cui il soggetto si trova, rispetto a quello richiedente³²⁵. In questa ipotesi, rileva la mera possibilità di iniziare un procedimento per gli stessi fatti per cui l'estradizione è richiesta. Entrambi i principi sopra indicati (sussidiarietà e *Ne bis in idem*), costituiscono ostacolo all'estradizione. Tuttavia, mentre nel primo caso “l'estradizione trova un limite nella possibilità dello Stato richiesto di esercitare la propria giurisdizione, [nel secondo] tale limite è rappresentato non già dalla astratta possibilità di attuazione della pretesa punitiva, ma dall'oggettivo esercizio della giurisdizione”³²⁸. Diverse sono le finalità

³²² N.GALANTINI, *Il principio del Ne bis in idem internazionale nel processo penale*, cit., p. 161. Conformemente M.R.MARCHETTI, voce 'Estradizione', in *Digesto delle discipline penali*, Vol. IV, UTET, 1990, p. 403; E.AMODIO-O.DOMINIONI, *L'estradizione e il problema del ne bis in idem*, cit., p. 365, dove si sostiene che “un conto è infatti che a seguito del rifiuto di estradizione fondato sul motivo di un giudizio già intervenuto per quel fatto, consegua a carico dello Stato richiedente un ostacolo a procedere nuovamente – e sono in questo caso sarà possibile parlare in senso proprio di *ne bis in idem* - ; ed altro conto è che configurando la facoltà o il dovere di rifiutare l'estradizione si miri a niente più che a frustrare la nuova azione penale dello Stato richiedente sul piano delle concrete possibilità di eseguire la sentenza”.

³²³ G.DEAN, *Profili di un'indagine sul ne bis in idem estradizionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, I, p. 58.

³²⁴ G.GIANZI, *Appunti su alcuni problemi attuali in materia di estradizione*, in *Riv. dir. matr.*, Vol. X, 1968, p. 289.

³²⁵ E.AMODIO-O.DOMINIONI, *L'estradizione e il problema del ne bis in idem*, cit., p. 367.

³²⁸ E.AMODIO-O.DOMINIONI, *L'estradizione e il problema del ne bis in idem*, cit., p. 369.

perseguite: nel primo caso, la salvaguardia della sovranità dello Stato richiesto; nel secondo, la tutela dell'individuo.

La disciplina codicistica sull'estradizione è contenuta nel libro XI (artt. 697 e seguenti). Di particolare rilievo sono gli articoli 705 e 707 c.p.p.: il primo stabilisce che “[q]uando non esiste convenzione o questa non dispone diversamente, la corte di appello pronuncia sentenza favorevole all'estradizione se sussistono gravi indizi di colpevolezza ovvero se esiste una sentenza irrevocabile di condanna e se, per lo stesso fatto, nei confronti della persona della quale è domandata l'estradizione, non è in corso procedimento penale né è stata pronunciata sentenza irrevocabile nello Stato”.

Tale disposizione, pur non sancendo un principio preclusivo generale, costituisce tuttavia un *Ne bis in idem* estradizionale extraconvenzionale³²⁹: estradizionale nel senso che mira ad impedire un doppio giudizio *in concreto*, negando la consegna del soggetto; extraconvenzionale nel senso che opera solo in assenza di una convenzione (o quando essa non disponga diversamente). La medesima disposizione regola anche il caso di litispendenza internazionale extraconvenzionale: in pendenza di un procedimento penale per lo stesso fatto per cui è richiesta l'estradizione, la corte si pronuncerà negativamente (salvo quanto disposto da un'eventuale convenzione).

La giurisprudenza, in questa seconda ipotesi, ha precisato che l'estradizione è negata se “il p.m. [abbia] assunto iniziative investigative potenzialmente finalizzate all'esercizio dell'azione penale in relazione ad un fatto coincidente con quello per il quale è stata presentata domanda di estradizione [...]”³³⁰. Inoltre, si è escluso che tale preclusione operi in caso di archiviazione, in quanto non è stata emanata sentenza irrevocabile nello Stato³³¹.

L'art. 707 c.p.p., invece, afferma che “[l]a sentenza contraria all'estradizione preclude la pronuncia di una successiva sentenza favorevole a seguito di un'ulteriore domanda presentata per i medesimi fatti dallo stesso Stato, salvo che la domanda sia fondata su elementi che non siano già stati valutati dall'autorità giudiziaria”. Si tratta di un *Ne bis in idem* “temperato”³³²: la disposizione, infatti, impedisce un nuovo giudizio di estradizione sulla base degli stessi elementi della precedente richiesta, non tuttavia per una loro differente valutazione. La preclusione, in questo caso, sembra molto tenue, essendo sufficiente una diversa considerazione degli elementi della prima richiesta per giustificare l'estradizione.

È evidente che, in assenza di una convenzione, la sentenza definitiva (o la pendenza del processo in Italia) impedisca l'estradizione per lo stesso fatto, ai sensi dell'art. 705 c.p.p. (*Ne bis in idem* estradizionale, ed extraconvenzionale). Contrariamente, il trasferimento può essere concesso. In caso di sentenza sfavorevole della corte d'appello, una nuova domanda di estradizione non potrà basarsi sulla stessa valutazione compiuta nella prima richiesta, pena la preclusione ai sensi dell'art. 707 c.p.p. Invece, non vi sarà violazione del *Ne bis*

³²⁹ I.SANASI, sub *Art. 705*, in G.CONSO-G.ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, cit., p. 3110.

³³⁰ Cass., senz VI, 19 Dicembre 2008, Lusenti, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2942.

³³¹ Cass., sez. VI, 12 Novembre 2001, Mbanaso, in *Riv. pen.*, 2002, p. 632.

³³² A.GIOVENE, voce “*Giudicato*”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, cit., p. 436.

in idem estradizionale qualora la nuova domanda sia fondata anche solo su una mera rivalutazione degli elementi già considerati.

Infine, nel caso sussista una convenzione estradizionale operante tra i due Paesi, le disposizioni operanti saranno, pacificamente, quelle disposte dall'accordo medesimo.

22. Il *Ne bis in idem* nella Convenzione europea di estradizione: cenni

Come già rilevato, la soluzione pattizia sembra la più idonea a risolvere le problematiche relative al *Ne bis in idem* internazionale³³³. È quindi opportuno accennare alla disciplina contenuta nella Convenzione europea di estradizione, all'interno del contesto internazionale del Consiglio d'Europa³³⁴. Essa stabiliva le condizioni secondo cui può avvenire l'estradizione tra due Parti Contraenti.

Le norme sul *Ne bis in idem* sono contenute negli articoli 8 e 9: il primo di essi regolava il caso di litispendenza internazionale, come motivo discrezionale di rifiuto all'estradizione; il secondo riguardava il divieto di consegna nel caso di intervenuto giudicato per lo stesso fatto. Ulteriormente, la collaborazione poteva essere rifiutata nel caso in cui lo Stato richiesto avesse deciso di non istituire, o terminare, il procedimento (art. 9). Venne ritenuto opportuno, in quest'ultimo caso, non rendere obbligatoria l'estradizione (dal momento che tali decisioni hanno spesso un'efficacia preclusiva, seppur limitata), ma nel contempo non inibirla³³⁶.

Tuttavia, l'art. 9 Conv. estr. non impediva allo Stato richiedente di procedere autonomamente in contumacia. Oltretutto, la parziale esecuzione della pena sembrava rendere comunque possibile una deroga all'art. 9, e quindi l'estradizione del soggetto³³⁷. Inoltre, il principio di territorialità assumeva, anche in questo caso, rilevanza: qualora il reato fosse stato commesso all'interno dello Stato richiesto, quest'ultimo poteva discrezionalmente rifiutare l'estradizione (art. 7 comma 1).

Nel 1975 alla Convenzione venne affiancato un Protocollo Addizionale, in cui l'art. 2 ha aggiunto ulteriori commi all'originaria formulazione dell'art. 9. In base al nuovo dettato normativo, l'estradizione non poteva essere concessa se la sentenza definitiva (non contumaciale) fosse stata emanata anche da uno Stato terzo, purché Parte Contraente della Convenzione, ed in presenza delle condizioni indicate dal medesimo articolo.

Varie censure vennero mosse nei confronti di tale disposizione: essa avrebbe permesso l'estradizione in più occasioni di quelle in cui sembrava vietarla; inoltre, il fatto che lo Stato terzo dovesse comunque essere parte della Convenzione avrebbe limitato eccessivamente l'applicazione della

³³³ N.GALANTINI, *Il principio del Ne bis in idem internazionale nel processo penale*, cit., p. 193.

³³⁴ Firmata a Parigi nel Dicembre 1957, ed entrata in vigore in Italia il 4 Novembre 1963.

³³⁶ v. E.AMODIO-O.DOMINIONI, *L'estradizione e il problema del ne bis in idem*, cit., p. 379. Viene ricordato che, in Italia, un provvedimento di tale portata è, per esempio, il decreto di archiviazione.

³³⁷ v. N.GALANTINI, *Il principio del Ne bis in idem internazionale nel processo penale*, cit., p. 172.

preclusione³⁴⁰. Come se non bastasse, l'Italia non firmò il suddetto Protocollo, e l'art. 8 (riguardante il rifiuto di collaborazione in caso di litispendenza), fu oggetto di una particolare vicenda giudiziaria in Italia.

La Corte di Cassazione sollevò, infatti, una questione di legittimità costituzionale della legge 30 gennaio 1963, n. 300 (legge di ratifica ed esecuzione di tale Convenzione), in riferimento agli artt. 24 comma 2, 25 comma 1 e 112 Cost. La disciplina prevedeva che lo Stato richiesto (nella persona del suo Ministro di Grazie e Giustizia) potesse rifiutare, discrezionalmente, la collaborazione internazionale nel caso fosse in corso un procedimento per lo stesso fatto.

I giudici di legittimità sostennero che “la concessione dell'extradizione è affidata ad una valutazione discrezionale dell'autorità politico-amministrativa non vincolata, o solo indirizzata, da criteri o parametri normativi. Tale sistema normativo, non essendo previsto né possibile l'abbandono della procedura, è lesivo del diritto di difesa, in quanto la consegna allo Stato straniero impedirebbe all'imputato di difendersi personalmente partecipando al processo; [sottrarrebbe inoltre il soggetto] al giudice naturale precostituito per legge. Il sistema delineato dalle norme pattizie determina, infine, la violazione del principio della irretrattabilità dell'azione penale in quanto il giudizio sarebbe consumato nello Stato richiedente, sicché il processo pendente in Italia [...] dovrà essere invece abbandonato con conseguente retrattazione dell'azione penale, esito inevitabile della declaratoria [...] di *ne bis in idem* [...]”³⁴².

La Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione³⁴³, sottolineando che, “in presenza di tale norma internazionale che riconosce una facoltà, non può che rimanere rimesso all'ordinamento interno di ciascuno degli Stati contrenti regolare la fattispecie [...]”³⁴⁴. Sostanzialmente, se la Convenzione prevedeva che il Ministro avesse la facoltà di rifiutare l'extradizione, questo non significava che il legislatore non potesse scegliere una diversa soluzione: il riferimento era all'art. 705 c.p.p., che prevede, appunto, le condizioni di rifiuto dell'extradizione in caso non esista una convenzione (o essa disponga diversamente). Del resto – si notava – “non può ritenersi che si sia in presenza di una convenzione che dispone diversamente per il solo fatto che la formulazione della norma pattizia non coincid[a] con quella della norma del codice. Infatti, così argomentando, non si terrebbe conto della diversa natura delle due disposizioni; l'una, quella interna, diretta a disciplinare le condizioni alle quali, secondo l'ordinamento interno, l'organo giudiziario deve pronunciare una sentenza favorevole all'extradizione [...]; l'altra, quella internazionale, diretta a disciplinare gli obblighi internazionali dello Stato nei confronti degli altri Stati contraenti, e, in particolare, le condizioni in presenza delle quali l'obbligo di estradare viene meno, pur senza essere sostituito da un divieto, sempre internazionale, di estradare”³⁴⁵.

Se non fosse stata disposta alcuna norma, quindi, sarebbe stato giustificato l'esercizio del potere discrezionale del Ministro. Tuttavia, il

³⁴⁰ v. G.DEAN, *Profili di un'indagine sul ne bis in idem estradizionale*, cit., p. 63.

³⁴² Cass., sez. fer., 5 Settembre 1996, Priebke, in *Cass. pen.*, 1997, p. 770.

³⁴³ Corte Cost., 14 Febbraio 1997, n. 58, in *Giur. cost.*, 1997, p. 597.

³⁴⁴ Corte Cost., 14 Febbraio 1997, n. 58, cit., p. 599.

³⁴⁵ Corte Cost., 14 Febbraio 1997, n. 58, cit., p. 608.

legislatore stesso sembrava aver previsto la disciplina da applicare, ovvero l'art. 705 c.p.p.: "Alla norma internazionale che riconosce una facoltà corrisponde [...] una situazione di assenza di obbligo a carico dello Stato verso gli altri Stati (in concreto, verso lo Stato richiedente), e pertanto può trovare piena applicazione, perché non contrasta con detta norma internazionale, la norma interna che disciplina le condizioni per la pronuncia di estradabilità, ricomprendendo fra queste, l'assenza di un procedimento interno per lo stesso fatto"³⁴⁶.

Già prima che la sentenza venisse emanata, infine, la dottrina si era espressa in senso contrario ai ragionamenti dei giudici di legittimità, con argomentazioni analoghe a quelle poi espresse dalla Corte Costituzionale³⁴⁷. Il dibattito (e la stessa Convenzione), tuttavia, sembrano conservare, ad oggi, un valore semplicemente storico: la Decisione Quadro sul mandato d'arresto europeo³⁴⁸ è subentrata definitivamente a tale strumento di cooperazione internazionale a partire dal 1 Gennaio 2004³⁴⁹.

In conclusione, alla luce dei problemi irrisolti in tema di doppio giudizio (soprattutto oltre i confini statali), è emerso un panorama giuridico internazionale ancora restio ad accettare come vincolante una decisione estera: il rischio di processi *in idem* appare reale.

³⁴⁶ Corte Cost., 14 Febbraio 1997, n. 58, cit., p. 597.

³⁴⁷ M.R.MARCHETTI, *L'art. 8 della Convenzione europea di estradizione e l'obbligo di esercitare l'azione penale: una deroga ammissibile?*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 773; la quale afferma che "è assunto indimostrato – ed indimostrabile – che ogniqualvolta sia prevista una facoltà questa debba essere esercitata dal ministro senza che sia possibile per il legislatore scegliere una diversa soluzione. È vero che di solito l'esercizio di una facoltà è affidato al ministro che provvede caso per caso, ma ciò accade solo quando non sia stata effettuata una scelta – *a priori* e una volta per tutte – da parte del legislatore. Orbene nel caso che ci interessa il legislatore ha deciso in maniera inequivoca che la pendenza del procedimento in Italia comporti il divieto di estradizione e ne ha affidato il controllo all'autorità giudiziaria. L'art. 705 comma 1 c.p.p. contempla, infatti, tra i casi di rifiuto di estradizione l'essere in corso nel nostro Stato un procedimento penale per il medesimo fatto nei confronti della persona della quale è domandata l'extradizione; il tutto è peraltro subordinato, come la norma ha cura di precisare in esordio, alla mancanza di una diversa disposizione pattizia. Ebbene nell'ipotesi che ci occupa tale contrasto non sussiste". V. anche G.DEAN, *Profili di un'indagine sul ne bis in idem estradizionale*, cit., p. 71.

³⁴⁸ Decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo e le procedure di consegna tra gli Stati membri, 13 Giugno 2002, versione originale GUUE 2002, L 190/1-18, rettificata da GUUE 2003, L 43/47 e emendata il 28 Marzo 2011 da GUUE 2009, L 81/24-36.

³⁴⁹ V. art. 31 comma 1 lett. a, Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo.

CAPITOLO SECONDO

IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* 'INTERNO' SECONDO LA
CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e l'articolo 4 del Protocollo aggiuntivo n. 7

Si è vista in precedenza la distinzione tra due accezioni di *Ne bis in idem*: quello internazionale, che opera come divieto ad un secondo giudizio in un altro Stato; e il *Ne bis in idem* 'interno', come preclusione ad un doppio processo all'interno del medesimo ordinamento. Nel secondo caso, tale diritto, assicurato dalle singole discipline nazionali, è anche sancito dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU) che, insieme ad altri strumenti internazionali³⁵⁰, tratta della materia in discorso³⁵¹.

Una norma sul *Ne bis in idem* mancava dal testo originale della CEDU³⁵². La sua assenza, però, non era passata inosservata. Per rimediare a tale lacuna, si era suggerito che la preclusione fosse implicitamente contenuta nel diritto al giusto processo, ai sensi dell'art. 6 CEDU, in riferimento alla garanzia contro l'autoincriminazione. Tuttavia, questo approccio è stato fortemente criticato. Sussistono infatti fondamentali differenze tra il divieto di autoincriminazione e il diritto a non essere giudicato due volte per lo stesso fatto. Inoltre, malgrado non si escluda un qualche collegamento tra il *Ne bis in idem* e il giusto processo, le scelte legislative sembrano essersi mosse verso tutt'altra direzione. L'esistenza di una specifica norma che ne regoli la disciplina (sia per la CEDU che per gli altri strumenti internazionali³⁵³), garantisce al principio stesso una particolare autonomia. Infatti, un'interpretazione che subordinasse il *Ne bis in idem* alla disciplina dell'art. 6 CEDU, renderebbe del tutto superflua la disposizione su tale divieto introdotta successivamente³⁵⁴.

La preclusione venne quindi inserita in modo esplicito nel 1984, con l'adozione del Protocollo n. 7. Proposta da Italia e Giappone³⁵⁵, l'iniziativa venne inizialmente discussa dal Comitato per i diritti umani, e successivamente approvata ed aperta alla firma degli Stati Parte, durante il 374esimo incontro dei sottosegretari ministeriali il 22 Novembre 1984³⁵⁶. Il testo prevede che “[n]essuno 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

³⁵⁰ V., ad esempio, art. 14 punto 7 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici: “Nessuno può essere sottoposto a nuovo giudizio o a nuova pena, per un reato per il quale sia già stato assolto o condannato con sentenza definitiva in conformità al diritto e alla procedura penale di ciascun Paese”. V. *supra* cap. 1 par. 18.

³⁵¹ Si rimanda al successivo capitolo l'analisi del *Ne bis in idem* internazionale all'interno dell'Unione Europea.

³⁵² S.TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 382.

³⁵³ Art. 14 comma. 3 (g) e comma 7 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, e Art. 8 comma 2 (g) Convenzione americana sui diritti umani.

³⁵⁴ S.TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., pp. 384-385.

³⁵⁵ W.A.SCHABAS, *The European Convention on human rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 1147.

³⁵⁶ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, p. 16.

In Italia il Protocollo è entrato in vigore il 7 Novembre 1991.

penale di tale Stato” (art. 4 comma 1)³⁵⁷. Tale Protocollo non è peraltro vincolante per tutti i Paesi europei. Né la Germania né i Paesi Bassi hanno ratificato lo strumento, mentre Danimarca, Francia, Lussemburgo e Svizzera hanno formulato riserve al momento della ratifica. Il Regno Unito non ha addirittura firmato il Protocollo³⁵⁸.

Lo scopo della disposizione è proibire la ripetizione di un procedimento all’interno dello Stato, non di precludere ad un secondo ordinamento di conoscere la causa (*bis in idem* internazionale). Insomma, un secondo processo, in un altro Paese, non sembra impedito³⁵⁹. Lo stesso Rapporto esplicativo al Protocollo³⁶⁰ dichiara che la formulazione circoscrive la portata dell’articolo al solo livello nazionale, motivando la limitazione dal fatto che l’applicazione internazionale del principio sarebbe garantita da altre convenzioni³⁶¹. Tuttavia, sono state avanzate critiche contro questa giustificazione, poiché le convenzioni menzionate dal Rapporto³⁶² sembrano riguardare la cooperazione ai fini di persecuzione ed estradizione degli imputati, piuttosto che un loro diritto a non essere processati *in idem*³⁶³. Nondimeno, salvo l’eccezionale caso dell’Unione Europea, imporre un generale obbligo di riconoscimento delle sentenze straniere non sembra realizzabile attraverso una semplice convenzione internazionale, che introduce, al più, l’incondizionata compensazione tra le pene emanate nei due processi³⁶⁴.

L’articolo 4 Protocollo n. 7 presenta anche un limite soggettivo, operando nei confronti dei soli destinatari della sentenza irrevocabile³⁶⁵. La disposizione

³⁵⁷ La Corte si è espressa sostenendo che lo scopo dell’art. 4 del Protocollo n. 7 sia quello di proibire la ripetizione di procedimenti penali già conclusi con una decisione definitiva: cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, 23 Ottobre 1995, Applicazione 15963/90, *Gradinger c. Austria*, par. 53.

³⁵⁸ Cfr. anche J.A.E.VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, in *Utrecht Law Review*, 2013, Vol. 9, n. 4, p. 213.

³⁵⁹ N.NEAGU, *The Ne bis in idem principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation*, in *Leiden journal of international law*, 2012, vol. 25, n. 4, p. 957; S.TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 385; G.SLUITER-H.FRIMAN-S.LINTON-S.VASILIEV-S.ZAPPALÀ, *International criminal procedure – Principles and rules*, cit., p. 472; G.COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting Ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*, in *New journal of European criminal law*, 2013, vol. 4, n. 1-2, p. 67; B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in the European Union legal order: between scope and substance*, ERA Forum, 2012, Vol. 13, Issue 3, p. 328.

Inoltre, è stato sostenuto che, nonostante avrebbe potuto comportare una ancora più “rarefatta adesione al Protocollo [...]”, l’inserimento del principio esteso al piano internazionale sarebbe stato di indubbia utilità”: v. M.R.MARCHETTI, *Sub art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 249.

³⁶⁰ *Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms*, in *European Treaty Series*, N. 117.

³⁶¹ Punto 27 del Rapporto esplicativo.

³⁶² Convenzione europea sull’extradizione (1957), Convenzione europea sulla validità dei giudizi penali (1970), Convenzione europea sul trasferimento dei giudizi penali (1972).

³⁶³ G.COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting Ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*, cit., p. 67.

³⁶⁴ S.TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 386. Per il principio di compensazione, v. *infra* cap. 3 par. 9.

³⁶⁵ Si parla, in questo caso, di ‘same person’. V. S.TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 392.

proibisce sia una doppia sanzione, sia un secondo processo³⁶⁶, ma non ostacola l'instaurazione di giudizi paralleli per lo stesso fatto, qualora non sia ancora intervenuta una decisione definitiva³⁶⁷.

Un'altra questione rilevante riguarda lo *status* di "vittima", necessario per presentare ricorso alla Corte: se un secondo processo perviene ad una sentenza meno onerosa per l'imputato, sembra che questi difficilmente possa considerarsi 'vittima', dal momento che la sua situazione processuale è, paradossalmente, migliorata. Inoltre la Convenzione, come qualsiasi strumento internazionale, tendenzialmente non è diretta a garantire il rispetto di principi di procedura penale puramente nazionali, come la *res iudicata*. Tali rilievi non convincono: con l'esplicito divieto ad un doppio *processo*, la preclusione contenuta nel Protocollo opera anche con il semplice avvio di nuove procedure³⁶⁸.

In conclusione, sembra opportuno delineare gli ambiti applicativi *ratione temporis* e *ratione materiae* dell'art. 4 Protocollo n. 7. L'efficacia temporale della disposizione è stata definita nel caso *Gradinger*, in cui la Corte è stata chiamata a stabilire se la preclusione operasse anche nel caso in cui la prima sentenza fosse stata resa quando ancora il Protocollo non era entrato in vigore. È stato affermato che la pronuncia di cui tener conto è quella del *secondo* procedimento: se emanata dopo l'entrata in vigore del Protocollo stesso, allora il *Ne bis in idem* è applicabile³⁶⁹. Con riguardo all'applicazione *ratione materiae* della preclusione, la questione sarà affrontata nel paragrafo successivo.

2. L'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'art. 4 Protocollo n. 7: il concetto di 'criminal proceedings'

Per determinare l'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'art. 4 Protocollo n. 7, il Rapporto esplicativo sostiene che il riferimento al 'procedimento penale' ('*criminal proceedings*') e alla 'procedura penale' rende superflua la qualificazione della natura dell'illecito³⁷⁰. È infatti chiaro che il *Ne*

³⁶⁶ G. COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting Ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*, cit., p. 65; J.A.E. VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht law review*, 2005, vol. 1, n. 2, p. 102. La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo si è espressa in questo senso: v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 Febbraio 2009, Applicazione n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, in *Case Reports*, 2009-I, pp. 291 e ss., par. 82.

³⁶⁷ W.A. SCHABAS, *The European Convention on human rights. A commentary*, cit., p. 1148.

³⁶⁸ S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., pp. 384 e 391.

³⁶⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 Ottobre 1995, Applicazione 15963/90, *Gradinger c. Austria*, par. 53. La Corte di giustizia dell'Unione Europea è pervenuta a conclusioni del tutto simili a quelle sull'efficacia *ratione temporis* degli articoli 54 CAAS e 50 CDFUE: v. *infra* cap. 3 parr. 8 e 10.

³⁷⁰ Punto 28 del Rapporto esplicativo. Inoltre, anche a riguardo dell'art. 4 Protocollo n. 7, in linea di principio non viene esclusa l'applicazione, nei confronti dello stesso soggetto, di una pluralità di sanzioni, se di diversa natura (ad esempio, se di carattere penale ed amministrativo): v. Punto 32 del Rapporto esplicativo.

bis in idem opera nel caso di procedimenti di carattere *penale*, anche se il Rapporto non chiarisce quali procedimenti abbiano tale natura.

La soluzione viene tratta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di 'accusa penale', ai sensi dell'art. 6 della Convenzione ('*criminal charge*'), disposizione interpretata autonomamente nel contesto della CEDU³⁷¹. Nel verificare se un'accusa fosse di carattere penale, la Corte non si è limitata alla mera qualificazione data dal diritto nazionale: al contrario, è stato elaborato un meccanismo per accertare che essa sia *sostanzialmente* di tale natura. Il primo dei tre criteri da considerare (cosiddetti "criteri *Engel*"³⁷²) rimane quindi la classificazione dell'addebito secondo il diritto interno, che però resta un parametro tutt'altro che determinante. Un secondo indice è l'effettiva natura dell'offesa, fattore maggiormente rilevante rispetto al primo. Infine, si ritiene fondamentale il grado di severità della sanzione prevista per l'illecito³⁷³.

I termini contenuti nell'art. 6 CEDU e nell'art. 4 Protocollo (rispettivamente 'accusa penale' e 'procedimento penale') sono stati intesi allo stesso modo dalla Corte³⁷⁴. Nel caso *Hangl*, il ritiro momentaneo della patente di guida non è stato considerato una sanzione penale ai sensi dell'art. 6 CEDU; tale misura è stata ritenuta una misura preventiva, per garantire la sicurezza stradale³⁷⁵. Di conseguenza, il successivo procedimento penale, instaurato per il medesimo illecito stradale (eccesso di velocità), non determina una violazione del *Ne bis in idem* di cui all'art. 4 Protocollo n. 7.

È stato inoltre stabilito che la revoca di una licenza commerciale non costituisce una sanzione di natura penale. Nonostante la gravità del provvedimento, esso si fonda sull'inidoneità dell'imputato ad esercitare una particolare attività, conseguente alla mancanza dei requisiti necessari previsti dal diritto amministrativo. Una simile revoca non è pertanto considerata una sanzione penale, né lo è il relativo procedimento³⁷⁶.

Nel caso *Göktan c. Francia*, inoltre, la detenzione per inadempimento di una sanzione doganale non è stata considerata un mezzo di esecuzione della medesima, ma una vera e propria 'pena', concetto non suscettibile di diverse interpretazioni in base ai differenti articoli della Convenzione³⁷⁷. È stato escluso

³⁷¹ N.NEAGU, *The Ne bis in idem principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation*, cit., p. 960; G.COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting Ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*, cit., p. 71; W.A.SCHABAS, *The European Convention on human rights. A commentary*, cit., p. 1151.

³⁷² Dal nome della sentenza in cui la Corte li ha individuati: Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 Giugno 1976, Applicazione n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

³⁷³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 Giugno 1976, Applicazione n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, par. 82.

³⁷⁴ S.TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 387; W.P.J.WILS, *The principle of "Ne bis in idem" in EC antitrust enforcement: A legal and economic analysis*, in *World competition*, 2003, vol. 26, n. 2, p. 134.

³⁷⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 Marzo 2001, Applicazione n. 38716/97, *Hangl c. Austria*, par. 1.

³⁷⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 Aprile 2003, Applicazione n. 41265/98, *Manasson c. Svezia*, par. 5 'Diritto'.

³⁷⁷ L'interpretazione degli artt. 4 Protocollo n. 7, e 6-7 CEDU, deve quindi essere la medesima, se riferita al concetto di 'pena': cfr. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 Settembre 2004, Applicazione n. 60619/00, *Rosenquist c. Svezia*, par. 7 'Diritto'.

che la sanzione fosse di natura ibrida: originariamente amministrativa, poi di carattere penale se rimasta inadempita³⁷⁸.

La sentenza *Haarvig c. Norvegia*³⁷⁹ non si è collocata in linea con la consolidata giurisprudenza di Strasburgo: per stabilire la natura della sanzione, la Corte ha utilizzato criteri più ampi rispetto a quelli *Engel*. Gli indici considerati sono stati la classificazione legale dell'illecito secondo il diritto nazionale, la natura del medesimo, il fine, la natura ed il grado di severità della sanzione, la sua classificazione legale secondo il diritto interno, e l'eventualità che la sanzione sia stata imposta a seguito di un procedimento penale e con un meccanismo di esecuzione coercitiva³⁸⁰. La pronuncia si caratterizza per un distacco dall'usuale interpretazione della Corte in materia (soprattutto con riguardo alle sentenze *Göktan c. Francia* e *Rosenquist c. Svezia*), dal momento che ha utilizzato differenti criteri per definire concetti simili contenuti nella Convenzione³⁸¹.

L'indirizzo giurisprudenziale è tornato aderente alla tesi maggioritaria con la sentenza *Zolotukhin c. Russia*. L'espressione 'procedura penale', ai sensi dell'art. 4 Protocollo n. 7, deve essere interpretata alla luce delle corrispondenti nozioni di 'accusa penale' e 'sanzione', rispettivamente negli articoli 6 e 7 della CEDU³⁸². I tre parametri del caso *Engel* sono stati considerati come gli unici elementi per verificare la portata applicativa delle suddette disposizioni³⁸³, senza alcuna menzione ai criteri 'allargati' della sentenza *Haarvig*³⁸⁴. In conclusione, esigenze di coerenza e sistematicità sembrano aver indotto la Corte ad adottare una giurisprudenza uniforme nel definire l'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'art. 4 Protocollo n. 7.

Il dibattito inerente l'ambito applicativo della disposizione in discorso ha interessato direttamente l'ordinamento italiano, coinvolto nella causa *Grande Stevens e altri c. Italia*³⁸⁵. La questione, sollevata di fronte alla Corte di Strasburgo, riguardava l'imposizione di un duplice addebito per il medesimo fatto, ovvero una pena ed una sanzione amministrativa (erogata dalla CONSOB), considerata di natura penale dai soggetti sanzionati³⁸⁶. Veniva lamentata, quindi, una doppia imposizione penale *in idem*. La Corte,

³⁷⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 2 Luglio 2002, Applicazione n. 33402/96, *Göktan c. Francia*, par. 48.

³⁷⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 Dicembre 2007, Applicazione n. 11187/05, *Haarvig c. Norvegia*.

³⁸⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 Dicembre 2007, Applicazione n. 11187/05, *Haarvig c. Norvegia*, par. 4 'Valutazioni della Corte'. È stato rilevato che la sanzione (ritiro della licenza per l'esercizio dell'attività medica), non aveva lo scopo di punire il soggetto, ma di evitare ulteriori danni ai pazienti. Inoltre, la Corte ha sottolineato che al soggetto è stato proibito l'esercizio della sola attività medica ospedaliera, e non altre attività professionali. Conseguentemente, la sanzione non è stata ritenuta di carattere penale, ai fini dell'art. 4 Protocollo n. 7.

³⁸¹ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 193.

³⁸² Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 Febbraio 2009, Applicazione n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, cit., par. 52. L'indirizzo conferma la giurisprudenza precedente, principalmente nei casi *Manasson*, *Göktan*, *Rosenquist*.

³⁸³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 Febbraio 2009, Applicazione n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, cit., par. 53.

³⁸⁴ Cfr. anche B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 194.

³⁸⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 Marzo 2014, Applicazione n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*.

³⁸⁶ Per la questione inerente le eccezioni presentate ai sensi dell'art. 57 CEDU, v. *infra* par. 6.

riaffermando i criteri *Engel* quali principi guida per stabilire la natura della sanzione, ha ritenuto valide le ragioni dei ricorrenti: sia le norme violate dai medesimi, sia la stessa CONSOB, tutelano interessi generali della società, solitamente protetti dal diritto penale (nel caso di specie, l'integrità dei mercati finanziari, il mantenimento della fiducia pubblica nella sicurezza delle transazioni, la protezione degli investitori e la garanzia l'efficacia e la trasparenza dei mercati). Il provvedimento amministrativo, inoltre, perseguiva non solo la riparazione del danno finanziario patito, ma anche finalità punitive e deterrenti, tipiche della pena³⁸⁷. Per questi motivi, la sanzione emanata dal provvedimento è stata ritenuta di natura sostanzialmente penale³⁸⁸.

3. La 'sentenza definitiva' ai sensi dell'art. 4 Protocollo n. 7

Il Protocollo indica che la preclusione ad un secondo processo o condanna opera solamente nel caso in cui sia già intervenuta una 'sentenza definitiva', nei confronti della medesima persona e per lo stesso reato. Sembra fondamentale dare un significato preciso a questo concetto, al fine di individuare quali decisioni sono effettivamente idonee a bloccare un giudizio *in idem*. La formulazione letterale della disposizione prevede che il soggetto sia stato "assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva, conformemente alla legge ed alla procedura penale di quello Stato".

Perché operi il divieto di secondo giudizio, la decisione deve assolvere o condannare l'imputato. Al fine di assicurare un'applicazione estensiva della norma, l'interpretazione del termine 'assoluzione' non si è limitata al solo significato letterale. Nel caso *Gradinger*, la preclusione è stata considerata operante anche quando un soggetto, giudicato colpevole di illecito semplice, veniva accusato del reato aggravato: escludendo l'applicazione della circostanza aggravante nel primo processo, il tribunale nazionale aveva 'assolto' per tale condotta l'imputato. Sembra essere conseguentemente impedito un successivo procedimento per il primo illecito aggravato³⁸⁹. Ulteriormente, è stato escluso che la decisione di interrompere il procedimento penale costituisca una pronuncia idonea a 'assolvere' o 'condannare' un soggetto³⁹⁰. Di conseguenza, qualsiasi provvedimento adottato prima della sentenza finale non impedisce *per se* un nuovo processo³⁹¹.

³⁸⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 Marzo 2014, Applicazione n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, par. 96.

³⁸⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 Marzo 2014, Applicazione n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, par. 101. L'imposizione prevedeva una sanzione amministrativa pecuniaria e la sospensione da qualsiasi attività di amministrazione, gestione e supervisione di certe società per un determinato periodo di tempo (parr. 25-26).

³⁸⁹ S.TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 389. V. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 Ottobre 1995, Applicazione 15963/90, *Gradinger c. Austria*, par. 55.

³⁹⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 3 Ottobre 2002, Applicazione n. 46133/99 e n. 48183/99, *Smirnova e Smirnova c. Russia*, par. 3.

³⁹¹ G.COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting Ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*, cit., p. 67.

Inoltre, la sentenza di assoluzione o di condanna deve essere ‘definitiva’. Ancora una volta, il Rapporto esplicativo al Protocollo interviene a chiarire i termini della disposizione, stabilendo che una decisione è ‘definitiva’ quando acquista la forza di *res iudicata*, ovvero qualora diventi irrevocabile secondo la legge dello Stato. Questa situazione si verifica quando non sono previste impugnazioni ordinarie, oppure esse sono state infruttuosamente proposte, oppure il decorso del tempo ha impedito tali ricorsi: una decisione non è definitiva fintantoché sia possibile impugnarla³⁹². Oltretutto, la possibilità di esperire rimedi straordinari (anche non subordinati ad uno specifico limite temporale, e dopo il passaggio in giudicato della sentenza), non impedisce alla pronuncia di manifestare gli effetti di *res iudicata*³⁹³.

Infine, la decisione deve essere presa “conformemente alla legge ed alla procedura penale di quello Stato”. Si esclude che questa espressione si riferisca alla legittimità della sentenza intesa come assenza di errori di legge o fattuali: sarebbe altrimenti svilita la natura stessa del giudicato, vincolante indipendentemente dal contenuto. Tale locuzione sembra invece riferirsi al fatto che è il diritto nazionale a stabilirne le condizioni per l’irrevocabilità³⁹⁴.

Una particolarità dell’art. 4 Protocollo n. 7 è l’assenza della clausola di esecuzione, presente invece nell’art. 54 CAAS³⁹⁵. Per l’applicazione del *Ne bis in idem* garantito dalla CEDU, quindi, non sembra necessario che la sanzione imposta sia stata eseguita, sia in corso di esecuzione, o non possa più essere eseguita³⁹⁶.

L’evoluzione giurisprudenziale del concetto di ‘definitività’ non è stata lineare. Prima della sentenza *Zolotukhin c. Russia*, la norma veniva applicata solo nel caso in cui il secondo procedimento era consecutivo rispetto al primo, e non operava se le pronunce diventavano definitive tendenzialmente nello stesso momento³⁹⁷. In *R.T. c. Svizzera*, la Corte ha negato l’applicazione del divieto nonostante il soggetto fosse stato condannato ad un periodo di detenzione, una multa, e il ritiro della patente di guida. Le tre sanzioni erano state emanate nello stesso momento da due autorità differenti: sembrava non

³⁹² Punto 22 del Rapporto esplicativo, che esplicitamente si riferisce, per delineare il concetto di ‘definitività’, al Rapporto esplicativo della Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi penali, 1970, p. 13; v. anche G. COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting Ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*, cit., p. 66.

La decisione assume la natura di *res iudicata* anche quando, in sede di appello, l’appellante ha rinunciato al suo diritto all’impugnazione: così S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 389.

³⁹³ S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 390.

La Corte ha affermato che le decisioni ancora soggette ad impugnazioni ordinarie sono escluse dall’essere oggetto della garanzia di cui all’art. 4 Protocollo n. 7, finché non spira il termine per la loro proposizione. D’altro canto, le impugnazioni straordinarie (come la riapertura del procedimento), non sono considerate ai fini di verificare la ‘definitività’ della decisione. Difatti, anche se tali rimedi rappresentano una continuazione del procedimento precedente, la natura ‘definitiva’ della pronuncia non dipende da un loro esaurimento (Corte europea dei diritti dell’uomo, 10 Febbraio 2009, Applicazione n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, cit., par. 108).

³⁹⁴ S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 390.

³⁹⁵ V. *infra* cap. 3 par. 8.

³⁹⁶ B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in the European Union legal order: between scope and substance*, cit., p. 329.

³⁹⁷ B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 196.

potersi parlare di duplicazione del procedimento ai fini del *Ne bis in idem*³⁹⁸. È stato poi sostenuto che la Corte ha il dovere di verificare l'identità dei fatti qualora gli illeciti non siano stati giudicati nello stesso momento, ma uno successivamente alla decisione definitiva sull'altro³⁹⁹, indirettamente confermando l'inoperatività della preclusione nel caso di giudizi emanati durante lo stesso periodo. La garanzia del *Ne bis in idem* è stata nuovamente esclusa in *Garaudy c. Francia*: in caso di procedimenti concorrenti, non si può sostenere che l'imputato sia stato giudicato più volte⁴⁰⁰.

Questo orientamento controbilanciava un altro indirizzo della medesima Corte, che considerava 'medesimi' i fatti che condividono gli stessi 'elementi essenziali'. Si trattava di un'interpretazione significativamente restrittiva della preclusione: era possibile instaurare più procedimenti per fatti che, sebbene identici, erano considerati diversi sulla base di certi elementi⁴⁰¹. Come (parziale) rimedio ad un'esegesi chiaramente sfavorevole all'imputato, si era quindi stabilito che i giudizi dovessero essere instaurati almeno durante lo stesso periodo, per ridurre le implicazioni negative di processi conseguenti. Ciò significava, tuttavia, che la protezione dell'art. 4 Protocollo n. 7 era subordinata alle modalità di svolgimento delle cause⁴⁰².

I predetti orientamenti sono stati definitivamente superati con la sentenza *Zolotukhin c. Russia*, in cui si afferma che un fatto è il 'medesimo' se 'identico' a quello già giudicato, o 'sostanzialmente lo stesso'⁴⁰³ (non più solo se condivide gli stessi elementi essenziali). Il *Ne bis in idem* opera quindi dal momento in cui la prima decisione diventa definitiva, indipendentemente dall'ordine con cui sono condotti i procedimenti⁴⁰⁴.

4. La nozione di '*idem*' nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Il concetto di '*idem*' (ossia 'identità' del fatto) ha suscitato le maggiori incertezze in sede di interpretazione dell'art. 4 Protocollo n. 7. L'incostante giurisprudenza in materia ha infatti creato un corpo di decisioni talvolta contraddittorie: con quattro differenti pronunce, la Corte ha alternato altrettanti orientamenti⁴⁰⁵.

³⁹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 Maggio 2000, Applicazione n. 31982/96, *R.T. c. Svizzera*, par. 3 'Diritto'.

³⁹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 Maggio 2001, Applicazione n. 37950/97, *Franz Fischer c. Austria*, par. 25. Per la 'medesimezza' dei fatti, v. *infra* par. 4.

⁴⁰⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 Giugno 2003, Applicazione n. 65831/01, *Garaudy c. Francia*, par. 2.7.

⁴⁰¹ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 197. Per il concetto di '*idem*' come identità degli stessi 'elementi essenziali', v. *infra* par. 4.

⁴⁰² B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 199. Analogamente, Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 Giugno 2002, Applicazione n. 38237/97, *Sailer c. Austria*, par. 24-27.

⁴⁰³ V. *infra* par. 4.

⁴⁰⁴ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 197.

⁴⁰⁵ W.A.SCHABAS, *The European Convention on human rights. A commentary*, cit., p. 1153.

La prima sentenza da considerare è *Gradinger c. Austria*, riguardo un illecito stradale commesso da un cittadino austriaco, risultato mortale per un ciclista. L'imputato era stato condannato per omicidio colposo, esclusa l'aggravante di aver commesso il reato con un tasso alcolemico superiore ad un certo valore (0.8 g/L)⁴⁰⁶. Ai sensi del Codice della Strada, lo stesso veniva poi giudicato colpevole da un'autorità locale al pagamento di una sanzione amministrativa per guida in stato di ebbrezza, sulla base di un diverso referto medico⁴⁰⁷. Il ricorrente aveva quindi lamentato una violazione del *Ne bis in idem*, in quanto uno stesso elemento (guida in stato di ebbrezza) era stato valutato in entrambi i procedimenti. La Corte ha ritenuto valida la ricostruzione dell'imputato: nonostante le disposizioni del Codice della Strada e del Codice Penale si differenzino per natura e scopo, le sanzioni si erano entrambe basate sulla *medesima condotta* del soggetto, con conseguente violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7⁴⁰⁸. Infatti, il comportamento dell'autore era da considerarsi un *unicum* inscindibile.

Tale orientamento è stato ridimensionato nella pronuncia *Oliveira c. Svizzera*⁴⁰⁹. Nonostante la somiglianza con il fatto storico di *Gradinger c. Austria*, la Corte è pervenuta a risultati e giustificazioni differenti. L'approccio si è infatti basato su una diversa premessa: sebbene la condotta che aveva dato origine ai due procedimenti fosse la medesima, nella seconda sentenza è stata considerata causa di un concorso formale di reati, i cui illeciti sono oggetto di tanti giudizi quante siano le infrazioni commesse⁴¹⁰.

Nel caso di specie, l'imputata era stata condannata per il reato di lesioni gravi a seguito di un incidente stradale; un'altra autorità le aveva poi inflitto una sanzione per non aver controllato il veicolo durante la guida, a norma del Codice della Strada. La ricorrente lamentava quindi una violazione del *Ne bis in idem*: secondo l'orientamento adottato in *Gradinger c. Austria*, i fatti sarebbero stati i 'medesimi'. La Corte ha tuttavia distinto i due giudizi⁴¹¹, e gli illeciti in *Oliveira c. Svizzera* sono stati considerati in concorso formale. In questa eventualità, una singola condotta causa una pluralità di eventi dannosi (le lesioni gravi e il mancato controllo del veicolo), ed un giudizio su entrambi non viola l'art. 4 Protocollo n. 7. Quest'ultimo vieta infatti un doppio giudizio sullo stesso illecito, non operando quando un singolo comportamento abbia invece causato una pluralità di reati⁴¹².

Per rendere meno onerosa l'imposizione di più sanzioni basate sullo stesso fatto si è sostenuto che la più grave debba assorbire quella minore,

⁴⁰⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 Ottobre 1995, Applicazione 15963/90, *Gradinger c. Austria*, par. 14.

⁴⁰⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 Ottobre 1995, Applicazione 15963/90, *Gradinger c. Austria*, par. 9.

⁴⁰⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 Ottobre 1995, Applicazione 15963/90, *Gradinger c. Austria*, par. 55.

⁴⁰⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 Luglio 1998, 84/1997/868/1080, *Oliveira c. Svizzera*.

⁴¹⁰ N.NEAGU, *The Ne bis in idem principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation*, cit., p. 969.

⁴¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 Luglio 1998, 84/1997/868/1080, *Oliveira c. Svizzera*, par. 28.

⁴¹² Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 Luglio 1998, 84/1997/868/1080, *Oliveira c. Svizzera*, par. 26.

evitando una mera somma delle due. Tale assorbimento non è però avvenuto nel caso di specie, dal momento che gli illeciti sono stati giudicati separatamente. La stessa Corte ha notato che sarebbe stato maggiormente conforme al principio della corretta amministrazione della giustizia se i fatti fossero stati valutati e sanzionati in un singolo procedimento, con un'unica pena⁴¹³. Ad ogni modo, non sembra essersi verificata alcuna violazione: alla prima sanzione pecuniaria è stata infatti dedotta la seconda, sulla base del principio che l'imputato non dovrebbe patire sanzioni maggiori per il solo fatto che i reati in concorso siano stati giudicati separatamente⁴¹⁴.

Un'ulteriore indirizzo in materia di 'medesimo fatto' è stato adottato nella sentenza *Franz Fischer c. Austria*⁴¹⁵. Anche in questo caso, l'imputato era stato condannato per aver causato un incidente stradale, e punito da una sanzione amministrativa per guida in stato di ebrezza, e da una sentenza penale per omicidio colposo aggravato. Il ricorrente riteneva che il *Ne bis in idem* fosse stato violato: l'elemento 'guida in stato di ebrezza' era stata oggetto di una doppia valutazione, prima dall'autorità amministrativa, poi dal giudice penale come circostanza aggravante del reato di omicidio colposo. Inoltre, il caso di specie sembrava differenziarsi dal precedente *Oliveira c. Svizzera*: stavolta, entrambe le sanzioni erano state applicate cumulativamente⁴¹⁶.

La Corte ha rilevato che l'art. 4 Protocollo n. 7 non si riferisce al 'medesimo illecito', ma alle duplicazioni di procedimenti per un reato già giudicato da una sentenza definitiva. Anche se un singolo atto è idoneo a causare più illeciti legittimamente perseguibili, è necessario verificare che essi siano sostanzialmente differenti. Sembra infatti possibile che una condotta costituisca solo apparentemente due diversi reati, rimanendo invece causa di un'unica trasgressione. Nell'eventualità in cui due illeciti siano perseguiti in procedimenti consecutivi⁴¹⁷, per constatare la loro effettiva diversità, la Corte deve verificare che essi non condividano gli stessi 'elementi essenziali'⁴¹⁸. Il *Ne bis in idem* viene quindi escluso nel caso in cui le caratteristiche sostanziali dei due illeciti coincidano *solo parzialmente*⁴¹⁹.

⁴¹³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 Luglio 1998, 84/1997/868/1080, *Oliveira c. Svizzera*, par. 27.

⁴¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 Luglio 1998, 84/1997/868/1080, *Oliveira c. Svizzera*, par. 13.

⁴¹⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 Maggio 2001, Applicazione n. 37950/97, *Franz Fischer c. Austria*.

⁴¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 Maggio 2001, Applicazione n. 37950/97, *Franz Fischer c. Austria*, par. 20.

⁴¹⁷ V. *supra* par. 3.

⁴¹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 Maggio 2001, Applicazione n. 37950/97, *Franz Fischer c. Austria*, par. 25 (infine, la Corte ha concluso per una violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7: v. par. 32). Inoltre, questi rilievi sono determinanti anche per distinguere il caso *Gradinger c. Austria* da *Oliveira c. Svizzera*: nel primo caso, gli elementi essenziali dell'illecito amministrativo di guida in stato di ebrezza non differivano da quelli della circostanza aggravante dell'aver commesso il reato sotto l'influenza di alterazione alcolica. Invece, nella seconda sentenza, non sembra esserci una così ovvia coincidenza di tali elementi (par. 27).

⁴¹⁹ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 208.

Nonostante la Corte abbia ammesso che gli orientamenti adottati nelle pronunce precedenti apparissero quantomeno contraddittori⁴²⁰, la sentenza *Franz Fischer c. Austria* non ha contribuito con sicurezza a delineare il concetto di 'idem'. Al contrario, diminuendo le garanzie a protezione degli individui, ha generato maggiore incertezza nella giurisprudenza sul *Ne bis in idem*⁴²¹.

Dopo le suddette oscillazioni giurisprudenziali, la sentenza *Zolotukhin c. Russia* ha adottato un indirizzo apparentemente definitivo. Il caso di specie riguarda la condanna, per la medesima condotta, ad una pluralità di sanzioni, penale ed amministrativa⁴²². Oltre la questione sulla natura sostanzialmente penale del secondo addebito⁴²³, il ricorrente ha lamentato la violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7.

Nella pronuncia, la Corte ha preso atto dell'esistenza di più orientamenti sull'interpretazione del concetto di 'idem'⁴²⁴, e della conseguente incertezza giuridica incompatibile col *Ne bis in idem*: un'armonizzazione dei diversi indirizzi giurisprudenziali sembrava quindi necessaria⁴²⁵. L'esistenza di numerose e differenti formulazioni del principio induceva inoltre a preferire un approccio fattuale in sede applicativa, svincolando la norma dalla classificazione giuridica dell'offesa. Si trattava di una soluzione necessaria per tutelare l'imputato, a causa delle diversità dei diritti penali nazionali⁴²⁶. Il termine 'reato', nella disposizione del Protocollo, non può quindi essere inteso in senso letterale, né può limitarsi al *nomen iuris* dell'illecito considerato, in quanto è essenziale garantire un'applicazione effettiva del *Ne bis in idem*, e non meramente illusoria⁴²⁷. Dunque, la Corte ha aderito ad un indirizzo che vieta un secondo giudizio nel caso in cui l'illecito derivi da fatti che sono identici, o sostanzialmente gli stessi, a quelli del primo giudizio⁴²⁸. La sentenza ha adottato un'interpretazione estensiva dell'elemento 'idem', enfatizzando la necessità di armonizzare le pronunce precedenti⁴²⁹, ed ha portato indubbi benefici alla certezza del diritto⁴³⁰.

⁴²⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 Maggio 2001, Applicazione n. 37950/97, *Franz Fischer c. Austria*, par. 23.

⁴²¹ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in the European Union legal order: between scope and substance*, cit., p. 340.

⁴²² Tre giorni di detenzione amministrativa.

⁴²³ V. *supra* par. 2. Infine, la Corte si è orientata a favore della tesi del ricorrente, che lamentava la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa: v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 Febbraio 2009, Applicazione n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, cit., par. 57.

⁴²⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 Febbraio 2009, Applicazione n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, cit., par. 70.

⁴²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 Febbraio 2009, Applicazione n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, cit., par. 78.

⁴²⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 Febbraio 2009, Applicazione n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, cit., par. 79.

⁴²⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 Febbraio 2009, Applicazione n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, cit., parr. 80-81.

⁴²⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 Febbraio 2009, Applicazione n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, cit., par. 82.

⁴²⁹ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in the European Union legal order: between scope and substance*, cit., pp. 340-341.

⁴³⁰ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 212.

Tuttavia, rimane ancora incerto in che modo stabilire che un fatto sia 'identico', o 'sostanzialmente lo stesso', ad uno già giudicato⁴³¹. A questo proposito, la giurisprudenza sembra aver aderito ad un approccio casistico per verificare la sussistenza delle condizioni di applicabilità del principio. Infine, la sentenza *Zolotukhin c. Russia* sembra allineare la giurisprudenza della Corte EDU con quella della Corte di giustizia dell'Unione Europea, in materia di 'idem'⁴³². Questo accostamento è sicuramente apprezzabile, in quanto diretto alla creazione di un corpo giurisprudenziale coerente in materia di *Ne bis in idem*.

5. Le eccezioni al *Ne bis in idem*: il comma 2 dell'art. 4 Protocollo n. 7

Per concludere l'analisi sull'interpretazione del *Ne bis in idem* nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sembra opportuno menzionarne le eccezioni. Questa garanzia non è mai accettata nella sua absolutezza: a determinate condizioni, è possibile che un soggetto venga nuovamente giudicato per il medesimo fatto⁴³³. Generalmente, tali limitazioni sono giustificate da ragioni di giustizia sostanziale e da esigenze legate ad errori giudiziari commessi durante il primo procedimento⁴³⁴.

Il secondo comma dell'art. 4 Protocollo n. 7 prevede che "[I]e 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". La norma non introduce un'eccezione specifica, ma permette agli Stati di prevedere legittime limitazioni al divieto di *bis in idem*. La disposizione si considera quindi perfettamente coerente con le discipline nazionali, che dovranno esplicitamente regolare i casi di nuovo giudizio⁴³⁵.

Lo stesso Rapporto esplicativo specifica che i termini 'fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni' includono nuovi mezzi di prova (relativi ad eventi già avvenuti), e non si esclude un nuovo procedimento a favore del condannato, né qualsiasi tipo di modifica della sentenza a suo vantaggio⁴³⁶. Ciononostante, l'eventualità di una riapertura *in peius* del processo ha suscitato dibattito in dottrina. Sebbene sia stato sostenuto che le eccezioni al *Ne bis in idem* non comportino una diminuzione delle garanzie processuali dell'imputato⁴³⁷, un nuovo procedimento *in idem* sembra comunque idoneo a limitare la tutela del

⁴³¹ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 213.

⁴³² B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 213. Cfr. *infra* cap. 3 par. 15.

⁴³³ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 214; G.COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting Ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*, cit., p. 71.

⁴³⁴ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 214.

⁴³⁵ S.TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 400.

⁴³⁶ Punto 31 del Rapporto esplicativo.

⁴³⁷ G.COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting Ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*, cit., p. 71.

soggetto, quando il primo giudizio si sia concluso con una assoluzione⁴³⁸. Peraltro, il dettato normativo non lascia intendere diversamente, né il Rapporto esplicativo sembra escludere tale eventualità. Anzi, esso prevede che un processo possa essere riaperto in caso di fatti sopravvenuti, o nuove rivelazioni, ovvero qualora si sia verificata una grave violazione nel procedimento, che ha influito sull'esito del giudizio *in favore o a danno del soggetto*⁴³⁹.

La prima eccezione è prevista, quindi, in caso di 'fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni': solo i fatti non conosciuti durante il primo processo sembrano giustificare una riapertura, a seguito di una sentenza definitiva. In caso contrario, la possibilità di abusi sarebbe elevata, potendo gli organi requirenti volontariamente trattenere determinate prove, al fine di rivelarle successivamente se l'esito del primo processo non fosse gradito (per esempio, in caso di assoluzione)⁴⁴⁰.

La norma si riferisce inoltre a gravi violazioni del processo, lasciando le ordinarie inosservanze della procedura ad una rivisitazione in sede di appello. Perché possano giustificare la riapertura del procedimento, questi fondamentali difetti devono condurre ad un travisamento della giustizia che lo stesso processo è chiamato a garantire: esemplificano questa ipotesi i casi di coercizione, falsa testimonianza, o corruzione, che ne abbiano influenzato l'esito⁴⁴¹.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha contribuito a delineare l'ambito applicativo delle eccezioni. Nel caso *Nikitin c. Russia*⁴⁴², si è ritenuto che la disciplina nazionale, permettendo la ripresa del processo nel caso di fatti sopravvenuti, nuove rivelazioni, o fondamentali violazioni procedurali⁴⁴³, non violasse il secondo comma dell'art. 4 Protocollo n. 7: la norma separa nettamente un'illecita duplicazione del procedimento dalla legittima riapertura del giudizio in presenza di circostanze eccezionali⁴⁴⁴. Ulteriormente, la Corte ha confermato che la certezza del diritto non costituisce una garanzia assoluta, ma bilanciata dalla necessità di assicurare esigenze di giustizia effettiva⁴⁴⁵.

Infine, in *Bratyakin c. Russia*, è stato nuovamente sostenuto che le autorità nazionali devono rispettare la natura vincolante del giudicato penale; ma rimane pur sempre legittima una riapertura del procedimento, se diretta alla tutela di interessi equivalenti alla certezza del diritto⁴⁴⁶.

⁴³⁸ V. M.R.MARCHETTI, Sub art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, cit., p. 251.

⁴³⁹ Punto 30 del Rapporto esplicativo.

⁴⁴⁰ S.TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 401.

⁴⁴¹ S.TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, cit., p. 401.

⁴⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 Luglio 2004, Applicazione n. 50178/99, *Nikitin c. Russia*.

⁴⁴³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 Luglio 2004, Applicazione n. 50178/99, *Nikitin c. Russia*, par. 46.

⁴⁴⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 Luglio 2004, Applicazione n. 50178/99, *Nikitin c. Russia*, par. 45.

⁴⁴⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 20 Luglio 2004, Applicazione n. 50178/99, *Nikitin c. Russia*, par. 56-57.

⁴⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 Marzo 2006, Applicazione n. 72776/01, *Bratyakin c. Russia*, par. 7 'Valutazione della Corte'.

6. Le riserve della Repubblica italiana al *Ne bis in idem* e la sentenza *Grande Stevens*: cenni

A chiusura del capitolo dedicato al principio del *Ne bis in idem* nell'ambito del Consiglio d'Europa, occorre accennare brevemente alle riserve presentate dall'Italia in sede di ratifica del Protocollo n. 7, e alla vicenda processuale del caso *Grande Stevens e altri c. Italia*⁴⁴⁷.

Il primo comma dell'articolo 57 della CEDU prevede che “[o]gni Stato, al momento della firma della presente Convenzione o del deposito del suo strumento di ratifica, può formulare una riserva riguardo a una determinata disposizione della Convenzione, nella misura in cui una legge in quel momento in vigore sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione. Le riserve di carattere generale non sono autorizzate ai sensi del presente articolo”⁴⁴⁸. Il secondo comma prevede invece che “[o]gni riserva emessa in conformità al presente articolo comporta una breve esposizione della legge in questione”⁴⁴⁹.

Conformemente a tale disposizione, il Governo italiano aveva dichiarato, al momento di ratificare il Protocollo, che gli articoli 2 e 4 del medesimo si applicassero solo agli illeciti, alle decisioni, ed alle procedure considerate ‘penali’ dal diritto interno⁴⁵⁰. In caso di doppia valutazione dello stesso fatto, l'applicazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 sembrava esclusa se l'illecito o la sanzione non fossero considerati formalmente di natura penale dal diritto nazionale.

La sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia* ha affrontato la questione della legittimità della riserva italiana, il cui carattere generale sembrava contrastare il dettato dell'art. 57 CEDU⁴⁵¹. La Corte ha concluso per l'invalidità della condizione, in quanto contraria ai requisiti previsti dal menzionato articolo⁴⁵². Per essere valida, infatti, tale dichiarazione deve soddisfare quattro presupposti: deve essere presentata al momento della firma o della ratifica della Convenzione; deve riguardare disposizioni di leggi specifiche in vigore al momento della proposta; non deve essere di carattere generale, e deve contenere una breve esposizione della legge in questione. Viene quindi richiesto un elevato grado di precisione e chiarezza da parte degli Stati; oltretutto, l'ultimo presupposto è chiamato a contribuire sostanzialmente alla certezza del diritto, né può essere considerato di carattere puramente formale⁴⁵³. La Convenzione vuole evitare che l'eccessiva vaghezza delle limitazioni sia causa di ambiguità nel determinarne l'esatto ambito di

⁴⁴⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 Marzo 2014, Applicazione n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*.

⁴⁴⁸ Art. 57 comma 1 CEDU.

⁴⁴⁹ Art. 57 comma 2 CEDU.

⁴⁵⁰ Altri Stati hanno presentato riserve analoghe: ad esempio Germania, Francia e Portogallo. V. Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 Marzo 2014, Applicazione n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, par. 204.

⁴⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 Marzo 2014, Applicazione n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, par. 205. Per la questione inerente la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa, v. *supra* par. 2.

⁴⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 Marzo 2014, Applicazione n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, par. 211.

⁴⁵³ Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 Marzo 2014, Applicazione n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, parr. 207-208.

applicazione, rendendo di conseguenza incerte anche le ipotesi di operatività del *Ne bis in idem*⁴⁵⁴.

La Corte ha statuito che le riserve della Repubblica italiana non contenevano l'esposizione della specifica legge nazionale in questione, dal momento che la dichiarazione intendeva riferirsi a tutti gli illeciti (e le sanzioni) considerati di natura penale secondo il diritto interno. L'eccezione si è quindi dimostrata eccessivamente generica, da qui la sua invalidità⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 Marzo 2014, Applicazione n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, par. 209.

⁴⁵⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 Marzo 2014, Applicazione n. 18640/10, *Grande Stevens e altri c. Italia*, par 210.

CAPITOLO TERZO

IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* NEL SISTEMA DELL'UNIONE EUROPEA

1. Dagli accordi di Schengen alla nascita dell'Unione Europea

Il presente capitolo tratta del *Ne bis in idem* all'interno dell'Unione Europea.

I paragrafi precedenti⁴⁵⁶ hanno evidenziato la concreta possibilità che un soggetto subisca una pluralità di giudizi per lo stesso fatto, in più Stati: questa duplicazione, lesiva dei più basilari diritti fondamentali dell'individuo, sembra inaccettabile in ambito internazionale. Essa appare ancora più grave all'interno di quella realtà sovranazionale venutasi a creare in Europa nella seconda metà del secolo scorso: la cooperazione europea, nata per facilitare lo scambio di merci, si è profondamente evoluta nel corso dei decenni successivi, fino a coinvolgere settori di collaborazione sempre più ampi, dal diritto penale alla tutela dei diritti fondamentali degli individui. Inevitabilmente, una delle tematiche di maggior rilievo, in questo contesto, è quella del doppio giudizio per un medesimo fatto.

Nel 1951, alcuni Stati europei (Belgio, Francia, Germania Occidentale, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi), istituirono la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, CECA (sciolta definitivamente nel 2002). Successivamente, ulteriori negoziati portarono alla stipulazione di altri due accordi, uno diretto alla creazione di un mercato unico, l'altro al coordinamento dei programmi di ricerca in materia di energia atomica: vennero così create, con i trattati di Roma del 25 Marzo 1957, la Comunità economica europea (CEE), e la Comunità europea dell'energia atomica (CEEa). Con l'introduzione della CEE, gli obiettivi inizialmente perseguiti furono esclusivamente di natura economica.

Per accrescere il livello di coesione, alcuni Paesi promossero iniziative mirate ad una cooperazione rafforzata in determinati ambiti. Tale collaborazione rispondeva ad una esigenza di "integrazione 'flessibile' fra alcuni Stati, maggiormente pronti o disponibili a realizzarla in determinate politiche o settori di intervento"⁴⁵⁷. Esempio di queste iniziative è l'Accordo di Schengen: stipulato nel 1985, creò un'area di libero scambio europeo senza frontiere. Nel 1990, con la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (CAAS), venne raggiunto l'accordo definitivo⁴⁵⁸.

Tuttavia, l'entità sovranazionale creatasi in Europa cessò di essere un'organizzazione a fini puramente economici a partire dal 1992⁴⁵⁹: il Trattato di Maastricht, infatti, costituì un punto di svolta per l'integrazione europea. L'assetto istituzionale della Comunità fu profondamente riformato su una struttura a tre pilastri: l'insieme delle Comunità europee già esistenti (primo pilastro); il settore della Politica estera e di sicurezza comune (PESC, secondo pilastro); ed infine quello della Giustizia ed Affari interni (GAI, terzo pilastro). Il nuovo assetto ricomprendeva quindi due sistemi, comunitario e di integrazione intergovernativa, "che [rimanevano] distinti anche se collegati da un'esigenza di

⁴⁵⁶ V. in particolare *supra* cap. 1 parr. 15 e ss.

⁴⁵⁷ G.STROZZI-R.MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea – Parte istituzionale*, Sesta edizione, Torino, Giappichelli, 2013, p. 39.

⁴⁵⁸ GUUE L 239 22/09/2000, p. 19. La Convenzione facilitò varie forme di cooperazione (tra cui quella tra forze di polizia), di assistenza reciproca, di estradizione e trasferimento (a fini esecutivi) di sentenze penali. Così riportato in A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, Anversa, Intersentia, 2012, p. 341.

⁴⁵⁹ A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 469.

coerenza globale⁴⁶⁰. Il primo pilastro e i due settori PESC e GAI (secondo e terzo pilastro), costituirono la neonata Unione Europea.

Nel 1997 il processo di integrazione europea venne rafforzato dal Trattato di Amsterdam⁴⁶¹. Attraverso la “semi-comunitarizzazione” del terzo pilastro, particolari ambiti del settore Giustizia ed Affari interni⁴⁶², confluirono nel primo pilastro, determinando un allargamento della giurisdizione della Corte di Giustizia, competente ad esprimersi sulle questioni comunitarie⁴⁶³. Oltretutto, un Protocollo al Trattato⁴⁶⁴ integrò l'*acquis* di Schengen nel sistema dell'Unione: tutti gli Stati vennero quindi vincolati agli omonimi accordi⁴⁶⁵. Infine, furono introdotte innovazioni rivolte a salvaguardare la fluidità del sistema decisionale: l'obiettivo era di favorire una maggiore integrazione tra i Membri che volessero o fossero in grado di attuarla prima di altri, senza subordinarne la realizzazione all'adesione di tutti gli Stati. Con l'adozione di una disciplina sulla cooperazione rafforzata, lo scopo fu quello di evitare che il processo di integrazione venisse bloccato in attesa del consenso unanime di tutti gli Stati Membri. Tuttavia, ciò creò un'Europa a “geometria variabile”, o a “più velocità”⁴⁶⁶.

Successivamente, il fallimento del progetto del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa⁴⁶⁷ comportò un rallentamento nel processo di sviluppo europeo. Solennemente firmato a Roma nel 2004, avrebbe introdotto profonde innovazioni dell'assetto istituzionale dell'Unione, un riordino delle fonti comunitarie, e la “costituzionalizzazione” della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁴⁶⁸, già proclamata a Nizza il 7 Dicembre 2000. Tuttavia, le consultazioni referendarie, tenutesi in Francia e nei Paesi Bassi, bloccarono l'iniziativa. L'insuccesso comportò un lungo periodo di stallo, durante il quale venne definitivamente abbandonato il progetto “costituzionale”.

Finalmente, nel 2007, venne adottato il Trattato di Lisbona⁴⁶⁹, articolato in due accordi: il nuovo Trattato sull'Unione Europea (TUE), e il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Le modifiche introdotte ne hanno profondamente mutato la struttura istituzionale: la divisione in pilastri è stata soppressa, sostituita da una sola Unione Europea (certi settori, come la PESC,

⁴⁶⁰ G.STROZZI-R.MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea – Parte istituzionale*, Sesta edizione, cit., p. 11.

⁴⁶¹ GUUE C-340/10/11/1997.

⁴⁶² Tale settore venne rinominato ‘Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale’.

⁴⁶³ G.STROZZI-R.MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea – Parte istituzionale*, Sesta edizione, cit., p. 17.

⁴⁶⁴ GUUE C-340/93/10/11/1997.

⁴⁶⁵ L'Irlanda, il Regno Unito e la Danimarca occupano, tuttavia, una speciale posizione: possono richiedere di aderire (o meno) a tutte, od alcune, disposizioni dell'*acquis* di Schengen. Così in A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 61.

V. Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione Europea, GUUE C-321 E, 29/12/2006, pp. 191-195.

⁴⁶⁶ G.STROZZI-R.MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea – Parte istituzionale*, Sesta edizione, cit., p. 16.

⁴⁶⁷ GUUE C-169/18/07/2003.

⁴⁶⁸ GUUE C-364/18/12/2000.

⁴⁶⁹ GUUE C-306/17/12/2007. Il Trattato è entrato in vigore il 1 Dicembre 2009.

mantengono tuttavia il sistema decisionale intergovernativo); ed anche la disciplina sulla cooperazione rafforzata è stata sottoposta a modifiche⁴⁷⁰.

Infine, la nuova realtà istituzionale ha profondamente inciso anche sulla tutela delle garanzie individuali: l'art. 6 TUE equipara il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali a quello dei Trattati⁴⁷¹. Questo rinvio ha suscitato numerose riflessioni in dottrina, soprattutto con riguardo all'efficacia della Carta. In particolare, è stato sostenuto che tale formulazione sia dovuta alla "riluttanza" di alcuni Stati ad attribuirne valore giuridico vincolante: si sarebbe pertanto preferito ricorrere all'espressione più semplice dello "stesso valore giuridico"⁴⁷². Nonostante la peculiare formulazione, altra dottrina ha difformemente sostenuto che l'intenzione fosse proprio quella di trasformare in "*treaty law*" uno strumento normativo diverso dai Trattati⁴⁷³, malgrado il riferimento tramite rinvio.

Ulteriori dubbi si sono manifestati in proposito al procedimento da adottare per emendare la Carta: la scelta era tra l'ordinaria procedura di revisione dei Trattati, e quella per la prima stesura della Carta stessa (maggiormente flessibile). La dottrina ha ritenuto che l'art. 6 contiene un rinvio di tipo recettizio: il documento a cui si riferisce (e che sembra riempire di contenuto la disposizione stessa), non è indicato in modo generico, ma con estrema precisione (il rinvio è alla "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 Dicembre 2000, adottata il 12 Dicembre 2007 a Strasburgo"). Si sostiene che vengano escluse dal rinvio le sue eventuali modifiche⁴⁷⁴: sembra necessaria, quindi, una revisione del Trattato.

⁴⁷⁰ Art. 20 TUE e 326 ss. TFUE. Vengono individuate determinate condizioni necessarie per avviare la cooperazione: deve essere diretta a rafforzare il processo di integrazione; deve rispettare i Trattati; deve rientrare nei settori di competenza dell'Unione; non deve arrecare pregiudizio al mercato interno o alla coesione economica-sociale-territoriale; deve riguardare almeno nove Stati Membri; deve rispettare i diritti e gli obblighi dei Paesi che non vi partecipano; e devono essere aperti all'adesione di altri Stati Membri. Oltretutto, è prevista la possibilità di avviare una specifica forma di cooperazione rafforzata, in particolare in materia giudiziaria penale. Così riportato in G.STROZZI-R.MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea – Parte istituzionale*, Sesta edizione, cit., pp. 39-40.

⁴⁷¹ La Carta è quindi vincolante per tutti gli Stati, salvo Regno Unito e Polonia: essi, in sede di Conferenza intergovernativa, hanno dichiarato la propria volontà ad essere escluse dal campo di applicazione della carta. V. Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea a Polonia e Regno Unito, GUUE C-326/313, 26/10/2012.

⁴⁷² L.DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 660.

⁴⁷³ "Che l'intenzione fosse proprio quella di trasformare in *treaty law* uno strumento che tale non è risulta dalla circostanza che, pur non essendo il testo della Carta neppure allegato ai trattati sotto forma di protocollo, a CIG ha tuttavia accettato di allegare ai trattati il citato Protocollo n. 30, sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito, nonché di allegare all'atto finale alcune dichiarazioni relative alla Carta [...]. In altri termini la CIG e i rappresentanti degli Stati membri che la componevano si sono regolati come se la Carta fosse parte dei trattati e richiedesse pertanto le integrazioni normative quanto alla sua applicazione e alla sua interpretazione contenute nel Protocollo n. 30", così sostenuto da L.DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, cit., pp. 662-663.

⁴⁷⁴ L.DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, cit., p. 664.

2. La cooperazione europea in materia penale

L'integrazione degli Stati Membri ha sempre costituito uno degli obiettivi primari perseguiti dall'Unione. Può essere definita come quel processo di progressivo avvicinamento dei Paesi europei, dei loro popoli, e delle loro culture⁴⁷⁵. Si tratta di un fine politico, la cui realizzazione interessa due dimensioni: quella verticale, sotto forma di applicazione delle politiche comunitarie in ogni Stato Membro; e quella orizzontale, che si manifesta attraverso l'attuazione di iniziative comuni a livello transnazionale (ad esempio, l'unione doganale)⁴⁷⁶. Questo processo ha portato all'adozione della moneta unica, e ad una politica comune in determinati settori del diritto; ma è stato facilitato anche da iniziative di natura differente, come i programmi di studio all'estero. L'integrazione, quindi, non è necessariamente un *iter* di natura strettamente giuridica⁴⁷⁷.

Invece, per "armonizzazione" si intende la convergenza delle legislazioni di più ordinamenti, ispirata a standard comuni. Essa, al contrario, assume carattere giuridico: può essere anzi considerata lo strumento legislativo per perseguire il fine (politico) dell'integrazione⁴⁷⁸.

Mentre l'armonizzazione non ha come scopo, di per sé, l'eliminazione *in toto* delle differenze normative (ma un loro ridimensionamento), l'unificazione mira alla totale parificazione delle discipline, che dovrebbero quindi risultare prive di diversità⁴⁷⁹. Lo scopo è quello di rimpiazzare i particolari diritti nazionali, per aspirare a risultati molto più ambiziosi della semplice armonizzazione penale, al più considerata come un semplice stadio verso la futura unificazione (verosimilmente realizzabile, in ultima istanza, con la creazione di un Codice penale europeo)⁴⁸⁰.

Fortemente promossa nel mercato comune, l'integrazione comunitaria è rimasta invece quasi totalmente estranea alla sfera penale almeno sino al Trattato di Maastricht del 1992. Tuttavia, una netta separazione tra i due ambiti (mercato interno regolato da una disciplina comune dettata dall'Unione, e la materia penale disciplinata dai singoli Stati) era poco plausibile: sia i Trattati che il diritto derivato sembravano già essere una potenziale fonte di obblighi penali a carico degli Stati membri⁴⁸¹. Gli interventi europei in materia economico/sociale hanno avuto infatti inevitabili ripercussioni sulla sicurezza sociale dell'Unione: un'Europa senza frontiere, fondata sull'idea della libertà di circolazione, ha favorito lo spostamento degli autori dei reati, facilitando il

⁴⁷⁵ A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 23.

⁴⁷⁶ J.A.E.VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 211.

⁴⁷⁷ A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 23.

⁴⁷⁸ Certa dottrina distingue "approssimazione" da "armonizzazione": quest'ultima implica un maggior grado di integrazione, e mira ad una maggiore coerenza. Tuttavia, la medesima dottrina li usa come sinonimi: in tal senso cfr. A.SUOMINEN, *The principle of mutual recognition in cooperation in criminal matters*, Cambridge, Intersentia, 2011, p. 55; A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 33.

⁴⁷⁹ A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 23.

⁴⁸⁰ A.SUOMINEN, *The principle of mutual recognition in cooperation in criminal matters*, cit., p. 54.

⁴⁸¹ H.G.SEVENSTER, *Criminal law and EC law*, in *Common market law review*, 1992, Vol. 29, p. 29.

crimine transfrontaliero. Ad una forte tutela delle libertà dei cittadini europei non sembrava corrispondere un controllo altrettanto incisivo sui suoi possibili effetti negativi, *in primis* in tema di impunità e *forum shopping*⁴⁸². Solo con la creazione della struttura a tre pilastri, l'Unione Europea ha iniziato ad adottare politiche in tal senso: nonostante le convenzioni emanate dal Consiglio d'Europa coprissero quasi tutti gli ambiti rilevanti⁴⁸³, non ogni Stato aveva ratificato i suddette strumenti, e questo li rendeva spesso di scarsa utilità. Sembravano necessari ulteriori sforzi per dare alla cooperazione europea in materia penale maggiore spessore.

Il modello inizialmente adottato dalla Comunità (e successivamente dall'Unione) si caratterizzava dalla mera richiesta di assistenza ad un altro Stato⁴⁸⁴: si trattava della tradizionale forma di collaborazione internazionale, che garantiva piena discrezionalità nella gestione dei rapporti con altri Paesi. Essendo volontaria qualsiasi restrizione alla sovranità nazionale, tale modello si fondava sul principio di reciprocità: l'assistenza era garantita nella prospettiva di un vicendevole aiuto. Se la controparte non avesse soddisfatto eventuali richieste successive, la cooperazione futura sarebbe stata compromessa.

La convenzione internazionale, strumento tipico utilizzato in questo modello⁴⁸⁵, entrava in vigore solamente se tutti gli Stati la ratificavano: questo inconveniente frenò sensibilmente lo sviluppo del progetto europeo. Gli insuccessi maturati orientarono inevitabilmente l'Unione ad un cambio di strategia. Venne in seguito adottato un sistema di "*rolling ratifications*": la convenzione emanava immediatamente i suoi effetti nei confronti degli Stati firmatari, indipendentemente dal numero di adesioni⁴⁸⁶. Il nuovo metodo non sembrò comunque adatto a superare ogni difficoltà, a scapito delle adesioni. La riluttanza degli Stati a limitare la propria sovranità, e difficoltà legate al procedimento legislativo, frenarono le iniziative europee almeno sino alla metà degli anni '90⁴⁸⁷.

La situazione mutò radicalmente nel 1999, con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. Venne introdotto un meccanismo innovativo, diretto a sostituire il macchinoso *iter* convenzionale: la Decisione Quadro⁴⁸⁸, difatti, non

⁴⁸² B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 60. Cfr. *infra* par. 18.

⁴⁸³ Con riguardo al rapporto tra gli strumenti di cooperazione dell'Unione Europea e quelli del Consiglio d'Europa, generalmente gli strumenti adottati successivamente contengono una norma diretta a regolare tale relazione: ad esempio, l'art. 31 par. 1 della Decisione Quadro 2002/584 sul Mandato d'arresto europeo statuisce che la presente Decisione Quadro sostituisce le corrispondenti norme della Convenzione Europea di Estradizione. Cfr. anche A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 340.

⁴⁸⁴ "*Request model*": cfr. A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., pp. 343 e ss.

⁴⁸⁵ A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 337.

⁴⁸⁶ A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 338.

⁴⁸⁷ Gli Atti Unici e le Convenzioni erano adottate all'unanimità, che difficilmente veniva raggiunta. V. anche V.MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, in *Common market law review*, 2006, Vol. 43, p. 1278.

⁴⁸⁸ Il fondamento di tale atto giuridico era l'art. 34 comme 2 lett. (b) dell'originario Trattato sull'Unione Europea, il quale prevedeva che il Concilio poteva adottare Decisioni Quadro ai fini di armonizzare le discipline degli Stati Membri. Vincolanti con riguardo al risultato da perseguire, lasciavano discrezionalità agli Stati Membri nei termini delle forme e dei metodi per realizzare tali obiettivi.

richiedeva alcun tipo di ratifica, ma emanava direttamente i suoi effetti nei confronti degli Stati, limitando il problema dell'esecuzione interna ad un mancato adempimento degli obblighi internazionali⁴⁸⁹.

Inoltre, l'art. 1 (5) dello stesso Trattato ha istituito uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui [sarebbe stata] 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". Tale previsione ha rafforzato la competenza europea in materia penale⁴⁹⁰: per realizzare questo ambizioso progetto, l'Unione ha infatti promosso una serie di programmi pluriannuali rivolti ad una più stretta cooperazione. Infine, l'adozione di un nuovo paradigma di collaborazione, fondato sul principio del reciproco riconoscimento, ha incrementato il livello di integrazione all'interno del neoistituito Spazio Europeo⁴⁹¹.

3. Mutuo riconoscimento e fiducia reciproca tra gli Stati Membri

Il principio del riconoscimento reciproco impone di prendere atto di una decisione giudiziaria emanata in un altro Paese, e di accettarne gli effetti, anche se la disciplina interna avrebbe condotto a risultati differenti. Questo nuovo modello di collaborazione prescinde quindi dall'armonizzazione delle discipline nazionali, rispetto alla quale era inizialmente considerato come alternativo⁴⁹², ammettendo e permettendo differenze tra gli ordinamenti senza impedire l'assistenza reciproca⁴⁹³.

È la (presunta) fiducia tra gli Stati Membri a giustificare l'assenza di qualsiasi forma di armonizzazione, costituendo quindi il fondamento stesso del mutuo riconoscimento⁴⁹⁴. Essa è definita come l'affidamento che ciascun Paese ha nei confronti dei sistemi giuridici degli altri ordinamenti, dovuta

⁴⁸⁹ A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 338. Sembra difficile accettare che uno Stato, ancora inadempiente nel recepire una Decisione Quadro, possa inoltrare la richiesta di riconoscimento in veste di Stato emanante (indipendentemente dal fatto che lo Stato di esecuzione abbia soddisfatto o meno gli obblighi di recepimento). Nella eventualità opposta, il fatto che la disciplina non sia stata recepita dal diritto nazionale dello Stato richiesto non sembra escludere l'obbligo di assistenza: è sufficiente che il solo Stato emanante abbia recepito la normativa. Così A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 386.

⁴⁹⁰ M.FLETCHER, *Some developments to the ne bis in idem Principle in the European Union: Criminal proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*, in *The modern law review*, 2003, vol. 66, p. 771.

⁴⁹¹ J.W.OUWERKERK, *Quid pro Quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, Cambridge, Intersentia, 2011, p. 46.

⁴⁹² S.ALEGRE-M-LEAF, *Mutual recognition in European judicial cooperation: a step too far too soon? Case study – The European Arrest Warrant*, in *European law journal*, 2004, vol. 10, n. 2, p. 201.

⁴⁹³ A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 364.

⁴⁹⁴ J.W.OUWERKERK, *Quid pro Quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, cit., p. 51; A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 362; C.JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, Oxford, Oxford university press, 2013, p. 141; A.SUOMINEN, *The principle of mutual recognition in cooperation in criminal matters*, cit., p. 47.

all'appartenenza alla medesima cultura giuridica⁴⁹⁵: se gli Stati nutrono una reciproca fiducia nei rispettivi sistemi di giustizia, non sembra necessaria un'armonizzazione delle discipline per poter accettare una decisione straniera.

La stessa Corte di Giustizia ha evidenziato lo stretto legame tra mutuo riconoscimento e affidamento, statuendo che la norma sul *Ne bis in idem* contenuta nella Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (art. 54) "implica necessariamente che esist[a] una fiducia reciproca degli Stati Membri nei confronti dei rispettivi sistemi di giustizia penale, e che ciascuno di essi accett[i] l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati Membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse"⁴⁹⁶.

Un effettivo riconoscimento è quindi possibile solo in presenza di un elevato grado di affidamento: esso è, tuttavia, presunto. Tale presunzione viene giustificata dall'appartenenza di tutti gli Stati Membri al Consiglio d'Europa: si ammette così che i diritti fondamentali siano protetti secondo gli standard minimi stabiliti dalla CEDU⁴⁹⁷. Simile tutela, unita ad una tradizione costituzionale comune, sembra assicurare (la presunzione di) una fiducia reciproca tra gli Stati Membri, e quindi l'accettazione delle decisioni prese al loro interno⁴⁹⁸.

Nonostante la mancanza di un reale affidamento *in concreto*, gli Stati sono obbligati ad accettare le pronunce straniere, sulla base della predetta presunzione. La concreta esistenza di questo "credito", quindi, non è *condicio sine qua non* per la cooperazione, che opererà indipendentemente⁴⁹⁹.

Si tratta di un approccio non pienamente convincente. Ogni Stato Membro ha violato (e potenzialmente violerà in futuro) i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU. Oltretutto, sembra che il grado di fiducia tra diversi ordinamenti giuridici possa variare in base ai contesti politico-geografici: nonostante la comune

⁴⁹⁵ Opinione dell'AG Colomer, in *ECR*, 2006, I-9331, par. 62; alla sentenza Corte di Giustizia, 28 Settembre 2006, C-150/05, *Van Straaten*, in *ECR*, 2006, I-9350.

⁴⁹⁶ Corte di Giustizia, 11 Febbraio, 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, in *ECR*, 2003, I-1391, par. 33; Corte di Giustizia, 28 Settembre 2006, C-150/05, *Van Straaten*, cit., par. 43; Corte di Giustizia, 28 Settembre 2006, C-467/04, *Gasparini e altri*, in *ECR*, 2006, I-9245, par. 30; Corte di Giustizia, 9 Marzo 2006, C-436/04, *Van Esbroeck*, in *ECR*, 2006, I-2351, par. 35; Corte di Giustizia, 18 Luglio 2007, C-288/05, *Kretzinger*, in *ECR*, 2007, I-6470, par. 33. Per il valore e la portata applicativa dell'art. 54 CAAS, cfr. *infra* par. 8.

⁴⁹⁷ S.ALEGRE-M-LEAF, *Mutual recognition in European judicial cooperation: a step too far too soon? Case study – The European Arrest Warrant*, cit., p. 201. Cfr. anche A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 391.

⁴⁹⁸ A.SUOMINEN, *The principle of mutual recognition in cooperation in criminal matters*, cit., p. 47. V. anche Opinione dell'AG Colomer, cit., par. 62; alla sentenza Corte di Giustizia, 28 Settembre 2006, C-150/05, *Van Straaten*, cit., I-9350. Cfr. ulteriormente Opinione dell'AG Sharpston, in *ECR*, 2006, I-9203, par. 107 in particolare; alla sentenza Corte di Giustizia, 28 Settembre 2006, C-467/04, *Gasparini e altri*, cit., secondo la quale "*mutual recognition*" e "*mutual trust*" costituiscono invece due espressioni per indicare il medesimo principio, il primo utilizzato negli atti del Consiglio Europeo, del Consiglio e della Commissione, il secondo dalla Corte di Giustizia. In senso contrario, v. C.JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, cit., p. 142, la quale sostiene che la fiducia sarebbe il principio che guida la collaborazione tra gli Stati, mentre il mutuo riconoscimento lo strumento legislativo utilizzato dagli ordinamenti per rendere efficaci le decisioni adottate da altri sistemi giuridici.

⁴⁹⁹ C.JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, cit., p. 143.

tradizione europea, appare plausibile che certi Stati condividano porzioni maggiori di cultura giuridica, da cui un (più) elevato grado di affidamento⁵⁰⁰.

Tali problematiche hanno evidenziato la necessità di un minimo grado di armonizzazione delle discipline penali nazionali per favorire il reciproco credito tra gli Stati. Già il Programma firmato a L'Aia ha promosso l'approvazione di regole minime comuni in materia penale, al fine di facilitare l'accoglimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie in Europa⁵⁰¹. Ulteriormente, il Libro Verde sul ravvicinamento, il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sanzioni penali nell'Unione Europea⁵⁰², ha stabilito che l'armonizzazione in materia penale persegue numerosi fini, tra cui il rafforzamento della fiducia reciproca⁵⁰³. Lo stesso Trattato di Lisbona prevede che il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie sia basato su una armonizzazione delle discipline⁵⁰⁴.

Infine, anche la dottrina ha aderito a questo orientamento: la convergenza dei diritti nazionali, sia sostanziali che procedurali, costituisce un elemento essenziale per la creazione di un reciproco affidamento tra gli Stati⁵⁰⁵.

4. Il reciproco riconoscimento da Tampere a Lisbona

Il mutuo riconoscimento in ambito penale venne per la prima volta menzionato nel Consiglio Europeo tenutosi a Cardiff nel 1998. In particolare, i temi fondamentali del dibattito furono l'effettiva cooperazione giudiziaria nella lotta al crimine, e la necessità di una stretta collaborazione tra gli Stati: obiettivi ritenuti realizzabili attraverso il reciproco accoglimento delle decisioni giudiziarie⁵⁰⁶.

Successivamente, sulla scia delle politiche adottate a Cardiff, venne presentato il Piano d'azione del Consiglio e della Commissione diretto alla esecuzione delle norme del Trattato di Amsterdam sullo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁵⁰⁷, che prevedeva l'adozione di misure per facilitare la circolazione e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia penale, entro due anni dall'entrata in vigore del Trattato⁵⁰⁸.

⁵⁰⁰ A.SUOMINEN, *The principle of mutual recognition in cooperation in criminal matters*, cit., p. 51: l'esempio proposto è quello degli Stati del nord Europa, con tradizioni giuridiche considerate molto più simili rispetto a quelle degli Stati mediterranei.

⁵⁰¹ The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union, GUUE C-53/1, 03/03/2005, punto 3.3.2: v. *infra* par. 4.

⁵⁰² COM(2004)334.

⁵⁰³ Paragrafo 1.1.

⁵⁰⁴ Art. 82 TFUE.

⁵⁰⁵ A.WEYEMBERGH, *Approximation of criminal law, the Constitutional Treaty and the Hague Programme*, in *Common market law review*, 2005, vol. 42, p. 1575; A.SUOMINEN, *The principle of mutual recognition in cooperation in criminal matters*, cit., p. 50; J.W.OUWERKERK, *Quid pro Quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, cit., p. 52.

⁵⁰⁶ Punto 39 delle Conclusioni della Presidenza al Consiglio Europeo di Cardiff (15 e 16 Giugno 1998). Cfr. anche A.SUOMINEN, *The principle of mutual recognition in cooperation in criminal matters*, cit., p. 43.

⁵⁰⁷ GUUE C-19/1, 23/01/1999.

⁵⁰⁸ Punto 45 (f) delle Conclusioni.

Tuttavia, fu solo durante il Consiglio Europeo a Tampere che il reciproco riconoscimento assunse il rango di principio fondamentale nella cooperazione giudiziaria in materia penale⁵⁰⁹. Lo scopo era quello di facilitare la creazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (istituito dal Trattato di Amsterdam), attraverso la libertà di circolazione e la tutela della sicurezza, in un sistema di giustizia accessibile a tutti⁵¹⁰. Permettere alle decisioni giudiziarie straniere di emanare effetti in un altro Stato avrebbe evitato che gli individui traessero vantaggio dalla suddetta libertà nell'esercizio di attività criminali⁵¹¹.

L'origine di tale principio viene fatta risalire alla creazione del mercato comune (quindi, un settore totalmente differente da quello penale). Si era optato per un sistema in cui i beni potevano liberamente circolare all'interno di uno spazio privo di frontiere, anche se gli standard nazionali fossero stati diversi: piuttosto che tentare la strada della armonizzazione delle discipline in materia, gli Stati avrebbero dovuto "accettare" i prodotti esteri come provenienti dal mercato interno, riconoscendo la validità delle normative straniere⁵¹². La scelta di fondare la collaborazione europea in materia penale su tale modello fu dettata da evidenti ragioni di praticità: si adottò un meccanismo che permettesse un'efficiente cooperazione tra gli Stati, nonostante le differenze, evitando quindi che la sovranità degli ordinamenti soffrisse a causa di un intervento regolatore europeo⁵¹³. Il principio del reciproco riconoscimento si dimostrava essere un ottimo compromesso: da un lato, rispondeva alle esigenze degli orientamenti contrari all'armonizzazione in ambito penale, permettendo il conseguimento di risultati soddisfacenti in sede di cooperazione, senza che gli Stati dovessero, *prima facie*, modificare la propria disciplina nazionale; dall'altro, anche gli indirizzi più progressisti erano comunque soddisfatti, in quanto veniva evitata una stagnazione dell'integrazione europea in materia penale⁵¹⁴.

Cinque anni dopo, un secondo Programma quinquennale venne adottato a L'Aia nel 2005⁵¹⁵, con obiettivi analoghi: garantire, con la collaborazione

⁵⁰⁹ Conclusioni della Presidenza al Consiglio Europeo di Tampere (15 e 16 Ottobre 1999), punto 33.

⁵¹⁰ Punto 2 delle Conclusioni.

⁵¹¹ Punto 5 delle Conclusioni. Il tradizionale meccanismo di cooperazione, eccessivamente lento ed inefficiente, veniva quindi sostituito da un modello ispirato al riconoscimento delle decisioni straniere. Cfr. anche A.SUOMINEN, *The principle of mutual recognition in cooperation in criminal matters*, cit., p. 44. Cfr. anche A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 356, in riferimento al "*mutual recognition model*".

⁵¹² C.GOMEZ-J.DIEZ, *European federal criminal law*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 34.

⁵¹³ A.SUOMINEN, *The principle of mutual recognition in cooperation in criminal matters*, cit., p. 52.

⁵¹⁴ V.MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, cit., p. 1280.

È stata ulteriormente sottolineata la differenza tra armonizzazione e reciproco riconoscimento: nonostante siano considerati entrambi essenziali per la formazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la prima mira alla creazione di un'area in cui i sistemi penali degli Stati siano coerenti, almeno nei loro elementi essenziali. Questo non sembra essere, tuttavia, lo scopo del mutuo riconoscimento, che mira, semplicemente, ad incrementare la cooperazione tra gli Stati Membri. Così secondo A.SUOMINEN, *The principle of mutual recognition in cooperation in criminal matters*, cit., p. 56.

⁵¹⁵ The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union, cit.

dell'Unione e degli Stati Membri, la tutela dei diritti fondamentali, il rispetto delle garanzie minime dei cittadini (tra cui l'accesso incondizionato ai canali di giustizia), e soprattutto l'ulteriore sviluppo del reciproco accoglimento delle decisioni penali e civili. Questo ambizioso progetto richiedeva il rafforzamento della fiducia tra gli Stati Membri, valorizzando le diversità tra gli ordinamenti e l'unità del diritto europeo. Come già notato, il suddetto Programma riconobbe per la prima volta la necessità di un minimo livello di armonizzazione, per permettere il pieno funzionamento del sistema di cooperazione fondato sulla reciproca accettazione delle decisioni straniere⁵¹⁶.

Nel 2010, un terzo Programma è stato adottato a Stoccolma⁵¹⁷, sulla scia dei risultati conseguiti dai precedenti. Anche stavolta ha assunto rilievo l'importanza di sviluppare ulteriormente lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, obiettivo perseguibile solo col rafforzamento della reciproca fiducia tra gli Stati, indispensabile per una cooperazione in materia penale⁵¹⁸; nonché la necessità di fondare il mutuo riconoscimento su un livello minimo di armonizzazione tra le discipline nazionali⁵¹⁹. Il Consiglio Europeo ha ritenuto che un certo grado di approssimazione era necessario per promuovere e facilitare la reciproca comprensione tra gli operatori del diritto nei vari ordinamenti giuridici⁵²⁰.

Infine, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha avuto un impatto determinante sul mutuo riconoscimento, elevato a principio di diritto primario: il Trattato stabilisce infatti che l'Unione "si adopera per garantire un elevato livello di sicurezza [...] anche attraverso il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e, se necessario, l'armonizzazione delle legislazioni penali"⁵²¹. Addirittura, la cooperazione giudiziaria "è fondata sul riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati Membri [...]"⁵²².

5. (segue): Questioni irrisolte in tema di reciproco riconoscimento: cenni

Nonostante gli indiscutibili vantaggi del nuovo modello di cooperazione, in dottrina sono emerse perplessità riguardo la possibilità stessa di applicare, in sede penale, un principio nato all'interno del mercato unico.

Le critiche riguardano soprattutto la natura dei due ambiti, qualitativamente diversi. Le dinamiche del diritto penale sembrano differenti dalle norme che regolano il mercato, connaturato da un certo grado di flessibilità dovuto alla massimizzazione dei profitti; mentre la materia penale si

⁵¹⁶ V. anche Capitolo 2, Sezione 2.2 e 2.3. Cfr. J.W.OUWERKERK, *Quid pro Quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, cit., p. 99.

⁵¹⁷ The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting citizens, GUUE C-115/1, 04/04/2010.

⁵¹⁸ Capitolo 1, Sezione 2.1.

⁵¹⁹ Capitolo 3.

⁵²⁰ Capitolo 3, Sezione 3.3.

⁵²¹ Art. 67 (3) TFUE.

⁵²² Art. 82 TFUE.

ispira a principi di prevedibilità e certezza. Oltretutto, diverso sarebbe l'oggetto del riconoscimento: nella prima ipotesi, merci provenienti da Paesi esteri; nel secondo caso, decisioni giudiziarie idonee a limitare i diritti fondamentali degli individui, spesso a seguito di un intervento esecutivo dello Stato⁵²³.

Ulteriormente, il nuovo paradigma di cooperazione sembra incrementare le occasioni per i Governi di esercitare il proprio potere punitivo, generando diversità sostanziali tra i cittadini⁵²⁴. A causa delle diverse discipline nazionali, è possibile che uno Stato preveda garanzie processuali meno rigide rispetto ad altri Paesi europei: ciononostante, una decisione presa all'interno di un regime meno restrittivo deve essere equiparata a quella adottata in un sistema più limitativo dei diritti individuali. Di conseguenza, vengono di fatto uguagliate due situazioni sostanzialmente diverse, causando disparità di trattamento⁵²⁵.

Ulteriori perplessità riguardano la carenza di legittimità democratica delle istituzioni europee, ovvero la stessa esistenza di uno *ius puniendi* di titolarità dell'Unione. Tali critiche sembrano però superabili: se le istituzioni esercitano i loro poteri attraverso strumenti giuridici adottati con la partecipazione del Parlamento Europeo (attraverso, ad esempio, la procedura legislativa ordinaria), la legittimità democratica è sufficientemente fondata⁵²⁶.

Infine, viene messo in discussione anche lo stesso principio di legalità: l'eliminazione del requisito della doppia incriminazione dai principali strumenti di cooperazione, permette agli Stati di riconoscere ed eseguire una sentenza straniera anche se il fatto giudicato non costituisce reato all'interno dell'ordinamento richiesto⁵²⁷. Sebbene il mantenimento del predetto requisito risulti contrario alla *ratio* stessa del nuovo modello, una sua abolizione si scontra inevitabilmente con il principio di legalità, costituzionalmente garantito da un numero rilevante di Stati Membri⁵²⁸.

Malgrado il mutuo riconoscimento mantenga la stessa funzione tanto nel mercato interno quanto in materia penale (ovvero la soppressione di ostacoli alla circolazione, in una Unione senza confini), facilitare lo spostamento di un prodotto e prescrivere l'accoglimento delle decisioni penali straniere sortiscono effetti molto diversi: nel secondo ambito, infatti, produce limitazioni nei confronti della libertà di circolazione degli individui⁵²⁹.

Una maggiore omogeneità tra le discipline nazionali è quindi necessaria per evitare le suddette problematiche: ulteriori collaborazioni in materia penale,

⁵²³ Ad esempio nel caso di arresto o estradizione. Cfr. V.MITSILEGAS, *EU criminal law*, Portland (OR), Hart Publishing, 2009, pp. 117-118.

⁵²⁴ C.GOMEZ-J.DIEZ, *European federal criminal law*, cit., p. 39.

⁵²⁵ Nonostante i principi cardine del mutuo riconoscimento siano i medesimi sia nel mercato unico che in materia penale, sembra che, nel secondo caso, le garanzie dei soggetti siano esposte a rischi maggiori: malgrado le limitazioni per gli individui, i benefici di una sua applicazione tendenzialmente prevalgono sui rischi. Così in J.W.OUWERKERK, *Quid pro Quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, cit., p. 71.

⁵²⁶ C.GOMEZ-J.DIEZ, *European federal criminal law*, cit., p. 42.

⁵²⁷ Il requisito della doppia incriminazione richiede che il comportamento delittuoso, sulla base del quale si inoltra la richiesta di riconoscimento, sia considerato reato anche dallo Stato richiesto.

⁵²⁸ V.MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, cit., p. 1286.

⁵²⁹ V.MITSILEGAS, *EU criminal law*, cit., p. 118.

per essere ragionevoli, dovranno quindi essere precedute e favorite da una armonizzazione dei diritti nazionali. Attualmente, invece, il principio opera a prescindere da un solido processo di approssimazione⁵³⁰.

Concludendo, il cieco conformarsi alle discipline straniere, senza controlli sulle procedure e senza poterne prevedere *a priori* gli effetti, costituisce un "viaggio verso l'ignoto"⁵³¹ che ha portato all'introduzione di meccanismi volti ad evitare, in presenza di determinate condizioni, la automaticità del riconoscimento: uno di questi è proprio il *Ne bis in idem*.

6. Riconoscimento reciproco e *Ne bis in idem*

La reciproca fiducia tra gli Stati europei ha un duplice effetto nei riguardi dei diritti fondamentali, in base alle circostanze: un affidamento nei confronti di una sentenza si dimostra vantaggioso per l'individuo, che potrà esercitare la propria libertà di circolazione senza incorrere nel rischio di una ripetizione del medesimo processo. Tuttavia, la fiducia nei confronti di una differente decisione, ad esempio un mandato d'arresto, opera a danno del soggetto: in questa ipotesi, il rischio di *bis in idem* è reale quando la decisione sia stata emanata per fatti già giudicati o valutati, nello Stato o all'estero. In quest'ultimo caso, il rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo opera come limite al reciproco affidamento degli Stati⁵³².

Ciò premesso, è possibile distinguere due tipi di mutuo riconoscimento. Il primo esige un intervento specifico dello Stato richiesto, e serve gli interessi del Paese richiedente (è il caso del Mandato d'arresto europeo). La seconda ipotesi, che prescinde da qualsiasi intervento da parte dell'ordinamento, impone di accettare e conformarsi ad una decisione giudiziaria straniera, anche ai fini del *Ne bis in idem*, per di garantire gli interessi del soggetto⁵³³. Questo nuovo modello di cooperazione opera quindi un bilanciamento tra le garanzie individuali, e l'interesse dello Stato alla sicurezza sociale. Tale obiettivo è

⁵³⁰ C.GOMEZ-J.DIEZ, *European federal criminal law*, cit., pp. 40-41.

⁵³¹ "Journey to the unknown": v. V.MITSILEGAS, *EU criminal law*, cit., p. 119. Cfr. anche V.MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, cit., pp. 1281 e 1290.

⁵³² V.MITSILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New journal of European criminal law*, 2015, Vol. 6, n. 4, p. 461, il quale ritiene che la presunzione di fiducia limita, nel caso del Mandato d'arresto europeo, la tutela dei diritti fondamentali nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia.

Oltretutto, l'applicazione più estesa del mutuo riconoscimento (ovvero la sua manifestazione maggiormente restrittiva: il Mandato d'arresto europeo), fa sorgere preoccupazioni con riguardo all'estensione del potere punitivo dello Stato. Tuttavia, un'applicazione assoluta del *Ne bis in idem* (diretta a facilitare la libera circolazione), conduce al risultato opposto, ovvero una eccessiva tutela dell'individuo all'interno dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia: così V.MITSILEGAS, *EU criminal law*, cit., p. 149.

⁵³³ A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., pp. 261-262.

raggiungibile sono se il divieto di *bis in idem* viene limitato, per favorire l'efficace funzionamento dello Stato come garante della giustizia⁵³⁴.

Il riconoscimento passivo è stato considerato un corollario del *Ne bis in idem*⁵³⁵. La necessità di evitare un secondo giudizio implica che gli ordinamenti si conformino alle decisioni straniere, e riconoscano le sentenze estere come valide nello Stato. Solo così si evita che “una persona, per il fatto di esercitare il suo diritto alla libertà di circolazione, sia sottoposta a procedimento penale per gli stessi fatti sul territorio di più Stati Membri [...]”⁵³⁶, permettendo al soggetto definitivamente giudicato di spostarsi liberamente all'interno dello Spazio di Schengen senza il rischio di subire un secondo processo⁵³⁷.

Restrizioni al *Ne bis in idem* sono previste nello stesso articolo della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen che regola tale preclusione (art. 54). Anzitutto, è necessaria una sentenza definitiva perché operi il divieto, e la pendenza di un nuovo procedimento per gli stessi fatti e nei confronti del medesimo soggetto. Inoltre, è richiesto che la prima pronuncia (se di condanna) sia stata eseguita, sia in corso di esecuzione, ovvero non possa più essere eseguita⁵³⁸.

Nell'introdurre un ulteriore limite, l'art. 55 CAAS permette agli Stati Membri di dichiarare, al momento della ratifica, di non essere vincolati all'articolo precedente in determinate circostanze⁵³⁹. Nessuna di queste deroghe sembra però assoluta. L'art. 56 CAAS stabilisce che, se in uno Stato sia iniziato un secondo procedimento per lo stesso fatto nei confronti della medesima persona, ogni periodo di privazione della libertà già scontato deve essere detratto dalla pena eventualmente inflitta⁵⁴⁰.

Questo ad ulteriore conferma che, nello Spazio europeo, la libertà di circolazione non può sempre prevalere, e il mutuo riconoscimento deve essere ragionevolmente applicato. L'art. 3 TUE stabilisce infatti che “[l']Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libertà di circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne [...] la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima”. La “Sicurezza” e la “Giustizia” non sarebbero

⁵³⁴ V.MITSILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's Area of Criminal Justice*, cit., p. 459. Cfr. anche E.SHARPSTON-J.M.FERNANDEZ MARTIN, *Some reflections on Schengen free movement rights and the principle of Ne bis in idem*, in *Cambridge year book of european legal studies*, 2008, vol. 10, p. 413, secondo cui la Corte di Giustizia ha interpretato il principio del *Ne bis in idem* ex art. 54 CAAS bilanciando due obiettivi fondamentali, parzialmente inconciliabili tra loro: la libertà di circolazione delle persone nello 'Spazio di Schengen', e lo scopo di garantire ai cittadini un elevato grado di sicurezza all'interno dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia.

⁵³⁵ J.W.OUWERKERK, *Quid pro Quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, cit., p. 124; C.JANSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, cit., p. 132.

⁵³⁶ Corte di Giustizia, 11 Febbraio, 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, cit., par. 38.

⁵³⁷ C.JANSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, cit., p. 145.

⁵³⁸ Si rimanda ai paragrafi successivi l'approfondimento dei singoli termini dell'art. 54 CAAS: v. *infra* par. 8 e ss.

⁵³⁹ Si rimanda ai paragrafi successivi l'approfondimento dei singoli termini dell'art. 55 CAAS: v. *infra* par. 8 e ss.

⁵⁴⁰ Cfr. *infra* par. 9.

sufficientemente tutelate se prevalesse la tutela della “Libertà”, attraverso l’applicazione di un *Ne bis in idem* senza limitazioni⁵⁴¹. Da cui la conclusione che il riconoscimento reciproco non costituisce un obiettivo in sé, ma piuttosto un mezzo per raggiungere un altro fine: lo stesso Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia⁵⁴².

7. Il *Ne bis in idem* negli strumenti di cooperazione europea

Negli ultimi decenni, sono stati adottati numerosi strumenti giuridici diretti a favorire la reciproca assistenza tra gli Stati, in cui il *Ne bis in idem* costituisce un limite alla cooperazione.

Con riguardo agli atti adottati sulla base del modello di mera assistenza⁵⁴³, alcuni non contengono un riferimento al *Ne bis in idem*. Tra questi, va menzionata la Convenzione relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione Europea⁵⁴⁴, adottata con lo scopo di integrare e facilitare l’applicazione di vari strumenti di collaborazione già in vigore⁵⁴⁵. L’assenza di una disposizione sul *Ne bis in idem*, come motivo per rifiutare l’assistenza, sembra coerente con la natura della Convenzione, che agevole l’utilizzo di strumenti già esistenti.

Un apprezzabile tentativo di armonizzare le norme sul divieto di un giudizio *in idem* è rappresentato dalla Convenzione tra gli Stati Membri delle Comunità europee sul *Ne bis in idem* del 1987⁵⁴⁶. Veniva introdotta una disciplina che avrebbe impedito ad un soggetto, già giudicato in via definitiva, di incorrere nel rischio di un secondo processo per gli stessi fatti in uno Stato diverso, se la sanzione fosse stata imposta ed eseguita, o fosse in corso di esecuzione, ovvero non fosse più passabile di esecuzione⁵⁴⁷. Nonostante l’apprezzabile formulazione del divieto, la Convenzione ha avuto un impatto

⁵⁴¹ C.JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, cit., p. 146. Per l’orientamento della Corte di Giustizia, v. in particolare Corte di Giustizia, 10 Marzo 2005, C-469/03, *Miraglia*, cit., I-2011; Corte di Giustizia, 28 Settembre 2006, C-467/04, *Gasparini e altri*, cit., I-9245; Corte di Giustizia, 18 Luglio 2007, C-367-05, *Kraaijenbrink*, in *ECR*, 2007, I-6640, approfonditi *infra* par. 8 e ss.

⁵⁴² C.JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, cit., p. 146. Cfr. anche A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 371, il quale sostiene che il mutuo riconoscimento non ha carattere assoluto, ma è limitato da una serie di motivi di non esecuzione, tra cui il divieto di doppio giudizio.

⁵⁴³ V. *supra* par. 2.

⁵⁴⁴ GUUE C-197/1, 12/07/2000. Cfr. anche J.A.E.VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 216, il quale afferma che gli Stati europei sembrano intenzionati ad accettare il *Ne bis in idem* come motivo per negare l’assistenza reciproca in tema di estradizione, ma non in caso di cooperazione in sede investigativa (v. Convenzione europea di estradizione, in *Council of Europe Treaty Series*, N. 24, i cui articoli 8 e 9 prevedono il divieto di estradizione in caso di intervenuto giudicato, o processo pendente).

⁵⁴⁵ E.DENZA, *The 2000 Convention on mutual assistance in criminal matters*, in *Common market law review*, 2003, vol. 40, p. 1056.

⁵⁴⁶ *Convention between the Member States of the European Communities on double jeopardy*, stipulata a Bruxelles il 25 Maggio 1987.

⁵⁴⁷ Art. 1.

molto limitato nel panorama europeo, dovuto ad una adesione minima⁵⁴⁸. Il suo completo superamento è stato sancito dall'estensione della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen a tutti gli Stati Membri⁵⁴⁹.

Con il passaggio al modello fondato sul mutuo riconoscimento, le Decisioni Quadro sono diventate lo strumento per attuare la cooperazione in materia penale⁵⁵⁰, resa obbligatoria salvo determinati motivi di rifiuto tassativamente indicati (obbligatori o discrezionali).

La Decisione Quadro sul Mandato d'arresto europeo, primo esempio di cooperazione penale basata sul nuovo paradigma⁵⁵¹, contiene le disposizioni più chiare, tra tutte le Decisioni Quadro, in tema di *Ne bis in idem*⁵⁵². L'art. 3 indica i motivi di non esecuzione obbligatoria della richiesta: ai sensi del punto 2, il Mandato non deve essere eseguito quando la persona ricercata "[sia] 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"⁵⁵³.

L'art. 4 elenca invece i motivi di non esecuzione facoltativa: l'autorità giudiziaria richiesta può rifiutare di eseguire il Mandato d'arresto se, contro la medesima persona, sia in corso un procedimento nello Stato Membro di esecuzione per il medesimo fatto per cui è richiesto l'arresto (punto 2); se le autorità giudiziarie dello Stato membro di esecuzione hanno deciso di non esercitare l'azione penale per il reato oggetto del mandato, oppure di porvi fine, o se sia stata resa una decisione definitiva, sul tale fatto, che impedisca ulteriori procedimenti (punto 3); se il reato non sia più punibile o la pena non sia più eseguibile a causa del decorso del tempo, secondo la disciplina dello Stato membro di esecuzione, e i fatti rientrino nella competenza di tale Stato Membro in virtù delle proprie norme penali (punto 4); e se, in base ad informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione, risulta che la persona ricercata sia stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da un paese terzo 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 del paese della condanna (punto 5)⁵⁵⁴.

Ciò detto, è evidente che nessuna delle suddette norme impedisce, di per sé, la prosecuzione del procedimento penale nello Stato richiedente, venga o meno concessa la consegna del soggetto⁵⁵⁵. Il divieto di doppio giudizio non sembra quindi pienamente assicurato: si tratta, piuttosto, di un *Ne bis in idem*

⁵⁴⁸ La convenzione venne ratificata solamente da Danimarca, Francia ed Italia.

⁵⁴⁹ Artt. 54-58 CAAS, cfr. *infra* par. 8. V. anche E.SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo (Unione europea)*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1693.

⁵⁵⁰ Cfr. *supra* par. 2.

⁵⁵¹ J.A.E.VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 216; V.MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, cit., p. 1283.

⁵⁵² A.SUOMINEN, *The principle of mutual recognition in cooperation in criminal matters*, cit., p. 227.

⁵⁵³ Art. 3 (2).

⁵⁵⁴ Art. 3 (2).

⁵⁵⁵ Cfr. J.W.OUWERKERK, *Quid pro Quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, cit., p. 114.

estradizionale⁵⁵⁶. È da condividere quindi quell'orientamento dottrinale che distingue tra un *Ne bis in idem* come principio di protezione, e come garanzia. Nel primo caso, l'unico ostacolo ad un doppio giudizio internazionale è la mancata consegna del soggetto, senza alcuna preclusione ad un processo estero. Se il *Ne bis in idem* opera invece come garanzia, qualsiasi duplicazione viene bloccata⁵⁵⁷.

L'art. 7 della Decisione Quadro relativa al blocco dei beni e al sequestro probatorio⁵⁵⁸ indica, a sua volta, che il riconoscimento (o l'esecuzione) possono essere rifiutate qualora "[...] risulti immediatamente evidente che l'assistenza giudiziaria [...] violerebbe il principio del *ne bis in idem*" (comma 1 punto c).

Altre Decisioni Quadro che introducono il *Ne bis in idem* come motivo di rifiuto alla cooperazione sono la Decisione Quadro relativa al riconoscimento delle sanzioni pecuniarie⁵⁵⁹, delle decisioni di confisca⁵⁶⁰, delle sentenze penali⁵⁶¹, delle decisioni di sospensione condizionale⁵⁶², del mandato europeo di ricerca delle prove⁵⁶³, delle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare⁵⁶⁴, nonché la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale⁵⁶⁵. Negli strumenti menzionati il *Ne bis in idem* viene tendenzialmente indicato come motivo (facoltativo) per negare l'esecuzione, e non come diritto

⁵⁵⁶ V. *supra* cap. 1 par. 21. Meglio, si tratta di un *Ne bis in idem* riferito alla mancata 'consegna' del soggetto, non potendosi più riferire al classico termine 'estradizione': cfr. J.A.E.VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, cit., p. 101.

⁵⁵⁷ J.W.OUWERKERK, *Quid pro Quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, cit., p. 114.

⁵⁵⁸ Decisione Quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 Luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione Europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, GUUE L-196/45, 02/08/2003.

⁵⁵⁹ Decisione Quadro 2005/241/GAI del Consiglio, del 14 Febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, GUUE L-76/16, 22/03/2005. V. art. 7, comma 2, lett. (a), (c).

⁵⁶⁰ Decisione Quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 Ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, GUUE L-328/59, 24/11/2006. V. art. 8, comma 2, lett. (a), (h).

⁵⁶¹ Decisione Quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 Novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del mutuo riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure restrittive della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione Europea, GUUE L-327/27, 05/12/2008. V. art. 9, comma 1, lett. (c), (e).

⁵⁶² Decisione Quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 Novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, GUUE L-337/102, 16/12/2008. V. art. 11, comma 1, lett. (c), (e).

⁵⁶³ Decisione Quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 Dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, GUUE L-350/72, 30/12/2008. V. art. 13, comma 1, lett. (a).

⁵⁶⁴ Decisione Quadro 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 Ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati Membri dell'Unione Europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, GUUE L-294/20, 11/11/2009. V. art. 15, comma 1, lett. (c), (e).

⁵⁶⁵ Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 Aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, GUUE L-130/1, 01/05/2014. V. Considerando n. 17, e art. 11, comma 1, lett. (d).

fondamentale⁵⁶⁶. Le perplessità avanzate sin dalla Decisione sul Mandato d'arresto europeo rimangono quindi attuali: la tutela sembra certamente apprezzabile, ma non completa (data la natura non obbligatoria del rifiuto).

8. La Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen: l'articolo 54 CAAS

Oltre alle Decisioni Quadro sopra menzionate, altri due fondamentali atti europei contengono un riferimento al *Ne bis in idem*: la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (CAAS), e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE).

L'Accordo di Schengen è uno strumento di cooperazione intergovernativa stipulato nel 1985 tra soli cinque Stati Membri delle Comunità Europee. Seguì, nel 1990, la Convenzione di applicazione dell'omonimo accordo⁵⁶⁷. Nonostante si collocassero fuori dalla sfera delle iniziative Comunitarie, si è ritenuto che i principi ispiratori di tali accordi siano stati l'integrazione europea e la libertà di circolazione⁵⁶⁸. Con il Trattato di Amsterdam, inoltre, tali strumenti sono diventati parte integrante del diritto dell'Unione, vincolante per gli Stati Membri⁵⁶⁹.

La Convenzione è stata ritenuta determinante nel processo di affermazione di un *Ne bis in idem* convenzionale extranazionale⁵⁷⁰. Può essere infatti considerata come il primo trattato che sancisce il *Ne bis in idem* internazionale come diritto *erga omnes*, seppur limitato all'interno dello Spazio di Schengen⁵⁷¹. La disciplina in materia di doppio giudizio è contenuta nel Capitolo 3, negli artt. 54-58⁵⁷².

In particolare, l'art. 54 CAAS stabilisce che “[u]na persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva da una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti da 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

⁵⁶⁶ J.A.E.VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 217.

⁵⁶⁷ Insieme chiamati gli 'Accordi di Schengen'.

⁵⁶⁸ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 65.

⁵⁶⁹ Cfr. *supra* par. 1.

⁵⁷⁰ J.A.E.VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, cit., p. 109. Cfr. anche M.FLETCHER-R.LÖÖF, *EU criminal law and justice*, Cheltenham (UK), Elgar European law, 2008, p. 132, secondo cui le norme sul *Ne bis in idem* contenute nella Convenzione furono adottate col preciso scopo di una loro applicazione oltre i confini nazionali.

⁵⁷¹ J.A.E.VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 218. Cfr. anche J.A.E.VERVAELE *Multilevel and multiple punishment in Europe. The ne bis in idem principle and the protection of human rights in Europe's area of freedom, security and justice*, in A.VAN HOEK-A.HOL-O.JANSEN-P.RIJKEMA-R.WIDDERSHOVEN (a cura di), *Multilevel Governance in Enforcement and adjudication*, cit., p. 10.

⁵⁷² Nonostante il Regno Unito e l'Irlanda non partecipino alla Convenzione, essi sono vincolati dagli artt. 54-58 CAAS: v. Libro Verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali, COM(2005) 696 def., punto 3; M.WASMEIER-N.THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, cit., p. 566.

Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita”. La disposizione viene considerata come la più avanzata manifestazione del divieto di doppio giudizio internazionale⁵⁷³: essa, infatti, costituisce “l’espressione autentica del principio del *ne bis in idem*”⁵⁷⁴.

Questa norma sembrava anticipare l’esigenza, maturata dopo l’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, di assicurare un principio che impedisse una duplicazione di giudizi all’interno dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, garantendo la libertà di circolazione dei cittadini⁵⁷⁵. Lo scopo della disposizione è quello 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”⁵⁷⁶. Di conseguenza, l’art. 54 richiede un riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie all’interno dell’Unione, indipendentemente dalle differenze tra i sistemi giuridici, e a prescindere da una effettiva imposizione della sanzione⁵⁷⁷.

Per queste ragioni, tale principio assume le vesti di un diritto fondamentale legittimato da esigenze di equità e certezza del diritto, e non di una mera regola processuale⁵⁷⁸. Non solo: la norma rafforza inoltre la “certezza del diritto nell’Unione, facendo in modo che la sentenza penale definitiva di condanna, resa in uno Stato Membro, non sia rimessa in discussione [altrove]”⁵⁷⁹. A dispetto di una tradizione giuridica in cui il *Ne bis in idem* assume valore solo in ambito interno, appare di estrema rilevanza una disciplina che estenda la sua efficacia in un contesto sovranazionale⁵⁸⁰.

L’ambito di applicazione della disposizione è rimasto a lungo incerto. Le differenze tra i sistemi giuridici penali hanno impedito (in un primo momento) di pervenire ad una interpretazione condivisa della norma, in particolare dei suoi elementi fondamentali (“sentenza definitiva”, “medesimi fatti”, “esecuzione della pena”)⁵⁸¹. Opportuna si è quindi dimostrata l’attività ermeneutica della Corte di

⁵⁷³ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 23. Cfr. anche H.J.BARTSCH, *Council of Europe-ne bis in idem: the European perspective*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2002, vol. 73, pp. 1167-1168; G.SLUITER-H.FRIMAN-S.LINTON-S.VASILIEV-S.ZAPPALÀ, *International criminal procedure – Principles and rules*, cit., p. 472; C.GOMEZ-J.DIEZ, *European federal criminal law*, cit., p. 150, secondo cui si tratta della più importante norma sul doppio giudizio presente a livello europeo.

⁵⁷⁴ Opinione dell’AG Colomer, in *ECR*, 2002, I-1348, par. 46, alla sentenza Corte di Giustizia, 11 Febbraio, 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, cit.

⁵⁷⁵ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 69.

⁵⁷⁶ Corte di Giustizia, 11 Febbraio, 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, cit., I-1391, par. 38.

⁵⁷⁷ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 71.

⁵⁷⁸ J.A.E.VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, cit., p. 112.

⁵⁷⁹ Programma di misure per l’attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, GUUE C-12/10, 15/01/2001, par. 1.1.

⁵⁸⁰ M.WASMEIER-N.THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, cit., p. 566; R.LÖÖF, *54 CISA and the principles of ne bis in idem*, in *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2007, p. 312.

⁵⁸¹ E.SHARPSTON-J.M.FERNANDEZ MARTIN, *Some reflections on Schengen free movement rights and the principle of Ne bis in idem*, cit., p. 422.

Giustizia, che ha contribuito in modo determinante alla delimitazione dell'operatività del divieto⁵⁸².

La Corte è altresì intervenuta per individuare l'ambito di applicazione *ratione loci* e *ratione temporis* dell'art. 54, attraverso la sentenza *Bourquain*⁵⁸³. La questione verteva sulla possibilità di processare in Germania un soggetto già giudicato da un tribunale militare francese in Algeria, Stato non membro dell'Unione. In aggiunta, ulteriori dubbi persistevano dal momento che la prima sentenza era stata emanata nel 1961, quando la Convenzione non era ancora in vigore.

Rispetto ad entrambe le situazioni indicate si è stato ritenuto applicabile l'art. 54. Con riguardo ai limiti geografici, la Corte ha sostenuto che l'operatività "non può [...] dipendere, nelle circostanze specifiche che caratterizzano detta condanna, dal luogo in cui [essa] è stata pronunciata, in quanto l'elemento decisivo è costituito dal fatto che detta condanna sia stata pronunciata dall'autorità giudiziaria competente di uno Stato divenuto Parte contraente della CAAS"⁵⁸⁴: è la giurisdizione della corte, piuttosto che la sua collocazione geografica, ad essere determinante⁵⁸⁵.

Quanto all'applicazione *ratione temporis* della norma, si è detto che, "anche se la CAAS non era ancora in vigore in Francia al momento della pronuncia della prima condanna [nei confronti del] del sig. Bourquain da parte dell'autorità giudiziaria competente di tale Stato, essa lo era invece nei due Stati interessati al momento della valutazione dei presupposti per l'applicazione del principio «*ne bis in idem*» da parte del giudice adito per secondo [...]"⁵⁸⁶. Ciò che rileva ai fini dell'applicazione dell'art. 54 sembra essere dunque il momento di instaurazione del secondo giudizio, piuttosto che la pronuncia della prima sentenza⁵⁸⁷.

Infine, anche il rapporto dell'art. 54 CAAS con l'art. 4, comma 2, del Protocollo n. 7 alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo è stato motivo di dibattito⁵⁸⁸. Tale norma prevede che "[l]e disposizioni del paragrafo precedente [ovvero: divieto di persecuzione e condanna *in idem*] non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio

⁵⁸² V. *infra* parr. 13 e ss.

⁵⁸³ Corte di Giustizia, 11 Dicembre 2008, C-297/07, *Bourquain*, GUUE C-32/5, 07/02/2009.

⁵⁸⁴ Corte di Giustizia, 11 Dicembre 2008, C-297/07, *Bourquain*, cit., par. 29. Al paragrafo successivo, la Corte sostiene che, "[p]oiché l'art. 54 della CAAS non prevede, come ha giustamente sottolineato la Commissione delle Comunità europee, che la persona interessata debba necessariamente essere giudicata sul territorio delle Parti contraenti, tale disposizione, che ha lo scopo di proteggere una persona definitivamente giudicata da nuovi procedimenti penali avviati a suo carico per gli stessi fatti, non può essere interpretata nel senso che gli artt. 54-58 della CAAS non sono mai applicabili a persone che sono state giudicate da una Parte contraente che esercita la sua giurisdizione fuori dal territorio in cui vige detta Convenzione".

⁵⁸⁵ J.KENNER-A.WARD-S.PEERS-T.HERVEY, *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, Oxford, Bloomsbury, 2014, p. 1390.

⁵⁸⁶ Corte di Giustizia, 11 Dicembre 2008, C-297/07, *Bourquain*, cit., par. 28.

⁵⁸⁷ J.KENNER-A.WARD-S.PEERS-T.HERVEY, *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, cit., p. 1390.

⁵⁸⁸ Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, entrato in vigore il 1 Novembre 1988. Cfr. *supra* cap. 2.

fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta”⁵⁸⁹.

Qualora uno Stato sia legalmente vincolato da entrambi gli accordi, sembra non essere chiara la disciplina da applicare, in caso un giudizio sia stato definitivamente regolato ex art. 54 CAAS, ma sopravvengano le condizioni di cui all’art. 4(2) Protocollo. In questa eventualità, un secondo processo violerebbe il principio del *Ne bis in idem* garantito dall’art. 54 CAAS, dal momento che la Convenzione di Schengen è uno strumento autonomo ed applicabile indipendentemente dalla CEDU⁵⁹⁰.

In conclusione, la formulazione dell’art. 54, non meno che il suo ambito applicativo, dimostrano che il *Ne bis in idem* è considerato, in ambito europeo, sempre più come diritto fondamentale, piuttosto che mera preclusione nazionale. Ciò è dovuto allo stretto legame con la libertà di circolazione nello Spazio Schengen⁵⁹¹.

9. (segue): Gli articoli 55-58 CAAS

Il principio sancito dall’art. 54 viene limitato dalla norma immediatamente successiva: l’art. 55 comma 1 statuisce che “[u]n Paese contraente può, al momento della ratifica, dell’accettazione o dell’approvazione della presente convenzione dichiarare di non essere vincolato all’art. 54 [...]”. Viene poi indicata una serie di ipotesi in cui lo Stato può esercitare il suo *ius puniendi* anche in caso di intervenuto giudicato. In particolare, ciò può aver luogo: 1) quando i fatti oggetto della sentenza straniera siano avvenuti sul territorio dello Stato, in tutto o in parte (in quest’ultima eventualità, l’eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata) (lett. a); 2) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscano un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente (lett. b); 3) quando i fatti oggetto della sentenza straniera siano stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio (lett. c).

Ancora una volta, particolari interessi nazionali (ed il principio di territorialità) garantiscono la possibilità allo Stato di esercitare il suo potere punitivo *in idem*⁵⁹². L’opportunità di tali eccezioni è stata criticata, in quanto

⁵⁸⁹ Cfr. *supra* cap. 2 par. 5.

⁵⁹⁰ J.KENNER-A.WARD-S.PEERS-T.HERVEY, *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, cit., p. 1409. Cfr. anche, *mutatis mutandis*, B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in the European Union legal order: between scope and substance*, cit., p. 335.

⁵⁹¹ M.WASMEIER-N.THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, cit., p. 567; J.A.E.VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, cit., p. 117.

⁵⁹² L’Italia ha dichiarato che “[l]’articolo 54 della Convenzione non si applica nelle ipotesi previste nell’articolo 55, paragrafo 1, lettere a), b) e c), della convenzione stessa”. Inoltre, “[a]i 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” (Legge 30 Settembre 1993, N. 388, art. 7, commi 1 e 2).

contraria alla stessa *ratio* del mutuo riconoscimento⁵⁹³. Le suddette limitazioni (unite alle condizioni imposte dallo stesso art. 54), non sembrano però escludere *in toto* l'accoglimento delle pronunce straniere⁵⁹⁴. L'art. 56 stabilisce infatti che, “[s]e 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”.

Questo “principio di compensazione” è considerato una “regola generale di diritto comunitario, derivante dai principi di proporzionalità e di equità, che va tenuta distinta dal *ne bis in idem*, pur essendo ad esso collegata”⁵⁹⁵. Il principio di compensazione opera infatti nelle circostanze in cui, per qualsiasi ragione, il *Ne bis in idem* non abbia trovato applicazione⁵⁹⁶.

Inoltre, la preclusione ex art. 54 non causa una totale impotenza dello Stato di fronte al divieto. L'articolo 57 stabilisce infatti che, “[q]uando 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, chiederanno le informazioni rilevanti alle autorità competenti della Parte contraente sul cui territorio la sentenza è stata pronunciata” (comma 1).

Lo Stato ha quindi un ruolo fondamentale nella verifica delle condizioni per l'applicazione del principio. L'art. 57 impone il dovere di richiedere informazioni per evitare un secondo processo, ma la decisione finale sull'effettiva esistenza di duplicazioni spetta, in ogni caso, allo Stato, il cui potere discrezionale sembra tendenzialmente assoluto (salvo il controllo finale della Corte di Giustizia)⁵⁹⁷.

Infine, l'art. 58 prevede che “[l]e 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”.

10. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: l'articolo 50 CDFUE

Oltre alla Convenzione di Schengen, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ha introdotto una disciplina rilevante in tema di *Ne bis in idem*. Solennemente proclamata nel 2000, è diventata parte integrante del

⁵⁹³ M.FLETCHER-R.LÖÖF, *EU criminal law and justice*, cit., p. 138.

⁵⁹⁴ C.JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, cit., p. 158.

⁵⁹⁵ Opinione dell'AG Sharpston, in *ECR*, 2006, I-6445, par. 70, alla sentenza Corte di Giustizia, 18 Luglio 2007, C-288/05, *Kretzinger*, cit.

V. anche C.JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, cit., p. 148, secondo la quale l'art. 56 CAAS introduce un generale principio di proporzionalità: la norma viene ritenuta addirittura “complementare” all'art. 54 (p. 132).

⁵⁹⁶ E.SHARPSTON-J.M.FERNANDEZ MARTIN, *Some reflections on Schengen free movement rights and the principle of Ne bis in idem*, cit., p. 437-438.

⁵⁹⁷ C.JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, cit., p. 162.

diritto primario con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, assumendo lo stesso valore giuridico dei trattati (art. 6 TUE)⁵⁹⁸. Lo scopo della Carta è quello di "rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici", garantendo oltretutto "[...] i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati Membri [...]"⁵⁹⁹.

La disciplina sul *Ne bis in idem* è contenuta nell'articolo 50: "[n]essuno 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". Tale divieto "è riconosciuto, a livello dell'Unione, quale principio generale di diritto, ed ha acquistato, grazie [alla suddetta disposizione], il rango di diritto fondamentale"⁶⁰⁰.

La norma, in primo luogo, opera come preclusione ad un secondo processo nel medesimo ordinamento⁶⁰¹, sebbene "non si applic[hi] solo all'interno di una giurisdizione di uno stesso Stato, ma anche tra giurisdizioni di più Stati Membri"⁶⁰², in una dimensione europea. L'articolo 50 sembra inoltre ispirarsi al principio di proporzionalità delle pene di cui all'art. 49 comma 3 della Carta⁶⁰³. Un secondo processo (o sanzione) per il medesimo fatto sarebbe idoneo a violare sia la preclusione ex art. 50, sia il principio di proporzionalità, tutelato dall'articolo precedente. Inoltre, anche nell'ipotesi in cui l'imposizione di una successiva sanzione non venisse considerata in violazione del *Ne bis in idem* (perché, ad esempio, considerata di natura non penale), il principio di proporzionalità potrebbe comunque richiedere che la seconda tenga in considerazione la prima⁶⁰⁴.

L'ambito applicativo della disposizione è limitato dall'art. 51, il quale stabilisce che "[l]e disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". Anche il *Ne bis in idem* ai sensi dell'art. 50, quindi, opera solamente nei casi in cui uno Stato stia applicando il diritto penale (sostanziale o procedurale) dell'Unione, o

⁵⁹⁸ V. *supra* par. 1.

⁵⁹⁹ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, cit., Preambolo.

⁶⁰⁰ Opinione dell'AG Kokott, par. 13, alla sentenza Corte di Giustizia, 5 Giugno 2012, C-489/10, *Bonda*, GUUE C-217/2, 21/07/2012. Cfr. anche J.A.E.VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 224.

⁶⁰¹ J.KENNER-A.WARD-S.PEERS-T.HERVEY, *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, cit., p. 1374.

⁶⁰² Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, C-307/17, 14/12/2007, *sub art. 50*.

⁶⁰³ "Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato".

⁶⁰⁴ J.KENNER-A.WARD-S.PEERS-T.HERVEY, *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, cit., p. 1379.

I diritti fondamentali garantiti dalla Carta, tuttavia, non si configurano "come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti": così Corte di Giustizia, 18 Marzo 2010, cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, *Alassini*, GUUE C-134/3, 22/05/2010, par. 63.

qualora il diritto penale nazionale venga utilizzato al fine di eseguire disposizioni derivanti da discipline europee⁶⁰⁵.

Ulteriormente, la Carta non preclude l'applicazione del diritto nazionale nel caso preveda un livello di tutela più alto per l'individuo. La Corte ha sottolineato che, "quando un giudice di uno Stato Membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, 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"⁶⁰⁶. Di conseguenza, la Carta prevarrà sul diritto dello Stato quando fornisca un livello di protezione maggiore; in caso contrario, essa potrà comunque sostituirsi alle disposizioni nazionali se esse "comprometta[no] [...] il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione"⁶⁰⁷.

La disposizione sul *Ne bis in idem* sembra inoltre applicabile, *ratione loci* e *ratione temporis*, negli stessi termini dell'art. 54 CAAS⁶⁰⁸. Ciò vuol dire che l'art. 50 CDFUE opera in riferimento alla giurisdizione competente nel primo procedimento, indipendentemente dalla collocazione geografica della corte. Inoltre, la formulazione della norma non suggerisce in alcun modo che la sua applicazione si riferisca alla data in cui si è verificato il fatto, ma piuttosto al momento di instaurazione del secondo procedimento⁶⁰⁹.

Nonostante l'art. 50 si riferisca espressamente ad un "reato", la disposizione è ritenuta applicabile anche se la violazione non sia formalmente considerata di carattere penale, ma ne condivida la natura⁶¹⁰. Questo orientamento è in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che indica un procedimento come "penale" quando è sostanzialmente tale, indipendentemente dalla propria classificazione formale⁶¹¹.

⁶⁰⁵ J.KENNER-A.WARD-S.PEERS-T.HERVEY, *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, cit., p. 1385.

⁶⁰⁶ Corte di Giustizia, 26 Febbraio 2013, C-617/10, *Fransson*, GUUE C-114/7, 20/04/2013, par. 29.

⁶⁰⁷ J.KENNER-A.WARD-S.PEERS-T.HERVEY, *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, cit., p. 1419.

⁶⁰⁸ V. *supra* par. 8.

⁶⁰⁹ J.KENNER-A.WARD-S.PEERS-T.HERVEY, *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, cit., p. 1391.

⁶¹⁰ Corte di Giustizia, 5 Giugno 2012, C-489/10, *Bonda*, cit., par. 37; Corte di Giustizia, 26 Febbraio 2013, C-617/10, *Fransson*, cit., parr. 34-37; J.KENNER-A.WARD-S.PEERS-T.HERVEY, *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, cit., p. 1388.

⁶¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 Giugno 1976, Applicazione n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, par. 82.

L'art. 53 comma 2 della Carta stabilisce che i diritti assicurati nella Carta devono essere interpretati allo stesso modo di quelli sanciti nella CEDU: l'interpretazione dell'art. 50 CDFUE sembra doversi basare sui criteri individuati dalla sentenza *Engel*, e sull'autonoma interpretazione di "accusa penale" ex art. 6 CEDU. Così sostenuto da J.A.E.VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 220.

La preclusione ex art. 50 CDFUE ha sollevato un'ulteriore problematica in riferimento all'ipotesi di concorso tra due procedimenti, penale ed amministrativo, per lo stesso fatto. Già si è notato che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha sancito l'operatività del *Ne bis in idem* anche quando il procedimento/sanzione non sia di carattere penale, ma ne condivide sostanzialmente la natura⁶¹². L'art. 52 comma 3 CDFUE stabilisce inoltre che, "[I]addove 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". Sembra quindi concludersi che anche la preclusione ex art. 50 CDFUE impedisce l'imposizione di una doppia sanzione (penale ed amministrativa), qualora la seconda condivide il carattere della prima.

I dubbi nascono dal momento che un numero rilevante di Stati Membri dell'Unione Europea non ha ratificato il Protocollo della CEDU sul *Ne bis in idem*⁶¹³ (oltre alle riserve avanzate dagli Stati firmatari): non sembra così infrequente, nella tradizione giuridica degli ordinamenti europei, l'imposizione di più sanzioni di diversa natura, nei confronti del medesimo reato. Oltretutto, la formulazione letterale dell'art. 50 CDFUE non pare escludere questa eventualità⁶¹⁴.

Nonostante il principio di proporzionalità ed il divieto di arbitrarie imposizioni di pena garantiti dalle tradizioni costituzionali degli Stati Membri, è stata avanzata l'ipotesi che la soluzione più opportuna sia un'interpretazione parzialmente autonoma dell'art. 50 CDFUE: lo Stato può applicare una seconda sanzione di natura amministrativa (addirittura anche di carattere sostanzialmente penale), purché venga tenuta in considerazione la prima imposizione⁶¹⁵.

Tale indirizzo non è stato esente da critiche. Sembra che questo orientamento sia, in ultima istanza, dannoso all'integrità e all'efficacia del principio del *Ne bis in idem*, che non viene pienamente protetto. Inoltre, un'interpretazione della Carta che garantisca una tutela inferiore rispetto alla CEDU si pone in contrasto con lo stesso principio di omogeneità sancito dall'art. 52 comma 3 CDFUE. Infine, la stessa formulazione dell'art. 50 non giustifica la suddetta ipotesi, vietando non solo una doppia applicazione della pena, ma anche una duplicazione dei procedimenti⁶¹⁶: la *ratio* dell'istituto verrebbe altrimenti compromessa. Oltretutto, qualora la sanzione amministrativa non abbia carattere penale, il principio di proporzionalità potrebbe comunque esigere che si tenga conto della prima sanzione nel secondo procedimento⁶¹⁷.

⁶¹² Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 Febbraio 2009, Applicazione n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, cit., parr. 53-57.

⁶¹³ Protocollo n. 7 alla CEDU. Cfr. *supra* cap. 2 par. 1.

⁶¹⁴ Opinione dell'AG Villalón, in ECLI:EU:C:2012:340, p. 1, parr. 72 e 82, alla sentenza Corte di Giustizia, 26 Febbraio 2013, C-617/10, *Fransson*, cit.

⁶¹⁵ Opinione dell'AG Villalón, cit., p. 1, parr. 81-87, alla sentenza Corte di Giustizia, 26 Febbraio 2013, C-617/10, *Fransson*, cit.

⁶¹⁶ J.KENNER-A.WARD-S.PEERS-T.HERVEY, *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, cit., p. 1406.

⁶¹⁷ J.KENNER-A.WARD-S.PEERS-T.HERVEY, *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, cit., p. 1407.

11. Il rapporto tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE

Il *Ne bis in idem* richiede un'applicazione unitaria per garantire la tutela dell'individuo. Le diverse enunciazioni di cui è stato oggetto, tuttavia, rischiano di impedirne un'organica operatività in Europa. Coesistono infatti varie disposizioni sul medesimo principio, caratterizzate da differenti formulazioni e quindi diverso contenuto. Sebbene l'art. 50 CDFUE costituisca diritto primario dell'Unione, l'art. 54 CAAS rimane una norma autonomamente applicabile: questa molteplicità di disposizioni non contribuisce alla formazione di una coerente ed unitaria disciplina europea sul divieto di giudizio *in idem*⁶¹⁸.

Tale situazione ha suscitato numerosi dubbi, finché una pronuncia della Corte di Giustizia è intervenuta a dirimere le controversie. La problematica riguardava un duplice aspetto. Innanzitutto, il rapporto tra le diverse formulazioni delle disposizioni in esame: l'art. 54 CAAS subordina l'applicabilità del *Ne bis in idem* alla condizione che la sentenza sia stata eseguita, sia in corso di esecuzione, o non possa più essere eseguita; l'art. 50 CDFUE, invece, non prevede questo requisito, chiaro limite al divieto di giudizio *in idem*. L'interrogativo sorge spontaneo: è possibile un secondo giudizio, in caso di mancata esecuzione della sentenza, data la non operatività dell'art. 54 CAAS, o esso viene impedito dalla più ampia garanzia ex art. 50 CDFUE? Per di più, l'art. 50 CDFUE si applica quando vi sia identità tra i "reati", mentre la Convenzione si riferisce ai medesimi "fatti". In base al dato testuale, potrebbe sembrare che la Carta non trovi applicazione anche se agli addebiti penali vengano attribuiti *nomina iuris* differenti, senza che si tratti necessariamente di "fatti" diversi.

In secondo luogo, la problematica riguardava il rapporto tra l'art. 50 CDFUE e l'art. 55 CAAS: nell'ipotesi in cui la preclusione non operi a causa delle riserve presentate ex art. 55 CAAS, non è chiaro se il giudizio *in idem* sia proibito dall'art. 50 CDFUE, che non introduce alcuna limitazione.

Prima che intervenisse la Corte di Giustizia, taluni giudici nazionali erano già stati chiamati ad esprimersi sul rapporto tra le predette disposizioni. Ad esempio, il Giudice per le indagini preliminari di Milano ha ritenuto applicabile la Carta indipendentemente dalle restrizioni dettate dalla Convenzione. Sembra che il *Ne bis in idem* operi direttamente e senza eccezioni: il giudice ha giustificato questa interpretazione sulla base dell'equiparazione della Carta di Nizza con i Trattati, e della Dichiarazione n. 17 del Trattato di Lisbona, dove si stabilisce che "i Trattati e il diritto adottato dall'Unione [...] prevalgono sul diritto degli Stati Membri [...]". Viene infatti sostenuto che "[l']entrata in vigore del Trattato di Lisbona segna l'avvio di una nuova fase del rapporto tra l'Unione europea e gli ordinamenti nazionali, e contribuisce alla formazione di un vero e proprio 'diritto penale' dell'Unione"⁶¹⁹. "Il principio del *ne bis in idem* risulta pertanto funzionale, in questa prospettiva, alla creazione di una nuova stabilità giuridica, incentrata sulla fiducia reciproca degli Stati Membri. Esso, nella versione sancita dalla Carta di Nizza, non ammette deroghe ed assume la

⁶¹⁸ J.A.E.VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 225.

⁶¹⁹ Tribunale di Milano, Ufficio del giudice per le indagini preliminari, Sentenza N. 12396/92 RG N.R. – N. 3531/94 RG G.I.P., 6 Luglio 2011.

valenza di un principio generale del cittadino europeo: [...] [tale principio] è, quindi, una realtà che non prevede eccezioni. [Di conseguenza], [c]on il riconoscimento alla Carta del medesimo valore giuridico dei Trattati, deve ritenersi obbligatoria la diretta ed immediata applicazione dell'art. 50 CDFUE nel nostro ordinamento"⁶²⁰.

Ad avviso del magistrato, inoltre, non sono più applicabili le deroghe al principio del *Ne bis in idem* di cui all'art. 7 L. 388/1993 (che ha introdotto le riserve unilaterali presentate dagli Stati Membri ai sensi dell'art. 55 CAAS)⁶²¹: "la normativa attuale [CDFUE] riconosce, con più ampi spazi, lo stesso principio ispiratore che anima la *ratio* dell'accordo di Schengen. [...] Non vi [sarebbe], quindi, spazio per una ultrattività delle norme derogatrici di cui all'art. 55 CAAS, contrastanti con uno dei principi fondamentali del diritto comunitario a norma dell'art. 6 par. 2 TUE".

Simili conclusioni sono state raggiunte anche dalla dottrina. Si è sostenuto che le riserve unilaterali presentate dagli Stati non siano più valide a seguito dell'integrazione della Convenzione nel diritto dei Trattati. Secondo il Protocollo al Trattato di Amsterdam, l'*acquis* di Schengen integrato ricomprende l'Accordo del 1985, la Convenzione del 1990 (con i relativi atti finali e dichiarazioni congiunte), i Protocolli di accesso agli Accordi medesimi (con i relativi atti finali e dichiarazioni), nonché le dichiarazioni e le decisioni del Comitato Esecutivo⁶²²; la lettera del Protocollo sembra quindi escludere l'appartenenza di tali riserve al diritto dell'Unione. Anche la Decisione del Consiglio 1999/435/EC⁶²³ confermerebbe questo orientamento: la mancata indicazione delle dichiarazioni unilaterali nell'elenco degli strumenti giuridici integrati nell'*acquis* sembra far presumere la perdita di una loro validità legale a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam⁶²⁴.

Alcune critiche sono state mosse nei confronti della pronuncia del giudice milanese. Si è ritenuto che "[p]iù approfondita avrebbe dovuto essere, innanzitutto, l'analisi relativa alla mancata incorporazione nell'Unione, ad opera del trattato di Amsterdam, delle dichiarazioni degli Stati Membri ai sensi dell'art.

⁶²⁰ Alle stesse conclusioni è giunta la Corte di Cassazione in un precedente pronuncia: viene sostenuta la necessità di impedire la violazione del divieto del *ne bis in idem*, quindi di un principio posto a garanzia dell'individuo – che significativamente è stato elevato dall'art. 50 della Carta di Nizza tra i principi fondamentali dell'Unione Europea, e che ora, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è da ritenere direttamente applicabile in tutti i sistemi giuridici nazionali, accanto alle Costituzioni nazionali. Così Cass., sez. VI, 27 Dicembre 2010, S.R.A., in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 711.

⁶²¹ V. *supra* par. 9.

⁶²² F.LEIDENMÜHLER, *The incorporation of the Schengen acquis into the framework of the EU by example of the "ne bis in idem" principle*, in *The European legal forum*, 2002, p. 254.

⁶²³ GUUE L-176/1, 10/07/1999.

⁶²⁴ F.LEIDENMÜHLER, *The incorporation of the Schengen acquis into the framework of the EU by example of the "ne bis in idem" principle*, cit., p. 255. Cfr. anche J.A.E.VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, cit., p. 219, il quale afferma che né il Protocollo, né la Decisione del Consiglio fanno riferimento alle riserve ex art. 55 CAAS; da cui la conseguenza che il *Ne bis in idem* (così come sancito dall'art. 54) diventa un principio internazionale applicabile all'interno dell'Unione.

Opinione peraltro condivisa anche dal giudice di Milano, nel momento in cui sostiene che "l'accordo di Schengen sia stato incorporato nell'Unione Europea ad opera del Trattato di Amsterdam; tuttavia l'incorporazione non ricomprende anche le eventuali dichiarazioni che gli Stati Membri dell'Unione abbiano presentato in applicazione della Convenzione".

55 CAAS. Per quanto, nella sostanza, l'esito del ragionamento non muti, è ben diverso sostenere che le eccezioni al *ne bis in idem* non possono più operare perché l'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'Unione 'copre' il solo art. 55 CAAS e non anche le dichiarazioni presentate dagli Stati Membri [...]; o invece che esse non sono più applicabili perché in contrasto con l'art. 50 CDFUE, che, sovraordinato gerarchicamente alla CAAS, sancisce l'operatività piena del principio [...]"⁶²⁵.

Un ulteriore quesito sembra emergere. Se si accetta l'idea che l'incorporazione dell'*acquis* di Schengen abbia incluso anche le dichiarazioni degli Stati Membri, occorre considerare autonomamente il rapporto tra la norma primaria (art. 50 CDFUE) e quella di diritto derivato (art. 55 CAAS): "accanto alla tesi per cui, dato il suo carattere sovraordinato, l'art. 50 Carta non può essere derogato da norme di diritto derivato, pare prospettabile anche la tesi per cui l'art. 50 contiene un'affermazione di principio, destinata a trovare specificazione e chiarimenti quanto alla sua concreta operatività nella norma derivata, di dettaglio. In quest'ultima ipotesi, l'art. 55 CAAS non si verrebbe a configurare come 'violazione' della previsione di cui all'art. 50 Carta"⁶²⁶.

L'ipotesi di un rapporto di specialità tra l'art. 50 CDFUE e l'art. 54 CAAS è quindi plausibile. Sembra infatti "difficile, se non impossibile, sostenere che l'art. 50 CDFUE prevalga incondizionatamente sull'art. 54 CAAS e che, a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il carattere esecutivo della sentenza non sia più presupposto necessario per l'applicazione del *ne bis in idem*"⁶²⁷. La necessità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia appariva quantomeno opportuno.

12. (segue): La giurisprudenza tedesca sulla clausola di esecuzione e la sentenza *Spasic*

Anche la giurisprudenza tedesca ha avuto modo di esprimersi sul rapporto tra il *Ne bis in idem* garantito dalla Carta, e sancito dalla Convenzione⁶²⁸: l'art. 50 CDFUE è stata ridimensionato ed armonizzato secondo l'ambito applicativo dell'art. 54 CAAS. Tenuto conto che entrambe le norme sono giuridicamente vincolanti (una a livello di diritto primario, l'altra secondario), l'ulteriore condizione prevista dall'art. 54 CAAS per l'operatività del *Ne bis in idem* (la clausola di esecuzione della sentenza) costituisce una "limitazion[e] all'esercizio

⁶²⁵ C.AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Giur. merito*, 2012, p. 1617.

⁶²⁶ 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. 1620.

⁶²⁷ 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. 1621.

⁶²⁸ Corte distrettuale di Aquisgrana, 8 Dicembre 2010, 52 Ks 9/08, *Boere*, nel commento C.BURCHARD-D.BRODOWSKI, *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*, 2010, vol. 1, n. 3, p. 310.

dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta” ai sensi dell’art. 52(1) CDFUE. Tale norma prevede che “[e]ventuali 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”. Ad avviso della giurisprudenza tedesca, la limitazione di cui alla clausola di esecuzione rispetta i requisiti stabiliti dall’art. 52 (1) CDFUE: si tratterebbe quindi una legittima eccezione che deroga la norma generale⁶²⁹.

Secondo tale lettura, l’art. 50 CDFUE sancisce un principio generale, parzialmente derogato dalla norma speciale della Convenzione, che introduce un’ulteriore condizione di applicazione. Tale restrizione sarebbe legittima in quanto conforme ai requisiti previsti dall’art. 52(1) CDFUE: il principio di legalità, il rispetto del contenuto essenziale dei diritti e delle libertà della Carta, la proporzionalità dell’eccezione, la sua necessità, e le sue finalità di interesse generale o di protezione dei diritti. Gli argomenti che giustificano una tale clausola si ritrovano nella corretta amministrazione della giustizia, nella tutela degli interessi della società e delle vittime⁶³⁰, e nell’esigenza di garantire una effettiva applicazione della pena.

Anche altre ragioni sostengono tale orientamento. Agli inizi dell’esperienza comunitaria, il *Ne bis in idem* europeo venne assicurato soltanto dal diritto secondario dell’Unione, attraverso l’art. 54 CAAS e la relativa giurisprudenza della Corte di Giustizia. Solamente in un secondo momento, la Carta ha introdotto una seconda disposizione in materia, assumendo valore giuridico pari a quello dei Trattati. Ciò premesso, sembra quindi ragionevole interpretare l’art. 50 CDFUE alla luce dell’ambito applicativo che il *Ne bis in idem* europeo aveva già assunto secondo la lettera della Convenzione, e la giurisprudenza della Corte⁶³¹.

Volendo aderire a questo indirizzo, anche se la Carta si riferisce allo stesso “reato” (e non ai “medesimi fatti”) non sembra che “tale differenza lessicale, per quanto rilevante, sia tale da condurre la Corte di Giustizia, nell’interpretare l’art. 50, a ‘ritrattare’ la propria giurisprudenza estensiva sulla nozione di ‘medesimo fatto’, richiedendo per l’operatività del principio l’identità giuridica e non più quella fattuale”⁶³². Di conseguenza, la giurisprudenza della

⁶²⁹ C.BURCHARD-D.BRODOWSKI, *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*, cit., p. 315.

⁶³⁰ C.BURCHARD-D.BRODOWSKI, *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*, cit., p. 315.

⁶³¹ C.BURCHARD-D.BRODOWSKI, *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*, cit., p. 320.

⁶³² 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. 1613. Per la giurisprudenza della Corte sulla nozione di “medesimo fatto”, v. *infra* par. 15.

Corte mantiene la propria validità ed autorevolezza anche in riferimento all'art. 50 CDFUE. L'art. 54 CAAS sembra, quindi, la specifica applicazione del generale principio sancito dalla Carta⁶³³.

Infine, a seguito di un rinvio pregiudiziale sollevato da un tribunale tedesco, la Corte di Giustizia si è finalmente espressa sul rapporto tra le due principali disposizioni sul *Ne bis in idem* europeo. La questione riguardava la compatibilità dell'art. 54 CAAS "con l'articolo 50 CDFUE, nella parte in cui esso subordina l'applicazione del principio del *ne bis in idem* alla condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato di condanna, non possa più essere eseguita"⁶³⁴.

La Corte ha affermato che le stesse Spiegazioni relative alla Carta menzionano espressamente l'articolo 54 CAAS fra le disposizioni contemplate dalla clausola di cui all'art. 52(1) CDFUE⁶³⁵. La condizione di esecuzione è dunque legittimamente applicabile, in quanto adottata in rispetto dei parametri indicati dalla Carta stessa: "[tale clausola] mira ad evitare, nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, l'impunità della quale potrebbero giovare persone condannate in uno Stato Membro dell'Unione con sentenza penale definitiva. È pertanto incontestabile che [questa condizione] sia idonea a realizzare l'obiettivo perseguito. Infatti, consentendo alle autorità di uno Stato Contraente, in caso di mancata esecuzione della sanzione inflitta, di perseguire per i medesimi fatti un soggetto condannato in via definitiva da un altro Stato Contraente, viene evitato il rischio che il suddetto condannato resti impunito per aver lasciato il territorio dello Stato di condanna"⁶³⁶.

13. Questioni preliminari relative alla giurisprudenza sull'art. 54 CAAS: la funzione della Corte ed i limiti *ratione personae*

L'art. 54 CAAS subordina l'applicazione del divieto di doppio giudizio a varie condizioni, ovvero l'identità dei fatti, la definitività della sentenza, e la clausola esecutiva della medesima. Si tratta di una definizione di *Ne bis in idem* piuttosto restrittiva. Limitandosi al dato normativo, sembrerebbe che la disposizione non contribuisca in modo determinante alla creazione di un generale *Ne bis in idem* europeo. In realtà, la norma ha avuto un impatto significativo nel panorama sovranazionale: questo risultato è dovuto

⁶³³ C.BURCHARD-D.BRODOWSKI, *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*, cit., p. 312.

⁶³⁴ Corte di Giustizia, 27 Maggio 2014, C-129/14 PPU, *Spasic*, in GUUE C-253/13, 04/08/2014, par. 41.

⁶³⁵ Corte di Giustizia, 27 Maggio 2014, C-129/14 PPU, *Spasic*, cit., par. 54. Cfr. inoltre Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, cit., *sub* art. 50. V. anche J.A.E.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, vol. 52, p. 1347.

⁶³⁶ Corte di Giustizia, 27 Maggio 2014, C-129/14 PPU, *Spasic*, cit., parr. 63-64.

all'interpretazione datale dalla Corte di Giustizia. Soprattutto con l'ampliamento della giurisdizione a determinati ambiti relativi al Terzo Pilastro⁶³⁷, la Corte ha notevolmente esteso la portata applicativa del divieto di secondo giudizio, interpretandolo secondo gli obiettivi promossi dal nuovo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia.

Nella prima pronuncia relativa all'*acquis* di Schengen è stato affermato che lo scopo dell'art. 54 CAAS è quello 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 [...]". Tale principio "può validamente contribuire alla realizzazione compiuta di questo scopo solo se [interpretato estensivamente]"⁶³⁸. Al fine di garantire una effettiva libertà di circolazione in Europa, la Corte ha preteso che il divieto di doppio giudizio possa essere limitato solo per garantire la tutela degli altri aspetti fondamentali dello Spazio di Schengen, ovvero il bisogno di "Sicurezza" e determinate esigenze di "Giustizia".

Nella sentenza *Gasparini*⁶³⁹, la Corte è stata inoltre chiamata ad esprimersi sui limiti soggettivi della norma. La questione riguardava quali fossero le persone che potevano beneficiare del *Ne bis in idem* ai sensi dell'art. 54 CAAS. Con riferimento al dettato legislativo, è stato chiaramente sottolineato che la norma trova applicazione solo nei confronti degli individui destinatari della sentenza irrevocabile, e non di terzi soggetti⁶⁴⁰.

14. (segue): Il concetto di 'bis': la 'sentenza definitiva' ai fini dell'art. 54 CAAS

L'art. 54 CAAS si riferisce ad una sentenza 'definitiva'. Non è tuttavia chiaro a quale tipo di decisione è ricollegato il divieto di reiterazione del processo. Anche in questo caso, la Corte è riuscita a garantire l'interpretazione della locuzione maggiormente in armonia sia con la *ratio* della norma, sia con i principi europei.

La prima pronuncia inerente ai provvedimenti idonei ad impedire un secondo giudizio riguarda l'operatività del *Ne bis in idem* in caso di estinzione dell'azione penale in uno Stato Membro, a seguito di un accordo tra il pubblico ministero e l'imputato. Ci si chiedeva se fosse sufficiente che l'organo requirente interrompesse volontariamente il procedimento penale, a seguito di un accordo, perché potesse ritenersi operante il *Ne bis in idem*. La Corte ha considerato applicabile il divieto: tale procedura "colpisce il comportamento illecito contestato dall'imputato. [...] Il fatto che nessun giudice intervenga nel corso di siffatta procedura, e che la decisione presa al termine di quest'ultima non assuma le forme di una sentenza, non è tale da inficiare [l'assunto che si

⁶³⁷ Cfr. *supra* par. 1.

⁶³⁸ Nel caso di specie, la preclusione trova applicazione anche nei confronti di 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. Corte di Giustizia, 11 Febbraio, 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, cit., par. 38.

⁶³⁹ Corte di Giustizia, 28 Settembre 2006, C-467/04, *Gasparini e altri*, cit.

⁶⁴⁰ Corte di Giustizia, 28 Settembre 2006, C-467/04, *Gasparini e altri*, cit., par. 35.

tratti di una ‘sentenza definitiva’ ai fini dell’art. 54 CAAS]”⁶⁴¹. Inoltre, nonostante gli ordinamenti attribuiscano diversi gradi di definitività a tale forma di accordo, “nessuna disposizione del Titolo VI del Trattato sull’Unione Europea, [...] 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”⁶⁴².

L’intenzione della Corte è chiara, ossia estendere l’applicazione del *Ne bis in idem* per garantire la libera circolazione degli individui all’interno dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia⁶⁴³. Infatti, “[q]uesta interpretazione [...] acquista ancora 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”⁶⁴⁴.

Con la sentenza *Gasparini* è stata poi valutata l’applicabilità della preclusione nel caso in cui un reato fosse già prescritto in un altro Stato Membro. Dal momento che l’art. 54 CAAS non fa alcun riferimento al merito della sentenza, e considerando che una sua mancata applicazione limita eccessivamente la libertà di circolazione, si è ritenuto che il *Ne bis in idem* operi anche nel caso di intervenuta prescrizione all’estero⁶⁴⁵.

In aggiunta, è stata sottoposta al vaglio della Corte l’eventualità di una assoluzione per mancanza di prove (sentenza *Van Straaten*). Il *Ne bis in idem* ha trovato applicazione anche in questa ipotesi. È stato nuovamente rilevato che la disposizione dell’art. 54 CAAS non fa alcun riferimento al contenuto della sentenza, in quanto “[è] solo nella proposizione subordinata che [viene menzionata] l’ipotesi di una condanna, disponendo che, in tale caso, il divieto di procedimento penale è sottoposto ad una condizione specifica. Qualora la regola generale, enunciata nella disposizione principale, fosse applicabile solo alle sentenze di condanna, sarebbe superflua la precisazione secondo cui la

⁶⁴¹ Corte di Giustizia, 11 Febbraio, 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, cit., par. 29-31.

⁶⁴² Corte di Giustizia, 11 Febbraio, 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, cit., par. 32.

⁶⁴³ M.WASMEIER-N.THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, cit., p. 570.

⁶⁴⁴ Corte di Giustizia, 11 Febbraio, 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, cit., par. 35.

⁶⁴⁵ Corte di Giustizia, 28 Settembre 2006, C-467/04, *Gasparini e altri*, cit., par. 24, 27-28. Viene nuovamente ribadito che l’assenza di un’armonizzazione delle legislazioni nazionali in tema di prescrizione non è una condizione necessaria per l’applicazione dell’art. 54 CAAS (par. 29).

L’AG Sharpston si era espressa, tuttavia, a favore della non applicazione del principio nel caso di specie: si è sostenuto che la preclusione, come limite allo *ius puniendi* dello Stato, deve operare solamente nel caso in cui la società abbia già avuto la possibilità di “regolare i conti con la persona sospettata”, e quindi solo a seguito di un giudizio di merito. Cfr. Opinione dell’AG Sharpston, cit., par. 73-77; alla sentenza Corte di Giustizia, 28 Settembre 2006, C-467/04, *Gasparini e altri*, cit. Inoltre, certa dottrina ha manifestato posizioni conformi all’orientamento dell’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*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 632-634.

regola speciale è applicabile in caso di condanna⁶⁴⁶. Di conseguenza, anche una sentenza di assoluzione per mancanza di prove garantisce il divieto ad un secondo giudizio *in idem*.

Nel caso *Bourquain* la Corte si è ugualmente espressa a favore di una applicazione estensiva dell'art. 54 CAAS, nell'eventualità di un processo celebrato *in absentia* suscettibile a riapertura: una disposizione di legge francese prevedeva l'obbligo di avviare un nuovo procedimento nel caso il soggetto, già condannato definitivamente in contumacia, fosse divenuto reperibile⁶⁴⁷. La possibilità di riapertura del processo in Francia non era di ostacolo all'operatività della preclusione nei confronti di procedimenti in altri Stati; non impediva, quindi, di considerare 'definitiva' la suddetta pronuncia⁶⁴⁸.

Questi orientamenti non sembrano però conformi ad un terzo indirizzo, adottato nella sentenza *Turansky*. Nel rinvio pregiudiziale veniva chiesto se il *Ne bis in idem* operasse anche nel caso di un procedimento penale interrotto da un'ordinanza dell'autorità di polizia, previo esame nel merito e senza sanzioni. La questione è stata risolta con riferimento alla 'definitività' di tale ordinanza interruttiva: "[u]na 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 [...] 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"⁶⁴⁹. L'interpretazione adottata dalla sentenza *Van Straaten* sembra pertanto essere limitata in *Turansky*. Nel primo

⁶⁴⁶ Corte di Giustizia, 28 Settembre 2006, C-150/05, *Van Straaten*, cit., par. 56. Ulteriormente, viene sostenuto che "l'avvio di un procedimento penale in uno 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. Infatti, l'imputato dovrebbe temere nuovi procedimenti penali in un altro Stato contraente, sebbene gli stessi fatti siano già stati definitivamente giudicati" (par. 59).

⁶⁴⁷ Art. 120, commi 7-9, Codice penale militare per l'esercito di terra francese: cfr. Corte di Giustizia, 11 Dicembre 2008, C-297/07, *Bourquain*, cit., parr. 11-12. Ciò avrebbe inoltre comportato la non esecuzione della prima sentenza.

⁶⁴⁸ "Infatti, la [libertà di circolazione] risulterebbe compromessa se le peculiarità delle procedure nazionali [...] non consentissero di accogliere un'interpretazione della nozione di 'sentenza definitiva' ai sensi dell'art. 54 CAAS tale da includere le sentenze emesse in contumacia in conformità alla legislazione nazionale": Corte di Giustizia, 11 Dicembre 2008, C-297/07, *Bourquain*, cit., par. 42.

⁶⁴⁹ Corte di Giustizia, 22 Dicembre 2008, C-491/07, *Turansky*, GUUE C-44/19, 21/02/2009, par. 36. La Corte prosegue sostenendo che "[...] l'applicazione [dell'art. 54 CAAS] 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" (par. 42).

Sembra riscontrarsi una contraddizione tra le sentenze *Gözütok e Brügge* e *Turansky*: mentre la prima sancisce l'operatività del *Ne bis in idem* nel caso di accordo tra accusa e difesa (senza l'intervento del giudice), nella seconda ipotesi la decisione, che ugualmente non prevede l'intervento di un magistrato, è invece inidonea ad attivare la preclusione. Tuttavia, si è ritenuto che il contrasto sia più apparente che reale: in *Turansky*, l'elemento decisivo è la 'non definitività' della decisione, piuttosto che il mancato coinvolgimento del giudice. V. C.JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, cit., p. 136.

caso, l'assoluzione per mancanza di prove non osta all'applicazione del *Ne bis in idem*; mentre nella seconda sentenza l'operatività del principio è subordinata alla 'definitività' della decisione. Ciò premesso, sembra che l'art. 54 CAAS non sia applicabile se una norma nazionale consente la riapertura del processo per nuove prove sopraggiunte⁶⁵⁰: la decisione non può essere considerata 'definitiva'. Le pronunce sui casi *Bourquain* e *Turansky* sembrano addirittura contraddittorie, in quanto la prima afferma che una sentenza è 'definitiva' anche qualora sia possibile una riapertura del procedimento, a seguito del reperimento del soggetto giudicato *in absentia*; nella seconda invece, è rimarcata la necessaria 'definitività' della decisione (intesa come impossibilità di riapertura del caso), perché possa operare l'art. 54 CAAS⁶⁵¹.

Nonostante la tendenza ad un'interpretazione estensiva del principio, la Corte si è talvolta espressa nel senso di una sua limitazione. Ad esempio, la sentenza *Miraglia* interessa la definitività di una decisione priva di qualsiasi valutazione nel merito. La preclusione non è stata ritenuta operante: impedire, *a priori*, agli altri ordinamenti di esercitare il proprio potere punitivo, per il solo fatto che sia intervenuta una decisione che non statuisce sul merito della causa, "contrasterebbe palesemente con la finalità stessa della disposizione del titolo VI del Trattato sull'Unione Europea, quale risulta dall'art. 2, primo comma, quarto trattino, ossia quella di 'conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libertà di circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne (...) la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima'"⁶⁵². Inoltre, il *Ne bis in idem* non opera se la decisione di interrompere il procedimento viene giustificata esclusivamente dall'avvio, in un altro Stato, di una procedura analoga⁶⁵³.

Infine, alla Corte è stato chiesto se fosse necessario, "al fine di consentire il perseguimento di una persona per una imputazione più ampia di quella già oggetto di una sentenza definitiva riguardante una singola azione, che le autorità inquirenti [avessero ignorato], al momento della prima incriminazione da cui sia scaturita tale sentenza definitiva, l'esistenza di altri reati singoli e di un reato di associazione [...]"⁶⁵⁴ (sentenza *Mantello*). Nel caso di specie, le autorità procedenti italiane non avevano volontariamente considerato, nel primo processo, prove sull'esistenza di un secondo (e più grave) reato, successivamente oggetto di un mandato di arresto europeo richiesto alla Germania. Le autorità tedesche avevano quindi chiesto se l'esecuzione del mandato, in questa eventualità, contrastasse con le disposizioni sul *Ne bis in*

⁶⁵⁰ N.NEAGU, *The Ne bis in idem principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation*, cit., p. 965.

⁶⁵¹ N.NEAGU, *The Ne bis in idem principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation*, cit., p. 965.

L'orientamento della Corte in *Turansky* è stato recepito anche dalla giurisprudenza italiana: la Corte di Cassazione ha infatti affermato che "non può essere considerato preclusivo del giudizio in Italia per i medesimi fatti il decreto di archiviazione emesso dall'autorità giudiziaria tedesca che, in base ad entrambi gli ordinamenti, non è in alcun modo equiparabile alla sentenza – intesa come provvedimento che definisce il giudizio con efficacia di giudicato [...]": così Cass., sez. V, 2 Febbraio 2005, Boheim, in *Cass. pen.*, 2006, n. 3, p. 986.

⁶⁵² Corte di Giustizia, 10 Marzo 2005, C-469/03, *Miraglia*, cit., par. 34.

⁶⁵³ Corte di Giustizia, 10 Marzo 2005, C-469/03, *Miraglia*, cit., par. 35.

⁶⁵⁴ Corte di Giustizia, 16 Novembre 2010, C-261/09, *Mantello*, GUUE C-13/13, 15/01/2011, par. 34.

idem che ostano alla consegna dell'imputato⁶⁵⁵. La Corte si è espressa nel senso che la prima sentenza non può considerarsi definitiva anche nei confronti di un reato diverso rispetto a quello del primo processo, anche se l'autorità disponeva di determinate prove a riguardo⁶⁵⁶.

15. L'identità del fatto ai fini dell'art. 54 CAAS: il concetto di '*idem*'

Anche il concetto di 'medesimo fatto', o '*idem*', è determinante per l'applicazione della disposizione. Il *Ne bis in idem* opera esclusivamente qualora il secondo giudizio riguardi fatti identici a quelli del primo processo: sembra opportuno chiarire cosa si intenda con questa locuzione. La questione verte su una duplice scelta, vale a dire se considerare diverse le condotte che costituiscono differenti fattispecie legali, ovvero quelle che differiscono da un punto di vista meramente materiale.

La Corte di Giustizia ha adottato un'interpretazione ampia della norma. Nella sentenza *Van Esbroeck* viene affermato che "l'unico criterio ai fini dell'applicazione dell'art 54 CAAS è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze inscindibilmente collegate tra loro"⁶⁵⁷. Essi devono costituire un "insieme di fatti indiscutibilmente collegati nel tempo, nello spazio nonché per oggetto"⁶⁵⁸.

Due sono le ragioni che hanno giustificato tale indirizzo. Innanzitutto, la stessa formulazione letterale dell'articolo si riferisce ai 'medesimi fatti'. Inoltre, "data l'assenza di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, un criterio fondato sulla qualificazione giuridica, o sull'interesse tutelato, sarebbe tale da creare altrettanti ostacoli alla libertà di circolazione nello Spazio Schengen quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati contraenti"⁶⁵⁹. Gli ordinamenti sono infatti tenuti ad una fiducia reciproca nei rispettivi sistemi di giustizia penale, anche se il ricorso alla propria disciplina conducesse a soluzioni differenti.

'Fatti identici' ai fini dell'art. 54 CAAS sono anche le condotte di importazione ed esportazione dei medesimi stupefacenti, anche se costituenti reati diversi in più Stati⁶⁶⁰. Inoltre, il compito di verificare se i comportamenti siano i 'medesimi', alla luce dei criteri indicati, spetta ai giudici nazionali⁶⁶¹. Tale indirizzo è stato ulteriormente ampliato con la sentenza *Van Straaten*, in cui la

⁶⁵⁵ Art. 3 comma 2, Decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo e le procedure di consegna tra gli Stati membri, cit.

⁶⁵⁶ Corte di Giustizia, 16 Novembre 2010, C-261/09, *Mantello*, cit., par. 49.

⁶⁵⁷ Corte di Giustizia, 9 Marzo 2006, C-436/04, *Van Esbroeck*, cit., par. 36.

⁶⁵⁸ Corte di Giustizia, 9 Marzo 2006, C-436/04, *Van Esbroeck*, cit., par. 38.

⁶⁵⁹ Corte di Giustizia, 9 Marzo 2006, C-436/04, *Van Esbroeck*, cit., par. 35.

⁶⁶⁰ Corte di Giustizia, 9 Marzo 2006, C-436/04, *Van Esbroeck*, cit., par. 42.

⁶⁶¹ "La Corte di Giustizia deve peraltro guardarsi bene dall'usurpare questa funzione. Ad essa compete soltanto fornire criteri interpretativi che, nel rispetto dei fondamenti e della finalità della norma, mostrino la direzione più opportuna per assicurare un'uniformità di trattamento nell'intero territorio dell'Unione Europea": così Opinione dell'AG Ruiz-Jarabo, 20 Ottobre 2005, in *ECR* 2006, I-2336, par. 37; alla sentenza Corte di Giustizia, 9 Marzo 2006, C-436/04, *Van Esbroeck*, cit.

Corte ha dichiarato, dopo aver ribadito la precedente interpretazione, che “per quanto riguarda i reati relativi agli stupefacenti, non viene chiesto che siano identici i quantitativi di droga [...] nei due Stati contraenti [...]”⁶⁶².

La sentenza *Kraaijenbrink*, invece, ha affrontato la questione dell’operatività dell’art. 54 CAAS nella eventualità che le condotte illecite siano differenti ma collegate da un unico disegno criminoso. In questo caso, si è ritenuto che due fatti non devono essere considerati ‘identici’ per la sola circostanza che il giudice nazionale abbia constatato la medesimezza del fine criminale⁶⁶³: “un nesso soggettivo tra i fatti che hanno dato luogo ad un procedimento penale in due Stati contraenti diversi non implica necessariamente l’esistenza di un nesso oggettivo tra i fatti materiali di cui è causa, i quali, di conseguenza, potrebbero essere diversi dal punto di vista temporale e spaziale, nonché per la loro natura”⁶⁶⁴.

Infine, la pronuncia nel caso *Kretzinger* sancisce ancora la prevalenza della libertà di circolazione sull’esercizio dello *ius puniendi*, alla luce di un’ampia interpretazione del concetto di ‘idem’. Il trasporto di sigarette di contrabbando, con l’attraversamento ripetuto dei confini all’interno dello Spazio Schengen, può infatti essere idoneo a costituire un ‘medesimo fatto’ ai fini dell’art. 54 CAAS⁶⁶⁵. Anche in questo caso, spetta al giudice nazionale compiere la valutazione definitiva.

16. La clausola di esecuzione dell’art. 54 CAAS: i concetti di ‘pena eseguita, in corso di esecuzione, o non più eseguibile’

L’ultimo presupposto richiesto perché il secondo giudizio venga impedito è la clausola di esecuzione, condizione tipica dell’art. 54 CAAS e non prevista in analoghe disposizioni⁶⁶⁶. Perché il secondo processo sia evitato è necessario che, in caso di condanna, la pena della prima sentenza “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”.

⁶⁶² Corte di Giustizia, 28 Settembre 2006, C-150/05, *Van Straaten*, cit., par. 49.

Tuttavia, l’AG Sharpston, adotta un approccio più cauto: considerare sempre identici due fatti, indipendentemente dalla quantità di stupefacente coinvolto, “potrebbe determinare conseguenze indesiderabili. [...] Sembra più opportuno interpretare le affermazioni [riprese dalla sentenza *Van Straaten*], come applicazione *ad hoc* della regola generale secondo cui l’identità assoluta dei fatti materiali (rappresentati in questo caso dal quantitativo di droga e dall’identità dei complici), non costituisce una condizione di applicazione dell’art. 54 CAAS. Semmai, le suddette affermazioni conferiscono al giudice nazionale il potere discrezionale di stabilire quali elementi costituiscano i medesimi fatti nelle circostanze del caso di specie. Alla luce di tali limitazioni, la sentenza *Van Straaten* suffraga la tesi secondo cui una differenza tra gli importi trattati [nel caso di specie], non impedisce di considerare che i fatti sono i medesimi ai sensi dell’art 54 CAAS”. Così Opinione dell’AG Sharpston, 5 Dicembre 2006, in *ECR* 2007, I-6622, parr. 36-37; alla sentenza Corte di Giustizia, 18 Luglio 2007, C-367-05, *Kraaijenbrink*, cit.

⁶⁶³ Corte di Giustizia, 18 Luglio 2007, C-367-05, *Kraaijenbrink*, cit., par. 36.

⁶⁶⁴ Corte di Giustizia, 18 Luglio 2007, C-367-05, *Kraaijenbrink*, cit., par. 30.

⁶⁶⁵ Corte di Giustizia, 18 Luglio 2007, C-288/05, *Kretzinger*, cit., par. 37. Cfr. anche V.MITSILEGAS, *EU criminal law*, cit., p. 151.

⁶⁶⁶ Ad esempio nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea: v. *supra* par. 11.

L'attività interpretativa della Corte di Giustizia è stata fondamentale nel definire il contenuto della suddetta clausola, e quindi l'ambito di applicazione del *Ne bis in idem*. Già nella prima pronuncia inerente all'art. 54 CAAS, l'accordo dell'accusato con il Pubblico ministero (senza l'intervento di un giudice), è parso 'eseguito' qualora l'imputato ne abbia adempiuto gli obblighi⁶⁶⁷. La preclusione opera "nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali [...], dopo che l'imputato [abbia] soddisfatto certi obblighi e, in particolare, [abbia] versato una determinata somma di denaro, stabilita dal Pubblico Ministero"⁶⁶⁸.

La Corte ha chiarito il rapporto tra clausola di esecuzione e sospensione della pena nel caso *Kretzinger*. Tale condizione è stata considerata soddisfatta anche nell'ipotesi in cui la sanzione non fosse stata mai effettivamente applicata, ma sospesa secondo le norme dello Stato⁶⁶⁹. La pena, infatti, "deve essere considerata 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 il periodo di sospensione è scaduto, la pena dev'essere considerata come 'eseguita' ai sensi di questa stessa disposizione"⁶⁷⁰. Infatti, secondo la Corte sarebbe incoerente considerare qualsiasi privazione della libertà personale come una 'esecuzione' ai sensi dell'art. 54 CAAS, ma poi escludere che le pene cui sia stata applicata la sospensione (normalmente inflitte per reati meno gravi), possano soddisfare la clausola contenuta nel medesimo articolo⁶⁷¹.

La stessa sentenza ha statuito altresì sulla natura dei brevi periodi di arresto o custodia cautelare imposti dagli organi di polizia, ai fini dell'art. 54 CAAS. Alla Corte veniva chiesto se "la pena inflitta da un giudice [...] [doveva] essere considerata 'eseguita', o 'effettivamente in corso di esecuzione attualmente', quando l'imputato [era] stato posto, per breve tempo, in stato di arresto di polizia e/o di custodia cautelare e quando, in base al diritto dello Stato di condanna, di tale privazione della libertà si [doveva] tener conto nella esecuzione successiva della pena detentiva"⁶⁷². È stato escluso che si tratti di una pena eseguita o in corso di esecuzione, per una duplice ragione. Innanzitutto, lo stesso articolo 54 non può trovare applicazione prima che il soggetto sia stato giudicato con 'sentenza definitiva': sia l'arresto che la custodia cautelare sono disposti, invece, in un momento antecedente⁶⁷³. Oltretutto, le misure cautelari e la clausola di esecuzione non sembrano condividere le medesime finalità. Nel primo caso lo scopo è preventivo; nel secondo, invece, evitare l'impunità nell'ipotesi di condanna ma mancata esecuzione della pena⁶⁷⁴.

⁶⁶⁷ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 181. V. anche N.NEAGU, *The Ne bis in idem principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation*, cit., p. 972.

⁶⁶⁸ Corte di Giustizia, 11 Febbraio, 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, cit., par. 48.

⁶⁶⁹ Corte di Giustizia, 18 Luglio 2007, C-288/05, *Kretzinger*, cit., par. 44.

⁶⁷⁰ Corte di Giustizia, 18 Luglio 2007, C-288/05, *Kretzinger*, cit., par. 42.

⁶⁷¹ Corte di Giustizia, 18 Luglio 2007, C-288/05, *Kretzinger*, cit., par. 43.

⁶⁷² Corte di Giustizia, 18 Luglio 2007, C-288/05, *Kretzinger*, cit., par. 45.

⁶⁷³ Corte di Giustizia, 18 Luglio 2007, C-288/05, *Kretzinger*, cit., par. 49.

⁶⁷⁴ Corte di Giustizia, 18 Luglio 2007, C-288/05, *Kretzinger*, cit., par. 51.

Infine, ci si è chiesti se la condizione in discorso potesse dirsi soddisfatta anche qualora la sanzione, applicata dalla prima condanna, non avesse potuto essere eseguita in nessun momento del passato⁶⁷⁵. A questo proposito, la clausola non stabilisce che la sanzione debba essere eseguibile al momento della sua emanazione, ma richiede soltanto che la pena imposta non possa più essere eseguita nel momento di instaurazione del secondo processo: il presupposto è soddisfatto quando, nel momento in cui il secondo procedimento viene avviato, la sanzione applicata dal primo Stato “non può più essere eseguita secondo le leggi di quest’ultimo”⁶⁷⁶.

17. Dalla fiducia alla sfiducia reciproca: i conflitti di giurisdizione

Una problematica collegata al *Ne bis in idem* è quella relativa ai conflitti di giurisdizione all’interno dell’Unione Europea. Nonostante lo stretto rapporto, i due temi devono essere concettualmente distinti a causa delle profonde differenze⁶⁷⁷.

La principale ragione di tali contrasti è la possibilità, per ogni Stato, di definire autonomamente l’ambito di applicazione del proprio *ius puniendi*: gli ordinamenti estendono l’applicabilità del diritto penale oltre i confini nazionali, ed agiscono attraverso il concreto esercizio delle proprie prerogative per assicurarne l’osservanza⁶⁷⁸. Nonostante la giurisdizione venga originariamente fondata sul principio di territorialità⁶⁷⁹, spesso ad esso si affiancano altri criteri⁶⁸⁰. Questi inevitabilmente causano l’espansione extranazionale delle competenze, anche nei casi in cui il legame con il reato sia piuttosto debole, con conseguente sovrapposizione dello *ius puniendi* di vari Stati⁶⁸¹.

Sebbene l’esistenza di più giurisdizioni su un medesimo reato non implichi necessariamente un conflitto⁶⁸², il rischio di doppio giudizio rimane elevato. I contrasti di giurisdizione si dividono in due categorie, positivi e negativi. Nella prima ipotesi, due o più Stati affermano la propria giurisdizione nei confronti del medesimo fatto. Nel secondo caso, invece, nessuno Stato coinvolto è intenzionato ad investigare né ad esercitare il proprio potere punitivo⁶⁸³. Ai fini

⁶⁷⁵ Corte di Giustizia, 11 Dicembre 2008, C-297/07, *Bourquain*, cit., par. 45.

⁶⁷⁶ Corte di Giustizia, 11 Dicembre 2008, C-297/07, *Bourquain*, cit., par. 47-48.

⁶⁷⁷ T.BRAVO, *Ne bis in idem as a defence right and procedural safeguard in the EU*, in *New journal of European criminal law*, 2011, vol. 2, n. 4, p. 393.

⁶⁷⁸ N.I.THORHAUER, *Conflicts of jurisdiction in cross-border criminal cases in the Area of Freedom, Security and Justice. Risk and opportunities from an individual rights-oriented perspective*, in *New journal of European criminal law*, 2015, vol. 6, p. 80.

⁶⁷⁹ V. *supra* cap. 1 par. 15.

⁶⁸⁰ R.ECHLE, *The passive personality principle and the general principle of Ne bis in idem*, in *Utrecht law review*, 2013, vol. 9, n. 4, p. 60. Cfr. anche *supra* cap. 1 par. 16.

⁶⁸¹ N.I.THORHAUER, *Conflicts of jurisdiction in cross-border criminal cases in the Area of Freedom, Security and Justice. Risk and opportunities from an individual rights-oriented perspective*, cit., p. 87.

⁶⁸² Se previsto, lo Stato (o gli Stati) possono decidere di *non* esercitare il loro potere punitivo, anche avendone la possibilità: il conflitto, in questo caso, sarebbe evitato.

⁶⁸³ G.COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting Ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*, cit., p. 60.

che qui interessano, solo i contrasti del primo tipo sembrano rilevanti: solamente in questa ipotesi si manifesta l'intenzione dell'indagato/imputato a non essere perseguito in più ordinamenti⁶⁸⁴.

La litispendenza (intesa come conflitto positivo di giurisdizioni) deve essere tenuta distinta dalla situazione in cui, intervenuto un giudicato nei confronti di un soggetto, sia iniziato un secondo procedimento per lo stesso fatto. Solamente nel secondo caso, infatti, sembrano operare le classiche norme sul *Ne bis in idem*, sia a livello nazionale (art. 649 c.p.p.)⁶⁸⁵, sia internazionale (CAAS e CDFUE). Con riguardo alla prima ipotesi, la sussistenza di procedimenti paralleli per lo stesso reato non è sempre vietata: se il divieto esiste, si tratta di una preclusione meramente nazionale (salvo rari accordi bilaterali)⁶⁸⁶.

Un conflitto di giurisdizioni sembra contrastare con almeno tre principi fondamentali radicati nella tradizione giuridica europea. In primo luogo, una molteplicità di procedimenti per lo stesso fatto, a carico del medesimo individuo, appare in contraddizione con lo stesso principio di legalità: data l'assenza di armonizzazione delle discipline penali, un soggetto corre il rischio di tenere un comportamento giudicato lecito nello Stato dove agisce, ma vietato in un altro ordinamento. La diversità delle legislazioni nazionali crea quindi incertezza riguardo la liceità di un comportamento, rendendo difficile per un soggetto prevedere le conseguenze delle proprie azioni⁶⁸⁷.

In secondo luogo, rimane incerta la giurisdizione cui l'individuo è sottoposto, mancando precisi (e vincolanti) criteri di ripartizione della medesima. Questa situazione non pare conforme al principio del giudice precostituito per legge⁶⁸⁸: se il magistrato è predeterminato, *a fortiori* deve

Si è sostenuto che i due tipi di conflitto, con riguardo alle competenze dell'Unione, non siano facce della stessa medaglia, ma due aspetti profondamente differenti. La prevenzione di conflitti positivi, difatti, non crea un obbligo di punizione in capo alle Istituzioni, né sembra presupporre una specifica competenza in materia penale: si tratta invece di una razionalizzazione e un coordinamento di giurisdizioni già di per sé esistenti. Diversa la situazione di prevenzione dei conflitti negativi, che sembra richiedere l'esercizio del potere punitivo in capo all'Unione. Tuttavia, nonostante la differenza di forma, sembra che le attuali norme dei Trattati sulla competenza in materia penale (art. 83 par. 1-2 TFUE) ne presuppongano l'esistenza in riferimento ad entrambi i conflitti (positivi e negativi). Tali disposizioni, difatti, contribuiscono alla precisa definizione di tali competenze. V. P.CAEIRO, *Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts and beyond*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 2010, vol. 93, n. 4, pp. 372-373.

⁶⁸⁴ Nonostante anche i conflitti negativi coinvolgano interessi rilevanti (l'esigenza di repressione delle condotte criminose e la lotta contro l'impunità degli autori), tali contrasti non sono strettamente rilevanti per lo studio del rapporto tra la litispendenza ed il principio del *Ne bis in idem*. Un doppio giudizio, infatti, si può verificare solo quando più giurisdizioni si attivano nei confronti del medesimo fatto, e non quando nessuna intenda l'azione penale.

⁶⁸⁵ Cfr. *infra* par. 21.

⁶⁸⁶ G.SLUITER-H.FRIMAN-S.LINTON-S.VASILIEV-S.ZAPPALÀ, *International criminal procedure – Principles and rules*, cit., pp. 475, 477.

⁶⁸⁷ N.I.THORHAUER, *Conflicts of jurisdiction in cross-border criminal cases in the Area of Freedom, Security and Justice. Risk and opportunities from an individual rights-oriented perspective*, cit., p. 90; P.CAEIRO, *Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts and beyond*, cit., p. 377.

⁶⁸⁸ Principio affermato, oltre che dalle tradizioni giuridiche dei Paesi europei, anche dall'art. 6 della CEDU. Cfr. anche M.LUCHTMAN, *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, in *Utrecht law review*, 2011, vol. 7, n. 1, p. 86. V. anche *infra* cap. 4.

esserlo anche la giurisdizione. Sebbene sia possibile individuare il giudice competente all'interno di ogni singolo ordinamento, tale diritto sembra esser svuotato di efficacia se la prospettiva diventa europea, a causa della sovrapposizione delle competenze⁶⁸⁹.

Inoltre, tali conflitti sono in contrasto con il diritto alla libertà personale e la libertà di circolazione degli individui all'interno dello Spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia. Alla diversità delle legislazioni penali nazionali, ed alla patologica estensione dello *ius puniendi*, consegue la necessità, per l'individuo che voglia evitare di incorrere nella commissione di fatti illeciti, di attenersi alle discipline penali di tutti i sistemi giuridici europei, anche qualora il comportamento non costituisca reato nello Stato in cui il soggetto si trova. Questa situazione sembra oltremodo restringere la libertà personale del cittadino⁶⁹⁰.

Infine, sebbene la presenza di una pluralità di giurisdizioni sembri rassicurante per garantire la sicurezza sociale, i contrasti (positivi e negativi) causano ulteriori conseguenze indesiderabili, tra cui un'inutile duplicazione delle attività processuali, ma anche una deresponsabilizzazione degli Stati nei confronti della lotta al crimine, con il rischio di creare serie lacune nella effettiva persecuzione dei reati⁶⁹¹.

In conclusione, i conflitti positivi sembrano rispecchiare una reciproca sfiducia (piuttosto che fiducia) tra gli Stati Membri. L'idea che la gestione nazionale di un certo fenomeno criminale sia sempre migliore di quella realizzata negli altri Stati contrasta totalmente con il tanto proclamato principio di affidamento affidamento tra gli Stati europei⁶⁹².

18. (segue): Litispendenza e *Ne bis in idem*: necessità di discipline autonome

Manifestandosi in momenti diversi, litispendenza e *Ne bis in idem* sono istituti strettamente collegati, ma da tenere concettualmente separati⁶⁹³. Le regole sulla litispendenza (o, addirittura, sulla ripartizione della giurisdizione)

⁶⁸⁹ N.I.THORHAUER, *Conflicts of jurisdiction in cross-border criminal cases in the Area of Freedom, Security and Justice. Risk and opportunities from an individual rights-oriented perspective*, cit., p. 95.

⁶⁹⁰ N.I.THORHAUER, *Conflicts of jurisdiction in cross-border criminal cases in the Area of Freedom, Security and Justice. Risk and opportunities from an individual rights-oriented perspective*, cit., pp. 82, 96.

⁶⁹¹ N.I.THORHAUER, *Conflicts of jurisdiction in cross-border criminal cases in the Area of Freedom, Security and Justice. Risk and opportunities from an individual rights-oriented perspective*, cit., pp. 81, 84.

Analoghe riflessioni sono svolte dal Libro Verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali, cit., punto 1.

⁶⁹² N.I.THORHAUER, *Conflicts of jurisdiction in cross-border criminal cases in the Area of Freedom, Security and Justice. Risk and opportunities from an individual rights-oriented perspective*, cit., p. 85.

⁶⁹³ Il *Ne bis in idem* non deve essere considerato solo come criterio per l'allocazione della giurisdizione o la risoluzione dei relativi conflitti: esso opera anche come divieto all'esercizio del potere punitivo di un altro Stato. Così P.CAEIRO, *Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts and beyond*, cit., p. 377.

operano in un momento antecedente, quando ancora non sia intervenuto un giudicato; il *Ne bis in idem*, invece, in un momento successivo, nel caso un processo venga instaurato *nonostante* una decisione definitiva sul medesimo fatto⁶⁹⁴. Evidentemente, il primo istituto “condivide la *ratio* sottesa al principio [del *Ne bis in idem*], anticipando la soglia di tutela da esso assicurata”⁶⁹⁵. Tale preclusione non regola la ripartizione della giurisdizione tra gli Stati europei⁶⁹⁶, ma costituisce un corollario (ed una concretizzazione) del principio di complementarità, che disciplina il rapporto tra le competenze dell’Unione e degli Stati Membri, favorendo in linea generale questi ultimi, ed impedendo ad un’altra corte (europea od internazionale) di conoscere una causa già giudicata da un tribunale nazionale⁶⁹⁷.

Una attenta disciplina di entrambi gli istituti sembra necessaria. Un’applicazione del solo *Ne bis in idem* porta a conseguenze poco desiderabili, tra cui la creazione di un sistema improntato al principio del “primo arrivato, primo servito”⁶⁹⁸. In questa ipotesi (che costituisce la realtà europea attuale), la giurisdizione che si impone sulle altre è quella la cui sentenza è la prima a diventare definitiva secondo il diritto nazionale, impedendo ogni altro processo *in idem*. Il giudice che definisce la causa non appare predeterminato, ma stabilito da un criterio casuale, ovvero la mera eventualità di chiudere più celermente rispetto ad altri il giudizio⁶⁹⁹.

Le conseguenze di un sistema basato sul “primo arrivato, primo servito” non sono irrilevanti. Considerate le differenze tra i sistemi penali degli Stati europei, la scelta di un foro rispetto ad un altro (per giudicare o per essere giudicato) non è neutra⁷⁰⁰. Tali diversità si manifestano in trattamenti più o meno favorevoli nei confronti degli imputati per il semplice fatto che un ordinamento si sia espresso, prima di altri, su una determinata causa. Questa

⁶⁹⁴ Cfr. Libro Verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali, cit., punto 1, dove si afferma che “[...] tale principio non previene i conflitti di giurisdizione allorché molteplici procedimenti sono in corso in due o più Stati Membri”.

⁶⁹⁵ C.AMALFITANO, *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale nell’Unione Europea*, in *Diritto penale e processo*, 2009, vol. 10, p. 1301.

⁶⁹⁶ B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 3.

⁶⁹⁷ G.COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting Ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*, cit., p. 64.

⁶⁹⁸ “first come first served”: v. B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, cit., p. 72; M.WASMEIER-N.THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, cit., p. 576; M.LUCHTMAN, *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, cit., p. 79; 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. 634.

⁶⁹⁹ Lo stesso Libro Verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali afferma che, “senza un sistema che assegni le cause a un’adeguata giurisdizione mentre il procedimento è in corso, il principio del *ne bis in idem* può provocare risultati fortuiti o persino arbitrari: infatti, dare la preferenza a qualsiasi autorità giurisdizionale che si trovi in condizione di emettere per prima una decisione definitiva, equivarrebbe ad applicare il principio ‘primo arrivato primo servito’. La scelta della competenza attualmente viene lasciata al caso, e per questo il principio del *ne bis in idem* è tuttora subordinato a diverse eccezioni” (punto. 1).

Anche la Corte di Giustizia sembra essere consapevole di questa situazione: cfr. M.LUCHTMAN, *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, cit., p. 79.

⁷⁰⁰ M.LUCHTMAN, *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, cit., p. 75.

situazione porta inevitabilmente a favorire (se non ad incentivare) fenomeni di *forum shopping*⁷⁰¹. Qualora un soggetto commetta un reato che coinvolga più giurisdizioni, è ipotizzabile che egli abbia interesse a che il processo venga instaurato nello Stato le cui norme sono più convenienti (ad esempio, perché sono previste pene più miti, ovvero una disciplina più vantaggiosa sugli accordi extragiudiziali col Pubblico Ministero). Poi, a seguito della chiusura del processo, e forte dell'immunità garantita dal *Ne bis in idem* in tutto il territorio dell'Unione, ogni altro rischio sarà evitato⁷⁰².

Anche la vittima di un reato ha interesse a che il processo sia instaurato nella giurisdizione ritenuta più opportuna. In tale caso, il *forum shopping* è possibile sulla base del principio di personalità passiva⁷⁰³, secondo cui uno Stato è competente a giudicare un reato commesso contro un proprio cittadino. Lo svolgimento del processo nel proprio Paese può infatti comportare numerosi vantaggi, tra cui quelli derivanti dalla conoscenza del sistema giuridico e dalla padronanza della lingua utilizzata. Tuttavia, sono stati avanzati dubbi riguardo la legittimità stessa del principio, che non viene pienamente riconosciuto come regola generale di diritto penale internazionale. Una sua applicazione sembra infatti contrastare con il principio di non interferenza, dal momento che lo Stato estende il proprio potere punitivo sulla base di un legame oggettivamente debole, rispetto all'ordinamento dove l'illecito è stato commesso. Nonostante venga comunque considerato un legittimo criterio di attribuzione della giurisdizione, si ritiene non appartenga al diritto internazionale consuetudinario: il principale criterio è (e rimane) il principio di territorialità⁷⁰⁴.

Malgrado i rischi legati ai conflitti di giurisdizione (e ad una Europa in cui trova applicazione soltanto la disciplina sul *Ne bis in idem*), la loro prevenzione è stata largamente sottovalutata dall'Unione Europea e dalle sue Istituzioni. Il dovere di impedire tali contrasti, sancito dai Trattati⁷⁰⁵, è stato palesemente disatteso dall'applicazione di Decisioni Quadro che moltiplicano,

⁷⁰¹ Eurojust ha definito il '*forum shopping*' come la selezione arbitraria della sede dell'azione penale (Rapporto annuale Eurojust 2003, p. 61).

⁷⁰² M.WASMEIER-N.THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU law: comments on recent developments*, cit., p. 576; G.DE AMICIS, *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell'UE: il ruolo dell'Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1180.

Si è affermato che "la circostanza che i singoli sistemi processuali prevedano discipline giuridiche diverse con riguardo alle modalità di definizione del processo, può creare il rischio di una distorsione del principio [del *Ne bis in idem*] attraverso espedienti diretti a creare fittizie competenze territoriali: l'imputato, infatti, potrebbe avere interesse a definire il proprio processo nello Stato che consenta una rapida conclusione dello stesso con un patteggiamento 'conveniente', pronuncia che, alla luce della sentenza [Gözütok e Brügge], precluderebbe al giudice di un altro Stato membro di pronunciarsi nuovamente sulla medesima questione". Così A.MANGIARACINA, *Verso l'affermazione del Ne bis in idem nello "spazio giudiziario europeo"*, in *La legislazione penale*, 2006, p. 638.

⁷⁰³ Cfr. *supra* cap. 1 par. 16.

⁷⁰⁴ R.ECHLE, *The passive personality principle and the general principle of Ne bis in idem*, cit., pp. 60-61.

Il principio di personalità passiva viene addirittura considerato come la manifestazione della sfiducia tra gli Stati europei: così N.I.THORHAUER, *Conflicts of jurisdiction in cross-border criminal cases in the Area of Freedom, Security and Justice. Risk and opportunities from an individual rights-oriented perspective*, cit., p. 99.

⁷⁰⁵ Cfr. *infra* par. 19.

apparentemente senza necessità, i casi di giurisdizione extraterritoriale obbligatori ed discrezionali⁷⁰⁶. L'Unione sembra favorire le condizioni per la realizzazione dei conflitti, piuttosto che prevenirli.

Questa situazione risulta sempre più insostenibile all'interno di uno Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia⁷⁰⁷.

19. Risolvere i conflitti di giurisdizione in Europa

La questione dei conflitti di giurisdizione è stata affrontata da varie iniziative dell'Unione Europea, che ha tentato di favorire una soluzione al problema, sebbene in modo non determinante.

La competenza dell'UE in materia di conflitti di giurisdizione è stata introdotta dal Trattato di Amsterdam, come strumento per una più profonda cooperazione in materia penale⁷⁰⁸. Ad oggi, il Trattato di Lisbona prevede che “[i]l Parlamento europeo ed il Consiglio [...] [possano adottare] le misure intese a: [...], (b) prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati Membri”⁷⁰⁹. Al Parlamento ed al Consiglio viene quindi garantita la possibilità di adottare strumenti legislativi per tali scopi, rendendo la risoluzione di tali conflitti una delle priorità dell'Unione⁷¹⁰.

I vantaggi di una disciplina europea in questo ambito sono tre. Innanzitutto, si assicurerebbe tutela ai diritti e agli interessi degli individui coinvolti nei procedimenti, sia imputati che non. Inoltre, si eviterebbe un inutile spreco di risorse processuali a livello transnazionale; infine, si favorirebbe la fiducia reciproca tra gli Stati, nei confronti delle rispettive giurisdizioni penali⁷¹¹. È quindi opportuno che un caso sia trattato, sin dalla primissima fase del procedimento, da un solo ordinamento. Il foro più adatto sembra generalmente quello dove gli effetti negativi del reato hanno maggiormente danneggiato la fiducia dei consociati nei confronti del sistema di giustizia penale, e dove,

⁷⁰⁶ P.CAEIRO, *Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts and beyond*, cit., p. 366; N.I.THORHAUER, *Conflicts of jurisdiction in cross-border criminal cases in the Area of Freedom, Security and Justice. Risk and opportunities from an individual rights-oriented perspective*, cit., p. 87.

Cfr. art. 7 comma 2 Decisione Quadro 2000/383/GAI sulla falsificazione di monete, GUUE L-140/1, 14/06/2000; art. 9 comma 1 Decisione Quadro 2001/413/GAI sulla lotta contro le frodi, GUUE L-149/1, 02/06/2001; art. 9 comma 1 Decisione Quadro 2002/475/GAI sui reati terroristici, GUUE L-164/3, 22/06/2002; art. 10 comma 1 Decisione Quadro 2005/222/GAI sugli attacchi contro i sistemi di informazione, GUUE L-69/67, 16/03/2005; art. 10 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2011/36/UE sulla tratta di esseri umani, GUUE L-101/1, 15/04/2011.

⁷⁰⁷ M.LUCHTMAN, *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, cit., p. 75. V. anche Libro Verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali, cit., punto 1.

⁷⁰⁸ P.CAEIRO, *Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts and beyond*, cit., p. 366.

⁷⁰⁹ Art. 82 comma 1 lett. b TFUE.

⁷¹⁰ P.CAEIRO, *Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts and beyond*, cit., p. 367.

⁷¹¹ A.MANGIARACINA, *Verso l'affermazione del Ne bis in idem nello “spazio giudiziario europeo”*, cit., pp. 641-642.

quindi, la necessità di una reazione dell'autorità sia più sentita: si tratta, tendenzialmente, dello Stato nel cui territorio si è verificato il fatto delittuoso (*locus commissi delicti*)⁷¹². È stato sostenuto che un risultato di tale portata potrebbe raggiungersi riducendo lo *ius puniendi* dei sistemi giuridici, limitandolo il più possibile al territorio nazionale. A tale impostazione si è contestato che l'applicazione di norme eccessivamente rigide conduce alla compressione di ulteriori interessi degni di tutela; inoltre, la molteplicità dei processi non potrebbe essere evitata nei casi in cui la condotta criminale abbia avuto luogo in più Stati⁷¹³. Di qui la necessità di una disciplina che regoli in modo esauriente tali situazioni.

In tale materia la prima iniziativa meritevole di attenzione è la proposta di adozione di una Decisione Quadro sul *Ne bis in idem* del 2003⁷¹⁴: insieme al divieto di un secondo giudizio⁷¹⁵, l'art. 3 contemplava i casi di litispendenza. La proposta di Decisione Quadro prevedeva che gli Stati con giurisdizione sulla causa dovessero procedere, a seguito di consultazioni, alla scelta dell'ordinamento cui dare la preferenza, seguendo determinati criteri (*in primis*, quello della corretta amministrazione della giustizia⁷¹⁶). Raggiunto l'accordo, i procedimenti pendenti negli altri Stati sarebbero stati sospesi sino alla pronuncia della sentenza definitiva nell'ordinamento preferito⁷¹⁷. La proposta suggeriva quindi di sostituire le disposizioni della Convenzione di Schengen (artt. 54-58) con una disciplina più dettagliata, caratterizzata da specifiche norme in tema di litispendenza⁷¹⁸. L'iniziativa legislativa non ha condotto al risultato sperato: a causa di contrasti interni al Consiglio, la Decisione quadro non venne adottata.

Un'altra iniziativa diretta a prevenire e contrastare i conflitti di giurisdizione è quella che ha portato alla nascita di Eurojust⁷¹⁹, come auspicato durante il Consiglio di Tampere del 1999⁷²⁰. Nell'ambito delle indagini e dei procedimenti concernenti almeno due ordinamenti (e relativamente a particolari reati indicati

⁷¹² P.CAEIRO, *Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts and beyond*, cit., p. 374.

⁷¹³ P.CAEIRO, *Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts and beyond*, cit., p. 376.

⁷¹⁴ 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, GUUE C-100/24, 26/04/2003.

⁷¹⁵ "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": art. 2 comma 1.

⁷¹⁶ Ulteriori elementi da considerare erano lo Stato membro nel cui territorio era stato commesso l'illecito penale, di cui l'autore del reato era cittadino o residente, lo Stato di origine delle vittime, e quello in cui il reo era stato trovato (art. 3 comma 1 lett a, *sub* (aa), (bb), (cc), (dd)).

⁷¹⁷ Art. 3 comma 1 lett. a,b.

⁷¹⁸ A.MANGIARACINA, *Verso l'affermazione del Ne bis in idem nello "spazio giudiziario europeo"*, cit., p. 640.

⁷¹⁹ Decisione del Consiglio del 22 Febbraio 2002 che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, 2002/287/GAI, GUUE L-63/1, 06/03/2002: "Decisione Eurojust".

⁷²⁰ V. Considerando n. 3 "Decisione Eurojust".

dall'art. 4), gli obiettivi di Eurojust sono, principalmente, di “stimolare e migliorare il coordinamento, tra le autorità nazionali competenti degli Stati Membri, delle indagini e delle azioni penali degli stessi [...]; [nonché di] migliorare la cooperazione tra le autorità competenti degli Stati [...]”⁷²¹. Eurojust ha lo scopo di promuovere consultazioni tra gli ordinamenti interessati, al fine di valutare se sia possibile un coordinamento delle azioni penali. Al fine di raggiungere i suddetti obiettivi, Eurojust può esprimere il proprio parere relativo alla giurisdizione migliore per perseguire un reato, istituire una squadra investigativa comune, nonché comunicare le informazioni necessarie e garantire assistenza per favorire l'accordo tra gli ordinamenti sul foro competente⁷²².

Nel 2003 Eurojust ha adottato delle Linee Guida per aiutare a stabilire quale sia il foro migliore dove esercitare l'azione penale⁷²³. Se più Stati hanno giurisdizione sul caso, le autorità competenti devono avviare consultazioni al fine di individuare lo Stato nel quale concentrare il procedimento, che deve essere scelto sulla base dei criteri evidenziati dalle Linee Guida⁷²⁴. Secondo tali parametri l'azione penale ha luogo, se possibile, nello Stato in cui si sia verificata la maggior parte degli atti criminali, o in cui si siano verificati i maggiori danni. Altri fattori devono poi essere considerati, tra cui la residenza dell'accusato, la presenza di testimoni e la disponibilità delle prove, il periodo usualmente richiesto per la conclusione del procedimento in quella determinata giurisdizione, gli interessi delle vittime, e i costi dell'azione penale.

Nessuno dei suddetti fattori sembra di per sé determinante nella scelta di un particolare ordinamento: tutti devono essere unitariamente considerati, tenuto conto delle circostanze del fatto concreto⁷²⁵. Inoltre, essi costituiscono un catalogo “aperto” di criteri caratterizzati da intrinseca vaghezza, puramente orientativi e quindi non vincolanti⁷²⁶. In questo processo, Eurojust fornisce assistenza agli Stati nella scelta della giurisdizione dove concentrare i procedimenti. Tali pareri, tuttavia, non sono vincolanti per gli ordinamenti coinvolti.

⁷²¹ Art. 3 comma 1 lett. a, b “Decisione Eurojust”.

Nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, veniva anche affermato che “Eurojust ha il compito di sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale contro la criminalità grave che interessa due o più Stati membri o che richiede un'azione penale su basi comuni, sulla scorta delle operazioni effettuate e delle informazioni fornite dalle autorità degli Stati membri e da Europol”. Inoltre, ulteriore scopo sarebbe stato quello di potenziare la cooperazione giudiziaria “anche attraverso la composizione dei conflitti di competenza e tramite una stretta cooperazione con la rete giudiziaria europea” (art. III-273 par. 1, in particolare lett. c).

⁷²² Art. 6 “Decisione Eurojust”.

⁷²³ Linee guida per decidere “A quale giurisdizione compete l'azione penale?”, Rapporto annuale Eurojust 2003, pp. 60 e ss.

⁷²⁴ G.DE AMICIS, *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell'UE: il ruolo dell'Eurojust*, cit., p. 1177.

⁷²⁵ Difatti, “[o]gni caso è unico e di conseguenza qualsiasi decisione presa in merito alla giurisdizione meglio posizionata per un'azione penale deve basarsi sulle circostanze di fatto e sul merito di ogni singolo caso. Tutti i fattori ritenuti rilevanti devono essere considerati”: v. Rapporto annuale Eurojust 2003, p. 60.

⁷²⁶ G.DE AMICIS, *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell'UE: il ruolo dell'Eurojust*, cit., p. 1177.

La proposta non è esente da critiche. È stato sostenuto che un meccanismo di tale portata contrasti con la salvaguardia delle garanzie difensive e con le facoltà processuali degli imputati, “che potrebbero trovarsi costretti a difendersi da un’accusa promossa nei loro confronti dinanzi ad una giurisdizione nazionale, anziché ad un’altra, senza aver potuto interloquire [...]”⁷²⁷. Oltretutto, un sistema di risoluzione dei conflitti di tal genere sembra funzionare solo in relazione agli ordinamenti ad azione penale facoltativa, dove sia possibile rinunciare all’esercizio della potestà punitiva, a seguito dell’accordo⁷²⁸.

20. (segue): Dal Libro verde della Commissione alla Decisione Quadro sui conflitti di giurisdizione

Il Libro Verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali⁷²⁹, adottato dalla Commissione nel 2005, costituisce un’ulteriore iniziativa – ma di *soft law* – in tale ambito. Esso propone l’introduzione di un meccanismo di giurisdizione concordata.

Il modello di disciplina proposto si fonda su due presupposti fondamentali. Anzitutto l’instaurazione di uno scambio di informazioni rilevanti così da assicurare che gli Stati vengano a conoscenza dei procedimenti in corso⁷³⁰. In secondo luogo, “le autorità responsabili [...] dovrebbero avere la facoltà di non avviare un’azione penale, o di dichiarare estinto un procedimento penale in corso, semplicemente in base al fatto che la stessa azione penale è in corso in un altro Stato Membro”⁷³¹. Inoltre, poiché vari ordinamenti europei escludono la discrezionalità nell’esercizio dell’azione penale, anche con norme costituzionali,

⁷²⁷ G.DE AMICIS, *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell’UE: il ruolo dell’Eurojust*, cit., p. 1180.

⁷²⁸ G.DE AMICIS, *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell’UE: il ruolo dell’Eurojust*, cit., p. 1177; A.MANGIARACINA, *Verso l’affermazione del Ne bis in idem nello “spazio giudiziario europeo”*, cit., p. 642. V. anche *infra* cap. 4.

Certa dottrina ha anche affermato che “[p]er consentire ad Eurojust di risolvere i conflitti tra giurisdizioni sarebbe poi necessario varare una norma che gli conferisse adeguati poteri. Allo stato, Eurojust non potrebbe svolgere un simile compito. La risoluzione del conflitto, infatti, presuppone l’abbandono da parte di uno Stato della propria pretesa punitiva. In ordinamenti ad azione penale obbligatoria questo risultato può ottenersi solo con una norma *ad hoc* che sospenda l’obbligo per il caso di constatato conflitto di giurisdizione, qualora l’azione sia esercitata per lo stesso fatto in un altro Paese dell’Unione. In ordinamenti ad azione penale facoltativa può anche concedersi che l’abbandono della pretesa punitiva non richieda una legge; tuttavia, rispetto alla scelta discrezionale di chi esercita l’accusa, l’intervento di Eurojust – per non rimanere confinato entro una mera *moral suasion* – può sortire effetto solo ove si riconoscesse all’organo europeo un potere gerarchico sui procuratori (o figure equivalenti) nazionali”: così M.PANZAVOLTA, *Il giudice naturale nell’ordinamento europeo: presente e futuro*, in M.G.COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale della Costituzione europea*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 138-139.

⁷²⁹ Libro Verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali, 23/12/2005, COM(2005) 696 def.

⁷³⁰ Scambio che può essere imposto come “obbligatorio”: punto 2.1 Libro Verde sui conflitti di giurisdizione.

⁷³¹ Punto 2.1 Libro Verde sui conflitti di giurisdizione.

il Libro Verde adotta una soluzione di compromesso sicuramente apprezzabile sul punto: al fine di evitare modifiche costituzionali, si propone che, “nello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, il principio [sia] soddisfatto [anche] quando *un altro* Stato Membro, in quella fattispecie, esercit[i] l’azione penale”⁷³².

Ciò premesso, il procedimento volto alla prevenzione o risoluzione del conflitto di giurisdizione si articola in tre fasi. La prima è diretta ad individuare (ed informare) gli Stati interessati, per permetterne la partecipazione alla scelta del foro più appropriato. La seconda implica un obbligo di avviare discussioni tra le “parti interessate”, con lo scopo di individuare la giurisdizione che dovrà procedere. Qualora sia difficile raggiungere un accordo, si apre la terza fase, che delinea un meccanismo per la risoluzione dei conflitti. In questa ipotesi si reputa opportuno l’intervento di un mediatore, quale Eurojust, che sembra occupare una posizione adatta ad assumere questo ruolo. Una fase ulteriore è prevista nell’eventualità in cui la composizione proposta dovesse fallire: per superare questa situazione di stallo, viene auspicata la creazione di un organismo europeo con poteri tali da emanare una decisione vincolante. Il Libro Verde indica sommariamente i criteri da tenere in considerazione nella scelta, tra cui il principio di territorialità, gli interessi delle vittime e dello Stato, nonché la celerità del procedimento⁷³³. Infine, nonostante l’ultima parte del Libro Verde sia dedicata al principio del *Ne bis in idem*, tale sezione non si presenta come autonoma, ma piuttosto conseguente a quella relativa ai conflitti⁷³⁴.

Infine, nel 2009 è stata adottata la Decisione Quadro sui conflitti di giurisdizione⁷³⁵. Tale iniziativa costituisce un notevole traguardo nel tentativo di garantire una soluzione coerente al problema dei procedimenti penali paralleli. Anche in questo caso, l’obiettivo è di promuovere consultazioni e scambio di informazioni tra gli Stati coinvolti, al fine di prevenire e risolvere il manifestarsi di una pluralità di procedimenti per lo stesso fatto: la disciplina è diretta ad evitarne le conseguenze negative⁷³⁶.

Nella Decisione Quadro è previsto l’obbligo di prendere contatto con le autorità competenti degli altri ordinamenti, nel caso vi sia fondato motivo di ritenere che si stia conducendo un procedimento parallelo (art. 5). Al dovere di rispondere alla richiesta senza indebito ritardo (art. 6), segue l’indicazione delle informazioni minime che gli Stati coinvolti sono tenuti a scambiarsi al fine di verificare che si tratti effettivamente di un procedimento per lo stesso fatto (artt. 8-9). Accertata l’esistenza di giudizi paralleli, le autorità competenti devono poi

⁷³² Punto 2.1 Libro Verde sui conflitti di giurisdizione (corsivo aggiunto). V. *infra* cap. 4.

⁷³³ Punto 2.5 Libro Verde sui conflitti di giurisdizione. D’altra parte, viene anche proposta una seconda soluzione, più flessibile: in questo caso, “[i]ndipendentemente dall’istituzione di un ordine di priorità o successione tra i criteri rilevanti tramite un atto legislativo comunitario, sembra possibile e necessario raggiungere almeno un accordo su un principio guida generale per l’attribuzione della giurisdizione. Ad esempio, tale principio potrebbe riferirsi alla ragionevolezza e/o al processo equo” (punto 2.5).

⁷³⁴ 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. 641.

⁷³⁵ Decisione Quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 Novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all’esercizio della giurisdizione nei procedimenti penale, GUUE L-328/42, 15/12/2009. La Decisione è stata recepita in Italia dal decreto legislativo 29/2016: v. *infra* cap. 4 par. 4.

⁷³⁶ Considerando n. 4 Decisione Quadro sui conflitti di giurisdizione.

avviare le consultazioni (art. 10) al fine di individuare il foro migliore, anche con la cooperazione di Eurojust (art. 12), e seguendo i criteri guida indicati⁷³⁷.

Nella logica del compromesso, la Decisione Quadro in discorso ha optato per un meccanismo risolutivo non vincolante, che rappresenta il maggior limite di tale strumento. Difatti, gli Stati Membri non sono tenuti a raggiungere un accordo sulla giurisdizione, né ad Eurojust sono attribuiti poteri vincolanti nel caso di mancato consenso tra le parti. Il principio su cui la Decisione si fonda è che “[n]essuno Stato Membro dovrebbe essere obbligato a rinunciare o a esercitare la competenza giurisdizionale contro la sua volontà”⁷³⁸. Inoltre, la disciplina da seguire in caso di accordo non è specificata: il legislatore europeo ha implicitamente affidato ai singoli ordinamenti nazionali la regolamentazione di questa eventualità, in sede di recepimento⁷³⁹. Ancora una volta, l’obbligatorietà dell’azione penale in alcuni ordinamenti sembra essere un ostacolo insormontabile alla composizione dei conflitti. Tuttavia, con una presa di posizione decisamente apprezzabile (sebbene non vincolante), viene nuovamente affermato che “[n]ello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia il principio di obbligatorietà dell’azione, che informa il diritto processuale in vari Stati Membri, dovrebbe essere inteso e applicato in modo da ritenerlo soddisfatto quando ogni Stato Membro garantisce l’azione penale in relazione ad un determinato reato”⁷⁴⁰. Questa considerazione (più un auspicio che una vera e propria norma), sembra orientata verso un principio di unità di azione repressiva in Europa, oggi assente persino in uno Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia⁷⁴¹.

A partire dall’iniziativa della Repubblica ellenica sino alla Decisione Quadro del 2009, l’Unione Europea ha affrontato con crescente tenacia il problema dei conflitti di giurisdizione nello Spazio comune di giustizia penale. Nonostante gli sforzi compiuti, una soluzione del tutto appagante non è stata ancora raggiunta.

⁷³⁷ I criteri da considerare sono: il luogo in cui si è prevalentemente verificato il fatto, o in cui si è subita la maggior parte dei danni, oppure dove si trova l’indagato o imputato, la possibilità di estradizione, la cittadinanza o residenza dell’indagato o imputato, gli interessi rilevanti del medesimo, gli interessi di vittime e testimoni, l’eventuale ammissibilità di elementi probatori e possibili ritardi processuali. Vengono, inoltre, esplicitamente menzionate anche le Linee guida contenute nella relazione annuale 2003 di Eurojust (Considerando n. 9).

⁷³⁸ Considerando n. 11 Decisione Quadro sui conflitti di giurisdizione.

⁷³⁹ V. *infra* cap. 4 par. 4.

⁷⁴⁰ Considerando n. 12 Decisione Quadro sui conflitti di giurisdizione. V. anche punto 2.1 Libro Verde sui conflitti di giurisdizione. Cfr. anche N.GALANTINI, *Il Ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, in T.RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia giudiziaria in materia penale nell’UE dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 240.

⁷⁴¹ T.BRAVO, *Ne bis in idem as a defence right and procedural safeguard in the EU*, cit., p. 399. Cfr. *infra* cap. 4.

21. I conflitti di giurisdizione in dottrina e in giurisprudenza: la sentenza *Donati*

Il problema della litispendenza e del rapporto col *Ne bis in idem* è stato oggetto di una pronuncia della Corte di Cassazione⁷⁴², generata da un ricorso contro la decisione di non doversi procedere, a norma degli artt. 129 e 649 c.p.p., in quanto i reati contestati agli imputati erano stati già oggetto di una sentenza emessa dal medesimo tribunale, contro la quale era stato proposto appello. La condanna non era ancora diventata irrevocabile: sussisteva una situazione di pendenza di due procedimenti, sebbene in gradi di giudizio differenti. Da qui il ricorso alla Suprema Corte, in cui veniva chiesto se la regola del *Ne bis in idem* ex art. 649 c.p.p. potesse estendersi anche alle sentenze non ancora divenute irrevocabili.

La giurisprudenza precedente aveva generalmente fornito una lettura restrittiva della disposizione. Nella vigenza del codice di procedura penale del 1930, la Consulta aveva già dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 90⁷⁴³, rilevando che non può dirsi violato il principio di eguaglianza ai sensi dell'art. 3 Cost. perché, "nella sua funzione preclusiva alla reiterazione di un procedimento penale, l'[art. 90 c.p.p.] non equipara le due situazioni giuridiche, della sentenza divenuta irrevocabile rispetto a quella che tale ancora non sia. Dette situazioni sono profondamente differenziate sul piano giuridico e perciò il diverso trattamento è di per sé giustificato"⁷⁴⁴.

Tale indirizzo (tendenzialmente restrittivo), ha subito un'evoluzione nel corso degli anni. Infatti, "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 c.p.p. [...] esprime un costante orientamento di sistema dettato ad evitare la duplicità di decisioni, e un generale principio di *ne bis in idem* che tende innanzitutto ad evitare che per lo stesso reato si svolgano più procedimenti e si emettano più provvedimenti, l'uno indipendente dall'altro"⁷⁴⁵. L'art. 649 c.p.p. sembra quindi espressione di un "principio più ampio, che, anche in assenza di una sentenza irrevocabile, rende la duplicazione dello stesso processo incompatibile con le strutture fondanti dell'ordinamento processuale [...]"⁷⁴⁶. Non è stato inoltre possibile, nel caso di

⁷⁴² Cass., sez. un., 28 Giugno 2005, Donati, cit., pp. 28 e ss.

⁷⁴³ V. *supra* cap. 1 par. 3.

⁷⁴⁴ Corte Cost., 14 Gennaio 1976, n. 6, in *Giur. Cost.*, 1976, p. 35. Tale indirizzo è stato sostenuto anche dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass., sez. III, 23 febbraio 2005, Massa, rv. 230872, in cui si sostiene che l'art. 649 c.p.p. evita la duplicazione di giudicati nel solo caso in cui sia già intervenuta sentenza irrevocabile, con la conseguenza che l'applicazione del divieto di *bis in idem* è rigorosamente subordinata all'esistenza di decisioni giurisdizionali connotate dal requisito dell'irrevocabilità (così riportato in Cass., sez. un., 28 Giugno 2005, Donati, cit., p. 30).

⁷⁴⁵ Cass., sez. V, 10 Luglio 1995, Pandolfo, rv. 202653 (così riportato in Cass., sez. un., 28 Giugno 2005, Donati, cit., p. 30).

⁷⁴⁶ Cass., sez. un., 28 Giugno 2005, Donati, cit., p. 33.

specie, ricorrere alle norme relative ai conflitti di competenza⁷⁴⁷: il riferimento a tale disciplina è indubbiamente corretto nei casi di doppio processo dinanzi a sedi giudiziarie diverse, ma non all'interno della medesima (come nel caso della sentenza in esame)⁷⁴⁸.

Per tali ragioni, le Sezioni Unite hanno confermato l'ammissibilità della pronuncia di non doversi procedere per improponibilità dell'azione penale, nelle ipotesi di litispendenza dinanzi allo stesso ufficio giudiziario. Tale orientamento è stato giustificato non attraverso l'applicazione diretta dell'art. 649 c.p.p., ma facendo leva su un "principio che l[o] trascende, ed è collocato a monte dell[o] stess[o], corrispondendo l'art. 649 c.p.p. ad una delle plurime specificazioni di una direttiva generale alla quale è conformato tutto il sistema processuale. Si è voluto, cioè, significare che l'art. 649 c.p.p. costituisce un singolo, specifico, punto di emersione del principio del *ne bis in idem*"⁷⁴⁹.

Attraverso questa pronuncia, la preclusione trascende la mera formulazione letterale della disposizione, per tutelarne la *ratio*. Il *Ne bis in idem* sembra allora vietare ogni tipo di duplicazione che costituisca una reiterazione dello *ius puniendi*, il quale, una volta esercitato, definitivamente consuma il potere di azione di un determinato ufficio.

22. (segue): La Proposta di Friburgo: cenni

Oltre alla giurisprudenza, anche la dottrina ha affrontato il problema dei conflitti di giurisdizione, ed ha formulato suggerimenti per una loro soluzione. Di particolare interesse è la Proposta di Friburgo sulle giurisdizioni concorrenti e il divieto di processi multipli nell'Unione Europea⁷⁵⁰. Adottata da alcuni ricercatori dell'Istituto Max-Planck di Friburgo, l'iniziativa suggerisce un modello per una esauriente soluzione ai suddetti contrasti⁷⁵¹.

La Proposta affronta il problema da una pluralità di prospettive. Invece di introdurre una semplice norma europea sul *Ne bis in idem*, viene indicata una soluzione strutturata in tre fasi. La prima è diretta ad evitare duplicazioni processuali attraverso il coordinamento tra le autorità competenti, durante le

⁷⁴⁷ Art. 28, comma 1, lett. b) c.p.p., il quale parla di conflitto quando "due o più giudici ordinari contemporaneamente prendono o ricusano di prendere cognizione del medesimo fatto attribuito alla stessa persona".

⁷⁴⁸ Si tratta di un conflitto di competenza "improprio", non regolato dall'art. 28 c.p.p. L'assenza di un'apposita disciplina sembra aver causato la nascita di prassi finalizzate a "frenare il corso del primo processo, in modo che il secondo possa pervenire alla stessa fase o grado e ne sia, quindi, possibile la riunione; ovvero di sospendere il processo successivo sino a quando il primo si concluda con una sentenza irrevocabile che renda applicabile la regola del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p." (Cass., sez. un., 28 Giugno 2005, Donati, cit., p. 32). Per queste ragioni, sia il Procuratore Generale, che la sezione remittente, avevano sostenuto la necessità di sospendere il procedimento. Anche questa pratica è stata però esclusa dalla Corte di Cassazione, dal momento che le ipotesi di sospensione penale sono tassativamente indicate.

⁷⁴⁹ Cass., sez. un., 28 Giugno 2005, Donati, cit., p. 33.

⁷⁵⁰ A.BIEHLER-R.KNIEBÜHLER-J.LELIEUR FISCHER-S.STEIN, *Freiburg Proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union*, Max-Planck Institute for foreign and international criminal law, November 2003.

⁷⁵¹ Proposta di Friburgo, p. 4.

primissime fasi del procedimento; nel caso non si giunga ad una composizione del conflitto, trova applicazione il divieto di un giudizio *in idem* (seconda fase). Infine, nell'ipotesi in cui anche un secondo processo non sia evitato, alla seconda sanzione deve dedursi la quantità di pena già imposta (e scontata) dal primo giudizio (terza fase).

L'iniziativa (formata da soli 11 articoli) contiene un commento ad ogni disposizione, che ne definisce la portata applicativa. La disciplina è fondata sullo scambio obbligatorio di informazioni tra le autorità procedenti, che sono tenute a raggiungere un accordo ispirandosi a determinati criteri (*in primis* la corretta amministrazione della giustizia)⁷⁵². Rispetto alle altre iniziative in materia, una delle novità più rilevanti è introdotta dall'art. 2, che garantisce il diritto dell'accusato di appellarsi alla Corte di Giustizia per chiedere la revisione della decisione sulla giurisdizione. Si tratta di una norma di primaria importanza: l'individuo non è più completamente escluso dal procedimento decisionale sul foro chiamato ad esprimersi sulla sua responsabilità penale⁷⁵³. La stessa Corte, data l'indipendenza e la trasparenza del processo decisionale, ha inoltre il dovere di emanare una decisione vincolante in caso gli Stati non raggiungano un accordo (art. 3).

Nella seconda fase, l'iniziativa di Friburgo introduce un *Ne bis in idem* che sembra in armonia con il principio di cui all'art. 54 CAAS, così come interpretato dalle sentenze della Corte di Giustizia (contemporanee e successive). Innanzitutto, viene garantita l'applicabilità della preclusione anche nel caso di un secondo procedimento di carattere non formalmente penale (sebbene sostanzialmente tale)⁷⁵⁴; la stessa nozione di 'fatto' viene poi intesa in senso materiale, indipendentemente dal *nomen iuris*⁷⁵⁵.

Il divieto opera quando la decisione statuisce in via definitiva sulla causa. La riapertura del processo è permessa solo al verificarsi di circostanze eccezionali, previste dalle norme nazionali (art. 6 comma 2, lett. d). La disciplina introdotta dalla Proposta sembra conforme agli orientamenti adottati nelle sentenze *Van Straaten* e *Turansky*. Nel primo caso, la Corte si è espressa in favore dell'applicabilità dell'art. 54 CAAS in caso di assoluzione per mancanza di prove; nella seconda pronuncia, invece, è stata rimarcata la necessaria 'definitività' della decisione affinché operi la preclusione. L'iniziativa di Friburgo introduce un *Ne bis in idem* che vieta il secondo giudizio anche in caso di assoluzione per mancanza di prove (sentenza *Van Straaten*), ma non nell'ipotesi in cui la disciplina nazionale preveda la riapertura del processo al verificarsi di circostanze eccezionali, in quanto la pronuncia non potrebbe mai dirsi *definitiva* (sentenza *Turansky*)⁷⁵⁶.

⁷⁵² Art. 1 comma 3, Proposta di Friburgo.

⁷⁵³ Una norma di tale portata è assente in tutte le iniziative, precedenti e successive, dirette alla composizione dei conflitti di giurisdizione: v. in particolare par. 19. La stessa Proposta considera questo diritto essenziale per controbilanciare l'istituto del coordinamento tra le autorità procedenti (p. 15). Naturalmente, una sua applicazione necessita dell'ampliamento delle competenze della Corte.

⁷⁵⁴ Garanzia prevista anche dagli strumenti normativi europei: v. *supra* par. 10.

⁷⁵⁵ Proposta di Friburgo, pp. 23-24. Orientamento aderente alle pronunce della Corte di Giustizia in materia: v. *supra* par. 15. Cfr. T.BRAVO, *Ne bis in idem as a defence right and procedural safeguard in the EU*, cit., p. 397.

⁷⁵⁶ Cfr. *supra* par. 14.

La Proposta indica una sola eccezione al principio, che non trova applicazione quando il procedimento ha avuto luogo con il solo scopo di proteggere l'individuo dal reale accertamento della sua responsabilità penale (art. 9 comma 1). La suddetta ipotesi si verifica qualora l'imputato sia stato giudicato attraverso un processo fittizio, con il solo scopo di pervenire ad una sentenza definitiva tale da attivare la preclusione del *Ne bis in idem*. La limitazione sembra profondamente differente rispetto a quelle contenute nell'art. 55 CAAS, più numerose e basate su particolari interessi nazionali. Perché operi la preclusione, è poi necessario che la pena, se non completamente eseguita, sia ancora legalmente eseguibile secondo la legge dello Stato che ha emanato la sentenza: un nuovo processo è permesso solamente quando l'esecuzione sia impossibile in modo permanente. Infine, la terza fase prevista garantisce uno minimo livello di protezione, qualora un secondo processo non sia stato evitato. La sua formulazione è del tutto analoga a quella dell'art. 56 CAAS⁷⁵⁷.

In conclusione, sembra che tale Proposta contenga un'esauriente disciplina in tema di litispendenza e *Ne bis in idem*. Alla necessità di evitare l'impunità dei reati⁷⁵⁸, viene contrapposta la tutela degli interessi degli accusati (ad esempio, con la possibilità di ricorrere alla Corte di Giustizia per sindacare la scelta del foro). Tuttavia, tale iniziativa presuppone che la Corte abbia la possibilità di esprimersi, a titolo vincolante, per risolvere i conflitti di giurisdizione: si tratta di una competenza ad oggi non prevista. Il progetto, tuttavia, sembra orientarsi nella giusta direzione, in quanto prospetta una soddisfacente disciplina in tema di *Ne bis in idem* e litispendenza.

⁷⁵⁷ V. *supra* par. 9.

⁷⁵⁸ Impunità che viene evitata con la clausola di esecuzione, e attraverso la disposizione che prevede la non operatività della preclusione se il primo processo abbia avuto come unico scopo la protezione dell'individuo da un reale accertamento della sua responsabilità.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

1. Garantire il *Ne bis in idem* internazionale nello spazio giudiziario europeo

A conclusione dell'analisi compiuta nei capitoli precedenti, alcune riflessioni possono aiutare a comprendere complessivamente l'attuale disciplina sul *Ne bis in idem* in Europa. Inizialmente impiegata esclusivamente a livello nazionale, la preclusione è stata riconosciuta prima in sede pattizia (Convenzione internazionale sui diritti civili e politici⁷⁵⁹), poi a livello europeo (CEDU⁷⁶⁰), come fondamentale principio di diritto interno. Allo stato attuale, emerge chiaramente la duplice natura del divieto: da un lato, opera come garanzia fondamentale della persona, che si manifesta nel diritto a non subire un secondo procedimento per un fatto già precedentemente giudicato⁷⁶¹; dall'altro, si risolve in una preclusione processuale, ossia una regola che impedisce concretamente un secondo processo (o la sua continuazione); se eccepito, il giudice è infatti tenuto ad estinguere definitivamente il secondo giudizio. Ciò dipende dal fatto che tale principio è frutto di un bilanciamento di interessi: il *Ne bis in idem* "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"⁷⁶².

Garanzia assolutamente imprescindibile in ambito interno, il divieto di *bis in idem* non trova automatica applicazione a livello internazionale, in quanto ulteriori esigenze (*in primis* le pretese punitive dei singoli ordinamenti) giocano un ruolo non irrilevante nel bilanciamento di interessi pubblici con le garanzie dell'imputato. Ciononostante, nello Spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia la fiducia tra gli Stati Membri è tale per cui un doppio giudizio per lo stesso fatto, da parte di un altro Stato, comporterebbe un "vulnus alla libertà di circolazione delle persone, con pregiudizio dei diritti e degli interessi dei singoli"⁷⁶³: il *Ne bis in idem* sembra pienamente meritevole di tutela anche in una dimensione transnazionale.

La Convenzione di Schengen e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea già prevedono che un soggetto non possa essere giudicato una seconda volta per lo stesso fatto, dopo che la prima sentenza sia divenuta definitiva in un altro Stato Membro. Tali tutele, tuttavia, garantiscono un *Ne bis in idem* internazionale inteso in senso "stretto", ovvero operante solo dal momento in cui la prima pronuncia assume i caratteri di *res iudicata*. La protezione non sembra sufficiente: anche prima del giudicato, l'imputato è esposto a possibili violazioni dei suoi diritti, causati dalla pendenza di una pluralità di procedimenti in Stati differenti. Il suddetto *Ne bis in idem*, limitato dal requisito della definitività della pronuncia, realizza "l'obiettivo di precludere

⁷⁵⁹ V. *supra* cap. 1 par. 18.

⁷⁶⁰ V. *supra* cap. 2.

⁷⁶¹ V. *supra* cap. 1 par. 1.

⁷⁶² N.GALANTINI, *Evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 1567.

⁷⁶³ 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. 3593.

l'instaurazione di un nuovo giudizio *in idem* [...], ma *non agisce direttamente sul momento genetico del processo*, cioè sul profilo di azioni penali *parallele* sullo stesso fatto all'interno di Stati diversi, individuando *a priori*, sulla base di parametri oggettivi, lo Stato legittimato ad agire"⁷⁶⁴. L'adozione di un *Ne bis in idem* inteso in senso "stretto" comporta inoltre l'instaurazione di un sistema basato sulla regola del "primo arrivato, primo servito"⁷⁶⁵: il principio, se applicato in assenza di norme sull'esercizio della giurisdizione, "rischia di privilegiare l'autorità giudiziaria che, per prima e del tutto casualmente, pervenga ad una decisione definitiva. Attribuire la giurisdizione allo Stato 'più veloce' significa legittimare risultati che potrebbero rivelarsi inadeguati [...], e non costituisce di certo un criterio cui possa riconoscersi un valore obiettivo"⁷⁶⁶. Per evitare il rischio che un soggetto subisca procedimenti paralleli, il *Ne bis in idem* internazionale dev'essere quindi concepito in senso "ampio". Questa reinterpretazione include nel divieto anche i casi di litispendenza, considerati in violazione della preclusione⁷⁶⁷.

Risolvere la questione della contemporanea pendenza di più procedimenti in diversi Stati non è tuttavia immediato. Oltre a ragioni di carattere politico (ovvero la resistenza degli ordinamenti a cedere parte della propria sovranità), le stesse dinamiche interne all'Unione sembrano favorire la sovrapposizione delle prerogative nazionali: obblighi di incriminazione, frequentemente previsti negli strumenti di cooperazione europea, vincolano gli Stati ad estendere la pretesa punitiva oltre i propri confini, soprattutto in presenza di crimini di natura internazionale. In sostanza, "le ipotesi di concorrenza tra le giurisdizioni dei diversi Paesi europei paiono destinate ad aumentare di pari passo con il diffondersi del carattere sempre più 'transnazionale' delle organizzazioni criminose o, quanto meno, dei fatti di reato"⁷⁶⁸.

Una soluzione a tali conflitti rimane però necessaria. È stato ipotizzato che gli ordinamenti dovrebbero accordarsi per ripartirsi lo spazio penale europeo sulla base di una estrema fiducia reciproca, restringendo le proprie prerogative al fine di evitare sovrapposizioni (ad esempio, esercitando il proprio *ius puniendi* solo in base al principio di territorialità). In questo modo, "ogni fatto criminoso ricadrebbe entro la potestà punitiva d'una sola giurisdizione nazionale in tutto il territorio dell'Unione"⁷⁶⁹. Si tratta di uno scenario utopistico⁷⁷⁰: anche

⁷⁶⁴ R.E.KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 431.

⁷⁶⁵ V. *supra* cap. 3 par. 18. Cfr. anche quanto detto sulla regola del '*premier arrivé, premier servi*' da L.LUPARIA, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 76.

⁷⁶⁶ 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. 3597.

⁷⁶⁷ V. T.RAFARACI, voce "*Ne bis in idem*", in *Enciclopedia del diritto, Annali III*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 862, il quale sostiene che "nel principio del *ne bis in idem* è stato individuato il fondamento della illegittimità del fenomeno della litispendenza, cioè della contemporanea pendenza di due (o più) processi per lo stesso fatto nei confronti della stessa persona".

⁷⁶⁸ M.L.DI BITONTO, *La composizione dei conflitti di giurisdizione in seno ad Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2897. Inoltre, sembra che la accresciuta possibilità di azioni penali concorrenti sia anche causata dalla "globalizzazione del mercato, e [da] flussi migratori sempre più intensi": così L.LUPARIA, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, cit., p. 13.

⁷⁶⁹ M.PANZAVOLTA, *Il giudice naturale nell'ordinamento europeo: presente e futuro*, in M.G.COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale della Costituzione europea*, cit., p. 140.

ipotizzando che gli Stati fondino la propria giurisdizione sul solo principio di territorialità, i conflitti non si risolverebbero se venisse mantenuto il criterio dell'ubiquità⁷⁷¹. Più realisticamente, è stata ritenuta auspicabile una semplice riduzione delle attività di indagine e processuali già svolte da un altro Stato, piuttosto che una radicale eliminazione di qualsiasi duplicazione⁷⁷².

In conclusione, sembrano emergere ulteriori problematiche. Indipendentemente dalle modalità adottate per risolvere i casi di litispendenza, la rinuncia al legittimo esercizio dello *ius puniendi* da parte di uno o più ordinamenti, a favore dello Stato *mieux placé*⁷⁷³, comporta dubbi di natura costituzionale. Infatti, qualora si prevedesse un meccanismo per l'allocatione dei processi ad una sola giurisdizione⁷⁷⁴, in certi Stati si verificherebbero contrasti con alcune norme costituzionali: le disposizioni coinvolte sarebbero quelle sulla naturalità e precostituzione del giudice, sul diritto di difesa dell'imputato, e sull'obbligatorietà dell'azione penale⁷⁷⁵.

2. Procedimenti penali paralleli tra diritto di difesa e precostituzione del giudice

Anticipando le successive riflessioni, nessuno dei dubbi costituzionali appena prospettati appare insuperabile: sembra che si debba intraprendere uno "sforzo esegetico che valorizzi la dimensione multilivello del nostro ordinamento, abbandonando il tradizionale approccio esclusivamente nazionale

⁷⁷⁰ La stessa dottrina è consapevole della irrealizzabilità dell'ipotesi: cfr. M.PANZAVOLTA, *Il giudice naturale nell'ordinamento europeo: presente e futuro*, in M.G.COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale della Costituzione europea*, cit., pp. 140-141.

⁷⁷¹ V. *supra* cap. 1 par. 16. Secondo tale criterio, un reato si considera commesso nel territorio nazionale nel caso in cui ivi si sia verificata la condotta o l'evento, in tutto o in parte. In questa ipotesi, anche se il reato sia stato commesso all'estero, esso ricade comunque nella giurisdizione dello Stato qualora abbia coinvolto il relativo territorio. A questo punto, i conflitti di giurisdizione sembrano lontani dall'essere composti: sebbene l'applicazione del solo principio di territorialità si collochi nella giusta direzione, rimane comunque insufficiente a risolvere ogni sovrapposizione.

⁷⁷² M.PANZAVOLTA, *Il giudice naturale nell'ordinamento europeo: presente e futuro*, in M.G.COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale della Costituzione europea*, cit., p. 140.

⁷⁷³ L.LUPARIA, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, cit., p. 142.

⁷⁷⁴ Ad esempio, attraverso l'attribuzione di un ruolo centrale ad Eurojust (v. *supra* cap. 3 par. 20); o tramite un potere decisionale vincolante della Corte di Giustizia (v. *supra* cap. 3 par. 22, secondo l'art. 3 della Proposta di Friburgo); o con la creazione di un organismo *ad hoc* a cui affidare la composizione dei conflitti (v. Libro Verde sui conflitti di giurisdizione, cap. 3 par. 2); o a seguito di una volontaria rinuncia di uno Stato legittimato ad esercitare la propria pretesa punitiva nei confronti di un particolare reato.

A titolo esemplificativo, v. L.LUPARIA, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, cit., pp. 124-125, secondo cui la soluzione migliore è l'attribuzione di una competenza ulteriore alla Corte di Giustizia, o la creazione di un organo *ad hoc*, rigettando l'ipotesi di un ruolo vincolante di Eurojust.

⁷⁷⁵ La successiva analisi si concentrerà sul sistema giuridico italiano, che garantisce una tutela costituzionale a tutti i principi menzionati. A maggior ragione, le riflessioni varranno anche nel caso in cui un altro ordinamento europeo sancisca i medesimi principi attraverso norme di rango inferiore.

sui temi della giustizia penale”⁷⁷⁶. Le seguenti valutazioni, maturate considerando il panorama giuridico e politico europeo, permettono quindi di conservare l’armonia tra le disposizioni costituzionali ed una eventuale disciplina sulla prevenzione dei conflitti di giurisdizione.

Il primo dubbio riguarda il principio della naturalità e precostituzione del giudice, secondo cui “[n]essuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge” (art. 25 comma 1 Cost.). Occorre inizialmente interrogarsi sul significato dei termini ‘naturale’ e ‘precostituito’. In proposito, appare condivisibile la tesi che considera tali concetti come parti di un’endiadi, e quindi coincidenti⁷⁷⁷. La stessa Consulta ha affermato che “la giurisprudenza costituzionale ha, sin dalla sentenza 29 del 1958, ripetutamente affermato che la locuzione ‘giudice naturale’ corrisponde a quella di ‘giudice precostituito per legge’ ”⁷⁷⁸. Anche la *ratio* della norma è chiara, in quanto garantisce l’imparzialità e l’obiettività del magistrato. Si incorre quindi nella sua violazione qualora l’organo giudicante venga investito di un determinato procedimento solo dopo che il fatto sia avvenuto⁷⁷⁹.

In caso di accordo sul foro competente, il dubbio che un soggetto sia distolto dal giudice naturale e precostituito non sembra fondato. La disposizione costituzionale riguarda infatti la competenza dei giudici, e non anche la ripartizione delle prerogative nazionali. In caso di intesa sulla giurisdizione, i giudici europei coinvolti sono già precostituiti nei rispettivi ordinamenti, e la questione si limita alla mera scelta del magistrato migliore a conoscere la causa. Inoltre, “[d]i fronte alla sbandierata reciproca fiducia e riconoscimento degli ordinamenti dell’eurozona, poco rilevanti apparirebbero [...] prese di posizione volta ad affermare una sorta di diritto del singolo cittadino al ‘proprio’ giusto processo, alle regole processuali dello Stati di cui veste la cittadinanza”⁷⁸⁰.

Anche la giurisprudenza sembra avvalorare l’orientamento della dottrina. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 96 del 1973, ha ritenuto che “[l]o spostamento di competenza che la rinuncia [ad esercitare la potestà punitiva nazionale] comporta, avviene tra due organi giurisdizionali entrambi previsti *a priori* dai rispettivi ordinamenti [...]”⁷⁸¹. Ulteriormente, la sentenza n. 446 del 1990 ha confermato che il principio di precostituzione, “presiedendo alla disciplina delle competenze dei giudici all’interno dell’ordinamento, è del tutto estraneo ad una fattispecie [...] che si propone invece di regolare il coordinamento tra le giurisdizioni di diversi Stati. [Addirittura], non può

⁷⁷⁶ M.L.DI BITONTO, *La composizione dei conflitti di giurisdizione in seno ad Eurojust*, cit., p. 2904.

⁷⁷⁷ G.ARCONZO, sub *Art. 25*, in R.BIFULCO-A.CELOTTO-M.OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Volume I, Torino, UTET giuridica, 2006, p. 530.

⁷⁷⁸ Corte Cost., 15 Dicembre 1994, n. 460, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 3967.

⁷⁷⁹ G.ARCONZO, sub *Art. 25*, in R.BIFULCO-A.CELOTTO-M.OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Volume I, cit., p. 530. Così anche Corte Cost., 26 Settembre 1990, n. 446, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1003.

⁷⁸⁰ L.LUPARIA, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, cit., p. 127.

⁷⁸¹ Corte Cost., 14 Giugno 1973, n. 96, in *Giur. Cost.*, 1973, p. 995.

ipotizzarsi che il potere di rinunciare alla giurisdizione, in sé considerato [...], sia vietato da alcun principio costituzionale o precluso al legislatore ordinario”⁷⁸².

In secondo luogo, la scelta del foro dove esercitare l'azione penale solleva dubbi in relazione al diritto di difesa dell'imputato, garanzia “inviolabile in ogni stato e grado del procedimento” (art. 24 comma 2 Cost.). Non appare sufficiente che la giurisdizione concordata sia competente a conoscere la causa secondo la disciplina nazionale, ma è necessario “che l'individuazione di essa non sia stata in alcun modo elusiva dei diritti della persona sottoposta a procedimento, e dunque non si risolva in una scelta in qualche modo volta a comprimere il novero delle garanzie riconosciute dalla difesa”⁷⁸³. Le modalità utilizzate per la risoluzione dei conflitti di giurisdizione non sono quindi prive di effetti: l'applicazione di criteri che non tengono conto degli interessi dell'imputato comporta una violazione del suo diritto di difesa. Pertanto, appare opportuno che il soggetto possa partecipare attivamente al procedimento di scelta del foro competente. Solo in questa eventualità viene assicurato il corretto bilanciamento tra le garanzie difensive e gli interessi repressivi. Inoltre, si sostiene che Eurojust non sia l'ente adatto a compiere una valutazione neutrale sulla giurisdizione, dato il suo carattere tendenzialmente requirente e quindi parziale⁷⁸⁴. Al contrario, l'attribuzione di tale competenza alla Corte di Giustizia, organo giurisdizionale, appare maggiormente conforme alla natura imparziale della decisione.

Si è ritenuto che, nonostante tutto, il diritto di difesa non venga in ogni caso violato: il soggetto che si consideri pregiudicato dalla decisione concordata “[ha] comunque diritto di far valere questa propria istanza dinanzi all'autorità nazionale procedente, proprio in ossequio a quanto garantito dall'art. 13 CEDU”⁷⁸⁵. La disposizione afferma che “[o]gni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da parte di persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali”. La suddetta norma garantisce al soggetto la possibilità di attivare un sindacato sulla decisione riguardo il foro procedente, fuggendo qualsiasi dubbio su una possibile violazione del diritto di difesa.

3. L'obbligatorietà dell'azione penale nei casi di litispendenza: l'art. 112 Cost.

Ultimo dubbio costituzionale che sorge in materia di litispendenza riguarda il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Anticipando le riflessioni successive, anche in questo caso la problematica sembra più apparente che reale: tale principio, se previsto, appare ugualmente rispettato nel caso l'azione

⁷⁸² Corte Cost., 26 Settembre 1990, n. 446, cit., pp. 1003-1004.

⁷⁸³ M.L.DI BITONTO, *La composizione dei conflitti di giurisdizione in seno ad Eurojust*, cit., p. 2908.

⁷⁸⁴ M.PANZAVOLTA, *Il giudice naturale nell'ordinamento europeo: presente e futuro*, in M.G.COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale della Costituzione europea*, cit., p. 137.

⁷⁸⁵ M.L.DI BITONTO, *La composizione dei conflitti di giurisdizione in seno ad Eurojust*, cit., p. 2908.

penale abbia luogo in un'altra giurisdizione europea, senza che sia illegittima la rinuncia (o l'interruzione) all'esercizio dello *ius puniendi* nello Stato Membro.

In Italia, la disciplina è contenuta nell'art. 112 Cost., secondo cui “[i]l pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale”. La disposizione assume un triplice significato, in quanto assicura l’indipendenza funzionale del pubblico ministero da ogni altro Potere, pone un divieto di archiviazione senza previo controllo giurisdizionale, ed opera come garanzia di legalità ed uguaglianza di fronte alla legge⁷⁸⁶.

Nel panorama giuridico internazionale, taluni ordinamenti impongono come obbligatorio l’esercizio dell’azione penale (talvolta anche attraverso norme costituzionali), altri invece lo prevedono come facoltativo (principio di opportunità)⁷⁸⁷. In quanto Paese appartenente alla prima categoria, in Italia è illegittimo rinunciare discrezionalmente alla pretesa punitiva, anche nell’eventualità di un nuovo procedimento per i medesimi fatti iniziato in un altro Stato dell’Unione: evitare la litispendenza sembra del tutto impossibile. Con riguardo a tali ordinamenti, si prospettano quindi due soluzioni. In primo luogo, l’*impasse* sarebbero certamente superato con una modifica della Carta stessa (ovvero dei Trattati), attraverso una norma che permetta di (od obblighi a) astenersi da instaurare un processo *in idem* nell’eventualità di un conflitto tra giurisdizioni⁷⁸⁸. Una seconda ipotesi si presenta nel caso in cui il *Ne bis in idem* venga accettato come principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto⁷⁸⁹, cui “l’ordinamento giuridico italiano si conforma” (art. 10 Cost.). In tal caso, il rango costituzionale della norma potrebbe garantire la prevalenza del *Ne bis in idem* sull’obbligo di esercitare l’azione penale (ai sensi dell’art. 112 Cost.), nei casi di doppio giudizio.

Peraltro, la disposizione impone l’obbligatorietà dell’azione penale in capo al pubblico ministero, ma non ne prevede il *monopolio*. A livello teorico, quindi, il suo esercizio da parte di altri soggetti non sembra costituzionalmente censurabile⁷⁹⁰. Nondimeno, la disposizione richiede una rigida pertinenza statualistica alla messa in moto del processo⁷⁹¹: posta in questi termini la questione, è ipotizzabile che anche un’autorità statale diversa da quella

⁷⁸⁶ G.D’ELIA, sub *Art. 112*, in R.BIFULCO-A.CELOTTO-M.OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Volume III, cit., p. 2127.

⁷⁸⁷ V. A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, cit., p. 268.

⁷⁸⁸ M.PANZAVOLTA, *Il giudice naturale nell’ordinamento europeo: presente e futuro*, in M.G.COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale della Costituzione europea*, cit., p. 138; G.DE AMICIS, *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell’UE: il ruolo dell’Eurojust*, cit., p. 1181.

⁷⁸⁹ Cfr. cap. 1 par. 18.

⁷⁹⁰ G.D’ELIA, sub *Art. 112*, in R.BIFULCO-A.CELOTTO-M.OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Volume III, cit., pp. 2129-2130, secondo cui “[i]l monopolio dell’azione penale in capo al Pubblico Ministero è sostenuto da ragioni teoriche e pratiche, ma non sembra trovare fondamento costituzionale, almeno, nella disposizione in commento. [...] Si è opportunamente ribadito come dalla prescrizione di un dovere in capo ad un soggetto non discenda affatto che questi ne abbia anche la titolarità esclusiva”. È stata peraltro criticata l’ipotesi dell’esercizio dell’azione penale da parte di altri soggetti, diversi dal pubblico ministero: i dubbi riguardano però solo il caso di azione penale popolare, la quale non sembra garantire il giusto grado di equilibrio ed imparzialità (v. in particolare p. 2130).

⁷⁹¹ G.D’ELIA, sub *Art. 112*, in R.BIFULCO-A.CELOTTO-M.OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Volume III, cit., p. 2129.

nazionale sia in grado di soddisfare l'obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost., ed esaurire il potere punitivo esercitabile nei confronti di un soggetto per un determinato fatto.

Senza prospettare soluzioni caratterizzate da novelle legislative (o indirizzi giurisprudenziali) di difficile attuazione, per risolvere i dubbi emersi "occorre semplicemente aggiornare l'interpretazione del principio di obbligatorietà, nel senso che esso debba ormai essere visto all'interno di un plesso ordinamentale che comprenda anche sistemi giudiziari diversi dal nostro, sì che la rinuncia a esercitare la giurisdizione è del tutto accettabile quando abbia un carattere solo relativo perché a favore di un altro ordinamento"⁷⁹². Infatti, la fisionomia multilivello dei sistemi normativi europei impone di "aggiornare la lettura [dell'obbligo di agire incombente sul pubblico ministero, in modo che] tenga conto delle esigenze di cooperazione internazionale e, soprattutto, del mutuo o reciproco riconoscimento in ambito europeo. Il principio di obbligatorietà [...] deve conformarsi ad un sistema di giustizia penale che ormai comprende anche gli ordinamenti degli altri Paesi membri dell'Unione europea, e ciò legittima l'autorità giudiziaria nazionale a rinunciare di esercitare la propria giurisdizione in relazione ad un fatto oggetto di un procedimento penale dinanzi ad altro giudice europeo"⁷⁹³.

Questo indirizzo appare ancora più significativo se si considera che il principio di fiducia reciproca costituisce il fondamento della cooperazione europea in materia penale⁷⁹⁴. Un rapporto di tale intensità presuppone che gli interessi e le esigenze repressive di un Stato siano soddisfatte anche se la pretesa punitiva sia fatta valere da un altro ordinamento europeo. La vicinanza delle tradizioni giuridiche e l'affidamento tra i sistemi di giustizia (dovuto anche ad un certo grado di armonizzazione) sono ragioni sufficienti per sostenere che l'azione penale sia stata esercitata, sebbene all'estero, nel rispetto dell'obbligo nazionale⁷⁹⁵.

⁷⁹² F.DE LEO, *Le funzioni di coordinamento di Eurojust*, in G.MELILLO-A.SPATARO-P.L.VIGNA (a cura di), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 106. Dunque, "[n]on si tratta di invocare nuove norme, ma di interpretare la Costituzione e le norme penali in vigore per verificare se esse consentono di risolvere i possibili conflitti tra le giurisdizioni di differenti paesi [...]": così N.ROSSI, *Corruzione di pubblici ufficiali stranieri ed esercizio dell'azione penale in Italia*, in *Questione giustizia*, 2008, Vol. I, p. 176.

⁷⁹³ M.L.DI BITONTO, *La composizione dei conflitti di giurisdizione in seno ad Eurojust*, cit., p. 2911.

⁷⁹⁴ "È insito nel concetto stesso di 'spazio di libertà, sicurezza e giustizia' l'idea che, dopo l'affermarsi dell'efficacia interstatale del giudicato penale, idonea a frapporre una vera e propria preclusione alla celebrazione di nuovi processi per gli stessi fatti, si pervenga a meccanismi atti a regolare 'a monte' l'esercizio dell'azione penale per reati capaci di giustificare la cognizione giurisdizionale di più Stati": così L.LUPARIA, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, cit., p. 95.

⁷⁹⁵ "Le condizioni di fiducia vicendevole tra gli Stati verso i rispettivi ordinamenti giudiziari, e la tendenziale omogeneizzazione nella prospettiva di un diritto 'comune', almeno nei suoi tratti fondamentali, consentono la sperimentazione di inedite forme di coordinamento delle giurisdizioni e di risoluzioni di situazioni di compresenza di procedimenti penali *in idem*": così L.LUPARIA, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, cit., p. 94. La medesima dottrina si interroga, in forma retorica, se "[nell']affidamento reciproco tra Stati e nel mutuo riconoscimento delle decisioni, non va[da] ricompresa anche la fiducia nelle capacità dell'altro Paese di rendere sentenza giuste" (p. 142).

In riferimento al sistema italiano, l'art. 112 Cost. "non serve ad imporre l'esercizio [dello *ius puniendi*] in relazione ad ogni *notitia criminis*, ma esige soltanto che la mancata instaurazione del processo sia sottoposta ad efficaci controlli, al fine di renderla il più possibile oggettiva e trasparente, sì da bandire arbitri ed ineguaglianze nella messa in moto della giustizia penale e salvaguardare, al contempo, la fondamentale istanza dello Stato di diritto di ricondurre entro i limitati confini stabiliti dalla legge l'esercizio di ogni potere, e quindi anche il potere di persecuzione penale del pubblico ministero"⁷⁹⁶. La disposizione costituzionale impedisce quindi che l'esercizio dell'azione penale soggiaccia a ragioni di mera opportunità, ma non impone di instaurare processi oggettivamente inutili o superflui⁷⁹⁷. Al contrario, tali giudizi sono bloccati dall'art. 125 disp. att. del codice di procedura penale (rubricato 'Richiesta di archiviazione), secondo il quale "[i]l pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio"⁷⁹⁸. In questa ipotesi, "il giudizio di inidoneità a sostenere l'accusa [...] non dovrebbe essere necessariamente 'assoluto', ma 'relativo'; nel senso che – nel [compiere tale valutazione] – il pubblico ministero che chiede l'archiviazione – e il giudice che la dispone – dovrebbero avere presente e prendere in considerazione la maggiore incisività dell'esercizio dell'azione penale in un altro ordinamento". Qualora un procedimento si stia già svolgendo in un altro Stato, una sua ripetizione in sede nazionale si dimostra quindi inutile, da cui la dovuta richiesta di archiviazione ai sensi dell'art. 125 disp. att. La superfluità del processo costituisce un limite implicito al principio di obbligatorietà: quasi "una valvola di sicurezza del sistema, cui fare ricorso in tutti i casi in cui l'esercizio dell'azione penale [...] si palesi come epilogo del tutto inutile"⁷⁹⁹.

La reinterpreteazione dell'art. 112 Cost. secondo gli obiettivi dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, sembra in linea con l'orientamento giurisprudenziale nazionale recentemente affermatosi in tema di *Ne bis in idem*

⁷⁹⁶ M.L.DI BITONTO, *La composizione dei conflitti di giurisdizione in seno ad Eurojust*, cit., p. 2910.

⁷⁹⁷ 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. 3603.

⁷⁹⁸ La Corte Costituzionale ha sostenuto che l'art. 125 disp. att. "è, in definitiva, la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo": infatti, "limite implicito alla stessa obbligatorietà [dell'azione penale], razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo: [...] il problema dell'archiviazione sta nell'evitare il processo superfluo senza eludere il principio di obbligatorietà ed anzi controllando caso per caso la legalità dell'azione": così Corte Cost., 28 Gennaio 1991, n. 88, in *Giur. Cost.*, pp. 591 e 595.

⁷⁹⁹ M.L.DI BITONTO, *La composizione dei conflitti di giurisdizione in seno ad Eurojust*, cit., p. 2910, la quale sostiene anche che, "stante la necessità di offrire un'interpretazione della disciplina processuale penale vigente che consenta l'effettiva realizzazione dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, pare plausibile sostenere che, proprio al fine di dare concreta attuazione al *ne bis in idem* europeo [...], occorre ricomprendere nella nozione di superfluità del processo (che giustifica il provvedimento di archiviazione o l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere o della sentenza dibattimentale d'improcedibilità), anche il caso in cui, in relazione al medesimo fatto ed alla medesima persona, si stia svolgendo un procedimento dinanzi ad altra autorità giudiziaria europea" (p. 2911).

e litispendenza⁸⁰⁰. L'art. 649 c.p.p. è stato infatti interpretato estensivamente, come espressione di "un principio più ampio, che, anche in assenza di una sentenza irrevocabile, rende la duplicazione dello stesso processo incompatibile con le strutture fondanti dell'ordinamento processuale [...]"⁸⁰¹. L'indirizzo valorizza una tutela generale contro qualsiasi doppia valutazione, ed introduce la figura della "preclusione-consumazione, come chiave per risolvere la questione relativa all'applicabilità delle regola del *ne bis in idem* alle situazioni di litispendenza"⁸⁰².

In conclusione, si ritiene che la reiterazione di un processo, per un fatto già in corso di giudizio all'interno dello Spazio europeo, sia superflua: l'inutile ripetizione, contraria al *Ne bis in idem*, viene impedita dalla richiesta di archiviazione ai sensi dell'art. 125 disp. att.

4. Prospettive future: il Decreto Legislativo 15 Febbraio 2016, n. 29

Le ultime riflessioni sono dedicate ad un recente intervento legislativo in tema di litispendenza. Con il decreto legislativo 15 Febbraio 2016, n. 29, l'Italia ha finalmente recepito la Decisione Quadro 2009/948/GAI sui conflitti di giurisdizione⁸⁰³.

Come già notato⁸⁰⁴, la Decisione Quadro è stata adottata al culmine del processo di cooperazione europea in materia: sin dall'iniziativa della Repubblica ellenica, si era cercato di introdurre una disciplina che regolasse tali conflitti, sempre senza successo. Lo scopo dello strumento è quello di "evitare situazioni in cui la stessa persona è oggetto, in relazione agli stessi fatti, di procedimenti penali paralleli in Stati Membri diversi, che potrebbero dar luogo ad una pronuncia definitiva in due o più Stati Membri. La decisione quadro intende pertanto prevenire la violazione del principio del *ne bis in idem*"⁸⁰⁵.

Il decreto legislativo che recepisce tale normativa è composto da 12 articoli, suddivisi in due Capi dedicati all'introduzione della disciplina (artt. 1-9), e all'adeguamento dell'ordinamento interno (artt. 10-12). Al pari della Decisione Quadro, viene poi introdotto uno scambio obbligatorio di informazioni tra le autorità competenti, diretto a verificare la sussistenza di procedimenti *in idem*; sono quindi indicate le informazioni minime contenute, rispettivamente, nella richiesta e nella risposta di cooperazione.

Una volta accertata l'esistenza di procedure equivalenti, gli Stati sono tenuti ad avviare consultazioni "finalizzate alla concentrazione dei procedimenti paralleli in un solo Stato Membro"⁸⁰⁶. In Italia l'autorità competente a svolgere tale compito è il procuratore generale presso la Corte di appello nel cui distretto ha sede l'autorità giudiziaria contattante o contattata. Egli, durante le

⁸⁰⁰ V. *supra* cap. 3 par. 21.

⁸⁰¹ Cass., sez. un., 28 Giugno 2005, Donati, cit., p. 33.

⁸⁰² Cass., sez. un., 28 Giugno 2005, Donati, cit., p. 34.

⁸⁰³ Il termine per il recepimento era fissato al 15 Giugno 2012 (art. 16 Decisione Quadro).

⁸⁰⁴ V. *supra* cap. 3 par. 20.

⁸⁰⁵ Considerando n. 3 Decisione Quadro.

⁸⁰⁶ Art. 8 Decreto Legislativo.

consultazioni, tiene conto di una serie di criteri, tra cui 1) il luogo in cui è avvenuta la maggior parte dell'azione, dell'omissione o dell'evento⁸⁰⁷, 2) dove si è verificata la maggior parte delle conseguenze dannose, 3) lo Stato in cui risiede, dimora o è domiciliato l'indagato o l'imputato, 4) la prognosi maggiormente favorevole di consegna o di estradizione in altre giurisdizioni, 5) la maggior tutela delle parti offese e il minor sacrificio dei testimoni, 6) l'omogeneità del trattamento sanzionatorio, nonché ogni altri fattore ritenuto pertinente (art. 8).

La concentrazione dei procedimenti può essere impedita dal Ministro della Giustizia quando, a seguito del mancato esercizio della giurisdizione in Italia, possono essere compromessi la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato (art. 8 comma 3). Lo scambio di informazioni viene invece solo limitato qualora possa compromettere interessi nazionali essenziali in materia di sicurezza, o la sicurezza di una persona (art. 8 comma 5). Le consultazioni, inoltre, non sospendono il procedimento, ma il giudice non può pronunciare sentenza (art. 10 comma 1). Quando è raggiunto il consenso, gli atti probatori compiuti all'estero mantengono efficacia e sono utilizzabili secondo la legge italiana (art. 11 comma 1).

Il secondo comma dell'art. 11 è da ritenersi la disposizione di maggior rilievo: rubricato 'Effetti della concentrazione dei procedimenti', stabilisce che, "[n]el caso di accordo sulla concentrazione dei procedimenti in altro Stato membro, il giudice dichiara la sopravvenuta improcedibilità". La norma sancisce il dovere ("dichiara") di interrompere il procedimento penale per il solo raggiungimento di un accordo sulla giurisdizione più opportuna a conoscere la causa. Il decreto legislativo non introduce una procedura vincolante per la scelta del foro competente: le consultazioni sono affidate alle autorità giudiziarie dei singoli Stati, ed i criteri guida specificati sono meramente indicativi. Sembra mancare, quindi, l'obbligo al raggiungimento di una decisione finale in ogni ipotesi di procedimenti paralleli, dal momento che anche Eurojust mantiene una funzione meramente consultiva (art. 9). Tuttavia, se una decisione viene raggiunta, allora il giudice italiano *deve* attenersi, dichiarando la sopravvenuta improcedibilità sulla base del nuovo dettato legislativo. Diventa quindi superflua qualsiasi prassi (peraltro illegittima⁸⁰⁸) diretta al rallentamento o sospensione di un giudizio, in attesa del giudicato sul processo parallelo: la legge italiana ora riconosce l'accordo come causa di improcedibilità.

Nonostante la nuova disciplina non riguardi direttamente i dubbi di costituzionalità menzionati⁸⁰⁹, la norma di cui all'art. 11 comma 2 sembra confermare i recenti indirizzi dottrinali in tema di rinuncia all'azione penale: la litispendenza non ha cittadinanza in Europa, e lo dimostra il fatto di essere considerata legittima causa di improcedibilità, avvalorando l'ipotesi dell'unicità di azione repressiva all'interno dell'Unione Europea.

⁸⁰⁷ Il principio di territorialità rimane sempre un criterio fondamentale nella decisione sulla giurisdizione concordata.

⁸⁰⁸ Cfr. Cass., sez. un., 28 Giugno 2005, Donati, cit., p. 32, che richiama le illegali "prassi di frenare il corso del primo processo in modo che l'altro possa pervenire alla stessa fase o grado e ne sia, quindi, possibile la riunione, ovvero di sospendere il processo successivo sino a quando il primo si concluda con una sentenza irrevocabile che renda applicabile la regola del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p."

⁸⁰⁹ V. *supra* parr. 2-3.

Lo stesso decreto, tuttavia, non è esente da critiche. Se le problematiche costituzionali in riferimento all'art. 112 Cost. e al giudice naturale e precostituito sembrano superabili, si rimpiange l'assenza di una disciplina sull'effettiva partecipazione dell'indagato alla decisione sulla giurisdizione, che avrebbe definitivamente risolto qualsiasi dibattito riguardo i diritti di difesa del soggetto.

In conclusione, sembra che il recepimento della Direttiva sia avvenuto in armonia con gli orientamenti dottrinali e le iniziative in tema di litispendenza, rafforzando lo Spazio giuridico europeo attraverso la parificazione delle azioni penali. Alcuni aspetti rimangono tuttavia problematici: il diritto di difesa dell'indagato non sembra ancora pienamente tutelato, a causa della mancanza di una disciplina che regoli la sua effettiva partecipazione al procedimento risolutivo del conflitto. Inoltre, rimane tutt'ora incerto lo stesso processo decisionale e le relative modalità di svolgimento, ridotte ad una semplice "consultazione diretta" tra le autorità competenti. Si auspica, pertanto, che future riflessioni in tal senso possano finalmente risolvere ogni incertezza.

BIBLIOGRAFIA

S.ALEGRE-M-LEAF, *Mutual recognition in European judicial cooperation: a step too far too soon? Case study – The European Arrest Warrant*, in *European law journal*, 2004, vol. 10, n. 2, pp. 200-217

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, pp. 1610-1624

C.AMALFITANO, *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale nell'Unione Europea*, in *Diritto penale e processo*, 2009, vol. 10, pp. 1293-1303

E.AMODIO-O.DOMINIONI, *L'estradizione e il problema del ne bis in idem*, in *Rivista del diritto matrimoniale e dello stato delle persone*, Vol. X, 1968, pp. 362-390

M.ANGIONI, *Nozioni e limiti della cosa giudicata penale*, in *Rivista penale*, Vol. I, 1954, pp. 513-526

G.ARCONZO, sub Art. 25, in R.BIFULCO-A.CELOTTO-M.OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Volume I, Torino, UTET giuridica, 2006, pp. 526-548

S.ASTARITA, voce "Ne bis in idem", in *Digesto delle discipline penalistiche*, Aggiornamento – Tomo II, Torino, 2008, pp. 733-743

R.BARBERINI, *Il principio del 'ne bis in idem' internazionale*, in *Documenti giustizia*, 2000, Vol. 6, pp. 1293-1302

H.J.BARTSCH, *Council of Europe-ne bis in idem: the European perspective*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2002, vol. 73, pp. 1163-1171

A.BASSI, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, in *Cassazione penale*, 1997, pp. 1401-1411

G.BELLAVISTA-G.TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Decima edizione, Milano, Giuffrè, 1987

E.BELLIZZI, voce 'Giurisdizione penale', in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. VI, UTET, 1992, pp. 1-4

C.BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, pp. 1635-1653

A.M.BENENATI, *Come intendere il concetto di medesimo fatto ai fini del "ne bis in idem"?*, in *Diritto penale e processo*, 1998, III, pp. 1549-1551

A.BIEHLER-R.KNIEBÜHLER-J.LELIEUR FISCHER-S.STEIN, *Freiburg Proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union*, Max-Planck Institute for foreign and international criminal law, November 2003

G.BONADIO, sub Art. 6, in *Codice penale ipertestuale commentato*, IV Edizione, Milano, UTET Giuridica, 2012, pp. 105-112

G.BONADIO, sub Art. 12, in *Codice penale ipertestuale commentato*, IV Edizione, Milano, UTET Giuridica, 2012, pp. 130-138

T.BRAVO, *Ne bis in idem as a defence right and procedural safeguard in the EU*, in *New journal of European criminal law*, 2011, vol. 2, n. 4, pp. 393-401

C.BURCHARD-D.BRODOWSKI, *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*, 2010, vol. 1, n. 3, pp. 310-327

P.CAEIRO, *Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts and beyond*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 2010, vol. 93, n. 4, pp. 366-379

E.CALVANESE-G.DE AMICIS, *La decisione quadro del Consiglio dell'U.E. in tema di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cassazione penale*, 2010, pp. 3593-3605

E.CALVANESE, sub Art. 7, in G.LATTANZI-E.LUPO, *Codice penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 378-415

R.CANTAGALLI, *Ne bis in idem e nozione di medesimo fatto*, in *Giustizia penale*, 1964, III, pp. 152-159

F.CAPRIOLI-D.VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, Giappichelli, 2011

G.CATELANI, *I rapporti internazionali in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1995

M.CHIAVARIO, *La compatibilità del bis in idem previsto dall'art. 11 comma primo c.p. con il “diritto internazionale generalmente riconosciuto”*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1967, pp. 301-309

G.CIANI, sub Art. 649, in G.LATTANZI-E.LUPO, *Codice di procedura penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Volume IX, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 22-81

G.COFFEY, *Resolving conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: interpreting Ne bis in idem in conjunction with the principle of complementarity*, in *New journal of European criminal law*, 2013, vol. 4, n. 1-2, pp. 59-81

F.CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 1992

F.CORDERO, *Procedura penale*, Nona Edizione, Milano, Giuffrè, 2012

G.D'ELIA, sub Art. 112, in R.BIFULCO-A.CELOTTO-M.OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Volume III, Torino, UTET giuridica, 2006, pp. 2126-2135

G.DALLA MONICA, voce “*Giudicato*”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Aggiornamento – Tomo I, Torino, 2008, pp. 383-417

L.DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2008, pp. 655-669

G.DE AMICIS, *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell'UE: il ruolo dell'Eurojust*, in *Cassazione penale*, 2006, pp. 1176-1183

G.DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1977, pp. 558-599

- F.DE LEO, *Le funzioni di coordinamento di Eurojust*, in G.MELILLO-A.SPATARO-P.L.VIGNA (a cura di), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 95-126
- G.DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, Giuffrè, 1963
- G.DEAN, *Profili di un'indagine sul ne bis in idem estradizionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1998, I, pp. 53-72
- E.DENZA, *The 2000 Convention on mutual assistance in criminal matters*, in *Common market law review*, 2003, vol. 40, pp. 1047-1074
- M.L.DI BITONTO, *La composizione dei conflitti di giurisdizione in seno ad Eurojust*, in *Cassazione penale*, 2010, pp. 2896-2912
- R.ECHLE, *The passive personality principle and the general principle of Ne bis in idem*, in *Utrecht law review*, 2013, vol. 9, n. 4, pp. 56-67
- G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, Sesta edizione, Bologna, Zanichelli, 2009
- M.FLETCHER-R.LÖÖF, *EU criminal law and justice*, Cheltenham (UK), Elgar European law, 2008
- M.FLETCHER, *Some developments to the ne bis in idem Principle in the European Union: Criminal proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*, in *The modern law review*, 2003, vol. 66, pp. 769-780
- N.GALANTINI, *Evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, in *Diritto penale e processo*, 2005, pp. 1567-1574
- N.GALANTINI, *Il divieto del doppio processo come diritto della persona*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, pp. 97-121
- N.GALANTINI, *Il Ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, in T.RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia giudiziaria in materia penale nell'UE dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 231-241
- N.GALANTINI, *Il principio del Ne bis in idem internazionale nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1984
- C.GALLUCCIO MEZIO, *Impugnazione cautelare e ne bis in idem in presenza di nuovi elementi probatori*, in *Cassazione penale*, 2011, pp. 3366-3377
- G.GIANZI, *Appunti su alcuni problemi attuali in materia di estradizione*, in *Rivista del diritto matrimoniale e dello stato delle persone*, 1968, Vol. X, pp. 273-300
- A.GIOVENE, voce "Giudicato", in *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo V, Torino, 1991, pp. 423-442
- C.GOMEZ-J.DIEZ, *European federal criminal law*, Cambridge, Intersentia, 2015
- M.GRADILONE, *Aspetti problematici del rapporto fra richiesta di revoca e richiesta di riesame delle misure cautelari coercitive*, in *Giustizia penale*, 1994, III, pp. 258-267
- C.JANSSENS, *The principle of mutual recognition in EU law*, Oxford, Oxford university press, 2013

- J.KENNER-A.WARD-S.PEERS-T.HERVEY, *The EU Charter of fundamental rights: A commentary*, Oxford, Bloomsbury, 2014
- A.KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Seconda edizione, Anversa, Intersentia, 2012
- R.E.KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2015
- P.LASZLOCZKY, *L'esecuzione extraterritoriale del giudicato secondo il nuovo codice di procedura penale*, in *Indice penale*, 1991, pp. 67-84
- B.LAVARINI, *Revoca e riesame delle misure coercitive*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, pp. 534-538
- F.LEIDENMÜHLER, *The incorporation of the Schengen acquis into the framework of the EU by example of the "ne bis in idem" principle*, in *The European legal forum*, 2002, pp. 253-257
- (G.LEONE), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Vol. VIII, Camera dei Deputati – Segretariato Generale, 1971, pp. 1889-1897
- R.LI VECCHI, *Reato più grave di quello già giudicato ed applicabilità della continuazione*, in *Rivista penale*, 1988, pp. 3-8
- G.LIGUORI, *Il riconoscimento della sentenza penale straniera*, Bologna, Ponte Nuovo Editrice, 1977
- R.LÖÖF, *54 CISA and the principles of ne bis in idem*, in *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2007, pp. 309-334
- S.LORUSSO, *Una impropria utilizzazione del concetto di giudicato penale: il c.d. ne bis in idem cautelare*, in *Cassazione penale*, 1994, pp. 648-658
- G.LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2013
- G.LOZZI, voce "Giudicato (diritto penale)", in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XVIII, Giuffrè, 1969, pp. 912-924
- G.LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, Giuffrè, 1974
- G.LOZZI, *Reato progressivo e ne bis in idem*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, pp. 1236-1255
- M.LUCHTMAN, *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, in *Utrecht law review*, 2011, vol. 7, n. 1, pp. 74-101
- L.LUPARIA, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2012
- R.MALAVASI, *Reato permanente, ne bis in idem ed interruzione giudiziale della permanenza*, in *Cassazione penale*, 2002, pp. 262-272
- A.MANGIARACINA, *Verso l'affermazione del Ne bis in idem nello "spazio giudiziario europeo"*, in *La legislazione penale*, 2006, pp. 631-651
- R.MANGINI-F.P.GABRIELI-U.COSENTINO, *Codice di procedura penale: illustrato con i lavori preparatori*, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1930

- M.R.MARCHETTI, *L'art. 8 della Convenzione europea di estradizione e l'obbligo di esercitare l'azione penale: una deroga ammissibile?*, in *Cassazione penale*, 1997, pp. 773-778
- M.R.MARCHETTI, *Sub art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU*, in *La legislazione penale*, 2001, pp. 247-253
- M.R.MARCHETTI, *Trattato di estradizione Italia-Stati Uniti d'America e ne bis in idem*, in *idem*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, pp. 1449-1454
- M.R.MARCHETTI, voce 'Estradizione', in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. IV, UTET, 1990, pp. 390-418
- M.R.MARCHETTI, voce 'Valore ed effetti della sentenza penale straniera', in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. XI, UTET, 1999, pp. 178-187
- C.MARINELLI, sub Art. 649, in G.CONSO-G.ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, Seconda edizione, Padova, CEDAM, 2015, pp. 2840-2846
- V.MITSILEGAS, *EU criminal law*, Portland (OR), Hart Publishing, 2009
- V.MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, in *Common market law review*, 2006, Vol. 43, pp. 1277-1311
- V.MITSILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New journal of European criminal law*, 2015, Vol. 6, n. 4, pp. 457-481
- P.V.MOLINARI, voce 'Prescrizione del reato e della pena (Dir. pen.)', in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Vol. XIII, 1966, pp. 679-707
- M.M.MONACO, *Il c.d. giudicato cautelare. Caratteri in breve*, in *Cassazione penale*, 1996, pp. 870-872
- N.NEAGU, *The Ne bis in idem principle in the interpretation of European Courts: towards uniform interpretation*, in *Leiden journal of international law*, 2012, vol. 25, n. 4, pp. 955-977
- P.NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Seconda edizione, Padova, CEDAM, 1982
- J.W.OUWERKERK, *Quid pro Quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, Cambridge, Intersentia, 2011
- T.PADOVANI, *Diritto penale – X Edizione*, Milano, Giuffrè, 2012
- M.PAGLIA, voce 'Ne bis in idem internazionale e riconoscimento delle sentenze straniere', in *Digesto delle discipline penalistiche*, UTET, 2005, pp. 927-955
- A.PAGLIARO, voce "Fatto (dir. proc. pen.)", in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XVI, Giuffrè, 1967, pp. 961-967
- M.PANZAVOLTA, *Il giudice naturale nell'ordinamento europeo: presente e futuro*, in M.G.COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale della Costituzione europea*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 107-145
- A.F.PANZERA, voce 'Giurisdizione penale (limiti)', in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. VI, UTET, 1992, pp. 4-11
- A.PECORARO-ALBANI, *Del reato permanente*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1960, pp. 394-452

B.PIATTOLI, sub Art. 730, in G.CONSO-G.ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, Seconda edizione, Padova, CEDAM, 2015, pp. 3186-3190

G.PIERRO, *Il giudicato cautelare*, Torino, Giappichelli, 2000

F.PORCU, sub Art. 739, in G.CONSO-G.ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, Seconda edizione, Padova, CEDAM, 2015, pp. 3217-3219

D.POTETTI, *Riesame, appello e revoca in tema di misure cautelari: una convivenza difficile*, in *Cassazione penale*, 1994, pp. 2934-2945

S.PROSDOCIMI, voce 'Reato complesso', in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. XI, UTET, 1996, pp. 212-221

QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, Libro VII, cap. 6, par. 4

T.RAFARACI, *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, pp. 621-642

T.RAFARACI, voce "Ne bis in idem", in *Enciclopedia del diritto, Annali III*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 857-884

R.RAMPIONI, voce 'Reato permanente', in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVIII, Giuffrè, 1987, pp. 856-868

P.P.RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, pp. 476-528

P.P.RIVELLO, *Il giudicato cautelare e le interconnessioni tra processo penale comune e processo penale militare*, in *Cassazione penale*, 1996, pp. 2677-2690

N.ROSSI, *Corruzione di pubblici ufficiali stranieri ed esercizio dell'azione penale in Italia*, in *Questione giustizia*, 2008, Vol. I, pp. 173-179

I.SANASI, sub Art. 705, in G.CONSO-G.ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale*, Seconda edizione, Padova, CEDAM, 2015, pp. 3103-3114

W.A.SCHABAS, *The European Convention on human rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015

E.SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo (Unione europea)*, in *Cassazione penale*, 2003, pp. 1692-1696

M.SESTA, "Ne bis in idem" e concorso formale di reati al vaglio della Corte costituzionale, in *Giustizia penale*, 1977, I, pp. 181-190

H.G.SEVENSTER, *Criminal law and EC law*, in *Common market law review*, 1992, Vol. 29, pp. 29-70

E.SHARPSTON-J.M.FERNANDEZ MARTIN, *Some reflections on Schengen free movement rights and the principle of Ne bis in idem*, in *Cambridge year book of european legal studies*, 2008, vol. 10, pp. 413-448

G.SLUITER-H.FRIMAN-S.LINTON-S.VASILIEV-S.ZAPPALÀ, *International criminal procedure – Principles and rules*, Oxford, Oxford University Press, 2013

- P.SPAGNOLO, *I poteri cognitivi e decisorii del tribunale della libertà investito dell'appello de libertate del pubblico ministero: i confini tra devolutum e novum*, in *Cassazione penale*, 2004, pp. 2756-2769
- G.STROZZI-R.MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione Europea – Parte istituzionale*, Sesta edizione, Torino, Giappichelli, 2013
- K.SUMMERER, sub Art. 7, in A.CADOPPI-S.CANESTRANI-P.VENEZIANI, *Codice penale: commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, La Tribuna, 2011, pp. 133-135
- A.SUOMINEN, *The principle of mutual recognition in cooperation in criminal matters*, Cambridge, Intersentia, 2011
- R.TERESI, *Persistenti dubbi sull'applicabilità della continuazione tra un reato più grave "sub iudice" ed altro meno grave già giudicato*, in *Giurisprudenza italiana*, 1987, II, pp. 35-38
- N.I.THORHAUER, *Conflicts of jurisdiction in cross-border criminal cases in the Area of Freedom, Security and Justice. Risk and opportunities from an individual rights-oriented perspective*, in *New journal of European criminal law*, 2015, vol. 6, pp. 78-100
- S.TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2006
- P.TUOZZI, *L'autorità della cosa giudicata nel civile e nel penale*, Torino, Unione Tipografico, 1900
- ULPIANO, *Digesto*, 48.2.7.2
- B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010
- B.VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in the European Union legal order: between scope and substance*, ERA Forum, 2012, Vol. 13, Issue 3, pp. 325-347
- O.VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1986
- G.VASSALLI, *Amnistia, decorrenza del termine e interruzione giudiziale della permanenza nei reati punibili a querela di parte*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1958, Vol. II, pp. 1153-1172
- J.A.E.VERVAELE *Multilevel and multiple punishment in Europe. The ne bis in idem principle and the protection of human rights in Europe's area of freedom, security and justice*, in A.VAN HOEK-A.HOL-O.JANSEN-P.RIJKEMA-R.WIDDERSHOVEN (a cura di), *Multilevel Governance in Enforcement and adjudication*, Antwerpen, Intersentia, 2006, pp. 1-23
- J.A.E.VERVAELE, *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?*, in *Utrecht Law Review*, 2013, Vol. 9, n. 4, pp. 211-229
- J.A.E.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, vol. 52, pp. 1339-1360
- J.A.E.VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht law review*, 2005, vol. 1, n. 2, pp. 100-118
- D.VIGONI, *Riconoscimento della sentenza straniera ed esecuzione all'estero della sentenza italiana*, Torino, Giappichelli, 2013
- C.VITIELLO, *Sui limiti del giudicato cautelare*, in *Cassazione penale*, 2005, pp. 3934-3940

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, vol. 31, pp. 565-578

A.WEYEMBERGH, *Approximation of criminal law, the Constitutional Treaty and the Hague Programme*, in *Common market law review*, 2005, vol. 42, pp. 1567-1597

W.P.J.WILS, *The principle of "Ne bis in idem" in EC antitrust enforcement: A legal and economic analysis*, in *World competition*, 2003, vol. 26, n. 2, pp. 131-148

V.ZAGREBELSKY, *'Concorso di reato e reato continuato'*, in G.VASSALLI, *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 85-118

V.ZAGREBELSKY, *'Reato continuato'*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 839-856

P.ZICCARDI, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1950, pp. 462-490