



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
"COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO-GIURIDICA"
CURRICULUM DI COMPARAZIONE E SISTEMA PENALE
COMUNITARIO

CICLO XXVI

COORDINATORE Prof. Daniele NEGRI

Conflitti di giurisdizione e *ne bis in idem* europeo

Settore Scientifico Disciplinare IUS/16

Dottorando:
Dott.ssa Fasolin Silvia

Tutore:
Chiar.mo Prof. Negri Daniele

Anni 2011/2013

INDICE

INTRODUZIONE.....	7
-------------------	---

CAPITOLO I

I CONFLITTI DI GIURISDIZIONE

NELLO SPAZIO EUROPEO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA

1. I confini della giurisdizione e il diritto internazionale	9
2. Gli effetti pregiudizievoli della litispendenza internazionale	15
3. I primi passi dell'Unione europea sui procedimenti penali paralleli: fonti e documenti programmatici	19
4. La proposta di decisione quadro del 2003 sull'applicazione del principio del <i>ne bis in idem</i>	24
5. (segue): La proposta di Friburgo e il libro verde del 2005 sul <i>ne bis in idem</i> e i conflitti di giurisdizione.....	27
6. La (deludente) soluzione offerta dalla decisione quadro 2009/948/GAI.....	31
7. (segue): inadeguatezza del modello europeo di composizione dei conflitti di giurisdizione	39
8. Il ruolo di <i>Eurojust</i>	45
9. Il trasferimento dei processi penali.....	50
10. La compatibilità dei meccanismi di abdicazione della giurisdizione con i principi costituzionali.....	57
11. (segue): obbligatorietà dell'azione penale e diritto di difesa	61

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* EUROPEO: ORIGINI E SVILUPPI.

1. Le funzioni del divieto di doppio processo: <i>ne bis in idem</i> interno e internazionale a confronto	73
---	----

2. Il divieto di doppio processo transnazionale nella giurisprudenza costituzionale	82
3. L'affermazione del principio attraverso le convenzioni internazionali	88
4. (segue): la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen	93
5. Gli scenari dischiusi dal Trattato di Lisbona: il <i>ne bis in idem</i> nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.....	98
6. Differenti versioni del divieto di doppio processo europeo: i controversi rapporti tra l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e l'art. 50 della Carta di Nizza	103
7. (segue): dubbi sulla possibilità di porre limitazioni al principio del <i>ne bis in idem</i>	106

CAPITOLO III

LA NOZIONE DI *IDEM FACTUM*

1. Inquadramento del tema e considerazioni preliminari. La competenza della Corte di Giustizia Ue nella materia del divieto di doppio processo.....	113
2. Il concetto di «medesimo fatto» nel dibattito relativo al <i>ne bis in idem</i> interno	119
3. (segue): l' <i>idem factum</i> al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo	126
4. L'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen: gli aspetti problematici e le questioni da affrontare	130
5. (segue): alla ricerca di una nozione "europea" di <i>idem factum</i> , tra concezioni normative, naturalistiche e tutela degli interessi lesi dal reato	137
6. La soluzione adottata dalla Corte di Giustizia: un'applicazione esasperata della concezione storico-naturalistica del concetto di «medesimi fatti».....	141

CAPITOLO IV

LA FISIONOMIA DELLA DECISIONE DEFINITIVA

1. L'efficacia estintiva dell'azione penale nell'ordinamento interno come primo requisito della decisione definitiva.....	151
---	-----

2. L'esame del merito dell'accusa: la giurisprudenza di Lussemburgo sul contenuto della decisione irrevocabile.....	156
3. (segue): dubbio probatorio e prescrizione del reato: un'occasione mancata per valorizzare il carattere sostanziale della decisione preclusiva	164
4. La compatibilità delle procedure transattive con il divieto di <i>bis in idem</i> europeo.....	171
5. Alcuni chiarimenti sul presupposto della condizione dell'esecuzione	176
6. L'applicazione della giurisprudenza europea ai provvedimenti conclusivi del procedimento previsti dall'ordinamento interno	183
Bibliografia	193

INTRODUZIONE

La ricerca che verrà svolta nelle pagine a seguire si propone l'obiettivo di approfondire il tema del concorso di pretese punitive sullo stesso fatto e a carico della medesima persona, all'interno dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia.

Benché al fenomeno debba essere ascritta una rilevanza centrale nei rapporti tra i Paesi dell'Unione, in ragione dell'importanza degli interessi pubblici coinvolti e dei diritti individuali suscettibili di essere sacrificati, ad oggi mancano ancora soluzioni realmente in grado di comporre il variegato quadro di valori da esso implicati.

Tradizionalmente, il compito di tutelare l'autore di una condotta illecita rilevante per più ordinamenti dal rischio di subire tanti procedimenti, quanti sono i sistemi penali interessati è stato affidato al principio del *ne bis in idem*. Tuttavia, un simile approccio si è rivelato insoddisfacente per tre ordini di motivi.

Anzitutto, diffusamente ne è stata negata la natura di principio generale del diritto internazionale; con la conseguenza che la sua vigenza è stata, inevitabilmente, condizionata dalla presenza di disposizioni interne o pattizie che espressamente consentivano al giudicato di esplicitare i propri effetti negativi anche oltre i confini domestici. A lungo, pertanto, il divieto di doppio processo ha potuto funzionare soltanto ad intermittenza, ovvero là dove vi fosse una convenzione che, limitatamente agli ambiti di sua competenza e alle parti contraenti, attribuisse efficacia preclusiva al *dictum* irrevocabile altrui. Per quanto riguarda i Paesi dell'Unione, sarà necessario attendere il 1990 per assistere all'entrata in vigore di una disciplina generale del divieto di *bis in idem*, capace di tutelare la persona già giudicata, a prescindere dalla fattispecie di reato di volta in volta rilevante.

In secondo luogo, il divieto di doppio processo, quale effetto tipico del giudicato, presuppone l'esistenza di una decisione irrevocabile; dunque, consente di porre un rimedio alla convergenza di più pretese punitive sullo stesso fatto solamente qualora una di esse sia giunta all'epilogo finale. Ma prima di tale momento, gli accertamenti nazionali possono proseguire in parallelo, totalmente indisturbati. Infine, fondandosi sulla logica del «primo arrivato, primo servito», il principio del *ne bis in idem* non è in grado di garantire una corretta amministrazione della giustizia, dal momento che esso non

consente di selezionare, tra i Paesi interessati, quello maggiormente idoneo a condurre il procedimento.

La creazione di uno Spazio europeo che sia davvero espressione di libertà, sicurezza e giustizia induce, pertanto, a spostare l'attenzione sul piano dei rimedi preventivi, così da fornire una risposta effettiva ai numerosi risvolti problematici che, come si vedrà, sono insiti nel procedere in parallelo di più Stati membri.

La regolamentazione dei conflitti di giurisdizione non si è, tuttavia, rivelata un compito agevole. La costruzione di un meccanismo che consenta di eleggere, tra i diversi Paesi competenti, quello che, più degli altri, appare indicato a conoscere la regnicola di comune interesse impone di affrontare e superare due ordini di problemi. Il primo di tipo politico, derivante dalla spiccata ritrosia che gli Stati notoriamente oppongono alle limitazioni del potere sovrano, di cui la giurisdizione penale è espressione pregnante. Il compito, all'interno dell'Unione europea, dovrebbe essere facilitato dall'elevato livello di integrazione sino ad oggi raggiunto; tuttavia, come si vedrà, l'obiettivo pare ancora lontano dall'essere conquistato. La seconda questione, invece, è di tipo tecnico ed attiene ai problemi insiti nella costruzione di un modello di composizione dei conflitti di giurisdizione che sia rispettoso delle peculiarità di ciascun ordinamento, spesso fissate nei dettami delle fonti primarie.

Nelle pagine a seguire si cercherà di approfondire tutti gli aspetti ora illustrati e di fornire una possibile risposta ai quesiti che, numerosi, sono ancora privi di una soluzione.

La prima parte del lavoro sarà dedicata al tema dei conflitti di giurisdizione: dopo averne indagato le cause, verranno analizzati i principali documenti programmatici elaborati dalle istituzioni europee e sfociati nella decisione quadro 2009/948/GAI. Ampia attenzione verrà dedicata ai problemi di compatibilità costituzionale che dovranno essere affrontati in sede di recepimento della normativa eurounitaria.

Nella seconda parte della ricerca, invece, ci si occuperà del principio del *ne bis in idem* europeo: alla ricostruzione storica delle tappe che hanno condotto alla sua affermazione nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, seguirà un esame critico delle pronunce con cui, sino ad oggi, la Corte di Giustizia ha contribuito all'evoluzione del divieto di doppio processo.

CAPITOLO I

I CONFLITTI DI GIURISDIZIONE

NELLO SPAZIO EUROPEO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA

Sommario: 1. I confini della giurisdizione e il diritto internazionale. – 2. Gli effetti pregiudizievoli della litispendenza internazionale. – 3. I primi passi dell'Unione europea sui procedimenti penali paralleli: fonti e documenti programmatici. – 4. La proposta di decisione quadro del 2003 sull'applicazione del principio del *ne bis in idem*. – 5. (segue): La proposta di Friburgo e il libro verde del 2005 sul *ne bis in idem* e i conflitti di giurisdizione. – 6. La (deludente) soluzione offerta dalla decisione quadro 2009/948/GAI. – 7. (segue): inadeguatezza del modello europeo di composizione dei conflitti di giurisdizione. – 8. Il ruolo di *Eurojust*. – 9. Il trasferimento dei processi penali. – 10. La compatibilità dei meccanismi di abdicazione della giurisdizione con i principi costituzionali. – 11. (segue): obbligatorietà dell'azione penale e diritto di difesa.

1. I confini della giurisdizione e il diritto internazionale.

Nel panorama sovranazionale, con l'espressione «conflitti di giurisdizione» si è soliti indicare il concorso di identiche iniziative punitive da parte di due o più Stati, tutti competenti a procedere in relazione ad uno stesso fatto di reato. La locuzione descrive, quindi, un intreccio di legittimazioni giurisdizionali che, da meramente potenziale, diventa concreto e attuale ogniqualvolta i Paesi interessati decidano di esercitare i poteri di accertamento e giudizio di cui dispongono. Il fenomeno è destinato a toccare uno degli aspetti più intimi di cui si compone il concetto di sovranità e si pone, pertanto, quale probabile fonte di tensioni e criticità nei rapporti sovranazionali.

In questo capitolo il tema verrà approfondito dedicando particolare attenzione al concorso degli accertamenti giurisdizionali nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e, dunque, all'interno di una realtà che, caratterizzata da una sempre maggiore integrazione tra i diversi ordinamenti che la compongono, dovrebbe costituire un terreno fertile per l'adozione di misure di coordinamento delle iniziative interne. Tuttavia, come si vedrà, gli approdi raggiunti sinora dimostrano che il percorso da compiere non è ancora concluso e che anche nelle aree di forte coesione i rapporti tra gli Stati sono ancora destinati a scontare la tradizionale ritrosia verso forme di cessione della sovranità.

Indipendentemente dagli esiti a cui si giungerà, un corretto approccio al tema deve necessariamente muovere dalla ricerca e dall'individuazione dei fattori alla sua origine.

Non appena ci si addentra nell'indagine emerge con chiarezza un dato: l'esame delle cause che comportano la sovrapposizione delle istanze punitive nazionali rivela un quadro composito, alla cui determinazione concorrono insieme elementi fattuali e giuridici. Tra questi, tuttavia, ve n'è uno tradizionalmente considerato di portata dirimente: l'asserita assenza di limitazioni da parte del diritto internazionale generale alla libertà di cui dispongo gli Stati nello stabilire i confini della propria giurisdizione¹.

La questione non è nuova e l'assunto viene oramai considerato pacifico dalla dottrina maggioritaria, che basa le sue argomentazioni sull'unica pronuncia intervenuta sul tema: il riferimento corre alla nota decisione della Corte Permanente di Giustizia Internazionale sul caso *Lotus*². In quell'occasione, il Giudice sovranazionale venne chiamato a stabilire se il diritto internazionale imponesse agli Stati il necessario vincolo della territorialità nell'esercizio della propria giurisdizione. L'affermarsi di una simile impostazione avrebbe comportato, quale sua conseguenza, il divieto di perseguire condotte realizzate al di fuori dei confini nazionali.

Alla tesi negativa, sostenuta dal governo turco, si opponeva quello francese, intenzionato a far valere il limite delle frontiere interne in mancanza di una specifica previsione, riconosciuta dal diritto internazionale, volta a legittimare la competenza statale *ultra limina*.

La vicenda offrì alla Corte l'occasione per fissare alcuni punti fermi, in parte sopravvalutati dalla dottrina: dalla motivazione, infatti, si apprende come il diritto

¹ La letteratura sul tema è ampia: senza pretese di esaustività, si segnalano i contributi di H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di comunità, Milano, 1952, p. 214 ss.; T. Treves, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Cedam, Padova, 1973, p. 235 ss.; F. Dean, *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 23 ss. e 135 ss.; N. Levi, *Diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 65 ss. e 144 ss.; W. Beckett, *The exercise of criminal jurisdiction over foreigners*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1925, p. 44 ss.; A.P. Sereni, *Diritto internazionale*, vol. II, *Organizzazione internazionale*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 558 ss.; G. Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 388 ss.; L. Sakar, *The proper law of crime in international law*, in *Int. Comp. Law. Quarterly*, 1962, p. 442 ss.; F.A. Mann, *The doctrine of jurisdiction in international law*, in *Recueil des cours*, 1964, I, p. 82 ss.; P. Benvenuti, *Sui limiti internazionali alla giurisdizione penale*, in *Riv. dir. int.*, 1987, p. 239 ss.; P. Ziccardi, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 462 ss.; C. Amalfitano, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1 ss.; A. Di Martino, *La frontiera e il diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 68 ss.

² Cfr. PCIJ, 7 settembre 1927, *Lotus*, in *Publication of the Permanent Court of International Justice*, series A, 10, The "Lotus case", Leyden, 1927. La vicenda riguarda la collisione, avvenuta nell'alto mare, tra il vapore francese *Lotus* e la nave turca *Boz-Kourt*, che provocò la morte di otto cittadini turchi. In relazione all'episodio, la Turchia avviò un procedimento penale nei confronti dei comandanti di entrambe le navi, ritenendo sussistente la propria giurisdizione sulla base del principio della personalità passiva. Nel giudizio di fronte alla Corte permanente la Francia contestò la compatibilità con il diritto internazionale del criterio in parola, a favore di una pretesa giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera per tutti i fatti penalmente rilevanti commessi a bordo delle proprie navi.

internazionale sia ben lontano dall'imporre agli Stati un generale divieto di estendere i confini della legge e della giurisdizione a persone, proprietà ed atti collocati o compiuti al di fuori del loro territorio. I vincoli imposti agli ordinamenti nazionali non possono essere presunti, ma devono trovare la propria fonte in regole espresse, in mancanza delle quali «every State remains free to adopt the principles which it regards as best and most suitable»³. Tuttavia, quanto appena riportato viene affermato dalla Corte con riguardo alla giurisdizione in generale, salvo poi mostrarsi incerta sulla reale possibilità di estendere tali principi alla materia penale⁴. In ogni caso, essa esclude che il principio di territorialità normalmente associato a tale settore del diritto abbia carattere assoluto e che l'ambito di applicabilità della legge penale debba necessariamente coincidere con i confini dello Stato⁵.

Sebbene la Corte Permanente di Giustizia Internazionale non abbia chiarito la questione, la dottrina maggioritaria si mostra sicura nell'affermare l'assenza di limitazioni generalizzate all'esercizio della funzione giurisdizionale, che, secondo tale lettura, può essere contenuta solo in casi eccezionali⁶. Tra questi assume una rilevanza centrale il dovere di non ingerenza nel territorio altrui⁷. In forza di tale precetto, agli Stati è precluso il compimento di attività concrete in aree sottoposte alla sovranità straniera: così, non è consentito l'ingresso, l'uso di poteri coercitivi o, comunque, l'espletamento di operazioni materiali sul suolo estero, a meno che lo stesso diritto internazionale o, in sua supplenza, il consenso del Paese interessato, legittimino deroghe a tale divieto⁸.

³ PCIJ, 7 settembre 1927, *Lotus*, p. 19.

⁴ Cfr. PCIJ, 7 settembre 1927, *Lotus*, p. 20: «it has to be seen whether the foregoing considerations really apply as regards criminal jurisdiction, or whether this jurisdiction is governed by a different principle».

⁵ Secondo la Corte, infatti, «The territoriality of criminal law, therefore, is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty»: cfr. PCIJ, 7 settembre 1927, *Lotus*, *loc. ult. cit.*

⁶ Si vedano, a riguardo, gli autori citati in nota n. 1.

⁷ Secondo F. POCAR, *L'esercizio non autorizzato del potere statale in territorio straniero*, Cedam, Padova, 1974, p. 1 «La esistenza di un siffatto obbligo è invero incontestata nella dottrina ed è confortata da numerosissime manifestazioni concordanti della pratica internazionale degli Stati». Sul tema si veda anche M. GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, t. I, *L'ambiente dell'attività degli Stati*, in *Trattato di diritto internazionale*, diretto da G. Balladore Pallieri - G. Morelli - R. Quadri, vol. III, Cedam, Padova, 1956, p. 48 ss.

⁸ Avvalendosi delle parole della Corte permanente di giustizia internazionale, 7 settembre 1927, *Lotus*, *cit.*, p. 18 «il limite primordiale che il diritto internazionale impone allo Stato è quello di escludere - salvo l'esistenza di una norma permissiva contraria - qualsiasi esercizio del suo potere sul territorio di un altro Stato». Cfr. anche H. KELSEN, *op. cit.*, 214 s.; p. F. POCAR, *op. cit.*, p. 3; A.P. SERENI, *op. cit.*, p. 557; A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 75, per il quale dal diritto internazionale deriva soltanto una «regola "negativa", nel senso di affermare la liceità di tutto ciò che non sia specificamente vietato». Peraltro, C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 3 (a cui si rinvia, inoltre, per i richiami bibliografici) ricorda come anche all'interno dei confini statali la sovranità potrebbe essere sottoposta ad alcune limitazioni: l'autrice riporta gli esempi del divieto di svolgere sul proprio territorio attività idonee a produrre danni oltre frontiera e l'obbligo di osservanza delle norme concernenti il trattamento degli stranieri.

A diverso regime sottostanno, invece, le attività astratte: proprio la naturale assenza di fisicità che le connota consente di superare, nella loro regolamentazione, i rigidi limiti imposti dalla territorialità. Tra di esse può certamente annoverarsi il potere di produzione normativa: ciascuno Stato è tendenzialmente libero di estendere l'area di applicazione delle proprie leggi e quella di esercizio della giurisdizione oltre le frontiere nazionali⁹. Nessun *vulnus* alla sovranità straniera deriva, infatti, dall'attribuzione di rilevanza penale a condotte realizzate in tutto o in parte all'estero e dalla conseguente attivazione degli organi preposti all'accertamento e all'emanazione delle relative sanzioni. Fintantoché l'esercizio di questi poteri non si concretizza in attività materiali compiute oltre confine, quali ad esempio l'esecuzione di un arresto o della pena, il diritto internazionale è pienamente rispettato¹⁰.

Ad un'opposta opinione si può giungere, secondo gli studiosi che si sono occupati del tema, solamente avvalendosi di un approccio metodologico errato, che ponga alla propria base una pretesa equivalenza tra i limiti della sovranità, ovvero dell'attività di imperio, desunti dall'estensione del territorio, e quelli della giurisdizione¹¹. Ma, come visto, l'operazione viene considerata ingannevole: il diritto internazionale non impone agli Stati un contegno siffatto.

Non sono mancate nemmeno voci intermedie, tuttavia minoritarie, intenzionate a vincolare l'esercizio della giurisdizione e, prima ancora, l'individuazione dell'area di applicabilità della legge penale, al principio della ragionevolezza, nel tentativo di contenere la pressoché illimitata libertà di cui dispongono gli ordinamenti nazionali. Secondo tali opinioni, le vicende suscettibili di attivare la pretesa punitiva interna dovrebbero sempre necessariamente fondarsi su dei criteri di collegamento con il foro interessato, espressi, ad esempio, dal *locus commissi delicti*, dal principio della difesa o da quello della nazionalità dell'agente¹².

⁹ Parla di «principio di libertà dell'ordinamento internazionale» P. ZICCARDI, *op. cit.*, p. 464. Secondo l'autore, esso deve essere inteso «in un duplice senso: sia in quanto ogni Stato è libero di darsi l'ordinamento che crede, sia in quanto nel fare questo egli non lede né limita la libertà degli altri Stati».

¹⁰ P. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 241 s.

¹¹ Evidenziano l'errore P. ZICCARDI, *op. cit.*, p. 462 ss.; F. DEAN, *op. cit.*, p. 28 s.; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Napoli, 1968, p. 636 ss.

¹² Cfr. F.A. MANN, *op. cit.*, p. 46 ss.; H.H. JESCHECK, *L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 634 s. Per una più ampia panoramica delle tesi minoritarie si rinvia a T. TREVES, *op. cit.*, p. 247 ss. Cfr. anche C.L. BLAKESLEY, *Extraterritorial jurisdiction*, in Aa. Vv., *International criminal law*, vol. II, *Multilateral and bilateral enforcement mechanism* a cura di C. Bassiouni, Koninklijke Brill, 2008, p. 93 ss., il quale riporta le proposte contenute nella *Draft convention on jurisdiction with respect to crime*, redatta nel 1935 dall'Harvard Research on International Law, secondo cui sono cinque i criteri su cui si fonda la giurisdizione sui crimini transnazionali: «territorial, protective, nationality, universal and passive-personality»

Ad oggi il dibattito non presenta significative evoluzioni. Peraltro, è sufficiente dare uno sguardo alle principali codificazioni europee per accorgersi che se, da un lato, la tendenza generalizzata è quella di estendere l'applicabilità della legge penale anche a fatti svoltisi in tutto o in parte all'estero, dall'altro lato l'attivazione della giurisdizione presuppone solitamente un legame con l'ordinamento interno¹³: comune è, infatti, l'adozione del criterio della territorialità, temperato da quello dell'ubiquità, in forza del quale il reato si considera commesso nello Stato anche qualora si sia ivi svolto solamente un frammento dell'azione o dell'omissione o, addirittura se, esaurita interamente all'estero la condotta, si sia qui verificato l'evento¹⁴. Così come diffuso è il ricorso ai parametri della personalità attiva e passiva, che legittimano rispettivamente la possibilità di perseguire illeciti perpetrati oltre confine da parte o a danno dei propri cittadini; nonché a quelli della difesa e dell'universalità, suscettibili di estendere la giurisdizione alle offese, commesse all'estero, a danno dello Stato, e ai reati di gravità tale da determinare l'interesse alla loro punizione da parte di una molteplicità di ordinamenti¹⁵.

Le disfunzioni conseguenti all'assenza di precisi vincoli provenienti dal diritto internazionale generale non sono, tuttavia, controbilanciate dall'esistenza di strumenti di composizione delle iniziative interne, volti a dirimere le pretese punitive *de eadem re*: non sono, infatti, previste regole di priorità o precedenza, mediante le quali individuare il Paese più indicato a procedere nel caso specifico.

La lacuna è, talvolta, colmata attraverso il ricorso allo strumento pattizio: tramite le c.d. "convenzioni di coordinamento" gli Stati stabiliscono, ad esempio, regole preventive di riparto delle istanze repressive, criteri per il trasferimento dei procedimenti in capo ad

¹³ Per una panoramica dei criteri adottati dai principali Paesi europei si veda J.L. DE LA CUESTA, *Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle "ne bis in idem"*. *General Report*, in *Rev. int. dr. pén.*, 2002, p. 715 s.

¹⁴ Cfr. C.L. BLAKESLEY, *op. cit.*, p. 96 ss. In una recente pronuncia sul tema, la Corte di cassazione ha ribadito che «ai fini dell'affermazione della giurisdizione italiana in relazione a reati commessi in parte all'estero, è sufficiente che nel territorio dello Stato si sia verificato anche solo un frammento della condotta, che, seppur privo dei requisiti di idoneità e di inequivocità richiesti per il tentativo, sia apprezzabile in modo tale da collegare la parte della condotta realizzata in Italia a quella realizzata in territorio estero»: cfr. Cass., sez. II, sentenza, 23 ottobre 2013, n. 43340.

¹⁵ Di questo mosaico è un esempio il codice Rocco: agli artt. 6 ss. il legislatore del 1930 ha delineato l'ambito di applicabilità della legge italiana avvalendosi di tutti i criteri appena enucleati. Al parametro della territorialità, nella concezione lata di cui al comma 2 dell'art. 6 c.p. - che accoglie la teoria dell'ubiquità - sono affiancate, negli articoli successivi, disposizioni espressive dei principi della personalità passiva (o di difesa), attiva e di universalità: gli artt. 7 e 8 sanciscono la punibilità secondo la legge domestica del cittadino e dello straniero che commettono all'estero i reati ivi elencati e posti a tutela degli specifici interessi dello Stato ad essi sottesi; gli artt. 9 e 10 c.p., invece, prevedono ulteriori ipotesi di perseguibilità di condotte realizzate oltre confine, qualificate come "delitti comuni", e individuate secondo il parametro edittale. Per un approfondimento si vedano, tra i molti, S. APRILE, *sub artt. 6, 7, 8, 9, 10*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini-Marinucci, vol. I, Ipsoa, Milanofiori, Assago, 2011, p. 190 ss.; E. CALVANESE, *sub artt. 6, 7, 8, 9, 10*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi - E. Lupo, vol. I, *La legge penale e le pene*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 179 ss.; F. DEAN, *op. cit.*, p. 43 ss.; T. TREVES, *op. cit.*, p. 90 ss.

un'unica autorità procedente o, ancora, preclusioni conseguenti alla formazione di un giudicato straniero sullo stesso fatto¹⁶.

Non sempre, però, gli interventi settoriali forniscono un rimedio al problema: capita, in alcuni casi, che ne siano l'origine. Esistono, infatti, convenzioni internazionali che, mosse dall'intento di non lasciare impunte specifiche forme di criminalità, impongono obblighi di criminalizzazione e individuano diversi criteri di attribuzione della giurisdizione senza, contestualmente, predisporre strumenti realmente in grado di prevenire o risolvere i conflitti che, inevitabilmente, sono destinate a creare¹⁷.

In ogni caso, anche qualora gli strumenti pattizi siano diretti a comporre le istanze punitive nazionali, essi finiscono spesso per rivelarsi soluzioni deboli, destinate a scontare le resistenze degli Stati a cedere forme di espressione della propria sovranità e ostacolate dalla mancanza di fiducia negli ordinamenti stranieri.

Come anticipato in apertura, al quadro giuridico appena descritto, già di per sé suscettibile di alimentare svariate sovrapposizioni di giurisdizioni, vanno ad aggiungersi anche altri fattori causali.

La globalizzazione del mercato e, per l'area europea, l'abbattimento delle frontiere hanno determinato un forte aumento dei flussi migratori: alla libera circolazione delle merci è, infatti, seguita quella delle persone. La maggior facilità con la quale ad oggi si oltrepassano i confini nazionali ha comportato, contestualmente, un incremento delle occasioni di compimento di reati rilevanti in più ordinamenti¹⁸.

Da un lato, infatti, come visto, è comune il ricorso all'adozione di criteri che consentono alla macchina della giustizia di attivarsi anche se, dal punto di vista oggettivo, la condotta penalmente rilevante si esaurisce in un unico contesto territoriale. Dall'altro lato, si

¹⁶ C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷ Nel contesto dell'Unione europea ne sono un esempio la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 26 luglio 1995, la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione di funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea del 26 maggio 1997, le decisioni quadro n. 2000/383/GAI relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, n. 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo e n. 2005/222/GAI relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione. Sul punto si richiama ancora C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 40 ss.; E. CALVANESE-G. DE AMICIS, *La decisione quadro del consiglio dell'U.e. in tema di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3595; J.P. PIERINI, *Territorialità europea, conflitti di giurisdizione e ne bis in idem*, in *Aa. Vv.*, *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di T. Rafaraci, Giuffrè, Milano, 2007, p. 121; M.L. DI BITONTO, *La composizione dei conflitti di giurisdizione in seno ad Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2897 s.; A. KLIP, *European criminal law*, Intersentia, 2009, p. 364 ss.

¹⁸ Secondo M. PANZAVOLTA, *Eurojust: il braccio giudiziario dell'Unione*, in *Aa. Vv.*, *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di M.G. Coppetta, Giappichelli, Torino, 2005, p. 149 «Un refrain, oggi tanto ricorrente da suonare ovvio, è quello per cui la libera circolazione delle persone tra le frontiere degli Stati europei, resa possibile dall'accordo di Schengen, agevoli la criminalità transnazionale ed esiga perciò un'azione di contrasto in grado di scavalcare le barriere nazionali».

registrano un'evoluzione e trasformazione del crimine stesso, determinate dalla dimensione sempre più sovranazionale assunta dalla società attuale: parallelamente alle attività lecite, anche quelle vietate hanno trovato nell'eliminazione delle frontiere nuove opportunità di sviluppo¹⁹.

Nell'assetto attuale, pertanto, sono molteplici le occasioni di instaurazione di plurimi procedimenti *de eadem re et persona*. A questa constatazione, tuttavia, non sono – per il momento – seguite iniziative realmente idonee a fornire una soluzione al problema. Come anticipato, anche all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia gli strumenti fino ad ora proposti si caratterizzano per un'intrinseca debolezza che li rende inadeguati allo scopo²⁰.

Lo scenario illustrato finisce, quindi, per assegnare una rilevanza centrale al principio del *ne bis in idem*, quale rimedio e strumento di soluzione *ex post* del mancato coordinamento delle giurisdizioni. Il ricorso sistematico a tale via non può, però, considerarsi un approdo soddisfacente: come si vedrà, il divieto di doppio processo e, nella accezione esecutiva, di doppia sanzione, non sono infatti in grado di neutralizzare tutti i pregiudizi e le disfunzioni derivanti dal concorso delle pretese punitive nazionali.

2. Gli effetti pregiudizievoli della litispendenza internazionale.

Se l'approccio tradizionale al fenomeno delle giurisdizioni concorrenti colloca il suo angolo visuale sugli interessi degli Stati coinvolti e, dunque, prevalentemente sulla comune tendenza a conservare la propria sovranità, sia durante l'accertamento, sia dopo la sua conclusione mediante la tutela dell'autorità negativa del giudicato interno, ciò non significa che il novero degli inconvenienti derivanti dalla possibile sovrapposizione di plurime legittimazioni giurisdizionali si esaurisca su tale versante²¹. Limitare l'osservazione esclusivamente a questi aspetti della vicenda in esame fornirebbe una visione solo parziale del problema: il contestuale svolgimento di giudizi paralleli è, infatti,

¹⁹ Sull'argomento cfr. L. LUPARIA, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 15 ss.

²⁰ Il riferimento corre alla Decisione quadro 2009/948/GAI sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, che sarà oggetto di specifica trattazione *infra*, paragrafo n. 6.

²¹ Pone in evidenza questa tendenza L. LUPARIA, *op. cit.*, p. 29 ss.

capace di produrre svariate ricadute negative anche a danno dei soggetti coinvolti e dell'efficienza dell'accertamento processuale stesso²².

Ed è proprio qui che la garanzia del *ne bis in idem* rivela la sua intrinseca debolezza: il divieto, lo si vedrà ampiamente più avanti, scatta solamente al formarsi di una decisione *definitiva*. Nella sua accezione strettamente letterale, nulla può nei confronti del contemporaneo procedere di molteplici autorità²³.

La lacuna non è secondaria: è sufficiente immedesimarsi un istante nei panni di una persona accusata di un reato rilevante in più ordinamenti – o in quelli della vittima – per comprendere a pieno il fenomeno.

Quanto al primo aspetto, è di palmare evidenza come il cumulo di iniziative simultanee a carico di un medesimo imputato e per lo stesso fatto si traduca in un aggravio notevole degli oneri della difesa.

Invero, la necessità di controbattere accuse dislocate in più ordinamenti comporta inevitabilmente l'esigenza di avvalersi dell'assistenza legale di diversi professionisti – ognuno competente per il proprio sistema processuale – che difficilmente potrebbero cooperare nell'individuazione di un'unica strategia difensiva compatibile con le peculiarità di ciascuna procedura²⁴. Oltretutto, anche le occasioni di autodifesa e, più in

²² Secondo P. GAETA, *EU tools for the prevention and settlement of conflicts of jurisdiction in criminal proceedings*, in A.A. V.V., *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, a cura di S. Ruggeri, Springer - Verlag Berlin Heidelberg, 2013, p. 315 «The multiplication of proceedings on the same offence is pathological not only from an objective viewpoint, i.e. in the sense that *lis pendens* is symptomatic of useless waste of assets (and so of inefficiency of the entire legal order), but it is also pathological in that it impinges on the fundamental right of the accused to be subject to one criminal investigation for the same offence».

²³ Secondo N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 54, sarebbe «necessario un adattamento del concetto di sentenza definitiva». A suo parere «una modifica interpretativa del contenuto di un simile elemento caratterizzante la decisione straniera, potrebbe trovare legittimazione nel fatto stesso che, quando si esige la sentenza definitiva come condizione dell' *exceptio rei iudicatae*, la si interpreta nel senso di atto finale del procedimento e non di atto ultimativo del processo come insieme di procedimenti; ciò basterebbe a qualificare come possibile l'operatività del *ne bis in idem* anche e solo in presenza di un provvedimento adottato dall'autorità giudiziaria che definisca il primo grado di giudizio». Peraltro, l'autrice conclude osservando come, anche aderendo ad un'interpretazione di questo tipo, il problema non sarebbe risolto *in toto*, poiché «in questo modo si verrebbe in effetti ad evitare unicamente che un procedimento *in idem* continui dopo che in altro Stato è stata pronunciata sentenza conclusiva del procedimento di prima istanza, ma non si potrebbe far cessare la litispendenza prima dell'intervento di tale decisione». Sul punto cfr. anche J.P. PIERINI, *op. cit.*, p. 127; A. MANGIARACINA, *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello "spazio giudiziario europeo"*, in *L.P.*, 2006, p. 634. Nell'ordinamento interno l'*impasse* è stata superata dalle Sezioni Unite, 28 giugno 2005, Donati, in *C.E.D. Cass. n. 231800*, secondo le quali «Non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo già sia pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del P.M., di talché nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità». Sul tema si rinvia *infra*, capitolo IV.

²⁴ L'argomento è proposto anche da J.P. PIERINI, *op. cit.*, p. 114; L. LUPARIA, *op. cit.*, p. 40 s.; M. FLETCHER, *The problem of multiple criminal prosecutions: building an effective EU response*, in *Yearbook of European Law*, 2007, p. 39; B. PIATTOLI, *Ne bis in idem, alt ai conflitti Ue. Le linee guida targate Bruxelles*, in *D.&G.*, 2006 (20), p. 120.

generale, il diritto dell'imputato di partecipare al giudizio che lo riguarda, rischiano di subire una notevole compressione poiché, com'è prevedibile, solo con notevoli difficoltà l'accusato potrebbe riuscire ad onorare tutti gli impegni nelle diverse sedi: se, sotto il profilo strettamente processuale, gli è consentito tentare di appellarsi al legittimo impedimento per ottenere così il rinvio dell'udienza²⁵, ciò nondimeno esigenze di altro tipo - come quelle economiche o lavorative - potrebbero indurlo a desistere dall'essere presente in ciascuno dei giudizi a suo carico.

Una via risolutiva sembrerebbe offerta dall'art. 10, co. 9 della Convenzione del 29 maggio 2000 relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea²⁶. La disposizione consente ai Paesi dell'Unione di procedere all'audizione mediante videoconferenza degli imputati che non si trovino nei rispettivi territori. Essa presenta, tuttavia, alcuni inconvenienti. Da un lato, infatti, la sua formulazione non lascia dubbi sulla natura facoltativa ad essa ascrivibile: ideata allo scopo di agevolare la deposizione di testimoni e periti, la norma in parola subordina l'estensione del suo ambito applicativo, così da ricomprendervi l'esame dell'accusato, oltre che alla discrezionalità degli Stati firmatari, a valutazioni di opportunità demandate alle autorità giudiziarie interessate²⁷. Dall'altro lato, surrogando la partecipazione personale dell'imputato con una presenza meramente virtuale, destinata a privarlo del contatto diretto con l'aula d'udienza, la soluzione prospettata condivide gli aspetti critici già evidenziati dalla dottrina interna in relazione all'analogo strumento previsto dagli artt. 146-bis e 147-bis disp. att. c.p.p.²⁸

²⁵ Secondo Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2009, De Marco, in *C.E.D. Cass.* n. 243575, «In caso di concomitante celebrazione di due dibattimenti dinanzi a diverse autorità giudiziarie, sussiste un impedimento assoluto dell'imputato a comparire nel giudizio diverso da quello in cui ha deciso di essere presente, purché la comunicazione dell'impedimento sia documentata e si rappresenti l'interesse a parteciparvi, senza dover necessariamente giustificare la scelta in favore dell'uno o dell'altro. Ne consegue che il rigetto dell'istanza di rinvio dell'udienza, nonostante il legittimo impedimento, configura una nullità assoluta a norma degli artt. 178, lett. c) e 179, comma primo, cod. proc. pen.». Peraltro, secondo una diversa impostazione, l'imputato citato nella stessa data in due diversi procedimenti non può essere lasciato completamente libero di scegliere a quale partecipare, poiché la preferenza per l'uno o per l'altro potrebbe sottendere «interessi opportunistici personali e compromettere il regolare svolgimento di altri processi ed i diritti che devono essere garantiti ai coimputati»: cfr. Cass., Sez. IV, 14 maggio 2004, Belforte, in *C.E.D. Cass.* n. 229108.

²⁶ La Convenzione, tuttavia, non è ancora stata ratificata dall'Italia. Per un esame del contenuto e delle innovazioni da essa introdotte, si rinvia a F. SPIEZIA, *Crimine transnazionale e procedure di cooperazione giudiziaria*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006, p. 156 ss.

²⁷ Il primo periodo del comma in questione recita come segue: «Gli Stati membri possono inoltre applicare, a loro discrezione, le disposizioni del presente articolo, se del caso e con il consenso delle competenti autorità giudiziarie, alle audizioni di imputati mediante videoconferenza»

²⁸ Secondo autorevole dottrina «stare in un luogo come se questo fosse parte dell'aula d'udienza non significa infatti stare nell'aula; e le pur sofisticate attrezzature, utilizzate per attivare il videocollegamento non escludono comunque che ci si debba limitare a una percezione "mediata" (e, per forza di cose, un tantino "distorta" o quanto meno parziale) di ciò che avviene in un altro luogo»: in questi termini si esprime D. MANZIONE in E. MARZADURI - D. MANZIONE, *Commento agli artt. 1 e 2 L. 7/1/1998 n. 11 - Disciplina della*

Senza contare, poi, che la mera sottoposizione ad un procedimento penale determina, di per sé, sofferenze e stigmi sociali destinati a crescere esponenzialmente con il moltiplicarsi delle istanze punitive²⁹.

Ma, come anticipato, a subire i pregiudizi della litispendenza potrebbe non essere solo l'imputato: se l'*idem factum* ha prodotto una vittima, anch'essa si troverebbe a dover scontare gli inconvenienti dello sviluppo in parallelo di più procedimenti³⁰. Si pensi anzitutto agli oneri derivanti dal dovere di rendere dichiarazioni nelle diverse sedi giudiziarie. A tale riguardo, un possibile temperamento è offerto dall'art. 17, lett. b) della direttiva 2012/29/ue: la norma contempla la possibilità di ricorrere alle già richiamate disposizioni in tema di videoconferenza e teleconferenza, di cui alla Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria, qualora si debba procedere all'audizione di una persona offesa dal reato residente in uno Stato membro diverso da quello del *locus commissi delicti*. Mediante tale strumento si intendono ridurre i costi, economici e non solo, derivanti dall'adempimento dei doveri facenti capo a chi ha subito un danno dalla condotta illecita del reo³¹. Tuttavia, poiché la previsione richiama uno specifico adempimento processuale - "l'audizione" - non sembra possibile avvalersene ogniqualvolta la vittima non rilevi come fonte di prova, ma quale titolare della pretesa risarcitoria posta a fondamento dell'azione civile. Allo stesso modo, nessuna tutela le è apprestata per il caso in cui non sia parte del procedimento, ma vi presenzi al solo scopo di assistere alla punizione dell'imputato.

Infine, nel contemporaneo procedere di più autorità sullo stesso fatto si annida anche il rischio di un pregiudizio all'efficienza dell'accertamento giudiziale, destinato a non concludersi in tempi brevi a causa dei «macchinosi trasferimenti delle prove dall'uno all'altro ambito territoriale»³²; o, al contrario, caratterizzato da una frettolosa corsa verso il

partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia, nonché modifica della competenza sui reclami in tema di articolo 41-bis ordinamento penitenziario, in L.P., 1999, p. 862 ss. Si vedano anche le analoghe osservazioni di M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 159 ss.; C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 79 ss.; F. ALESSANDRONI, *Videotestimonianza, esigenze del contraddittorio e diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2890 ss.; C. RUSSO, *Videoconferenze, diritto di difesa, standards tecnici previsti dalla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4768 ss. Sulla possibilità di applicare le norme della Convenzione del 2000 in tema di videoconferenza nonostante la sua mancata ratifica, si veda F. SPIEZIA, *op. cit.*, p. 166 ss.

²⁹ Cfr. M. PISANI, *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, t. I, Milano, Giuffrè, 2005, p. 559; M. FLETCHER, *loc. ult. cit.*

³⁰ Evidenziano il problema anche E. CALVANESE - G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 3593.

³¹ La videoconferenza per l'audizione delle vittime ha riscosso un certo successo in seno all'Unione, come dimostra il Programma di Stoccolma presentato dal Consiglio europeo e pubblicato in *G.U.U.E.*, C 115 del 4 maggio 2010, p. 16, secondo il quale «Occorre sfruttare meglio la videoconferenza, ad esempio per risparmiare alle vittime inutili spostamenti e lo stress di assistere al processo».

³² In questi termini L. LUPARIA, *op. cit.*, p. 42.

giudicato, allo scopo di giungere il prima possibile ad una pronunciata definitiva, capace di determinare l'arresto delle iniziative concorrenti. In assenza di meccanismi di coordinamento è, perciò, elevato il pericolo che il giudizio sulla condotta penalmente rilevante in più ordinamenti rimanga frammentato in plurimi accertamenti che potrebbero, al contrario, confluire più utilmente davanti ad uno stesso organo giudicante. Lungi dall'essere esclusivamente un "problema tra Stati", la litispendenza costituisce, dunque, la fonte di svariati aspetti problematici che faticano, tuttavia, a ricevere un significativo riconoscimento da parte degli strumenti attualmente in vigore, nei quali è vistosa l'assenza di un adeguato momento di riflessione in ordine ai risvolti soggettivi che da essa discendono.

3. I primi passi dell'Unione europea sui procedimenti penali paralleli: fonti e documenti programmatici.

L'insieme dei pregiudizi conseguenti alla sovrapposizione delle istanze punitive nazionali è destinato a pesare ancor di più ove si verifichi in un contesto di sempre maggiore integrazione giuridica, quale lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. L'assenza di regole volte a contenere il fenomeno rischia di vanificare l'effettiva attuazione di importanti conquiste³³ e svuotare di contenuto principi fondanti la cooperazione giudiziaria – come la reciproca fiducia nei rispettivi sistemi di giustizia nazionale – destinati a rimanere mere enunciazioni sulla carta, prive di una reale efficacia concreta.

L'esigenza di coordinare le giurisdizioni nazionali e di offrire strumenti atti a prevenire e risolvere i contrasti originati dal contestuale procedere *in idem* di più Stati membri è avvertita e fatta propria anche dalle istituzioni europee: l'art. 82 TFUE considera espressamente tale materia tra gli ambiti di intervento del Parlamento e del Consiglio, secondo la procedura legislativa ordinaria.

Non si tratta, però, di una novità introdotta dal Trattato di Lisbona: già nel precedente art. 31 TUE la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri è stata eletta ad oggetto dell'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale³⁴.

³³ Prima fra tutte la libertà di circolazione delle persone, il cui potenziamento rientra tra gli obiettivi che l'Unione si è prefissata nel già richiamato Programma di Stoccolma: cfr. p. 8 s.

³⁴ Un'analoga previsione era contenuta anche nel progetto del trattato-costituzione, all'art. III-270, par. 1, lett. b: cfr. M. PANZAVOLTA, *Il giudice naturale nell'ordinamento europeo: presente e futuro*, in AA. Vv., *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, cit., p. 139 ss.

L'importanza di un intervento dell'Unione volto a coordinare le pretese punitive interne è, inoltre, testimoniato da alcuni documenti programmatici, dei quali si ritiene utile fornire una breve descrizione al fine di delineare con completezza il quadro entro il quale hanno preso forma gli attuali strumenti in vigore. Il tema si insinua, in particolare, nel virtuoso programma sul reciproco riconoscimento delle decisioni definitive in materia penale, considerato un tassello fondamentale nell'ottica di potenziamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Il primo essenziale testo di riferimento è rappresentato dalla comunicazione n. 495 del 26 luglio 2000, presentata dalla Commissione europea all'indomani del Consiglio di Tampere³⁵. Preciso cosa debba intendersi per mutuo riconoscimento delle decisioni definitive in materia penale³⁶, l'organo europeo enucleava una serie di proposte dirette ad attuare tale principio nella sua massima estensione. Tra queste si rinvenivano anche suggerimenti in tema di prevenzione dei conflitti di giurisdizione³⁷.

La Commissione analizzava, anzitutto, le cause alla base di tale fenomeno. Coerentemente con quanto evidenziato nelle pagine che precedono, la principale fonte di contrasti veniva individuata nel comune ricorso a differenti criteri di competenza, alcuni dei quali imposti da azioni comuni e convenzioni adottate in seno all'Unione stessa. Il problema, si legge nel documento, è poi destinato ad acuirsi nei casi di adozione di una giurisdizione a titolo universale.

Al fine di razionalizzare un tale sistema ed evitare deroghe al principio del reciproco riconoscimento ogniqualvolta lo Stato membro chiamato ad accettare l'altrui provvedimento sia anch'esso competente *in idem*, la Commissione suggeriva l'introduzione di disposizioni generali, mediante l'adozione combinata di due misure.

³⁵ Consiglio europeo tenutosi il 15 e 16 ottobre 2009, nell'ambito del quale sono state gettate le basi per la creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea. Al punto 5 delle conclusioni della presidenza, pubblicate in *Cass. pen.*, 2000, p. 302 ss., si legge che «per godere della libertà è necessario uno spazio autentico di giustizia, in cui i cittadini possano rivolgersi ai tribunali e alle autorità di qualsiasi Stato membro, con la stessa facilità che nel loro. I criminali non devono poter sfruttare le differenze esistenti tra i sistemi giudiziari degli Stati membri. Le sentenze e le decisioni dovrebbero essere rispettate ed eseguite in tutta l'Unione, salvaguardando al tempo stesso la sicurezza giuridica di base per i cittadini in genere e per gli operatori economici. Gli ordinamenti degli Stati membri dovranno diventare maggiormente compatibili e convergenti». Per un'analisi dei risultati raggiunti nell'ambito del Consiglio di Tampere, cfr. L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1127; L. FEROLA, *La cooperazione giudiziaria in materia penale: origine, problemi e prospettive*, in *Riv. dir. eur.*, 1999, p. 49 ss.; P. MAGRINI, *L'evoluzione delle politiche europee nel settore della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Tampere via Amsterdam*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2000, p. 1817 ss.

³⁶ Al punto 3.1, la Commissione spiega che «riconoscere una decisione estera in materia penale significa attribuire a tale decisione effetti al di fuori dello Stato in cui è stata adottata, sia attribuendole gli effetti giuridici stabiliti dal diritto penale dello Stato estero, sia tenendone conto affinché espliciti gli effetti stabiliti dal diritto penale dello Stato che ha riconosciuto tale decisione»

³⁷ Si veda il punto n. 13 della Comunicazione in esame. Sul contenuto della Comunicazione n. 495 del 26 luglio 2000 cfr. J.P. PIERINI, *op. cit.*, p. 118 s.

L'organo europeo riteneva, anzitutto, utile delineare un ordine di priorità tra i criteri di attribuzione della giurisdizione nazionale: la previsione di regole di precedenza avrebbe consentito, infatti, di individuare volta per volta il Paese maggiormente indicato a procedere. Più nel dettaglio, la designazione dell'autorità a cui affidare l'accertamento giurisdizionale veniva rimessa ad uno specifico organismo, già esistente o da istituire. La Commissione, che proponeva di affidare il compito ad *Eurojust*³⁸, evidenziava come, nell'adempiere a tale funzione, esso avrebbe dovuto essere dotato del minor grado possibile di discrezionalità, così da evitare critiche e pressioni da parte degli Stati coinvolti nel conflitto.

Nell'intento di ottenere un ottimale coordinamento delle istanze punitive si suggeriva, poi, l'introduzione di regole sulla giurisdizione esclusiva, ovvero di norme che attribuiscono la competenza a procedere ad un'unica autorità. Secondo la comunicazione, la previa individuazione di ambiti di intervento rigidamente riservati all'azione di un solo Paese avrebbe prodotto, infatti, un duplice effetto positivo: da un lato, le occasioni di sovrapposizione delle iniziative nazionali avrebbero subito una notevole riduzione; dall'altro lato, la perdita di sovranità patita dagli Stati membri interessati sarebbe stata probabilmente accolta con minori ritrosie: il riconoscimento del prodotto dell'accertamento altrui avrebbe trovato nell'istituzione di una propria area di intervento esclusiva un corretto bilanciamento degli interessi in gioco.

La necessità di adottare misure atte a regolamentare i conflitti di giurisdizione è stata ribadita anche nell'elenco degli obiettivi strategici concordati dal Consiglio dell'Unione europea nel Programma dell'Aia del 4-5 novembre 2004. Il nono dei dieci traguardi che le istituzioni europee si erano prefissate di raggiungere nel quinquennio 2005-2009 concerne, tra le altre cose, la programmazione di interventi volti a «instaurare la fiducia reciproca e propiziare il reciproco riconoscimento»³⁹ in materia di giustizia penale.

La Commissione, nella comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo sul Programma dell'Aia (n. 184 del 10 maggio 2005), prospettava anche l'elenco dettagliato delle misure da attuare, corredato del relativo calendario di adozione. Per quanto concerne il tema di questa indagine, il coordinamento dei procedimenti penali *de eadem re* veniva rimesso a due iniziative: la presentazione di un «Libro verde sui conflitti di

³⁸ Sul ruolo svolto da *Eurojust* nel coordinamento delle giurisdizioni nazionali si veda *infra*, paragrafo n. 8.

³⁹ Così a p. 12 della Comunicazione n. 184 del 10 maggio 2005 della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul Programma dell'Aia, reperibile su <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0184:FIN:IT:PDF>

giurisdizione e sul principio *ne bis in idem*», seguito da una proposta di decisione quadro⁴⁰, delineata sulla base delle osservazioni e delle risposte sollecitate dal documento di riflessione a firma della Commissione europea.

È nell'ambito di questo quadro programmatico che hanno preso forma le diverse iniziative, sfociate poi nella decisione quadro 2009/948/GAI sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione⁴¹.

Il valore aggiunto di tale provvedimento è costituito dalla sua aspirazione a fornire un modello generale, applicabile ogniqualvolta due o più Stati membri procedano *in idem*, indipendentemente dalla natura del reato alla base degli accertamenti concorrenti e, in particolare, dalla sua afferenza a quelle gravi forme di criminalità transnazionale, spesso oggetto di interventi convenzionali settoriali. Per lungo tempo, infatti, il coordinamento delle iniziative parallele è stato rimesso a tali strumenti pattizi, propugnanti una non meglio precisata collaborazione tra gli Stati aderenti, volta ad evitare una moltiplicazione degli accertamenti penali per gli stessi fatti⁴².

Nell'ottica di una più efficace azione repressiva di questi illeciti transnazionali si inserisce anche la decisione quadro 2002/187/GAI⁴³, istitutiva di *Eurojust*, l'Agazia europea di cooperazione giudiziaria con sede a L'Aia, successivamente modificata dall'analogo provvedimento 2009/426/GAI, volto a rafforzarne i poteri⁴⁴.

Il coordinamento delle indagini costituisce un settore di intervento privilegiato di tale organismo: invero, la decisione quadro del 2002 attribuisce sia al membro nazionale, sia al collegio il potere di sollecitare gli Stati ad «i) avviare un'indagine o azioni penali per fatti precisi; ii) accettare che uno di essi[i] sia più indicat[o] per avviare un'indagine o azioni penali per fatti precisi; iii) porre in essere un coordinamento fra di essi[i]» (artt. 6 e 7, d.q. 2002/187/GAI). Questa dinamica, denominata “ascendente”, è affiancata da

⁴⁰ Da adottare rispettivamente nel corso del 2005 e del 2007: cfr. p. 30 della Comunicazione n. 184 del 10 maggio 2005, cit.

⁴¹ Cfr. *infra*, paragrafi nn. 4 e 5.

⁴² Si rinvia alle convenzioni e decisioni quadro già citate *supra*, nota n. 17.

⁴³ Per un approfondimento del tema si rinvia ai contributi di M. PANZAVOLTA, *op. cit.*, p. 149 ss.; B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 152 ss.; F. SPIEZIA, *op. cit.*, p. 136 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell'U.E.: il ruolo dell'Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1176; M.L. DI BITONTO, *La composizione dei conflitti di giurisdizione*, cit., p. 2896 ss.; A. SUOMINEN, *The present, past and the future of Eurojust*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2008, p. 217 ss. Tale decisione quadro è stata attuata dal nostro ordinamento mediante l'emanazione della L. 14 marzo 2005, n. 41: cfr. G. DE AMICIS - G. SANTALUCIA, *L'attuazione di Eurojust nell'ordinamento italiano: prime riflessioni sulla l. 14 marzo 2005, n. 41*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 726 ss.; F. LO VOI, *Eurojust: prime riflessioni su alcuni profili ordinamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 542 ss.

⁴⁴ Per un esame di tale decisione quadro, non ancora attuata dall'Italia, si vedano G. DE AMICIS-L. SURANO, *Il rafforzamento dei poteri di Eurojust a seguito della nuova decisione 2009/426/GAI*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4453 ss.; F. SPIEZIA, *Il coordinamento giudiziario sovranazionale: problemi e prospettive alla luce della nuova decisione 2009/426/GAI che rafforza i poteri di Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1990 ss.

un'alternativa "discendente", caratterizzata dalla richiesta di assistenza da parte dell'autorità nazionale, in vista di un coordinamento delle indagini relative a crimini sovranazionali.

Priva di poteri cogenti di imposizione della giurisdizione ritenuta più indicata, *Eurojust* agisce, tuttavia, nell'ambito di intervento delineato dalla formulazione dell'art. 4 d.q. 2002/187/GAI, modificato con il citato provvedimento del 2009: la norma richiama «le forme di criminalità e i reati per i quali l'*Europol* è competente ad agire, in qualsiasi momento» (lett. a), a cui si aggiunge il riferimento ad «altri reati perpetrati in relazione alle forme di criminalità e ai reati di cui alla lettera a)» (lett. b)⁴⁵. Il secondo paragrafo prevede, poi, una competenza complementare, relativa a fattispecie diverse da quelle richiamate nel primo e attivabile su richiesta di uno Stato membro. Anche in queste ipotesi, tuttavia, il ruolo di *Eurojust* deve svolgersi «conformemente ai suoi obiettivi».

Nonostante tale apertura a possibili ulteriori spazi di intervento, l'azione dell'Agenzia europea si caratterizza, quanto al tema che occupa il presente lavoro, per un'intrinseca "limitatezza", legata allo scopo sotteso alla sua istituzione, ovvero «migliorare ulteriormente la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri, in particolare nella lotta contro le forme gravi di criminalità che sono spesso opera di organizzazioni transnazionali» (*considerandum* n. 1, d.q. 2002/187/GAI).

Come accennato poco sopra, la decisione quadro 2009/948/GAI, così come la serie di proposte e relazioni parlamentari che l'hanno preceduta, è tesa, invece, a fornire una procedura per la risoluzione dei conflitti di giurisdizione applicabile ad ogni ipotesi di concorso di pretese punitive *de eadem re*: la sua finalità non è, infatti, quella di contrastare il crimine organizzato transnazionale, ma «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 a una pronuncia definitiva in due o più Stati membri» (*considerandum* n. 3, d.q. 2009/948/GAI). Essa si prefigge, dunque, l'obiettivo di istituire uno strumento di applicazione generale, capace di operare a prescindere dalla fattispecie sostanziale al centro degli accertamenti nazionali.

⁴⁵ Con riguardo all'originaria formulazione dell'art. 4, d.q. 2002/187/GAI, che conteneva anche un'elencazione di specifiche fattispecie di reato («la criminalità informatica, la frode, la corruzione e qualsiasi altro reato che colpisca gli interessi finanziari della Comunità europea, il riciclaggio dei proventi di reato, la criminalità ambientale, la partecipazione ad un'organizzazione criminale ai sensi dell'azione comune 98/733/JAI del Consiglio, del 21 dicembre 1998, relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea»), ma con motivazioni riproponibili anche nei confronti del nuovo testo, M. PANZAVOLTA, *op. cit.*, p. 159, si esprimeva nei termini di «una perimetrazione piuttosto evanescente», evidenziando come la vaghezza dell'elencazione contenuta nell'art. 4 affidasse (e tuttora affida) ad *Eurojust* e agli organi nazionali che con essa interagiscono la delimitazione della sua sfera d'azione. In termini analoghi B. PIATTOLI, *op. cit.*, p. 156.

Nelle pagine a seguire verrà approfondito il percorso che, muovendo nell'ambito delle fonti e dei documenti programmatici appena illustrati, ha condotto all'approvazione del testo definitivo nel 2009. Peculiare attenzione sarà dedicata anche a testi e proposte che, come si vedrà, non hanno raggiunto il consenso necessario alla loro entrata in vigore. Il motivo per il quale si è ritenuto comunque utile indugiare su di essi è la volontà di evidenziare il ricorrere di determinati schemi e meccanismi che, pur destinatari di emendamenti e critiche tese a sottolinearne le carenze, sono stati volta per volta riformulati in seno all'Unione; e ciò nonostante la contemporanea proposta di validi modelli alternativi⁴⁶. Il continuo insistere su soluzioni poco soddisfacenti che, lo si vedrà, tutelano ampiamente l'autonomia e la sovranità degli Stati coinvolti a scapito dell'adozione di accordi sulla giurisdizione più indicata e, conseguentemente, dei diritti della persona destinataria delle *multiple prosecutions*, dimostra come il percorso sia tutt'altro che concluso.

4. La proposta di decisione quadro del 2003 sull'applicazione del principio del *ne bis in idem*.

Il primo impulso alla regolamentazione della materia è scaturito da una proposta di decisione quadro formulata dalla Repubblica ellenica nel 2003⁴⁷, la quale tuttavia non raggiunse il necessario consenso delle delegazioni rappresentative degli Stati membri. Concepito allo scopo di introdurre una regolamentazione europea del principio del *ne bis in idem*, da sostituire alle corrispondenti disposizioni della Convenzione di applicazione degli accordi di Schengen⁴⁸, il progetto presentava profili di novità rispetto al passato per il contenuto dell'art. 3. La norma delineava due diverse procedure, entrambe piuttosto generiche, da applicarsi rispettivamente ai casi di litispendenza in concreto, (lett. *a*), e di conflitto astratto (lett. *b*).

⁴⁶ Ci si riferisce, in particolare, alla proposta formulata dal gruppo di studiosi del *Max Planck Institute* di Friburgo nel 2003, che sarà approfondita *infra*, paragrafo n. 5.

⁴⁷ *Iniziativa della Repubblica ellenica in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio «ne bis in idem»*, in G.U.U.E., C 100 del 26 aprile 2003, p. 24 ss. Per un esame della proposta cfr. C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 265 ss.; A. MANGIARACINA, *op. cit.*, p. 640 s.; L. LUPARIA, *op. cit.*, p. 100 s.; E. CALVANESE-G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 3597 s.; 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*, Volume 1, Issue 2 (December), 2005, p. 114 s.; M. FLETCHER, *Some developments to the ne bis in idem principle in the European Union: criminal proceedings against Huseyn Gozutok and Klaus Brugge*, in *The Modern Law Review*, 2003, p. 775 ss.

⁴⁸ Il riferimento corre agli artt. 54 ss. della Convenzione adottata a Schengen il 19 giugno 1990, a cui l'Italia ha dato esecuzione con la legge 30 settembre 1993, n. 388. A tali norme sarà dedicata un'approfondita disamina nel capitolo successivo.

Nella prima ipotesi, che ricorre qualora gli Stati interessati abbiano già attivato le loro pretese punitive mediante l'instaurazione di un procedimento penale, la proposta prevedeva un meccanismo obbligatorio di composizione del contrasto, operante secondo la logica della concentrazione della giurisdizione nei confronti dell'autorità ritenuta maggiormente indicata a procedere⁴⁹. Nell'individuazione del foro a cui concedere la precedenza, gli Stati coinvolti si sarebbero dovuti orientare sulla base delle indicazioni contenute nella lettera *a*), sostanzialmente riproduttiva dei più diffusi criteri di attribuzione della competenza giurisdizionale: la preferenza avrebbe dovuto essere accordata, in ordine, allo Stato membro di commissione dell'illecito penale; a quello di cittadinanza o residenza del presunto reo; al Paese d'origine delle vittime o, infine, a quello in cui l'autore dell'illecito penale è stato trovato⁵⁰.

Al contrario, nell'evenienza di un conflitto latente nella dimensione astratta, ovvero qualora gli Stati titolari della giurisdizione *de eadem re* non abbiano ancora esercitato l'azione penale (lett. *b*), la soluzione del potenziale contrasto veniva affidata alla esclusiva volontà dei Paesi coinvolti i quali, per il tramite delle rispettive autorità competenti, avrebbero potuto – ma non necessariamente dovuto – avviare una serie di consultazioni, finalizzate a «scegliere lo Stato membro del foro a cui dare la preferenza». Nell'individuare il giudice ritenuto *mieux placé*, essi si sarebbero dovuti rifare, anche in tal caso, ai criteri appena richiamati.

La norma si concludeva con le prescrizioni da adottare nell'ipotesi di raggiungimento di un accordo sulla composizione del conflitto: i procedimenti ritenuti “soccumbenti” avrebbero dovuto essere sospesi, fino alla pronuncia di una sentenza dotata del crisma del giudicato. Se, al contrario, nel foro prescelto non si fosse addivenuti all'emanazione di un provvedimento definitivo, lo Stato membro incaricato dell'accertamento avrebbe dovuto informarne le corrispondenti autorità del Paese concorrente.

Il procedimento ora descritto presentava diversi profili problematici. Appariva, anzitutto, discutibile la scelta di rendere obbligatoria solamente la composizione del conflitto in concreto e non anche la sua prevenzione, qualora si versasse in un'ipotesi di litispendenza

⁴⁹ Secondo la proposta, in particolare, l'esercizio del potere punitivo avrebbe dovuto essere riservato allo Stato membro del foro che meglio degli altri garantisse la corretta amministrazione della giustizia. Sull'individuazione del giudice ritenuto maggiormente idoneo a procedere come strumento di soluzione dei conflitti di giurisdizione cfr. C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 213 ss.

⁵⁰ A parere di C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 275, l'elenco della lettera *a*) non aveva carattere tassativo: le autorità interessate avrebbero potuto avvalersi anche di indici ulteriori, non menzionati nella proposta, quali la preferenza per lo Stato in cui si trova il maggior numero di prove o per quello più indicato per l'esecuzione della pena.

astratta. Come correttamente osservato⁵¹, la previsione di un meccanismo meramente facoltativo di risoluzione del contrasto futuro si profilava quale passaggio del tutto inutile poiché, in caso di fallimento delle consultazioni suggerite, il contestuale procedere di più Stati membri avrebbe dovuto necessariamente essere risolto sulla base della procedura vincolante. Al contrario, imporre la designazione dello Stato più indicato a condurre l'accertamento già nella fase prodromica al conflitto concreto, ovvero, secondo la proposta ellenica, prima dell'esercizio dell'azione penale, avrebbe prodotto l'effetto di rendere superfluo ogni adempimento successivo: la risoluzione obbligata del contrasto astratto preclude, infatti, in radice il rischio di instaurazione di giudizi paralleli. Non è un caso, allora, che nella versione emendata dal Parlamento europeo la procedura di prevenzione della litispendenza avesse assunto un carattere obbligatorio per i Paesi interessati⁵².

Nella sua Risoluzione legislativa, l'organo eurounitario ha, inoltre, provveduto ad apportare alcune correzioni anche al meccanismo vincolante predisposto per le ipotesi concrete di concorso di identici accertamenti. Da un lato, precisando che i quattro criteri elencati allo scopo di guidare gli Stati nella designazione dell'autorità a cui assegnare la precedenza avrebbero dovuto essere seguiti secondo «l'ordine in cui appaiono». In tal modo esso ha vincolato la loro operatività ad un rigoroso ordine gerarchico. Dall'altro lato, introducendo una specifica previsione di sospensione dei procedimenti paralleli, destinata a perdurare fino alla risoluzione del conflitto. Quest'ultima precisazione appariva sicuramente opportuna al fine di evitare che, nelle more della composizione del contrasto, i giudizi nazionali potessero proseguire, a danno dei soggetti coinvolti e della qualità degli accertamenti stessi⁵³.

La proposta della Repubblica ellenica presentava ulteriori profili discutibili, sfuggiti anche all'intervento parlamentare. Nonostante le correzioni apportate, le due procedure delineate apparivano ancora eccessivamente scarse nel disciplinare le modalità con le quali gli Stati avrebbero dovuto comporre la litispendenza e del tutto insufficienti nel tutelare i diritti dei soggetti coinvolti.

In relazione al primo profilo, si registra, anzitutto, l'assenza di termini entro cui giungere ad un accordo. Il conflitto, pertanto, si sarebbe potuto protrarre *sine die*, con la sola

⁵¹ Il riferimento va, ancora una volta, a C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 269.

⁵² Cfr. *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sull'iniziativa della Repubblica ellenica in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio «ne bis in idem»*, pubblicata in *G.U.U.E.*, C 76 del 25 marzo 2004, p. 86 ss, che sostituisce il criticato «possono scegliere» della lettera *b*) con un preferibile (e vincolante) «scelgono». In tal modo viene esclusa qualsiasi sfumatura di facoltatività alla procedura di consultazione prevista per la composizione dei conflitti astratti di giurisdizione.

⁵³ Si vedano le considerazioni svolte nel paragrafo precedente.

attenuazione contenuta nell'emendamento parlamentare relativo alla sospensione dei procedimenti interessati. Tuttavia, se con la previsione di un'interruzione temporanea degli accertamenti, le autorità coinvolte avrebbero, con tutta probabilità, profuso maggior impegno nell'individuare il foro a cui riconoscere la preferenza, sarebbe stato maggiormente opportuno corredare i meccanismi in esame dei necessari confini temporali. Analoga lacuna si riscontrava nella fase successiva alla designazione dell'autorità incaricata di condurre il giudizio: anche la relativa disciplina soffriva dell'eccessiva genericità già evidenziata per le fasi precedenti e non forniva alcuna indicazione sul termine a disposizione dello Stato prescelto per giungere ad una pronuncia definitiva o su quello entro il quale il Paese "soccombente" avrebbe potuto riassumere il procedimento sospeso⁵⁴.

Pesava, inoltre, sull'intera procedura il silenzio serbato sui diritti della difesa. In nessuna delle fasi ora analizzate era previsto il coinvolgimento dell'accusato, che pertanto sarebbe stato destinato a subire la scelta della giurisdizione a cui riconoscere la preferenza senza poter interloquire con le autorità coinvolte nel conflitto. La totale mancanza di indicazioni a riguardo, avrebbe potuto, inoltre, legittimare la convinzione che, di quel contrasto, il presunto autore dell'illecito non dovesse nemmeno essere informato. Senza contare che l'esclusione di un contraddittorio con l'imputato avrebbe potuto danneggiare anche la qualità stessa del coordinamento delle giurisdizioni, privato di un importante canale di conoscenze utili all'individuazione del foro maggiormente indicato a procedere.

5. (segue): *La proposta di Friburgo e il libro verde del 2005 sul ne bis in idem e i conflitti di giurisdizione.*

Le carenze riscontrate nell'iniziativa della Repubblica ellenica che, come anticipato, non vide mai l'approvazione definitiva, trovarono invece una puntuale disciplina in un'interessante proposta elaborata da un gruppo di studiosi del *Max Planck Institute* di Friburgo nel 2003⁵⁵.

⁵⁴ Sul punto si vedano le osservazioni di C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 282 secondo la quale «la mancata fissazione di un limite temporale entro cui la sentenza deve essere adottata nello Stato "scelto" e dei termini entro cui gli altri Stati interessati possono o devono procedere potrebbero infatti rendere l'imputato sottoponibile a giudizio pressoché all'infinito», oltretutto minare la certezza del diritto e pregiudicare i diritti difensivi dell'accusato.

⁵⁵ A. BIEHLER – R. KNIEBÜHLER – J. LELIEUR-FISCHER – S. STEIN, *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, Iuscrim, 2003. Il documento è consultabile anche all'indirizzo web www.iuscrim.mpg.de. Per una traduzione in italiano della proposta si veda E. ZANETTI,

La prima sezione del documento, dedicata alle giurisdizioni concorrenti, delineava una procedura decisamente più dettagliata e completa rispetto a quella appena esaminata.

La composizione del conflitto muoveva da un obbligo di comunicazione posto a carico dell'autorità procedente e determinato dalla scoperta della sussistenza di un'analogia competenza *in idem*, anche solo astratta, di altro Stato membro. Si prevedeva, in particolare, che il foro contattante dovesse rendere noti gli elementi di prova raccolti sino a quel momento. L'eventuale manifestazione di interesse al comune procedimento da parte dell'autorità contattata comportava l'instaurazione di un dialogo, finalizzato ad eleggere il Paese legittimato a proseguire l'accertamento. Il conflitto avrebbe dovuto trovare soluzione sulla base dei criteri indicati nella proposta: territorio nel quale è stato commesso l'atto o in cui si sono verificati gli effetti; nazionalità-residenza o domicilio dell'indagato-imputato; nazionalità della vittima; ubicazione degli elementi di prova; luogo appropriato per l'esecuzione della sanzione; luogo dell'arresto e/o della custodia; altri interessi essenziali di uno Stato membro.

Apparentemente simile allo schema presentato dalla Repubblica ellenica, l'iniziativa di Friburgo si caratterizzava per alcuni fondamentali elementi di novità. Era, anzitutto, previsto un termine – pari a tre mesi – sia per la comunicazione dell'interesse a perseguire lo stesso illecito, sia per la composizione delle istanze punitive concorrenti. In tal modo, si obbligavano le autorità procedenti ad una sollecita risoluzione della controversia, che si sarebbe potuta protrarre per un periodo massimo di sei mesi.

La proposta assegnava, poi, un duplice ruolo, di controllo e di supplenza, alla Corte di Giustizia. Quanto al primo profilo, veniva riconosciuto all'imputato il diritto di sottoporre al giudice europeo la soluzione adottata dagli Stati membri. La disposizione non specificava in quali casi egli avrebbe potuto attivare la verifica giurisdizionale: tuttavia, l'esplicita funzione di garanzia ad essa ascrivibile conduce ad ipotizzare il ricorso alla Corte ogniqualvolta l'accordo fosse stato raggiunto in violazione dei diritti dell'accusato⁵⁶; come nel caso di designazione di un'autorità non «in grado di assicurare la migliore amministrazione della giustizia»⁵⁷ e di fronte alla quale l'imputato si sarebbe potuto difendere solamente con un notevole aggravio degli oneri a suo carico.

Giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple: una proposta da Friburgo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 374 ss. Sulla proposta cfr. anche L. LUPARIA, *op. cit.*, p. 101 s.; C. TRACOGNA, *Ne bis in idem and conflicts of jurisdiction in the european area of liberty, security and justice*, in *Lex ET scientia. Juridical Series*, 2011 (2), p. 67.

⁵⁶ Questa soluzione appare coerente con l'interpretazione autentica che i ricercatori del *Max Plank Institute* hanno fatto seguire alla proposta: cfr A. BIEHLER – R. KNIEBÜHLER – J. LELIEUR-FISCHER – S. STEIN, *op. cit.*, p. 15, i quali affermano che «§2 creates the possibility for the suspect to apply to the Court of Justice of the European Communities, if he claims that his interests have been violated».

⁵⁷ A mente del §1, punto(3), è questo lo Stato membro a cui si sarebbe dovuta accordare la preferenza.

L'intervento del giudice di Lussemburgo era previsto anche nella diversa ipotesi di fallimento delle consultazioni: in questo caso, le autorità coinvolte avrebbero dovuto sottoporre la questione alla Corte di Giustizia «per la decisione» (§3); espressione, quest'ultima, che induce ad attribuire natura vincolante al responso della Corte.

Ultimo elemento di novità era rappresentato dall'ambito di applicazione delle disposizioni ora esaminate. La proposta ne estendeva la portata anche ai casi di concorso verticale di giurisdizioni, ovvero alle ipotesi in cui all'iniziativa statale si fosse sovrapposta quella di un organo europeo⁵⁸, e viceversa.

Il progetto si concludeva, poi, con una dettagliata disciplina del principio del *ne bis in idem*, da applicarsi qualora il meccanismo di prevenzione e risoluzione del conflitto di giurisdizione non fosse riuscito a comporre le plurime istanze punitive nazionali: la preclusione, in particolare, rilevando in entrambe le sue accezioni tipiche, ovvero come divieto di doppio giudizio e di doppia sanzione, trovava una regolamentazione completa⁵⁹.

La proposta ellenica e i risultati del gruppo di lavoro di Friburgo ispirarono la successiva elaborazione, da parte della Commissione europea, di un Libro verde "sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali", presentato il 23 dicembre 2005⁶⁰.

Al pari delle precedenti iniziative, anche il nuovo documento delineava una procedura articolata in passaggi gradualmente: individuazione e informazione delle parti interessate, consultazione - discussione e, infine, composizione dei conflitti.

Secondo l'organo europeo, l'ottimale funzionamento di tale meccanismo avrebbe richiesto il previo soddisfacimento di due requisiti: l'introduzione di un sistema di scambio di informazioni relative ai procedimenti e alle decisioni adottate nelle diverse giurisdizioni - di natura possibilmente doverosa - e la facoltà, per i Paesi coinvolti nel conflitto, di rinunciare all'esercizio dell'azione penale, ove non si fossero ritenuti i più indicati a procedere. Consapevole dei problemi che questa previsione avrebbe potuto suscitare negli

⁵⁸ La definizione di «organo europeo» era rimessa al successivo §6, *lett. e*), a mente del quale «a "European organ" is any institution being part of the European Union which has competence to prosecute»

⁵⁹ Secondo L. LUPARIA, *op. cit.*, p. 102, «riassumendo [*l'intera proposta*], si potrebbe parlare di una prima fase di coordinamento, di una seconda di mutuo riconoscimento, e di una terza di scorporo algebrico *pro reo*».

⁶⁰ COM(2005) 696. Per una dettagliata disamina del contenuto del Libro verde si vedano i contributi di M. FLETCHER, *The problem of multiple criminal prosecutions*, cit., p. 41 ss.; T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, p. 637 ss.; A. MANGIARACINA, *op. cit.*, p. 642 ss.; B. PIATTOLI, *Ne bis in idem, alt ai conflitti Ue*, cit., p. 120 ss.; P. GAETA, *op. cit.*, p. 320 ss.; P. PANAYIDIES, *Conflicts of jurisdiction in criminal proceedings: analysis and possible improvements to the eu legal framework*, in *Revue internationale de droit penal*, 1/2006 (Vol. 77), p. 117 ss.; M. AGHENITEI-I. FLIMLNZEANU, *Analysis conflicts of jurisdiction in criminal proceedings to the european union legal framework*, in *AGORA Int'l J. Jurid. Sci.* cxlv.

ordinamenti in cui è lo stesso testo costituzionale ad imporre l'attivazione della pretesa punitiva senza spazi di discrezionalità, la Commissione proponeva di ritenere soddisfatto tale obbligo qualora, all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, fosse altro Stato membro ad esercitare l'azione penale⁶¹.

Rispetto alla proposta di decisione quadro formulata dalla Repubblica ellenica, il Libro verde delineava un procedimento più completo: si suggeriva l'introduzione di termini entro i quali manifestare l'interesse all'accertamento *de eadem re*⁶² e, nei casi di difficoltà nel raggiungimento di un accordo, l'operato delle autorità concorrenti veniva rimesso al coordinamento di un organismo con funzioni di mediazione, il cui intervento, decorso un determinato lasso temporale, sarebbe divenuto obbligatorio. La Commissione suggeriva di affidare questo compito ad *Eurojust*. Sul lungo termine, essa ipotizzava anche l'istituzione di un organismo europeo incaricato di adottare decisioni vincolanti nel caso di fallimento nella composizione dei conflitti⁶³.

Al meccanismo di assegnazione seguiva, poi, la proposta di introdurre uno specifico dovere di concentrazione dei procedimenti nello Stato membro «principale», secondo una regola detta «di priorità» (punto 2.4.), oltreché una lista di criteri di cui avvalersi nella scelta della giurisdizione più appropriata (punto 2.5.)⁶⁴.

Come emerge da questa breve disamina del contenuto, nel documento della Commissione il problema dei procedimenti paralleli è stato fatto oggetto di una riflessione più matura rispetto alle precedenti iniziative avviate in seno all'Unione. Tuttavia, un aspetto era ancora poco soddisfacente: la tutela dei soggetti interessati.

⁶¹ Il problema della compatibilità dei meccanismi di cessione della giurisdizione con il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale sarà oggetto di approfondimento nel paragrafo n. 11. Anticipando alcuni degli orientamenti dottrinali sul tema, si registrano osservazioni critiche sull'interpretazione dell'art. 112 Cost. proposta dalla Commissione da parte di A. MANGIARACINA, *op. cit.*, p. 642 s., la quale ricorda come anche nei Paesi che riconoscono eccezioni al principio di obbligatorietà dell'azione penale, raramente è prevista l'ipotesi di contestuale pendenza all'estero di un procedimento *in idem*. Secondo G. DE AMICIS, *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti*, cit., p. 1180, la composizione dei conflitti di giurisdizione «sembra concepibile, allo stato, unicamente in relazione agli ordinamenti ad azione penale facoltativa, risultando solo per essi concepibile una rinuncia o dismissione della potestà punitiva». *Contra* B. PIATTOLI, *Ne bis in idem, alt ai conflitti Ue*, cit., p. 121, secondo la quale «il rispetto di quel principio non pare costituire un ostacolo insormontabile».

⁶² Rispetto alla proposta di Friburgo, tuttavia, il Libro verde ammetteva la possibilità di manifestazioni di interesse al procedimento *de eadem re* anche oltre il termine previsto, in ipotesi eccezionali non meglio specificate.

⁶³ Un'analogha previsione era contenuta nel *Corpus Juris* del 2000, il quale assegna alla Corte di Giustizia la «scelta della giurisdizione del dibattimento»: cfr. artt. 26 e 28, per un commento ai quali si rinvia a E. BACIGALUPO, «Diritto penale transnazionale» e conflitti di giurisdizione nel *Corpus juris 2000 e nella decisione quadro in relazione al diritto dell'ambiente*, in Aa. Vv., *La giustizia penale nella Convenzione*, a cura di F. Ruggeri, Milano, 2003, p. 213 ss.

⁶⁴ La Commissione suggerisce «criteri quali la territorialità, criteri relativi all'indagato o all'imputato, agli interessi delle vittime, agli interessi dello Stato, nonché alcuni altri criteri relativi all'efficacia e alla celerità del procedimento»: cfr. il punto 2.5.

Maggiormente preoccupato per la conservazione del segreto istruttorio, potenzialmente scalfibile dal coinvolgimento delle parti private, il Libro verde rimetteva la valutazione dei possibili pregiudizi alle autorità competenti. La partecipazione della difesa e della vittima non venivano pertanto garantite durante tutta la fase preprocessuale. Allo stesso modo, ad esse non veniva assicurato nemmeno il diritto ad un controllo successivo, al contrario di quanto proposto dal gruppo di lavoro del *Max Planck Institute*: la verifica della correttezza della soluzione adottata era surrogata dalla possibilità, riservata al giudice investito della giurisdizione, di disconoscere la sua competenza, ma solamente nei casi di violazione dei principi di ragionevolezza e del processo equo (punto 2.3.)⁶⁵. L'unica eccezione era prevista nelle ipotesi di conclusione di accordi vincolanti, ma esclusivamente per il fatto che questa tipologia di intese avrebbe comportato limitazioni alla «possibilità [*per gli*] Stati membri coinvolti di contestare l'attribuzione della giurisdizione in un momento successivo».

6. La (deludente) soluzione offerta dalla decisione quadro 2009/948/GAI.

Il 30 novembre 2009 il Consiglio dell'Unione europea ha, infine, approvato la decisione quadro 2009/948/GAI «sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali»⁶⁶. La data è particolarmente significativa, poiché proprio il giorno successivo è entrato in vigore il Trattato di Lisbona. La decisione quadro si situa dunque tra gli ultimi atti del terzo pilastro e la sua base giuridica è da rinvenirsi ancora negli artt. 31, §1, lett. c) e d) e 34, §2, lett. b) TUE⁶⁷.

⁶⁵ Secondo G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 1180, il mancato coinvolgimento della difesa costringerebbe l'imputato «a difendersi da un'accusa promossa nei [suoi] confronti dinanzi ad una giurisdizione nazionale, anziché ad un'altra, senza aver potuto interloquire sulla congruità del criterio di collegamento prescelto e nella totale carenza di un controllo giurisdizionale sovranazionale effettuato *ex ante*». Sul punto si veda anche T. RAFARACI, *op. cit.*, p. 639 s., il quale ritiene necessaria la previsione di un controllo giurisdizionale attivato su istanza degli interessati almeno nei casi di conclusione di accordi vincolanti.

⁶⁶ Pubblicata in *G.U.U.E.*, L 328 del 15 dicembre 2009, p. 42 ss. Per un esame della decisione quadro si vedano i contributi di E. CALVANESE-G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 3599 ss.; T. RAFARACI, *Le misure contro i procedimenti penali "paralleli" nella decisione-quadro 2009/948/GAI*, in *Aa. Vv., Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di P. Corso - E. Zanetti, vol. II, La Tribuna, Piacenza, 2010, p. 513 ss.; C. TRACOGNA, *op. cit.*, p. 69 ss.; M. LUCHTMAN, *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, in *Utrecht L. Rev.*, 2011, 7, p. 79 s.; L. LUPARIA, *op. cit.*, p. 104 ss.

⁶⁷ Sul punto si segnala che il Parlamento europeo, nella *Risoluzione legislativa dell'8 ottobre 2009 sull'iniziativa della Repubblica ceca, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia, della Repubblica slovacca e del Regno di Svezia ai fini dell'adozione di una decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali*, pubblicata in *G.U.U.E.* del 26 agosto 2010, C 230, p. 15 chiese al Consiglio di «non adottare formalmente l'iniziativa prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona onde consentire che l'atto finale sia adottato garantendo il pieno esercizio del ruolo e della funzione di controllo della Corte di giustizia delle Comunità europee, della Commissione e del Parlamento (Protocollo al trattato di Lisbona sulle disposizioni transitorie)».

Anticipato da una proposta presentata da Repubblica ceca, Repubblica di Polonia, Repubblica di Slovenia, Repubblica slovacca e Regno di Svezia⁶⁸, il testo definitivo si rivela poco ambizioso, dichiaratamente teso com'è ad istituire un sistema non vincolante e di carattere residuale. Molte delle auspicabili previsioni contenute nell'iniziativa del gennaio 2009 sono, inoltre, state spostate dal corpo dell'articolato ai *consideranda* che lo anticipano, rinunciando in tal modo al loro carattere precettivo.

Obiettivo della decisione quadro è quello di instaurare una più intensa cooperazione tra gli Stati membri al fine di prevenire o, qualora ciò non sia possibile, porre un rimedio alle conseguenze negative derivanti dal parallelo sviluppo di più procedimenti penali *de eadem re* a carico della stessa persona (art. 1). Al pari dei progetti che l'hanno preceduta, essa si fonda, pertanto, su una stretta correlazione con il principio del *ne bis in idem*. Nel testo del 2009, tuttavia, il divieto di doppio processo rimane sullo sfondo: la sua regolamentazione non rientra nelle finalità della decisione quadro, come è dato desumere dall'esplicito richiamo che il *considerandum* n. 3 opera all'art. 54 della Convenzione di Applicazione degli Accordi di Schengen, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia⁶⁹.

L'intera iniziativa è dunque dedicata al fenomeno della litispendenza, definita come quella situazione «in cui la stessa persona è oggetto, in relazione agli stessi fatti, di procedimenti penali paralleli in Stati membri diversi, che potrebbero dar luogo a una pronuncia definitiva in due o più Stati membri»⁷⁰.

Già nell'enunciare i propri obiettivi la decisione quadro tradisce una certa imprecisione, nel momento in cui fa propria la finalità di *prevenire* la sovrapposizione di identiche iniziative giurisdizionali⁷¹: a ben vedere, infatti, nessuna delle disposizioni introdotte fornisce strumenti volti a scongiurare l'instaurazione di giudizi concorrenti. Al contrario, le procedure di contatto e consultazione ivi delineate presuppongono tutte la sussistenza di

⁶⁸ Cfr. G.U.U.E., C 39 del 18 febbraio 2009, p. 2 ss. Per un commento a tale iniziativa si vedano C. AMALFITANO, *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale nell'Unione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1293 ss.; S. CATALANO, *Appunti a margine di una proposta di decisione quadro sui conflitti di giurisdizione*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 425 ss.; S. PEERS, *The proposed Framework Decision on conflict of jurisdiction in criminal proceedings: manipulating the right to a fair trial?*, in <http://www.statewhac.org/analyses/no-76-conflict-of-jurisdiction.pdf>.

⁶⁹ Secondo P. GAETA, *op. cit.*, p. 323 «for the first time the principle is correctly relegated to the background, and a logical order is re-established that, despite clear evidence in its favour, went neglected for a long time». Alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'art. 54 CAAS saranno dedicati i capitoli III e IV.

⁷⁰ Cfr. il *considerandum* n. 3. Come hanno osservato E. CALVANESE-G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 3599, non vengono, pertanto, prese in considerazione le ipotesi di contestuale pendenza di più procedimenti relativi ai medesimi fatti, ma instaurati nei confronti di soggetti diversi.

⁷¹ Un'analoga inesattezza caratterizzava anche la proposta di decisione quadro del gennaio 2009: nonostante fosse dedicata «alla prevenzione e alla risoluzione dei conflitti di giurisdizione nei procedimenti penali», essa conteneva esclusivamente disposizioni volte a comporre iniziative parallele già instaurate. Sul punto si rinvia a C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 1294, nota n. 11.

un conflitto in corso, sia esso già noto (art. 2., par. 1, lett. b) o meno (art. 2., par. 1, lett. a) alle autorità coinvolte⁷².

Quanto al contenuto, la composizione delle iniziative parallele è rimessa ad un obbligo di metodo⁷³, a cui non fa, tuttavia, seguito il dovere di giungere ad un risultato: in presenza dei presupposti di cui ora si dirà, gli Stati coinvolti sono tenuti solamente a reciproci contatti e scambi di informazioni. Il consenso ad una soluzione condivisa non è un risultato garantito. La procedura prescritta risulta, inoltre, viziata da molteplici lacune ed omissioni che finiscono per assegnare un'ampia discrezionalità agli organi interessati, destinata ad incidere negativamente sull'efficacia del meccanismo risolutivo del conflitto di giurisdizione.

Di quanto appena affermato si trova un significativo esempio nelle note d'apertura: a determinare l'avvio della prima fase, detta «procedura di contatto», è il sorgere di fondati motivi, in capo all'autorità procedente, circa la contestuale pendenza di un «procedimento parallelo» condotto da altro Paese membro. La decisione quadro ha cura di definirne il contenuto: l'accertamento, sia esso alla fase preliminare o in quella processuale, avente ad oggetto «gli stessi fatti in cui è implicata la stessa persona» (art. 3, lett. a); tuttavia, essa trascurava di precisare l'aspetto più rilevante, ovvero cosa debba intendersi per *idem factum*⁷⁴.

Il silenzio serbato sul punto non è irrilevante: la medesimezza dell'oggetto dei giudizi concorrenti è ciò che vale a determinare l'obbligo di avvio delle procedure di contatto e consultazione. È di tutta evidenza come il difetto di riferimenti normativi certi sul significato da attribuire al concetto in parola potrebbe costituire un comodo espediente a disposizione degli Stati coinvolti nel conflitto per negarne l'esistenza ed eludere le procedure obbligate di contatto e consultazione nei casi più controversi e di maggior complessità.

La mancanza appare, poi, ancor più grave alla luce delle plurime decisioni della Corte di Giustizia, richiesta più volte di pronunciarsi sul significato del requisito dell'*idem factum* presupposto dall'art. 54 della Convenzione di Applicazione degli Accordi di Schengen ai

⁷² Sono esclusi dal raggio di applicazione della decisione quadro i conflitti sorti nell'ambito dei procedimenti di cui agli artt. 5 e 13 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, relativo all'applicazione delle regole di concorrenza ex artt. 81 e 82 TUE: cfr. art. 2, par. 2 della decisione quadro.

⁷³ Secondo E. CALVANESE-G. DE AMICIS, *loc. cit.*, in ciò risiederebbe il «valore aggiunto della decisione quadro».

⁷⁴ Rilevano l'omissione anche P. GAETA, *op. cit.*, p. 327; C. TRACOGNA, *op. cit.*, p. 70 e, in relazione alla proposta di decisione quadro del gennaio 2009, ugualmente lacunosa sul punto, C. AMALFITANO, *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, cit., p. 1298.

fini dell'opponibilità del divieto di doppio giudizio⁷⁵. Il *case law* del giudice di Lussemburgo dimostra, invero, come la definizione normativa di «stessi fatti» rappresenti un'esigenza primaria per la regolamentazione del principio del *ne bis in idem* e, in un'ottica di prevenzione, della litispendenza, non essendo affatto scontato il significato da attribuirvi.

In assenza di indicazioni da parte del legislatore europeo, la soluzione più appropriata è senz'altro quella di ricorrere all'elaborazione della Corte di Giustizia e intendere soddisfatto il presupposto dell'identità di oggetto qualora i plurimi accertamenti riguardino «l'esistenza di un insieme di fatti inscindibilmente collegati tra loro, indipendentemente dalla qualificazione giuridica di tali fatti o dall'interesse giuridico tutelato»⁷⁶; ciò, oltre che per la condivisibile impostazione naturalistica adottata dal giudice di Lussemburgo, anche per il prevedibile esito a cui condurrebbe un rinvio pregiudiziale, volto a precisare la corretta interpretazione della decisione quadro in ordine al presupposto in questione.

Le indicazioni offerte dal testo in esame circa l'avvio della procedura di composizione del conflitto appaiono incomplete anche sotto un altro profilo. Si è detto, poco sopra, che ciò che dovrebbe spingere l'autorità competente di uno Stato membro a contattare la sua omologa straniera è il sorgere di «fondati motivi» in ordine alla parallela celebrazione di un identico accertamento processuale. L'art. 5 non precisa il contenuto di questo “*fumus di litispendenza*”; tuttavia, appare verosimile che esso derivi dalla presenza di elementi di transnazionalità nella vicenda oggetto delle indagini o dei giudizi nazionali oppure dalla notizia, ricevuta in altro modo, dell'esistenza di un procedimento *de eadem re et persona*: ciò potrebbe verificarsi qualora fosse lo stesso imputato ad eccepire la litispendenza o nel caso in cui l'organo procedente ricevesse una richiesta di assistenza giudiziaria per l'accertamento degli stessi fatti (*considerandum* n. 5).

⁷⁵ Le pronunce della Corte di Giustizia sul requisito dell'*idem factum* saranno oggetto di un'approfondita trattazione nel capitolo III, al quale si rimanda anche per gli opportuni richiami bibliografici.

⁷⁶ Si vedano le sentenze 9 marzo 2006, *Van Esbroeck*, C-436/04, in *Raccolta*, p. I-2333; 28 settembre 2006, *Van Straaten*, C-150/05 *ivi*, p. I-9327; 18 luglio 2007, *Kretzinger*, C-288/05, *ivi*, p. I-6441; 18 luglio 2007, *Kraaijenbrink*, C-367/05, *ivi*, p. I-6619. Condivide questa soluzione anche C. AMALFITANO, *loc. ult. cit.* L'autrice propone, inoltre, di cogliere lo spunto offerto dall'art. 1 della proposta di decisione quadro della Repubblica ellenica del 2003 «come migliorata nelle versioni del progetto riformulate dalle competenti delegazioni degli Stati membri in seno al Consiglio...[secondo cui] per *idem* deve più correttamente intendersi lo stesso o sostanzialmente identico fatto perseguito contestualmente in due (o più) Stati membri». Il progetto ellenico, inoltre, adottava una nozione ampia di illecito penale, comprensiva degli «atti considerati illeciti amministrativi o infrazioni a regolamenti punibili da un'autorità amministrativa con una pena pecuniaria, conformemente alla legislazione nazionale di ciascuno Stato membro, a condizione che rientrino nella giurisdizione dell'autorità amministrativa e che l'interessato abbia la possibilità di adire un tribunale penale» (art. 1).

Sul punto la decisione quadro differisce dalla proposta che l'ha preceduta, la quale legava l'obbligo di prendere contatti con le altre autorità procedenti *in idem* alla constatazione di una connessione significativa tra i fatti alla base del procedimento e uno o più Stati membri. Opportunamente venivano, poi, precisate le circostanze in presenza delle quali il legame con altro Paese avrebbe dovuto ritenersi sempre sussistente, così da ridurre notevolmente il grado di soggettività nella valutazione del presupposto in parola⁷⁷. Al contrario, la scelta compiuta all'atto di approvazione del testo definitivo si connota di un inevitabile apprezzamento discrezionale, che potrebbe sfuggire alle opportune verifiche: non è, infatti, quantificabile il grado di fondatezza a partire dal quale le autorità competenti devono ritenersi obbligate agli adempimenti di cui agli artt. 5 ss.⁷⁸. Inoltre, il novero dei criteri di collegamento tra il fatto illecito e le possibili giurisdizioni competenti non figura più nell'articolato entrato in vigore. Se ne trova un accenno, di carattere dichiaratamente esemplificativo, nel *considerandum* n. 9, ma al solo scopo di guidare gli Stati nell'individuare una soluzione che ponga fine al contrasto⁷⁹.

Raggiunta dal dubbio alla base dei «fondati motivi», l'autorità competente perde ogni margine di discrezionalità e diviene destinataria di uno specifico obbligo di richiedere conferme allo Stato membro concorrente, il cui contenuto è regolato all'art. 8⁸⁰. Analogo

⁷⁷ Secondo la soluzione adottata dalla proposta del gennaio 2009, «una connessione è sempre considerata “significativa” se la condotta che ha dato origine al reato ha o una sua parte essenziale è stata posta in essere sul territorio di un altro Stato membro» (art. 6, par. 1); il par. 2 della disposizione ora richiamata, apriva poi ad ulteriori interpretazioni del requisito in parola, consentite al ricorrere di uno degli altri criteri di attribuzione della giurisdizione, enucleati all'art. 15, par. 2 (quali, ad esempio, il luogo in cui si trovano l'imputato o gli imputati dopo il loro arresto e la possibilità di assicurarne la consegna o l'extradizione nelle altre giurisdizioni possibili; cittadinanza o residenza degli imputati; territorio di uno Stato in cui è stata subita la maggior parte dei danni; luogo in cui si trovano elementi probatori importanti; ecc.).

⁷⁸ Formula osservazioni critiche sul mancato inserimento nella versione definitiva del presupposto della connessione significativa C. TRACOGNA, *op. cit.*, p. 70, secondo la quale il sistema in vigore non consente di effettuare un controllo sulla necessità o meno di avviare la procedura di contatto.

⁷⁹ Dopo aver richiamato le linee guida per il coordinamento delle indagini, formulate da *Eurojust* nel rapporto annuale del 2003, il considerando n. 9 prosegue invitando gli Stati membri a «tenere in conto, per esempio, il luogo in cui si è verificato prevalentemente il fatto costituente reato, il luogo in cui si è subita la maggior parte dei danni, il luogo in cui si trova l'indagato o l'imputato e la possibilità di assicurare la sua consegna o estradizione in altre giurisdizioni, la cittadinanza o la residenza dell'indagato o dell'imputato, gli interessi rilevanti dell'indagato o dell'imputato, gli interessi rilevanti delle vittime e dei testimoni, l'ammissibilità degli elementi probatori o possibili ritardi». Nel testo definitivo sono pertanto stati disattesi i suggerimenti formulati nella già richiamata *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo dell'8 ottobre 2009*. Si veda, in particolare, l'emendamento n. 13, nel quale si manifestava l'opportunità di mantenere nel corpo dell'art. 11 un elenco di criteri di collegamento tra il fatto illecito e le possibili giurisdizioni competenti.

⁸⁰ L'autorità contattante deve, in particolare, indicare (a) l'autorità competente; (b) i fatti e le circostanze oggetto del procedimento penale in questione; (c) tutti gli elementi relativi all'identità dell'indagato e, qualora ve ne siano, delle vittime; (d) la fase in cui si trova il procedimento; (e) l'eventuale stato di restrizione in cui versa l'accusato. Il par. 2 consente, inoltre, di fornire ogni altra informazione pertinente all'accertamento, «per esempio su eventuali difficoltà incontrate».

dovere sorge nei confronti dell'organo contattato, il quale è tenuto a fornire i dettagli relativi all'eventuale accertamento *de eadem re* in corso⁸¹.

La determinazione dell'arco temporale entro il quale deve articolarsi questo preliminare scambio di informazioni è, tuttavia, rimessa alla discrezionalità delle autorità coinvolte: è quella che assume l'iniziativa a definire il termine a disposizione della sua omologa straniera per confermare l'esistenza o meno di un procedimento *in idem*. L'art. 6 richiede soltanto che esso sia «ragionevole». Sebbene tale qualifica orienti l'interprete ad un'esegesi ispirata ad esigenze di celerità, di fatto nessun limite è imposto. Oltretutto, quello della ragionevolezza non è un parametro assoluto; al contrario, la sua portata varia in relazione alle vicende del concreto in cui è calato. Analoghe considerazioni accompagnano le prescrizioni da seguire qualora nella richiesta di informazioni non sia specificata alcuna scadenza: in tale ipotesi la comunicazione dovrà comunque avvenire «senza indebito ritardo» nei casi ordinari; «con urgenza», invece, allorché l'imputato sia sottoposto ad una misura privativa della libertà personale (art. 6, par. 1).

Peraltro, l'organo che riceve la richiesta non è nemmeno vincolato ad un rigido rispetto della data stabilita: se non riesce ad adempiere in tempo gli è richiesto soltanto di indicare il nuovo termine – che, in tal caso, non deve nemmeno essere ragionevole – unitamente alle ragioni che non gli hanno consentito di rispettare quello originario. A differenza della proposta, la decisione quadro non regolamenta l'ipotesi di mancata risposta⁸².

La libertà lasciata sul punto agli Stati interessati appare, ancora una volta, poco opportuna⁸³: il rapido esaurirsi della procedura avrebbe dovuto costituire uno degli aspetti a cui dedicare la massima attenzione, in considerazione dei già richiamati risvolti negativi della litispendenza. Ed, invero, la proposta di decisione quadro prevedeva una rigida scansione temporale di quindici giorni, ulteriormente prorogabili di un identico periodo⁸⁴. L'inadeguatezza della disciplina in esame è, inoltre, testimoniata dalla Risoluzione legislativa del Parlamento europeo dell'8 ottobre 2009 che, all'emendamento n. 10, suggeriva di modificare l'art. 6, assegnando un termine di trenta giorni per la

⁸¹ L'art. 9 prevede che la risposta debba specificare (a) «se è in corso o si è svolto un procedimento penale per alcuni o tutti i medesimi fatti oggetto del procedimento penale di cui alla richiesta di informazioni presentata dall'autorità contattante e se è implicata la stessa persona», a cui seguono – in caso di risposta affermativa – (b) «gli estremi dell'autorità competente» e (c) «la fase in cui si trova il procedimento o, ove sia stata adottata una decisione finale, la natura di tale decisione finale». Analogamente all'art. 8, anche l'art. 9, par. 2 prevede la possibilità di fornire ulteriori informazioni ritenute rilevanti, «in particolare su eventuali fatti connessi oggetto del procedimento penale in detto Stato».

⁸² L'art. 10 della proposta, rubricato «assenza di risposta», prevedeva la possibilità di segnalare ad *Eurojust* la mancata comunicazione delle notizie richieste, adottando qualsiasi misura ritenuta appropriata ad informarlo.

⁸³ Formulano osservazioni critiche a riguardo anche T. RAFARACI, *loc. ult. cit.*; C. TRACOGNA, *loc. ult. cit.*

⁸⁴ Così all'art. 10 della proposta del gennaio 2009.

risposta alla richiesta di informazioni, nell'ipotesi in cui l'autorità contattante non fornisca indicazioni a riguardo. Nonostante anche tale versione riconoscesse un'ampia autonomia agli organi incaricati di gestire il conflitto, essa sarebbe stata comunque in grado di fornire un appiglio normativo di cui avvalersi per contenere la discrezionalità nella quantificazione dei termini: il suggerimento del Parlamento avrebbe, infatti, costituito un sicuro referente, seppur di natura non vincolante, del criterio della ragionevolezza, rappresentandone la concretizzazione legislativa.

La procedura ora delineata non trova, invece, applicazione ogniqualvolta le autorità che conducono gli accertamenti *in idem* siano già state informate «mediante qualsiasi altro mezzo» (art. 5, par. 3).

Le critiche sin qui mosse nei confronti delle scelte operate all'atto di redazione del testo definitivo non possono che riproporsi con maggior vigore allorché si prosegue nell'analisi dei passaggi successivi delineati dalla decisione quadro.

Qualora dalla procedura di contatto, oppure mediante altro mezzo, emerga l'effettiva sussistenza di accertamenti penali concorrenti, gli Stati coinvolti hanno l'obbligo di avviare la seconda fase, ovvero le c.d. «consultazioni dirette». Scopo di questo ulteriore passaggio è quello di «pervenire ad un consenso su una soluzione efficace volta ad evitare le conseguenze negative derivanti da tali procedimenti paralleli» (art. 10, par. 1).

Se nel corso della procedura di contatto la determinazione della relativa durata viene rimessa, come appena visto, alla discrezionalità delle autorità coinvolte, in questa fase successiva la disciplina di riferimento è stata totalmente omessa dal legislatore europeo: l'art. 10 non contiene, infatti, alcun limite temporale, né assegna l'onere di stabilirlo agli organi interessati. Svincolati persino dalle formule ben poco stringenti che guidano l'iniziale scambio di informazioni, i Paesi concorrenti operano quindi senza termini da rispettare. Anche su questo punto gli emendamenti proposti dal Parlamento sono caduti nel vuoto: nella già citata risoluzione del 2009, l'istituzione europea suggeriva di prescrivere l'avvio delle consultazioni dirette «senza indebito ritardo», ricorrendo ancora una volta ad un parametro poco tassativo, ma quantomeno chiaro nell'imporre una soluzione orientata alla celerità⁸⁵. L'esigenza di comporre il conflitto in tempi brevi era, poi, ancor più accentuata nei casi di imputati sottoposti ad una misura restrittiva della

⁸⁵ Si veda l'emendamento n. 12 della *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo dell'8 ottobre 2009*, cit.

libertà personale, così da sacrificare il meno possibile i diritti dell'accusato prima dell'adozione di un provvedimento definitivo⁸⁶.

L'attività degli Stati in questa seconda fase della composizione del conflitto risulta, inoltre, scarsamente controllabile anche sotto il profilo della completezza delle informazioni oggetto di reciproca trasmissione: la decisione quadro invita le autorità interessate ad esaminare i fatti e il merito della questione, oltre ad ogni altro elemento ritenuto pertinente (art. 11), e a scambiarsi informazioni sui provvedimenti adottati che ritengono importanti (art. 10, par. 2)⁸⁷. L'adempimento, pertanto, ha una portata limitata ad alcuni soltanto degli atti compiuti nell'accertamento interno. Anche in relazione a questo aspetto sarebbe stata preferibile la diversa impostazione seguita dalla proposta del febbraio 2009, che estendeva l'obbligo di informazione a «tutti i provvedimenti procedurali adottati dopo l'avvio delle consultazioni» (art. 13). La valutazione circa l'importanza dell'atto si caratterizza, infatti, di un'inevitabile discrezionalità, che potrebbe condurre a considerazioni differenti all'interno dei molteplici Stati coinvolti.

Inoltre, il dovere di rispondere alle richieste altrui non è assoluto: esso trova, infatti, un temperamento nella previsione di cui all'art. 10, par. 3, che lo limita ai casi in cui «sia ragionevolmente possibile». La precisazione pare orientata a riconoscere un margine di discrezionalità nell'individuazione di quelle notizie da mantenere segrete, in quanto la loro diffusione potrebbe comportare un *vulnus* all'accertamento interno. Un'esplicita tutela è, invece, riservata agli interessi nazionali essenziali in materia di sicurezza e all'incolumità delle persone: qualora la divulgazione dei dettagli richiesti sia suscettibile di arrecare un pregiudizio a tali valori, l'autorità competente può ometterne la comunicazione.

Come anticipato, il novero dei doveri facenti capo agli Stati membri si esaurisce qui: la decisione quadro non impone alcun obbligo di risultato⁸⁸. Essa prevede soltanto, per l'ipotesi di mancato raggiungimento di un accordo, la possibilità di sottoporre – «se del caso» – la decisione ad *Eurojust*, ma pur sempre nei limiti della sua competenza per materia (art. 12, par. 2). Al contrario, se un'intesa viene concordata, mediante la

⁸⁶ L'emendamento n. 12 prevedeva, infatti, l'aggiunta di un ultimo periodo all'art. 10, par. 1, che recitava come segue: «Nei casi in cui l'indagato o imputato è sottoposto a trattenimento preventivo o custodia cautelare, le consultazioni dirette sono volte a raggiungere con urgenza un consenso».

⁸⁷ Una diversa impostazione caratterizzava la proposta di decisione quadro, la quale estendeva l'obbligo di informazione a «tutti i provvedimenti procedurali adottati dopo l'avvio delle consultazioni» (art. 13).

⁸⁸ Efficacemente P. GAETA, *op. cit.*, p. 325 osserva come «As in a movie of the best neorealistic kind, the Framework Decision has a corresponding conclusion: it ends in the thick of it».

concentrazione dei procedimenti paralleli in un unico foro, l'organo designato dovrà informare le autorità concorrenti dei risultati dell'accertamento (art. 13).

7. (segue): *inadeguatezza del modello europeo di composizione dei conflitti di giurisdizione.*

Come emerso dall'analisi compiuta nel paragrafo precedente, sono molti gli aspetti critici che caratterizzano la decisione quadro 2009/948/GAI; tanto da ritenere che essa possa costituire solo il primo di una serie di interventi dell'Unione volti a delineare un effettivo sistema di prevenzione e risoluzione dei contrasti originati dall'instaurarsi di accertamenti penali paralleli⁸⁹. Rispetto alla proposta presentata nel gennaio del 2009, il testo entrato in vigore sembra scontare le conseguenze di un'approvazione frettolosa e rinunciataria di quegli opportuni interventi correttivi che avrebbero, con tutta probabilità, richiesto un impegno notevole al fine di superare la consueta ritrosia degli Stati alle richieste di abdicazione della propria sovranità⁹⁰.

La debolezza della soluzione offerta dalla decisione quadro emerge a chiare lettere, oltre che dalla lacunosa procedura approfondita nelle pagine che precedono, anche dai principi enunciati nei *consideranda* che la anticipano; così, ad esempio, ove si afferma che «Nessuno Stato membro dovrebbe essere obbligato a rinunciare o a esercitare la competenza giurisdizionale contro la sua volontà» (considerando n. 11). Il sistema delineato si caratterizza, dunque, per un'intrinseca vocazione non vincolante, rimarcata nel preambolo quasi a scongiurare interpretazioni distorsive della procedura prescritta. Tutelate dal rischio di subire l'imposizione di azioni o inerzie, le autorità coinvolte sono destinatarie del solo obbligo di provare a comporre il conflitto. Nessun rimedio per il fallimento, se non quello estremo – e già esistente – del *ne bis in idem*: qualora i contatti e le consultazioni non conducano all'esito sperato, ovvero alla prevalenza di una giurisdizione sulle altre, i procedimenti proseguiranno in parallelo, fino a che in uno di

⁸⁹ Secondo T. RAFARACI, *Le misure contro i procedimenti penali "paralleli"*, cit., p. 526, la procedura delineata dalla decisione quadro si presenta come uno «strumento troppo scarno e sproporzionatamente "leggero" rispetto all'entità dei problemi che coinvolge, sicché viene spontaneo pensare che verso futuri luoghi e future sedi sia a ben vedere slittato il tavolo della partita decisiva per la soluzione più robusta delle spinose questioni che si pongono in tema di *multiple prosecutions*». Della stessa opinione è C. TRACOGNA, *op. cit.*, p. 71.

⁹⁰ Sul dibattito successivo alla presentazione della proposta di decisione quadro si veda *Eucrim*, 2009, f. 1-2, p. 12 ss.

essi non si giunga alla pronuncia di una sentenza definitiva e, pertanto, preclusiva dell'ulteriore incidere *de eadem re*⁹¹.

A confermare lo scarso livello di cogenza derivante dal meccanismo in parola provvede anche il secondo periodo del *considerandum* in esame⁹²: nel consentire la prosecuzione degli accertamenti interni anche nelle more della composizione del contrasto, esso rende attuali le critiche già mosse alla proposta di decisione quadro formulata dalla Repubblica Ellenica nel 2003 e rilevate anche nella risoluzione del Parlamento⁹³. Senza un'espressa previsione di sospensione dei giudizi alla base del conflitto, le ripercussioni negative della litispendenza sono destinate a protrarsi a danno dei soggetti coinvolti, della qualità dei procedimenti e dell'economia complessiva. Oltretutto, come già illustrato, nell'assenza di effetti immediati sul piano interno si annida anche il rischio di un più pronunciato disinteresse degli Stati membri all'individuazione di una soluzione appropriata.

Alla natura non vincolante della procedura delineata dalla decisione quadro 2009/948/GAI si aggiunge, poi, il carattere eminentemente residuale dello strumento di composizione da essa approntato. Il legislatore europeo ha cura di ribadirlo più volte: le norme sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti tra le giurisdizioni non sostituiscono la Convenzione sul trasferimento dei procedimenti penali del 1972⁹⁴ e gli eventuali ulteriori accordi analoghi (considerando n. 15); non devono comportare «un inutile onere amministrativo» qualora gli Stati membri dispongano di soluzioni maggiormente adatte e flessibili (considerando n. 16); sono complementari e non pregiudicano la decisione istitutiva di *Eurojust* (art. 12); non sono di ostacolo all'applicazione di accordi o intese bilaterali o multilaterali, siano essi già vigenti oppure di futura approvazione (art. 15).

La decisione rinuncia, insomma, a porsi quale reale strumento di autentica innovazione. Circostanza, quest'ultima, che mal si adatta ad un testo congeniato allo scopo di fornire una risposta effettiva al problema da risolvere e che palesa la consapevolezza circa la possibilità di soluzioni migliori.

⁹¹ Avvalendosi ancora delle parole di P. GAETA, *loc. ult. cit.*, «the normative document leaves expose just the area that needed normative discipline: that is the statement of criteria for the determination of the best jurisdiction and the minimum hypothesis for a solution beyond assent in case of persistence of the conflict».

⁹² Il secondo periodo del considerando n. 11 recita come segue: «Finché non sia raggiunto un consenso sulla concentrazione dei procedimenti penali, le autorità competenti degli Stati membri dovrebbero poter proseguire un procedimento penale per qualsiasi reato che rientri nella loro giurisdizionale».

⁹³ Si veda *supra*, paragrafo n. 4.

⁹⁴ Convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali del 15 maggio 1972, entrata in vigore il 30 marzo 1978. L'Italia, nonostante la sottoscrizione avvenuta il 26 maggio 2000, non ha ancora provveduto a ratificarla.

Ma le critiche non si arrestano qui: un altro aspetto deludente è, infatti, quello relativo all'individuazione dell'esito a cui dovrebbe tendere la composizione del conflitto⁹⁵. La decisione quadro si limita ad invitare le autorità competenti alla ricerca di «una soluzione efficace volta ad evitare le conseguenze negative derivanti da procedimenti penali paralleli»⁹⁶, indicando quali possibili provvedimenti conclusivi – ma solamente a titolo di suggerimento – la «concentrazione dei procedimenti penali in un unico Stato membro» oppure «qualsiasi altra azione che consenta un'efficiente e ragionevole gestione di tali procedimenti», come il ricorso ad *Eurojust*.

Ancora una volta le disposizioni entrate in vigore hanno perso la pregnanza e la maggior precisione che connotavano la proposta di decisione quadro. Quest'ultima, infatti, affermava a chiare lettere che lo scopo della composizione del conflitto era quello di eleggere una giurisdizione che, più delle altre, apparisse idonea a compiere l'accertamento processuale⁹⁷. Nell'approvazione del testo definitivo, il legislatore europeo ha assunto, invece, un atteggiamento ambiguo: egli, infatti, inizialmente opta per una nozione volutamente vaga, rinunciando così ad esprimere un'opinione sulla conclusione maggiormente auspicabile per estinguere il conflitto⁹⁸; salvo, poi, abbandonarsi ad espliciti riferimenti alla «concentrazione dei procedimenti penali in un unico Stato membro», quale naturale forma di composizione del contrasto⁹⁹. Come è stato osservato, nella scelta compiuta dalla decisione quadro sembra potersi leggere la volontà di non «affrontare l'aspetto saliente, ma anche maggiormente spinoso, della questione che aveva fatto naufragare le precedenti iniziative»¹⁰⁰. Pur apparendo pressoché scontato che il problema dei procedimenti penali paralleli debba essere risolto mediante l'elezione di un foro a cui riconoscere la precedenza a “discapito” degli altri¹⁰¹, gli Stati membri sono

⁹⁵ Evidenziano tale lacuna E. CALVANESE-G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 3600.

⁹⁶ La formula viene ripetuta in più punti della decisione quadro: *consideranda* nn. 4, 9; art. 1, par. 2, lett. b); art. 2, par. 1, lett. b); art. 10, par. 1.

⁹⁷ In particolare, a mente dell'all'art. 1, lett. a) della decisione quadro, il fine a cui avrebbero teso le consultazioni dirette sarebbe stato quello di «pervenire ad un accordo sulla giurisdizione più indicata per condurre un procedimento penale per fatti specifici di competenza di due o più Stati membri».

⁹⁸ Cfr. considerando n. 4 e art. 10, par. 1.

⁹⁹ Ciò accade, oltre che nell'art. 10, par. 1, in cui la concentrazione dei procedimenti penali è indicata come risultato solo eventuale, nell'art. 13, che, dedicato alla regolamentazione dello scambio di informazioni successivo al positivo superamento del conflitto, sembra indicare tale soluzione come l'unica possibile: «Se nel corso delle consultazioni dirette in conformità dell'art. 10 è stato raggiunto un consenso sulla concentrazione dei procedimenti penali in un unico Stato membro, l'autorità competente di tale Stato membro informa la rispettiva autorità competente o le rispettive autorità competenti dell'altro Stato membro o degli altri Stati membri dei risultati del procedimento».

¹⁰⁰ Così E. CALVANESE – G. DE AMICIS, *loc. ult. cit.*

¹⁰¹ Su quella particolare forma di composizione delle iniziative concorrenti consistente nel trasferimento dei procedimenti penali si veda *infra*, paragrafo n. 9.

apparentemente lasciati liberi di risolvere la controversia di giurisdizione a loro piacimento.

Le ulteriori precisazioni con le quali il testo della decisione quadro arricchisce la pur sommaria descrizione di «soluzione efficace» fanno, inoltre, sorgere qualche dubbio sulla reale vocazione sottesa all'articolato. Premessa la stretta connessione con il principio del *ne bis in idem*¹⁰², il considerando n. 4 sollecita la ricerca di un rimedio in grado di evitare, oltre alle già menzionate conseguenze negative dei procedimenti paralleli, anche «perdite di tempo e di risorse delle autorità competenti interessate», mediante il ricorso a qualsiasi «azione che consenta un'efficiente e ragionevole gestione di tali procedimenti, anche per quanto riguarda la loro tempestiva gestione». Il legislatore europeo, pertanto, imprime alle proprie disposizioni una spiccata ottica efficientistica, maggiormente sensibile all'economia processuale degli Stati procedenti rispetto ai pregiudizi che, dal concorso degli accertamenti, potrebbero derivare ai soggetti coinvolti¹⁰³.

Quest'ultima considerazione offre lo spunto per affrontare quella che, con tutta evidenza, rappresenta la mancanza più grave addebitabile alla decisione quadro, ovvero la totale assenza di norme volte a tutelare i diritti della difesa¹⁰⁴.

L'unico riferimento alla posizione delle persone interessate dal conflitto si ritrova nel *considerandum* n. 17, ove si specifica che lo scopo del testo approvato è solamente quello di regolamentare il comportamento che le autorità coinvolte dovranno seguire nel tentativo di risolvere il contrasto; da ciò consegue come la decisione quadro «[lasci] impregiudicato il diritto delle persone di sostenere che l'azione penale nei loro confronti debba essere esercitata nella propria o in un'altra giurisdizione, qualora tale diritto sia contemplato dalla legislazione nazionale». La predisposizione di un completo apparato di garanzie difensive non rientra, dunque, tra gli scopi dell'articolato del 2009, il quale rimette tale onere alla competenza di eventuali e non meglio specificate disposizioni interne.

Ancora una volta emerge il carattere poco ambizioso del progetto, che rinuncia a prendere posizione sugli aspetti maggiormente delicati e problematici. La definizione delle modalità di partecipazione dell'imputato al dibattito sulla giurisdizione più indicata a procedere, degli strumenti a sua disposizione per controllare l'operato degli Stati, così come dei diritti ad egli riconosciuti e opponibili alle autorità procedenti avrebbe, infatti,

¹⁰² Si veda il considerando n. 3.

¹⁰³ Secondo L. LUPARIA, *op. cit.*, p. 106, quella imposta dal legislatore europeo è «una chiave di lettura...non in linea con lo spirito che ha guidato le prime iniziative, attente alla salvaguardia del cittadino stretto tra le morsa delle *multiple prosecutions* più che al risparmio delle risorse degli Stati».

¹⁰⁴ Criticano il silenzio serbato sulle garanzie difensive anche T. RAFARACI, *Le misure contro i procedimenti penali "paralleli"*, cit., p. 525 s.; P. GAETA, *op. cit.*, p. 326 s.; C. TRACOGNA, *loc. ult. cit.*; L. LUPARIA, *op. cit.*, p. 109.

richiesto al legislatore europeo di esprimere la propria preferenza tra modelli differenti: da un lato un sistema autoritario, sensibile agli interessi dei Paesi coinvolti e destinato ad imporsi a chi deve subire l'accertamento processuale; dall'altro lato, uno maggiormente garantista che a quella persona sceglie di dar voce, nella consapevolezza che non sempre la soluzione più vantaggiosa per gli Stati rispetta adeguatamente quei diritti fondamentali che pur la decisione quadro si prefigge di osservare¹⁰⁵.

Al contrario, la scelta è stata quella di non occuparsene, dichiarando che il tema non fa parte degli scopi prefissati e non vedendo – o fingendo di non farlo – come una compiuta regolamentazione dei poteri e dei doveri delle autorità incaricate di gestire il conflitto non possa omettere di pronunciarsi sull'entità dei diritti riconosciuti alla difesa. E difatti, uno degli aspetti su cui la risoluzione del Parlamento europeo è intervenuta maggiormente è proprio questo. In particolare, gli emendamenti nn. 14 e 15 proponevano l'introduzione di due nuovi articoli dedicati rispettivamente alle garanzie procedurali e ai diritti fondamentali da riconoscere e rispettare durante i contatti e le consultazioni.

Alla persona formalmente accusata era riconosciuto un ampio diritto di informazione¹⁰⁶, reso effettivo dalla garanzia di opportuni servizi di traduzione, interpretazione e assistenza difensiva, nonché la possibilità di una partecipazione concreta al procedimento: in via preliminare, si prevedeva la facoltà di presentare osservazioni nella fase antecedente l'adozione della decisione; successivamente, si consentiva di sottoporre ad opportuni controlli l'operato degli Stati contendenti, anche nel caso di mancato raggiungimento di un accordo sulla composizione del conflitto. Inoltre, era prescritta l'osservanza dei principi di equità, indipendenza e oggettività e il rispetto delle principali e fondamentali Carte e Convenzioni, così da garantire i diritti dell'imputato¹⁰⁷.

Ancora una volta, tuttavia, le migliorie proposte dal Parlamento europeo non hanno trovato riscontro nel testo definitivo.

Scegliendo di non affrontare la delicata tematica delle garanzie difensive, la decisione quadro 2009/948/GAI si pone in linea di sostanziale continuità con le iniziative che l'hanno preceduta, a partire dalla proposta della Repubblica ellenica del 2003. E ciò

¹⁰⁵ A mente del considerando n. 20, «La presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

¹⁰⁶ La persona formalmente accusata avrebbe dovuto essere messa al corrente di tutti gli scambi di informazioni e delle consultazioni intercorsi tra le autorità competenti e, eventualmente, tra le stesse ed *Eurojust*, nonché delle soluzioni adottate o del fallimento del tentativo di composizione del conflitto; così come di tutti gli « attori coinvolti, dei contenuti e delle motivazioni».

¹⁰⁷ Si richiamavano, in particolare, l'art. 6 del T.U.E., la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

nonostante che validi modelli alternativi, maggiormente sensibili alla partecipazione dell'accusato e alla tutela dei suoi diritti, siano stati prospettati sia dal già menzionato progetto del *Max Planck Institute*, sia dalla risoluzione parlamentare del 2009, a dimostrazione che il tempo è ormai giunto per una riflessione matura sui risvolti negativi per il soggetto interessato dal concorso tra le giurisdizioni.

Tali considerazioni, unitamente a quelle svolte nelle pagine che precedono in ordine agli altri aspetti critici che caratterizzano la decisione, non possono che condurre a dubitare dell'effettivo successo che potrà riscuotere questo strumento di cooperazione giudiziaria, il quale difficilmente può essere considerato l'approdo definitivo della complessa problematica concernente la risoluzione dei conflitti di giurisdizione.

In tale prospettiva, qualche elemento di novità potrà derivare dall'introduzione della figura del Pubblico ministero europeo, la cui costituzione «a partire da Eurojust» è espressamente prevista dall'art. 86 TFUE¹⁰⁸. Sul punto si segnala la proposta di regolamento per l'istituzione di una Procura europea, presentata dalla Commissione il 17 luglio 2013¹⁰⁹, la quale rappresenta la prima concretizzazione, ad uno stadio ancora preliminare, di quel percorso cominciato con il *Corpus Juris* alla fine degli anni novanta¹¹⁰. Seppur nel limitato ambito di intervento ad esso riservato, ovvero i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione¹¹¹, la creazione di tale organo avrà quale conseguenza quella di impedire il concorso di procedimenti *de eadem re et persona*: sarà, infatti, il rappresentante dell'accusa in sede europea a scegliere, al termine delle sue indagini, in quale giurisdizione dovrà essere esercitata l'azione penale. La proposta offre alcuni criteri ai quali esso dovrà ispirarsi nel determinare il foro competente per il giudizio¹¹²; tuttavia, poco opportunamente, non si è ritenuto di ordinarli secondo una progressione gerarchica;

¹⁰⁸ Sul tema cfr. S. ALLEGREZZA, *Pubblico ministero e azione penale: stato dell'arte e prospettive di sviluppo*, in Aa. Vv., *Profili del processo penale cit.*, p. 219 ss.; M. PANZAVOLTA, *Lo statuto del pubblico ministero europeo (ovvero, ologramma di un accusatore continentale)*, in Aa. Vv., *Profili del processo penale cit.*, p. 179 ss.; M. BARGIS, *Il pubblico ministero europeo nella prospettiva di un ordinamento europeo*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2004, p. 745 ss.; R. ORLANDI, *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura di un pubblico ministero europeo*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea: atti dell'incontro di studio organizzato dal Dipartimento di scienze giuridiche e dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento in cooperazione con il Centro di diritto penale tributario (Trento, 3 e 4 ottobre 1997)*, a cura di L. Picotti, Giuffrè, Milano, 1999, p. 207 ss.

¹⁰⁹ Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea, 17.7.2013, COM(2013) 534 def. Per un primo commento al testo elaborato dalla Commissione si veda il contributo di S. ALLEGREZZA, *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 ottobre 2013.

¹¹⁰ Per una ricostruzione del percorso storico cfr. S. ALLEGREZZA, *op. cit.*, p. 1 ss.

¹¹¹ Sugli ostacoli tecnici all'estensione della competenza della Procura europea cfr. ancora S. ALLEGREZZA, *op. cit.*, p. 2 s.

¹¹² L'art. 27 della proposta di regolamento richiama i seguenti criteri: a) il luogo in cui è stato commesso il reato o, nel caso di più reati, la maggioranza dei reati; b) il luogo in cui l'imputato ha la residenza abituale; c) il luogo in cui è ubicata la prova; d) il luogo in cui le vittime dirette hanno la residenza abituale.

né sono state previste forme di controllo giurisdizionale sulla decisione assunta¹¹³. In tal modo, la scelta effettuata dalla Procura europea rischierà di essere caratterizzata da un'inevitabile apprezzamento discrezionale, insuscettibile di alcuna possibilità di riesame¹¹⁴. Appare pertanto, auspicabile un'inversione di tendenza al momento dell'approvazione del testo definitivo, così da contornare delle opportune garanzie l'attività del futuro accusatore europeo.

8. Il ruolo di Eurojust.

Un altro aspetto della decisione quadro che poco convince è quello relativo alla mancanza di un organo giurisdizionale a cui affidare, oltre alle già accennate istanze della difesa, la soluzione del conflitto, nell'ipotesi di fallimento della procedura "consensuale"¹¹⁵. Analogamente alla proposta del gennaio 2009 e, ancora prima, a quella del 2003, l'articolato definitivo si limita a prescrivere un metodo che dovrebbe facilitare il raggiungimento di un accordo sul foro a cui riconoscere la preferenza; ma, come si è visto, non arriva a pretendere che un simile risultato venga effettivamente raggiunto.

Nel tentativo di comporre le iniziative concorrenti gli Stati membri non sono, però, lasciati soli. Si prevede, infatti, la possibilità di coinvolgere *Eurojust*, che, tuttavia, è chiamata ad un ruolo ben diverso da quello che la proposta di Friburgo assegnava alla Corte di Giustizia¹¹⁶.

L'organo europeo viene menzionato in più punti della decisione quadro: si ipotizza, in particolare, un suo coinvolgimento da parte degli Stati membri ogniqualvolta essi non riescano a giungere ad una soluzione sulla giurisdizione maggiormente indicata a procedere¹¹⁷ e, più in generale, è suggerita l'opportunità di avvalersi della sua assistenza

¹¹³ Una diversa impostazione è stata, invece, seguita da un gruppo di studiosi, guidato dalla Prof.ssa Ligeti dell'Università del Lussemburgo. Nel documento di origine accademica (cfr. *Model rules for the procedures of the European public prosecutor's office*, reperibile all'indirizzo web www.eppo-project.eu) la decisione del Pubblico ministero europeo era vincolata da un rigoroso ordine gerarchico di preferenze e sottoponibile al controllo della Corte di Giustizia su iniziativa della persona accusata o di quella offesa dal reato.

¹¹⁴ Formula osservazioni critiche sul punto S. ALLEGREZZA, *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁵ Condivide l'argomento C. AMALFITANO, *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, cit., p. 1299 s.

¹¹⁶ Si veda *supra*, paragrafo n. 5.

¹¹⁷ Nell'individuare la «soluzione efficace volta ad evitare le conseguenze negative derivanti da procedimenti penali paralleli», il *considerandum* n. 4 affianca alla concentrazione degli accertamenti in un'unica giurisdizione, mediante il trasferimento dei procedimenti penali, il «rinvio del caso a Eurojust quando le autorità competenti non siano in grado di raggiungere un consenso». Il successivo *considerandum* n. 14 esplicita, inoltre, come, nell'ottica del legislatore europeo, «sottoporre un caso ad Eurojust dovrebbe essere una misura abituale quando non sia stato possibile raggiungere un consenso». Questi suggerimenti vengono, poi, concretizzati dall'art. 12, par. 2, a mente del quale «Se non è stato possibile raggiungere un consenso ai

già durante l'espletamento delle consultazioni obbligatorie¹¹⁸. Sotto questo profilo l'articolato del 2009 si pone in linea di sostanziale continuità con gli strumenti previgenti ovvero, in particolare, con la decisione quadro 2002/187/GAI istitutiva di *Eurojust* e con le successive modifiche apportate dall'analogo provvedimento 2009/426/GAI¹¹⁹, le disposizioni delle quali sono esplicitamente fatte salve dall'art. 12, par. 1.

Come visto nelle pagine che precedono, fino all'emanazione della decisione sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione, l'Agenzia di cooperazione ha rappresentato il più importante centro di coordinamento delle indagini sovranazionali, seppur in riferimento alle gravi forme di criminalità transnazionale individuate dall'art. 4, d.q. 2002/187/GAI¹²⁰.

Anche nel nuovo assetto, tuttavia, *Eurojust* agisce con la stessa limitatezza di poteri che connota la sua normale attività: indipendentemente dal soggetto che assume l'iniziativa, sia esso il membro nazionale o il collegio, la richiesta di avviare o interrompere un'indagine, ovvero quella di dar vita ad un coordinamento tra le giurisdizioni interessate, è nulla di più di un mero suggerimento, privo di efficacia vincolante¹²¹. Le autorità coinvolte non sono, infatti, obbligate a darvi seguito, ben potendo disattendere simili indicazioni senza incorrere in alcuna sanzione. Unico onere loro imposto è quello relativo all'esplicazione delle ragioni sottese al diniego: il nuovo art. 8, d.q. *Eurojust*, estende il dovere di motivare il rifiuto, originariamente previsto per la sola richiesta proveniente dal collegio, anche nel caso di iniziativa del membro nazionale. Lo Stato renitente è, tuttavia, destinatario di un obbligo imperfetto: se l'illustrazione delle cause

sensi dell'articolo 10, la questione è, se del caso, sottoposta a Eurojust da qualsiasi autorità competente degli Stati membri interessati qualora Eurojust sia competente in forza dell'articolo 4, paragrafo 1, della decisione Eurojust». In relazione a tale disposizione T. RAFARACI, *Le misure contro i procedimenti penali "paralleli"*, cit., p. 527, osserva come «sebbene residui un margine di valutazione («se del caso») e si richieda l'iniziativa di una autorità competente, la formula resta prescrittiva («la questione...è sottoposta...») e prelude, verosimilmente, a un coinvolgimento quasi ordinario di Eurojust».

¹¹⁸ La compatibilità delle consultazioni dirette con l'assistenza prestata da *Eurojust* è espressamente sancita dal *considerandum* n. 9.

¹¹⁹ Per una panoramica dell'attività di coordinamento delle indagini svolta da *Eurojust*, secondo le disposizioni contenute nella decisione istitutiva e in quella successiva del 2009, così come per gli opportuni richiami bibliografici, si rimanda *supra*, paragrafo 3.

¹²⁰ Si veda *supra*, paragrafo n. 3. A tale riguardo, M. FLETCHER, *The problem of multiple criminal prosecutions*, cit., p. 37, nota n. 20, ricorda come «Eurojust's powers apply in respect of certain offences (albeit a long list which includes at least those crimes for which Europol is competent) and therefore it could not suggest a solution to every conflict of jurisdiction that arises».

¹²¹ Sul punto cfr. M. PANZAVOLTA, *op. cit.*, p. 156 ss., secondo il quale «*Eurojust* gestisce esclusivamente poteri di *suasion*, di richiesta, di stimolo»; cfr. anche M.L. DI BITONTO, *op. cit.*, p. 2900 s., che evidenzia come «La legittimazione all'espletamento investigativo o, comunque, allo svolgimento del procedimento dinanzi all'autorità nazionale non è in alcun modo posta in discussione o minata da tale iniziativa» e p. 2902 s. Analogamente M. FLETCHER, *op. ult. cit.*, p. 37, secondo la quale «In the combined absence of any duty on national authorities to refer a case to Eurojust and any authority for Eurojust to issue binding decisions, parallel prosecutions within the EU may still persist».

che non gli consento di dar seguito all'invito formulato dall'Agenzia europea rischia di pregiudicare interessi relativi alla sicurezza nazionale o di mettere a repentaglio quella delle persone, gli è concesso esimersi dal fornire chiarimenti¹²².

Come è stato efficacemente osservato, «Eurojust è incaricato di facilitare il coordinamento, ma non ha il ruolo di coordinatore»¹²³. Questo tipo di relazione presuppone, infatti, la presenza di un soggetto che, collocato in posizione sovraordinata, abbia il compito di indirizzare gli organismi coinvolti verso un'azione unitaria, senza tuttavia privarli della propria autonomia¹²⁴. Pur differenziandosi dai rapporti tipicamente gerarchici, il coordinamento richiede il riconoscimento in capo a chi lo svolge del «potere di impartire direttive», a cui dovrebbe conseguire «l'obbligo di tenerle presenti e non discostarsene se non per plausibili motivi»¹²⁵. Ed è proprio questo il presupposto che difetta in *Eurojust*: come appena visto, né il membro nazionale, né il collegio possono imporre agli Stati concorrenti il proprio orientamento sulla giurisdizione maggiormente indicata a procedere¹²⁶; le richieste formulate a norma degli artt. 6 e 7, d.q. 2002/187 assumono, infatti, le forme di un suggerimento autorevole, ma non cogente.

All'organo europeo e, in particolare, al suo collegio, deve, pertanto e più correttamente, ascrivere un ruolo di assistenza ad un coordinamento che da esso potrebbe anche prescindere. Di ciò si trova una conferma nell'art. 3, lett. a) d.q. 2002/187 il quale, nell'assegnare ad *Eurojust* il compito di «stimolare e migliorare il coordinamento, tra le autorità nazionali competenti», implicitamente assume la possibilità di una preesistenza di tale relazione al suo intervento¹²⁷; così come nel *considerandum* n. 14 della d.q. 2009/948/GAI che qualifica l'organismo sovranazionale quale figura «particolarmente adatta a fornire assistenza nella risoluzione dei conflitti di giurisdizione».

¹²² Con riguardo al sistema previgente alla decisione quadro 2009/426/GAI, che, nel caso di interessi interni suscettibili di essere pregiudicati, sollevava gli Stati membri da qualsiasi onere di motivazione, M. PANZAVOLTA, *op. cit.*, p. 157 parla di «ampi varchi di fuga». Questo profilo, peraltro, è stato totalmente omesso dalla legge italiana di attuazione della decisione quadro: in nessuna delle disposizioni della L. n. 41 del 2005 vengono, infatti, fornite indicazioni su come adempiere alla richiesta.

¹²³ Il richiamo corre ancora a M. PANZAVOLTA, *op. cit.*, p. 155.

¹²⁴ Sulla nozione di coordinamento si vedano i contributi di V. BACHELET, voce *Coordinamento*, in *Enc. Dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 633; F. DE LEO, *Il coordinamento giudiziario in Italia e in Europa. Normative e modelli a confronto*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 377; M. PANZAVOLTA, *loc. ult. cit.*, il quale a sua volta richiama, per un'opinione contraria fondata sulla compatibilità del coordinamento con l'equiordinazione dei soggetti interessati, S. SAU, *Le indagini collegate*, Padova, Cedam, 2003, p. 67.

¹²⁵ Si esprime in questi termini V. BACHELET, *op. cit.*, p. 635. Condividono l'assunto, in relazione ad *Eurojust*, M. PANZAVOLTA, *loc. ult. cit.* e M.L. DI BITONTO, *op. cit.*, p. 2902.

¹²⁶ Secondo M.L. DI BITONTO, *loc. ult. cit.*, la carenza di poteri cogenti in capo ad *Eurojust* non costituisce un limite all'efficacia della sua azione, connotandolo, al contrario, come «una sorta di camera di compensazione, il luogo fisico ed istituzionale in cui superare il conflitto tra diverse giurisdizioni attraverso la dialettica interna membro-Consiglio e quella esterna membro nazionale-autorità nazionale, Consiglio-autorità nazionale».

¹²⁷ L'argomento è riportato da M. PANZAVOLTA, *loc. ult. cit.*

La scelta operata dal legislatore europeo nelle due decisioni relative ad *Eurojust* e in quella sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione appare senz'altro condivisibile: se da un lato è vero che l'assenza di poteri vincolanti in ordine all'elezione del giudice *mieux placé* potrebbe non apportare alcuna utilità ai tentativi di composizione delle iniziative parallele, dall'altro lato il «braccio giudiziario dell'Unione»¹²⁸ non sembra la figura maggiormente indicata a rivestire un tale ruolo, considerata la sua natura spiccatamente inquirente¹²⁹.

Una simile attribuzione potrebbe, invece, essere riconosciuta con maggior coerenza di funzioni e composizione alla Corte di Giustizia, come del resto già proposto dal progetto elaborato dal gruppo di studiosi del *Max Planck Institute* di Friburgo nel 2003; ciò anche tramite la creazione di una camera giurisdizionale *ad hoc*¹³⁰. L'introduzione di una competenza a comporre gli accertamenti concorrenti, supportata da poteri vincolanti di decisione, è inoltre conforme alle previsioni da attuare sul lungo periodo suggerite dal Libro verde del 2005¹³¹.

L'importanza di una tale funzione è evidente: assegnare al Giudice di Lussemburgo, o ad altro organo appositamente creato, il compito di dirimere, in via sussidiaria, la contesa degli Stati membri circa l'individuazione dell'autorità a cui affidare l'accertamento di comune interesse consentirebbe di raggiungere sempre la composizione del conflitto. Il totale azzeramento degli inconvenienti legati al contestuale procedere *de eadem re* verrebbe, in tal modo, garantito.

La decisione quadro 2009/948/GAI, al contrario, ha optato per il coinvolgimento della sola *Eurojust*, lasciandosi sfuggire la possibilità di dare piena attuazione a quel diritto all'unicità della persecuzione penale, che ad oggi risulta garantito esclusivamente a partire dalla pronuncia di una sentenza definitiva.

Il richiamo ad *Eurojust* non è, tuttavia, limitato solamente ad un suo possibile intervento di assistenza nel coordinamento dei procedimenti. Valorizzando l'attività che essa ha svolto dal momento della sua istituzione, il legislatore europeo suggerisce alle autorità

¹²⁸ L'espressione è di M. PANZAVOLTA, *op. cit.*

¹²⁹ Condividono l'argomento C. AMALFITANO, *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, cit., p. 1299; S. CATALANO, *op. cit.*, p. 427. Dello stesso tenore è l'obiezione sollevata da M. PANZAVOLTA, *Il giudice naturale nell'ordinamento europeo*, cit., p. 137, in relazione all'art. III-273, par. 2, lett. c della Costituzione europea che includeva, tra i compiti di *Eurojust*, la composizione dei conflitti di giurisdizione.

¹³⁰ Suggestiscono l'attribuzione di una simile funzione alla Corte di Giustizia G. DE AMICIS, *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti*, cit., p. 1180; C. AMALFITANO, *loc. ult. cit. Contra* M.L. DI BITONTO, *op. cit.*, p. 2909, la quale ritiene che il sindacato della Corte di Giustizia «avrebbe senso solo ove venissero effettivamente fissati in ambito europeo criteri di riparto della competenza tali da predeterminare l'individuazione di un solo giudice nazionale in relazione ad ogni fatto criminoso».

¹³¹ L'esame dei due testi richiamati è stato svolto *supra*, paragrafo n. 5.

competenti di avvalersi delle *guide-lines* elaborate da tale organo nel 2003 allo scopo di orientare gli operatori del settore nella scelta della giurisdizione a cui compete l'esercizio dell'azione penale¹³². Il richiamo è contenuto nel *considerandum* n. 9, dedicato – come visto nelle pagine precedenti – all'individuazione della «soluzione efficace volta ad evitare le conseguenze negative derivanti da procedimenti paralleli».

Si tratta di una serie di criteri non vincolanti, tesi ad indicare i fattori da tenere in considerazione nel tentativo di coordinare le indagini parallele ed eleggere quella a cui riconoscere la preferenza¹³³. L'elenco, meramente orientativo, non è retto da un ordine gerarchico, poiché si ritiene che ciascuna situazione debba essere affrontata secondo le peculiarità del caso concreto¹³⁴. Più nel dettaglio, *Eurojust* enumera alcune circostanze a cui attribuire rilevanza¹³⁵ e altre da non considerare¹³⁶.

Come anticipato¹³⁷, il richiamo a tali linee guida sopperisce alla mancata indicazione di criteri orientativi da parte della decisione quadro. Sotto questo aspetto, il testo del 2009 differisce da tutte le proposte presentate a partire dal 2003¹³⁸, disattende l'attuazione delle misure programmate nel Libro verde "sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali" e non coglie gli emendamenti suggeriti nella risoluzione parlamentare del 2009¹³⁹. Le critiche che l'istituzione europea ha mosso in quell'occasione non possono che condividersi: la presenza di elementi di collegamento tra il fatto illecito e i possibili fori competenti garantisce un maggior livello di trasparenza e riduce la discrezionalità di cui dispongono le autorità incaricate di gestire il conflitto; in un'ottica *de*

¹³² Le linee guida elaborate da *Eurojust* nel 2003 sono contenute nell'allegato IV della Relazione annuale per il 2004, reperibile all'indirizzo www.eurojust.eu.int. Sull'argomento si vedano G. DE AMICIS, *op. ult. cit.*, p. 1176 ss.; F. DE LEO, *op. cit.*, p. 384.

¹³³ Secondo G. DE AMICIS, *op. ult. cit.*, p. 1177 s. «Non si tratta, evidentemente, di un *numerus clausus* di criteri di collegamento, ma di un catalogo "aperto" di criteri puramente orientativi, non vincolanti, né gerarchicamente ordinati».

¹³⁴ Si legge, nell'allegato IV, p. 60, che «Ogni 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» e, a p. 66, che «La priorità ed il peso da attribuire ad ogni fattore differiranno in ogni singolo caso».

¹³⁵ I criteri da prendere in considerazione sono i seguenti: il Paese di residenza dell'accusato, le *chances* di ottenerne l'estradizione o la consegna, il luogo in cui si trovano i testimoni e la possibilità di fornire loro adeguata protezione, il rischio di ritardi nell'addivenire ad una decisione, gli interessi delle vittime, la possibilità di utilizzare elementi di prova formati all'estero (cfr. allegato IV, p. 63 ss.)

¹³⁶ La determinazione della giurisdizione a cui affidare l'accertamento di comune interesse non dovrebbe essere condizionata da valutazioni attinenti alla presenza di obblighi legali a cui doversi conformare, vigenti in un sistema processuale e non in un altro; alla severità delle sanzioni applicabili o, infine, alla possibilità di un efficace recupero dei proventi criminosi (cfr. allegato IV, p. 65).

¹³⁷ Cfr. *supra*, paragrafo n. 5.

¹³⁸ L'indicazione di criteri sulla base dei quali scegliere la giurisdizione a cui, volta per volta, riconoscere la priorità nel condurre l'accertamento *in idem* è un aspetto comune alle iniziative che hanno preceduto la decisione quadro 2009/948/GAI: si vedano, in particolare, l'art. 3 della proposta formulata dalla Repubblica ellenica; il §1 del testo elaborato dagli studiosi di Friburgo; l'art. 15 del testo formulato nel gennaio 2009.

¹³⁹ Le critiche formulate nella risoluzione parlamentare sono riportate *supra*, paragrafo n. 5.

jure condendo, consentirebbe, poi, di accogliere con maggior favore la decisione vincolante assunta dalla Corte di giustizia o da altro organo creato *ad hoc* per la soluzione del contrasto di giurisdizione, che sarebbe pertanto ancorata a presupposti oggettivi e non rimessa alla esclusiva determinazione del soggetto giudicante. Oltretutto, un'elencazione di indici rilevanti avrebbe anche il pregio di rappresentare la traduzione normativa dei valori a cui riconoscere la precedenza nella scelta della giurisdizione.

9. Il trasferimento dei procedimenti penali.

Nel delineare i contorni di quella che potrebbe essere una via di risoluzione del conflitto, il *considerandum* n. 4 della decisione quadro 2009/948/GAI suggerisce di concentrare gli accertamenti paralleli in un unico Stato membro e indica quale strumento tecnico per addivenire ad un tale risultato il trasferimento dei procedimenti penali. In termini coerenti, il *considerandum* n. 15 sancisce la salvezza dei «procedimenti ai sensi della Convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali firmata a Strasburgo il 15 maggio 1972, nonché [di] eventuali altri accordi riguardanti il trasferimento dei procedimenti penali tra gli Stati membri».

Le due disposizioni ora ricordate richiamano quella particolare forma di cooperazione giudiziaria di tipo primario¹⁴⁰ tesa a realizzare una più efficace amministrazione della giustizia mediante la cessione dell'accertamento penale a favore del giudice ritenuto

¹⁴⁰ A seconda del grado di incidenza, più o meno intenso, della sovranità, la dottrina distingue tra forme di assistenza primaria (trasferimento dei procedimenti, riconoscimento ed esecuzione delle sentenze penali straniere) e secondaria (estradizione e assistenza giudiziaria tecnica). Le prime si caratterizzano per una maggiore limitazione della sfera giurisdizionale interna rispetto alle seconde e, proprio in considerazione dell'elevato livello di fiducia reciproca richiesto, esse si sono sviluppate in tempi più recenti rispetto all'assistenza secondaria. Per un approfondimento della distinzione tra le due forme di assistenza giudiziaria si rimanda ai contributi di F. BESTAGNO, *Il trasferimento dell'esecuzione delle condanne penali tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1994, p. 278 ss., secondo il quale la peculiarità della cooperazione giudiziaria primaria sta nel fatto di avere «per oggetto il pieno inserimento di una fase di un processo penale - vale a dire il giudizio o l'esecuzione del giudicato - in un ordinamento statale diverso da quello nel quale il processo stesso ha avuto origine»; C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento*, cit., p. 123 ss. Sul trasferimento dei procedimenti penali come forma di cooperazione tra gli Stati si vedano, oltre agli autori citati, A. BRANCACCIO, *Metodi di cooperazione e assistenza giudiziaria (lettere e commissioni rogatorie, trasferimento della procedura penale)*, in Aa.Vv., *Diritto penale internazionale (Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura)*, n. 1-2, 1979, p. 104 ss.; M. CHERIF BASSIOUNI, *Introduction to transfers of criminal proceedings*, in Aa. Vv., *International criminal law*, vol. II, cit., p. 515 ss.; V. DELICATO, voce *Cooperazione giudiziaria internazionale*, III) *Nel trasferimento dell'esecuzione penale*, in *Enc. giur.*, IX, Treccani, Roma, 1996, p. 1 ss.; L. GARDOCKI, *Transfer of proceedings and transfer of prisoners as new forms of International co-operation*, in A. Eser - O. Lagodny, *Principles and procedures for a new transnational criminal law*, Freiburg im Breisgau, 1992, p. 317 ss. Sulle criticità dell'istituto con alcuni principi costituzionali, cfr. O. DOMINIONI - M. PISANI, *Sulla compatibilità del trasferimento dei processi penali con i principi dell'ordinamento interno*, in *Ind. pen.*, 1987, p. 176 ss. L'approfondimento della compatibilità delle forme di giurisdizione concordata con la Costituzione sarà oggetto di specifica trattazione nel paragrafo successivo.

mieux placé. Nelle sue linee essenziali, lo strumento in esame consente il passaggio di funzioni giurisdizionali dall'autorità originariamente investitane ad altra ritenuta più idonea ad esercitarle. A seconda del momento in cui interviene, esso può manifestarsi *sub specie* di trasferimento del procedimento penale, sia esso già pendente oppure non ancora instaurato, o trasmissione dell'esecuzione della condanna.

In entrambi i casi, l'autorità competente si spoglia delle sue attribuzioni in considerazione della maggior attitudine della sua omologa straniera a conoscere quella regiudicanda o a dare attuazione alla sanzione già comminata. A fondare tale valutazione di opportunità è la presenza di elementi di collegamento tra la situazione oggetto dell'accertamento penale e i diversi ordinamenti interessati: attraverso l'istituto in parola si consente, dunque, di valorizzare uno o più fattori di connessione e da essi dedurre la preferenza verso il sistema nazionale che più degli altri è in grado di garantire una corretta amministrazione della giustizia¹⁴¹.

Si tratta, a ben vedere, di un tipo di collaborazione tra Stati che presenta alcune significative differenze rispetto all'assistenza giudiziaria tradizionale¹⁴². Quest'ultima, si pensi ad esempio alla rogatoria, trova la sua naturale collocazione nel corso di un procedimento penale, nell'ambito del quale l'autorità competente a condurlo rivolge una richiesta di ausilio al compimento di uno specifico atto ad un Paese straniero. L'accettazione da parte di questi determina un contestuale esercizio di funzioni giurisdizionali senza, tuttavia, realizzare alcuna commistione in merito alla titolarità dell'accertamento che rimane, infatti, di esclusiva competenza dello Stato del foro.

L'istituto del trasferimento opera, invece, secondo un diverso approccio: esso determina un coordinamento delle attività giurisdizionali svolte dai Paesi interessati che, tuttavia, intervengono in fasi diverse del giudizio e non agiscono mai contestualmente¹⁴³. Ma a differire sono, soprattutto, gli effetti, dal momento che tale forma di cooperazione comporta una limitazione della sfera di sovranità dello Stato richiedente, bilanciata da un incremento di quella del Paese richiesto¹⁴⁴: la trasmissione è consentita non solo quando quest'ultimo sarebbe comunque competente secondo le proprie disposizioni interne, ma

¹⁴¹ Avvalendosi delle parole di A. BRANCACCIO, *op. cit.*, p. 104, con l'espressione trasferimento dei procedimenti penali «si evidenzia il fenomeno per il quale, allorché un soggetto è imputato di un reato, in una situazione in cui si rilevano elementi diversi per fondare la competenza giurisdizionale di diversi Stati, viene assegnato valore preminente ad uno o più elementi che giustificano la competenza di uno Stato, nel quale soltanto si svolgerà il giudizio che rinuncia da parte degli altri a procedere».

¹⁴² Il tema è approfondito da C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 126 ss., spec. 132 ss.

¹⁴³ A tal riguardo C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 136, parla di «"gestione condivisa del procedimento" o in generale "della giurisdizione"».

¹⁴⁴ Sul punto cfr. F. BESTAGNO, *op. cit.*, p. 279 s; C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 159 ss.

anche qualora tale legittimazione sussista originariamente solo nell'ordinamento proponente.

L'entità della cessione varia in ragione del momento in cui interviene la domanda di trasferimento, con la tendenza a decrescere mano a mano che ci si avvicini al giudicato: l'incidenza, infatti, sarà massima se lo Stato del foro non ha ancora esercitato l'azione penale; intermedia qualora esso abbia già formalizzato la propria pretesa punitiva, ma il giudizio non si sia ancora concluso; "minima" nei casi in cui l'accordo abbia ad oggetto l'esecuzione della condanna.

Presupposto di diversi testi pattizi¹⁴⁵, questa forma di cooperazione ha trovato una compiuta regolamentazione nella Convenzione europea del 15 maggio 1972¹⁴⁶. Conformemente alle caratteristiche generali dell'istituto appena delineate, anche nel sistema della Convenzione a rendere opportuno il trasferimento è la presenza di elementi oggettivi di connessione tra la fattispecie concreta e il Paese richiesto – quali, ad esempio, la circostanza che il sottoposto alle indagini ne sia cittadino o residente abituale, oppure sia ivi destinatario di ulteriori processi penali – ovvero condizioni di tipo soggettivo, legate a valutazioni dello Stato che assume l'iniziativa circa la maggior idoneità dell'ordinamento richiesto a condurre un accertamento che porti alla scoperta della verità, a facilitare l'esecuzione della condanna o, ancora, ad assicurare la presenza dell'imputato¹⁴⁷. Al fine di consentire un corretto funzionamento allo strumento di cooperazione in esame, il testo pattizio impone agli Stati contraenti di estendere la sfera della propria legge penale, così da ricomprendervi tutti i casi a cui è applicabile quella delle altre parti firmatarie (art. 2)¹⁴⁸. In tale evenienza, la giurisdizione potrà essere esercitata al ricorrere di due presupposti: la sussistenza di una domanda di trasferimento e la punibilità del fatto di reato nello Stato richiesto, qualora questo fosse stato commesso entro i confini del suo territorio.

¹⁴⁵ Per l'ordinamento italiano, si vedano, ad esempio, la Convenzione italo-jugoslava per la prevenzione e la repressione delle contravvenzioni commesse nelle foreste di frontiera del 20 luglio 1925; la Convenzione italo-francese relativa alle stazioni internazionali di Modane e Ventimiglia del 29 gennaio 1951; il Trattato dell'11 febbraio 1929 tra l'Italia e la Santa Sede. A tal riguardo, cfr. A. BRANCACCIO, *op. cit.*, p. 105.

¹⁴⁶ Convenzione aperta alla firma a Strasburgo il 15 maggio 1972 ed entrata in vigore il 30 marzo 1978. Nonostante la sottoscrizione avvenuta il 26 maggio 2000, l'Italia non ha ancora provveduto a ratificarla. Il testo è consultabile in M. PISANI – F. MOSCONI, *Codice delle convenzioni europee di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 566 ss. Per un esame del contenuto si vedano gli approfondimenti di T. TREVES, *op. cit.*, p. 294 ss.; N. GALANTINI, *op. cit.*, p. 217 ss.; V. DELICATO, *loc. ult. cit.*; A. KLIP, *op. cit.*, p. 363 ss.

¹⁴⁷ Così a mente dell'art. 8 della Convenzione del 1972: cfr. N. GALANTINI, *op. cit.*, p. 222 s.; T. TREVES, *op. cit.*, p. 295.

¹⁴⁸ Secondo V. DELICATO, *op. cit.*, p. 1, «questa forma di cooperazione...contribuisce anche allo sviluppo di valutazioni uniformi da parte degli Stati in campo penale sostanziale e al coordinamento dei meccanismi nazionali di giurisdizione».

Se non ricorrono fattori ostativi¹⁴⁹, l'autorità contattata è tenuta ad accettare la richiesta. Ciò, peraltro, non determina automaticamente anche l'obbligo di esercitare l'azione penale: le relative determinazioni permangono di competenza del Paese investito della giurisdizione¹⁵⁰. Qualora esso non attivi la propria pretesa punitiva, la cognizione del giudizio ritorna in capo all'autorità trasmittente.

Dall'accettazione della proposta di trasferimento deriva la sospensione del processo nell'ordinamento richiedente. La stasi è destinata a perdurare fino al passaggio in giudicato della sentenza; a partire da tale momento esso si spoglia definitivamente della propria giurisdizione¹⁵¹.

La perdita di legittimazione da parte dello Stato proponente è, peraltro, compensata dall'insorgere di pieni poteri di gestione del giudizio in capo all'autorità accettante, la quale lo conduce alla stregua di un accertamento originariamente interno: essa è, infatti, tenuta ad applicare il proprio diritto, salvo per gli aspetti concernenti la determinazione della sanzione, che dovrà essere quantificata entro i limiti edittali dell'ordinamento di provenienza¹⁵².

La Convenzione del 1972 contiene, inoltre, uno specifico capitolo – il titolo IV – riservato ai conflitti positivi di giurisdizione¹⁵³. Vi si prevede che, qualora uno Stato contraente venga a conoscenza della contemporanea pendenza di un giudizio *de eadem re et persona* da parte di altra autorità aderente alla Convenzione, esso sia tenuto a valutare la possibilità di rinunciare all'azione, sospendere il procedimento ovvero procedere al suo trasferimento. In tal caso, si produrranno i medesimi effetti che caratterizzano la trasmissione del processo al di fuori di un conflitto di giurisdizione¹⁵⁴. Si tratta, a ben

¹⁴⁹ Cfr. artt. 10 e 11 della Convenzione, che prevedono rispettivamente motivi di rifiuto obbligatorio (come l'intervenuta prescrizione dell'azione nello Stato richiedente o la violazione del principio del *ne bis in idem*) e facoltativo (tra i quali ricorrono la residenza abituale del prevenuto in un Paese diverso da quello richiesto di procedere o la circostanza che egli non ne sia cittadino, la contrarietà dell'azione agli impegni internazionali dello Stato che dovrebbe procedere e a i principi fondamentali del suo ordinamento, la commissione del fatto al di fuori del territorio dell'ordinamento richiedente).

¹⁵⁰ Sul punto si veda N. GALANTINI, *loc. ult. cit.*

¹⁵¹ T. TREVES, *op. cit.*, p. 297 s. L'effetto sospensivo è previsto dall'art. 21.

¹⁵² Secondo N. GALANTINI, *op. cit.*, p. 221 s., nell'applicazione, da parte dello Stato richiesto, delle regole del proprio ordinamento penale si rinviene «il senso della procedura di trasferimento dei procedimenti che pur creando, come si usa dire, casi di «competenza per delega» o di «competenza per rappresentazione» non intende formulare ipotesi di «giurisdizione dipendente» o «derivata», né attribuire efficacia ultraterritoriale all'esercizio dell'azione penale».

¹⁵³ Si richiamano ancora N. GALANTINI, *op. cit.*, p. 227 ss.; T. TREVES, *op. cit.*, p. 298 s. Secondo A. BRANCACCIO, *loc. ult. cit.*, «il trasferimento della procedura penale giudiziaria è lo strumento di soluzione preventiva dei conflitti di competenza internazionale».

¹⁵⁴ In considerazione delle peculiarità che caratterizzano questa ipotesi di trasferimento, C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 224 osserva come «La disciplina della concorrenza di procedimenti "in idem" dovrebbe...differenziarsi da quella del trasferimento "classico" sotto il profilo dell'automaticità, ovvero obbligatorietà, del suo funzionamento».

vedere, di un'applicazione peculiare dello strumento in esame: la cessione, infatti, opera a favore di un'autorità già legittimata secondo i propri criteri di giurisdizione e intenta a darvi attuazione. Nella sua applicazione "ordinaria", invece, il trasferimento dei procedimenti penali prescinde dalla sussistenza di un'originaria competenza in capo allo Stato richiesto o, comunque, dalla pendenza di un procedimento *in idem*; ed, anzi, come visto, introduce esplicitamente un sistema di estensione della potestà punitiva del Paese accettante, quale conseguenza della presentazione di una proposta di trasmissione¹⁵⁵.

Attraverso tale strumento di cooperazione giudiziaria si sarebbe potuti giungere ad una ripartizione delle iniziative repressive che, ove correttamente realizzata, avrebbe consentito di prevenire il sovrapporsi di identici accertamenti giurisdizionali e assegnare così al principio del *ne bis in idem* una valenza esclusivamente residuale¹⁵⁶; lo scarso numero di ratifiche ha, però, impedito alla Convenzione del 1972 di porsi quale reale istituto di efficace amministrazione della giustizia sul piano internazionale. Rimasto nell'ombra negli ultimi anni, esso pare, tuttavia, destinato a tornare d'attualità, come testimonia un'iniziativa avviata in seno all'Unione da alcuni Stati membri¹⁵⁷: si tratta della proposta di decisione quadro del 12 settembre 2009 sul trasferimento dei procedimenti penali¹⁵⁸.

Ancora una volta la data è significativa: l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avvenuta nemmeno tre mesi dopo, ne ha, infatti, interrotto i negoziati. Tuttavia, essa assume comunque una certa rilevanza per l'indagine di cui ci si sta occupando, poiché in tale progetto si potrebbe leggere un'anticipazione di quelle che saranno le future intenzioni degli Stati membri al fine di dare attuazione agli importanti obiettivi di coordinamento delle giurisdizioni nazionali fissati dall'art. 82 TFUE. Una conferma di ciò parrebbe rinvenirsi anche nella decisione quadro 2009/948/GAI, che, come ricordato in apertura di questo paragrafo, indica il trasferimento dei procedimenti penali quale

¹⁵⁵ Secondo C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 261 «Presupposto essenziale del trasferimento dei procedimenti è infatti la doppia incriminazione, intesa in concreto, quale doppia punibilità, ma non anche la "doppia giurisdizione", non essendo necessario che lo Stato cui il procedimento è trasferito sia (già) competente rispetto alla fattispecie concreta».

¹⁵⁶ Così commentava N. GALANTINI, *op. cit.*, p. 229: «Parrebbe dunque che, grazie ai meccanismi processuali creati dalla Convenzione, il principio del *ne bis in idem* riceva una considerazione di notevole rilievo sia sul piano della previsione di una normativa *ad hoc* (art. 35), sia a livello di rimedi (art. 36), sia infine sotto il profilo della prevenzione (artt. 30 ss.). Non vi è dubbio che, almeno strutturalmente, la Convenzione è impostata verso l'obiettivo di un'europeizzazione del divieto di doppio processo».

¹⁵⁷ Si tratta del Regno del Belgio, della Repubblica di Bulgaria, della Repubblica ceca, del Regno di Danimarca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica greca, del Regno di Spagna, della Repubblica francese, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Ungheria, del Regno dei Paesi Bassi, della Romania, della Repubblica di Slovenia, della Repubblica slovacca e del Regno di Svezia.

¹⁵⁸ La proposta è stata pubblicata in *G.U.U.E.*, C 219/7 del 12 settembre 2009. Per un primo commento si vedano M. LUCHTMAN, *op. cit.*, p. 81 s.; G. DE AMICIS, *Sul trasferimento dei procedimenti penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1248 ss.

possibile strumento di risoluzione dei conflitti di giurisdizione: in mancanza di una regolamentazione operante in tutto il territorio dell'Unione¹⁵⁹, lo spunto rischierebbe spesso di cadere nel vuoto.

Scopo della proposta è «aumentare l'efficacia dei procedimenti penali e migliorare la corretta amministrazione della giustizia all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, introducendo norme comuni che agevolino il trasferimento dei procedimenti penali tra le autorità competenti degli Stati membri, tenendo conto dei legittimi interessi di indagati e vittime» (art. 1).

L'iniziativa ripropone la procedura delineata dalla Convenzione del 1972: a determinarne l'avvio è la richiesta di trasferimento formulata dall'autorità competente dello Stato membro che conduce l'accertamento. Anche nella proposta di decisione quadro, alla base della domanda vi è la finalità di realizzare «una più efficace e corretta amministrazione della giustizia»: così, a titolo esemplificativo, l'istanza potrà essere diretta al Paese in cui il reato è stato commesso, interamente o parzialmente, o nel quale si è verificata la maggior parte dei suoi effetti; oppure a quello in cui l'indagato ha la residenza abituale ovvero è destinatario di altri procedimenti penali. Ancora, la trasmissione potrà essere determinata dalla considerazione che nello Stato richiesto si trovino parti consistenti degli elementi probatori o esso appaia maggiormente idoneo a consentire la riabilitazione del condannato¹⁶⁰.

A ben vedere, tuttavia, nessuno dei presupposti su cui il testo in esame fonda la domanda di trasferimento richiede la contestuale pendenza in due o più Stati membri di un accertamento *de eadem re et persona*. Ciò appare conforme alla finalità tradizionalmente ascritta a tale strumento di cooperazione: individuare la giurisdizione più indicata a procedere in ipotesi che non presuppongono un concorso di accertamenti. Il trasferimento

¹⁵⁹ Si ritrova un precedente nell'Accordo concluso tra gli Stati membri delle Comunità europee sul trasferimento dei procedimenti penali, sottoscritto a Roma il 6 novembre 1990, ma non ancora in vigore sul piano internazionale a causa dell'insufficiente numero di ratifiche.

¹⁶⁰ L'elenco completo dei presupposti che consentono il trasferimento è offerto dall'art. 7, il quale richiede il ricorrere di almeno uno dei seguenti criteri: «a) il reato è stato commesso, interamente o parzialmente, nel territorio dell'altro Stato membro oppure la maggior parte degli effetti del reato o una parte rilevante del danno da esso causato è stata subita nel territorio dell'altro Stato membro; b) l'indagato ha la residenza abituale nell'altro Stato membro; c) parti consistenti degli elementi probatori più importanti si trovano nell'altro Stato membro; d) nell'altro Stato membro sono in corso procedimenti a carico dell'indagato; e) nell'altro Stato membro sono in corso procedimenti per lo stesso fatto o fatti connessi in cui sono implicate altre persone, in particolare in relazione alla stessa organizzazione criminale; f) l'indagato sta scontando o deve scontare una pena restrittiva della libertà personale nell'altro Stato membro; g) l'esecuzione della pena nell'altro Stato membro può migliorare le prospettive di riabilitazione sociale della persona condannata oppure sussistono altri motivi per cui l'esecuzione della pena nell'altro Stato membro sarebbe più opportuna; o h) la vittima ha la residenza abituale nell'altro Stato membro o ha un altro interesse rilevante al trasferimento del procedimento».

dei procedimenti *in idem* si conferma, dunque, un caso applicativo del tutto secondario nella logica di questo istituto.

Analogamente alla Convenzione del 1972, l'art. 5 consente a ciascuno Stato membro di estendere la propria giurisdizione a qualsiasi reato in relazione al quale «è applicabile la legislazione di un altro Stato membro»; ciò, ovviamente, al solo fine di consentire il giudizio a seguito del trasferimento del procedimento. L'accoglimento della richiesta determina la sospensione dell'accertamento nell'ordinamento trasferente, che potrà riassumerlo solo in caso di sua interruzione da parte dell'autorità ricevente. Il passaggio in giudicato della decisione comporta, invece, la definitiva impossibilità di riavviare il giudizio da parte dell'autorità che se n'è spogliata¹⁶¹. Coerentemente alla tradizionale impostazione di questo strumento di cooperazione giudiziaria, si prevede, poi, che il procedimento trasferito venga celebrato secondo le norme dell'ordinamento a cui è stato trasmesso¹⁶².

A differenza della decisione quadro sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione, la proposta in esame appare, inoltre, maggiormente sensibile ai diritti dell'indagato e a quelli dell'eventuale vittima; anche se l'entità della tutela loro riconosciuta sembra ancora insufficiente. In particolare, la persona sottoposta alle indagini e quella offesa dal reato sono rese destinatarie di un diritto all'informazione sulla richiesta di trasferimento, che, tuttavia, appare imperfetto. La proposta, infatti, garantisce la conoscenza dell'accusato solamente «ove necessario e a norma della legislazione nazionale» (art. 8); in termini analoghi, essa impone di tenere in debita considerazione gli interessi della vittima, ma solo assicurando il rispetto delle garanzie che la normativa interna le riconosce. Inoltre, non è prevista alcuna forma di controllo sull'operato degli Stati.

Nonostante qualche aggiustamento appaia quindi necessario, la proposta del settembre 2009 costituisce un'iniziativa sicuramente apprezzabile, soprattutto in considerazione del risultato ben poco soddisfacente raggiunto con la decisione quadro 2009/948/GAI. L'applicazione combinata dei due strumenti potrebbe, infatti, porre un rimedio all'eccessiva genericità che connota la procedura di composizione dei conflitti di giurisdizione, la quale andrebbe comunque rivista sotto il profilo dell'obbligatorietà del meccanismo di soluzione del concorso degli accertamenti: l'adozione di una direttiva sulla

¹⁶¹ Questo pare il significato da attribuire all'art. 16, par. 2: «L'autorità trasferente non può avviare o riavviare il procedimento se è stata informata dall'autorità ricevente di una decisione adottata alla fine del procedimento nello Stato membro dell'autorità ricevente, se tale decisione presenta un ostacolo al proseguimento del procedimento in forza della legislazione di tale Stato membro».

¹⁶² Così a mente dell'art. 17.

scia della proposta di decisione quadro del settembre 2009 avrebbe, infatti, il pregio di colmare la lacuna sulla mancata individuazione della «soluzione più efficace», aggiungendo così un tassello decisivo al completamento di una disciplina che, ad oggi, appare ancora insufficiente.

10. La compatibilità dei meccanismi di composizione dei conflitti di giurisdizione con i principi costituzionali.

La decisione quadro 2009/948/GAI avrebbe dovuto ricevere attuazione da parte degli Stati membri entro il 15 dicembre 2012. Il legislatore italiano, confermando quella che oramai rappresenta quasi un'abitudine del nostro Paese, risulta tutt'ora inadempiente.

Nell'immaginare la futura opera di trasposizione interna del meccanismo volto a comporre i conflitti di giurisdizione, l'interprete potrebbe trovarsi a dover affrontare alcuni dubbi legittimi di compatibilità con il testo costituzionale. L'atto di rinuncia al procedimento a favore di altra autorità ritenuta maggiormente indicata a procedere, infatti, sottrae la persona accusata al suo giudice naturale e preclude l'esercizio o la continuazione dell'azione penale. Inoltre, qualora la procedura che sfocia nell'elezione della giurisdizione da preferire alle altre si esaurisse senza il coinvolgimento, nemmeno successivo, dei soggetti interessati - e in special modo dell'imputato - la gestione del conflitto rischierebbe di realizzarsi nell'inosservanza di quel diritto alla difesa che l'art. 24 Cost. definisce «inviolabile in ogni stato e grado del procedimento».

L'attuazione della normativa sovranazionale deve, dunque, essere preceduta da un rigoroso vaglio di compatibilità con gli artt. 24, 25 e 112 Cost.

Lo svolgimento di questa indagine necessita, tuttavia, di una precisazione di carattere metodologico: il particolare contesto in cui si collocano le disposizioni della cui conformità costituzionale si può dubitare, ovvero l'ordinamento europeo, impone talvolta un ripensamento delle tradizionali categorie, il cui contenuto è destinato ad arricchirsi di nuove sfumature¹⁶³. L'operazione è consentita dalla stessa fonte primaria, là dove, all'art.

¹⁶³ Questa necessità è avvertita dalla dottrina che si è occupata del tema: si vedano le riflessioni di N. GALANTINI, *Evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1574, la quale in relazione ai dubbi di compatibilità tra le forme di giurisdizione concordata e gli artt. 25 e 112 Cost. afferma come «se ne potrebbe prospettare il superamento sulla base dell'adesione dell'ordinamento alle regole pattizie che, come già rilevato, costituiscono ora un vincolo per il legislatore ai fini dell'assolvimento degli obblighi internazionali», precisando però che «Si tratta di questioni che esigono comunque una particolare riflessione». Analogamente L. LUPARIA, *op. cit.*, p. 118; M.L. DI BITONTO,

117 Cost., sancisce l'apertura del sistema italiano ai «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»¹⁶⁴, confermando con ciò quel favore già espresso dagli artt. 10, 11 e 26 Cost. L'interprete è, pertanto, reso edotto della necessità di avvicinarsi al tema con lenti diverse da quelle che lo guidano nella soluzione di problemi di rilevanza esclusivamente interna, ma con l'avvertimento che in nessun caso interpretazioni rispettose del dettato sovranazionale si possono tradurre in una negazione dei valori sottesi dai principi costituzionali¹⁶⁵.

Anticipando le conclusioni a cui si arriverà, non pare ravvisarsi un insanabile contrasto tra la Carta fondamentale e la possibilità che lo Stato italiano rinunci all'esercizio della giurisdizione. Ed, infatti, il tema non è nuovo: il nostro sistema conosce già fattispecie, seppur settoriali, di coordinamento di procedimenti penali¹⁶⁶. Tra di esse merita speciale menzione l'art. 4, d.lgs. 231/2001 in tema di responsabilità amministrativa egli enti derivante da reato, giacché costituisce l'unico esempio di regolamentazione di derivazione prettamente interna¹⁶⁷. Premessa la perseguibilità della *societas* avente la sede principale nel territorio italiano anche per i fatti commessi all'estero nei casi di cui agli artt. 7, 8, 9 e 10 c.p., la norma in parola sancisce una regola di priorità a favore della giurisdizione dello Stato del *locus commissi delicti*: in tali casi, pertanto, l'iniziativa interna a carico dell'ente è preclusa qualora nei suoi confronti stia procedendo l'autorità del luogo in cui è stato commesso il fatto¹⁶⁸.

op. cit., p. 2904 s.; F. DE LEO, *Le funzioni di coordinamento di Eurojust*, in Aa. Vv., *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, a cura di G. Melillo - A. Spataro - P. Vigna, Giuffrè, Milano, 2004, p. 106.

¹⁶⁴ Così a seguito della modifiche operate dalla legge costituzionale n. 3/2001: cfr. sul tema B. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro it.*, 2002, f. 5, c. 229 ss.

¹⁶⁵ In questi termini si è espressa la Corte Costituzionale nelle note "sentenze gemelle" nn. 348 e 349 del 2007, pubblicate entrambe in *Cass. pen.*, 2008, p. 2253 ss., con nota di V. PETRI, *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'ordinamento interno*. Per una recente valutazione delle norme sovranazionali quali parametri interposti cfr. Corte Cost., 23 gennaio 2013, n. 7, con nota di V. MANES, *La corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, cost.)*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 gennaio 2013.

¹⁶⁶ Si vedano, ad esempio, la legge 30 novembre 1955, n. 1345 di ratifica ed esecuzione della Convenzione tra gli Stati partecipanti al Trattato Nord Atlantico sullo Statuto delle loro Forze Armate, sottoscritta a Londra il 19 giugno 1951; la legge 14 febbraio 1994, n. 120, di conversione del decreto legge 28 dicembre 1993, n. 544, in materia di cooperazione con il Tribunale internazionale per i crimini commessi nella *ex* Jugoslavia e la legge 2 agosto 2002, n. 181, recante disposizioni in materia di cooperazione con il Tribunale internazionale competente per le medesime violazioni nei territori del Ruanda e degli Stati limitrofi.

¹⁶⁷ Si vedano, sul tema, G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 109 ss.; L.D. CERQUA, *L'applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle società estere operanti in Italia e alle società italiane per i reati commessi all'estero*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, p. 117 ss.; E. FUSCO, *Applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle banche estere*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, p. 179.

¹⁶⁸ Tale enunciazione non è stata, tuttavia, completata da una dettagliata disciplina dei modi di dismissione e di eventuale riassunzione del procedimento a carico dell'ente. Secondo L.D. CERQUA, *loc. cit.*, «Non pochi [sono] gli interrogativi che discendono da tale disciplina». In particolare, l'autore prospetta come indispensabile «una espressa regolamentazione legislativa, diretta soprattutto alla risoluzione dei conflitti di giurisdizione internazionale che potrebbero porsi». Egli prosegue, poi, auspicando «l'introduzione di una

La questione si pone, semmai, nella scelta delle modalità attraverso le quali tradurre nell'ordinamento interno la valutazione sulla maggior idoneità di altri alla conduzione dell'accertamento di comune interesse. Sul punto la decisione quadro non facilita il compito del legislatore: al di là delle lacune che gravano sulle procedure di contatto e consultazione, l'aspetto sicuramente più problematico è dato dalla mancanza di criteri volti a guidare le autorità in conflitto nella scelta della giurisdizione a cui riconoscere la preferenza. Questo profilo, più di ogni altro, avrebbe richiesto una regolamentazione uniforme: l'alternativa, ovvero la predisposizione di ordini di scelta determinati a livello nazionale, rischia, infatti, di paralizzare ogni tentativo di risoluzione della litispendenza qualora le preferenze espresse da un legislatore non combacino con quelle degli altri Stati membri.

Da un punto di vista classificatorio, la dinamica di composizione del concorso di accertamenti *de eadem re* potrebbe assumere i contorni di una causa codificata di improcedibilità: in presenza di una fattispecie con elementi di estraneità, suscettibile di interessare più giurisdizioni, l'autorità italiana sarebbe, dunque, legittimata a procedere solamente a patto che altro ordinamento non appaia maggiormente idoneo a condurre il giudizio di comune spettanza. Il superiore interesse ad una corretta amministrazione della giustizia, capace di aumentare l'efficacia dell'azione penale coordinando le iniziative interne e scongiurando moltiplicazioni di identiche pretese punitive¹⁶⁹, è senz'altro ascrivibile a quei valori autorizzati a limitare e condizionare l'attività del potere giudiziario¹⁷⁰. Pertanto, secondo il modello che qui si propone, il positivo esaurimento delle procedure di contatto e consultazione, ovvero il raggiungimento di un accordo che porta lo Stato italiano a rinunciare all'esercizio della giurisdizione, condurrebbe alla pronuncia di un provvedimento di archiviazione o, ad azione penale già esercitata, di una sentenza di non doversi procedere.

Effettuata questa premessa e calandosi, dunque, nel vivo dell'indagine, si ritiene doveroso liberare il campo da quello che potrebbe essere definito un falso argomento, ovvero il

speciale causa di rinuncia alla giurisdizione, subordinata all'effettivo esercizio dell'azione penale da parte degli organi competenti dello Stato estero; con l'espressa previsione di una reviviscenza della giurisdizione italiana in caso di mancato esercizio all'estero dell'azione penale per il medesimo fatto...[ovvero] una norma analoga a quella dell'art. 345 c.p.p.». Alternativamente ritiene applicabile «la disposizione generale dell'art. 20 c.p.p., che consente al giudice di dichiarare il difetto di giurisdizione in ogni stato e grado del procedimento e del processo».

¹⁶⁹ In questi termini si esprime il *considerandum* n. 2 della decisione quadro 2009/948/GAI.

¹⁷⁰ Sulla giustificazione costituzionale delle condizioni di procedibilità cfr. R. ORLANDI, voce *Condizioni di procedibilità*, in *Enc. giur.*, VII, Treccani, Roma, 1989, p. 5 s. e ID, voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Utet, Torino, 1995, p. 48 s.

paventato contrasto tra la dinamica di risoluzione del concorso delle giurisdizioni e il principio del giudice naturale precostituito per legge.

Effettivamente, in prima battuta potrebbero sorgere dubbi di compatibilità con il precetto costituzionale: qualora lo Stato italiano non venisse ritenuto il foro più indicato a procedere e, pertanto, “soccombesse” nella composizione del conflitto, l’acusato verrebbe distolto dall’organo giudicante precostituito sulla base delle norme che disciplinano la competenza. L’abdicazione del giudizio a favore di altra autorità, appartenente ad un diverso ordinamento, comporta, infatti, l’inosservanza di quelle disposizioni; con la conseguenza che la responsabilità della persona sottoposta alle indagini verrebbe vagliata da un soggetto diverso da quello risultante a seguito di una corretta applicazione degli artt. 4 ss. c.p.p. Da ciò la denunciata incompatibilità della rinuncia all’accertamento con il precetto contenuto nel primo comma dell’art. 25 Cost.¹⁷¹

In realtà, la conformità del meccanismo in esame alla garanzia costituzionale deriva, più semplicemente, dall’individuazione del preciso ambito di applicazione che la riguarda. Come ha avuto modo di affermare a più riprese la Corte Costituzionale, la funzione dell’art. 25, comma 1 Cost. è quella di presiedere alla regolamentazione «delle competenze dei giudici all’interno dell’ordinamento», con la conseguenza di essere «del tutto estraneo ad una fattispecie...che si propone invece di regolare il coordinamento tra le giurisdizioni di diversi Stati e dalla cui applicazione dipende non già quale giudice debba procedere, ma se vi debba essere un processo nello Stato italiano»¹⁷². In termini più ampi, la Corte ha, inoltre, chiarito come il contenuto della nozione di giudice naturale debba essere definito non solo sulla base della determinazione legislativa di una serie di norme volte a fondare una competenza generale, ma comprenda in sé anche ulteriori disposizioni di carattere particolare, derogatorie delle prime e fondate su un corretto bilanciamento degli interessi

¹⁷¹ Ritiene incompatibili con la garanzia costituzionale i meccanismi di rinuncia alla giurisdizione a favore di altro ordinamento ritenuto più idoneo S. CATALANO, *op. cit.*, p. 426 s., secondo il quale «Se la norma, dunque, impone alla legge di assicurare che l’organo chiamato a decidere una controversia sia determinato, prima che essa insorga, in base a regole certe, risulta difficilmente ammissibile, nel nostro ordinamento, una disciplina come quella descritta, evidentemente finalizzata ad una scelta della giurisdizione da effettuarsi caso per caso ed in base a scelte discrezionali di soggetti, per altro, potenzialmente non appartenenti all’ordine giudiziario. In effetti, dalla descrizione della disciplina si evince che le autorità nazionali decidono in assenza di canoni univoci e assolutamente inidonei a determinare in anticipo lo Stato avente la giurisdizione».

¹⁷² Così Corte Cost., 26 settembre 1990, n. 446, avente ad oggetto il controllo di legittimità costituzionale dell’art. 2 della legge 30 novembre 1955, n. 1335 di ratifica ed esecuzione della Convenzione tra gli Stati partecipanti al Trattato Nord Atlantico sullo Statuto delle loro Forze Armate. La decisione è pubblicata in *Cass. pen.*, 1991, p. 1000 ss., con nota di L. SALAZAR, *Nuovo riconoscimento da parte del Giudice delle Leggi del principio La loi suit le drapeau*. L’orientamento espresso dalla Consulta trova, peraltro, un precedente in Corte Cost., 27 giugno 1973, n. 96, in *Giur. cost.*, 1973, p. 975, con nota di P. PETTA, *La Costituzione e la Convenzione sullo status delle truppe N.A.T.O.* Formula osservazioni critiche M. POLITI, *Giurisdizione penale sul personale della N.A.T.O. e problemi di costituzionalità*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1974, p. 471 ss. (spec. p. 477 ss.).

coinvolti¹⁷³. Pertanto, qualora sussista una disposizione *ad hoc* che stabilisca una precisa ipotesi di rinuncia all'esercizio della giurisdizione a favore di altro giudice ugualmente precostituito alla stregua di quello italiano, la garanzia costituzionale può considerarsi rispettata¹⁷⁴.

Le conclusioni ai cui è giunto il Giudice delle leggi non possono che condividersi: l'ampliamento dell'area di operatività del precetto costituzionale al piano sovranazionale presupporrebbe, infatti, una precisa e dettagliata ripartizione della giurisdizione a livello mondiale, così come accade nel sistema interno. Un obiettivo, a ben vedere, pressoché irraggiungibile. Senza contare, poi, che all'origine degli accertamenti concorrenti vi sono fattispecie con elementi di estraneità e, dunque, come tali, destinatarie di tanti giudici naturali quanti sono gli ordinamenti con i quali presentano criteri di collegamento.

11. (segue): *obbligatorietà dell'azione penale e diritto di difesa.*

La questione è destinata a complicarsi nel momento in cui l'indagine si allarga ad altri parametri costituzionali e, in particolare, al principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale¹⁷⁵. Benché, come noto, il canone di doverosità dell'agire che connota l'operato del pubblico ministero trova quale suo limite la superfluità o inutilità del processo, nei sistemi, come quello italiano, ispirati a tale valore, la rinuncia all'accertamento potrebbe costituire un'ipotesi di indebita inazione del rappresentante dell'accusa, la quale, ove non formalizzata in specifiche disposizioni derogatorie, rischierebbe di determinare un'insanabile contrasto con i principi della fonte primaria. Tale preoccupazione è stata avvertita e fatta propria anche dalla Commissione

¹⁷³ In questi termini Corte Cost., 16 giugno 1971, n. 139.

¹⁷⁴ Nello stesso senso O. DOMINIONI – M. PISANI, *op. cit.*, p. 177. Secondo gli autori, che affrontano il problema con specifico riguardo al trasferimento dei procedimenti penali, «ciò che si verifica nell'ordinamento interno...è l'arresto di un tale processo avanti l'autorità giudiziaria italiana, suggellato da una pronuncia di "non doversi procedere" o di "difetto di giurisdizione" per tale causa. Il fatto che tale vicenda sia connessa a un processo che si instaura avanti a una autorità giudiziaria di altro Stato è da ritenersi irrilevante rispetto all'art. 25, comma 1° Cost., il cui precetto presiede alla disciplina delle competenze dei giudici all'interno dell'ordinamento e non anche al coordinamento fra le giurisdizioni di diversi Stati». Condividono le conclusioni della Corte costituzionale anche L. LUPARIA, *op. cit.*, p. 126 s.; M.L. DI BITONTO, *op. cit.*, p. 2905.

¹⁷⁵ Sul principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale si rinvia ad alcuni fondamentali contributi: M. CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*, in Aa. Vv., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 91 ss.; ID, *L'azione penale tra diritto e politica*, Cedam, Padova, 1995, p. 31 ss.; F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Jovene, Napoli, 1994, p. 337 ss.; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 7 ss.; F. CORDERO, voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 1025; V. GREVI, *Archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1281 ss. In generale sull'azione penale cfr. E. MARZADURI, voce *Azione*, in *Enc. giur.*, IV, Treccani, Roma, 1996, p. 1 ss.

dell'Unione europea, la quale, nel più volte citato Libro verde del 2005¹⁷⁶, suggerisce una rilettura del principio in parola: all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia esso potrebbe ritenersi «soddisfatto quando un altro Stato membro, in quella fattispecie, esercita l'azione penale.» La formula è stata, poi, riproposta al *considerandum* n. 12 della decisione quadro 2009/948/GAI.

Anche riguardo a questo secondo parametro costituzionale non sembrano ravvisarsi ostacoli insuperabili: quello di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale è senz'altro un principio suscettibile di subire deroghe in conseguenza dell'apertura dell'ordinamento italiano alla dimensione sovranazionale. Il rigore espresso dalla norma può, quindi, essere oggetto di un prudente bilanciamento con interessi altrettanto meritevoli di tutela e tali da giustificare la riduzione di sovranità che ne deriva¹⁷⁷. L'aspetto problematico, lo si è già anticipato, sta nel tradurre tali affermazioni in disposizioni compatibili con il sistema complessivamente considerato: è di tutta evidenza come la decisione sulla rinuncia all'accertamento interno non possa essere assunta secondo valutazioni discrezionali, se non addirittura arbitrarie, dell'autorità giudiziaria¹⁷⁸. Ed è qui che pesa maggiormente la mancanza di indicazioni da parte della decisione quadro: i criteri esemplificati al *considerandum* n. 9, di carattere non vincolante e richiamati senza alcun ordine gerarchico, non possono certo ritenersi dei parametri sufficienti ad orientare la decisione del rappresentante dell'accusa e del giudice chiamato a controllarne l'operato.

La giurisprudenza ha già avuto modo di chiarire questo aspetto nell'affrontare la normativa di attuazione della legge di esecuzione della Convenzione di Londra sullo Statuto delle Forze Armate N.A.T.O.¹⁷⁹

Il documento pattizio, come noto, introduce un riparto di giurisdizioni articolato come segue: ad ipotesi di legittimazione esclusiva del Paese di origine (art. VII, n. 2, *lett. a*) e di quello di soggiorno (art. VII, n. 2, *lett. b*) sono affiancati casi di competenza concorrente con diritto di priorità (art. VII, n. 3, *lett. a e b*). In quest'ultima evenienza, lo Stato a cui è

¹⁷⁶ A pag. 4 la Commissione rileva come «Astenersi dall'esercitare un'azione penale (o interromperne una in corso) potrebbe sollevare problemi per l'ordinamento giuridico degli Stati membri che aderiscono al principio di legalità, in quanto le autorità competenti hanno il dovere di perseguire ogni reato che rientra nella loro competenza. Ciò potrebbe sollevare problemi in particolare se il principio è stabilito dalla Costituzione nazionale»

¹⁷⁷ Per un commento al fondamento costituzionale delle deroghe alla sovranità si rinvia a A. CASSESE, *Sub art. 11, in Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali. Artt. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, p. 577 ss. Secondo l'autore, «La locuzione [*limitazioni di sovranità*] è stata usata in senso lato, per designare, in generale, l'imposizione di penetranti obblighi giuridici che vincolano la condotta dello Stato. Essa quindi include sia limitazioni della sovranità in senso tecnico, sia ampie ed incisive restrizioni della sfera di libertà giuridica dello Stato» (cfr. p. 581).

¹⁷⁸ In questi termini R. ORLANDI, voce *Condizioni di procedibilità*, cit., p. 5.

¹⁷⁹ Si tratta del D.P.R. 2 dicembre 1956, n. 1666.

riservata la giurisdizione, ovvero quello di invio, può rinunciarvi, consentendone l'esercizio alla Nazione ricevente¹⁸⁰. La Convenzione, tuttavia, non si è spinta sino ad occuparsi dei dettagli tecnici attraverso i quali attuare tale previsione. Nella più ampia libertà lasciata alle parti contraenti, il nostro ordinamento ha assegnato al Ministro della Giustizia la legittimazione alla rinuncia. L'autorità giudiziaria, infatti, è chiamata soltanto a ratificare tale decisione, a seguito di un controllo meramente formale sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge¹⁸¹.

Sebbene il testo pattizio non ponesse vincoli di sorta, la decisione del legislatore si è rivelata pressoché obbligata: come ha avuto modo di osservare la Corte di legittimità «è ovvio che la facoltà [*di rinuncia*], lungi dall'appartenere all'Autorità giudiziaria, che è vincolata alla rigorosa osservanza dei principi della officialità e della indisponibilità dell'azione penale, pertiene al più qualificato organo del potere amministrativo, posto che essa sottintende una valutazione di natura squisitamente politica»¹⁸². Gravate da un insopprimibile tasso di discrezionalità, le considerazioni sull'opportunità di lasciar condurre ad altri l'accertamento processuale sono state, dunque, correttamente assegnate all'unica autorità legittimata ad agire in tal modo.

La questione dei rapporti tra obbligatorietà dell'azione penale e litispendenza europea ha attirato l'interesse di una parte della dottrina interna. Tuttavia, gli studiosi che se ne sono occupati appaiono maggiormente impegnati a giustificare l'inazione del pubblico ministero che a definire i contorni della procedura attraverso la quale dismettere l'accertamento interno.

Ed infatti, molte delle soluzioni elaborate cercano la risposta al problema nel dato normativo già esistente. Ma, per le ragioni già anticipate, quella non sembra una via

¹⁸⁰ Secondo G. FRANCHI, *Giurisdizione italiana e cosa giudicata*, Cedam, Padova, 1967, p. 27 «Si potrebbe anche sostenere che il concorso è, di conseguenza, apparente, dato che in realtà non vi è mai nello stesso momento più di uno Stato munito di giurisdizione attuale»

¹⁸¹ La disposizione di riferimento è l'art. 1 del citato D.P.R. n. 1666/1956 che, al terzo comma, recita come segue «Le istanze di rinuncia al diritto di priorità nell'esercizio della giurisdizione riconosciuto allo Stato italiano ai sensi dell'art. VII, paragrafo 3, lettera b), della Convenzione sono dirette al Ministro della giustizia, per il tramite del Ministero degli affari esteri, del procuratore della Repubblica presso il più vicino Tribunale ovvero, dopo la chiusura delle indagini preliminari, del giudice che procede. A tal fine, il procuratore della Repubblica o il giudice inoltrano le istanze, con un rapporto informativo, rispettivamente al Procuratore generale o al Presidente del Tribunale o della Corte che le trasmettono immediatamente con le osservazioni del caso»; a mente del settimo comma, poi, «Il giudice, accertata l'esistenza delle condizioni previste dalla legge per l'ammissibilità e la validità della rinuncia, dichiara con sentenza la rinuncia al diritto di priorità nell'esercizio della giurisdizione.»

¹⁸² Così Cass., Sez. I, 29 marzo 1982, Hanlon, in *Cass. pen.*, 1983, p. 2033 s. La Corte si era già pronunciata in termini analoghi in alcune decisioni precedenti: cfr., ad esempio, Cass., Sez. III, 21 marzo 1962, Kinard, in *C.E.D. Cass.* n. 098837; S.U., 10 dicembre 1957, Schulties, in *C.E.D. Cass.* n. 097845. In dottrina, sul tema, R. GHIRON, *Esercizio della giurisdizione penale nell'ambito della Convenzione sullo status delle truppe NATO*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3056 ss. (nota di commento a Cass., Sez. I, 27 gennaio 1997, Thierry Bonne); F. TERRUSI, *La giurisdizione penale sui militari N.A.T.O.*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1621 ss.

percorribile: si reputa, infatti, imprescindibile un intervento del legislatore finalizzato ad introdurre una disciplina *ad hoc*.

Così, alcuni autori, condividendo lo spunto offerto dalla Commissione nel Libro verde del 2005, ritengono necessario un aggiornamento del precetto costituzionale alla luce dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea¹⁸³: la dimensione multilivello dei moderni ordinamenti imporrebbe, in particolare, una considerazione unitaria dei diversi sistemi di giustizia penale, sicché il pubblico ministero potrebbe validamente rinunciare all'esercizio dell'azione penale ove tale abdicazione avvenisse a favore di uno degli altri membri dell'Unione.

Ma anche attenendosi a letture più tradizionali, una parte di tale dottrina giunge a considerazioni analoghe. Nel contestuale procedere *de eadem re et persona* di altro Stato membro considerato *mieux placé*, viene, infatti, ravvisata un'ipotesi di superfluità del giudizio che, secondo l'interpretazione dell'art. 112 Cost. richiamata poco sopra, legittimerebbe l'inazione del rappresentante dell'accusa: condurre un accertamento identico a quello pendente in uno degli altri ordinamenti europei che, nel caso specifico, appare maggiormente indicato ad instaurare il processo, si profilerebbe, secondo tale orientamento, come un'attività del tutto inutile e suscettibile, pertanto, di subire un arresto legittimo.¹⁸⁴

Un percorso simile viene indicato da altri autori che, per l'ipotesi di mancato accordo tra gli Stati, valorizzano la portata dell'art. 125 disp. att. c.p.p.¹⁸⁵. Nell'imporre al pubblico ministero la scelta dell'inazione ogniqualvolta il substrato conoscitivo emerso dalle indagini preliminari si palesi inidoneo a sostenere l'accusa in giudizio, la norma citata potrebbe rappresentare l'epilogo attraverso il quale concludere il procedimento italiano in presenza di un omologo accertamento in altro Stato dell'Unione, «ove magari sia stato commesso il reato, si venga a trovare il prevenuto e, soprattutto, sia accentrato il maggior numero di potenziali elementi probatori»¹⁸⁶. Per tale via, si introdurrebbe, in sostanza, una valutazione di inidoneità di carattere relativo, in forza della quale l'inadeguatezza delle

¹⁸³ Secondo F. DE LEO, *loc. ult. cit.*, l'interpretazione del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale deve tenere conto della sua «collocazione all'interno di un plesso ordinamentale che comprenda anche sistemi giudiziaria diversi dal nostro, sì che la rinuncia a esercitare la giurisdizione è del tutto accidentale quando abbia carattere solo relativo perché a favore di un altro ordinamento»; M.L. DI BITONTO, *op. cit.*, p. 2910 ss.

¹⁸⁴ Così M.L. DI BITONTO, *loc. ult. cit.* L'autrice richiama a sostegno della sua tesi anche le Sezioni unite, 28 giugno 2005, Donati, *cit.*, le quali, sulla scorta di una lettura estensiva dell'art. 649 c.p.p. hanno conferito un formale riconoscimento all'istituto della litispendenza, la cui disciplina è stata omessa dal legislatore dell'88-89.

¹⁸⁵ Suggestiscono tale percorso interpretativo N. ROSSI, *Corruzione di pubblici ufficiali stranieri ed esercizio dell'azione penale in Italia*, in *Quest. giust.*, 2008, p. 176 s.; L. LUPARIA, *op. cit.*, p. 131 ss.

¹⁸⁶ L. LUPARIA, *op. cit.*, p. 133.

indagini interne a fondare il successivo giudizio altro non sarebbe che il risultato di una comparazione tra ordinamenti che procedono *in idem*: qualora da tale raffronto emergesse che effettivamente l'accusa procedente altrove è in grado di meglio esercitare l'azione penale, il pubblico ministero italiano dovrebbe determinarsi alla richiesta di un provvedimento di archiviazione¹⁸⁷. La successiva possibilità di ottenere la riapertura delle indagini consentirebbe, inoltre, di rimediare all'interruzione del procedimento interno ogniqualvolta il mutamento delle circostanze su cui si è fondato il giudizio di maggior idoneità dell'accertamento parallelo dovesse comportarne una rivalutazione.

Le letture dell'art. 125 disp. att. c.p.p. ora prospettate non sembrano condivisibili. Al di là della dubbia praticabilità di siffatte interpretazioni dei concetti di inutilità e inidoneità dell'azione penale, implicanti valutazioni gravate da un insopprimibile tasso di discrezionalità che non pertiene all'autorità giudiziaria¹⁸⁸, la loro portata pare, invero, destinata a ridimensionarsi non appena si consideri il ristretto ambito di applicazione che le caratterizza e le rende inoperanti nei casi in cui il pubblico ministero italiano abbia già formalizzato la pretesa punitiva.

Seguendo la medesima prospettiva di valorizzazione degli strumenti già esistenti, altra dottrina¹⁸⁹ suggerisce, allora, di ricorrere alla pronuncia che dichiara il difetto di giurisdizione *ex art. 20 c.p.p.*, sulla considerazione che talvolta la giurisprudenza si è avvalsa di tale declaratoria anche nelle ipotesi di carenza di una condizione di procedibilità¹⁹⁰. Più nel dettaglio, nella situazione in esame, l'ostacolo all'esercizio dell'azione penale, coincidente con la contestuale iniziativa assunta in altro Stato membro, viene ascritto al novero delle condizioni di procedibilità atipiche, di cui all'art. 345, comma 2 c.p.p.¹⁹¹

¹⁸⁷ Si esprime nei termini di un'inidoneità «relativa» N. ROSSI, *op. cit.*, p. 176.

¹⁸⁸ I deficit della soluzione prospettata sono noti anche L. LUPARIA, *loc. ult. cit.* Il ricorso all'archiviazione per contestuale pendenza di un identico procedimento in altro Paese dell'Unione ha, peraltro, trovato qualche applicazione giurisprudenziale: cfr. il decreto emesso dall'Ufficio del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bolzano in data il 22 dicembre 2004, la cui massima è stata pubblicata in *Cass. pen.*, 2006, p. 3359, con nota di N. GALANTINI, *Commento alla soluzione di un caso di litispendenza internazionale*. Sebbene, in quell'occasione, il giudice si sia determinato all'archiviazione del procedimento «perché per il medesimo fatto procede l'Autorità giudiziaria tedesca, che ha disposto la custodia cautelare in carcere dell'indagato», è necessario tenere in considerazione che la richiesta del pubblico ministero era stata motivata, oltre che dalla litispendenza europea, anche dalla circostanza che le indagini «non hanno consentito il recupero [...] della prova principale della sussistenza dell'omicidio» e, pertanto, l'azione penale difficilmente avrebbe potuto considerarsi sostenibile in giudizio.

¹⁸⁹ N. GALANTINI, *op. ult. cit.*, p. 3364 ss.

¹⁹⁰ Il richiamo corre ancora a N. GALANTINI, *loc. ult. cit.*, la quale, a sua volta, rimanda alle pagine di T. TREVES, *op. cit.*, p. 181 s.

¹⁹¹ Secondo N. GALANTINI, *loc. ult. cit.*, «L'omissione delle iniziative dell'autorità straniera necessarie alla instaurazione e alla prosecuzione del procedimento, può essere d'altra parte inquadrata tra le condizioni di procedibilità atipiche» Suggestiscono di ricondurre al catalogo di tali condizioni dell'agire «l'atto con cui il

Questo orientamento sembra, tuttavia, fondarsi su di un'opinione¹⁹², peraltro non unanime, formatasi nell'ambito della dottrina internazionalistica, che ritiene di poter denominare «criteri di giurisdizione» quei presupposti che il lessico penalistico qualifica come «condizioni di procedibilità». La differente terminologia utilizzata si rifletterebbe, in particolare, nella formula di proscioglimento da adottarsi ogniqualvolta si accerti la mancanza di uno o più di tali requisiti: alla sentenza di non doversi procedere perché l'azione non avrebbe potuto essere iniziata, l'orientamento in esame sostituisce l'ipotesi del difetto di giurisdizione¹⁹³.

A ben vedere, tuttavia, le declaratorie in parola presuppongono situazioni diverse e tra di loro incompatibili: la sentenza che dichiara la mancanza di una condizione di procedibilità si fonda su un'implicita statuizione circa la sussistenza del potere di *ius dicere*, al cui difetto è, invece, preordinata la pronuncia di cui all'art. 20 c.p.p.¹⁹⁴, e rileva la presenza, nel caso specifico, di un impedimento all'esercizio o alla continuazione

ministro della giustizia richiede a uno Stato estero di accogliere il trasferimento di un processo penale ovvero accoglie analoga richiesta proveniente dall'estero» O. DOMINIONI – M. PISANI, *op. cit.*, p. 178.

¹⁹² T. TREVES, *op. cit.*, p. 45 ss., 126 ss. e 179 ss. L'autore, in particolare, distingue tra «criteri di applicazione delle norme penali» e «criteri di giurisdizione». Rientrerebbero nel primo gruppo «i criteri di collegamento necessari affinché il fatto corrisponda alla fattispecie di reato» (p. 46); nel secondo quelle «circostanze, di vario tipo, positive o negative, obiettive o volontariamente poste in essere da determinati soggetti, la cui presenza...consente di esercitare la giurisdizione penale» (p. 126). Proseguendo nell'argomentazione, l'autore precisa come afferiscano al gruppo dei «criteri di giurisdizione obiettivi quello, positivo, della presenza del colpevole nel territorio dello Stato, che è previsto negli artt. 9 e 10 cod. pen., e quelli negativi, della mancata concessione o accettazione dell'extradizione, indicato nei medesimi articoli, e della mancanza di giudizio all'estero che si ricava dal capoverso dell'art. 11 cod. pen. Viceversa sono criteri volontari, e positivi, quelli, che si rilevano negli artt. 8, 9 e 10 cod. pen., costituiti dalla istanza, dalla querela e dalla richiesta del ministro della giustizia» (p. 127). A diverse conclusioni giunge P. ZICCARDI, *op. cit.*, p. 481 s., il quale, muovendo dalla premessa che anche il procedimento di estradizione costituisce una forma di perseguimento penale del reo e, dunque, di esercizio della giurisdizione, ritrova nella disciplina della procedura di consegna una conferma del fatto che «le limitazioni che lo Stato pone all'esercizio dell'azione penale sono il riflesso di considerazioni di opportunità pratica...ma non sono un limite necessario della sfera di fatti cui possa estendersi la giurisdizione». Analogamente F. DEAN, *op. cit.*, p. 55; O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 235 ss., secondo il quale operare una corretta distinzione tra presupposti della giurisdizione e della procedibilità «è di valore decisivo per una puntuale ricostruzione delle rispettive vicende processuali, dove, sotto le diverse tecniche che le esprimono, si intravedono, spesso, le differenti scelte politico-legislative da cui procedono» (cfr. p. 247). In tempi più recenti rispetto a quelli in cui scrivevano gli Autori, cfr. Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2001, Ferrarese, in *C.E.D. Cass.*, n. 218767, che, risolvendo un contrasto quasi ventennale, ha precisato come la clausola di specialità dell'extradizione debba essere ascritta al novero delle condizioni di procedibilità atipiche e non ai presupposti della giurisdizione. In termini analoghi Cass., Sez. Un., 29 novembre 2007, Paziienza, in *C.E.D. Cass.*, n. 238953.

¹⁹³ Ancora T. TREVES, *op. cit.*, p. 181, il quale peraltro rileva come, nel caso prospettato, «la giurisprudenza, ed anche la dottrina, rispondono senza esitazioni affermando che il proscioglimento si deve concretare in una sentenza di non doversi procedere perché l'azione non avrebbe potuto essere iniziata». Sul tema delle formule di proscioglimento si rinvia all'approfondito lavoro di F.B. MORELLI, *Le formule di proscioglimento. Uno studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 2010.

¹⁹⁴ Riguardo all'art. 20 c.p.p. si vedano i commenti di M. PISANI, voce *Giurisdizione penale*, in *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 388; A. PIGNATELLI, sub *Art. 20 c.p.p.*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. I, Utet, Torino, 1989, p. 133 ss.; A. MACCHIA, sub *Art. 20 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. I, Soggetti, Giuffrè, Milano, 1998, p. 111 ss.; G.M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 385 ss.; M. RICCIARELLI, *L'esercizio della funzione giurisdizionale: dalla competenza al riparto di giurisdizioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. I, *Soggetti e atti*, t. 1, a cura di G. Dean, Utet, Torino, 2009, p. 112 ss.

dell'azione penale, frutto di un bilanciamento tra interessi contrapposti e dotati tutti di rilievo costituzionale¹⁹⁵.

La carenza di giurisdizione è richiamata, anche, da altri autori che, correttamente, contrappongono tale pronuncia a quella che dichiara il non doversi procedere¹⁹⁶.

Astrattamente considerata, tale via potrebbe anche essere percorribile: a differenza dell'art. 38 c.p.p. 1930¹⁹⁷, l'art. 20 c.p.p. trova applicazione, oltre che nei casi di difetto relativo di giurisdizione, anche nelle ipotesi in cui la materia sottoposta al giudice penale non appartenga alla cognizione di nessuna autorità italiana. Ad una simile conclusione induce il testo stesso della disposizione in esame: nel prevedere che la trasmissione degli atti del processo all'autorità competente debba essere disposta solamente «se del caso», il secondo comma pare riferirsi proprio all'ipotesi del difetto assoluto di giurisdizione¹⁹⁸. In tale evenienza, infatti, non vi è alcun organo dell'ordinamento italiano legittimato ad occuparsi della regiudicanda e al quale inoltrare la documentazione delle attività espletate fino a quel momento¹⁹⁹. Il riconoscimento della maggior idoneità dell'accertamento *in*

¹⁹⁵ Sul punto si rinvia alle osservazioni di R. ORLANDI, voce *Procedibilità (condizioni di)*, cit., p. 49 s.

¹⁹⁶ Si veda il già citato contributo in tema di trasferimento dei procedimenti penali di O. DOMINIONI-M. PISANI, *op. cit.*, p. 176. Secondo gli autori l'accoglimento della richiesta di trasferimento formulata dall'autorità italiana «importa l'insorgere di un ostacolo a perseguire il reato che è oggetto di essa. A seconda delle scelte normative tale ostacolo può configurarsi, nella legge italiana, come causa di improcedibilità o di difetto di giurisdizione». Quest'opinione è stata, poi, riproposta da G. DE AMICIS, *Sul trasferimento*, cit., p. 1249. Un'analoga alternativa è prospettata da L.D. CERQUA, *op. cit.*, p. 117, in riferimento all'art. 4, d.lgs. 231/2001. L'autore prospetta come indispensabile un intervento del legislatore volto a completare la sommaria disciplina introdotta dall'articolo citato mediante «l'introduzione di una speciale causa di rinuncia alla giurisdizione, subordinata all'effettivo esercizio dell'azione penale da parte degli organi competenti dello Stato estero; con l'espressa previsione di una reviviscenza della giurisdizione italiana in caso di mancato esercizio all'estero dell'azione penale per il medesimo fatto...[ovvero] una norma analoga a quella dell'art. 345 c.p.p.». Alternativamente ritiene applicabile «la disposizione generale dell'art. 20 c.p.p., che consente al giudice di dichiarare il difetto di giurisdizione in ogni stato e grado del procedimento e del processo».

¹⁹⁷ Sull'assetto vigente all'epoca del codice Rocco cfr. O. DOMINIONI, *Sulle sentenze penali che dichiarano il «difetto di giurisdizione» dell'autorità giudiziaria italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 737 ss., nota di commento a Tribunale di Milano, 25 novembre 1966, *Jajan e altri*. L'autore osserva come «il difetto di giurisdizione delineato dalle norme pattizie...non trova riscontro nelle previsioni codificate degli schemi decisorii. Tuttavia a tali provvedimenti...non può essere negata cittadinanza nel nostro sistema processuale penale, dal momento che trovano il loro presupposto in una normativa contenuta in Convenzioni internazionali rese esecutive, e accertano una invalidità processuale intervenuta al proposito. Per denotare questa loro peculiarità nei confronti di quelli che trovano specifica previsione nel codice di procedura penale, tali provvedimenti potranno essere detti anomali o atipici o innominati, in quanto riproducono una situazione che non trova rispondenza in alcuna delle formule disposte dal legislatore».

¹⁹⁸ Sul tema M. MONTAGNA, *Le verifiche sulla giurisdizione: presupposti e modalità di soluzione*, in Aa. Vv., *La giustizia penale differenziata*, vol. III, *Gli accertamenti complementari*, coordinato da M. Montagna, Giappichelli, Torino, 2011, p. 250 ss. *Contra* A.F. PANZERA, voce *Giurisdizione penale (limiti)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Utet, Torino, 1992, p. 4 ss., secondo il quale «anche nel nuovo codice di procedura penale le disposizioni che contemplano la giurisdizione – sia in generale (art. 1) sia con riguardo alle ipotesi di difetto (art. 20) e di conflitto (art. 28) di giurisdizione – palesemente attengono solo ai rapporti fra giudici ordinari e giudici speciali».

¹⁹⁹ Una conferma di quanto appena affermato si ritrova, poi, nella relazione che ha accompagnato la presentazione del progetto definitivo del codice di rito: le osservazioni governative precisano, infatti, che l'inciso in esame è stato aggiunto proprio allo scopo di «rendere applicabile la norma anche all'ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione». Cfr. la *Relazione al progetto definitivo*, in G. CONSO – V. GREVI – G.N. MODONA,

idem condotto all'estero potrebbe, quindi, assumere la veste di una vera e propria dismissione di parte della sovranità; un difetto, però, necessariamente *sopravvenuto*, atteso che la rinuncia determina il venir meno di una legittimazione *ab origine* sussistente. In caso contrario, l'istituto del conflitto di giurisdizione sarebbe, infatti, richiamato impropriamente.

Seppur in ipotesi ammissibile, tale soluzione non sembra, però, presentare particolari vantaggi: il medesimo risultato, ovvero l'abdicazione dell'accertamento interno, può, infatti, essere raggiunto senza la necessità di spogliarsi di una porzione del potere sovrano, ma decidendo semplicemente di non farne uso in quel caso specifico.

Sulla base delle osservazioni fino ad ora formulate, appare dunque maggiormente condivisibile l'opinione di quanti non ritengono percorribile la via del dato normativo già esistente e propugnano, al contrario, l'introduzione di una specifica causa di improcedibilità²⁰⁰.

La novella legislativa avrebbe lo scopo precipuo di permettere al pubblico ministero di non intraprendere l'esercizio dell'azione penale ovvero di interromperlo, se già avviato, nei casi di contemporanea pendenza all'estero di un giudizio *in idem*, condotto da un'autorità considerata maggiormente idonea all'accertamento del fatto. La litispendenza europea assumerebbe, così, i contorni di una causa codificata di improcedibilità, suscettibile di determinare, a seconda della fase in cui la si accerta, la pronuncia di un provvedimento di archiviazione o di una sentenza di non doversi procedere. Le ipotesi di dismissione del procedimento ora prospettate andrebbero, inoltre, completate da un elenco di criteri in grado di orientare e, soprattutto, vincolare l'autorità giudiziaria italiana nella conclusione di accordi sull'elezione della giurisdizione a cui riconoscere la precedenza, non sembrando questo un aspetto suscettibile di essere rimesso a scelte discrezionali senza creare attriti con il precetto costituzionale²⁰¹. In caso contrario, come già anticipato, la decisione dovrebbe essere attribuita all'organo politico.

La soluzione proposta si pone in linea con alcuni precedenti conosciuti dal nostro ordinamento: esempi di questo modo di procedere si ritrovano nella legge 14 febbraio

Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, vol.V, Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice, Cedam, Padova, 1990, p. 90.

²⁰⁰ Così M. PANZAVOLTA, *op. cit.*, p. 138 s.; E. CALVANESE - G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 3603; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti*, cit., p. 1180 s.; F. SPIEZIA, *Crimine transnazionale*, cit., p. 144 s.

²⁰¹ Sul punto si condividono *in toto* le osservazioni di M. PANZAVOLTA, *op. cit.*, p. 139, nota n. 95, secondo il quale «L'idea che l'autorità nazionale possa essere vincolata all'azione (o all'inazione) in forza della propria volontà, espressa nell'accordo con tutti gli altri inquirenti, è assolutamente inapplicabile a sistemi ad azione penale obbligatoria, nei quali l'interesse alla persecuzione del reato è un interesse generale della collettività, non abbandonato alle scelte personali di un procuratore dello Stato»

1994, n. 120, di conversione del decreto legge 28 dicembre 1993, n. 544, in materia di cooperazione con il Tribunale internazionale per i crimini commessi nella *ex* Jugoslavia e nella legge 2 agosto 2002, n. 181, recante disposizioni in materia di cooperazione con il Tribunale internazionale competente per le medesime violazioni nei territori del Ruanda e degli Stati limitrofi.

Entrambi i testi contengono un articolo rubricato «Trasferimento di procedimenti penali», che nei casi di richiesta di trasmissione della procedura da parte del Tribunale internazionale, prevede che il giudice italiano, previa celebrazione di un'udienza a norma dell'art. 127 c.p.p., pronunci sentenza di non doversi procedere per l'esistenza della giurisdizione prioritaria del tribunale sovranazionale sul fatto di reato oggetto del procedimento interno. In tali casi il corso della prescrizione rimane sospeso per non più di tre anni. L'abdicazione dell'esercizio della giurisdizione è, però, accompagnata dalla possibilità di riassumere l'accertamento ceduto nei casi in cui non venga formulato o confermato l'atto di accusa o qualora il Tribunale internazionale dichiari la propria incompetenza. In tali ipotesi si prevede che il G.i.p. autorizzi l'apertura delle indagini preliminari, ovvero, qualora l'azione penale fosse già stata esercitata, il presidente provveda «alla rinnovazione dell'atto introduttivo della fase o del grado nei quali è stato deciso il trasferimento del processo penale a favore del Tribunale internazionale» (art. 4 di entrambe le leggi in esame)²⁰². Se, invece, il procedimento condotto dal Tribunale internazionale si conclude con un provvedimento definitivo, il soggetto così giudicato sarà tutelato dal divieto di *bis in idem*.

Qualche dubbio di compatibilità con il dettato costituzionale potrebbe, peraltro, residuare - questa volta in relazione all'art. 24 - ove il legislatore italiano, nel dare attuazione al provvedimento europeo, omettesse l'introduzione di disposizioni volte a garantire la partecipazione della difesa. La previsione di uno specifico diritto dell'accusato (e della persona offesa) di interloquire con le autorità procedenti in vista della conclusione di un accordo sulla giurisdizione rappresenta, infatti, un aspetto centrale al pari di quelli

²⁰² Una simile previsione di riapertura del procedimento interno viene da alcuni reputata opportuna anche in sede di attuazione della decisione quadro 2009/948/GAI: cfr. N. GALANTINI *op. ult. cit.*, p. 3364; L. LUPARIA, *op. cit.*, p. 121 s. Tuttavia, procedendo in tal modo, si garantirebbe all'imputato di non essere processato contemporaneamente in due o più Paesi membri, ma nulla vieterebbe una duplice celebrazione del giudizio *de eadem re* in tempi diversi, qualora l'autorità che ha condotto il procedimento non sia giunta ad una pronuncia ostativa: emerge, ancora una volta, il limite del *ne bis in idem* quale mero divieto di una doppia decisione e non anche diritto all'unicità dell'accertamento. Questo aspetto è destinato a farsi ancora più stridente qualora la duplice persecuzione penale sia stata preceduta da un accordo sulla giurisdizione incaricata di condurre l'accertamento: la riassunzione del giudizio interno avrebbe, infatti, il sapore di una revoca della precedente rinuncia, ad esclusiva tutela degli interessi dello Stato "soccumbente".

esaminati fino a questo momento²⁰³: la preferenza per l'uno o per l'altro procedimento parallelo determina, infatti, svariate ripercussioni in capo ai soggetti privati, connesse alla necessità di adeguarsi alle peculiarità del sistema processuale designato.

La delicatezza degli interessi coinvolti esigerebbe quell'uniformità di disciplina che solo la fonte sovranazionale può garantire; tuttavia, ancora una volta, si è costretti a constatare il silenzio della decisione quadro, la quale, per il tramite del *considerandum* n. 17, ha prontamente aggirato la questione.

Come già ampiamente prospettato nelle pagine che precedono²⁰⁴, la miglior tutela dei diritti dell'accusato e della vittima richiederebbe l'istituzione di un organismo *ad hoc* a cui devolvere il controllo dell'operato degli Stati membri o l'attribuzione di una simile competenza alla Corte di Giustizia, come proposto nel 2003 dal gruppo di lavoro di Friburgo²⁰⁵. Nell'attuale impossibilità di percorrere tale via, il bilanciamento tra le esigenze derivanti da una corretta amministrazione della giustizia e quelle connesse alla tutela dei diritti difensivi dei soggetti coinvolti nel procedimento è demandato ai legislatori nazionali.

Nell'ordinamento italiano si potrebbe prospettare la fissazione di un'udienza *ex art.* 127 c.p.p., da celebrarsi prima della conclusione di un accordo con gli altri Stati Membri: in tal modo verrebbe garantito un contraddittorio anticipato tra le parti processuali e alla presenza del giudice.

La macchinosità di una tale soluzione, che, ove accolta in termini analoghi anche negli altri ordinamenti europei, determinerebbe la necessità per l'accusato e la vittima di partecipare a tante udienze quante sono le autorità concorrenti e in ciascuna di esse proporre le medesime argomentazioni, è indicativa, ancora una volta, della pressante esigenza di risposte a livello sovranazionale. L'iniziativa del settembre 2009 sul trasferimento dei procedimenti penali che, come visto, dedica maggior attenzione alla posizione delle persone coinvolte, pur non rappresentando ancora un approdo

²⁰³ In termini analoghi E. CALVANESE - G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 3605, secondo i quali appare necessario «prevedere all'interno della procedura di devoluzione efficaci forme di coinvolgimento dell'indagato e della vittima, affinché entrambi possano interloquire, compatibilmente alle esigenze di segretezza delle indagini in corso, prima dell'adozione della decisione sul trasferimento del procedimento». Sul punto cfr. anche G. DE AMICIS, *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti*, cit., p. 1180.

²⁰⁴ Si veda *supra*, paragrafo n. 5.

²⁰⁵ Il §2 del progetto redatto dagli studiosi del *Max Planck Institute* riconosceva all'imputato il diritto di sottoporre al giudice europeo la soluzione adottata dagli Stati membri: cfr. *supra*, paragrafo 3.1. *Contra* M.L. DI BITONTO, *op. cit.*, p. 2909, secondo la quale «per l'imputato l'esercizio delle garanzie difensive in ambito nazionale è più agevole e meno costoso rispetto al procedimento che si svolge a Lussemburgo. Tale procedura - congeniale alla pronuncia in via pregiudiziale e su richiesta di un giudice nazionale di ultima istanza sulla validità e sulla interpretazione del diritto comunitario - appare poco adatta alla definizione di un conflitto di giurisdizione, in quanto prevede modalità di partecipazione al contraddittorio più ristrette rispetto a quelle tradizionalmente assicurate all'imputato dalle legislazioni nazionali».

soddisfacente²⁰⁶, può, tuttavia, far sperare nell'adozione, in futuro, di modelli più sensibili ai pregiudizi soggettivi connessi alle procedure di composizione delle iniziative concorrenti.

²⁰⁶ Si rinvia alle osservazioni formulate *supra*, paragrafo n. 9.

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* EUROPEO: ORIGINI E SVILUPPI.

Sommario: 1. Le funzioni del divieto di doppio processo: *ne bis in idem* interno e internazionale a confronto; - 2. Il divieto di doppio processo transnazionale nella giurisprudenza costituzionale; - 3. L'affermazione del principio attraverso le convenzioni internazionali; - 4. (segue): la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen; - 5. Gli scenari dischiusi dal Trattato di Lisbona: il *ne bis in idem* nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; - 6. Differenti versioni del divieto di doppio processo europeo: i controversi rapporti tra l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e l'art. 50 della Carta di Nizza; - 7. (segue): dubbi sulla possibilità di porre limitazioni al principio del *ne bis in idem*.

1. Le funzioni del divieto di doppio processo: ne bis in idem interno e internazionale a confronto.

L'analisi compiuta nel capitolo precedente ha consentito di dimostrare come, allo stato attuale, l'ordinamento europeo non offra strumenti realmente in grado di risolvere il problema del concorso di procedimenti penali *de eadem re et persona*. L'incapacità di prevenire o di porre rimedio alla litispendenza internazionale assegna, dunque, inevitabilmente al principio del *ne bis in idem* il compito di tutelare l'autore di condotte rilevanti per più ordinamenti dal reiterarsi di azioni dirette a far valere la sua responsabilità. Il giudicato assurge, così, ad unico effettivo argine al proliferare di pretese punitive per lo stesso fatto: prima della sua formazione, lo si è visto, non si ammettono limitazioni al potere di perseguire l'imputato.

Il prosieguo della ricerca sarà, perciò, dedicato al divieto di doppio processo nella dimensione europea. Ne verranno indagate le funzioni, se ne ripercorreranno origini e sviluppi e, nei capitoli a seguire, sarà approfondita l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, che ad oggi costituisce la più importante fonte di sviluppo della materia.

Procedendo dal primo dei profili enunciati, la scelta metodologica qui operata è quella di prendere le mosse dal sistema interno e, quindi, individuare anzitutto le finalità che il legislatore nazionale ha inteso soddisfare mediante l'introduzione del divieto in parola; lo

scopo è quello di avvalersi della ricca elaborazione della dottrina domestica per poi verificare se un analogo assetto sia esportabile al piano sovranazionale oppure se, in quella diversa realtà, il *ne bis in idem* risponda a finalità di tipo differente.

Nella dimensione interna il principio in esame, espressione della c.d. efficacia negativa del giudicato¹, trova un'attuazione completa, grazie ad un'interazione tra dato normativo e interpretazione giurisprudenziale: il *ne bis in idem* permea tutto l'itinerario di accertamento processuale, dalla sua instaurazione sino all'esecuzione del provvedimento di condanna². Dal punto di vista delle previsioni normative, la tutela ruota attorno a due disposizioni: si tratta degli artt. 649 e 669 c.p.p., espressione, rispettivamente, dei divieti di doppio processo e di doppia sanzione³. Secondo la prima accezione, l'esistenza di una pronuncia definitiva *de eadem re* comporta l'arresto di ogni nuova iniziativa volta a far valere la responsabilità della persona già giudicata per lo stesso fatto, anche se quest'ultimo sia «diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze». Rinviando ai capitoli successivi l'approfondimento dei concetti di «*idem factum*» e «sentenza definitiva», qui basti osservare come tale previsione si collochi nel solco di una lunga e consolidata tradizione⁴. Il principio così enunciato è conosciuto ed accolto dalle codificazioni moderne⁵, nell'ambito delle quali svolge il fondamentale ruolo di limite all'esercizio del potere punitivo: per ciò che riguarda l'ordinamento italiano, il divieto di *bis in idem* si risolve in una causa di improcedibilità dell'azione penale che conduce, in ogni stato e grado, all'immediata interruzione del nuovo giudizio. Allo scopo di fornire una soluzione alle disfunzioni derivanti dall'inosservanza di tale principio, il legislatore ha predisposto, poi, una dettagliata disciplina del c.d. *ne bis in idem* esecutivo: la si ritrova all'art. 669 c.p.p., norma deputata alla soluzione del conflitto pratico di giudicati, ovvero

¹ L'efficacia negativa del giudicato si contrappone alla c.d. funzione positiva, ovvero all'insieme degli effetti che la decisione penale irrevocabile è capace di produrre nei giudizi extrapenali, secondo quanto previsto dagli artt. 651 ss. c.p.p. Sul tema cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 117 ss.; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 116 ss., al quale si rinvia anche per i richiami bibliografici.

² Il principio del *ne bis in idem* è inoltre destinatario di un'accezione sostanziale, volta a tutelare l'accusato da plurime imputazioni qualora la sua condotta sia astrattamente riconducibile a più fattispecie incriminatrici. Si tratta del c.d. fenomeno del concorso apparente di norme: cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2011, p. 477 ss.

³ Per un approfondito esame delle disposizioni in commento cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 67 ss.

⁴ Il principio era conosciuto già dal diritto romano, epoca a cui si deve la formulazione della massima *bis de eadem re ne sit actio*. Sulle origini del *ne bis in idem* si vedano i contributi di G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 136 s.; L. CORDÌ, *Il principio del ne bis in idem nella dimensione internazionale: profili generali e prospettive di valorizzazione nello Spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia*, in *Ind. pen.*, 2007, p. 761 ss.

⁵ Per un approfondimento della regolamentazione che il divieto di doppio processo incontra nei principali ordinamenti interni si rinvia ai Report nazionali pubblicati in *Rev. int. dr. pén.*, 2002/3, Vol. 73.

del concorso di decisioni *de eadem re et persona* pronunciate in violazione del divieto in parola.

Il sistema così delineato presentava, tuttavia, una falla: nel legare l'insorgenza dell'effetto preclusivo al passaggio in giudicato della decisione, esso non consentiva di porre rimedio alla litispendenza, nei casi in cui a reiterare l'esercizio del potere punitivo fosse il medesimo ufficio giudiziario, già procedente⁶. Oggetto di diverse e discutibili soluzioni giurisprudenziali⁷, la questione ha trovato finalmente una risposta in un importante pronunciamento delle Sezioni Unite della Cassazione⁸. Ribadita la centralità del divieto di doppio processo nel sistema interno, anche alla luce delle Carte sovranazionali che lo prevedono, e individuato nel *ne bis in idem* un principio generale dell'ordinamento, il Supremo consesso osserva come l'art. 649 c.p.p. altro non sia che «un singolo, specifico, punto di emersione del principio del *ne bis in idem*, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema». La Corte, in particolare, individua la matrice del divieto nel principio di preclusione processuale⁹, conseguente alla consumazione di quel potere già esercitato mediante l'instaurazione del primo procedimento *de eadem re et persona* e, avvalendosi del canone interpretativo dell'analogia *iuris*, giunge ad applicare la regola sottesa dall'art. 649 c.p.p. anche alle ipotesi di litispendenza.

A seguito di questo importante arresto giurisprudenziale, il *ne bis in idem* ha ricevuto dunque un opportuno completamento ad una disciplina a tratti lacunosa.

Così brevemente ricostruita la disciplina domestica del divieto di doppio processo, è necessario ora interrogarsi su quale sia la funzione ascrivibile alla preclusione in parola e,

⁶ Per la differente ipotesi in cui a procedere *de eadem re et persona* siano diversi uffici giudiziari esiste il rimedio dei conflitti positivi di competenza, di cui agli artt. 28 ss.

⁷ Le vie percorse erano principalmente due. Entrambe si fondavano sull'istituto della sospensione del processo, applicato, a seconda degli orientamenti, al giudizio instaurato per secondo, in attesa che il primo si concludesse con una pronuncia passata in giudicato; oppure al primo, così da consentire all'ulteriore accertamento *de eadem re et persona* di raggiungerne il medesimo stato e grado e ricorrere, poi, alla riunione ai sensi dell'art. 17 c.p.p. Per un approfondimento cfr. P. TROISI, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 719 ss.; T. RAFARACI, *op. cit.*, p. 862 ss.; D. IACOBACCI, *Lineamenti istituzionali del giudicato*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, p. 639 ss.; L.G. VELANI, *op. cit.*, p. 735 ss.; S. ZUMBO, *Duplicazione di procedimento e ne bis in idem*, in *Giust. pen.*, III, 2007, c. 193 ss.

⁸ Si tratta delle Sezioni Unite, 28 giugno 2005, Donati, cit.

⁹ Secondo la nota definizione di G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1933, p. 4, si considera preclusione la «perdita, estinzione o consumazione, che dir si voglia, di una facoltà processuale per il solo fatto che si sono raggiunti i limiti di legge segnati al suo esercizio». Sul principio di preclusione, anche alla luce delle sentenze della Corte di Cassazione che sono concorse a delinearne, si vedano, tra i molti, i contributi di G. CANZIO - E. MARZADURI - G. SILVESTRI, *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, in *Criminalia*, 2008, p. 241 ss.; R. ORLANDI, *Principio di preclusione e processo penale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, p. 5 ss.; C. CONTI, *Harmonized precedents: le Sezioni Unite tornano sul principio di preclusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 697 ss.

pertanto, il motivo per il quale il legislatore italiano, al pari degli altri, abbia avvertito la necessità di introdurre una simile previsione. L'esame degli orientamenti dottrinali e della struttura stessa del principio del *ne bis in idem*, così come formulato dall'art. 649 c.p.p., portano inevitabilmente a concludere come gli obiettivi che si intendono raggiungere per il tramite di tale ostacolo processuale siano più d'uno.

Non v'è dubbio, anzitutto, che il divieto in questione costituisca una fondamentale garanzia per il singolo¹⁰. Ed anzi, tra le funzioni ad esso ascrivibili, quella di tutela individuale si percepisce senz'altro con maggior immediatezza: nel limitare la possibilità di rinnovare la medesima accusa nei confronti dello stesso imputato è forte l'esigenza di sottrarlo, in primo luogo, alle insicurezze derivanti dall'instabilità della propria posizione giuridica nell'ordinamento, nuovamente oggetto di vaglio giurisdizionale; più in generale, di metterlo al riparo dal rischio di una moltiplicazione delle sanzioni per lo stesso fatto e dalle sofferenze connesse alla soggezione ad un procedimento penale¹¹.

Secondo questa prima lettura, il principio del *ne bis in idem* permetterebbe, quindi, di conquistare la certezza del diritto in senso soggettivo¹².

Gli effetti di tutela individuale che promanano dal divieto di doppio giudizio sono stati posti alla base di alcune elaborazioni della dottrina che, nel tentativo di superare il silenzio della fonte primaria, cercano un fondamento costituzionale al principio del *ne bis in idem*¹³. E così, secondo un primo orientamento, la preclusione dovrebbe essere

¹⁰ T. RAFARACI, *op. cit.*, p. 861 s.; N. GALANTINI, *op. cit.*, 1981, p. 97 ss.; G. DE LUCA, *op. cit.*, p. 89, nota n. 34; P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 479; F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 72 s.

¹¹ Secondo P. TROISI, *op. cit.*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 722 «La portata della garanzia non consiste tanto - o, comunque, soltanto - nell'evitare il pericolo dell'applicazione di sanzioni criminali o di misure cautelari per un fatto in ordine al quale sia intervenuta una pronuncia definitiva di proscioglimento, ma anche e soprattutto nell'impedire la semplice sottoposizione ad un ulteriore procedimento penale, con il costo sul piano umano che inevitabilmente comporta». In termini analoghi T. RAFARACI, *op. cit.*, p. 861: «il divieto di ulteriori processi *de eadem re et persona* non si limita a porre l'individuo soltanto al riparo dal rischio che il nuovo processo si faccia veicolo di decisioni che revochino in dubbio la situazione soggettiva già consolidatasi, ma previene anche una nuova soggezione al processo, intendendo pertanto che sia già tale soggezione, per i suoi possibili effetti (anche restrittivi), a costituire il primo fattore di incertezza della situazione soggettiva consolidatasi con il giudicato».

¹² Questa connotazione garantista appariva ancor più accentuata nel codice di procedura penale del 1930 ove il divieto di doppio processo era collocato tra le disposizioni dedicate all'imputato (art. 90). Sul punto cfr. P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 476 ss. il quale osserva come la scelta di trasferire il «divieto del *bis in idem* nel libro dedicato all'esecuzione suscitò all'origine non poche perplessità, essendo stato rilevato che tale principio assume il carattere di fondamentale garanzia per l'imputato e sembrerebbe pertanto richiedere una collocazione più adeguata alla sua natura». In termini analoghi N. GALANTINI, *op. cit.*, p. 100, secondo la quale «è intuitivo che lo spostamento non esprime altro che una esigenza di ordine e non scalfisce certo il valore dell'istituto».

¹³ Il divieto di *bis in idem* non gode di un esplicito riconoscimento da parte della Carta costituzionale, benché, come ricorda N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 98 s., in Assemblea costituente venne prospettata l'opportunità di inserire una disposizione relativa a tale effetto del giudicato (l'autrice richiama, a questo proposito, la relazione di Leone nella seduta del 5 dicembre

ricondotta all'art. 111 Cost., sotto i profili della durata ragionevole del processo e della parità delle parti: la reiterazione dell'accusa, invero, inciderebbe negativamente su entrambi tali aspetti, compromessi dalla possibilità, per l'ordinamento, di ripetere il giudizio sino al conseguimento di un risultato reputato soddisfacente¹⁴. Secondo altre letture, invece, il principio *de quo* è espressione della presunzione di non colpevolezza: il provvedimento definitivo presupposto dall'art. 27/2 Cost., si argomenta, non può che essere uno soltanto per ciascun fatto illecito contestato; in caso contrario, si assisterebbe ad una smisurata amplificazione di quella situazione di pericolo insita nell'essere sottoposti ad un procedimento penale e destinata a cessare con la formazione del giudicato¹⁵. Altri orientamenti, ancora, propugnano una lettura più ampia, sganciata dalla dimensione soggettiva del divieto di *bis in idem*: in quest'ottica, la regola espressa dall'art. 649 c.p.p. è ricondotta, alternativamente, ai canoni del giusto processo fissati nell'art. 111 Cost.¹⁶ e all'art. 112 Cost. che renderebbe «l'azione penale non solo irretrattabile, ma anche non reiterabile, se non nei casi previsti dalla legge, ad opera del medesimo ufficio della pubblica accusa»¹⁷.

A ben vedere, è sufficiente scorrere il testo dell'art. 649 c.p.p. per comprendere come il divieto di doppio processo aspiri ad essere qualcosa di più che una "semplice" garanzia individuale. Ed infatti, se l'unico scopo della norma citata fosse quello di scongiurare iniziative persecutorie dell'accusa, si dovrebbe consentire un nuovo esercizio dell'azione penale ogniqualvolta questo possa preludere ad un miglioramento della situazione cristallizzata nella pronuncia irrevocabile: così nei casi in cui la celebrazione di un ulteriore giudizio *de eadem re* possa comportare un'attenuazione della pena comminata o il proscioglimento secondo una formula più favore all'imputato. Oppure, ancor più chiaramente, nei casi in cui il primo accertamento si sia concluso con una sentenza di condanna: in tale evenienza, infatti, l'accusato potrebbe avere tutto l'interesse a sottoporre

1946, pubblicata in *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, vol. VII, Roma, 1971, p. 1894).

¹⁴ L.G. VELANI, *Divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto e contro il medesimo soggetto: azione penale improcedibile anche in mancanza di irrevocabilità*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 741.

¹⁵ Così E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 433 s., il quale aggiunge che se «l'onere della prova circa la responsabilità ricade sul pubblico ministero, di contro ciascun imputato dovrà essere messo in condizione di affermare la propria estraneità rispetto a ogni singola imputazione nelle migliori condizioni possibili, senza dover subire una strumentale parcellizzazione *de eadem re* innanzi al medesimo giudice».

¹⁶ cfr. T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir.*, Annali, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 864; P. FERRUA, *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 90, nota n. 23. Una simile interpretazione, peraltro, parrebbe preclusa da quanto affermato, in diverse occasioni, dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo: si veda *infra*, paragrafo n. 2.

¹⁷ Così secondo le Sezioni Unite, 28 giugno 2005, Donati, cit.

ad un diverso giudice i fatti contestatigli, anche là dove non ricorrano i motivi di revisione previsti tassativamente dall'art. 630 c.p.p.

Nelle ipotesi ora contemplate l'art. 649 c.p.p. non consente, tuttavia, di derogare al divieto di doppio processo. Gli unici casi in cui ciò è ammesso sono quelli dell'erronea dichiarazione di morte del reo (art. 69) e di sopravvenienza di una condizione di procedibilità in precedenza mancante (art. 345)¹⁸. Risulta allora evidente come il principio del *ne bis in idem* risponda anche ad una diversa funzione, svincolata dalla prospettiva del soggetto accusato ed, anzi, suscettibile di scontrarsi con gli interessi del medesimo. L'obiettivo che si intende raggiungere è, dunque, di più ampia portata e si traduce nella certezza del diritto, *tout court* considerata. Il divieto di doppio processo consente, infatti, di ottenere decisioni stabili e incontrovertibili, che appaiono dotate di un intrinseco valore per l'ordinamento¹⁹: consentire un'indiscriminata ripetizione dell'accertamento processuale sulla medesima *res iudicanda* significherebbe accettare il rischio di decisioni tra di loro incompatibili e impraticabili, destinate, perciò, ad inficiare la razionalità e la logicità del sistema. La certezza obiettiva del diritto può essere raggiunta solamente limitando la possibilità di rivedere l'assetto definito con il precedente giudizio: in particolare, «fissando un termine convenzionale - l'esaurimento dei gradi ordinari di giudizio - superato il quale non è più consentito rimettere in discussione quanto deciso»²⁰. Diversamente opinando, verrebbe inoltre pregiudicata la stabilità delle relazioni giuridiche, con serie ripercussioni nell'instaurazione dei rapporti tra i consociati, inevitabilmente gravati da una pesante incertezza²¹.

Infine, nel ridurre le occasioni di reiterazione di pronunce *de eadem re et persona*, il divieto di *bis in idem* assolverebbe, secondo certa dottrina, ad un'ulteriore finalità: con l'impedire la celebrazione di giudizi relativi ad una regiudicanda che è già stata oggetto di discussione, esso consente di ridurre lo spreco di risorse processuali, moderando i costi, in termini economici, e i tempi legati all'esercizio della funzione giurisdizionale²². L'assunto non è, però, unanimemente condiviso: vi è, infatti, chi ha osservato come la tutela di

¹⁸ Sulla natura autenticamente derogatoria di simili previsioni e sulla *ratio ad esse sottese* cfr. *infra*, capitolo IV, paragrafi nn. 2 (spec. nota n. 31) e 6.

¹⁹ Si esprime in questi termini T. RAFARACI, *op. cit.*, p. 860

²⁰ Così F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 73.

²¹ In questi termini F. CORBI - F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 22, secondo i quali «Poiché il processo mira a rendere certe e stabili le vicende sottoposte alla giurisdizione, codesto traguardo si raggiunge attraverso la pronuncia del giudice che, in posizione di terzietà e imparzialità (art. 111 Cost.), pone fine alla controversia e dichiara il diritto nel caso deciso. Se fosse lecito ritornare in ogni tempo sopra questa dichiarazione, per cercarne di farla modificare o revocare, gravi sarebbero le ripercussioni nello svolgimento della vita collettiva e nell'armonia del traffico giuridico».

²² Cfr. ancora F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *loc. ult. cit.*

queste esigenze debba più correttamente ascriversi all'attributo dell'irrevocabilità, «come sintesi delle valutazioni legislative circa l'impiego massimo di risorse consentito in ordine ad una *res iudicanda*»²³.

Dalla disamina appena compiuta, emerge come il principio del *ne bis in idem* abbia una «*ratio composita*»²⁴: argine all'abuso del potere punitivo, garanzia di incontrovertibilità delle decisioni e, almeno secondo taluno, anche strumento di razionalizzazione dei costi derivanti dall'accertamento penale. Si tratta ora di verificare in quale misura il divieto di doppio processo nella dimensione internazionale condivida le funzioni del suo omologo domestico.

Non appena ci si colloca sul piano sovranazionale, emerge subito con evidenza come gli aspetti che legano il *ne bis in idem* ad un interesse del soggetto pubblico, lo Stato, tendano inevitabilmente a dissolversi: ciò che all'imputato appare come una *reiterazione* della pretesa punitiva altro non è, nell'ottica dell'ordinamento attivatosi per secondo, che un primo esercizio dell'azione penale. Ed allora le preoccupazioni concernenti la certezza oggettiva del diritto e lo spreco di risorse processuali non hanno ragione di esistere²⁵.

Quanto al primo aspetto, nessun *vulnus* alla coerenza e logicità dell'ordinamento deriva dalla circostanza che in altro Paese sia stata adottata una decisione sulla medesima *res iudicanda*: pur se connotate da comandi contraddittori, ad esempio un proscioglimento e una condanna, le due pronunce non daranno mai origine ad un contrasto pratico tra giudicati. Ciascuna di esse sarà, infatti, perfettamente eseguibile nello Stato che l'ha emessa. Come correttamente osservato, il problema dell'impraticabilità di dispositivi tra di loro inconciliabili è un corollario del principio di unitarietà e non contraddittorietà dell'ordinamento: sul piano sovranazionale esso non ha cittadinanza, dal momento che i sistemi giuridici che lo compongono sono più d'uno²⁶. Allo stesso modo non ha pregio l'obiezione secondo cui il giudicato consuma il potere di dar vita ad un nuovo accertamento *de eadem re et persona*: ancora una volta l'argomento presuppone un unico termine di riferimento e potrebbe essere allargato alla dimensione internazionale solamente a patto di una rinuncia a parte della sovranità interna²⁷.

²³ Questa l'opinione di T. RAFARACI, *op. cit.*, p. 862, nota n. 30.

²⁴ Questa l'espressione usata da F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 73.

²⁵ Si vedano sul punto R. CALÒ, *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1126; C. VAN DEN WYNGAERT - G. STESENS, *The international non bis in idem principle. Resolving some of the unanswered questions*, in *ICLQ*, p. 782.

²⁶ Cfr R. CALÒ, *loc. ult. cit.*

²⁷ Così nell'opinione di N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 2; analogamente C. VAN DEN WYNGAERT - G. STESENS, *loc. ult. cit.*

Sulla scorta di tali osservazioni, attenta dottrina ha, quindi, correttamente concluso che il *ne bis in idem* internazionale, a differenza della sua versione domestica, tende a perseguire più che la stabilità delle decisioni, l'unicità delle pronunce sulla medesima regiudicanda, contribuendo in tal modo a garantire la quiete nei rapporti tra diversi sistemi normativi²⁸. Il principio diviene così strumento di soluzione *ex post* del concorso delle giurisdizioni sullo stesso fatto: in assenza di rimedi preventivi – lo si è visto – la sovrapposizione di accertamenti *de eadem re et persona* trova una composizione proprio grazie al divieto di doppio processo.

Analoghe considerazioni accompagnano il tentativo di esportare oltre i confini nazionali la funzione di contenimento e razionalizzazione dei costi derivanti dall'esercizio della giurisdizione²⁹. Ancora una volta, l'argomento può essere apprezzato solamente *a parte subiecti*, ovvero dallo Stato che ha espletato il primo accertamento, ma diventa irrilevante nella prospettiva del Paese interessato ad instaurare un procedimento *in idem*.

Una continuità di funzioni tra divieto di doppio processo nella dimensione interna e in quella internazionale si scorge, invece, dall'angolo visuale dell'imputato³⁰. La *ratio* di garanzia soggettiva della preclusione mantiene, infatti, tutta la sua integrità anche qualora il rischio di instaurazione di un secondo procedimento sugli stessi fatti provenga da un ordinamento diverso da quello che si è pronunciato con sentenza irrevocabile. Il soggetto già giudicato, prosciolto o condannato che sia, diverrebbe destinatario in entrambi casi dei medesimi effetti pregiudizievoli: le preoccupazioni legate all'incertezza della propria posizione giuridica, il pericolo di subire limitazioni della libertà personale, nonché i costi, in termini psicologici e materiali, derivanti dall'essere sottoposti ad un giudizio non variano al mutare dell'ordinamento giuridico a cui appartiene l'autorità procedente ed affliggono l'imputato in egual misura³¹.

²⁸ Il richiamo corre ancora a R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1126.

²⁹ Secondo R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1127, «la valenza transnazionale della preclusione fa sì che le esigenze di economia dei giudizi cui il *ne bis in idem* sarebbe strumentale siano destinate a prodursi in assenza del loro naturale presupposto, vale a dire la possibilità di instaurare un *simultaneus processus* attraverso il quale decidere tutti i profili di rilevanza penale di un medesimo fatto storico».

³⁰ La diversa rilevanza che le funzioni svolte dal principio del *ne bis in idem* assumono sul piano sovranazionale a seconda che ci si collochi nella prospettiva dell'imputato o in quella dello Stato è colta anche da B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle*, Kluwer Law International BV, 2010, p. 28, secondo il quale «those *rationale* [of the *ne bis in idem* principle] which relate directly to the protection of the individual...are also particularly relevant on the international level, whereas those *rationale* which relate to the interest of the society as a whole are primarily relevant within domestic systems of law».

³¹ Correttamente R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1124 evidenzia come «una delle conseguenze più evidenti della trasposizione del divieto di doppio giudizio sul piano sovranazionale è data dal fatto che il suo fondamento viene a risiedere, in modo, pressoché esclusivo in esigenze di garanzia della persona dai possibili abusi del potere punitivo».

L'evidente *ratio* di garanzia che connota il *ne bis in idem* internazionale non è sfuggita alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Già nella prima delle ormai numerose pronunce relative al divieto di doppio processo contenuto nell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, il Giudice di Lussemburgo ha fatto proprie le conclusioni dell'avvocato generale, secondo il quale «il *ne bis in idem* costituisce una garanzia fondamentale per i cittadini»³². Asserzione, quest'ultima, che nelle decisioni a seguire è stata costantemente riproposta, così da assurgere a *leit motif* della giurisprudenza europea formatasi sul tema³³. In particolare, la Corte di Giustizia ascrive al divieto di doppio processo il ruolo di strumento di tutela della libertà di circolazione del singolo, potenzialmente compressa dal timore di essere sottoposto ad un nuovo giudizio per gli stessi fatti³⁴. Anche la Corte Costituzionale, richiesta di pronunciarsi sulla conformità alla fonte primaria della normativa di attuazione della Convenzione europea di estradizione³⁵, ha avuto modo di evidenziare come il principio in esame «risponde ad evidenti ragioni di garanzia del singolo di fronte alle concorrenti potestà punitive degli Stati»³⁶.

La dimensione sovranazionale descrive, dunque, il *ne bis in idem* quale divieto dalla connotazione eminentemente garantista, sebbene, come visto, esso svolga un ruolo anche nel perseguire la quiete nei rapporti tra i diversi ordinamenti; tuttavia, quest'ultimo aspetto pare, più che altro, il riflesso di una disciplina dettata per altri scopi, ovvero tutelare il singolo dal pericolo di un'indiscriminata reiterazione di accuse sullo stesso fatto³⁷. La prevalenza della *ratio* di protezione individuale ascritta al principio *de quo*, a parere di attenta dottrina, ne giustifica una diversa estensione rispetto al suo omologo domestico³⁸. Ed infatti, come si vedrà nelle pagine a seguire, le previsioni convenzionali attraverso le quali la preclusione si è espansa oltre i confini nazionali risultano spesso accomunate dalla formulazione di diverse eccezioni al suo operare e dalla c.d. condizione

³² Così al punto n. 57 delle Conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 19 settembre 2002, relative alle Cause riunite C-187/01 e C-385/01, pubblicate in *Raccolta*, 2003, p. I-1348 ss.

³³ Cfr. *infra*, paragrafo n. 3.

³⁴ Lo stretto legame tra divieto di *bis in idem* e libertà di circolazione emerge in modo costante nella giurisprudenza europea relativa all'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen: cfr. *infra*, capitolo III.

³⁵ Convenzione europea di estradizione, firmata a Parigi il 13 dicembre 1957 e resa esecutiva in Italia ad opera della legge 30 gennaio 1963, n. 300.

³⁶ Si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 58 del 3 marzo 1997.

³⁷ Secondo T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, cit., p. 622 sul piano internazionale «il divieto di un secondo processo, per la medesima *res*, nei confronti di una persona già giudicata, risalta in quanto tale e autonomamente, anche a prescindere, cioè, dalle altre esigenze (tradizionalmente meno "esigibili" in sede internazionale di quanto non lo siano all'interno dell'ordinamento statale) che usualmente si riconducono alla *ratio* del *ne bis in idem*».

³⁸ Il richiamo corre ancora a R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1127 s.

dell'esecuzione³⁹: non essendovi interessi da tutelare ulteriori rispetto a quelli del soggetto già giudicato, il divieto di doppio processo può, dunque, più facilmente essere oggetto di bilanciamento con valori di tipo diverso ed essere escluso ogniqualvolta rischi di tradursi in un indebito vantaggio per l'autore di una condotta rilevante in più ordinamenti.

2. Il divieto di doppio processo transnazionale nella giurisprudenza costituzionale.

Se è comune l'adozione da parte dei diversi legislatori nazionali di disposizioni volte ad impedire un'indiscriminata reiterazione di processi sulla medesima regiudicanda nell'ordinamento interno, un'analoga sensibilità non caratterizza il riconoscimento di effetti preclusivi alla sentenza definitiva pronunciata *aliunde*. Ed infatti, è sufficiente un rapido sguardo alle principali codificazioni moderne per avvedersi che la tendenza generale è esattamente quella opposta. Nella dimensione europea, per esempio, la totalità degli ordinamenti è incline ad apprestare una tutela alla propria sovranità, riservandosi, secondo diverse formule, il diritto di procedere nuovamente⁴⁰. Così, premessa un'incondizionata perseguibilità per i reati territoriali, l'esercizio dell'azione penale in ordine a fatti commessi all'estero e ivi giudicati viene subordinato alla richiesta dell'autorità politica⁴¹ o rimesso a valutazioni discrezionali del rappresentante dell'accusa⁴²; oppure, ancora, la procedibilità risulta preclusa solo nel caso di proscioglimento pronunciato dallo Stato del *locus commissi delicti*⁴³ o di condanna, qualora la pena sia stata eseguita oppure si sia altrimenti estinta⁴⁴.

Le ragioni di una simile chiusura da parte degli ordinamenti nazionali sono ormai note: la sfiducia negli altrui sistemi di giustizia, spesso connotati da soluzioni normative – sostanziali e processuali – distanti le une dalle altre, ha indotto a conferire prevalenza ai

³⁹ Si tratta della previsione secondo cui, in caso di condanna, il divieto di *bis in idem* si produce solamente qualora la pena comminata sia stata eseguita. Si veda, ad esempio, l'art. 54 della Convenzione di applicazione degli accordi di Schengen. La condizione dell'esecuzione sarà oggetto di approfondimento nelle pagine a seguire: in particolare, cfr. i paragrafi nn. 3 e 7.

⁴⁰ L'unica eccezione è rappresentata dal sistema olandese, che all'art. 68 c.p., estende l'operatività del principio del *ne bis in idem* anche alle decisioni assunte da tribunali stranieri.

⁴¹ Cfr., ad esempio, il cap. 1, par. 3 f. 1 del codice penale svedese.

⁴² È il caso dell'art. 153, lett. b della *Stfprozessordnung* tedesca e dell'art. 34 del codice di procedura penale austriaco. Per un approfondimento del divieto di doppio processo nei due ordinamenti citati cfr. rispettivamente W. SCHOMBURG, *Germany, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle ne bis in idem*, in *Int. crim. law rev.*, 2002/3, p. 941 ss.; I. GARTNER, *Austria, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle ne bis in idem*, in *Int. crim. law rev.*, 2002/3, p. 787 ss.

⁴³ Così secondo l'art. 10, comma 3 del codice penale danese.

⁴⁴ Cfr. l'art. 692 del codice di procedura penale francese, sul quale si rinvia a L. DESESSARD, *France, les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem*, in *Int. crim. law rev.*, 2002/3, p. 918 s.

valori della territorialità e dell'indipendenza reciproca, rispetto alle esigenze di tutela individuale⁴⁵.

L'assetto desumibile dalle codificazioni interne rivela, dunque, un netto disfavore per l'operatività del *ne bis in idem* sul piano sovranazionale; tanto da persuadere la dottrina maggioritaria a negarne la natura di principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto⁴⁶.

Sulla stessa scia si è collocata anche la Corte costituzionale italiana, richiesta più volte di pronunciarsi circa la conformità alla fonte primaria dell'art. 11 c.p.

Coerentemente alla tendenza maggioritaria, il codice Rocco si è, invero, preoccupato di garantire la più ampia tutela al diritto di perseguire gli illeciti penali caratterizzati da elementi di estraneità. Ed infatti, la norma sospettata di incostituzionalità sancisce, da un lato, un indiscriminato rinnovamento del processo a carico dell'autore di un reato territoriale – secondo l'ampia accezione accolta dall'art. 6 c.p. – nonostante sia già stato giudicato all'estero (art. 11, comma 1 c.p.); dall'altro lato, ove il legame con l'ordinamento italiano si faccia più labile e, quindi, in caso di condotte perpetrate *aliunde* ma ugualmente punibili nella Repubblica, la celebrazione del giudizio è subordinata alla richiesta del Ministro della Giustizia (art. 11, comma 2 c.p.)⁴⁷.

⁴⁵ La questione è efficacemente riassunta da N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale*, cit., p. 4: «Il ricorso ai noti temi della sovranità territoriale, della indipendenza formale dei vari ordinamenti statuali, della relatività dei valori giuridici...ha altalenato con il richiamo all'efficacia spaziale interna, in positivo e in negativo, del giudicato penale o con il rilievo circa la difformità legislativa esistente in materia nei diversi Paesi, mentre il monito «evitare l'impunità» ha aleggiato in sordina come *leit-motif* accompagnatorio di ogni argomentazione». Di analogo tenore sono le considerazioni di L. CORDI, *op. cit.*, p. 773; C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002, p. 931 s.; R. CALÒ, p. 1135.

⁴⁶ Sul tema si vedano N. GALANTINI, *loc. ult. cit.*, p. 3 ss.; G. DEAN, *Profili di un'indagine sul ne bis in idem estradizionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 53 ss.; E. AMODIO – O. DOMINIONI, *L'extradizione e il problema del ne bis in idem*, in *Riv. dir. matrim.*, 1968, p. 364; P. PITTARO, *Rinnovamento del giudizio e ne bis in idem europeo (a proposito di una ratifica che si fa attendere)*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 790 ss.; C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 928 ss.; S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio del ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 878 ss.; S. CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale: riflessioni su un principio in itinere*, in *Aa. Vv.*, *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese – M. Chiavario – G. De Francesco, Giappichelli, Torino, 2005, p. 254; R. BARATTA, *Ne bis in idem, diritto internazionale e valori costituzionali*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1999, p. 3 ss.; G. CONWAY, *Ne bis in idem in international law*, in *Int. crim. law rev.*, 2003, p. 217 ss.; J.A.E. VERVAELE, *op. cit.*, p. 102 ss. Per un'opinione contraria cfr. V. ESPOSITO, *Gli effetti internazionali della garanzia del ne bis in idem nell'ambito comunitario*, in *Doc. giust.*, 1992, c. 488; una parziale apertura all'affermazione del principio è operata anche da N. GALANTINI, *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3484, secondo la quale gli sviluppi che il principio in esame ha ricevuto nell'ambito europeo inducono «a ritenere che la definizione di “principio tendenziale cui si ispira oggi l'ordinamento internazionale” e che “risponde ad evidenti ragioni di garanzia del singolo di fronte alle concorrenti potestà punitive degli stati” offerta in passato dalla Corte costituzionale, debba a breve convertirsi nella affermazione del *ne bis in idem* quale principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto».

⁴⁷ Per un approfondimento cfr. E. CALVANESE, *sub art. 11*, in G. Lattanzi – E. Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 273 ss.; N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale*, cit., p. 122 ss.; M. PISANI, *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, cit., p. 555 s. Una timida apertura al riconoscimento del principio del *ne bis in idem* internazionale nell'ordinamento interno si può riscontrare nelle disposizioni del codice di rito relative ai rapporti con le autorità straniere. In

La netta chiusura opposta al riconoscimento di efficacia negativa al giudicato straniero ha portato alcuni giudici italiani a dubitare della legittimità dell'istituto in esame rispetto all'art. 10 Cost., proprio ipotizzando l'esistenza di una consuetudine internazionale volta ad impedire la reiterazione di processi *de eadem re et persona* sul piano sovranazionale⁴⁸. La Corte costituzionale, tuttavia, ha respinto simili letture del divieto di *bis in idem*.

Nelle decisioni intervenute sul tema, la Consulta ha negato con fermezza la possibilità di ascrivere tale qualità al principio *de quo*. Un peso dirimente è stato assegnato, in particolare, alla portata meramente interna che i diversi legislatori nazionali conferiscono al divieto di doppio processo; circostanza, questa, ritenuta tale da privarlo della *diuturnitas* necessaria ad elevarlo a consuetudine internazionale⁴⁹. Al contrario, le normative domestiche si contraddistinguono per l'espressione di un netto favore per l'opposto principio della territorialità⁵⁰: incapace di armonizzarsi con il *ne bis in idem*, esso gode di una posizione di preminenza che si risolve in una negazione del diritto ad un unico giudizio. Oltretutto, osservava la Corte, il riconoscimento di efficacia preclusiva alle decisioni penali sul piano internazionale presuppone un ravvicinamento delle legislazioni interne sostanziali e processuali, quale conseguenza della condivisione di valori e di identiche valutazioni «nella coscienza dei popoli, delle varie forme delittuose e dell'entità e pericolosità della delinquenza in ciascuno Stato»: un assetto dei rapporti sovranazionali che la Consulta, al tempo, non riteneva ancora sussistente⁵¹.

particolare, l'art. 739 c.p.p. preclude l'esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto, oggetto di una sentenza estera riconosciuta a norma degli artt. 730 ss. c.p.p. Peraltro, anche il codice dell'89 non è immune dalla tendenza a disconoscere effetti negativi al prodotto dell'accertamento altrui: tra le cause che, a norma dell'art. 733 c.p.p., precludono l'*exequatur* della sentenza straniera ricorre, infatti, sia l'esistenza di un giudicato interno *de eadem re et persona* (lett. f), sia la pendenza di un procedimento identico a quello celebrato all'estero (lett. g): per un commento agli articoli in questione cfr. M. PAGLIA, sub Artt. 730 ss. c.p.p., in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di A. Gaito, Utet, Torino, 2004, p. 2441 ss.

⁴⁸ Per simili rilievi, cfr. l'ordinanza di rimessione della Corte d'Assise di La Spezia, 5 novembre 1965, in *Giur. cost.*, 1966, p. 442 e quella della Corte d'Assise di Venezia, datata 30 aprile 1974 e reperibile in *Giur. Cost.*, 1974, p. 2544 ss.

⁴⁹ Così nella sentenza 18 aprile 1967, n. 48, pubblicata in *Giur. cost.*, 1967, I, p. 299 ss., con nota di M. CHIAVARIO, *op. cit.* Per un esame della giurisprudenza costituzionale si vedano anche C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 932 ss.; R. BARATTA, *op. cit.*, p. 6 ss.; N. GALANTINI, *op. cit.*, p. 129 ss.; M. PISANI, *op. cit.*, p. 559 ss.; N. PALAIA, *L'efficacia preclusiva delle sentenze penali straniere*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1969, p. 725 ss.

⁵⁰ Secondo P. PITTARO, *op. cit.*, p. 792 «la Corte [ha] effettuato un'inversione logica assai discutibile: invece di stabilire se il *ne bis in idem* possa rientrare nelle "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute", con il conseguente obbligo per lo Stato italiano di conformarvi l'ordinamento interno, la Corte ha operato una ricognizione nelle legislazioni estere, constatandovi la presenza di quel principio di territorialità, la cui espressione nell'ordinamento italiano (il rinnovamento del giudizio ex art. 11 comma 1 c.p.) aveva dato luogo alla censura di incostituzionalità per contrasto con l'art. 10 Cost. Donde la conclusione che il *ne bis in idem* non rientra nel diritto internazionale generalmente riconosciuto».

⁵¹ Pur condividendone le conclusioni, formula osservazioni critiche sulle argomentazioni addotte dalla Corte costituzionale N. PALAIA, *op. cit.*, p. 733, secondo il quale l'uniformità di disciplina e di valutazioni, che la Consulta ritiene indispensabili alla configurabilità del *ne bis in idem* quale consuetudine internazionale, sarebbero già esistenti all'epoca in cui essa scrive. Secondo l'autore, l'errore compiuto dal Giudice delle leggi è quello di non aver esaminato il valore dei principi generali di diritto nell'ordinamento internazionale;

L'inesistenza di un principio consuetudinario volto a limitare la reiterazione di pretese punitive sullo stesso fatto è stata rafforzata anche dal richiamo al dato sovranazionale: se davvero fosse esistita una simile preclusione, non si sarebbe giustificata la necessità di ricorrere alla via pattizia, con disposizioni quali gli artt. 7, n. 1 e 9 della Convenzione europea sull'extradizione⁵², l'art. 53 della Convenzione europea sul valore internazionale delle sentenze penali, l'art. 14, comma 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁵³. Analogamente inconsistente è stato ritenuto il riferimento, operato dal giudice *a quo*, al diritto ad un processo giusto, introdotto nel nostro ordinamento con legge 4 agosto 1955, n. 848, di recepimento della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (di seguito CEDU)⁵⁴.

Quest'ultima affermazione merita peculiare attenzione: il divieto di doppio processo, invero, non compare nel testo entrato in vigore nel 1950. La lacuna è stata colmata solamente nel 1984 e, dunque, in epoca successiva a quella in cui si è pronunciata la Corte

operazione, quest'ultima, che «le avrebbe permesso di confutare la questione di incostituzionalità in una maniera netta ed inequivocabile» (cfr. in particolare p. 727 ss.). Egli ritiene, infatti, che sia la difesa, sia il giudice remittente muovano da un presupposto fuorviante: quello di «prendere in considerazione un principio di diritto interno relativo ai privati e pretendere di trasferirlo nel diritto internazionale continuando ad applicarlo ai privati». La semplice circostanza che una regola di diritto sia comune alla quasi totalità degli Stati non è argomento sufficiente, nella visione dell'Autore, a conferirle cittadinanza sul piano sovranazionale. Perché ciò possa accadere è necessario, altresì, che essa sia in grado di adattarsi alle peculiarità di quella diversa dimensione, i cui principali attori non sono i soggetti privati ma gli Stati. Di conseguenza «se pure si volesse riconoscere il principio "ne bis in idem" nell'ordinamento internazionale, questo...dovrebbe essere applicato esclusivamente alle sentenze dei tribunali internazionali, che abbiano risolto controversie fra Stati».

⁵² Si tratta della Convenzione sottoscritta a Parigi il 13 dicembre 1957 e ratificata dall'Italia con la legge 30 gennaio 1963, n. 300. Le disposizioni richiamate prevedono, rispettivamente, la facoltà di rifiutare la consegna dell'autore di un reato commesso sul territorio dello Stato richiesto e il diniego obbligatorio a tale domanda nel caso in cui, per gli stessi fatti, il soggetto sia già stato giudicato con sentenza definitiva dalla Parte richiesta. Sul tema cfr. *La convenzione europea di estradizione*, a cura di M.R. Marchetti, Giuffrè, Milano, 1990; G. FERRANTI, *La cooperazione giudiziaria in materia penale nelle convenzioni del Consiglio d'Europa e nel diritto dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, p. 22 ss.

⁵³ Quanto all'art. 14, comma 7, benché la sua formulazione non appaia dirimente nel limitarne la portata entro i confini nazionali dell'ordinamento che si è già pronunciato con sentenza definitiva, la Corte ha proposto fermamente per una lettura restrittiva. La disposizione, in particolare, recita come segue «Nessuno può essere sottoposto a nuovo giudizio o a nuova pena, per un reato per il quale sia stato già assolto o condannato con sentenza definitiva in conformità al diritto e alla procedura penale di ciascun paese». C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 936, nota 33, osserva che la portata, meramente interna o sovranazionale, della garanzia ivi sancita dipende dal significato che si assegna all'inciso «in conformità al diritto e alla procedura penale di ciascun paese». Se, infatti, lo si intende quale parametro alla cui stregua valutare il crisma dell'irrevocabilità della sentenza pronunciata, il divieto parrebbe estensibile anche ai giudizi instaurati da parte di uno Stato diverso rispetto a quello che ha già proceduto: cfr., per tale lettura, M. CHIAVARIO, *Le garanzie fondamentali del processo nel Patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 496; V. ESPOSITO, *op. cit.*, c. 475. Ad opposta conclusione giungono quanti associano il requisito della rispondenza al diritto sostanziale e processuale al divieto di doppio giudizio, intendendo che i presupposti necessari all'insorgenza della preclusione debbono essere valutati con riferimento alle regole che governano l'ordinamento in cui è stata pronunciata la sentenza irrevocabile: così N. GALANTINI, *op. ult. cit.*, p. 199 s.; A. ROTTOLA, *Ancora «bis in idem» nei rapporti con autorità giurisdizionali straniere?*, in *Riv. dir. int.*, 1975, p. 860. La valenza meramente interna del divieto di *bis in idem* espresso dall'art. 14 comma 7 è, peraltro, ad oggi suffragata dall'interpretazione fornita dal Comitato dei diritti dell'Uomo presso l'ONU: Si veda la decisione adottata il 2 novembre 1987, relativa alla comunicazione n. 204/1986, reperibile in *Il «Comitato dei diritti dell'uomo» e il ne bis in idem internazionale*, in *Ind. pen.*, 1988, p. 124.

⁵⁴ Cfr. l'ordinanza della Corte d'Assise di Venezia, cit.

costituzionale, mediante l'introduzione del VII protocollo aggiuntivo alla Convenzione: l'art. 4 del testo integrativo, al primo comma dispone che «Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato»⁵⁵. La disposizione non lascia dubbi sulla rilevanza meramente interna del divieto di *bis in idem* ivi sancito⁵⁶; né pare potersi desumere una più ampia portata della preclusione in esame dai canoni del giusto processo: la via, tentata in alcuni ricorsi alla Commissione europea dei diritti dell'uomo, è stata presto sbarrata. Del resto, la circostanza che il principio sia ora sancito in una disposizione diversa e aggiuntiva rispetto all'art. 6 CEDU induce ad ascrivergli un autonomo ambito applicativo, separato dai contenuti del *fair trial*⁵⁷.

È necessario attendere qualche decennio per assistere ad una cauta apertura della Consulta al riconoscimento di una valenza, sul piano sovranazionale, al principio del *ne bis in idem*⁵⁸: chiamata a vagliare la normativa di attuazione della Convenzione europea di estradizione, la Corte costituzionale, pur ribadendo che il divieto di doppio giudizio non può ancora essere elevato a regola di diritto internazionale generale, scorge nella preclusione processuale un «principio tendenziale cui si ispira oggi l'ordinamento internazionale», e ne individua altresì il fondamento in «evidenti ragioni di garanzia del singolo di fronte alle concorrenti potestà punitive degli Stati».

Le barriere erette dalle legislazioni nazionali al riconoscimento di efficacia preclusiva al giudicato straniero e, dunque, l'impossibilità di desumere dal diritto internazionale una regola non scritta capace di limitare l'azione dei diversi ordinamenti in presenza di un *dictum* irrevocabile altrui, ha comportato, quale sua diretta conseguenza, la necessità che il principio del *ne bis in idem* si affermasse per il tramite della via pattizia. Ed infatti, come si vedrà, sono molteplici le convenzioni che contempiono tale regola, seppur con

⁵⁵ Per un esame della disposizione cfr. M.R. MARCHETTI, *Commento all'art. 4 del VII Protocollo aggiuntivo alla CEDU*, in *L.P.*, 1991, p. 248 ss.

⁵⁶ Si veda, a tale riguardo, la decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 16 gennaio 1995, relativa alla ricevibilità del ricorso n. 21072/92, *Gestra c. Italia*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 456 ss.

⁵⁷ Sul tema cfr. le decisioni della Commissione europea dei diritti dell'uomo X c. Austria, 27 marzo 1963, c. 1519/62, in *Yearbook*, p. 346 ss.; X c. Germania, 16 marzo 1977, c. 7680/76, in *Decisions and reports*, vol. 9, 1977, p. 190 ss. L'autonomia del divieto di doppio giudizio rispetto al principio del giusto processo è stata confermata in una recentissima decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ritenuto lesiva di entrambi tali parametri, assumendone perciò la reciproca indipendenza, la prassi italiana di sanzionare sia sul versante penale, sia su quello amministrativo la condotta dell'insider training: cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo (seconda sezione), *Grande Stevens and others v. Italy*, 4 marzo 2014, nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10.

⁵⁸ Ci si riferisce a Corte cost., 3 marzo 1997, n. 58, in *Giur. cost.*, 1997, p. 597 ss. Per un commento cfr. M.R. MARCHETTI, *Gli artt. 8 e 9 della Convenzione di estradizione e la Costituzione: molto rumore per nulla*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2371 ss.

prevalenza in ambiti settoriali. Ma prima di esplorare l'evoluzione del divieto di doppio processo sul versante degli accordi internazionali, preme osservare come maggior fortuna abbia, invece, incontrato il c.d. *ne bis in idem* esecutivo.

La formula, nota anche come «principio di imputazione»⁵⁹, obbliga lo Stato che procede per secondo a tenere in considerazione, in caso di condanna, la pena eventualmente già scontata all'estero per lo stesso fatto. Essa, quindi, non previene il rischio di una duplice sottoposizione ad un procedimento penale sulla medesima regiudicanda, ma rimedia all'acuirsi di quell'ingiustizia già insita in una simile evenienza, scongiurando il cumulo delle pene⁶⁰. A differenza del *ne bis in idem* processuale, quello esecutivo ha trovato un diffuso riconoscimento nelle legislazioni interne. Conformandosi alla tendenza maggioritaria, anche il codice penale ha predisposto un meccanismo di computo della pena sofferta all'estero: a vincolare in tal senso il giudice italiano provvede l'art. 138 c.p.

Per lungo tempo, fino alla comparsa di rimedi pattizi, il canone del *non bis poena in idem* ha, dunque, rappresentato l'unico strumento disponibile per arginare gli effetti della preminenza riconosciuta, dagli ordinamenti nazionali, al principio di territorialità⁶¹. E proprio la sua ampia diffusione nelle legislazioni interne ha consentito di riconoscergli con maggior facilità cittadinanza tra le consuetudini internazionali⁶².

3. L'affermazione del principio attraverso le convenzioni internazionali.

⁵⁹ Cfr. N. GALANTINI, *op. ult. cit.*, p. 21 ss.

⁶⁰ Efficacemente, N. GALANTINI, *loc. ult. cit.* osserva che la massima *non bis poena in idem* differisce notevolmente rispetto «al *ne bis in idem* processuale propriamente detto il quale...riflette il problema della procedibilità *in idem* e non dell'eseguità *in bis*». Secondo L. LUPARIA, *op. cit.*, p. 59 «il canone implica di fatto l'accettazione di fenomeni di moltiplicazione di giudizi in condizioni di identità di soggetti e *res iudicatae*».

⁶¹ Lo stretto legame tra *ne bis in idem* e principio di territorialità è rilevato anche da Corte cost., 18 aprile 1967, n. 48 *cit.*, secondo la quale il fatto che in svariati codici sia «stabilito che nell'infliggere la pena il giudice debba tener conto di quella eventualmente scontata per lo stesso fatto in altro Stato, questa è una particolare norma, suggerita da comprensibili criteri di equità, che conferma il principio stesso».

⁶² Così C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 937 ss.; L. CORDI, *op. cit.*, p. 787; cfr. anche N. PALAIA, *op. cit.*, p. 734 ss., il quale, muovendo dalla considerazione secondo cui nella maggior parte dei casi a subire la reiterazione del processo sono gli stranieri (giacchè «lo Stato che ha un interesse precipuo a giudicare *ex novo* il reo è di regola quello del *locus commissi delicti* oppure quello che è stato direttamente offeso dall'azione criminosa anche se questa si sia svolta in tutto o in parte all'estero»: cfr. p. 736) legge nel *ne bis in idem* esecutivo «una concreta esplicazione del principio che impone agli Stati il rispetto di uno *standard* minimo nei loro confronti». Il complesso delle garanzie da riconoscere agli stranieri, in particolare, è costituito «da precisi impegni convenzionali, ma anche da principi generali di diritto internazionale...che è lecito talvolta ricostruire attraverso il riferimento ad astratte regole di equità. Nel nostro caso il far scontare ad un individuo due pene per il medesimo reato viola apertamente ogni umano sentimento di giustizia e legittima l'operare del principio sul trattamento degli stranieri»: cfr. p. 736 s. Quanto ai cittadini, secondo l'autore, lo Stato rimarrebbe libero da simili obblighi internazionali; tuttavia, egli osserva come «le singole legislazioni nazionali, quando dispongono la detrazione della pena già subita all'estero, non distinguono di regola fra cittadini e stranieri; è evidente che ciò è dovuto a comprensibili ragioni di equità, non volendosi creare nei confronti dei propri cittadini una situazione di svantaggio rispetto agli stranieri» (p. 738).

In mancanza di un adeguato riconoscimento da parte delle codificazioni interne, protese, come visto, a riservare ampi margini di libertà all'azione dello Stato pur in presenza di un giudicato estero sullo stesso fatto, l'affermazione del principio *ne bis in idem* nei rapporti tra diversi ordinamenti ha incontrato maggiore fortuna percorrendo la via delle convenzioni internazionali. In questa più ampia dimensione, sono diversi i testi pattizi che, secondo differenti soluzioni, vincolano le Parti contraenti al rispetto del *dictum* irrevocabile altrui. Tuttavia, la necessità di darvi attuazione attraverso l'adozione di strumenti nazionali di recepimento ne ha sensibilmente limitato l'impatto: senza la collaborazione degli Stati firmatari, la fonte convenzionale non è in grado di esplicare i propri effetti⁶³.

È il Consiglio d'Europa a sollecitare le prime iniziative in materia, attraverso due documenti pattizi sottoscritti entrambi negli anni settanta, a poca distanza l'uno dall'altro: si tratta della Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudicati penali⁶⁴ e di quella sul trasferimento delle procedure penali, già incontrata nel capitolo precedente⁶⁵.

Il primo dei due atti richiamati dedica una specifica sezione al principio del *ne bis in idem*⁶⁶: la preclusione all'instaurazione di un procedimento a carico della stessa persona e per gli stessi fatti, già oggetto di un "giudizio penale europeo"⁶⁷, consegue alla pronuncia di una sentenza definitiva di assoluzione o di condanna. Conformandosi alla tendenza tradizionale, il divieto di doppio processo viene, dunque, delineato quale effetto tipico del giudicato, incapace, perciò, di prevenire il simultaneo celebrarsi di processi in *idem*. Qualora il primo giudizio si sia concluso con un accertamento della responsabilità dell'imputato, l'efficacia preclusiva è, inoltre, subordinata alla c.d. condizione dell'esecuzione: l'instaurazione di un nuovo giudizio sulla medesima regiudicanda è impedito solo dall'avvenuta esecuzione della sanzione comminata; circostanza, quest'ultima, a cui sono equiparati i casi di pena ancora in corso di esecuzione o non espiabile per effetto di un provvedimento clemenziale o della dichiarazione di prescrizione della stessa. Si tratta di una formula che, come si vedrà, sarà ripresa anche

⁶³ Scriveva N. GALANTINI, *op. ult. cit.*, p. 195 che «Il tentativo convenzionale non va comunque disprezzato; esso testimonia, in ogni caso, le esigenze attuali del diritto penale internazionale e tende a smuovere i vari Stati dalle tradizionali posizioni di isolamento».

⁶⁴ Convenzione sottoscritta a L'Aja il 28 maggio 1970 ed entrata in vigore sul piano internazionale il 26 luglio 1974. Per un approfondito esame delle disposizioni del testo pattizio di consulti N. GALANTINI, *op. ult. cit.*, p. 203 ss., alla quale si rinvia anche per i richiami bibliografici. Sul tema cfr., inoltre, L. CORDÌ, *op. cit.*, p. 788 s.; M. PISANI, *op. cit.*, p. 562 s.; C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 946 s.

⁶⁵ Cfr. *supra*, capitolo I, paragrafo n. 9.

⁶⁶ Cfr. Parte III - sezione 1, artt. 53-55. Per un approfondimento dei contenuti della Convenzione in esame cfr. G. FERRANTI, *op. cit.*, p. 138 ss.

⁶⁷ A mente dell'art. 1, lett. a) della Convenzione del 1970 «"European criminal judgment" means any final decision delivered by a criminal court of a Contracting State as a result of criminal proceedings».

dai documenti pattizi successivi che, alla Convenzione in esame, guardano quale modello ispiratore.

La portata di questa previsione risulta, tuttavia, ridimensionata dalla presenza di alcune rilevanti eccezioni: in applicazione del principio della difesa, il giudicato straniero non esplica efficacia preclusiva, nei confronti del Paese di appartenenza, qualora l'autore del reato, la persona offesa, oppure gli interessi lesi dalla condotta criminosa abbiano «carattere pubblico». Analogamente, la possibilità di un *bis in idem* è sempre accordata allo Stato del *locus commissi delicti*, a patto che non abbia richiesto il trasferimento del procedimento penale⁶⁸. Ad inficiare ulteriormente l'efficacia del divieto di doppio processo provvede, inoltre, la possibilità, riconosciuta agli Stati firmatari, di apporre in ogni tempo una riserva all'adesione a questa parte della Convenzione⁶⁹.

La tutela del soggetto destinatario delle *multiple prosecutions* risulta, infine, completata dalla presenza di una disposizione dedicata al *ne bis in idem* esecutivo: qualora gli Stati parte non abbiano rispettato l'obbligo di astenersi dall'esercitare un'azione penale per gli stessi fatti oggetto di un precedente giudizio straniero, i periodi di privazione della libertà personale sofferti dal già condannato devono essere sottratti dalla nuova sanzione comminata.

Benché perfettibile nelle sue previsioni⁷⁰ e nonostante l'esiguo numero di ratifiche ottenute⁷¹, a tale documento pattizio può indubbiamente ascriversi il pregio di rappresentare il primo, e tutt'altro che timido⁷², tentativo di introdurre sul piano sovranazionale una regolamentazione organica del *ne bis in idem*.

È, tuttavia, nel più ristretto ambito dell'Unione europea che il divieto di doppio processo riceve una compiuta ed effettiva regolamentazione.

⁶⁸ Il divieto di doppio processo nella Convenzione europea sul trasferimento delle procedure penali è regolato in termini pressoché identici a quelli ora sommariamente tratteggiati: cfr. gli artt. 35-37, sui quali si rinvia, ancora, a N. GALANTINI, *op. ult. cit.*, p. 224 ss.

⁶⁹ Questa possibilità è offerta dall'art. 61, comma 1: «Any Contracting State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance or accession, declare that it avails itself of one or more of the reservations provided for in Appendix I to this Convention.»

⁷⁰ Formula osservazioni critiche sulle disposizioni della convenzione relative al principio del *ne bis in idem* N. GALANTINI, *op. ult. cit.*, p. 210 s., secondo la quale «il relegare in spazi angusti la regolamentazione di un istituto processuale così discusso nei suoi risvolti internazionali, non consente di evitare il sorgere di difficoltà applicative all'interno dei vari ordinamenti».

⁷¹ Ad oggi si registrano soltanto ventidue ratifiche a fronte di quarantotto Stati aderenti al Consiglio d'Europa. Per quanto riguarda l'Italia, all'autorizzazione parlamentare, ad opera della legge 16 maggio 1977, n. 305, non è seguito il deposito dello strumento di ratifica. La vicenda diede adito persino ad una questione di legittimità costituzionale sulla natura obbligatoria o discrezionale di tale adempimento, dichiarata, però, manifestamente inammissibile: cfr. l'ordinanza della Corte cost., 21 settembre 1983, n. 282. Sul tema si veda il contributo di P. PITTARO, *op. cit.*, p. 793 ss.

⁷² Proprio «l'indubbia innovatività» del contenuto della Convenzione del 1970 è additata da N. GALANTINI, *Evoluzione del principio del ne bis in idem*, cit., p. 1568 quale probabile causa dello scarso numero di ratifiche seguite alla sua adozione.

All'origine delle iniziative che hanno condotto all'emanazione della disciplina ad oggi vigente si colloca una risoluzione del Parlamento europeo, datata 16 marzo 1984⁷³ e sollecitata da una vicenda riguardante un cittadino italiano, condannato per lo stesso fatto prima in Germania, poi in patria⁷⁴. Rilevata la duplice funzione del principio del *ne bis in idem*, quale strumento posto a tutela della libertà dell'accusato e dell'autorità di cosa giudicata delle decisioni irrevocabili, l'istituzione europea esorta gli Stati membri all'adozione di due diverse tipologie di misure volte a dare la massima attuazione al divieto di doppio processo: da un lato, essi vengono sollecitati a ratificare le convenzioni del Consiglio d'Europa che prevedono il principio in questione; dall'altro lato, si invitano i legislatori nazionali ad abrogare le disposizioni interne con esso incompatibili, così da consentire la più ampia attuazione di quel diritto all'unicità dell'accertamento penale che, faticosamente, cominciava a farsi strada.

Le raccomandazioni del Parlamento europeo sortiscono solo in parte l'effetto voluto: gli accordi conclusi in seno al Consiglio d'Europa non raggiungeranno mai un numero adeguato di ratifiche, né le previsioni ostative al riconoscimento dell'efficacia negativa del giudicato straniero verranno rimosse dalle codificazioni nazionali. Tuttavia, a partire dalla fine degli anni ottanta, si osserva una maggior apertura degli Stati membri dell'Unione a modelli di più spiccata integrazione in materia penale⁷⁵. E così, consci del contributo che il riconoscimento del principio del divieto di doppio processo sul piano internazionale può apportare al rafforzamento dei valori della «fiducia, comprensione e rispetto reciproci», e «tenendo conto degli sviluppi verso la eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone», nel 1987 i Paesi dell'allora Comunità europea sottoscrivono una Convenzione relativa all'applicazione del principio *ne bis in idem*⁷⁶.

⁷³ Il testo della risoluzione è pubblicato in *G.U.C.E.* C 104 del 16 aprile 1984, p. 133 ss.

⁷⁴ Si tratta del caso Barletta, del quale si può leggere un sunto in M. PISANI, *Dal Parlamento europeo: verso il ne bis in idem internazionale*, in *Ind. pen.*, 1984, p. 602 ss.

⁷⁵ Con riferimento alla serie di convenzioni adottate a seguito della risoluzione parlamentare del 1984, C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 945, afferma: «Antecedenti a quella cooperazione giudiziaria in materia penale istituzionalizzata nel trattato di Maastricht, esse hanno costituito il primo passo verso l'allargamento dello "spazio giudiziario europeo" alla materia penale».

⁷⁶ Cfr. la Convenzione tra gli stati membri delle comunità europee relativa all'applicazione del principio *ne bis in idem*, firmata a Bruxelles il 25 maggio 1987, della quale si sono richiamate, nel testo, parti del preambolo. L'Italia ha autorizzato la ratifica con legge 16 ottobre 1989 n° 350. Oltre che dal nostro ordinamento, il documento pattizio è stato recepito da Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Irlanda, Paesi Bassi e Portogallo (cfr. la Comunicazione sull'entrata in vigore della Convenzione del 25 maggio 1987, a firma del Ministero degli affari esteri, pubblicata in *G.U.*, 11 maggio 2000, n. 108) e risulta, perciò, in vigore nei loro rapporti reciproci, secondo quanto previsto dall'art. 6, comma 3. Per un esame delle disposizioni della Convenzione si vedano i contributi di V. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 472 ss.; V. DELICATO, *L'esecuzione delle sentenze penali straniere in Italia*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991, p. 634 s.; S. FARINELLI, *op. cit.*, p. 889 ss.; C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 944 ss.; L. CORDI, *op. cit.*, p. 790 s.; M. PISANI, *op. cit.*, p. 565 s. Nel Consiglio europeo del 1987 furono stipulati, poi, altri quattro documenti pattizi dal contenuto analogo a quelli adottati in seno al Consiglio d'Europa: si tratta dell'accordo relativo all'applicazione tra gli Stati membri delle Comunità europee della

L'accordo assume come modello di riferimento il testo del 1970, del quale riproduce gran parte delle disposizioni. Tuttavia, possono cogliersi alcune significative differenze, espressione della volontà di dare al principio una più ampia estensione. Così, ad esempio, la condizione dell'esecuzione, alla quale è subordinata l'efficacia preclusiva della sentenza definitiva di condanna, è svincolata da una tassativa predeterminazione delle cause estintive della pena, a favore di un più generico riferimento alla non eseguibilità della sanzione «secondo la legge dello stato di condanna»⁷⁷. La formula implica senza dubbio la necessità di un maggior livello di fiducia tra gli Stati membri, atteso che l'esatta portata della preclusione viene necessariamente rimessa a valutazioni da effettuarsi caso per caso⁷⁸. Differente è anche la disciplina delle deroghe: si prevede, anzitutto, che i Paesi aderenti debbano decidere se avvalersene o meno mediante una dichiarazione da rendere all'atto della ratifica, accettazione o approvazione della Convenzione e non in qualsiasi tempo, come invece consentito dal testo del Consiglio d'Europa⁷⁹. Quanto al profilo contenutistico, le eccezioni al divieto di doppio processo sembrano essere il risultato di un'opera di razionalizzazione dell'assetto delineato nel 1970. Da un lato, il principio di territorialità è ribadito quale limite alla preclusione al secondo giudizio, ma solamente nel caso in cui il reato sia stato consumato interamente entro i confini di un unico ordinamento; qualora la condotta sia transnazionale e, dunque, abbia interessato più Stati membri, l'efficacia negativa del giudicato formatosi in uno di essi non subirà alcuna deroga a favore degli altri. Dall'altro lato, il principio della difesa viene specificato in modo più pregnante: al generico «carattere pubblico» dell'imputato, della persona offesa o dell'interesse leso dal reato si sostituiscono lo *status* di pubblico ufficiale autore di un delitto commesso in violazione dei doveri del suo ufficio e la possibilità di ricondurre la

convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento delle persone condannate; l'accordo tra gli Stati membri delle Comunità europee sulla semplificazione e la modernizzazione delle modalità di trasferimento delle domande di estradizione; l'accordo tra gli Stati membri delle Comunità europee sul trasferimento dei procedimenti penali; infine, la convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee sull'esecuzione delle condanne penali straniere.

⁷⁷ Si esprime in questi termini l'art. 1 della Convenzione del 1987.

⁷⁸ Così anche C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 947, secondo la quale «Questa previsione può considerarsi, quindi, la prima espressione di apertura al principio del mutuo riconoscimento delle legislazioni penali degli Stati membri, sia pur ancora a livello embrionale». Si esprime in termini favorevoli anche S. FARINELLI, *op. cit.*, p. 894, la quale osserva come «l'art. 1 della Convenzione di Bruxelles individua una categoria generale, escludendo per lo Stato in cui si pone la questione del riconoscimento la possibilità di sindacare l'avvenuta esecuzione della pena ed evitando così l'insorgere di problemi interpretativi relativi ai casi non specificamente previsti dalla norma».

⁷⁹ La dichiarazione, inoltre, può essere ritirata in ogni tempo. Secondo S. FARINELLI, *op. cit.*, p. 898 «Il fatto che le eccezioni legate ai criteri di territorialità e difesa operino subordinatamente alla formulazione di una dichiarazione ritirabile in ogni momento ha delle conseguenze non tanto dal punto di vista pratico (in realtà la situazione per l'imputato resta sostanzialmente la stessa), quanto da un punto di vista teorico: la rilevanza delle due eccezioni è infatti disciplinata come una facoltà degli Stati che può essere esercitata soltanto in via generale e preventiva».

fattispecie criminosa ad una di quelle integranti «un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quello stato membro», oggetto di una precisa indicazione all'atto della ratificata⁸⁰.

L'ultimo rilevante elemento di differenza riguarda l'estensione del *ne bis in idem* esecutivo. Oltre a confermare la soluzione adottata dalla Convenzione del Consiglio d'Europa e, dunque, ad imporre lo scomputo della pena detentiva già espiata all'estero quale conseguenza di una condanna per lo stesso fatto, il testo del 1987 accorda rilevanza anche a sanzioni diverse da quelle privative della libertà, ma solo «nella misura consentita dalla legge nazionale»⁸¹.

Come anticipato, la Convenzione tra gli stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del principio *ne bis in idem* non è mai entrata in vigore, giacché solamente pochi Paesi, oltre all'Italia, hanno provveduto a depositare i relativi strumenti di ratifica, accettazione o approvazione⁸². Ciò nondimeno essa ha costituito un fertile terreno per l'adozione di successive e più fortunate iniziative, tanto da indurre a definire il divieto di doppio processo come «una sorta di “costante” di politica penale comunitaria»⁸³. Ed infatti, alla Convenzione del 1987 sono seguiti vari documenti pattizi di fonte europea che, nell'ambito di regolamentazioni settoriali, hanno consentito al principio del *ne bis in idem* di cominciare ad emergere, seppur in modo frammentato⁸⁴.

4. (segue): la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen.

È grazie ad un'iniziativa assunta al di fuori del contesto dell'allora Comunità europea che cominciano a gettarsi le fondamenta di un vero e proprio generale divieto di *bis in idem* nella materia penale. Desiderosi di promuovere nei rispettivi rapporti reciproci una più stretta integrazione e di dare effettiva attuazione al virtuoso obiettivo di abbattimento delle frontiere interne, così da consentire la libera circolazione delle persone, alcuni Stati membri nel 1990 sottoscrivono la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen,

⁸⁰ Secondo l'art. 3, comma 2 della legge 16 ottobre 1989 n° 350 di ratifica ed esecuzione, da parte dell'Italia, della convenzione in esame, «costituiscono reati contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali dello stato i delitti contro la personalità dello stato».

⁸¹ Cfr. l'art. 3 della Convenzione del 1987.

⁸² Cfr. *supra*, nota n. 75.

⁸³ L'espressione è di M. PISANI, *op. cit.*, p. 568.

⁸⁴ Cfr. l'art. 7 della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, adottata a Bruxelles il 26 luglio 1995 e l'art. 7 del relativo primo protocollo sottoscritto a Dublino il 27 settembre 1996; si veda inoltre l'art. 10 della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, stilata a Bruxelles il 26 maggio 1997. Tutti e tre questi atti internazionali sono stati ratificati dall'Italia con la legge 29 settembre 2000, n. 300.

siglato nel 1985⁸⁵. Oltre alla disciplina relativa a visti, asilo e immigrazione, il documento pattizio al titolo III – rubricato «polizia e sicurezza» – contiene un capitolo, il terzo, dedicato all' " Applicazione del principio *ne bis in idem*" nei rapporti tra i Paesi parte.

Il testo ha riscosso un certo successo: il Trattato di Amsterdam del 1997 ne recepisce l'*acquis*⁸⁶, conferendogli il rango di diritto dell'Unione europea e rendendolo, perciò, vincolante per tutti gli Stati ad essa aderenti⁸⁷. L'integrazione è opera del protocollo allegato⁸⁸, al quale sono seguite due decisioni del Consiglio, finalizzate a precisare quale sia la base giuridica delle disposizioni recepite: gli articoli dedicati al divieto di doppio processo, in particolare, vengono ricondotti all'*ex* "terzo pilastro"⁸⁹.

La nuova veste in tal modo conferita alle previsioni della Convenzione di Schengen ha consentito di superare la logica della cooperazione intergovernativa e di svincolare, per quanto interessa all'oggetto del presente lavoro, il principio del *ne bis in idem* dalle strettoie degli strumenti di ratifica che, tardando ad arrivare, avevano, fino ad allora, impedito l'ascesa della preclusione sul piano sovranazionale. A partire da quel momento, dunque, il giudicato penale gode di un'eccezionale efficacia espansiva, in quanto autorizzato ad estendere la propria portata negativa oltre i confini nazionali e in modo indipendente dalla fattispecie di reato oggetto degli accertamenti *de eadem re et persona*.

Ma il recepimento dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione ha prodotto anche un altro considerevole effetto, ovvero la possibilità per la Corte di Giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione e la validità delle disposizioni contenute nell'Accordo⁹⁰: un contributo nient'affatto irrilevante, atteso che la trasposizione del principio sul piano europeo non fa che riproporre, se non addirittura complicare, questioni esegetiche che hanno già impegnato le corti nazionali nel delineare la fisionomia del divieto di doppio processo sul versante domestico. La competenza del Giudice di

⁸⁵ La Convenzione è stata sottoscritta, inizialmente, dai governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Francia, della Germania e, successivamente, anche da Italia (1990), Spagna e Portogallo (1991), Grecia (1992), Austria (1995), Danimarca, Finlandia e Svezia (1996). Osserva S. FARINELLI, *op. cit.*, p. 885, nota n. 20, come il gruppo Schengen abbia dato origine a rapporti controversi con la Comunità europea: «Da una parte esso viene a porre una spaccatura tra gli Stati della Comunità...D'altra parte l'azione del gruppo di Schengen ha una funzione pilota per quanto riguarda l'instaurazione della libera circolazione delle persone all'interno della Comunità europea». L'Italia ha ratificato la Convenzione con la legge 30 settembre 1993, n. 388.

⁸⁶ Sul tema cfr. F. LEIDENMÜHLER, *The incorporation of the Schengen acquis into the frame work of the EU by the example of the "ne bis in idem" principle*, in *Eur. Legal forum*, 2002, p. 253 ss.; B. NASCIBENE, *L'incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del Comitato parlamentare di controllo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1999, p. 731 ss.

⁸⁷ Per i Paesi entrati a far parte dell'Unione europea in epoca successiva al 1997, l'accettazione delle disposizioni della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen costituisce condizione di adesione.

⁸⁸ Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel campo dell'UE (G.U.C.E. C 340 del 1997, p. 93).

⁸⁹ Le disposizioni concernenti visti, asilo e immigrazione vengono, invece, ricondotte al primo pilastro: cfr. le decisioni del Consiglio 1999/435/CE e 1999/436/CE, pubblicate in G.U.C.E., L 176 del 10 luglio 1999, p. 1 ss.

⁹⁰ Sul tema cfr. *infra*, capitolo III, paragrafo n. 1.

Lussemburgo assicura, così, soluzioni uniformi e scongiura il rischio di imbrigliare il *ne bis in idem* in opzioni ermeneutiche differenti nei diversi ordinamenti interni.

Nel contenuto, la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen riproduce integralmente le disposizioni dell'omologo documento siglato tra gli Stati membri delle Comunità europee nel 1987, sicché a parere della dottrina quest'ultimo deve, oramai, ritenersi superato⁹¹. I due testi non coincidono solamente per gli aspetti precettivi: un evidente parallelismo è, invero, riscontrabile anche nella finalità che accompagna il riconoscimento del principio *ne bis in idem* nei rapporti tra i Paesi aderenti. E difatti, in entrambi i casi il divieto di doppio processo appare strettamente connesso all'esigenza di assicurare che la libertà di circolazione garantita ai cittadini della zona eurounitaria non rimanga un'enunciazione astratta, resa ineffettiva dal timore di doversi nuovamente difendere dalla medesima imputazione, non appena vengano varcati i confini nazionali⁹². Tale aspetto, oggetto di un'esplicita dichiarazione nel preambolo della Convenzione del 1987, si desume in modo altrettanto chiaro dal patto di Schengen, sottoscritto proprio allo scopo di abbattere le frontiere comuni.

Anche nel sistema Schengen, dunque, la preclusione ad un nuovo giudizio *de eadem re et persona* consegue alla pronuncia di una sentenza definitiva, sottoposta alla condizione dell'esecuzione qualora si tratti di condanna (art. 54 CAAS): l'eventuale sanzione comminata dovrà, perciò, essere stata scontata per intero; presupposto al quale sono equiparati i casi di pena in corso di espiazione o non più eseguibile secondo la legge dello Stato che ha emesso la decisione definitiva.

Al pari di quanto stabilito nel testo del 1987, il divieto di doppio processo non è fatto oggetto di un riconoscimento assoluto: l'art. 55 CAAS ripropone, infatti, le deroghe a tutela dei principi della territorialità e della difesa già affrontate nel paragrafo precedente, accordando così ai Paesi aderenti la possibilità, mediante una dichiarazione unilaterale resa all'atto della ratifica, di porre un limite all'efficacia negativa del giudicato altrui. Il nostro legislatore ha deciso di avvalersi di tutte e tre le eccezioni consentite: il giudicato

⁹¹ Così secondo D. DEL VESCOVO, *Evoluzione dell'art. 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione europea*, in *St. integr. eur.*, 2010, p. 722; C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 949; E. CALVANESE, *op. cit.*, p. 281.

⁹² Cfr. *supra*, paragrafo n. 2. L'aspetto è evidenziato anche da C. AMALFITANO, *loc. ult. cit.* B. VAN BOCKEL, *op. cit.*, p. 20 s. osserva come «The Schengen-agreements aim at establishing free circulation of persons by abolishing border checks, while at the same time implementing countervailing measures, which lead to an increase in cross-border enforcement of the criminal laws of the Schengen-group Member States. In the absence of rules on positive conflicts of law in international criminal law, this increase in law enforcement activities within the Schengen-area would lead to an increased risk for subject of being prosecuted, tried, and punished repeatedly in several Schengen-states. Apart from being unfair for the subjects in question, this would arguably also undermine the free movement aim of the Schengen-agreements. Article 54 CISA counteracts this».

pronunciato *aliunde* non dovrebbe impedire, pertanto, l'esercizio dell'azione penale in Italia nel caso in cui il reato si sia qui consumato, in tutto o in parte⁹³; oppure qualora si tratti di una fattispecie offensiva della sicurezza o di altri interessi egualmente essenziali dello Stato; infine, se la condotta criminosa è stata realizzata da un pubblico ufficiale in violazione dei doveri del suo ufficio⁹⁴.

Parte della dottrina ha sollevato dei dubbi sulla possibilità di considerare ad oggi ancora vigenti tali limitazioni al divieto di doppio processo. La questione, in particolare, ruota attorno al contenuto dell'*acquis* di Schengen: le dichiarazioni unilaterali mediante le quali gli Stati aderenti hanno manifestato la volontà di avvalersi delle eccezioni accordate dall'art. 55 CAAS non figurano tra gli atti integrati nel quadro dell'Unione⁹⁵. Con la conseguenza che, ove non reiterate in epoca successiva all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, esse avrebbero perso la propria efficacia⁹⁶. L'opinione appare condivisibile e trova una conferma anche nella decisione del Consiglio 1999/435/CE, secondo la quale l'*acquis* di Schengen è costituito da tutti (e soltanto) gli atti espressamente indicati nei due documenti ad essa allegati, tra i quali non compaiono le dichiarazioni unilaterali *ex art. 55 CAAS*⁹⁷. Un'analoga impostazione è stata, inoltre, seguita anche da una parte della giurisprudenza di merito italiana⁹⁸. In mancanza di una nuova dichiarazione volta a

⁹³ Al pari di quanto sancito nella Convenzione del 1987, anche la lett. a) dell'art. 55 CAAS contiene una contro-eccezione al principio di territorialità: in caso di condotta transnazionale, il divieto di doppio processo torna ad operare qualora ad aver già proceduto sia uno degli Stati entro i cui confini è stata compiuta una parte dell'azione o dell'omissione.

⁹⁴ Cfr. l'art. 7, l. n. 388/1993, il cui secondo comma precisa che «Ai sensi dell'articolo 55, paragrafo 1, lettera b), della Convenzione, costituiscono reati contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali dello Stato i delitti contro la personalità dello Stato».

⁹⁵ L'indicazione degli atti che compongono l'*acquis* è contenuta in un allegato al c.d. protocollo di Schengen. Si tratta dell'Accordo del 1985; della Convenzione di applicazione del 1990, con il relativo atto finale e dichiarazioni comuni; dei protocolli e degli accordi di adesione conclusi con Italia, Spagna, Portogallo, Grecia, Austria, Danimarca, Finlandia, Svezia, con i relativi atti finali e dichiarazioni comuni; gli atti adottati dal Comitato esecutivo e quelli necessari all'attuazione della Convenzione assunti dagli organi a cui il suddetto Comitato ha conferito poteri decisionali.

⁹⁶ In dottrina, l'inefficacia delle dichiarazioni unilaterali *ex art. 55 CAAS* è sostenuta da F. LEIDENMÜHLER, *op. cit.*, p. 255; C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento*, cit., p. 73, nota n. 106; D. VOZZA, *Verso un nuovo "volto" del ne bis in idem internazionale dell'Unione europea?*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 maggio 2012.

⁹⁷ A proposito del contenuto dei due allegati alla decisione del Consiglio cfr. F. LEIDENMÜHLER, *loc. ult. cit.*, il quale, dopo aver enumerato gli atti rischiamati dall'istituzione europea, così conclude: «Even in this extremely detailed list, there is no reference to a transfer into the EU framework of declarations made by individual States under Article 55 of the Schengen Convention; it is therefore to be assumed that they have lost their legal validity with the entry into force of the Treaty of Amsterdam (on 1 May 1999)». L'autore osserva, inoltre, come «The incorporation of such reservations would moreover run counter to the goal pursued with the transfer of the Schengen *acquis* into the order of the Union of deepening European integration and in particular affording the EU the opportunity to develop into an area of freedom, security and justice».

⁹⁸ Cfr. Trib. Milano, Uff. ind. prel. (Giud. Curami), 6 luglio 2011, pubblicata su www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2012 e in *Corr. merito*, 2012, p. 600 ss., con nota di F. CERQUA.

riservarsi la possibilità di procedere *in idem* nei casi contemplati dall'art. 55 CAAS, il divieto di doppio processo dovrebbe, dunque, operare senza eccezioni.

Anche il contenuto delle restanti disposizioni della Convenzione di Schengen relative all'applicazione del principio *ne bis in idem* nei rapporti tra i Paesi parte ripropone l'assetto già delineato nel 1987. Così, oltre al riconoscimento della preclusione sul piano processuale, è prevista una specifica tutela della persona già giudicata anche nella fase esecutiva: dalla pena detentiva comminata nell'ulteriore procedimento *in idem* si dovrà detrarre ogni periodo di privazione della libertà scontato *aliunde* (art. 56 CAAS). Inoltre, ma solamente nei limiti consentiti dalla legge interna, sarà necessario considerare le sanzioni di tipo diverso eseguite all'estero. Come correttamente osservato, ad una simile previsione non può che assegnarsi un carattere residuale: essa è destinata ad operare nei casi in cui l'ordinamento che procede per secondo non abbia ritenuto sussistenti le condizioni a cui l'art. 54 CAAS subordina il divieto di doppio processo, oppure qualora esso riscontri la sussistenza di una delle deroghe consentite dall'art. 55 CAAS⁹⁹. Al di fuori di queste ipotesi, la preclusione torna correttamente a produrre i propri effetti sul piano processuale, giacché relegarla su quello esecutivo significherebbe contravvenire allo spirito, ma soprattutto alle disposizioni, della Convenzione stessa.

Analogamente al testo del 1987, il capitolo dedicato al *ne bis in idem* si conclude con due disposizioni di chiusura¹⁰⁰: una di carattere procedurale, finalizzata ad introdurre un sistema di scambio di informazioni tra le autorità competenti di ciascuno degli Stati membri, a cui ricorrere ogniqualvolta si abbia il fondato motivo di ritenere che, in ordine agli stessi fatti, l'imputato sia già stato sottoposto ad un procedimento penale concluso con sentenza definitiva (art. 57 CAAS); l'altra, di portata generale, fa salve le eventuali normative interne che, in termini più ampi rispetto al patto esecutivo dell'Accordo di Schengen, conferiscono efficacia preclusiva al giudicato straniero (art. 58 CAAS). Ma come visto nelle pagine che precedono, quest'ultima previsione è destinata a non trovare applicazione, dal momento che, ad eccezione dell'ordinamento olandese, vi è una diffusa tendenza a disconoscere valore al *dictum* irrevocabile altrui¹⁰¹.

⁹⁹ Cfr. S. FARINELLI, *op. cit.*, p. 902, secondo la quale limitarsi a riconoscere il *ne bis in idem* esecutivo là dove sussistono le condizioni per l'applicazione della preclusione processuale significherebbe violare la Convenzione. Per una scelta metodologica, l'autrice formula tali osservazioni in relazione all'identica disposizione contenuta nell'art. 3 della Convenzione del 1987; tuttavia, la perfetta sovrapponibilità dei due testi consente di trasporre le conclusioni a cui si è giunti in quel contesto anche nel dibattito relativo al sistema Schengen.

¹⁰⁰ Nel sistema della Convenzione di Bruxelles del 1987, cfr. gli artt. 4 e 5.

¹⁰¹ Cfr. *supra*, paragrafo n. 2.

A seguito dell'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel quadro dell'Unione europea il principio del *ne bis in idem* è stato, dunque, reso destinatario di un generalizzato riconoscimento nei rapporti tra gli Stati membri. Vincolati a conferire cittadinanza agli effetti negativi del giudicato formatosi oltre confine, gli ordinamenti interni si sono dovuti adeguare a tale nuovo assetto, ridimensionando quell'innata chiusura verso il prodotto dell'accertamento altrui. E così, per quanto riguarda l'Italia, la vigenza degli artt. 54 ss. CAAS comporta l'inapplicabilità dell'istituto del rinnovamento del giudizio di cui all'art. 11 c.p.¹⁰². La preclusione all'esercizio dell'azione penale *in idem*, inoltre, non sembra presupporre il previo riconoscimento della sentenza straniera a norma dell'art. 731 c.p.p. La disposizione citata, infatti, assegna al Ministro della Giustizia il potere di chiedere l'*exequatur* della decisione pronunciata all'estero qualora ritenga che ad essa debbano essere attribuiti effetti nell'ordinamento interno, a norma di un accordo internazionale. Tuttavia, nel caso di specie, dal provvedimento straniero consegue una semplice preclusione e, dunque, un riflesso di carattere meramente negativo che, la dottrina occupatasi del tema, correttamente contrappone agli effetti positivi del *dictum* altrui: per questi ultimi soltanto sarebbe necessaria la complessa procedura di riconoscimento prevista dal codice di rito¹⁰³. L'impostazione ha ricevuto anche l'avallo della Corte di cassazione, che, attenta alla giurisprudenza di Lussemburgo, osserva come l'operatività dell'art. 54 CAAS nei rapporti tra gli Stati membri implichi un elevato livello di fiducia nei rispettivi sistemi di giustizia, del tutto incompatibile con il meccanismo delineato dall'art. 731 c.p.p.¹⁰⁴

¹⁰² Cfr. Cass., Sez. I, 22 dicembre 1998, *Nocera*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1263 ss., con nota di M. PAGLIA, "Ne bis in idem" e continuazione: nuove prospettive processuali penali internazionali; più recentemente cfr. Trib. Milano, Uff. ind. prel. (Giud. Curami), 6 luglio 2011, cit. Secondo R. BARBERINI, *Il principio del ne bis in idem internazionale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1794, nota n. 4 «l'art. 54 Schengen si configura propriamente come limite autoimposto convenzionalmente alla possibilità, per lo Stato, di rinnovare il giudizio».

¹⁰³ In questi termini R. BARBERINI, *op. cit.*, p. 1793 s.; E. CALVANESE, *op. cit.*, p. 282 s.; G. DE AMICIS, *Il principio del ne bis in idem europeo nel contesto della cooperazione giudiziaria: primi orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Giur. merito*, 2009, p. 3185 ss.; E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario - E. Marzaduri, *Le impugnazioni*, vol. coordinato da M.G. Aimonetto, Utet, Torino, 2005, p. 646; F. CORBI - F. NUZZO, *op. cit.*, p. 57 ss.; C. M. PAOLUCCI, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Utet, Torino, 2011, p. 752 s.

¹⁰⁴ Così Cass., Sez. VI, 8 settembre 2008, *Duzzi*, in *C.E.D. Cass.* n. 241377. In termini analoghi R. BARBERINI, *op. cit.*, p. 1794, osserva «che il significato della sottoscrizione dell'art. 54 risiede precisamente nell'accettazione, da parte di ciascuno Stato contraente, del principio della parificazione della sentenza definitiva emessa da altro Stato contraente, a quella pronunciata dalle proprie autorità giudiziarie, in determinate ipotesi convenzionalmente stabilite. Ciò in considerazione della omogeneità esistente tra gli ordinamenti giuridici dei Paesi sottoscrittori, omogeneità che rende superflua la messa in opera dei sistemi di controllo stabiliti dai vari ordinamenti in difesa, in particolare, dei propri principi fondamentali».

5. *Gli scenari dischiusi dal Trattato di Lisbona: il ne bis in idem nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.*

L'ascesa del principio *ne bis in idem* sul piano dei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione europea colleziona un altro importante tassello con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹⁰⁵. Tra le novità introdotte, ve n'è una che interessa da vicino il divieto di doppio processo, ovvero l'acquisita efficacia vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁰⁶. Come ormai noto, il nuovo testo dell'art. 6 TUE la equipara, quanto a valore giuridico, ai Trattati¹⁰⁷, consentendone l'ingresso a pieno titolo tra le fonti primarie dell'ordinamento europeo¹⁰⁸. L'innovazione non è di poco momento: quello che fino al dicembre 2009 ha rappresentato un documento la cui portata si arrestava al piano meramente politico, d'un tratto diviene atto cogente, collocato al vertice della piramide delle fonti dell'Unione. L'attività esegetica nel campo dei diritti fondamentali si arricchisce, così, di un nuovo importante referente, destinato, tuttavia, a complicare talora il quadro complessivo¹⁰⁹. Di ciò si avvede presto l'interprete del *ne bis in idem*.

Nel capo VI - rubricato "Giustizia" - la Carta di Nizza si occupa anche del «Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato» e stabilisce che «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge» (art. 50). Raffrontata con le versioni precedenti del divieto di doppio processo, la disposizione citata svela alcune significative differenze.

Anzitutto, già la semplice lettura della norma consente di effettuare una prima importante considerazione: il *ne bis in idem* è fatto oggetto di riconoscimento in entrambe le sue declinazioni. Il testo dell'art. 50 CDFUE, invero, non ne limita la portata entro gli stretti

¹⁰⁵ Sottoscritto il 13 dicembre 2007, il Trattato di Lisbona è entrato ufficialmente in vigore il 1 dicembre 2009.

¹⁰⁶ Si tratta della c.d. Carta di Nizza, ivi sottoscritta il 7 dicembre 2000.

¹⁰⁷ All'art. 6 TUE si affianca, inoltre, la Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona, nella quale si legge che alla Carta di Nizza viene conferita «forza giuridicamente vincolante».

¹⁰⁸ Sul tema cfr. L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. U.e.* 2008, p. 713 ss.; S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes - V. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano, 2011, p. 147 ss.

¹⁰⁹ Oltre a conferire efficacia vincolante alla Carta di Nizza, l'art. 6 TUE getta le basi per la futura adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Secondo S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 158 s. «Le prospettive dischiusi da Lisbona con riferimento ai diritti fondamentali sono riassumibili in tre diversi indirizzi, contemplati dal Trattato sull'Unione (TUE) che si pone come il *locus* nel quale si raccolgono le dichiarazioni di principio e gli indirizzi di ordine generale del rinnovato quadro istituzionale: nel riconoscimento di un'autonoma Carta dei diritti fondamentali (*scelta autonomista*), nella programmata adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (*prospettiva di adesione*) e, infine, nel rinvio al diritto della Convenzione europea ad opera delle fonti di diritto comunitario (*dinamica di coordinamento*)».

confini nazionali, né lo considera soltanto sul piano dei rapporti tra Stati; al contrario, la sua ampia formulazione consente di abbracciare ambedue le dimensioni, facendone un *unicum* nel panorama delle Carte fondamentali. Come visto, infatti, da un lato, né le Costituzioni dei Paesi membri, né i principali atti internazionali a tutela dei diritti umani si preoccupano di salvaguardare il singolo dal pericolo di una reiterazione di identiche accuse a suo carico, qualora le iniziative punitive abbiano origine in ordinamenti diversi¹¹⁰; dall'altro lato, la più importante enunciazione del divieto di doppio processo nella dimensione interstatale è contenuta in un atto, la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, che riveste il rango di diritto derivato dell'Unione¹¹¹.

L'asserita duplice natura, interna ed europea, del *ne bis in idem* proclamato a Nizza trova una sicura conferma nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali¹¹². Nel commento all'art. 50, dopo aver richiamato il testo dell'art. 4, VII protocollo aggiuntivo alla CEDU, si precisa, infatti, che «la regola “ne bis in idem” non si applica solo all'interno della giurisdizione di uno stesso Stato, ma anche tra giurisdizioni di più Stati membri». Per la prima volta, dunque, il divieto di doppio processo transnazionale è fatto oggetto di un formale riconoscimento da parte di una fonte primaria, che, a chiare lettere, gli conferisce la veste di diritto fondamentale.

Ma l'entusiasmo che può accompagnare una simile constatazione è destinato ad arrestarsi presto. Nel delineare i presupposti della preclusione al nuovo giudizio *de eadem re et persona* l'art. 50 CDFUE si discosta sensibilmente dalle formulazioni che, fino alla sua comparsa, hanno accompagnato l'introduzione della regola sul piano sovranazionale. L'aspetto non è da sottovalutare, giacché, lo si è appena ricordato, la Carta di Nizza riveste ora il rango di fonte primaria dell'ordinamento europeo: le eventuali discrasie rispetto agli assetti delineati da testi normativi precedenti, ma ad essa gerarchicamente subordinati, devono essere oggetto di un prudente apprezzamento, allo scopo di individuarne il corretto significato¹¹³.

¹¹⁰ Sulla portata meramente nazionale del divieto di doppio processo enunciato dall'art. 14, comma 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e dall'art. 4 del VII protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo si rinvia alle osservazioni formulate *supra*, paragrafo n. 2.

¹¹¹ Correttamente B. VAN BOCKEL, *op. cit.*, p. 17 afferma: «Article 50 of the Charter was therefore drafted with Articles 4P7 ECHR and 54 CISA in mind, but differs considerably from both in wording».

¹¹² Le Spiegazioni relative alla Carta di Nizza sono state pubblicate in *G.U.U.E.*, C 303 del 14 dicembre 2007, p. 17 ss. Cfr. in particolare p. 31.

¹¹³ Sui rapporti tra gli artt. 54 ss. CAAS e 50 CDFUE si vedano i contributi di S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 175 ss.; 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. 1610 ss.; 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 *NJCEL*, 2010, 1, 3, p. 310 ss.; T.P. MARGUERY, *The protection of*

L'analisi necessita, tuttavia, di alcune considerazioni preliminari. L'interrogarsi sulla compatibilità tra due disposizioni, nel nostro caso gli artt. 54 CAAS e 50 CDFUE, presuppone una loro convergenza sul medesimo ambito applicativo. Se, al contrario, i settori di operatività differissero, la presenza di eventuali discrasie nelle rispettive formulazioni non assumerebbe alcuna rilevanza: così, ad esempio, il divieto di doppio processo ben può essere destinatario di scelte normative incongruenti a seconda che lo si consideri nella dimensione interna o in quella internazionale.

La questione in particolare è imposta dal tenore dell'art. 51 CDFUE, a mente del quale le disposizioni della 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* [corsivo aggiunto]. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze».

Se, dunque, le disposizioni della Carta non si applicano a tutti gli ambiti d'azione degli Stati membri, diviene di primaria importanza chiarire il significato dell'inciso «nell'attuazione del diritto dell'Unione», giacché le diverse soluzioni prospettabili potrebbero modificare sensibilmente i termini della questione che qui ci si propone di affrontare¹¹⁴.

Secondo parte della dottrina penalistica, l'art. 51 CDFUE potrebbe essere oggetto di tre diverse interpretazioni, definite rispettivamente «minimalista», «articolata» ed «estensiva»¹¹⁵. Seguendo la prima, le prescrizioni contenute nella Carta dovrebbero ritenersi vincolanti esclusivamente qualora lo Stato dia applicazione ad una normativa nazionale che recepisce quella europea; una simile lettura, tuttavia, restringerebbe in termini eccessivi la portata dei diritti garantiti¹¹⁶. Perciò, ampliando i confini e collocandosi in un'ottica maggiormente articolata, la condizione di cui all'art. 51 CDFUE potrebbe ritenersi soddisfatta ove sussista una competenza dell'Unione ai sensi degli art. 82 ss. TFUE, a prescindere dall'adozione, e conseguente attuazione, di specifiche misure

fundamental rights in european criminal law after Lisbon: what role for the Charter of fundamental rights?, in *E.L. Rev.*, 2012, p. 460 ss.

¹¹⁴ Osserva S. MONTALDO, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio del ne bis in idem*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2013, p. 575 che «Il concetto stesso di attuazione si caratterizza infatti per un'intrinseca genericità, considerata la significativa varietà di situazioni che il rapporto fra diritto UE e ordinamenti nazionali genera. Detta mancanza di rigore terminologico è altresì testimoniata dalle differenti sfumature suggerite da varie versioni linguistiche, quali *implementation*, *mise en oeuvre*, e *durchführung*, che evocano, senza distinzione concettuale, anche la nozione di applicazione».

¹¹⁵ S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 160.

¹¹⁶ Secondo S. MANACORDA, *loc. cit.*, una simile interpretazione «segnerebbe addirittura un passo indietro rispetto alle conquiste degli ultimi anni».

europee¹¹⁷. Infine, secondo la terza delle letture prospettate, esigenze di equità imporrebbero di superare il limite autoimposto dalla Carta di Nizza: si potrebbe, infatti, «dubitare dell'ammissibilità di una tutela differenziata di principi fondamentali all'interno del medesimo ordinamento a seconda che si sia in presenza di una norma comunitariamente derivata o di un istituto autonomo posto dal legislatore penale al di fuori dei vincoli del diritto dell'Unione»¹¹⁸.

Allargando l'indagine alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, un iniziale atteggiamento restrittivo nell'individuazione dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali, secondo il quale essi si impongono agli Stati membri solamente qualora attuino il diritto dell'Unione, ha ceduto il passo a qualche apertura: si è così sostenuto che è sufficiente un idoneo collegamento con la normativa europea, anche se la disciplina nazionale non è diretta a darvi attuazione in senso stretto; come qualora previsioni prettamente domestiche influenzino l'effettiva realizzazione degli obiettivi eurounitari¹¹⁹.

Con specifico riferimento alle pronunce intervenute sull'art. 50 CDFUE anche se, fino ad ora, limitate al divieto di doppio processo nella dimensione interna, l'attenzione è stata posta tendenzialmente sulla pena: secondo tale lettura, la Carta di Nizza vincolerebbe il giudice nazionale solamente se il fatto oggetto dei plurimi giudizi sia sanzionato in adempimento ad obblighi derivanti dal diritto europeo¹²⁰. In altre pronunce, la Corte di Giustizia ha ritenuto soddisfatta la condizione di cui all'art. 51 CDFUE anche in presenza di un legale "debole" tra norma interna e diritto dell'Unione: come qualora il fatto

¹¹⁷ Anche in tal caso, tuttavia, «ne discenderebbe comunque un effetto dimidiato della Carta rispetto ad altri strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali, tra i quali primeggia la CEDU, che operano 'a tutto campo'»: così, ancora, S. MANACORDA, *loc. ult. cit.*, il quale, peraltro, propende proprio per questa seconda lettura. Sulla competenza penale dell'Unione europea, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, cfr., nell'ambito di una vasta letteratura, G. GRASSO, *La «competenza penale» dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in Aa. Vv., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso - L. Picotti - R. Sicurella, Giuffrè, Milano, 2011, p. 683 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 106 ss.; A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, f. 2, p. 43 ss.

¹¹⁸ S. MANACORDA, *loc. ult. cit.*

¹¹⁹ Per un approfondimento del percorso evolutivo delle decisioni della Corte di Giustizia cfr. S. MONTALDO, *op. cit.*, p. 575 ss., al quale si rinvia anche per i richiami giurisprudenziali. L'interpretazione restrittiva dell'art. 51 CDFUE è stata fatta propria anche dalla nostra Corte Costituzionale: cfr. la sentenza n. 80/2011, in cui il Giudice delle leggi afferma che «Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo - in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione - e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto».

¹²⁰ Si vedano le conclusioni dell'Avv. Generale Kokott, C-489/10, *Lukasz Marcin Bondar*, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CC0489:IT:HTML>, spec. par. 17.

addebitato all'imputato sia previsto da una fattispecie sostanziale che tutela interessi europei, pur non essendo oggetto di una trasposizione di regole sovranazionali¹²¹.

Simili impostazioni, vertendo sugli elementi della sanzione o dell'*idem factum*, spostano il baricentro della questione sulle componenti sostanziali del *ne bis in idem*. Ragionare in questo modo, tuttavia, potrebbe rivelarsi poco opportuno, poiché porterebbe ad escludere dall'ambito applicativo della garanzia di cui all'art. 50 CDFUE un elevato numero di fattispecie criminose: basti pensare ad alcune figure "classiche", come l'omicidio o il furto, di derivazione prettamente interna e del tutto avulse dai settori della criminalità di interesse dell'Unione.

Pare allora più conveniente muoversi secondo diverse direttrici e valorizzare gli aspetti processuali del divieto di *bis in idem*¹²². Anzitutto, al fine di non sacrificare eccessivamente l'ambito di operatività della Carta di Nizza, si ritiene corretto interpretare l'art. 51 CDFUE secondo la lettura cd. «articolata», richiamata poco sopra¹²³: gli Stati membri, così come le istituzioni e gli organi europei, sarebbero dunque tenuti a rispettare i diritti fondamentali dell'Unione ogniqualvolta ci si muova in uno degli ambiti di competenza delineati dagli art. 82 ss. TFUE. Tra questi assume peculiare rilevanza il disposto dell'art. 82, par. 1 TFUE: la norma consente al Parlamento e al Consiglio di adottare misure intese a «definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria» e a «prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri». L'Unione europea appare, dunque, pienamente legittimata ad intervenire nella materia del divieto di doppio processo, giacché, da un lato, la sua applicazione comporta il riconoscimento dell'efficacia negativa del giudicato penale altrui; dall'altro lato, il *ne bis in idem* rappresenta, ad oggi, l'unico strumento per dirimere il concorso delle pretese punitive sullo stesso fatto. Ad identiche conclusioni si giungerebbe, peraltro, anche aderendo ad una lettura restrittiva dell'art. 51 CDFUE, sempre sul presupposto della valorizzazione degli aspetti processuali del divieto di

¹²¹ Cfr. la recente sentenza della Corte di Giustizia del 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10. Per un commento alla pronuncia si rinvia a D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 aprile 2013; S. MONTALDO, *op. cit.*, p. 574 ss. La Corte ha ritenuto soddisfatta la condizione di cui all'art. 51 CDFUE in una vicenda concernente un concorso di sanzioni amministrative e penali per lo stesso fatto, poichè, nonostante le normative nazionali violate non siano state adottate allo scopo di trasporre il diritto europeo - nel dettaglio, la direttiva 2006/112- «la loro applicazione mira a sanzionare una violazione delle disposizioni della direttiva summenzionata e pertanto ad attuare l'obbligo, imposto dal Trattato agli Stati membri, di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione» (così al par. 28).

¹²² Suggestisce una simile ricostruzione D. VOZZA, *Verso un nuovo "volto" del ne bis in idem*, *cit.*, p. 11.

¹²³ Oltre a S. MANACORDA, *loc. ult. cit.*, ritengono preferibile questa lettura dell'art. 51 CDFUE anche D. VOZZA, *loc. ult. cit.*; C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 1611, nota n. 6. A favore di un'interpretazione ampia della norma cfr., inoltre, B. VAN BOCKEL, *op. cit.*, p. 18.

doppio processo: il principio del *ne bis in idem* internazionale è, infatti, già previsto da una normativa europea vincolante per gli Stati membri, gli artt. 54 ss. CAAS, nell'attuazione della quale essi sono tenuti ad osservare i diritti e le garanzie della Carta di Nizza¹²⁴.

6. *Differenti versioni del divieto di doppio processo europeo: i controversi rapporti tra l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e l'art. 50 della Carta di Nizza.*

Se, dunque, nel garantire il diritto all'unicità dell'accertamento penale gli Stati membri sono vincolati, oltre che alle disposizioni della Convenzione di Schengen, anche alla lettera dell'art. 50 CDFUE, eventuali discrepanze tra gli assetti conferiti al principio *ne bis in idem* dai due testi devono essere oggetto di un'attenta valutazione da parte dell'interprete. Dal confronto tra gli artt. 54 ss. CAAS e 50 CDFUE emergono, in particolare, due significativi punti di divergenza.

Il primo concerne l'ambito oggettivo del divieto di doppio processo. Mentre l'art. 54 CAAS lo individua nella medesimezza dei *fatti* oggetto dei plurimi giudizi instaurati nei confronti della stessa persona, l'art. 50 CDFUE richiede l'identità del *reato* contestato nelle diverse sedi. La differenza tra le due formulazioni non si arresta al piano meramente stilistico delle scelte effettuate all'atto della redazione dei testi in esame; al contrario, essa involge questioni di ampia rilevanza. Anticipando sommariamente il tema a cui sarà dedicato il capitolo successivo, ci si può qui limitare ad osservare come corra una notevole differenza tra il considerare i fatti e, dunque, raffrontare gli accadimenti materiali descritti nei vari capi di imputazione e il richiedere la coincidenza dei reati attribuiti all'imputato: in questa seconda ipotesi, il principio del *ne bis in idem* potrà operare solamente ove sia possibile una sovrapposizione delle fattispecie astratte addebitate all'accusato. Vincolata al *nomen juris*, la preclusione processuale vedrebbe notevolmente ridotto il proprio ambito

¹²⁴ Così, ancora, C. AMALFITANO, *loc. ult. cit.*; D. VOZZA, *op. cit.*, p. 12, secondo il quale «pur se - in talune pagine dottrinali e giurisprudenziali - sembra profilarsi un'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione dell'art. 50 CDFUE...vi sono diverse ragioni locigo-argomentative...che dovrebbero indurre ad adottare un'interpretazione estensiva dell'art. 50 CDFUE che, facendo leva sulla natura processuale del principio, svincoli l'applicazione del divieto dal tipo di fattispecie penale o di sanzione di riferimento ed attribuisca pertanto 'piena autonomia' al menzionato *corpus* di competenze e regole processuali». Cfr. anche C. BURCHARD-D. BRODOWSKI, *op. cit.*, p. 317, secondo i quali «in the context of Article 54 CISA, the applicability of the Charter of Fundamental Rights is not too difficult to vindicate: The first field of application of Article 51(1) CFR...spells out that all European legislative authority is bound by the Charter. This also holds true for legislative acts, like the CISA, which were passed before the Charter entered into force, but which continue to be in force under the post-Lisbon legal framework. It follows that the EU member States and their courts at least have to take due notice of the Charter of Fundamental Rights in their interpretation of secondary Union law».

d'intervento, giacché la sua introduzione non è stata accompagnata dalla virtuosa opera di armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri. E, del resto, la stessa Corte di Giustizia, intervenuta più volte ad interpretare il requisito dei «medesimi fatti» di cui all'art. 54 CAAS, ha sempre recisamente negato letture c.d. normative di tale presupposto del divieto di doppio processo, a favore di soluzioni ermeneutiche attente agli aspetti storico-naturalistici della vicenda criminosa¹²⁵.

L'efficacia cogente acquisita dalla Carta di Nizza parrebbe, così, rimettere in discussione questioni già ampiamente superate dalla giurisprudenza di Lussemburgo. Ma il condizionale è d'obbligo: non sembra, invero, seriamente sostenibile che a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la tutela contro il pericolo di una moltiplicazione di identici processi risulti subordinata alla coincidenza delle qualificazioni giuridiche dei fatti contestati¹²⁶. Sono almeno due gli argomenti che è possibile opporre ad una simile conclusione. In un'ottica teleologica, vincolare l'operatività del *ne bis in idem* ad una lettura normativa del requisito dell'*idem factum* significherebbe gravare la regola espressa dall'art. 50 CDFUE di un'insuperabile contraddizione: congeniato al fine di porre un limite alle pretese punitive degli Stati membri e salvaguardare, così, la libertà di circolazione dei cittadini, in mancanza di legislazioni sostanziali uniformi il divieto ivi espresso vedrebbe subito vanificato il suo scopo, giacché non sarebbe in grado di offrire al soggetto già giudicato alcuna reale tutela. E anche qualora si portasse a compimento l'opera di effettivo ravvicinamento delle normative interne, il riferimento ad un dato formale - il *reato* - potrebbe ugualmente rivelarsi pericoloso. È sufficiente, invero, confrontarsi con la soluzione adottata dal nostro legislatore rispetto ai casi di *bis in idem* domestici per avvedersi che l'unica dimensione in cui il divieto di doppio processo può effettivamente esplicare a pieno le sue funzioni è quella fattuale: nell'enunciare il principio, l'art. 649 c.p.p. ha cura, infatti, di svincolarlo da qualsiasi considerazione relativa al titolo, al grado o alle circostanze che connotano, dal punto di vista formale, la condotta descritta nel capo d'imputazione.

A tali argomenti può aggiungersi una considerazione di carattere storico-sistematico: nel contesto europeo, sin dalle prime iniziative in materia, il principio del *ne bis in idem* è

¹²⁵ Al requisito dell'*idem factum* e alla giurisprudenza, interna ed europea, formatasi sul punto sarà dedicato il terzo capitolo di questa ricerca.

¹²⁶ Giunge a conclusioni analoghe anche C. AMALFITANO, *op. ult. cit.*, p. 1613, secondo la quale «Un'interpretazione siffatta sarebbe infatti contraria allo spirito integrazionista che "muove" la Corte e, eccessivamente riducendo la sfera di operatività del principio, pregiudicherebbe oltremodo la libertà di circolazione dei cittadini che invece il *ne bis in idem* mira a rafforzare, come lo stesso giudice di Lussemburgo ha evidenziato sin dalle sue prime pronunce».

sempre stato formulato ricorrendo alla locuzione «medesimi fatti». Nelle diverse convenzioni sottoscritte dagli Stati membri, invero, non compaiono riferimenti all'identità giuridica dell'*idem factum* oggetto dei diversi procedimenti¹²⁷. L'art. 50 CDFUE, l'ultima – secondo l'ordine cronologico – disposizione europea in tema di doppio processo verrebbe, così, a collocarsi al di fuori di quel sentiero comune battuto fino alla sua entrata in vigore. A sostegno di una lettura correttiva di tale disposizione, volta a ricondurre ad unità il sistema e a ritenere integrato il divieto di *bis in idem* quando a coincidere sono i fatti storici oggetto dei plurimi giudizi, senza alcuna rilevanza delle loro qualificazioni giuridiche, soccorrono, ancora, le Spiegazioni alla Carta di Nizza. Nel già citato commento all'art. 50 CDFUE, si precisa, infatti, che sul versante dei rapporti interstatuali, «la regola “ne bis in idem”... corrisponde all'acquis del diritto dell'Unione», individuato negli artt. 54-58 CAAS, nell'art. 7 della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e nell'art. 10 della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione. A questi testi normativi, è aggiunto poi il richiamo alla prima decisione della Corte di giustizia intervenuta sul divieto di doppio processo espresso dall'art. 54 CAAS¹²⁸. Sebbene le Spiegazioni siano prive di efficacia vincolante, l'art. 6 TUE impone di tenerle in debito conto nell'interpretazione della Carta, giacché esse ne indicano le fonti. E allora, se la base del principio espresso dall'art. 50 CDFUE è costituita dalle disposizioni contenute nella Convenzione di Schengen e negli altri atti appena richiamati, non può che concludersi per un'assimilazione delle relative previsioni in tema di *idem factum*.

7. (segue): dubbi sulla possibilità di porre limitazioni al principio del *ne bis in idem*.

Maggiori profili problematici presenta il secondo aspetto su cui divergono le due enunciazioni a cui è affidata la tutela del già giudicato all'interno dell'Unione. Il raffronto tra i testi degli artt. 54 CAAS e 50 CDFUE rivela, infatti, un'altra vistosa differenza: l'unica condizione alla quale la Carta di Nizza subordina l'efficacia preclusiva del *dictum* altrui è

¹²⁷ Cfr. l'art. 1 della Convenzione relativa all'applicazione del principio *ne bis in idem* tra gli Stati membri delle Comunità europee del 1987; l'art. 7 della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 1995 e l'art. 10 della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione del 1997. L'operatività del *ne bis in idem* è subordinata all'identità dei fatti contestati e non allo stesso reato anche dalle convenzioni adottate dal Consiglio d'Europa in tema di validità internazionale dei giudicati penali (1970) e trasferimento delle procedure penali (1972).

¹²⁸ Si tratta della sentenza 11 febbraio 2003, Gözütok, C-187/01, in *Raccolta*, 2003, p. I-1345.

l'irrevocabilità della pronuncia. Se sul versante delle sentenze di proscioglimento tale soluzione non rappresenta una novità, ad opposte conclusioni si giunge qualora si consideri l'altra tipologia di decisione che può concludere l'accertamento penale. Invero, nelle diverse formulazioni attraverso le quali storicamente il principio del *ne bis in idem* internazionale ha cercato di affermarsi, alla sentenza di condanna è sempre stata associata la c.d. condizione dell'esecuzione¹²⁹: l'inibizione di successive iniziative *de eadem re et persona* presuppone che la pena comminata al termine del primo giudizio sia stata scontata per intero, oppure siano state soddisfatte le altre circostanze considerate equivalenti. Là dove il giudizio abbia accertato la responsabilità dell'imputato, l'efficacia del divieto di doppio processo è, dunque, subordinata al completo soddisfacimento della pretesa punitiva dello Stato che, in tal caso, non si esaurisce con la formazione del giudicato.

La *ratio* alla base di una simile restrizione all'operatività del principio *ne bis in idem* è facilmente intuibile: ciò che si vuole evitare è che l'accusato, accertato colpevole, lucrì artatamente un ingiusto beneficio¹³⁰. Sottraendosi all'esecuzione della pena definitivamente comminata egli, invero, otterrebbe una duplice impunità: di fatto, nello Stato che ha pronunciato la condanna, poiché, con la fuga o altro artificio, potrebbe impedire l'attuazione del comando contenuto nel dispositivo irrevocabile; di diritto, negli altri ordinamenti ugualmente competenti a procedere nei suoi confronti, semplicemente opponendo l'esistenza di una sentenza definitiva per gli stessi fatti.

Il divieto di doppio processo enunciato dalla Carta di Nizza appare, dunque, di più ampia portata rispetto alle formulazioni precedenti, dal momento che le vicende esecutive che seguono alla prima condanna non assumono alcuna rilevanza¹³¹. L'affermazione è tanto più vera ove si presti attenzione anche ad un altro aspetto. Nell'enunciare in termini così perentori il principio del *ne bis in idem*, l'art. 50 CDFUE non sembra contemplare la possibilità di opporre eccezioni al prodursi dell'efficacia negativa del giudicato altrui.

¹²⁹ Cfr. l'art. 53, lett. a), b), c) della Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudicati penali del 1970; l'art. 1 della Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del principio *ne bis in idem* del 1987; l'art. 7 della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 1995 e l'art. 10 della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione del 1997. Sulle variazioni testuali che contraddistinguono la formulazione della condizione dell'esecuzione a partire dalla Convenzione del 1987, rispetto al documento pattizio del 1970, nonchè sul loro significato cfr. *supra*, paragrafo n. 3.

¹³⁰ L'esistenza di un legame diretto tra condizione dell'esecuzione e timore che il reo ottenga un'ingiusta impunità è rilevato anche da N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem»*, cit., p. 16 ss.; C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali*, cit., p. 342; S. FARINELLI, *op. cit.*, p. 892 s.; C. VAN DEN WYNGAERT – G. STESSENS, *op. cit.*, p. 799.

¹³¹ Secondo G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 3182 «Dalla stessa formulazione letterale dell'art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. emerge una connotazione in senso maggiormente "garantista" rispetto alle precedenti affermazioni del principio».

Scompare, infatti, qualsiasi riferimento alle deroghe ispirate dalle ragioni della territorialità e della difesa che, in modo costante, hanno caratterizzato le precedenti versioni del divieto di *bis in idem*.

L'acquisizione di efficacia vincolante da parte della Carta di Nizza assegna, dunque, all'interprete il difficile compito di stabilire in quale rapporto si pongano con essa le previsioni attraverso le quali il diritto derivato, ovvero la Convenzione di Schengen, limita l'efficacia preclusiva del giudicato penale all'interno dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. La condizione dell'esecuzione e le eccezioni contemplate dall'art. 55 CAAS potrebbero, invero, essere destinatarie di due diverse letture: da un lato, le si potrebbe ritenere specificazioni legittime di un principio formulato in termini assolutamente generali dall'art. 50 CDFUE; dall'altro lato e valorizzando il diverso rango rivestito dalle fonti in esame, si potrebbe prospettare una soluzione restrittiva e non ammettere alcuna deroga che non sia desumibile dall'atto sovraordinato¹³².

In attesa di futuri chiarimenti da parte della Corte di Giustizia che, ad oggi, non ha ancora avuto l'occasione di pronunciarsi su tali questioni, si tenterà in questa sede di fornire una possibile risposta.

L'indagine deve, anzitutto, allargarsi ad un altro parametro normativo, ovvero l'art. 52 CDFUE. Collocata tra le disposizioni generali che chiudono la Carta di Nizza, la norma si occupa della «Portata dei diritti garantiti», specificando le condizioni alle quali sono ammesse «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà» enumerati nei capi precedenti. In particolare, seguendo le indicazioni fornite dalle già richiamate Spiegazioni, l'attenzione deve essere focalizzata sui presupposti di cui al primo comma¹³³. Dopo aver precisato che dette restrizioni devono essere previste dalla legge e rispettare il nucleo essenziale delle posizioni giuridiche tutelate dalla Carta, la disposizione in esame afferma che «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». Si tratta, dunque, di verificare in quale misura la condizione dell'esecuzione, da un lato, e i principi di territorialità e difesa, dall'altro, siano riconducibili a quei valori che, a norma dell'art.

¹³² Prospetta una simile alternativa interpretativa anche C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem*, cit., p. 1620 ss..

¹³³ Dopo aver delineato l'*acquis* dell'Unione su cui si basa l'art. 50 CDFUE, le Spiegazioni alla Carta di Nizza, p. 31 precisano che «Le eccezioni, molto limitate, per le quali dette convenzioni consentono agli Stati membri di derogare alla regola "ne bis in idem" sono disciplinate dalla clausola orizzontale dell'articolo 52, paragrafo 1, sulle limitazioni».

52, comma 1 CDFUE, giustificano una riduzione del tenore espresso dalle disposizioni della Carta.

Quanto al primo profilo, muovendo dalla *ratio* sottesa alle previsioni che subordinano l'efficacia preclusiva del giudicato straniero alla compiuta espiazione della pena (o alle altre circostanze equipollenti), pare potersi concludere che una simile restrizione è conforme ai requisiti richiesti dall'art. 52 CDFUE. Non v'è dubbio, infatti, che l'esigenza di impedire che la regola *ne bis in idem* venga impiegata dal condannato per ottenere un'ingiusta impunità corrisponde a finalità di interesse generale rilevanti per l'Unione, quale quella ad una efficace repressione delle attività illecite¹³⁴. In quest'ottica, non si vede in quale altro modo si potrebbe scongiurare un uso distorto della garanzia, sicché, a meno di non ritenere che l'ordinamento europeo sia disposto ad accettare un simile rischio, anche il presupposto della necessità delle limitazioni apportate ai diritti della Carta può ritenersi rispettato¹³⁵. Infine, la clausola dell'esecuzione non annulla il divieto di doppio processo, né lo comprime oltre ogni accettabile limite: affinché l'efficacia preclusiva del giudicato possa esplicarsi anche oltre i confini nazionali non è, infatti, necessario che l'espiazione della pena sia portata a compimento; è sufficiente che l'esecuzione sia in corso o si siano verificate quelle circostanze che, nell'ordinamento interno, non consentono più di esigere l'attuazione del comando contenuto nel dispositivo irrevocabile. Il nucleo essenziale del *ne bis in idem* è, dunque, pienamente salvaguardato.

¹³⁴ La compatibilità della condizione dell'esecuzione rispetto all'art. 50 CDFUE è affermata anche da C. BURCHARD-D. BRODOWSKI, *op. cit.*, p. 314 s., i quali aderiscono alla soluzione adottata dalla *District Court Aachen, Germany*, (52 Ks 9/08 - "Boere"), 8 December 2010; cfr., in particolare, p. 315 ove si afferma che «the District Court found no violation of Article 50 CFR, because it understood Article 54 CISA as a permissible "limitation on the exercise of the rights and freedoms recognised by the Charter" under Article 52(1) CFR. The court held that the pertinent limitation, namely the "enforcement clause" of Article 54 CISA, is provided for by law, respect the essence of the European *ne bis in idem* principle, and follows a legitimate aim, namely upholding the effectiveness of the administration of justice (*Effektivität der Rechtspflege*) as well as accounting for the interests of society and of the victims in criminal prosecutions (*Interesse der Allgemeinheit und der Opfer an einer Strafverfolgung*). Un simile orientamento è stato, altresì, adottato dalla Corte di Cassazione e da quella Costituzionale tedesche: cfr. le sentenze 25 ottobre 2010, BGH 1 StR 57/10 e 15 dicembre 2011, 2 BvR 148/11.

In termini analoghi, si veda, inoltre, C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 1621 s., secondo la quale «se, come detto, non pare possibile ritenere che la nozione di "reato" impiegata nell'art. 50 Carta prevalga su quella di "medesimi fatti" di cui all'art. 54 CAAS...e sotto tale profilo sembra dunque che debba riconoscersi maggior valenza (e prevalenza) all'art. 54 CAAS, non si comprende perché anche sotto l'altro profilo qui in rilievo, inerente la natura esecutiva della sentenza straniera, non possa concludersi per l'applicabilità dell'art. 54 CAAS, quale legittima specificazione, appunto, del principio di cui all'art. 50 Carta»; T.P. MARGUERY, *op. cit.*, p. 461 s. La sopravvivenza della condizione dell'esecuzione anche a seguito dell'acquisizione di efficacia vincolante da parte della Carta di Nizza è, altresì, indirettamente sancita da Trib. Milano, Uff. ind. prel. (Giud. Curami), 6 luglio 2011 *cit.*, che, prima di dichiarare l'improcedibilità dell'azione penale esercitata in Italia per gli stessi fatti già oggetto di una sentenza definitiva emessa dalla Corte d'Assise del Tribunale di Karlsruhe, accerta che la pena ivi comminata sia stata effettivamente eseguita.

¹³⁵ Secondo C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 1622 «solo la sussistenza di tale requisito soddisfa l'esigenza di giustizia e sicurezza sociale, evitando l'impunità del reo, esigenza che - nell'art. 54 CAAS - è correttamente bilanciata con quella di giustizia individuale e del diritto di ciascuno a non essere giudicato due volte per i medesimi fatti».

La questione pare destinata a complicarsi qualora l'indagine si sposti alle deroghe contemplate dall'art. 55 CAAS. Come anticipato nelle pagine che precedono, esse consentono l'instaurazione di un secondo giudizio *de eadem re et persona* qualora il fatto sia stato commesso nel territorio dello Stato oppure abbia offeso alcuni suoi interessi essenziali.

In questi casi la persona già giudicata potrà essere sottoposta ad nuovo procedimento penale e l'esistenza di un precedente *dictum* irrevocabile sulla medesima regiudicanda potrà al più rilevare sul piano esecutivo: infatti, nel pronunciare sentenza di condanna, il giudice che procede per secondo dovrà detrarre dalla sanzione comminata i periodi di privazione della libertà personale sofferti all'estero (art. 56 CAAS). Le eccezioni di cui all'art. 55 CAAS, dunque, comprimono *in toto* il divieto di doppio processo; né l'attenuazione concessa sul piano esecutivo può ritenersi un rimedio idoneo a salvaguardarne il contenuto essenziale: la regola, infatti, ha una portata limitata ai soli casi in cui il soggetto già giudicato abbia subito restrizioni della libertà personale e lo Stato che procede *in idem* si appresti ad infliggerne altre.

Ma sono soprattutto le ragioni poste alla base dei casi di inoperatività della preclusione a far dubitare della loro conformità alla Carta di Nizza: essi, infatti, sono espressione di un atteggiamento di chiusura degli ordinamenti nazionali, che gelosamente tutelano la propria sovranità a scapito dei diritti e delle libertà dell'autore di una condotta rilevante per più Paesi membri. Tra le righe traspare, inoltre, una certa sfiducia negli altrui sistemi di giustizia: una diffidenza che, pur ammissibile al tempo in cui è stata conclusa la Convenzione di Schengen, ad oggi stride con quello spirito di integrazione alla base del mutuo riconoscimento delle decisioni penali che governa anche la materia del divieto di doppio processo. Non a caso, infatti, nel Programma di misure per l'attuazione di tale principio, presentato nel 2000¹³⁶, veniva prospettata l'opportunità di un riesame degli artt. 54-57 CAAS, proprio allo scopo di dare ad esso una piena applicazione: si suggeriva, in particolare, di rivedere «le possibilità di riserve previste all'articolo 55».

I principi di territorialità e difesa, in questo settore, sembrano, dunque, remare contro gli obiettivi che l'art. 82 TFUE assegna alla cooperazione giudiziaria in materia penale: invero, la possibilità di reiterare l'accertamento processuale in presenza di simili deroghe al divieto di *bis in idem* osta a quell'esigenza – espressa alla *lett. a)* della norma citata – di «assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione

¹³⁶ Il *Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali* è stato pubblicato in *G.U.U.E.*, C 12 del 15 gennaio 2001, p. 10 ss.

giudiziaria». Le eccezioni in parola, oltretutto, non rispondono ad alcuna delle finalità di interesse generale richieste dall'art. 52 CDFUE: la celebrazione del primo giudizio, infatti, è sintomo di una corretta amministrazione della giustizia e di un'efficace lotta alle attività illecite perpetrate sul suolo dell'Unione. Analogamente, le limitazioni apposte al divieto di *bis in idem* non paiono orientate a tutelare diritti e libertà altrui: al contrario, esse si traducono in un detrimento per la posizione del soggetto già giudicato, ad esclusivo vantaggio dello Stato che procede per secondo¹³⁷.

La conformità delle deroghe in esame rispetto al disposto dell'art. 52 CDFUE si rivela dubbiosa anche sotto un altro profilo: la norma richiede, altresì, che le restrizioni ai diritti sanciti dalla Carta siano *necessarie*. Tale qualifica descrive le eccezioni consentite quale *extrema ratio*: sono ammesse solamente ove i valori che si intendono perseguire per tale via non siano altrimenti tutelabili. Ma, a ben vedere, gli interessi pubblici insiti nei principi di territorialità e difesa potrebbero essere più efficacemente salvaguardati mediante l'introduzione di meccanismi effettivi di composizione delle concorrenti iniziative *de eadem re et persona*. La predisposizione di regole dirette a riconoscere la precedenza nella conduzione dell'accertamento di comune interesse allo Stato che presenta il legame più stretto con il fatto di reato potrebbe rappresentare quel giusto punto di equilibrio tra posizioni contrapposte: il diritto all'unicità dell'accertamento penale verrebbe ad essere garantito proprio attraverso una corretta e preventiva valorizzazione dei principi di

¹³⁷ A conclusioni simili giungeva C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento*, cit., p. 400, nell'ipotizzare le conseguenze che l'acquisizione di efficacia vincolante da parte della Carta di Nizza, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, avrebbe potuto comportare nella materia del divieto di doppio processo. L'autrice, inoltre, dubbiosa in ordine alla possibilità di applicare l'art. 50 CDFUE ai casi in cui gli Stati membri esercitano il loro potere punitivo, in conseguenza di una lettura estremamente restrittiva dell'art. 51 CDFUE, offriva un'altra ipotesi interpretativa per escludere la legittimità dell'art. 55 CAAS: dubitava, infatti, della compatibilità delle eccezioni ivi previste rispetto alla libertà di circolazione sancita dai Trattati e affermava che «il loro mantenimento potrebbe quindi comportare una violazione *di fatto* del diritto comunitario, il cui rispetto impone, tra l'altro...di "astenersi" da misure che, prive di giustificazione alcuna, possano compromettere la realizzazione degli scopi del trattato». Più recentemente e in ordine all'attuale quadro normativo, muovendo dalle deboli soluzioni adottate in seno all'Unione per impedire il concorso di accertamenti *de eadem re et persona*, l'autrice afferma che «tale inattività pare confermare implicitamente la persistente vigenza delle riserve e delle dichiarazioni degli Stati membri»: cfr. C. AMALFITANO, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem*, cit., p. 1623. Si pronuncia a favore della legittimità delle eccezioni al divieto di doppio processo S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 177, il quale, senza, tuttavia, motivare le sue affermazioni, ritiene che l'art. 50 CDFUE «eriga definitivamente il *ne bis in idem* a principio generale del diritto comunitario e che esso non faccia venir meno la possibilità delle deroghe contemplate dall'art. 55 della Convenzione di Schengen». Di diverso avviso è, invece, Trib. Milano, Uff. ind. prel. (Giud. Curami), 6 luglio 2011 *cit.*, secondo cui il divieto di doppio processo «nella versione sancita dalla Carta di Nizza, non ammette deroghe ed assume la valenza di un principio generale del cittadino europeo ... Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il principio del *ne bis in idem* in ambito europeo è quindi una realtà, che non prevede eccezioni» giacché «Con il riconoscimento alla Carta di Nizza del medesimo valore giuridico dei trattati (ex art. 6 TUE nella versione consolidata successiva al trattato di Lisbona), deve ritenersi obbligatoria la diretta ed immediata applicazione dell'art. 50 della carta nel nostro ordinamento».

territorialità e difesa, così da comportare l'esclusione dell'ordinamento meno coinvolto e non la duplice persecuzione del reo.

Ma come ampiamente argomentato nel capitolo precedente, l'obiettivo pare ancora lontano dall'essere raggiunto. E, del resto, in numerosi strumenti adottati dopo il Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento il criterio della territorialità compare ancora in modo diffuso tra i motivi che consentono di rifiutare una richiesta di cooperazione¹³⁸. Peraltro, in simili contesti, la portata della deroga in discussione è ben diversa: una cosa è ammettere che, per fatti compiuti sul suo territorio, lo Stato non sia tenuto a dar seguito alle domande di collaborazione altrui; un'altra è consentire, per dette evenienze, la rimozione di un ostacolo all'esercizio della giurisdizione.

La questione, dunque, si conferma complessa e difficilmente potrà essere risolta avvalendosi esclusivamente di argomentazioni giuridiche. La delicatezza degli interessi coinvolti, suscettibili di toccare la più intima espressione della sovranità dello Stato, ovvero la giurisdizione penale, si ripercuoterà inevitabilmente in valutazioni di tipo politico. E poiché altrettanto fondamentali sono i diritti e le libertà del singolo che, a seconda della soluzione adottata, verranno compressi o rafforzati, pare più che mai necessario un intervento chiarificatore della Corte di Giustizia, così da garantire soluzioni uniformi e certezza del diritto.

¹³⁸ Così ad esempio nell'art. 4, punto 7, *lett. a*), della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo (d.q. 2002/584); nell'art. 7, *lett. d*), *i*) della decisione quadro relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie (d.q. 2005/214); nell'art. 9, *lett. l*) della decisione quadro sul reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale (d.q. 2008/909).

CAPITOLO III

LA NOZIONE DI *IDEM FACTUM*

Sommario: 1. Inquadramento del tema e considerazioni preliminari. La competenza della Corte di Giustizia Ue nella materia del divieto di doppio processo; - 2. Il concetto di «medesimo fatto» nel dibattito relativo al *ne bis in idem* interno; - 3. (segue): *l'idem factum* al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo; - 4. L'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen: gli aspetti problematici e le questioni da affrontare; - 5. (segue): alla ricerca di una nozione "europea" di *idem factum*, tra concezioni normative, naturalistiche e tutela degli interessi lesi dal reato; - 6. La soluzione adottata dalla Corte di Giustizia: un'applicazione esasperata della concezione storico-naturalistica del concetto di «medesimi fatti».

1. Inquadramento del tema e considerazioni preliminari. La competenza della Corte di Giustizia Ue nella materia del divieto di doppio processo.

Una completa disamina del divieto di doppio processo non può certo arrestarsi agli aspetti storico-sistematici della sua evoluzione ed esimersi, così, dall'affrontare le questioni maggiormente tecniche e controverse: quelle legate agli elementi costitutivi del *ne bis in idem*. Sono infatti quest'ultime le tematiche di cui l'interprete è stato chiamato ad occuparsi con maggior frequenza e che hanno, sino ad oggi, interessato la Corte di giustizia dell'Unione europea nell'importante opera di sviluppo, sul piano ermeneutico, del diritto all'unicità dell'accertamento penale.

La portata della tutela contro il pericolo di essere sottoposti ad una molteplicità di procedimenti sulla medesima reg Giudicanda risulta, invero, condizionata dalla previa definizione dei due presupposti attorno ai quali ruota il divieto di *bis in idem*: *l'idem factum* e la sentenza definitiva. Il primo ne individua i confini applicativi: la sua funzione, in particolare, è quella di fornire un criterio attraverso il quale stabilire se vi sia o meno coincidenza tra il fatto - da intendersi, per il momento, in senso lato - oggetto del giudizio già concluso e quello per il quale si vorrebbe instaurare un ulteriore accertamento a carico della stessa persona. Il secondo requisito, invece, ha lo scopo di effettuare una selezione tra i diversi provvedimenti con i quali può terminare un procedimento penale, così da

consentire l'individuazione di quelli dotati dell'efficacia preclusiva necessaria ad impedire un nuovo esercizio del potere punitivo.

La questione sarà più chiara nel prosieguo, ma già da queste prime battute iniziali può certamente comprendersi come il tema che ci si propone di affrontare sia quanto mai delicato: *idem factum* e sentenza definitiva sono, invero, concetti capaci di assumere significati differenti nei vari ordinamenti giuridici che compongono lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Ed anche all'interno di un singolo contesto normativo, lo si vedrà, non sempre le soluzioni prospettate dalle diverse fonti ermeneutiche conducono a risultati uniformi¹. Gli effetti di un simile contrasto di vedute si ripercuotono inevitabilmente sull'estensione della tutela che il *ne bis in idem* è in grado di offrire al già giudicato: a seconda della lettura proposta, l'efficacia preclusiva del *dictum* irrevocabile altrui è destinata ad ampliarsi o a subire una compressione.

Al pari di quanto si è avuto modo di constatare nell'affrontare altri aspetti di quest'indagine², il compito assegnato all'interprete risulta ancora una volta gravato dalla mancanza di indicazioni normative chiare: non a torto, infatti, l'art. 54 CAAS è stato additato da più voci come norma caratterizzata dall'assoluta indeterminatezza³. Ed effettivamente, né nell'articolo citato, né in quelli successivi ugualmente dedicati al divieto di doppio processo, la Convenzione si spinge a precisare quando i fatti oggetto dei diversi procedimenti possano ritenersi i medesimi o quali caratteristiche debba avere una pronuncia giudiziale per essere considerata una sentenza definitiva.

Questi nodi interpretativi sono in parte stati sciolti dall'attività ermeneutica della Corte di Giustizia, alla quale deve senz'altro riconoscersi il merito di operare su di un terreno insidioso; essa è stata, ed è tuttora, chiamata a districarsi tra ostacoli di notevole portata: da un lato il silenzio della Convenzione su aspetti che, al contrario, avrebbero più che mai

¹ La definizione degli elementi che costituiscono il divieto di doppio processo e, in particolare, del significato da attribuire al presupposto dell'*idem factum* rappresenta senza dubbio l'aspetto più controverso della materia anche nella dimensione domestica. Le differenti soluzioni prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza interna ed europea saranno esaminate nei paragrafi successivi.

² Ci si riferisce, in particolare, alla disciplina ampiamente lacunosa contenuta nella d.q. 2009/948/GAI sui conflitti di giurisdizione, affrontata nel primo capitolo.

³ Si esprime in questi termini R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1139, secondo la quale la norma necessita di una «etero-integrazione», poiché «limitandosi a codificare il principio del *ne bis in idem*, non fornisce una regola di fattispecie, ma una regola di indirizzo, che abbisogna di una successiva specificazione per poter essere applicata al caso concreto». L'indeterminatezza della formulazione dell'art. 54 CAAS, in particolare ove si riferisce al concetto di «medesimi fatti», è rilevata anche dall'Avv. Gen. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer nelle conclusioni relative al caso Van Esbroeck (Causa C-436/04), reperibili all'indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004CC0436:IT:PDF>; cfr. par. 38. Inoltre, secondo C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale*, cit., p. 950 s., le difficoltà interpretative suscitate dall'art. 54 CAAS derivano non solo dalla genericità delle espressioni utilizzate (l'autrice si riferisce, in particolare, alla nozione di «sentenza definitiva»), ma «anche dalla differente terminologia utilizzata nelle diverse versioni linguistiche» della norma in questione.

richiesto regole chiare; dall'altro lato, lo si è visto, la mancanza di una compiuta armonizzazione delle legislazioni, in questo caso, processuali degli Stati membri. Spetta, quindi, ancora una volta al metodo interpretativo portare ad unità il sistema e superare quel frammentato insieme di soluzioni nazionali frutto di scelte spesso differenti.

Che un simile compito debba essere assegnato al Giudice di Lussemburgo può ad oggi apparire come una soluzione scontata; ma nel momento in cui alcuni Stati membri, e a seguire gli altri, hanno deciso di abbattere le frontiere interne e garantire la libertà di circolazione delle persone anche assegnando efficacia preclusiva al prodotto dell'accertamento giudiziale altrui, la Corte di Giustizia non aveva alcuna competenza a pronunciarsi sull'interpretazione delle disposizioni della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen. Lo si è visto nel capitolo precedente ma giova ribadirlo: l'iniziativa che ha condotto alla sua conclusione è stata assunta al di fuori del contesto dell'allora Comunità europea. In quanto trattato internazionale esso vincolava al rispetto delle sue disposizioni i Paesi contraenti, ma non esplicava alcun effetto nei confronti dell'ordinamento comunitario. La conseguenza più rilevante, in relazione al tema in esame, era costituita dall'impossibilità per gli Stati membri di proporre rinvii pregiudiziali al Giudice di Lussemburgo: una simile competenza non era, infatti, esercitabile su atti estranei al contesto giuridico della Comunità⁴.

Una vera e propria svolta, in tal senso, si è avuta grazie all'integrazione dell'*acquis* di Schengen, ad opera del Trattato di Amsterdam, e alle successive decisioni del Consiglio, mediante le quali è stata individuata la base giuridica delle disposizioni contenute nella Convenzione del 1990: come anticipato, gli artt. 54 ss. CAAS sono stati ricondotti all'*ex* "Terzo pilastro"⁵. Tale collocazione sistematica ha comportato, quale sua conseguenza, l'applicazione alla materia del divieto di doppio processo di quel meccanismo di "*opt-in*" già sperimentato in altri rilevanti settori della cooperazione giudiziaria⁶ ed esteso, proprio dal Trattato di Amsterdam, a gran parte del terzo pilastro: ci si intende riferire alla possibilità, accordata agli Stati membri dall'art. 35 TUE, di accettare, mediante

⁴ Né tale attribuzione era desumibile dalla lettera della Convenzione di Schengen, le cui previsioni, come ricorda L. SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo (I)*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 909 «non recavano naturalmente al loro interno alcuna disposizione che consentisse alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla loro interpretazione».

⁵ Per la dettagliata disamina degli atti oggetto dell'*acquis* di Schengen, secondo le due decisioni adottate dal Consiglio si rinvia *supra*, capitolo II, paragrafo n. 4.

⁶ Cfr. il protocollo aggiuntivo alla Convenzione Europol del 1996; il protocollo del 29 novembre 1996 relativo al ruolo della Corte di giustizia del Lussemburgo nella Convenzione del 26 luglio 1995 sulla protezione degli interessi finanziari delle comunità europee (G.U.C.E., C-151 del 20 maggio 1997, p. 1 ss.); la Convenzione dell'Unione europea del 26 maggio 1997 relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea (G.U.C.E., C-195 del 25 giugno 1997, p. 1 ss.).

un'apposita dichiarazione, la competenza della Corte di Giustizia «a pronunciarsi sulla validità o l'interpretazione delle decisioni-quadro e delle decisioni, sull'interpretazione di convenzioni stabilite ai sensi del [titolo VI] e sulla validità e sull'interpretazione delle misure di applicazione delle stesse». Ai Paesi dell'Unione veniva, dunque, prospettata una triplice alternativa: non riconoscere una simile competenza alla Corte di Lussemburgo e, quindi, negare ai giudici nazionali la possibilità di rivolgersi ad essa per conoscere la corretta interpretazione delle disposizioni della Convenzione di Schengen; oppure ammetterla e, a seconda delle scelte, concederla solamente alle corti di ultima istanza (art. 35, par. 3, lett. a) o a tutti i giudici dell'ordinamento (art. 35, par. 3, lett. b)⁷. In queste ultime due ipotesi, inoltre, gli Stati membri avrebbero potuto rendere obbligatorio il ricorso ai chiarimenti ermeneutici del Giudice europeo, secondo un meccanismo del tutto assimilabile alla previsione di cui all'art. 234 TCE⁸.

L'assetto ora delineato è stato infine innovato dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, superando la suddivisione in pilastri, ha esteso il metodo comunitario anche al settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e ha imposto, così, la competenza della Corte di Giustizia, a prescindere dalle condizioni previste dall'art. 35 TUE previgente⁹.

⁷ Sulla competenza della Corte di Giustizia nell'interpretazione e nel controllo di validità delle disposizioni contenute nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen cfr. C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1998, p. 41 ss.; L. SALAZAR, *op. cit.*, p. 908 s.; I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. u.e.*, 2003, p. 497 ss.; L. GAROFALO, *Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia secondo l'art. 68 del Trattato CE*, in *Dir. u.e.*, 2000, p. 805 ss.; C.M. PAOLUCCI, *op. cit.*, p. 734 s. La competenza della Corte di Giustizia è stata accettata ai sensi dell'art. 35, par. 3, lett. a dalla Spagna (cfr. G.U.C.E., L-114 del 1 maggio 1999, p. 56 e C-120 del 1 maggio 1999, p. 24); ai sensi dell'art. 35, par. 3, lett. b da Belgio, Germania, Grecia, Italia, Lussemburgo, Finlandia e Svezia (cfr. per tutti G.U.C.E., L-114 del 1 maggio 1999, p. 56 e C-120 del 1 maggio 1999, p. 24), Repubblica ceca (G.U.U.E., L-236 del 23 settembre 2003), Francia (cfr. G.U.U.E., L-327 del 14 dicembre 2005, p. 19 e C-318 del 14 dicembre 2005, p. 1), Lettonia, Lituania, Ungheria e Slovenia (per tutti cfr. G.U.U.E., L-70 del 14 marzo 2008, p. 23 e C-69 del 14 marzo 2008, p. 1); Romania e Cipro (cfr. G.U.U.E., L-56 del 6 marzo 2010, rispettivamente p. 7 e p. 14).

⁸ La possibilità era concessa dalla dichiarazione n. 10 allegata al Trattato di Amsterdam, a mente della quale «La conferenza rileva che, ove effettuino una dichiarazione a norma dell'articolo K.7, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea, gli Stati membri si riservano il diritto di prevedere nelle loro legislazioni nazionali che, nel caso in cui una questione concernente la validità o l'interpretazione di un atto di cui all'articolo K.7, paragrafo 1, sia sollevata in un giudizio pendente dinanzi ad una giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione dovrà adire per tale questione la Corte di giustizia».

⁹ Secondo l'art. 10 del Protocollo n. 36 allegato al Trattato di Lisbona, il nuovo assetto entrerà in vigore decorso il periodo transitorio quinquennale di cui al par. 3 e, dunque, a partire dal 1 dicembre 2014. Nel frattempo «le attribuzioni della Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi del titolo VI del trattato sull'Unione europea, nella versione vigente prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, restano invariate, anche nel caso in cui siano state accettate in forza dell'articolo 35, paragrafo 2 di detto trattato sull'Unione europea» (così al par. 1 della norma in esame). Per una curiosa quanto errata (e preoccupante) applicazione di tale disposizione transitoria alla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen cfr. Trib. Milano, Uff. ind. prel. (Giud. Curami), 6 luglio 2011, cit. Nel rafforzare le proprie argomentazioni in tema di perdita di efficacia delle deroghe al *ne bis in idem* previste dall'art. 55 CAAS, il G.u.p. milanese richiama anche la norma transitoria di cui all'art. 10, par. 3; ma anziché seguirne il cristallino dato letterale, che

A partire dal Trattato di Amsterdam il Giudice di Lussemburgo ha dunque potuto contribuire, attraverso la sua attività interpretativa, allo sviluppo e alla precisazione del divieto di doppio processo sancito dall'art. 54 CAAS.

Peraltro, non è nell'ambito Schengen che la Corte di Giustizia si è pronunciata per la prima volta sul concorso di pretese punitive relative allo stesso illecito. La giurisprudenza sul *ne bis in idem* rinviene, infatti, le sue origini in un settore diverso da quello penale. L'occasione è offerta da una vicenda collocata alla fine degli anni sessanta e relativa alla violazione di norme a tutela della concorrenza¹⁰. La stessa condotta, realizzata, nel caso di specie, da alcune imprese tedesche, diede origine a due distinti procedimenti: uno instaurato dalla Commissione per violazione dell'art. 85, comma 1, Trattato CEE; l'altro ad iniziativa delle autorità nazionali e determinato dall'inosservanza della normativa interna antitrust.

Sollecitata a pronunciarsi sulla legittimità della sanzione inflitta dai giudici domestici, la Corte di Giustizia fece proprie le conclusioni dell'Avvocato generale e negò l'applicabilità del divieto di doppio processo. Ciò che impedì al Giudice europeo di accogliere le pretese del ricorrente fu la constatazione che i due procedimenti in questione, pur riferendosi alla medesima condotta anticoncorrenziale, trovavano la propria origine in ambiti diversi: uno interno, l'altro comunitario¹¹. La circostanza che gli ordinamenti da cui essi promanavano fossero separati e distinti portò ad ammetterne la coesistenza¹². In particolare, nel ragionamento della Corte «l'ammissibilità di un duplice procedimento si desume dal

testualmente la lega al par. 1 dell'art. 10 stesso, finisce per applicarla al precedente art. 9, a mente del quale «Gli effetti giuridici degli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione adottati in base al trattato sull'Unione europea prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona sono mantenuti finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione dei trattati. Ciò vale anche per le convenzioni concluse tra Stati membri in base al trattato sull'Unione europea». Ed infatti, dopo aver richiamato entrambe le norme citate, il giudice milanese prosegue chiedendosi a cosa si riferisca la disposizione transitoria: «Certamente ai principi contenuti nelle convenzioni». Il prosieguo del ragionamento è, dunque, segnato: «Può quindi ritenersi, sulla base della normativa transitoria, che le deroghe sancite dall'art. 55 Schengen (e mai abrogate) siano ancora in rilievo (comunque non oltre la data del 1.12.2014 -ex art. 10 c. 3 sopra citato-)?».

¹⁰ Cfr. la sentenza 13 febbraio 1968, *Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt*, C-14/68, in *Raccolta*, 1969, p. 1 ss. Sul tema cfr. B. VAN BOCKEL, *op. cit.*, p. 76 ss.; D. DEL VESCOVO, *op. cit.*, p. 725 ss.; C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., p. 940 ss.

¹¹ Secondo l'Avvocato generale Roemer «the principle 'non bis in idem' is applicable only within the framework of a particular legal system; it does not apply with respect to the relationship between national law and Community law»; di conseguenza, «the mere fact that the Commission has initiated a procedure cannot of itself compel the national authorities to surrender their power of sanction»: cfr. le conclusioni nella causa *Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt* cit., pubblicate in *Raccolta*, 1969, p. 25 e reperibili anche all'indirizzo web <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87664&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=506044>.

¹² Secondo L. CORDI, *op. cit.*, p. 787 quella della Corte di Giustizia è «[un']asserzione che piuttosto che costituire l'esito di disquisizioni di teoria generale mira a conservare la pretesa punitiva della Comunità in un caso in cui sia il procedimento interno ad essere previamente definito».

sistema specifico di ripartizione delle competenze tra Comunità e Stati membri nel campo delle intese»¹³.

Sancita l'inapplicabilità al caso di specie del principio del *ne bis in idem*, il Giudice di Lussemburgo concluse formulando due ulteriori precisazioni. Con la prima, a tutela degli interessi della Comunità europea, esso impose allo Stato che conduce l'accertamento interno di non adottare decisioni in contrasto con quella pronunciata dall'Istituzione comunitaria: lo scopo era quello di salvaguardarne il c.d. effetto utile¹⁴. Con la seconda invece si recuperarono, sul piano esecutivo, quelle esigenze di equità sacrificate dall'asserita ammissibilità di procedimenti paralleli relativi alla stessa condotta anticoncorrenziale: qualora i giudizi fossero sfociati entrambi in un accertamento della responsabilità, dalla seconda condanna si sarebbe dovuta detrarre la sanzione eventualmente già inflitta a conclusione del primo accertamento; scomputo che, peraltro, era testualmente previsto dall'art. 90, comma 2, trattato CECA¹⁵.

Il principio formulato nella sentenza appena richiamata ha, poi, trovato conferma in una pronuncia successiva, nella quale l'inoperatività del divieto di *bis in idem* è stata giustificata anche alla luce della sua caratura prettamente penalistica, che non ne consentirebbe un'esportazione al settore amministrativo¹⁶. Il particolare contesto in cui si colloca la normativa anticoncorrenziale è stato inoltre utilizzato dalla Corte di Giustizia per negare l'applicabilità dell'art. 6 CEDU ai procedimenti di competenza della Commissione: poiché all'accertamento ivi condotto non è possibile attribuire carattere giurisdizionale, le garanzie del giusto processo sono ritenute ininfluenti¹⁷. Maggiori aperture si riscontrano a partire dalla fine degli anni settanta, quando il Giudice di Lussemburgo riconosce al *ne bis in idem* il rango di principio fondamentale del diritto

¹³ Cfr. sentenza 13 febbraio 1968, *Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt cit.*, par. 11. Secondo D. DEL VESCOVO, *op. cit.*, p. 726, la normativa europea «considera, infatti, le intese sotto il profilo degli ostacoli che ne possono conseguire per il commercio tra gli Stati membri, mentre le legislazioni nazionali, ispirandosi a considerazioni proprie a ciascuno Stato, considerano le intese in ambito più ristretto».

¹⁴ In questi termini L. CORDI, *loc.ult.cit.*; C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 941.

¹⁵ Osserva C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 941, nota n. 49, come «Il *ne bis in idem* sul piano esecutivo non opera, dunque, in questo caso, quale norma dal carattere residuale, come avviene...nelle ipotesi in cui esso sia affermato da convenzioni internazionali che dispongono come regola il *ne bis in idem* processuale: poiché il procedimento davanti alla Commissione non ostacola l'instaurarsi di un nuovo procedimento davanti alle autorità nazionali, il *ne bis in idem* esecutivo risulta l'unica regola applicabile in relazione a fattispecie come quella oggetto di analisi».

¹⁶ Cfr. la sentenza 15 luglio 1970, C-45/69, *Boehringer Mannheim GmbH. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1970, p. I-769 ss. Di diverso avviso l'Avvocato generale, secondo il quale l'origine penalistica del *ne bis in idem* avrebbe dovuto impedirne l'operatività anche sul piano esecutivo.

¹⁷ Così, ad esempio, nella sentenza 7 giugno 1983, C-100/80 e C-103/80, *Musique Diffusion Française (Pioneer) c. Commissione*, in *Raccolta*, 1983, p. I-1825 ss. L'aspetto è evidenziato da C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 943, alla quale si rinvia anche per gli ulteriori richiami giurisprudenziali.

comunitario¹⁸, la cui applicabilità viene subordinata ad una triplice condizione: l'identità sia dei fatti, sia del contravventore e l'unità dell'interesse giuridico tutelato¹⁹.

2. Il concetto di «medesimo fatto» nel dibattito relativo al *ne bis in idem* interno.

I quesiti che la Corte di Giustizia è stata chiamata ad affrontare nella sua opera di interpretazione dell'art. 54 CAAS rappresentano questioni classiche nella materia del divieto di doppio processo²⁰. È sufficiente un breve esame della giurisprudenza relativa alle altre disposizioni concernenti il *ne bis in idem* e, dunque, per il giurista italiano, all'art. 649 c.p.p. e all'art. 4, VII Protocollo aggiuntivo alla CEDU, per avvedersi che l'aspetto più problematico concerne proprio la definizione di *idem factum*: quando i fatti oggetto del nuovo procedimento possano considerarsi gli stessi di quello già concluso è un nodo che accomuna i tribunali domestici, la Corte europea dei diritti dell'Uomo e, per ultima, la Corte di Lussemburgo. La portata di una simile constatazione, tuttavia, non deve essere sopravvalutata: la circostanza che altri Giudici, prima di quello eurounitario, si siano confrontati con le medesime questioni interpretative non ne semplifica il compito. Un'automatica trasposizione delle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza che ha preceduto quella di Lussemburgo è, invero, impedita da alcune semplici considerazioni: il *ne bis in idem* di Schengen è transnazionale e, dunque, la sua applicazione necessariamente coinvolge più ordinamenti. Di conseguenza, le categorie giuridiche di volta in volta considerate tendono a colorarsi di nuove sfumature e ad assumere significati differenti rispetto alle omologhe domestiche. A ciò si aggiunge la diversità delle formulazioni attraverso le quali il divieto di doppio processo viene enunciato nei contesti normativi in rilievo: una varietà stilistica che se, da un lato, non impedisce conclusioni uniformi, dall'altro lato, implica un rigoroso controllo dei presupposti da cui muovere.

Ciò nondimeno, l'elaborazione della giurisprudenza interna e di quella della Corte europea dei diritti dell'uomo assume comunque un certo rilievo nell'indagine che si sta conducendo: essa, invero, può rappresentare la fonte di utili spunti per l'interprete

¹⁸ Cfr. la sentenza 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C- 245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P, e C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a./ Commissione*, in *Raccolta*, 1999, I-8375, par. 59.

¹⁹ Cfr. la sentenza 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00, C-205/00, C-211/00, C-213/00, C-217/00, C-219/00, *Aalborg Portland e a./ Commissione*, in *Raccolta*, 2000, I-123 ss.

²⁰ Secondo E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 442, la definizione di cosa si debba intendere per *idem factum* «costituisce il cuore dell'esegesi concernente la cosa giudicata sostanziale e ne delinea caratteristiche e ambito di garanzia».

dell'art. 54 CAAS ed orientarne l'esegesi verso soluzioni capaci di dare una risposta ai risvolti problematici implicati dalle diverse possibili accezioni dell'*idem factum*²¹.

La dimensione domestica offre una dettagliata definizione del concetto di fatto rilevante nel divieto di doppio processo. Nell'enunciare la preclusione al nuovo giudizio, l'art. 649 c.p.p. ha, infatti, cura di enucleare alcuni indici di cui non tener conto nell'opera di comparazione tra la vecchia e la nuova ipotesi accusatoria: e così, ai fini della garanzia in esame, il fatto rimane lo stesso anche «se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado e per le circostanze»²².

L'esegesi della norma non pone particolari problemi quanto al primo e al terzo dei referenti enumerati nella disposizione citata. Il titolo allude alla qualificazione giuridica del fatto: più nel dettaglio, per concorde dottrina, la semplice variazione del *nomen iuris* impedisce un nuovo esercizio dell'azione penale sia nei casi in cui essa dipenda dalla possibilità di ricondurre la condotta ad una diversa fattispecie legale, sia qualora il mutamento consegua al variare dell'elemento soggettivo del reato²³. Ugualmente agevole è la definizione delle circostanze, ovvero dei c.d. elementi accessori del reato: in mancanza di ulteriori precisazioni a riguardo, pare corretto comprendere nell'alveo della garanzia tutti i tipi di *accidentalialia delicti* previsti dall'ordinamento, indipendentemente dagli effetti che la loro applicazione determina sul *quantum* e sulla specie di pena applicabile²⁴.

²¹ Un simile modo di procedere è ritenuto corretto anche da N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale*, cit., p. 30, secondo la quale il parallelismo con il *ne bis in idem* interno si rivela utile «quanto meno al fine di evidenziare le diversità che lo distinguono dal suo omologo internazionale».

²² La norma ripropone in larga parte il dettato dell'art. 90 c.p.p. del 1930: tra i molti, cfr. i contributi di G. DE LUCA, *op. cit.*, p. 124 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, Utet, Torino, 1932, p. 447 ss. Rispetto al suo predecessore, l'art. 649 c.p.p. presenta, tuttavia, due elementi di novità. Il primo concerne la collocazione: come visto, nel nuovo codice il divieto di doppio processo è inserito tra le norme relative al giudicato, anziché tra quelle dedicate all'imputato (sulla portata di una simile variazione sistematica cfr. *supra*, capitolo II, paragrafo n. 1, nota n. 12). Il secondo riguarda la rubrica: in quella dell'art. 649 c.p.p. il termine «divieto» sostituisce «inammissibilità», utilizzato dal codice Rocco. Osserva P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 447 s., come la dizione precedente (per l'appunto, «inammissibilità di un secondo giudizio») offrì un appiglio letterale a quanti ritenevano che l'inammissibilità non riguardasse i singoli atti del nuovo giudizio, ma il procedimento complessivamente considerato. Al contrario, «L'attuale codice, adottando il termine "divieto", ha forse utilizzato una dizione impropria, ma che ha peraltro il merito di avvicinarsi maggiormente all'effettiva sostanza della situazione delineata».

²³ Cfr., tra i molti, E. JANNELLI, *op. cit.*, p. 628 ss.; T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 872; P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 488 s.; E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 447; F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 85. Per analoghe considerazioni in relazione all'art. 90 del codice Rocco si vedano i contributi di G. LOZZI, *Profili di un'indagine sui rapporti tra «ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 45 ss.; F. CORDERO, *op. cit.*, p. 1206.

²⁴ In questi termini cfr. T. RAFARACI, *loc. ult. cit.*; E.M. MANCUSO, *loc. ult. cit.*; P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 489; V. MANZINI, *op. cit.*, p. 451. Paiono riferirsi alle sole circostanze aggravanti G. LOZZI, *op. cit.*, p. 46 s.; F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 86. Un'interpretazione molto ampia è invece fornita da A. PAGLIARO, voce *Fatto (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 964, secondo il quale il riferimento alle circostanze nel divieto di doppio giudizio parrebbe «usato in senso tale da comprendere non solo le aggravanti e le attenuanti, ma anche ogni altra modifica dell'accadimento, la quale determini un mutamento della norma sostanziale applicabile».

Maggiori difficoltà pone, invece, il riferimento all'irrelevanza del grado. La questione è fonte di differenti opinioni della dottrina. Per un primo orientamento, esso intenderebbe richiamare tutte quelle situazioni in cui, pur immutato il titolo di reato, è possibile apprezzare una variazione della gravità del fatto: come qualora, a seguito del verificarsi dell'evento, la fattispecie tentata giunga a consumazione²⁵. Secondo altre letture, invece, il presupposto del grado dovrebbe essere ricondotto alla c.d. progressione criminosa e, dunque, alle «sequele ascendenti dove una figura risulta inglobata dalle successive»²⁶, con conseguente possibile varianza della qualificazione giuridica del fatto. In adesione ad una simile interpretazione, il divieto di *bis in idem* impedirebbe un nuovo giudizio, oltre che nelle ipotesi di consumazione di una fattispecie prima soltanto tentata, anche nei casi di passaggio da un reato ad un altro, per effetto del verificarsi di un nuovo evento²⁷.

Indipendentemente dall'accezione che si ritenga corretta, l'irrelevanza delle variazioni attinenti al grado e al titolo del fatto per il quale è già intervenuto un provvedimento definitivo importa una conseguenza comune: la lettera dell'art. 649 c.p.p. pare svincolare l'operatività della garanzia ivi enunciata da qualsivoglia vicenda attinente all'evento²⁸. Ne deriva una concezione eminentemente storico-naturalistica del requisito dell'*idem factum*, che verrebbe dunque a coincidere con la condotta, attiva od omissiva, perpetrata dal reo, indipendentemente dalle conseguenze che da essa si producono²⁹.

Simili conclusioni sono state fortemente contrastate dalla giurisprudenza di legittimità. Nel confermare un indirizzo già consolidatosi durante la vigenza del codice del 1930³⁰, la Corte di cassazione ha adottato una nozione decisamente più restrittiva di identità del fatto ai fini della preclusione all'instaurazione di un nuovo giudizio. Nelle pronunce intervenute sul tema, la medesimezza delle ipotesi accusatorie alla base dei diversi

²⁵ A favore di questa interpretazione si vedano i contributi di V. MANZINI, *op. cit.*, p. 449 s.; G. LOZZI, *op. cit.*, p. 48. Riconduce al mutamento di grado, oltre all'ipotesi del passaggio dalla fattispecie tentata a quella consumata, anche quella del transito da un reato di pericolo ad uno di danno P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 489 s.

²⁶ Così secondo la definizione di F. CORDERO, *op. cit.*, p. 1206.

²⁷ Ricorrendo ad un noto esempio, si dovrebbe considerare variazione di grado la serie "percosse-lesioni-omicidio". Sul punto si vedano anche F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 85; E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 466 ss.

²⁸ In termini analoghi G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Jovene, Napoli, 1961, p. 342; F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *loc. ult. cit.*; E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 448; T. RAFARACI, *loc. ult. cit.*

²⁹ Secondo E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 449, «Dal dato testuale emerge una nozione di fatto impermeabile a rielaborazioni: è la condotta materiale che sembra prevalere, senza che residui spazio per distinte letture di quegli elementi costitutivi del disvalore espresso dall'unica fattispecie giudiziale». Analogamente T. RAFARACI, *loc. ult. cit.*, osserva come «Nel complesso, quindi, dall'analisi dell'art. 649 c.p.p. emerge una nozione di fatto da intendere come condotta in senso "naturalistico" o materiale».

³⁰ Cfr., ad esempio, Cass., Sez. VI, 8 marzo 1974, Buonerba, in *C.E.D. Cass.* n. 088631; Cass., Sez. V, 27 settembre 1983, Monti, in *C.E.D. Cass.* n. 161220; Cass., Sez. IV, 8 maggio 1987, Mari, in *C.E.D. Cass.* n. 177464; Cass., Sez. I, 13 giugno 1991, Frascone, in *C.E.D. Cass.* n. 188317; Cass., Sez. I, 22 giugno 1992, Bono ed altri, in *C.E.D. Cass.* n. 191449; Cass., Sez. I, 21 ottobre 1992, Puca ed altri, in *C.E.D. Cass.* n. 192572; Cass., Sez. VI, 19 aprile 1995, in *C.E.D. Cass.* n. 203081.

procedimenti viene ritenuta sussistente solamente in presenza di una perfetta coincidenza di tutti i presupposti costitutivi dell'elemento materiale del reato³¹: non solo la condotta, dunque, ma anche il nesso di causalità e l'evento devono potersi sovrapporre per impedire una reiterazione dell'azione penale³². Gli effetti di una simile esegesi dell'art. 649 c.p.p. sono di agevole comprensione: la garanzia ivi enunciata vede fortemente compreso il proprio ambito d'azione e ciò che alla dottrina appare come un inammissibile *bis in idem* viene considerato dalla magistratura un legittimo esercizio dei propri poteri di accertamento e giudizio³³.

Le ragioni che hanno indotto la Cassazione ad interpretare il divieto di doppio processo in termini così restrittivi e poco rispettosi del dato letterale sono facilmente intuibili. Nella logica della Corte è forte la preoccupazione che la garanzia si tramuti in strumento d'impunità: come potrebbe accadere ogniqualvolta la condotta già giudicata abbia prodotto eventi ulteriori rispetto a quello preso in esame, la cui mancata considerazione rischierebbe d'apparire iniqua³⁴. Mosso, dunque, da un intento repressivo il giudice di legittimità non si avvede, tuttavia, di come una simile impostazione possa essere a sua volta fonte di ingiustizie: la morte della vittima in epoca successiva al formarsi del giudicato sull'imputazione di tentato omicidio legittimerebbe, secondo la giurisprudenza in esame, l'instaurazione di un procedimento per la fattispecie consumata.

Peraltro, vi è effettivamente un settore in cui l'adesione ad una concezione naturalistica "pura" dell'*idem factum* potrebbe comportare esiti iniqui: si tratta delle ipotesi di concorso formale di reati, istituto che, come noto, ricorre ogniqualvolta una medesima azione od

³¹ La ricerca di identità è limitata, dalla giurisprudenza, al piano dell'elemento oggettivo del reato. Tuttavia, come rileva E. JANNELLI, *op. cit.*, p. 629, «in mancanza dell'esplicitazione di un criterio di ragione affidabile» risulta difficile comprendere il motivo per il quale le variazioni attinenti all'elemento soggettivo del reato siano, al contrario, ritenute estranee all'operatività della garanzia in esame: osserva l'autore come «anche in tal caso, invero, ragioni di giustizia sostanziale e di equità dovrebbero imporre una nuova incriminazione a fronte di una diversità sostanziale del fatto e di una abissale diversa gravità del disvalore giuridico-sociale dello stesso».

³² Cfr., tra le molte, Cass., Sez. IV, 6 dicembre 2012, Guastella, in *C.E.D. Cass.* n. 255078; Cass., Sez. II, 27 maggio 2010, in *C.E.D. Cass.* n. 247849; Cass., Sez. II, 18 aprile 2008, Agate ed altri, in *C.E.D. Cass.* n. 240106; Cass., Sez. VI, 20 novembre 2006, Verde, in *C.E.D. Cass.* n. 235624; Cass., S.U., 28 giugno 2005, Donati, *cit.*; Cass., Sez. I, 23 ottobre 2000, Fumo, in *C.E.D. Cass.* n. 218178; Cass., Sez. VI, 8 novembre 1996, Privitera, in *C.E.D. Cass.* n. 207729; Cass., Sez. VI, 30 giugno 1993, Necchi, in *C.E.D. Cass.* n. 194979.

³³ Osserva E. JANNELLI, *loc. ult. cit.*, come una simile ricostruzione del divieto di *bis in idem* sancito dall'art. 649 c.p.p. «rende problematica l'utilità pratica di una espressa disposizione, che servirebbe di conferma di una disciplina che avrebbe potuto, di regola, ricavarci facilmente dal sistema». In termini analoghi cfr. T. RAFARACI, *op. cit.*, p. 873, secondo il quale includere l'evento tra gli elementi che determinano la medesimezza del fatto «è una linea che si presenta decisamente forzata sul piano esegetico. Presuppone, infatti, una lettura parziale dell'art. 649 comma 1 c.p.p., sostanzialmente dimentica della necessità di dare un senso all'irrelevanza del "grado" espressamente stabilita; oltre che dimentica della stessa ininfluenza delle variazioni di qualificazione giuridica ("titolo") tutte le volte in cui l'evento di cui si richiede l'identità viene perfino inteso anche come evento in senso giuridico».

³⁴ Concordano sul punto E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 452; F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 91; T. RAFARACI, *op. cit.*, p. 873 s.

omissione dia origine a più fattispecie di reato³⁵. In simili casi, intendere il fatto rilevante ex art. 649 c.p.p. come mera condotta potrebbe condurre a «conseguenze aberranti sul piano della giustizia sostanziale»³⁶: qualora da un unico episodio criminoso siano derivati la morte o il ferimento di più persone, il giudicato intervenuto in relazione ad alcune soltanto delle vittime impedirebbe l'esercizio dell'azione penale per le offese cagionate alle altre. Che in determinate ipotesi di concorso formale di reati sia consentita l'instaurazione di un secondo giudizio, pur in presenza di una sentenza definitiva in merito ad alcune delle fattispecie originate dalla stessa condotta, è una conclusione imposta dallo stesso codice di rito: l'art. 671 c.p.p. si occupa, invero, del riconoscimento *in executivis* del concorso formale di reati, onde consentire l'applicazione del più vantaggioso trattamento sanzionatorio del cumulo giuridico³⁷. Presupposto della norma è che più sentenze o decreti penali irrevocabili siano stati pronunciati nei confronti della stessa persona, ad esito di procedimenti distinti: si ammette, dunque, implicitamente la possibilità di una reiterazione dell'accusa sullo stesso fatto.

I rapporti tra *ne bis in idem* e concorso formale di reati costituiscono da sempre uno degli aspetti più problematici del divieto di doppio processo. La necessità di ricercare un punto d'equilibrio tra le garanzie da riconoscere alla persona già giudicata e le altrettanto rilevanti esigenze d'equità hanno indotto la dottrina a rivedere le proprie conclusioni in tema di medesimezza del fatto. In quest'ottica è stata, ad esempio, formulata la teoria della fattispecie giudiziale: secondo tale elaborazione, oggetto del giudizio di comparazione tra le ipotesi accusatorie dev'essere il fatto di reato così come esso risulta dalla ricostruzione effettuata dal giudice³⁸. L'intento sarebbe, dunque, quello di proporre una mediazione tra il raffronto degli schemi legali, operato dalla giurisprudenza, e la

³⁵ Sul tema cfr. per tutti F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966.

³⁶ L'espressione è utilizzata da F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 93, nel riassumere le critiche che la giurisprudenza ha mosso alla teoria del fatto come mera condotta. L'inoperatività del *ne bis in idem* in caso di concorso formale di reati è stata affermata in numerose pronunce della Cassazione: cfr., ad esempio, Cass., Sez. II, 4 marzo 1997, Diez, in *C.E.D. Cass. n. 209022*; Cass., Sez. I, 8 aprile 1999, Carta, in *C.E.D. Cass. n. 213709*; Cass., Sez. VI, 24 maggio 2000, Leanza e altri, in *C.E.D. Cass. n. 218337*; Cass., Sez. I, 18 maggio 2004, Purpura, in *C.E.D. Cass. n. 228724*; Cass., Sez. VI, 9 ottobre 2007, Nocchiero, in *C.E.D. Cass. n. 238442*.

³⁷ Per un esame dell'istituto cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 273 ss.; G. VARRASO, *Il reato continuato tra processo ed esecuzione penale*, Cedam, Padova, 2003, p. 365 ss.; D. CIMADOMO, sub Art. 671, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, Ipsa, Milanofiori Assago, 2010, p. 7883 ss.

³⁸ Per una simile interpretazione del concetto di *idem factum* cfr. G. DE LUCA, voce *Giudicato*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Treccani, Roma, 1989, p. 9 ss. Cfr., in particolare, p. 10, ove l'autore afferma che nelle ipotesi di concorso formale di reati «il criterio identificatore non può essere offerto dal fatto storico che è comune alle due fattispecie, ma dalle stesse fattispecie sostanziali che si assumono integrate...Se la fattispecie sostanziale rappresenta l'elemento identificatore dell'oggetto del processo, il fatto, di cui all'art. 90, rappresenta, a sua volta, l'elemento identificatore della fattispecie sostanziale. In questo caso si ha una identificazione dell'oggetto del processo, la quale avviene, per così dire, indirettamente, attraverso l'identificazione della fattispecie sostanziale che nel processo trova la sua attuazione». Si vedano, inoltre, G. LOZZI, *Profili di un'indagine*, cit., p. 39 ss.; P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 492 ss.

comparazione delle sole condotte, suggerita dalla dottrina maggioritaria³⁹. La fattispecie giudiziale si caratterizzerebbe, in particolare, per un *quid pluris* rispetto agli altri referenti presi in esame: l'attività dell'organo giudicante consente infatti di selezionare gli elementi dell'episodio del reale considerati rilevanti nella vicenda processuale e con essi arricchire e individualizzare la descrizione astratta contenuta nella norma incriminatrice. La nozione di fatto ai fini del divieto di *bis in idem* non sarebbe, dunque, «né la fattispecie legale né il fatto storico, bensì la fattispecie giudiziale, vale a dire la rappresentazione del fatto storico compiuta dal giudice»⁴⁰.

Tale ricostruzione ha suscitato, tuttavia, alcune condivisibili critiche: troppo simile alle operazioni di raffronto tra disposizioni normative, essa conduce ad un'*interpretatio abrogans* dei riferimenti al titolo e al grado contenuti nell'art. 649 c.p.p.⁴¹. Ma soprattutto, a far dubitare della possibilità di accogliere una simile nozione di fatto è la constatazione che in modo eccessivamente aperto essa appare strumentale alla composizione dei rapporti tra *ne bis in idem* e concorso formale di reati⁴². La tensione verso il raggiungimento dell'obiettivo ha indotto i fautori della teoria in esame a percorrere una via interpretativa dimentica della funzione che l'ordinamento assegna al divieto di doppio processo: la regola sottende un principio di libertà ed è funzionale ad evitare un'illimitata reiterazione del potere punitivo in ordine ad un unico episodio del reale. Ed allora, muovendo da tale considerazione, il fatto rilevante *ex art. 649 c.p.p.* non può che essere identificato con la condotta materiale realizzata dal reo «perché sul nucleo comportamentale del soggetto viene centrato il giudizio sulla rimproverabilità e, quindi, sul disvalore soggettivo-oggettivo del fatto commesso»⁴³. *L'impasse* che una simile

³⁹ Efficacemente G. LOZZI, *op. cit.*, p. 40, osserva come «per l'individuazione della nozione di fatto ai sensi dell'art. 90 c.p.p., non si può prendere in considerazione soltanto la situazione storica o soltanto lo schema legale, ma bisogna seguire una via intermedia che tenga conto di entrambi».

⁴⁰ G. LOZZI, *op. cit.*, p. 41.

⁴¹ In questi termini cfr. E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 458.

⁴² Osserva E. JANNELLI, *op. cit.*, p. 633, come il «Richiamare poi, quale chiave di soluzione del problema, la fattispecie giudiziale...non convince per la chiara strumentalità della costruzione ai fini di preconstituire la soluzione dei rapporti tra cosa giudicata e concorso formale eterogeneo dei reati». Secondo E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 457, «La costruzione è precipuamente funzionale a risolvere – per espressa ammissione dei fautori – più la problematica nascente dal concorso formale eterogeneo che la generale vicenda dell'individuazione fattuale ai fini del divieto in analisi». Formula osservazioni critiche anche T. RAFARACI, *op. cit.*, p. 873, il quale rileva che «l'autonomia conferita al concetto di fattispecie giudiziale risulta...impropriamente tributaria del *ne bis in idem* sostanziale *ex art. 15 c.p.* Essa infatti, quale proiezione, nel processo, proprio dell'art. 15 c.p., è assai utile in sede di cognizione...mentre è sterile dopo il giudicato, quando si tratta ormai di riconoscere le più ampie e, soprattutto, ben distinte istanze del *ne bis in idem* processuale».

⁴³ E. JANNELLI, *op. cit.*, p. 633. Secondo l'autore, in particolare, «La libertà dell'individuo si fonda su una realtà ontologica, preesistente all'ordinamento...Corrispettivamente la compressione della libertà rinviene la sua giustificazione nell'accertamento di un dato della stessa natura, di carattere empirico, fattuale, e rispetto al quale l'operazione della sussunzione in una fattispecie legale o giudiziale si pone come dato derivato e condizionato. La compressione della libertà, di conseguenza non potrà mai essere ricollegata ad un fatto

ricostruzione rischia di determinare nelle ipotesi di concorso formale di reati può essere agevolmente superata includendo nella definizione di condotta l'oggetto fisico su cui essa viene perpetrata⁴⁴: ove una medesima azione od omissione offenda o metta in pericolo diversi oggetti materiali, il giudicato intervenuto in relazione ad uno di essi non preclude l'instaurazione di un giudizio sugli altri. Così qualora un'unica condotta – ad esempio, la predisposizione di un ordigno esplosivo – abbia cagionato la morte di più persone. Se, al contrario, i reati in concorso formale non producono un evento fisico⁴⁵ o vengono perpetrati a danno del medesimo oggetto materiale il divieto di *bis in idem* torna ad operare nella sua pienezza: in questo modo la lettera dell'art. 649 c.p.p., là dove sancisce l'irrelevanza di mutamenti del titolo o del grado, è pienamente rispettata.

La ricostruzione appare convincente e, a differenza della soluzione accolta dalla giurisprudenza, scevra da aspetti contraddittori. Nelle pronunce della Cassazione la definizione di *idem factum* quale somma dei tre elementi della condotta, dell'evento e del nesso di causalità è, infatti, frequentemente accompagnata da una precisazione: in caso di concorso formale di reati, il *bis in idem* è ammesso «salvo che nel primo giudizio sia stata dichiarata l'insussistenza del fatto o la mancata commissione di esso da parte dell'imputato»⁴⁶. Se davvero, come sostiene la giurisprudenza di legittimità, i fatti in questione fossero diversi, non si porrebbe alcun problema di incompatibilità logica tra gli esiti a cui possono giungere i distinti procedimenti instaurati⁴⁷.

Il tema necessiterebbe senz'altro un approfondimento maggiore, ma l'analisi svolta è sufficiente ai fini dell'indagine che ci si è proposti di compiere: definire cosa costituisca *idem factum* è compito arduo anche in presenza di una norma dal dettato chiaro, quale l'art. 649 c.p.p. Nonostante tale disposizione opti apertamente per una concezione naturalistica del fatto rilevante ai fini della preclusione processuale, la dimensione interna ci offre un quadro che non riesce a trovare unità: da un lato, la giurisprudenza rimane

puramente normativo, sganciato dal dato empirico e dal significato di valore che pur l'ordinamento ha già considerato»: cfr. p. 632.

⁴⁴ Secondo la nota definizione di F. CORDERO, *op. cit.*, p. 1206, «Nell'art. 649 "fatto" significa condotta: e questa struttura nucleare include l'oggetto fisico, dove ne esista uno (reati cosiddetti materiali); le condotte transitive sono individuate da ciò su cui cadono»; concordano sul punto anche F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *op. cit.*, p. 93 s.; T. RAFARACI, *op. cit.*, p. 874; E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 463 ss.; E. JANNELLI, *op. cit.*, p. 633 s.; F. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 93.

⁴⁵ Come nel caso di reati in concorso formale eterogeneo privi di oggetto materiale: così nell'esempio (concorso tra calunnia e falsa testimonianza) di T. RAFARACI, *op. cit.*, p. 874, il quale a tal riguardo parla di «concorso di mere condotte».

⁴⁶ Cfr. Cass., Sez. III, 15 aprile 2009, Ferrarelli, in *C.E.D. Cass.* n. 243908. La massima viene ripetuta come una costante nelle pronunce relative ai rapporti tra *ne bis in idem* e concorso formale di reati: cfr., ad esempio, Cass., Sez. I, 8 aprile 1999, Carta, *cit.*; Cass., Sez. VI, 24 maggio 2000, Leanza e altri, *cit.*; Cass., Sez. IV, 2 aprile 2004, Aldini, in *C.E.D. Cass.* n. 228924.

⁴⁷ Simile aspetto contraddittorio è rilevato anche da F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *op. cit.*, p. 94.

assestata su posizioni poco rispettose del dato codicistico e, di conseguenza, delle garanzie da riconoscere alla persona già giudicata; dall'altro lato, l'elaborazione della dottrina dimostra come anche nell'aderire ad interpretazioni coerenti con la lettera dell'art. 649 c.p.p. non sia conveniente limitarsi ad esegesi semplicistiche. Sullo sfondo si coglie la tensione continua tra esigenze contrapposte, che faticano a trovare un punto d'equilibrio.

3. (segue): *l'idem factum al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo.*

Un assetto piuttosto contraddittorio ci viene consegnato anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Come visto, il referente normativo da considerare in questa diversa dimensione è l'art. 4, VII Protocollo aggiuntivo alla CEDU, a mente del quale «Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato». Rispetto all'art. 649 c.p.p., la formulazione della fonte sovranazionale si distingue per un aspetto essenziale: *l'idem factum* è definito mediante il ricorso ad un dato formale – “reato” (*offence* e *infractio*, nelle versioni ufficiali) – anziché sostanziale, quale il concetto di “fatto”.

La disposizione è stata oggetto di una giurisprudenza altalenante⁴⁸ che ha, infine, trovato composizione in un'importante pronuncia della Grande Camera⁴⁹.

L'esame delle decisioni della Corte di Strasburgo sulla materia del divieto di doppio processo, in particolare, consente di individuare tre distinti indirizzi.

Secondo quello più risalente, la regola opererebbe ogniqualvolta la pluralità di giudizi a carico della stessa persona abbia ad oggetto la medesima condotta⁵⁰: l'attenzione, dunque, viene posta esclusivamente sugli aspetti naturalistici della vicenda delittuosa. Più nel dettaglio, la Corte europea si è dichiarata consapevole che le diverse fattispecie di reato a cui l'azione era stata ricondotta dalle autorità nazionali differissero non solo sotto il profilo della qualificazione giuridica ma, soprattutto, quanto a natura e finalità. Tuttavia

⁴⁸ L'espressione è utilizzata da R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1150.

⁴⁹ Si tratta della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), *Zolotukhin v. Russia*, 10 febbraio 2009, n. 1493/03.

⁵⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Gradinger v. Austria*, 23 ottobre 1995, n. 15963/90.

si tratta di indici considerati irrilevanti ai fini dell'operatività della garanzia, giacché ciò che importa è che «both impugned decisions were based on the same conduct»⁵¹.

Simile prospettiva naturalistica non ha, però, trovato riscontro nella seconda delle pronunce relative all'art. 4, VII Protocollo aggiuntivo alla CEDU⁵². Sebbene le vicende alla base dei due ricorsi presentassero aspetti comuni⁵³, la Corte giunge a conclusioni opposte: la preclusione processuale impedisce la reiterazione di decisioni sullo stesso fatto, ma non è di ostacolo ad una nuova iniziativa dell'accusa ogniqualvolta una medesima azione od omissione sia riconducibile a più fattispecie di reato e l'ulteriore procedimento concerna una ipotesi delittuosa diversa rispetto a quella già giudicata con sentenza irrevocabile. L'ambito applicativo è, dunque, quello del concorso formale di reati. Nell'adottare un'impostazione simile a quella fatta propria dalla nostra Corte di cassazione, il Giudice europeo ha fatto ricorso, questa volta, ad un'accezione normativa del concetto di *idem factum*: ne discende la possibilità per lo Stato precedente di instaurare tanti giudizi quante sono le accuse ascrivibili a quell'unica condotta realizzata dall'imputato⁵⁴. Il netto *revirement* è stato poi confermato da alcune pronunce successive, in cui la Corte di Strasburgo non ha ravvisato violazioni del principio del *ne bis in idem* in presenza di fatti che, pur trovando origine nella medesima condotta, siano suscettibili di diverse qualificazioni giuridiche⁵⁵.

⁵¹ Si veda, in particolare, il paragrafo n. 55 della decisione in esame.

⁵² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Oliveira v. Switzerland*, 30 luglio 1998, n. 24711/94.

⁵³ Nella prima delle due sentenze in esame, alla persona già prosciolta da un'accusa di omicidio colposo conseguente ad un incidente stradale e aggravato dallo stato di ebbrezza, era stata successivamente contestata una contravvenzione amministrativa per guida sotto l'effetto di sostanze alcoliche. Nella seconda, invece, ad una condanna per la contravvenzione di guida negligente era seguita l'instaurazione di un procedimento per lesioni colpose cagionate nel medesimo incidente automobilistico. Si rammenti che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha elaborato una nozione autonoma di «materia penale», secondo la quale la caratura penale di un provvedimento deve essere valutata sulla base della qualificazione dell'infrazione, della sua natura, nonché dell'intensità della sanzione comminata (questi i criteri elaborati nella nota sentenza *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, n. 5100/71): nell'ambito di una vasta letteratura, cfr. per tutti A. BERNARDI, *Art. 7. "Nessuna pena senza legge"*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, Cedam, Padova, 2001, p. 256 ss.

⁵⁴ L'aspetto è esplicito al paragrafo n. 26: «That is a typical example of a single act constituting various offences (*concoeurs idéal d'infractions*). The characteristic feature of this notion is that a single criminal act is split up into two separate offences... There is nothing in that situation which infringes Article 4 of Protocol No. 7 since that provision prohibits people being tried twice for the same offence whereas in cases concerning a single act constituting various offences (*concoeurs idéal d'infractions*) one criminal act constitutes two separate offences». Formulano osservazioni critiche sulle conclusioni della Corte B. VAN BOCKEL, *op. cit.*, p. 192 ss.; S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford University Inc., New York, 2005, p. 397 s.

⁵⁵ Così, ad esempio, nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Götkan v. France*, 2 luglio 2002, n. 33402/96, con la quale il Giudice di Strasburgo ha dichiarato conforme al divieto di *bis in idem* la possibilità di qualificare la medesima condotta come traffico di sostanze stupefacenti e importazione illegale delle stesse; cfr. anche Corte europea dei diritti dell'uomo, *Garaudy v. France*, 24 giugno 2003, n. 65831/01, nella quale non è stata ritenuta lesiva del principio del *ne bis in idem* l'instaurazione di una pluralità di procedimenti per istigazione all'odio razziale e pubblicazione di dichiarazioni razziali e diffamatorie aventi ad oggetto singoli capitoli di uno stesso libro. Formula osservazioni critiche sul punto B. VAN BOCKEL, *op. cit.*, p. 197, secondo il quale «counting different chapters of the same book as separate "offences" under Article 4P7 ECHR seems

In posizione intermedia tra i due contrapposti indirizzi ora esaminati si colloca il terzo degli orientamenti formati in senso alla Corte europea. Ribadita la compatibilità del concorso formale di reati con il divieto di *bis in idem*, il Giudice di Strasburgo aggiunge un'importante precisazione: a legittimare il secondo giudizio relativo alla stessa condotta non basta la semplice variazione del *nomen juris*. Ciò che consente una reiterazione dell'accusa sulla medesima azione od omissione è la constatazione che le molteplici figure di reato ad essa ascrivibili non presentano gli stessi elementi essenziali⁵⁶. Nel ragionamento della Corte, l'introduzione di questo ulteriore indice tra i presupposti del divieto di doppio processo permette di riportare ad unità la contraddittoria giurisprudenza precedente: nel caso *Oliveira*, il secondo in ordine cronologico, la struttura delle fattispecie oggetto dei distinti procedimenti non ne consentiva una perfetta sovrapposizione, a differenza di quanto invece riscontrato nella prima pronuncia esaminata⁵⁷.

Le successive decisioni sulla materia dell'*idem factum* hanno impegnato il Giudice europeo nel precisare, secondo un approccio "*case by case*", cosa debba intendersi per "elementi essenziali": e così, per esempio, la preclusione processuale è stata ritenuta inapplicabile in presenza di una circostanza aggravante contestata in uno soltanto dei due giudizi relativi alla stessa condotta⁵⁸, oppure qualora le fattispecie rilevanti differissero quanto a «criminal intent and purpose»⁵⁹; ancora, il fatto non è stato ritenuto lo stesso là dove non fosse possibile una perfetta sovrapposizione delle diverse figure di reato ad esso

rather arbitrary, and raises the question where the line will be drawn: paragraphs, pages, sentences or even words, or perhaps the number of copies sold? What *Garaudy* judgment best illustrates is that *legal qualification* of the facts ("offence") inevitably leads to a random, haphazard approach to the interpretation of the most important element of the *ne bis in idem* principle».

⁵⁶ L'indirizzo è stato inaugurato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Franz Fischer v. Austria*, 29 maggio 2001, n. 37950/97. Cfr. in particolare il paragrafo n. 25 «The Court...notes that there are cases where one act, at first sight, appears to constitute more than one offence, whereas a closer examination shows that only one offence should be prosecuted because it encompasses all the wrongs contained in the others...where different offences based on one act are prosecuted consecutively, one after the final decision of the other, the Court has to examine whether or not such offences have the same essential elements». L'indirizzo è stato confermato anche nelle successive sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, *W.F. v. Austria*, 30 maggio 2002, n. 38275/97 e *Sailer v. Austria*, 6 giugno 2002, n. 38237/97.

⁵⁷ Tale aspetto è esplicito al paragrafo n. 27 della sentenza relativa al caso *Franz Fischer v. Austria*, cit. Con riferimento al presupposto degli "elementi essenziali", la Corte afferma che «this is what distinguishes the *Gradinger* case from the *Oliveira* case. In the *Gradinger* case the essential elements of the administrative offence of drunken driving did not differ from those constituting the special circumstances of Article 81 § 2 of the Criminal Code, namely driving a vehicle while having a blood alcohol level of 0.8 grams per litre or more. However, there was no such obvious overlap of the essential elements of the offences at issue in the *Oliveira* case».

⁵⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bachmaier v. Austria*, 2 settembre 2004, n. 77413/01.

⁵⁹ Così nei ricorsi *Rosenquist v. Sweden*, 14 Settembre 2004, n. 60619/00; *Storbråten v. Norway*, 1 Febbraio 2007, n. 12277/04; *Haarvoig v. Norway*, 11 Dicembre 2007, n. 11187/05.

ascrivibili, a causa delle differenze in ordine alla loro gravità, al bene giuridico tutelato nonché sotto il profilo del dolo⁶⁰.

Ciò che emergeva, dunque, era un quadro estremamente frammentato, causa di molteplici incertezze applicative. Situazione, quest'ultima, che la Grande Camera ha ritenuto incompatibile con quel diritto fondamentale «namely the right not to be prosecuted twice for the same offence»⁶¹ e che ha indotto il collegio allargato a tentare un'armonizzazione degli esiti raggiunti nelle pronunce precedenti. L'iter seguito, in particolare, ha preso le mosse da un raffronto tra le formulazioni con cui il principio del *ne bis in idem* è stato enunciato nelle diverse fonti sovranazionali che lo prevedono, onde rilevare come non vi sia un unico approccio possibile: lo si è visto, in alcuni casi i testi vincolano la preclusione alla medesimezza del reato⁶², in altri, invece, ciò che rileva è la condotta concretamente realizzata⁶³. La contrapposizione stilistica, tuttavia, sebbene utilizzata da alcune Corti quale argomento per aderire alla concezione naturalistica dell'*idem factum*⁶⁴, non è stata considerata dalla Grande Camera un dato dirimente nell'interpretazione del presupposto in esame. La Corte di Strasburgo, al contrario, ha preferito adottare un approccio più pragmatico: quale trattato internazionale, la Carta deve essere interpretata in modo conforme al suo scopo, così da rendere effettiva la tutela che essa offre. In quest'ottica, limitare la garanzia insita nel divieto di doppio processo ai casi in cui la fattispecie contestata alla persona già giudicata presenti la medesima qualificazione giuridica di quella precedentemente vagliata con provvedimento irrevocabile farebbe della preclusione in parola un ostacolo meramente astratto ed illusorio. Ne consegue la necessità di adottare una diversa accezione di *idem factum*, maggiormente coerente con le finalità ascritte all'art. 4, VII Protocollo aggiuntivo: il *ne bis in idem*, secondo la Corte europea, impedisce l'instaurazione di un nuovo giudizio qualora questo abbia ad oggetto «identical facts or facts which are substantially the same»⁶⁵ rispetto ad altro già celebrato. Simile affermazione testimonia l'aperta adesione da parte della Grande Camera ad una concezione naturalistica della nozione di *idem factum*, nella quale non vi è spazio per questioni attinenti alla qualificazione giuridica dell'illecito. Tale osservazione trova,

⁶⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Garretta v. France*, 4 marzo 2008, n. 2529/04.

⁶¹ Simile rilievo è formulato nella pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), *Zolotukhin v. Russia*, cit., paragrafo n. 78.

⁶² Oltre all'art. 4, VII Protocollo aggiuntivo alla CEDU, si riferiscono alla medesimezza del reato anche l'art. 14, par. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché, come visto, l'art. 50 CDFUE.

⁶³ Si tratta dell'art. 54 CAAS, dell'art. 8, par. 4 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo e dell'art. 20 dello Statuto della Corte penale internazionale.

⁶⁴ Il Giudice di Strasburgo riporta gli esempi della Corte interamericana dei diritti umani e della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

⁶⁵ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), *Zolotukhin v. Russia*, cit., paragrafo n. 82.

inoltre, conferma in un passaggio di poco successivo, in cui viene richiamata a chiare lettere la giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'art. 54 CAAS: nel concludere l'esame della questione, essa precisa che la sua indagine dovrebbe concentrarsi su quei fatti che costituiscono un insieme inscindibile di circostanze concrete relative al medesimo imputato e indissolubilmente legate tra di loro nel tempo e nello spazio⁶⁶. Una formula che, come si vedrà, appartiene al repertorio del Giudice dell'Unione.

Ad essa, tuttavia, non ha fatto seguito una compiuta disamina dei requisiti necessari a decretare l'identità dei fatti, né è stato indicato alcun parametro distintivo tra «identical facts» e «facts which are substantially the same», la cui contrapposizione induce a ritenere che si tratti di concetti differenti⁶⁷. La Corte si è, invero, limitata a sancire l'irrelevanza di operazioni di raffronto tra i capi d'imputazione contestati allo stesso imputato. Maggiori chiarimenti, pertanto, dovranno essere ricercati nelle pronunce successive, le quali, tuttavia, si sono finora limitate a riproporre le ampie affermazioni della Grande Camera⁶⁸, con qualche precisazione aggiuntiva: in particolare, poiché, ai fini del *ne bis in idem*, oggetto del vaglio giurisdizionale deve essere la condotta, rimane del tutto estraneo all'alveo della garanzia ogni questione relativa all'elemento psicologico⁶⁹.

4. L'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen: gli aspetti problematici e le questioni da affrontare.

Le pagine che precedono hanno consentito di dimostrare quanto problematiche e numerose siano le questioni implicate dalla definizione del concetto di fatto rilevante ai fini del divieto di *bis in idem*. Nonostante ci si sia confrontati con parametri normativi

⁶⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera), *Zolotukhin v. Russia*, cit., paragrafo n. 84, in cui si afferma che «The Court's inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings».

⁶⁷ Si potrebbe prospettare una distinzione simile a quella ricavabile dall'art. 649 c.p.p. e, dunque, ritenere che con tale locuzione la Corte europea abbia inteso precludere sia l'instaurazione di giudizi sullo stesso fatto, sia ulteriori procedimenti relativi al medesimo accadimento diversamente considerato quanto a titolo o aspetti accessori, quali, ad esempio, le circostanze.

⁶⁸ Escludendo i ricorsi dichiarati inammissibili, sino ad oggi si contano altre due pronunce del Giudice di Strasburgo relative all'art. 4, VII Protocollo: cfr. in particolare, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ruotsalainen v. Finland*, 16 giugno 2009, n. 13079/03, che ha ravvisato una violazione del principio del *ne bis in idem* nel caso di condanna per una fattispecie di truffa minore relativa al mancato pagamento di tasse sui motoveicoli e di successiva imposizione di una sanzione amministrativa per il medesimo fatto; si veda, inoltre, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Maresti v. Croatia*, 25 giugno 2009, n. 55759/09, nella quale si è ritenuta lesa la garanzia contenuta nell'art. 4, VII Protocollo, in un'ipotesi in cui la stessa condotta violenta (insulti e lesioni) è stata posta alla base di due distinti procedimenti, uno relativo ad una fattispecie minore concernente la tutela dell'ordine pubblico, l'altro riguardante il reato di lesioni.

⁶⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ruotsalainen v. Finland*, cit., par. 56.

piuttosto chiari, il tema ha comunque dato origine ad ampi contrasti di vedute: in un caso, il dissenso si registra tra opinioni della dottrina e giurisprudenza; nell'altro, le differenti istanze alla base dell'accezione di *idem factum* che si privilegia hanno comportato decisioni contraddittorie da parte del medesimo organo giudicante.

Il quadro, già di per sé foriero di incertezze, è destinato a complicarsi ulteriormente qualora dalla dimensione interna del *ne bis in idem*, sia essa analizzata dalla giurisprudenza nazionale o di Strasburgo, ci si sposti in quella dei rapporti tra Stati. In tale nuovo contesto il divieto di doppio processo comporta l'aggiunta di altri nodi da districare, intimamente legati al principale elemento che lo contraddistingue: la sua applicazione determina, invero, un contatto tra ordinamenti differenti, ciascuno portatore di una propria tradizione interpretativa in tema di *idem factum*⁷⁰. Alle connesse esigenze di maggior chiarezza, derivanti dall'applicazione della regola nei rapporti inter-statali, non ha però fatto seguito una disciplina normativa puntuale. Come si è già anticipato⁷¹, nel delineare i confini oggettivi del divieto di doppio processo, l'art. 54 CAAS difetta di determinatezza: la norma si limita ad un generico richiamo ai «medesimi fatti» e omette le indicazioni necessarie a consentirne una corretta esegesi. L'arduo compito è, dunque, interamente rimesso all'interprete.

A fronte di un disposto così poco tassativo, le questioni che devono essere chiarite per poter applicare la garanzia processuale sono essenzialmente due: in primo luogo, è necessaria una previa individuazione dell'ordinamento giuridico nell'ambito del quale ricercare il concetto di *idem factum*, ovvero della fonte da cui attingerne la definizione; successivamente, selezionato il sistema normativo di riferimento, dovranno in esso ricercarsi le coordinate da seguire nell'esegesi del presupposto in parola⁷².

Procedendo con ordine e considerando la già ricordata assenza di riferimenti nel testo della Convenzione di Schengen, dall'esame della prima problematica prospettata emerge come ad essa possano conseguire tre distinte soluzioni.

Secondo una prima lettura, il significato da attribuire alla locuzione «medesimi fatti» deve essere rinvenuto nell'ordinamento che si appresta a procedere *in idem* e al quale, dunque,

⁷⁰ Concorde sul punto S. FARINELLI, *op. cit.*, p. 898 s.: «L'affermazione del *ne bis in idem* in ambito internazionale comporta la necessità di risolvere difficoltà specifiche che si sommano ai problemi relativi al *ne bis in idem* interno». Per una, seppur poco approfondita, panoramica del concetto di *idem factum* adottato nei principali ordinamenti giuridici cfr. J.L. DE LA CUESTA, *Concurrent national and international criminal jurisdiction*, cit., p. 711 s.

⁷¹ Si vedano le considerazioni svolte nel paragrafo n. 1 di questo capitolo.

⁷² Un simile percorso esegetico è indicato anche da R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1140. L'autrice, in particolare, osserva come «Con la prima questione, si risponde all'interrogativo concernente la *natura* della garanzia; con la seconda, invece, si affronta la diversa problematica della sua *portata*».

si oppone l'esistenza di un provvedimento irrevocabile formatosi in altro Paese membro. L'adesione ad una simile impostazione determina, in particolare, una sostanziale equiparazione del giudicato straniero rispetto a quello interno: lo Stato interessato ad esercitare il proprio potere punitivo in ordine ad una vicenda già vagliata *aliunde* dovrebbe applicare le regole domestiche in tema di *ne bis in idem*, onde valutare la legittimità della propria iniziativa⁷³. Dal suo angolo visuale, dunque, l'origine - interna o straniera - della sentenza definitiva si presenta quale dato assolutamente neutro ai fini dell'operatività della preclusione processuale, giacché, in entrambi i casi, il parametro di riferimento è lo stesso. Tale perfetta simmetria è destinata, però, a venir meno qualora ci si collochi nella diversa prospettiva in cui si trova la persona già giudicata. Invero, accogliendo questa prima lettura proposta, la tutela apprestatagli dall'art. 54 CAAS si rivelerebbe quanto mai variabile⁷⁴: a seconda dell'ordinamento considerato, il soggetto, per quei medesimi fatti, potrebbe essere nuovamente sottoposto a procedimento penale oppure tutelato dal divieto di *bis in idem*, con evidenti problemi di certezza del diritto. A far dubitare della possibilità di accogliere una simile impostazione si aggiunge, inoltre, un dato testuale. Ci si intende riferire alla lettera dell'art. 58 CAAS, il quale fa salve eventuali disposizioni interne «concernenti l'effetto *ne bis in idem* attribuito a decisioni giudiziarie straniere», destinate dunque a prevalere rispetto al regime dettato dagli artt. 54 ss. CAAS. Se davvero nel sistema Schengen l'efficacia preclusiva del provvedimento

⁷³ L'utilizzo delle regole interne in tema di *ne bis in idem* veniva indicato da N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale*, cit., p. 32 per le ipotesi di assenza di previsioni convenzionali: «al di fuori di precise disposizioni convenzionali, i criteri solitamente applicati per individuare le situazioni di identità del fatto sono quelli adottati all'interno dell'ordinamento interessato, il quale valuta le fattispecie che danno luogo al *ne bis in idem* internazionale alla stessa stregua di quelle che fondano l'*exceptio rei iudicatae* interna. Né potrebbe d'altra parte essere diversamente, visto che nelle legislazioni che prescrivono il divieto del doppio processo nei rapporti interstatuali, non esiste accenno specifico a criteri determinati da adottarsi in tali frangenti; questo silenzio dovrebbe pertanto ritenersi indicativo della circostanza che, per interpretare quando il "medesimo fatto" sia stato già giudicato all'estero, ci si debba riferire alla disciplina interna sul *ne bis in idem*».

⁷⁴ R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1141 parla, a tal riguardo, di «un meccanismo di risoluzione dei conflitti giurisdizionali capace di operare soltanto "ad intermittenza"». Secondo l'autrice, questa prima soluzione ermeneutica troverebbe riscontro in alcune dichiarazioni rese dalla Germania (cfr. *Denkschrift zu Art. 2 des EG - ne bis in idem - Übereinkommen*, BR-Drs. 283/97), dal Belgio (cfr. la *Circulaire interministérielle sur l'incidence de la convention de Schengen en matière de contrôle frontalier et de coopération policière et judiciaire*, 10 Dec. 1998, in *Moniteur belge*, n. 20, 29 gennaio 1999, p. 2714) e dalla stessa Corte di cassazione italiana, la quale in talune pronunce avrebbe rilevato una sostanziale corrispondenza tra l'art. 649 c.p.p. e l'art. 54 CASS: cfr., in particolare, Cass., Sez. V, 2 febbraio 2005, Boheim, in *C.E.D. Cass.* n. 231602. In realtà, dall'esame della motivazione, non pare che l'intento della Corte di legittimità fosse quello di aderire alla soluzione ermeneutica in esame, ovvero dichiarare che il concetto di «medesimi fatti» di cui all'art. 54 CASS debba essere inteso alla luce della lettera dell'art. 649 c.p.p. Più semplicemente, la Cassazione effettua un parallelismo tra due disposizioni che enunciano uno stesso principio in contesti differenti. Ed infatti, nella pronuncia in questione, essa dichiara che «L'art. 54 è del tutto corrispondente alla norma interna italiana di riferimento e cioè all'art. 649 del codice di procedura penale italiano in quanto entrambe le norme escludono la possibilità di un secondo giudizio, sia quindi in ambito italiano che in ambito europeo, qualora una persona sia stata "giudicata con sentenza definitiva per i medesimi fatti" da altro giudice italiano, nel caso di cui all'art. 649 C.P.P., ovvero da altra parte contraente, nel caso del giudice straniero».

irrevocabile altrui dovesse essere equiparata a quella derivante dalle decisioni domestiche, l'art. 58 CAAS si rivelerebbe una norma del tutto inapplicabile, a meno di non ritenere che gli Stati parte siano disposti a riconoscere alla *res judicata* straniera effetti ostativi più ampi rispetto alla propria⁷⁵.

In un'ottica diametralmente opposta si colloca la seconda delle soluzioni prospettabili al quesito in esame. Scartato, per le ragioni anzidette, l'utilizzo delle regole interne dello Stato che intende procedere *in idem*, si potrebbe ricorrere ai parametri – anch'essi domestici – dell'ordinamento che ha emesso il provvedimento irrevocabile. Rispetto alla prima lettura, l'*idem factum* diverrebbe oggetto di un'identica interpretazione da parte di tutti i Paesi titolari di giurisdizione in ordine al fatto commesso, giacché uno soltanto sarebbe il referente normativo rilevante⁷⁶; con conseguente venir meno delle preoccupazioni relative ai pregiudizi arrecabili alla certezza del diritto. Come correttamente osservato, l'adozione di una simile prospettiva appare conforme ai principi che governano la cooperazione giudiziaria in materia penale: in particolare, al mutuo riconoscimento delle decisioni definitive, di cui questa seconda lettura rappresenterebbe una corretta applicazione⁷⁷. Essa, tuttavia, presenta comunque alcuni inconvenienti: da un lato, per tale via si imporrebbe la rinuncia ad una nozione unitaria di *idem factum*, i cui confini sarebbero destinati a mutare da caso a caso, a seconda del regime vigente nello Stato che per primo è giunto al giudicato; dall'altro lato, ancorare la preclusione alle regole del Paese che ha già proceduto potrebbe prestarsi ad alcune difficoltà applicative, derivanti dalla necessità, per il giudice del secondo giudizio, di confrontarsi con un ordinamento che non gli appartiene e ivi ricercare i parametri normativi rilevanti⁷⁸.

Simili preoccupazioni possono essere agevolmente superate aderendo all'ultima delle alternative astrattamente figurabili al quesito in discussione: nel dettaglio, i rischi legati ai particolarismi nazionali non avrebbero ragione di esistere qualora si ricorresse ad una nozione *europea* di *idem factum*. L'elaborazione di un concetto autonomo, attinto

⁷⁵ L'aspetto è rilevato anche da R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1141, spec. nota n. 70.

⁷⁶ R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1142 parla, a tal riguardo, di «un argine "fisso" ed immutabile alle pretese punitive degli altri Stati».

⁷⁷ Si vedano, sul punto, le considerazioni effettuate dal gruppo di lavoro di Friburgo: cfr. A. BIEHLER – R. KNIEBÜHLER – J. LELIEUR-FISCHER – S. STEIN, *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions*, cit., p. 24, ove si afferma che «The interpretation of the *idem* according to the legal system of the first deciding State would stress the principle of *mutual recognition of final decisions*. That is to say: If the first decision is, for example, a judgment delivered in England, the *ne bis in idem* effect would comprise only the *idem* as *idem crimen*. If, on the other hand, it is delivered in the Netherlands or in Germany, the *idem* would be the *idem factum*».

⁷⁸ In termini analoghi cfr. A. BIEHLER – R. KNIEBÜHLER – J. LELIEUR-FISCHER – S. STEIN, *loc. ult. cit.*, i quali rilevano come un simile approccio «would cause great uncertainty for the prosecutorial authorities of the second State, because it would require the interpretation of the foreign decision in that respect, according to whether the *idem* was defined as *idem factum* or as *idem crimen*».

dall'ordinamento dell'Unione, consentirebbe al divieto di doppio processo di muoversi entro argini immutabili: la garanzia verrebbe riempita di contenuti propri, originari e non derivati da richiami ad assetti interni destinati a mutare volta per volta, a seconda del regime vigente nel Paese che ha già proceduto o, peggio, in quello deciso a promuovere una nuova azione penale. La preclusione al secondo giudizio ne uscirebbe così oltremodo rafforzata, poiché dotata di un proprio ed indipendente paradigma applicativo⁷⁹.

Non è un caso, allora, che sin dalla prima pronuncia con cui la Corte di Giustizia ha contribuito all'enucleazione del concetto di «medesimi fatti», essa abbia preferito formulare un'autonoma definizione di tale requisito, senza operare richiami alle legislazioni interne degli Stati interessati alla vicenda criminosa⁸⁰. Come correttamente osservato, peraltro, nelle pronunce relative all'art. 54 CAAS, l'opzione interpretativa seguita dal Giudice di Lussemburgo non è stata preceduta da una disamina delle possibili alternative; né particolare attenzione è stata dedicata ai motivi che hanno indotto l'organo europeo ad elaborare una propria ed indipendente nozione di *idem factum*⁸¹. Ciononostante, le ragioni alla base di una simile scelta possono comunque leggersi tra le righe. Ed infatti, nelle motivazioni che accompagnano le decisioni della Corte di Giustizia è pressante l'esigenza di garantire all'art. 54 CAAS la più ampia applicazione possibile: in quanto espressione del diritto alla libera circolazione dei cittadini, esso deve essere al centro di un apprezzamento che non ne limiti oggetto e scopo; in caso contrario, invero, l'autore di un illecito rilevante in più ordinamenti, o la persona prosciolta da una simile accusa, sarebbero inevitabilmente indotti a rinunciare al loro diritto a muoversi liberamente sul territorio dell'Unione, onde evitare ulteriori ripercussioni per i medesimi fatti⁸². In tale ottica, allora, non pare seriamente sostenibile il ricorso alle legislazioni nazionali dei Paesi coinvolti: la libertà di circolazione verrebbe garantita in modo discontinuo e secondo esiti prevedibili soltanto volta per volta.

⁷⁹ In senso conforme cfr. ancora R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1143: «Questa soluzione esalta al massimo grado la funzione di garanzia del divieto sancito dalla Convenzione, permettendo di individuare una misura *costante* di intangibilità delle pretese di sicurezza e libertà dei cittadini nell'intero spazio giudiziario europeo, decisa una volta per tutte a livello sovranazionale»

⁸⁰ Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia, 9 marzo 2006, *Van Esbroeck*, C-436/04, in *Raccolta*, 2006, p. I-2333 ss. Si veda, in particolare, il paragrafo n. 36.

⁸¹ L'osservazione è di R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1144 s.

⁸² Simile preoccupazione compare come un *refrain* nelle pronunce della Corte di Giustizia: cfr. le sentenze 11 febbraio 2003, *Gözütok* C-187/01 e *Brügge* C-385/01, in *Raccolta*, 2003, p. I-1345 ss., punti nn. 37 e 38; 10 marzo 2005, *Miraglia*, C-469/03, in *Raccolta*, 2005, p. I- 2009 ss., punto n. 32; 9 marzo 2006, *Van Esbroeck*, cit., punto n. 35; 28 settembre 2006, *Van Straaten*, C-150/05, in *Raccolta*, p. I-9327 ss., punto n. 45; 28 settembre 2006, *Gasparini*, C-467/04, in *Raccolta*, p. I-9199 ss., punto n. 27; 18 luglio 2007, *Kretzinger*, C-288/05, in *Raccolta*, p. I-6441 ss., punto n. 33; 11 dicembre 2008, *Bourquain*, C.-297/07, in *Raccolta*, 2008, p. I-9425 ss, punto n. 41; 22 dicembre 2008, *Turanský*, C-491/07, in *Raccolta*, 2008, p. I-1039 ss., punto n. 41.

È in un settore diverso, ma al contempo affine, rispetto a quello del divieto di doppio processo che la Corte di Giustizia finalmente si sofferma sulle ragioni che, oltre a quelle già indicate, sono alla base dell'elaborazione di una nozione autonoma di *idem factum*. L'occasione è offerta da una richiesta di pronuncia pregiudiziale relativa alle disposizioni della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo⁸³: nel dettaglio, la questione verteva sull'art. 3, n. 2 d.q., a mente del quale l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione è tenuta a rifiutare la consegna del soggetto richiesto qualora risulti che egli sia stato giudicato «con sentenza definitiva per gli *stessi fatti* da uno Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna». La formulazione di tale motivo di non esecuzione del mandato d'arresto ricalca a chiare lettere il disposto dell'art. 54 CAAS e, non a caso, la richiesta di chiarimenti al Giudice europeo riguardava proprio la definizione di *idem factum*. L'autorità rimettente si domandava, in particolare, alla luce di quale ordinamento intendere il requisito degli «stessi fatti», rappresentandosi quali possibili soluzioni le tre alternative sopra ricordate: l'utilizzo delle normative domestiche dello Stato di emissione o del Paese richiesto, oppure l'individuazione di una nozione autonoma e uniforme nell'Unione. Senza esitazioni, la Corte opta per l'elaborazione di una propria definizione di *idem factum*, esplicandone, questa volta, le ragioni. Sebbene il contesto normativo sia differente, le osservazioni ivi formulate paiono potersi traslare senza dubbio anche nel diverso ambito della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen. In particolare, nel ragionamento del Giudice di Lussemburgo assume un ruolo dirimente la mancanza di richiami, da parte della decisione quadro, al diritto interno degli Stati membri. Ne consegue, per giurisprudenza consolidata⁸⁴, che in simili casi l'unica alternativa ammissibile è quella di ricorrere ad «un'interpretazione autonoma», la sola in grado di garantire «l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione»⁸⁵. In mancanza di basi

⁸³ Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia 16 novembre 2010, *Mantello*, C-261/09, pubblicata in *Cass. pen.*, 2011, p. 1215 ss., con nota di N. PLASTINA, *Può disporsi la consegna in base a un Mae se i fatti diversi erano già conosciuti dal giudice nazionale che ha giudicato?*

⁸⁴ Cfr. le sentenze della Corte di Giustizia 17 luglio 2008, *Kozłowski*, C-66/08, in *Raccolta* p. I-6041, punti nn. 41 e 42; 18 ottobre 2007, *Österreichischer Rundfunk*, C-195/06, in *Raccolta* p. I-8817, punto n. 24; 14 dicembre 2006, *Nokia*, C-316/05, in *Raccolta* p. I-12083, punto n. 21; 17 marzo 2005, *Feron*, C-170/03, in *Raccolta* p. I-2299, punto n. 26; 19 settembre 2000, *Linster*, C-287/98, in *Raccolta* p. I-6917, punto n. 43; sentenze 18 gennaio 1984, C-327/82, *Ekro*, in *Raccolta* p. 107, punto n. 11.

⁸⁵ Cfr., in particolare, il punto n. 38 della sentenza 16 novembre 2010, *Mantello*, cit. La Corte di Giustizia risolve la questione sottoposta attingendo a piene mani dalle proprie decisioni intervenute sull'art. 54 CAAS e dichiarando, perciò, che la definizione di *idem factum* rilevante ai sensi dell'art. 3, n. 2 d.q. 2002/584/GAI corrisponde a quella adottata nel diverso contesto della Convenzione di Schengen. Simile trasposizione dei precedenti arresti giurisprudenziali è consentita, nel ragionamento della Corte, dalla comunanza di funzioni

testuali che lo consentono, avvalersi delle normative dei Paesi membri si rivelerebbe, dunque, un approccio metodologicamente errato e contrario ai principi che regolano i rapporti tra diritto dell'unione e legislazioni nazionali.

Come ampiamente ricordato, analogamente alla decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, anche la Convenzione di Schengen non contiene alcun richiamo alle disposizioni interne degli Stati aderenti; di conseguenza, la risposta al quesito in discussione non può che essere la stessa: la nozione di *idem factum* rilevante per l'applicazione dell'art. 54 CAAS non coincide con quella vigente né nello Stato che ha pronunciato il provvedimento irrevocabile, né in quello attivatosi successivamente, ma va ricercata nell'ordinamento dell'Unione. Solo in questo modo il principio del *ne bis in idem* europeo può operare in modo effettivo e libero dai particolarismi dei sistemi normativi nazionali. Oltretutto, come accennato in apertura del presente paragrafo, la preclusione processuale di cui si discute, pur presentando degli aspetti comuni alla sua omologa domestica, è destinata a trovare attuazione in un contesto profondamente diverso, nel quale le soluzioni legislative interne potrebbero apparire del tutto inadeguate.

L'elaborazione di una nozione europea del concetto di medesimi fatti produce, infine, un ulteriore e considerevole effetto: l'accentramento in capo alla Corte di Giustizia delle prerogative ermeneutiche relative al più caratterizzante degli elementi costitutivi del divieto di doppio processo⁸⁶.

che lega le due disposizioni: entrambe, invero, avrebbero lo scopo di garantire la libertà di circolazione, ostacolando l'instaurazione di una pluralità di giudizi sul medesimo fatto, a carico della stessa persona. Un tale ragionamento appare, tuttavia, viziato nelle premesse: solo il *ne bis in idem* di cui all'art. 54 CASS si pone quale vero e proprio limite all'esercizio della giurisdizione. Diversa è, al contrario, la funzione ascrivibile al divieto di consegna previsto dall'art. 3, n. 2 d.q. 2002/584/GAI, corrispondente alla figura in apparenza simile del c.d. *ne bis in idem* estradizionale. Esso, infatti, non è in grado di ostacolare l'instaurazione di un nuovo giudizio *de eadem re et persona*; più semplicemente, costituisce soltanto un limite ad una richiesta di cooperazione attivata al di fuori dei presupposti consentiti. Ciò nonostante le conclusioni a cui è giunta la Corte di Giustizia paiono corrette, anche se argomentate in modo errato. La trasposizione della giurisprudenza formatasi sull'art. 54 CASS nell'interpretazione del motivo di diniego previsto dalla decisione quadro sul mandato d'arresto è operazione consentita dallo stesso art. 3, n. 2 d.q., là dove apertamente richiama le circostanze che il *ne bis in idem* mira a scongiurare: per stabilire se dall'adempimento alla richiesta altrui possa derivare una lesione del diritto che l'art. 54 CAAS riconosce alla persona già giudicata si dovrà inevitabilmente valutare la sussistenza di tutti i requisiti presupposti dalla norma, *idem factum* compreso.

⁸⁶ In termini analoghi cfr. ancora R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1145: «in assenza di una definizione del *ne bis in idem* comune a tutti gli ordinamenti nazionali...il principio sancito dall'art. 54 CAAS...deve essere ridefinito ed elaborato dalla Corte di giustizia nell'esercizio del suo "monopolio ermeneutico" su nozioni chiave del diritto comunitario».

5. (segue): alla ricerca di una nozione "europea" di *idem factum*, tra concezioni normative, naturalistiche e tutela degli interessi lesi dal reato.

Appurato che una corretta interpretazione delle disposizioni contenute nella Convenzione di Schengen esige la costruzione del concetto di *idem factum* secondo un percorso ermeneutico indipendente dalle elaborazioni domestiche degli Stati membri, è necessario ora occuparsi del problema successivo: individuare il preciso significato della locuzione «medesimi fatti» di cui all'art. 54 CAAS⁸⁷.

In assenza di indicazioni volte a guidare l'opera dell'interprete⁸⁸, simile nozione può essere definita mediante il ricorso a tre distinti modelli astratti, ciascuno portatore di istanze di tipo differente⁸⁹.

Si potrebbe, anzitutto, porre l'accento sugli aspetti formali della vicenda criminosa e, dunque, sostenere che il fatto oggetto del primo accertamento e quello alla base della successiva iniziativa processuale debbano essere considerati gli *stessi* solamente ove sia riscontrabile una perfetta coincidenza delle qualificazioni giuridiche loro assegnate nei diversi ordinamenti in rilievo. Questa prima concezione, detta normativa, ricerca i tratti distintivi dell'*idem factum* sul piano, tutto giuridico, delle fattispecie astratte entro le quali è sussumibile la condotta materiale concretamente realizzata: in quest'ottica, dunque, "fatto" starebbe a significare "reato"⁹⁰.

Le ragioni alla base di una simile impostazione sono facilmente intuibili. Subordinare il divieto di doppio processo alla perfetta sovrapponibilità delle figure criminose contestate comporta, invero, una netta prevalenza delle esigenze repressive sulla *ratio* di garanzia: lo Stato che procede per secondo, in particolare, manterrebbe integro il suo diritto di agire in

⁸⁷ La traduzione italiana della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen coincide, sul punto, con le formulazioni contenute nelle versioni ufficiali dei tre Paesi che l'hanno stipulata, nelle quali l'*idem factum* è definito come «*tat*» (versione tedesca), «*faits*» (versione francese), «*feiten*» (versione olandese). Una diversa soluzione è stata seguita nel testo inglese della Convenzione, ove si ricorre alla più generica espressione «*same acts*».

⁸⁸ All'indeterminatezza dell'art. 54 CAAS si aggiunge, inoltre, la mancanza di lavori preparatori. Si vedano, a riguardo, le considerazioni di C. VAN DEN WYNGAERT - G. STESSENS, *op. cit.*, p. 790, secondo i quali «The question how Article 54 of the Schengen Convention is to be construed is not easily answered. Given the absence of *travaux préparatoires*, it is not even certain whether the drafters of the Schengen Convention had this distinction between the broad or the narrow meaning of the *non bis in idem* rule in mind when they put together Article 54».

⁸⁹ Cfr., sul tema, C. VAN DEN WYNGAERT - G. STESSENS, *op. cit.*, p. 788 ss.; B. VAN BOCKEL, *op. cit.*, p. 43 ss. e 160 ss.; R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1153 ss.; C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni*, cit., p. 225 ss.

⁹⁰ Aderiscono a questa concezione dell'*idem factum* C. VAN DEN WYNGAERT - G. STESSENS, *op. cit.*, p. 791, secondo i quali «any general international *non bis in idem* provision should, in principle, bar only new prosecutions for the same offence, not for the same facts. Even on a purely domestic level, an overly broad definition of the "same fact" may result in unjust effects, in that prosecutions have to be declared inadmissible because a person has been prosecuted on the same facts but for a lesser charge».

tutti i casi in cui il primo accertamento abbia vagliato alcuni soltanto degli aspetti penalmente rilevanti ascrivibili ad una medesima azione od omissione⁹¹.

L'adesione alla concezione normativa dell'*idem factum* comporta, inoltre, quale ovvia conseguenza, l'inevitabile incidenza, sull'ampiezza del divieto di doppio processo, delle scelte discrezionali effettuate dai legislatori degli Stati membri all'atto della creazione di una norma incriminatrice: l'estensione della garanzia assumerebbe, così, un andamento direttamente proporzionale all'omogeneità delle valutazioni circa la rilevanza penale, o meno, di una determinata condotta⁹². Invero, muovendo da una simile premessa, un nuovo esercizio dell'azione penale dovrebbe essere consentito ogniqualvolta siano apprezzabili delle differenze, anche minime, tra i connotati descrittivi-normativi delle fattispecie astratte contestate al medesimo soggetto nelle diverse sedi processuali. E poiché, come più volte rilevato, l'introduzione del principio del *ne bis in idem* non è stata subordinata all'armonizzazione delle legislazioni nazionali dei Paesi membri, l'accoglimento della concezione normativa dell'*idem factum* finirebbe per relegare l'operatività della preclusione entro spazi piuttosto angusti⁹³.

La valenza garantista del divieto di doppio processo viene, al contrario, ampiamente esaltata dalla seconda delle possibili accezioni ascrivibili alla locuzione «medesimi fatti». Collocata in posizione contrapposta alla teoria normativa, la concezione storico-naturalistica focalizza l'attenzione sugli aspetti fattuali della vicenda criminosa e, dunque, sulla condotta concretamente realizzata: a rilevare sono, pertanto, l'azione o l'omissione poste in essere dalla persona già giudicata e valutate nel procedimento conclusosi con una sentenza definitiva. Le eventuali divergenze in ordine alla loro qualificazione giuridica non influenzano l'operatività della garanzia, che agisce su di un piano totalmente differente⁹⁴.

Una simile interpretazione del requisito dell'*idem factum* appare maggiormente conforme alla caratura transnazionale del divieto contenuto nell'art. 54 CAAS: ontologicamente

⁹¹ Cfr., in termini analoghi, R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1153, secondo la quale «anche il più alto grado di fiduci degli Stati nei rispettivi sistemi penali non riesce a spiegare come mai uno Stato non possa esercitare la propria giurisdizione laddove l'assenza di una o più fattispecie incriminatrici nell'ordinamento che ha proceduto, dimostra *per tabulas* che il primo giudice non si è pronunciato su tutti gli aspetti criminosi del fatto».

⁹² B. VAN BOCKEL, *op. cit.*, p. 45 osserva, inoltre, come «If the *ne bis in idem* principle is applied on the basis of the legal qualification of the facts, the outcome becomes harder to predict or even (seemingly) random».

⁹³ Formulano conclusioni analoghe anche R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1154, secondo la quale l'adozione della concezione normativa del requisito dei «medesimi fatti» comporterebbe una sostanziale *interpretatio abrogans* dell'art. 54 CAAS e B. VAN BOCKEL, *op. cit.*, p. 44, che osserva come «A narrow interpretation of the same facts, based on the legal qualification of those facts (the 'offence'), would almost entirely obliterate the protection afforded by the principle. The reason for this is that the protection against double prosecution could be circumvented by prosecuting under a similar charge, if the identity of the facts is determined by reference to their legal qualification».

⁹⁴ Cfr. R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1157 ss.

destinato ad operare tra ordinamenti diversi, esso verrebbe così svincolato dalle strettoie a cui inevitabilmente conducono gli apprezzamenti, necessariamente unilaterali, relativi agli aspetti formali della vicenda criminosa. L'irrilevanza della qualificazione giuridica dell'illecito è stata, inoltre, suggerita da quei progetti che, in epoca successiva alla Convenzione di Schengen, hanno tentato di introdurre una regolamentazione più dettagliata del *ne bis in idem* nello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia: sia la proposta di decisione quadro formulata dalla Repubblica ellenica nel 2003, sia il documento elaborato dagli studiosi di Friburgo, ricorrono ad una concezione naturalistica dell'elemento oggettivo del divieto di doppio processo⁹⁵.

Parte della dottrina ha, peraltro, osservato come anche aderendo ad un'impostazione storico-naturalistica del concetto di *idem*, il dato formale della qualificazione giuridica del fatto non possa essere totalmente estromesso, giacché ad esso è comunque necessario ricorrere per selezionare, nella moltitudine di atti che compie ogni essere umano, quelli rilevanti per l'accertamento processuale⁹⁶.

In posizione intermedia rispetto ai due poli contrapposti ora esaminati si colloca una terza possibile via interpretativa dell'*idem factum*. Per eliminare le disfunzioni legate alla concezione normativa, senza rinunciare del tutto agli aspetti formali della vicenda criminosa, parte della dottrina⁹⁷ e i governi di alcuni Stati membri⁹⁸ hanno proposto di

⁹⁵ Cfr. l'art. 1 della proposta ellenica, rubricato «definizioni», che alla lett. e) precisa cosa debba intendersi per *idem*: «un secondo illecito penale derivante esclusivamente dagli stessi fatti o da fatti sostanzialmente identici, indipendentemente dalla sua natura giuridica». Utilizza una formulazione analoga anche l'art. 6, della proposta di Friburgo, il quale, dopo aver stabilito che «A person may not be prosecuted in the European Union for an act that has already been finally disposed of in a Member State or by a European organ», al successivo par. 2, lett. (c) precisa che «"Act" is to be understood as substantially the same facts, irrespective of their legal character». Entrambe le proposte sono state esaminate nel capitolo I, paragrafi nn. 4 e 5.

⁹⁶ Così secondo B. VAN BOCKEL, *op. cit.*, p. 44: «Certain facts have been selected, presented, and emphasized, whereas others were omitted, and this process of selection and presentation constitutes a kind of (preliminary) legal qualification of the original event itself. A degree of interpretation of the facts in the light of their legal qualification therefore inevitably takes place at every instance, before and during legal proceedings». In termini analoghi cfr. S. FARINELLI, *op. cit.*, p. 900, secondo la quale «La ricostruzione di una determinata vicenda giuridica cui si riferiscono l'atto di accusa e la decisione finale implica una analisi dei fatti, effettuata inevitabilmente in base alla loro qualificazione, nonché la scelta di quei fatti considerati rilevanti, di modo che non ha senso fare esclusivo riferimento al dato naturalistico». Per un'applicazione combinata della concezione normativa e di quella storico-naturalistica cfr. l'art. 68 del codice penale olandese: A. KLIP - H. VAN DER WILT, *The Netherlands non bis in idem*, in *Rev. int. dr. pen.*, 2002, vol. 73, p. 1095 osservano come «The Dutch approach combines the historical facts with the legal qualification of the crime for which the accused is prosecuted twice. If a second crime based on the same historical facts protects entirely different values, then the accused may not enjoy the protection of Article 68. That does not lead to a principle that can be easily applied».

⁹⁷ Cfr., ad esempio, le considerazioni di E. SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo (Unione europea)*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1696, che a chiare lettere afferma: «Il principio del *ne bis in idem* implica la coesistenza di tre elementi: identità del fatto, identità dell'agente, identità del valore giuridico protetto. Questa dovrebbe essere la base di partenza». Pare aderire a questa accezione intermedia del concetto di *idem factum* anche S. FARINELLI, *op. cit.*, p. 901. Secondo l'autrice, infatti, «Nel definire la rilevanza della qualificazione giuridica bisogna considerare che degli stessi obiettivi di politica criminale possono essere realizzati in ordinamenti diversi in modo sostanzialmente analogo mediante normative distinte. Di conseguenza,

valorizzare, in luogo della fattispecie di reato, il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice e lesa dalla condotta illecita. Il divieto di doppio processo di cui all'art. 54 CAAS, pertanto, opererebbe ogniqualvolta il secondo accertamento abbia ad oggetto fatti che, seppur riconducibili ad una differente qualificazione normativa, siano offensivi dei medesimi interessi protetti. Il giudizio di equivalenza dovrebbe, dunque, essere effettuato con riguardo esclusivamente a questi ultimi; di conseguenza, le eventuali differenze nella struttura delle figure di reato contestate nelle diverse sedi perderebbero ogni rilevanza, giacché ciò che importa è l'identità del bene giuridico di volta in volta offeso o messo in pericolo dalla persona già giudicata.

Sebbene la teoria in esame consenta di superare i limiti della concezione normativa, essa presenta comunque alcuni inconvenienti che dissuadono dall'aderirvi: come correttamente osservato, infatti, spesso alla diversità di taluni degli elementi essenziali su cui è costruita la fattispecie incriminatrice corrisponde anche una divergenza circa l'interesse che si è inteso tutelare; con la conseguenza che, in tali ipotesi, il principio del *ne bis in idem* non potrebbe operare, pur a fronte di una condotta unitaria dal punto di vista naturalistico⁹⁹. Ma soprattutto, a far dubitare della possibilità di percorrere questa terza alternativa esegetica è la considerazione che, nell'accogliere una simile interpretazione della nozione di *idem factum*, l'operatività del divieto di doppio processo verrebbe fatta dipendere da un presupposto «così notoriamente scivoloso ed ambiguo» qual è il bene giuridico offeso dal reato¹⁰⁰. Ed invero, nella scelta delle oggettività giuridiche da tutelare attraverso lo strumento penale è forte l'influenza delle politiche criminali interne e, dunque, di un parametro suscettibile di assumere latitudini differenti nei diversi ordinamenti che compongono l'Unione.

rinunciando ad un rigido confronto tra qualificazioni giuridiche, l'interprete dovrà considerare presente il presupposto della identità del fatto nei casi in cui sia possibile ritenere esistente una equivalenza sostanziale delle qualificazioni di una determinata vicenda storica».

⁹⁸ Si tratta, in particolare, dei governi tedesco e spagnolo i quali, come ricorda la Corte di Giustizia nella sentenza 18 luglio 2007, *Kretzinger*, cit., punto n. 32, hanno sostenuto «che il criterio basato sull'identità dei fatti materiali deve essere applicato in modo da consentire ai giudici nazionali competenti di prendere in considerazione anche l'interesse giuridico tutelato nella valutazione di un insieme di circostanze concrete». In precedenza, simile posizione era stata sostenuta anche dal governo ceco: cfr. il punto n. 26 della sentenza della Corte di Giustizia 9 marzo 2006, *Van Esbroeck*, cit.

⁹⁹ Formula osservazioni critiche sul punto la Corte di Giustizia nella pronuncia del 18 luglio 2007, *Kretzinger*, cit., punto n. 33. In particolare, secondo il Giudice europeo «data l'assenza di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, considerazioni basate sull'interesse giuridico tutelato sarebbero tali da creare altrettanti ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati contraenti».

¹⁰⁰ Si esprime così R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1157. In termini analoghi cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa *Van Esbroeck*, cit., punto n. 46, ove afferma: «deve essere respinto anche il criterio del bene giuridico protetto, poiché esso risulta talmente vincolato alle legittime opzioni delle politiche criminali nazionali da permettere che sia punito più di una volta un medesimo comportamento, frustrando l'obiettivo dell'art. 54 della Convenzione».

6. La soluzione adottata dalla Corte di Giustizia: un'applicazione esasperata della concezione storico-naturalistica del concetto di «medesimi fatti».

L'esame della giurisprudenza eurounitaria in tema di *idem factum* delinea un quadro piuttosto chiaro ma, al contempo, problematico.

La triplice alternativa esegetica nella definizione del concetto di «medesimi fatti» affrontata nel paragrafo precedente è stata sottoposta anche alla Corte di Giustizia, la quale, sin dalla prima delle pronunce intervenute sul tema, senza alcuna esitazione ha aderito alla concezione naturalistica della nozione di fatto rilevante nel divieto di doppio processo¹⁰¹.

Le ragioni addotte dal Giudice europeo nel giustificare la propria scelta sono molteplici. Anzitutto, la Corte muove da un argomento di tipo formale: un ruolo fondamentale viene, invero, assegnato alla formulazione dell'art. 54 CAAS, la cui lettera, come visto, orienta verso esegesi indifferenti agli aspetti normativi della vicenda criminosa. Tale conclusione, nel ragionamento del Giudice dell'Unione, viene avvalorata dal raffronto con altre previsioni sovranazionali che, al contrario, paiono aderire in modo aperto alla concezione normativa dell'*idem factum*¹⁰². Intendere simile requisito del divieto di doppio processo come necessità di una perfetta coincidenza delle qualificazioni giuridiche assegnate al fatto dagli ordinamenti interessati significherebbe, perciò, contraddire il tenore della Convenzione, che sul punto, nel testo delle tre versioni ufficiali e nelle corrispettive traduzioni, manifesta una volontà univoca¹⁰³.

A sostegno dell'impostazione storico-naturalistica, la Corte di Giustizia adduce anche argomentazioni di più ampio respiro. Essa ricorda, invero, come, pur volendo prescindere

¹⁰¹ Si tratta della sentenza 9 marzo 2006, *Van Esbroeck*, cit.: cfr. i punti nn. 25 ss.

¹⁰² Cfr. il paragrafo n. 28 della pronuncia in esame, ove la Corte riporta gli esempi dell'art. 14, n. 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e dell'art. 4, VII protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. A differenza della Corte di Strasburgo che, come visto (cfr. *supra*, paragrafo 3) non ritiene dirimente il dato letterale, il Giudice dell'Unione assegna, al contrario, ampio valore, nella sua scelta, alla formulazione dell'art. 54 CAAS. Viene, pertanto, da domandarsi quali argomentazioni potrebbe adottare qualora fosse richiesto di pronunciarsi sulla corretta interpretazione dell'art. 50 CDFUE il quale, al contrario, ricorre al termine «reato» (cfr. *supra*, capitolo II, paragrafo 6). Atteso che difficilmente l'acquisizione di efficacia vincolante da parte della Carta di Nizza indurrà la Corte a rivedere la propria giurisprudenza, oramai consolidata, essa dovrà perciò giustificare il diverso valore che può assumere un medesimo argomento – quello letterale – pur rimanendo invariata la materia di riferimento.

¹⁰³ L'argomento è condiviso anche dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, il quale, al paragrafo n. 44 delle sue conclusioni, dichiara che un approccio linguistico al quesito ermenutico in discussione avvalora un'impostazione di tipo naturalistico: «La versione spagnola della Convenzione, in cui si legge “por los mismos hechos”, non dà adito a dubbi; e neppure le versioni tedesca, francese, inglese, italiana e olandese (rispettivamente: “wegen derselben Tat”, “pour les mêmes faits”, “for the same acts”, “per i medesimi fatti” e “wegens dezelfde feiten”), visto che tutte alludono all'*idem factum*, ad un concatenarsi di eventi di rilevanza processuale che il giudice deve valutare come fenomeno storico, facendone derivare le opportune conseguenze giuridiche».

dal mero dato letterale, manchi il retroterra necessario all'adozione di un approccio normativo: nessuna delle disposizioni del Trattato relative alla cooperazione giudiziaria, dell'Accordo di Schengen o della Convenzione che lo applica subordinano il divieto di doppio processo ad una preventiva armonizzazione o ad opere di ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri¹⁰⁴. Di conseguenza, indagare l'identità del fatto su di un piano prettamente giuridico si rivelerebbe un obiettivo pressoché irraggiungibile: esso, invero, imporrebbe di ricercare l'unità tra dimensioni normative differenti e, dunque, all'interno di un quadro frammentato dai numerosi particolarismi nazionali in tema di fattispecie incriminatrici e beni tutelati. Ma oltre ad essere operazione infruttuosa, la comparazione tra le qualificazioni giuridiche dell'illecito commesso potrebbe, altresì, rivelarsi pericolosa: la libertà di circolazione sancita dal Trattato e a cui è preordinata la Convenzione di Schengen rischierebbe, invero, di essere ostacolata qualora si consentisse alla semplice divergenza tra gli apprezzamenti formali dei diversi sistemi legislativi nazionali di vanificare la previsione contenuta nell'art. 54 CAAS¹⁰⁵.

Il superamento di un simile ostacolo esige, dunque, il ricorso ad una diversa dimensione prospettica che, libera da criteri normativi, guardi alla sostanza del fatto commesso; un cambio di visuale consentito, secondo l'opinione della Corte di Giustizia, dalla presenza di un ingrediente che, nelle sue pronunce, torna come un *refrain*: l'esistenza di un elevato livello di fiducia reciproca, tra gli Stati membri, nei rispettivi sistemi di giustizia, tale da indurli ad accettare il risultato dell'applicazione dell'altrui diritto penale, anche ove le regole domestiche avrebbero condotto a risultati differenti¹⁰⁶.

L'insieme di tali considerazioni porta, pertanto, il Giudice di Lussemburgo a far propria l'impostazione storico-naturalistica del concetto di *idem factum*¹⁰⁷. Tuttavia, nell'applicare simile accezione all'art. 54 CAAS esso pecca per eccesso e descrive l'elemento dei «medesimi fatti» in termini che, come si vedrà, appaiono troppo ampi: la Corte lo ritiene

¹⁰⁴ Tale aspetto è ricordato al punto n. 29 della decisione in esame.

¹⁰⁵ La stretta connessione tra divieto di *bis in idem* e libertà di circolazione delle persone è una costante della giurisprudenza euronitaria sull'art. 54 CAAS: cfr., in particolare, il paragrafo n. 33 della decisione in esame e la nota n. 82 di questo capitolo, alla quale si rinvia per gli ulteriori richiami alle precedenti pronunce che ricorrono a tale argomento.

¹⁰⁶ Così al punto n. 30. L'esistenza di un nesso forte tra principio del *ne bis in idem* e reciproca fiducia nei rapporti tra gli Stati membri è affermazione che caratterizza le decisioni della Corte di Giustizia sin dalla prima delle pronunce sull'art. 54 CAAS: cfr. la sentenza 11 febbraio 2003, sulle cause riunite *Gözütok C-187/01* e *Brügge C-385/01*, cit., punto n. 33.

¹⁰⁷ Formula osservazioni critiche sulle argomentazioni addotte dalla Corte di Giustizia R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1158 ss. Secondo l'autrice, il Giudice europeo sarebbe incorso in un «fondamentale errore prospettico»: dedurre l'esistenza di un elevato livello di fiducia reciproca tra gli Stati membri e del diritto alla libera circolazione dalla codificazione del principio *ne bis in idem* da parte della Convenzione di Schengen, quando, al contrario, «l'ambito applicativo della preclusione processuale è *misura*» di entrambi. In altre parole, ciò che si contesta alla Corte è di aver interpretato l'art. 54 CAAS alla luce di valori che vengono dedotti dalla norma stessa, ma che dovrebbero essere il risultato dell'opera esegetica, non il suo antecedente logico.

sussistente ogniqualvolta le pretese punitive a carico della stessa persona abbiano ad oggetto «un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro», ovvero «un insieme di fatti inscindibilmente collegati nel tempo, nello spazio nonché per oggetto», a prescindere «dalla qualificazione giuridica di tali fatti o dall'interesse giuridico tutelato»¹⁰⁸. L'applicazione di tale ampio criterio alla vicenda oggetto del procedimento è rimessa, però, al giudice nazionale, l'unico competente a verificare se, sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia, il principio del *ne bis in idem* possa o meno operare¹⁰⁹.

La definizione di *idem* è stata, poi, riproposta pedissequamente nelle pronunce successive, le quali hanno, tuttavia, consentito al Giudice europeo di aggiungere alcune precisazioni. E così, individuate nel tempo, nello spazio e nell'oggetto le coordinate attraverso cui valutare l'identità del fatto, la Corte ammette, anzitutto, che parziali differenze in ordine a tali aspetti non sono, per ciò solo, ostative all'operatività del divieto di doppio processo¹¹⁰: ancora una volta, tuttavia, la valutazione finale spetta ai tribunali nazionali, i quali sono chiamati ad accertare se le circostanze del caso concreto rappresentino comunque un complesso fattuale inscindibile, così come richiesto dal Giudice di Lussemburgo.

Nelle due decisioni successive, invece, ribadita ulteriormente la definizione di *idem factum*, la Corte formula alcune osservazioni in tema di elemento psicologico. In particolare, in una prima pronuncia l'unità d'intento dell'autore del reato si aggiunge a quella spaziale, temporale e di oggetto sancite in precedenza¹¹¹. Nel dettaglio, l'ipotesi vagliata concerneva un caso di contrabbando di tabacco estero, trasportato lungo il territorio di più Paesi membri. Il Giudice europeo, nel rispondere al quesito pregiudiziale sottopostogli, dichiara che l'indagine dell'autorità giudiziaria nazionale deve accertare anche la circostanza se «l'imputato che è stato perseguito in due Stati contraenti aveva fin dall'inizio l'intenzione di trasportare il tabacco, dopo la prima presa di possesso, verso

¹⁰⁸ Cfr. i punti nn. 36 ss., spec. paragrafo n. 42 della pronuncia in discussione.

¹⁰⁹ Così al punto n. 38 della decisione in esame: «la valutazione definitiva in proposito spetta, come giustamente rileva il governo dei Paesi Bassi, ai giudici nazionali competenti, che debbono accertare se i fatti materiali di cui trattasi costituiscano un insieme di fatti inscindibilmente collegati nel tempo, nello spazio nonché per oggetto». Tale aspetto è condiviso da D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 1419.

¹¹⁰ Così nella pronuncia 28 settembre 2006, *Van Straaten*, C-150/05, cit., punto n. 40 ss., ove si afferma che «Per quanto riguarda i reati relativi agli stupefacenti, non viene richiesto che siano identici i quantitativi di droga di cui trattasi nei due Stati contraenti interessati né i soggetti che si presume abbiano partecipato alla fattispecie nei due Stati. Non è quindi escluso che una situazione in cui manchi una siffatta identità costituisca un insieme di fatti che, per la loro stessa natura, sono inscindibilmente collegati». La Corte accoglie, dunque, le conclusioni formulate dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer. Cfr., in particolare, il paragrafo n. 82: «Può cambiare, come nella causa Van Esbroeck, il luogo in cui veniva trasferita una quantità di sostanze illecite da uno Stato membro ad un altro, senza che muti l'evento. La trama delittuosa può estendersi e dividersi in singoli accadimenti, conservando, in ordine alla sanzione, la propria unità. Nulla impedisce infine che talvolta l'intenzione dell'autore cambi e, a dispetto di tale circostanza, l'evento resti inalterato».

¹¹¹ Si tratta della decisione 18 luglio 2007, *Kretzinger*, C-288/05, punto.

una destinazione finale attraversando diversi Stati contraenti»¹¹². L'*idem factum* viene, dunque, contaminato da un aspetto che, oltre a non appartenergli, rischia di condurre a risultati inaccettabili: presa alla lettera, una simile affermazione induce invero a ritenere che un mutamento d'intenzione in corso d'opera sia suscettibile di frammentare una condotta unitaria sotto il profilo oggettivo.

Nella pronuncia successiva, tuttavia, la Corte ridimensiona le proprie considerazioni in tema di elemento soggettivo del reato¹¹³. La questione sottoposta, in particolare, riguardava la rilevanza del disegno criminoso: le si chiedeva se «diversi fatti punibili...debbero essere considerati del pari come i "medesimi fatti" ai sensi del detto art. 54 quando il giudice constati che sono collegati da un unico disegno criminoso e pertanto giuridicamente costituiscono un unico fatto». Correttamente, questa volta, il Giudice europeo separa i due piani d'indagine: il divieto di doppio processo opera in presenza di un complesso fattuale inscindibile, connotato da identità temporale, spaziale e di oggetto. Le questioni concernenti l'esistenza di un disegno criminoso unitario non rilevano ai fini della tutela apprestata dall'art. 54 CAAS; esse, secondo la Corte, possono, al più, costituire un elemento che induce l'organo giudicante a vagliare l'esistenza di un legame sul fronte oggettivo, ma, ove i parametri da essa indicati non vengano riscontrati, la presenza di un simile aspetto sul piano soggettivo appare del tutto ininfluenza¹¹⁴.

Nonostante tale importante precisazione, la giurisprudenza eurounitaria in tema di *idem factum* presenta comunque alcuni aspetti discutibili. Come accennato, la definizione di *res iudicata* formulata dal Giudice europeo appare troppo ampia ed imprecisa: esso, invero, si limita a richiedere un complesso fattuale inscindibile, senza tuttavia indicare quali sono gli aspetti dell'elemento oggettivo del reato da tenere in considerazione nell'opera di raffronto dei diversi capi d'imputazione contestati ad una stessa persona¹¹⁵. Il rischio che

¹¹² Cfr. il punto n. 37.

¹¹³ Si veda la sentenza 18 luglio 2007, *Kraaijenbrink*, C-367/05, in *Raccolta*, p. I-6619 ss.

¹¹⁴ Cfr. il punto n. 30 della sentenza in esame: «Come ha sottolineato in particolare la Commissione delle Comunità europee, un nesso soggettivo tra fatti che hanno dato luogo a 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».

¹¹⁵ Il tema non pare aver destato l'interesse della dottrina italiana, che, molto spesso, si limita ad un pedissequo richiamo della formula elaborata dalla Corte di Giustizia senza rilevarne gli aspetti problematici: cfr., ad esempio, G. DE AMICIS, *Il principio del "ne bis in idem" europeo dell'interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3170 s.; ID, *Il principio del ne bis in idem europeo nel contesto della cooperazione giudiziaria*, cit., p. 3203 s.; T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, cit., p. 628 s.; D. DEL VESCOVO, *op. cit.*, p. 731 s.; EAD, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1419 s.; N. GALANTINI, *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 febbraio 2011; A. MANGIARACINA, *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello "spazio giudiziario europeo"*, in *LP*, 2006, p. 635 ss.; B. PIATTOLI, *Il ne bis in idem diventa transnazionale. Gli Stati Ue e la fiducia reciproca nei rispettivi sistemi penali*, in *D&G*, 2006, p. 97 s.; L. LUPARIA, *La litispendenza*

l'adozione di una simile formula porta con sé è quello di ampliare a dismisura il divieto di doppio processo, sino a ricomprendervi accadimenti diversi rispetto a quello già giudicato, ma ad esso legati da vincoli di connessione¹¹⁶. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di concorso di reati: intervenuto il giudicato su uno degli episodi criminosi, l'applicazione del criterio suggerito non consentirebbe l'instaurazione di giudizi successivi volti ad accertare gli altri. E ciò non solo nelle ipotesi in cui un'unica azione od omissione abbia determinato più violazioni della legge penale, ma anche qualora la varietà di illeciti sia il frutto di condotte differenti, perpetrate in una serie continua: come verrà subito chiarito, si può, invero, dubitare dell'idoneità della formula elaborata dalla Corte di Giustizia ad impedire che la preclusione si espanda sino a coprire fatti ulteriori rispetto a quello già vagliato¹¹⁷.

Oltretutto, nell'aderire alla prospettiva indicata dal Giudice dell'Unione, una corretta applicazione dell'art. 54 CAAS rischierebbe di condurre ad esiti inammissibili: poiché la sua portata concerne il divieto di *bis in idem* transnazionale, esso sarebbe in grado di ostacolare l'instaurazione delle pretese punitive da parte di uno Stato diverso da quello che ha già proceduto, ma nulla potrebbe nei confronti del Paese che ha emesso il provvedimento irrevocabile. Ove le sue regole domestiche lo consentano, infatti, in casi come quelli appena indicati, un nuovo esercizio dell'azione penale, con riguardo ai reati concorrenti, sarebbe pienamente lecito¹¹⁸.

Come visto nelle pagine che precedono, nell'ordinamento interno, le disfunzioni a cui conduce l'applicazione dell'impostazione storico-naturalistica del concetto di fatto al fenomeno del concorso formale di reati sono state corrette includendo nella definizione di condotta l'oggetto materiale su cui essa cade, qualora ve ne sia uno¹¹⁹. E anche nella formula elaborata dalla Corte di Giustizia compare un richiamo all'«oggetto», la cui unità, insieme a quella spaziale e temporale, impedisce l'instaurazione di un secondo giudizio

internazionale, cit., p. 83 ss.; P.P. PAULESU, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, in Aa. Vv., *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 352 s.; M. PIAZZA – A. PISAPIA, *Riflessioni sul principio del ne bis in idem alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3280.

¹¹⁶ Inoltre, come rileva R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1162 «il divieto di doppio processo sancito dalla CAAS non solo è completamente svincolato dall'ampiezza dei poteri cognitivi del primo giudice, ma opera anche quest'ultimo, chiamato a decidere esclusivamente sull'esistenza di un reato, non poteva, ai sensi delle norme processuali vigenti nel proprio ordinamento, pronunciarsi sulla realizzazione di altri reati concorrenti sul medesimo fatto».

¹¹⁷ Si pensi, ad esempio, al caso di chi, commesso un delitto, si dia alla fuga e, dopo pochi metri, investa un rappresentante delle forze dell'ordine intenzionato a fermarlo: la serie di eventi prospettata parrebbe unitaria alla luce dei criteri indicati dalla Corte. Potrebbe ostare ad una simile conclusione la considerazione che l'oggetto delle condotte delittuose è diverso. Tuttavia, come si vedrà proseguendo nella lettura, non è chiaro il significato che la Corte assegna a tale presupposto.

¹¹⁸ Simile paradosso è rilevato da R. CALÒ, *loc. ult. cit.*

¹¹⁹ Cfr. *supra*, paragrafo 2.

su quel complesso fattuale inscindibile già vagliato con provvedimento irrevocabile. Tuttavia, non è chiaro quale significato intenda attribuirgli il Giudice di Lussemburgo: da un lato, infatti, in taluni casi nella definizione di *idem* il riferimento a tale presupposto è sostituito da un più generico richiamo alla «natura» degli accadimenti materiali di cui si reclama l'identità o la diversità¹²⁰; dall'altro lato, l'Avvocato generale, nelle sue conclusioni, ricorre ad una concezione di «oggetto» che non corrisponde a quella adottata dalla dottrina interna e, soprattutto, non appare idonea a rimediare al problema del concorso formale di reati. Egli, invero, sembra intendere tale requisito secondo un'ottica teleologica, nel momento in cui afferma, con riguardo al già richiamato episodio di contrabbando di tabacco estero, che gli attraversamenti delle frontiere interne «possono essere considerati connessi nel tempo, nello spazio nonché (dati l'obiettivo finale del trasporto di cui fanno parte e l'unità dello scopo perseguito) per oggetto»¹²¹. Uno solo è il dato certo: il requisito *de quo* non corrisponde al bene o all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice¹²².

L'esigenza di un chiarimento in ordine al preciso significato del presupposto in esame si fa, inoltre, ancor più pressante ove si rammenti che, secondo la Corte di Giustizia, la presenza di parziali differenze tra gli oggetti dei due fatti contestati alla stessa persona, di per sé, non implica necessariamente che si tratti di accadimenti diversi¹²³.

Simile difformità è ammessa anche in relazione alle circostanze di tempo e di luogo. Tuttavia, ancora una volta, le affermazioni del Giudice dell'Unione si sono arrestate ad uno stadio superficiale, e ad esse non sono seguite le precisazioni necessarie ad impedirne usi distorti. Invero, è sufficiente una breve panoramica del dibattito interno per avvedersi di come tale assunto implichi alcuni risvolti problematici.

In particolare, a fronte di una giurisprudenza consolidata che subordina la medesimezza del fatto all'identità, oltre che di condotta, evento e nesso causale, anche delle circostanze

¹²⁰ Così al già richiamato punto n. 30 della sentenza 18 luglio 2007, *Kraaijenbrink*, C-367/05, cit., ove si afferma che i fatti materiali «potrebbero essere diversi dal punto di vista temporale e spaziale, nonché per la loro natura».

¹²¹ Cfr. il paragrafo n. 39 delle conclusioni formulate dall'Avvocato generale Sharpston nell'ambito della causa *Kretzinger*, C-288/05, cit.

¹²² Al pari dell'irrilevanza della qualificazione giuridica del fatto commesso, l'ininfluenza del bene giuridico tutelato dalla fattispecie di reato è ribadita pedissequamente in tutte le pronunce della Corte di Giustizia: cfr. le sentenze 9 marzo 2006, *Van Esbroeck*, C-436/04, cit., punto n. 32; 28 settembre 2006, *Van Straaten*, C-150/05, cit., punto n. 47; 18 luglio 2007, *Kretzinger*, C-288/05, cit., punto n. 29; 18 luglio 2007, *Kraaijenbrink*, C-367/05, cit., punto n. 36.

¹²³ Cfr. *supra*, nota n. 110.

di tempo e di luogo¹²⁴, la dottrina ha evidenziato come una diversa considerazione del medesimo accadimento sotto i profili spaziali e temporali potrebbe occultare prassi distorsive del rappresentante dell'accusa: insoddisfatto dell'esito ottenuto con il provvedimento passato in giudicato, egli, modificando simili coordinate identificative del fatto, potrebbe agevolmente superare il divieto di cui all'art. 649 c.p.p. e, così, annullare la *ratio* di garanzia insita nella preclusione processuale¹²⁵. D'altro canto, ad una variazione del tempo e del luogo potrebbe, effettivamente, corrispondere un episodio diverso rispetto al precedente.

Allo scopo di comporre il quadro e fornire un criterio in grado di salvaguardare entrambe le contrapposte esigenze ora evidenziate, la dottrina ha suggerito, allora, di distinguere tra condotte reiterabili - come, ad esempio, l'atto di percuotere qualcuno - e non reiterabili - così l'omicidio - . Con riguardo alle prime è stato rilevato che la connotazione temporale servirebbe, in particolare, ad identificare l'azione o l'omissione e distinguerla rispetto a tutte le altre che, perpetrate in momenti differenti, ne condividono struttura ed oggetto¹²⁶: in simili ipotesi, una variazione del dato cronologico dovrà, pertanto, essere vagliata secondo un prudente apprezzamento, onde verificare se la diversa contestualizzazione temporale occulti un tentativo di *bis in idem* o, al contrario, sia indicativa di un fatto ulteriore¹²⁷.

La questione, dunque, si conferma complessa e dimostra tutta l'inadeguatezza della soluzione proposta dalla Corte di Giustizia. La definizione di *idem factum* formulata dal Giudice europeo appare troppo ampia e non sufficientemente approfondita, come invece avrebbe richiesto un corretto approccio al tema in esame. L'esegesi consegnata dalla giurisprudenza di Lussemburgo, in particolare, appare eccessivamente influenzata dalle vicende che hanno dato origine ai rinvii pregiudiziali. In tre dei quattro casi considerati, si trattava di condotte transnazionali di traffico di sostanze stupefacenti e di tabacco estero e, dunque, di episodi che, letti secondo un approccio formalistico, potrebbero artificialmente essere suddivisi in condotte di importazione ed esportazione. Per evitare le

¹²⁴ Cfr., ad esempio, Cass., S.U., 28 giugno 2005, Donati, cit.; Cass., Sez. II, 18 aprile 2008, Agate, cit.; Cass., Sez. II, 27 maggio 2010, Rapisarda, in *C.E.D.* Cass. n. 247849; Cass., Sez. V, 1 luglio 2010, Carbognani, in *C.E.D.* Cass. n. 247895; Cass., Sez. IV, 6 dicembre 2012, Guastella, cit.

¹²⁵ Si vedano, sul punto, F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 94 ss.; T. RAFARACI, *op. cit.*, p. 874 s.

¹²⁶ Cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 96; T. RAFARACI, *op. cit.*, p. 875.

¹²⁷ Secondo T. RAFARACI, *loc. ult. cit.*, «Questa doppia o, per così dire, "concentrica", valenza del *tempus* nelle condotte reiterabili fa sì che non sia agevolmente distinguibile il caso in cui la variazione sia funzionale soltanto a una più precisa connotazione dell'unica condotta prospettata dai casi in cui, invece, essa denota la prospettazione di un'altra condotta». Le variazioni del *locus commissi delicti* assumono rilevanza solamente ove muti anche la collocazione temporale della condotta: invero, a fronte di un identico referente cronologico, la variazione del luogo evidenzia soltanto un errore ricostruttivo nell'ipotesi accusatoria.

duplicazioni di procedimenti a cui condurrebbe un inquadramento del medesimo accadimento secondo l'ottica unilaterale dello Stato di partenza o di quello di arrivo della merce illecita, il Giudice europeo privilegia un'impostazione neutra che valorizza l'unitarietà di una simile condotta: effettivamente, osservata da un terzo angolo visuale, essa può ben essere descritta come un insieme di fatti inscindibilmente collegati tra di loro¹²⁸.

Astratta da tali contesti, tuttavia, la definizione di *idem factum* elaborata dalla Corte di Giustizia rischia, come anticipato, di causare ampi varchi d'impunità.

In particolare, non ci si intende riferire tanto all'evenienza in cui differenze tra le regole sostanziali e processuali dei Paesi interessati alla vicenda criminosa non consentano un esame esteso a tutti gli aspetti penalmente rilevanti di uno stesso fatto: in tali ipotesi, invero, l'elaborazione della Corte di Giustizia impedisce l'instaurazione di un secondo giudizio, anche qualora questo sia finalizzato all'applicazione di norme incriminatrici inesistenti nell'ordinamento che ha già proceduto. Una simile conclusione pare necessitata dalla circostanza, già rilevata, che il principio del *ne bis in idem* opera nel contesto europeo pur in assenza di un'armonizzazione delle legislazioni domestiche degli Stati membri. Nell'incontro tra differenti sistemi nazionali, l'adozione di una concezione storico-naturalistica dell'*idem factum*, implica, necessariamente, una mediazione tra le diverse prospettive; consentire l'instaurazione di un ulteriore accertamento processuale significherebbe violare il disposto dell'art. 54 CAAS, anche qualora il secondo giudizio fosse motivato dalla possibilità di contestare fattispecie aggiuntive rispetto a quelle nella "disponibilità" dell'autorità che si è già pronunciata: invero, il nuovo procedimento avrebbe comunque ad oggetto i medesimi fatti¹²⁹.

La questione diviene problematica nel momento in cui, come visto, si constata che l'ampia definizione di *idem factum* proposta dalla Corte di Giustizia è suscettibile di precludere non soltanto una rivalutazione della stessa condotta alla luce di un differente sistema normativo, ma anche l'instaurazione di accertamenti relativi ad episodi diversi, connessi od accessori rispetto a quello giudicato con sentenza definitiva: qualora venisse

¹²⁸ Secondo l'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer è «sarcastico parlare di importazione ed esportazione in un ambito territoriale in cui vige un ordinamento giuridico che in sé tende ad abbattere le frontiere sia per le persone sia per i beni»: cfr. le conclusioni formulate nell'ambito della causa *Van Esbroeck*, C-436/04, paragrafo n. 52.

¹²⁹ Formula osservazioni critiche a riguardo R. CALÒ, *op. cit.*, p. 1162 s., secondo la quale l'aspetto in esame evidenzia «l'irrazionalità del ragionamento della Corte, che, mentre accoglie una nozione di *res judicata* che...presuppone necessariamente la possibilità di una piena valutazione giuridica del fatto, al contempo riconosce quell'assenza di armonizzazione - tanto sul piano processuale che sostanziale - che esclude in radice la possibilità, da parte dei giudici nazionali, di valutare *tutti* i possibili profili di rilevanza penale del fatto storico, previsti dai diversi ordinamenti statuali che vantano giurisdizione sul medesimo fatto».

dimostrata l'esistenza di un nesso inscindibile che lega gli uni agli altri, la formula elaborata dal Giudice di Lussemburgo si porrebbe quale ostacolo alle pretese punitive dirette ad accertare la responsabilità in ordine a tali ulteriori vicende criminose¹³⁰.

Simili inconvenienti potrebbero essere ridimensionati mediante l'introduzione di una nozione legislativa di «medesimi fatti» che, conciliando le diverse istanze, selezioni gli aspetti dell'elemento materiale del reato da considerarsi dirimenti nella valutazione sull'identità degli episodi criminosi contestati alla stessa persona. La novella, in particolare, avrebbe lo scopo di rimediare all'eccessiva indeterminatezza dell'art. 54 CAAS e, pertanto, ne dovrebbe superare la formulazione. Tuttavia, l'esperienza sino ad oggi maturata in seno all'Unione non lascia ben sperare: da un lato, infatti, la lettera dell'art. 50 CDFUE, come visto, pare ricorre all'opposta concezione normativa, là dove, in luogo dei medesimi fatti, richiede l'identità del «reato»; dall'altro lato, la decisione quadro 2009/948/GAI sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione non innova il panorama attuale. Al pari della soluzione adottata dalla Convenzione di Schengen, l'art. 3, lett. a), nel definire il concetto di «procedimenti paralleli» si limita ad un generico riferimento agli «stessi fatti», rimettendo, perciò, ancora una volta, la questione all'interprete. E poiché nei *consideranda* antecedenti il testo normativo si esplicita a chiare lettere che lo scopo della disciplina ivi delineata è quello di scongiurare violazioni del principio espresso dall'art. 54 CAAS¹³¹, in mancanza di argomenti idonei a giustificare conclusioni differenti, pare scontato che la Corte di Giustizia, nell'interpretare la decisione quadro, attingerà a piene mani dalla propria giurisprudenza in tema di *idem factum*.

¹³⁰ Il problema è stato sottoposto alla Corte di Giustizia nell'ambito della causa decisa con la sentenza 18 luglio 2007, *Kraaijenbrink*, C-367/05, cit. La seconda delle questioni pregiudiziali sollevate in quell'occasione concerneva proprio la possibilità di includere nella nozione di *idem factum* anche episodi differenti rispetto a quello oggetto di sentenza definitiva, divenuti noti solo in epoca successiva, ma a questo legati dall'unicità del disegno criminoso. Alla domanda, tuttavia, il Giudice dell'Unione non ha risposto, giacché il suo esame presupponeva una soluzione positiva al primo quesito interpretativo da essa affrontato e concernente la possibilità di considerare «medesimi fatti» accadimenti diversi avvinti da un programma *criminis* unitario; ma, come visto, la Corte ha escluso una simile esegesi dell'art. 54 CAAS. La questione è, però, stata affrontata dall'Avvocato generale Sharpston, secondo la quale «Applicando la sentenza Van Esbroeck, se i fatti configuranti i reati accessori sono inscindibilmente collegati nel tempo, nello spazio nonché per oggetto ai fatti su cui si fonda la condanna irrogata nel primo Stato membro, si applicherà l'art. 54 della CAAS, sempreché ricorrano tutte le altre condizioni», ovvero che la pena sia stata eseguita o si versi in una delle altre circostanze equivalenti: cfr. il paragrafo n. 49 delle conclusioni formulate nell'ambito della causa *Kraaijenbrink*, C-367/05, cit.

¹³¹ Si veda, in particolare, il *considerandum* n. 3

CAPITOLO IV

LA FISIONOMIA DELLA DECISIONE DEFINITIVA

Sommario: 1. L'efficacia estintiva dell'azione penale nell'ordinamento interno come primo requisito della decisione definitiva; - 2. L'esame del merito dell'accusa: la giurisprudenza di Lussemburgo sul contenuto della decisione irrevocabile; - 3. (segue): dubbio probatorio e prescrizione del reato: un'occasione mancata per valorizzare il carattere sostanziale della decisione preclusiva; - 4. La compatibilità delle procedure transattive con il divieto di *bis in idem* europeo; - 5. Alcuni chiarimenti sul presupposto della condizione dell'esecuzione; - 6. L'applicazione della giurisprudenza europea ai provvedimenti conclusivi del procedimento previsti dall'ordinamento interno.

1. *L'efficacia estintiva dell'azione penale nell'ordinamento interno come primo requisito della decisione definitiva.*

Il secondo dei presupposti che condizionano l'insorgenza dell'effetto *ne bis in idem* attiene alla tipologia dei provvedimenti suscettibili di precludere nuovi giudizi sullo stesso fatto. Come emerso in più punti di questo lavoro, il divieto di doppio processo consegue alla formazione della *res judicata*: è il crisma dell'irrevocabilità a dotare la prima pronuncia di quella *vis* ostativa ai successivi accertamenti relativi alla medesima vicenda criminosa. Sarà, dunque, necessario attendere la conclusione dell'accertamento processuale in corso per poter garantire alla persona destinataria dell'accusa che l'addebito contestatole non verrà fatto oggetto di nuovi apprezzamenti da parte dello stesso o di altro giudice.

Il legame indissolubile tra principio del *ne bis in idem* e autorità di cosa giudicata rappresenta, nella materia in discussione, l'aspetto di maggior divergenza tra i sistemi di *common law* e quelli di *civil law*: nei Paesi ispirati alla tradizione anglosassone, invero, il divieto di *double jeopardy* consegue già alla pronuncia di primo grado ed è, perciò, dotato di un'efficacia temporale più ampia¹.

¹ Cfr. sul tema M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, *Le garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 249; ID, *La parte dei privati: alla radice (e al di là) di un sistema di garanzie*, in AA. VV., *Procedure penali d'Europa*, coordinato M. Delmas Marty, 2° edizione italiana a cura di M. Chiavario, Cedam, Padova, 2001, p. 537 s.; G. FLETZER, *La garanzia del ne bis in idem e il divieto della double jeopardy*, in *Ind. pen.*, 1970, p. 123 ss.; N. GALANTINI, *Ne bis in idem e double jeopardy come diritto della persona*, in *Giust. e Cost.*, 1982, p. 83 s.

La principale conseguenza che deriva dalla necessità di attendere il passaggio in giudicato della decisione è, come visto, l'incapacità della preclusione *de qua* di fornire un rimedio ai casi di litispendenza²; circostanza, quest'ultima, che ha indotto, da un lato, la Corte di cassazione italiana a fare applicazione analogica dell'art. 649 c.p.p., onde colmare simile lacuna nell'ordinamento interno³; dall'altro lato, parte della dottrina a suggerire un'interpretazione ampia del *ne bis in idem* sul piano transnazionale, volta ad anticiparne l'operatività alle fasi precedenti la conclusione del giudizio⁴.

Uniformandosi all'esperienza continentale, anche l'art. 54 CAAS subordina il divieto di doppio processo all'emissione di una «sentenza definitiva» e, dunque, ad un provvedimento avverso il quale non sono più esperibili gli ordinari mezzi di impugnazione. Al pari di quanto si è potuto constatare in relazione al concetto di *idem factum*, il dato da cui muovere nell'approfondire questo ulteriore requisito del divieto di doppio processo è la scarsità di indicazioni fornite dalla Convenzione di Schengen.

La lettura dell'art. 54 CAAS, nelle differenti versioni linguistiche, consente, in particolare, di formulare due osservazioni. Anzitutto, il provvedimento divenuto irrevocabile non deve necessariamente presentare la veste di una *sentenza*. Invero, mentre la traduzione italiana ricorre all'utilizzo di tale sostantivo, altre lingue ufficiali operano un più generico riferimento alla condizione di "persona giudicata in modo definitivo"⁵; sicché, pare corretto non vincolare il requisito in discussione ad aspetti formali, quali quelli terminologici⁶, e ritenerlo soddisfatto - come fa la Corte di Giustizia - anche qualora a

² Si vedano le considerazioni svolte *supra*, capitolo I, paragrafo n. 2. Sul punto cfr. anche B. VAN BOCKEL, *op. cit.*, p. 154: «In general, the *ne bis in idem* principle (in the "proper" sense: that of the prohibition of double prosecution) therefore only prohibits *consecutive* prosecutions, and not, as such, *parallel* proceedings (i.e. proceedings conducted *at the same time*)».

³ Cfr. *supra*, capitolo II, paragrafo n. 1.

⁴ In tal senso, si vedano, ad esempio, le osservazioni di N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem»*, cit., p. 54, che suggerisce di legare l'efficacia preclusiva del *ne bis in idem* alle decisioni conclusive del giudizio di primo grado e S. FARINELLI, *op. cit.*, p. 891, la quale, in relazione all'art. 1 della Convenzione di Bruxelles del 1987, il cui testo è stato riproposto nella formulazione dell'art. 54 CAAS, considera «preferibile un'interpretazione della norma che consenta di anticipare l'operatività della preclusione rispetto a quanto avverrebbe utilizzando il concetto di sentenza definitiva proprio dei sistemi di *civil law*: un'interpretazione tale da ritenere che l'art. 1 con sentenza definitiva faccia riferimento al provvedimento di merito che conclude il primo grado di giudizio».

⁵ Così nella versione francese («*définitivement jugée*»), inglese («*finally disposed*») e tedesca («*rechtskräftig abgeurteilt*»). Richiama, invece, la forma di sentenza la traduzione spagnola dell'art. 54 CAAS («*juzgada en sentencia firme*»).

⁶ Un'analogia questione si è posta, in passato, anche nell'ordinamento interno, in relazione al decreto penale di condanna. Benché caratterizzato da un differente *nomen juris* rispetto ai provvedimenti che normalmente concludono il processo, la dottrina, valorizzandone gli aspetti sostanziali, ritiene di poterlo equiparare ad una sentenza. Cfr., quanto al codice abrogato, G. BELLAVISTA, *Il processo penale monitorio*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 138 ss., il quale osserva che «Come la sentenza, il decreto penale consiste in una decisione del giudice che applica il diritto nel caso concreto...Come la sentenza, anche il decreto penale deve essere motivato...Come la

chiudere definitivamente il procedimento siano un'ordinanza, un decreto o un qualsiasi altro atto dell'autorità giudiziaria dotato di simile efficacia⁷.

In secondo luogo, il divieto di doppio processo tutela il soggetto già giudicato indipendentemente dall'esito, liberatorio o di condanna, a cui è giunto il primo accertamento. A consentire una simile affermazione, oltre al canone della ragionevolezza, è la lettera dell'art. 54 CAAS, là dove subordina il divieto di *bis in idem* derivante dalla decisione che accerta la responsabilità dell'imputato alla più volte richiamata condizione dell'esecuzione: invero, come ha osservato il Giudice di Lussemburgo, «Qualora la regola generale enunciata nella proposizione principale fosse applicabile solo alle sentenze di condanna, sarebbe superflua la precisazione secondo cui la regola speciale è applicabile in caso di condanna»⁸.

sentenza, il decreto penale di condanna esaurisce la giurisdizione nel momento nel quale è pronunciato» (p. 138); G. PAOLOZZI, *Il procedimento alternativo per decreto penale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 311 ss. secondo il quale «alla luce della giurisdizionalità e della decisorietà proprie della pronuncia resa in sede monitoria, la natura della stessa viene nettamente a distinguersi sia da quella degli ordinari decreti sia da quella delle ordinanze, chiamati a svolgere funzioni "meramente ordinarie", cioè "a preparare", "promuovere" o "rendere possibile lo svolgimento ulteriore del processo", senza mai incidere direttamente sul merito del processo stesso e, quindi, sulla pretesa punitiva» (p. 312); C. LAPICCIRELLA, voce *Decreto penale di condanna (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 880. In relazione al procedimento monitorio previsto dal nuovo codice di rito cfr. P. VENTURA, *Il procedimento per decreto penale*, Ipsoa, Milano, 2008, p. 77, nota n. 1; B. BOCCHINI, *Condanna per decreto*, in *Aa. Vv., La giustizia penale differenziata*, diretto da A. Gaito - G. Spangher, t. 1, *I procedimenti speciali*, coordinato da F. Giunchedi, Giappichelli, Torino, 2010, p. 577; M.M. ALMA, *Decreto penale di condanna*, in *Aa. Vv., Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. IV, t. I, *Procedimenti speciali*, a cura di L. Filippi, Utet, Torino, 2008, p. 450, la quale, inoltre, dopo aver osservato che, tra i requisiti di cui all'art. 460, non compare la dicitura "in nome del popolo italiano", ritiene «che poiché il decreto penale, così come la sentenza, è provvedimento idoneo a definire il giudizio, tale intestazione è comunque necessaria»; S. RUGGERI, *Il procedimento per decreto penale. Dalla logica dell'accertamento sommario alla dinamica del giudizio*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 67, secondo il quale «nonostante l'assenza nella normativa monitoria di un'espressa equiparazione con la sentenza di condanna quale quella contemplata nel secondo periodo dell'art. 445 comma 1-bis c.p.p., non pare sia lecito porre in dubbio la natura condannatoria del decreto penale».

⁷ Cfr. la sentenza 11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügge*, C 187/01 e C-385/01, cit., punti nn. 31 e 40. Tale aspetto è stato approfondito anche dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni: cfr., in particolare, il paragrafo n. 109, ove si afferma che «Quando tale disposizione si riferisce ad una persona che è stata "giudicata con sentenza definitiva" (*rechtskräftig abgeurteilt, onherroepelijk vonnis, définitivement jugée, finally disposed, juzgada en sentencia firme o definitivamente julgado*), a dispetto del tenore letterale della versione spagnola, essa non allude ad una decisione giudiziaria che prenda forma di sentenza e venga emessa al termine di un procedimento svoltosi nel rispetto di tutte le garanzie dettate dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo; più genericamente, essa si riferisce ad ogni pronuncia emessa all'interno del mondo giudiziario, con la quale lo Stato esprime l'ultima parola in merito ai fatti perseguiti ed alla colpevolezza dell'autore di essi». L'Avvocato generale ricorda, inoltre, come non sia «la prima volta che la Corte di giustizia riscontra alcune difformità nelle diverse versioni linguistiche di uno stesso testo normativo. In simili situazioni essa ha indicato che si deve tener conto dell'insieme dei testi redatti nelle varie lingue (v. sentenza 5 dicembre 1967, causa 19/67, J.H. van der Vecht, Racc. pag. 407, in particolare pag. 417)» (nota n. 54 delle conclusioni). Concorda con le affermazioni della Corte e dell'Avvocato Generale anche E. SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 1695. Secondo l'autore, in particolare, «Se così non fosse, e si propendesse invece per un'interpretazione restrittiva, si perverrebbe a risultati irragionevoli: una persona assolta con "sentenza definitiva in uno Stato non potrebbe essere nuovamente giudicata in un altro Stato, mentre l'imputato nei cui confronti un giudice istruttore abbia pronunciato un' "ordinanza di non luogo a procedere" non godrebbe dello stesso effetto preclusivo».

⁸ Così nella sentenza 28 settembre 2006, *Van Straaten*, C-150/05, cit., punto n. 56.

Ciò posto, è necessario ora interrogarsi sulle ulteriori caratteristiche che un provvedimento nazionale deve presentare per poter essere considerato decisione definitiva da cui promana il divieto di doppio processo sul piano europeo.

In presenza di un disposto normativo ridotto all'essenziale, qual è l'art. 54 CAAS, si rivela indispensabile, ancora una volta, l'attività interpretativa della Corte di Giustizia.

Rispetto al requisito dell'*idem factum* il Giudice dell'Unione adotta, però, un approccio diverso. Nel capitolo precedente, si è visto come la giurisprudenza di Lussemburgo si sia orientata verso l'elaborazione di una nozione autonoma del concetto di «medesimi fatti»: a fronte di una triplice alternativa esegetica – ovvero il ricorso alle categorie concettuali dell'ordinamento che ha pronunciato la decisione irrevocabile, di quello intenzionato a procedere *in idem* oppure, infine, di un sistema indipendente dalle visioni particolaristiche nazionali – la Corte di Giustizia ha optato per quest'ultimo percorso interpretativo, definendo il fatto rilevante *ex art. 54 CAAS* in autonomia rispetto alle tradizioni e agli assetti interni dei Paesi membri⁹.

L'esame delle pronunce relative al secondo presupposto del divieto di *bis in idem* svela un approccio parzialmente differente. Il Giudice europeo sembra, invero, collocarsi in una posizione intermedia, frutto di una commistione tra il rinvio alla disciplina domestica dello Stato che ha già proceduto e l'enucleazione di parametri ritenuti imprescindibili per il prodursi dell'effetto preclusivo: ne consegue una scissione del binomio «decisione definitiva» nei due elementi che lo compongono. Ed infatti, mentre il crisma dell'irrevocabilità deve essere accertato alla stregua delle disposizioni processuali del Paese che ha emesso il provvedimento, cosa possa costituire «decisione» ai sensi dell'art. 54 CAAS non è interamente lasciato alla libera disponibilità degli Stati dell'Unione.

Quanto al primo profilo, nelle diverse pronunce intervenute sul tema la Corte di Giustizia ha legato il carattere definitivo della sentenza all'efficacia estintiva dell'azione penale nell'ordinamento che l'ha emessa¹⁰. Affermazione, questa, che consente di effettuare subito una prima constatazione: per impedire l'instaurazione di giudizi *de eadem re et*

⁹ Il tema è stato trattato *supra*, capitolo III, paragrafo n. 4.

¹⁰ L'assunto è stato più volte ribadito dalla Corte di Lussemburgo: cfr. le sentenze 11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügge*, C 187/01 e C-385/01, cit., punto n. 30; 28 settembre 2006, *Van Straaten*, C-150/05, cit., punto n. 61; 22 dicembre 2008, *Turansky*, C-491/07, cit., punto n. 32; 16 novembre 2010, *Mantello*, C-261/09, cit., punto n. 45. Simile posizione della Corte di Giustizia appare conforme all'assetto proposto nell'*Iniziativa della Repubblica ellenica in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio «ne bis in idem»*, cit., che, all'art. 1, lett. b), fornisce una dettagliata definizione di «decisione»: «ogni sentenza definitiva pronunciata da un tribunale penale di uno Stato membro a conclusione di un procedimento penale, che può essere una sentenza di condanna o di proscioglimento dell'imputato, o una sentenza che termina definitivamente l'azione penale, conformemente alla legislazione nazionale di ciascuno Stato membro, nonché la mediazione extragiudiziale in materia penale; è considerata definitiva ogni sentenza passata in giudicato ai sensi della legislazione nazionale».

persona nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la decisione irrevocabile deve anzitutto porsi quale ostacolo ad analoghe iniziative all'interno del sistema da cui è promanata. In particolare e avvalendosi delle parole della Corte dell'Unione, ciò accade se la pronuncia «estingue definitivamente l'azione penale a livello nazionale»¹¹. Quando si produca un simile effetto non è, perciò, stabilito dal Giudice di Lussemburgo: correttamente, la questione è rimessa al diritto nazionale del Paese che ha condotto il giudizio¹². E non potrebbe essere altrimenti, giacché le alternative prospettate non paiono seriamente percorribili. Da un lato, il ricorso alle regole processuali vigenti nello Stato intenzionato a procedere *in idem* si palesa irragionevole là dove impone di leggere il prodotto dell'accertamento altrui secondo categorie e regole appartenenti ad un differente sistema processuale; senza contare che, anche in relazione al requisito della «decisione definitiva», si riproporrebbero quelle preoccupazioni, già manifestate nell'esame dell'*idem factum*, relative all'aleatorietà della tutela che, in adesione a simile prospettiva ermeneutica, il principio del *ne bis in idem* sarebbe in grado di offrire: uno stesso provvedimento potrebbe essere considerato irrevocabile o meno, a seconda di quale sia l'ordinamento interessato ad agire. Dall'altro lato, l'elaborazione di criteri europei alla luce dei quali vagliare la natura definitiva di una pronuncia rischierebbe di comportare alcuni effetti distorsivi qualora l'irrevocabilità eurounitaria non corrispondesse alle regole interne: la medesima decisione potrebbe impedire la reiterazione di iniziative *de eadem re et persona* da parte dell'autorità che ha già proceduto, ma rivelarsi insufficiente ai fini dell'art. 54 CAAS; o viceversa.

La valutazione circa il passaggio in giudicato della sentenza conclusiva del primo accertamento pertiene, dunque, correttamente al Paese che l'ha emessa. Eventuali dubbi sollevati dall'ordinamento intenzionato ad esercitare la giurisdizione in ordine allo stesso

¹¹ Così nella sentenza 22 dicembre 2008, *Turansky*, C-491/07, cit., punto n. 36, ove la Corte di Giustizia efficacemente osserva come «Una decisione che, secondo il diritto del primo Stato contraente che ha avviato un procedimento penale a carico di una persona, non estingue definitivamente l'azione penale a livello nazionale, non può infatti, in linea di principio, produrre l'effetto di costituire un ostacolo procedurale all'avvio o al proseguimento di un procedimento penale, per gli stessi fatti, a carico di tale persona in un altro Stato contraente».

¹² Cfr. la sentenza 22 dicembre 2008, *Turansky*, C-491/07, cit., punto n. 35, ove la Corte dichiara che «Per valutare se una decisione è "definitiva" ai sensi dell'art. 54 della CAAS, occorre verificare in via preliminare...che ai sensi del diritto nazionale dello Stato contraente cui appartengono le autorità che hanno adottato tale decisione essa sia considerata definitiva e obbligatoria ed assicurarsi che in tale Stato membro essa dia luogo alla tutela conferita dal principio *ne bis in idem*». Simile posizione è stata successivamente ribadita nella sentenza 16 novembre 2010, *Mantello*, C-261/09, cit., punto n. 47.

fatto e derivanti dalle difficoltà insite nel confrontarsi con regole processuali altrui potranno essere fugati ricorrendo alla richiesta d'informazioni di cui all'art. 57 CAAS¹³.

Un analogo rinvio all'assetto interno degli Stati membri non si ravvisa, invece, nell'individuazione delle ulteriori caratteristiche che una pronuncia deve presentare per poter impedire l'instaurazione di giudizi sullo stesso fatto. Nelle sentenze con cui sino ad ora ha chiarito la portata del *ne bis in idem* europeo, la Corte di Giustizia ha fissato alcuni presupposti considerati necessari affinché un provvedimento possa ritenersi decisione rilevante ai sensi dell'art. 54 CAAS. Ne consegue, dunque, che, in tal caso, il richiamo ai parametri domestici potrebbe non essere sufficiente ad impedire ulteriori procedimenti sullo stesso fatto. L'opera del Giudice di Lussemburgo, in particolare, è finalizzata ad individuare uno *standard* comune, espressione del bilanciamento tra esigenze repressive e garanzie individuali: lo scopo è quello di scongiurare che le eventuali difformità tra gli schemi procedurali previsti nei diversi ordinamenti si traducano in un'ingiusta negazione del diritto all'unicità dell'accertamento penale o, al contrario, che il principio del *ne bis in idem* divenga strumento d'impunità. Anche in relazione a questo secondo presupposto del divieto di doppio processo, l'ingrediente che consente di appianare le fisiologiche divergenze tra i sistemi processuali degli Stati membri è la più volte richiamata reciproca fiducia che dovrebbe permeare i loro rapporti. In particolare, l'affidamento che ciascun Paese è chiamato a riversare nel prodotto dell'altrui accertamento è tale da imporre l'accettazione di esiti processuali alieni alle proprie regole interne, anche qualora l'applicazione di queste ultime avrebbe condotto a risultati differenti.

Le pagine a seguire saranno dedicate all'approfondimento del percorso ermeneutico seguito dal Giudice dell'Unione.

2. *L'esame del merito dell'accusa: la giurisprudenza di Lussemburgo sul contenuto della decisione irrevocabile.*

L'individuazione delle qualità che un provvedimento deve rivestire per poter sprigionare il proprio effetto preclusivo oltre i confini nazionali è un'esigenza posta alla base di

¹³ La disposizione, già incontrata *supra*, capitolo II, paragrafo n. 4, recita come segue: «Quando una persona è imputata di un reato in una Parte contraente e le autorità competenti di questa Parte contraente hanno motivo di ritenere che l'imputazione riguarda gli stessi fatti per i quali la persona è già stata giudicata in un'altra Parte contraente con sentenza definitiva, tali autorità, qualora lo ritengano necessario, chiederanno le informazioni rilevanti alle autorità competenti della Parte contraente sul cui territorio la sentenza è stata pronunciata. Le informazioni richieste saranno fornite al più presto possibile e saranno tenute in considerazione nel decidere se il procedimento deve continuare».

svariati ricorsi al Giudice di Lussemburgo. In diverse occasioni, infatti, ad indurre le autorità giudiziarie dei Paesi dell'Unione a richiedere chiarimenti sull'esatta portata del principio espresso dall'art. 54 CAAS sono stati proprio i dubbi relativi all'idoneità della decisione *de eadem re*, opposta dalla persona già giudicata, ad interrompere l'ulteriore iniziativa a suo carico.

Sebbene nelle questioni pregiudiziali di cui è stata investita la Corte di Giustizia il requisito della decisione definitiva sia stato approfondito sotto diversi profili, l'esame delle pronunce attraverso le quali il Giudice dell'Unione ha chiarito i dubbi interpretativi delle autorità rimettenti consente di individuare una trama comune.

Anzitutto, al pari di quanto già visto in relazione al concetto di «medesimi fatti», l'opera ermeneutica della Corte di Lussemburgo in questo ulteriore ambito d'intervento è finalizzata a conferire al principio del *ne bis in idem* la più ampia applicazione possibile. Ed infatti, sin dalla prima pronuncia intervenuta sul tema, essa manifesta a chiare lettere l'esigenza di far prevalere «l'oggetto e lo scopo» dell'art. 54 CAAS rispetto ad «aspetti procedurali o meramente formali», destinati inevitabilmente a variare a seconda dell'ordinamento considerato¹⁴. Tuttavia, rispetto a quanto visto nel capitolo precedente, la finalità a cui è preordinato il divieto di doppio processo sul piano transnazionale, ovvero garantire la libera circolazione delle persone su tutto il territorio dell'Unione¹⁵, è fatta oggetto di un più prudente apprezzamento rispetto alle altre esigenze ritenute altrettanto meritevoli di tutela. In particolare, nel delineare i confini della nozione di *decisione* rilevante *ex art. 54 CAAS*, la Corte si preoccupa di evitare che una lettura di tale norma eccessivamente sbilanciata sul fronte della tutela della persona già giudicata finisca per tramutarla in uno strumento attraverso il quale conseguire un'ingiusta impunità e indebolire, per tale via, l'azione di contrasto del fenomeno delittuoso. La libertà di circolazione, in altre parole, non rappresenta un valore assoluto, da perseguire ad ogni costo. La sua prevalenza rispetto all'esercizio dello *ius puniendi* da parte dei Paesi

¹⁴ Cfr. la sentenza 11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügger*, C-187/01 e C-385/01, cit., punto n. 35; il principio è stato successivamente ribadito nella decisione 10 marzo 2005, *Miraglia*, C-469/03, punto n. 31.

¹⁵ L'interpretazione della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen alla luce degli obiettivi del Trattato di Amsterdam e, dunque, conformemente all'esigenza di garantire la più ampia libertà di circolazione ivi sancita (cfr. art. 2, comma 1, quarto trattino TUE), è operazione valutata positivamente da A. CIAMPI, *La nozione europea di "persona giudicata con sentenza definitiva" e le condanne "patteggiate"*, in *Corr. giur.*, 2003, f. 10, suppl., p. 116, la quale osserva come «la Corte pone l'art. 54 nel "contesto", oltre che delle altre disposizioni della CAAS...delle disposizioni comuni del TUE. Di qui l'esigenza di tener conto degli obiettivi di quest'ultimo ai fini dell'interpretazione. Ciò si giustifica in virtù della "integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'UE, operata mediante il Trattato di Amsterdam". Da cui consegue, fra l'altro, anche l'irrelevanza di una eventuale diversa "volontà delle parti contraenti, quale sarebbe desumibile da alcuni lavori parlamentari nazionali riguardanti la ratifica della Conv.", in quanto anteriori alla suddetta integrazione».

dell'Unione deve essere sorretta da una giustificazione convincente: la persona già giudicata, in particolare, deve apparirne meritevole.

Quando ciò accada è stato stabilito dal Giudice di Lussemburgo in una pronuncia in cui, per la prima volta, il diritto a muoversi liberamente lungo tutto lo Spazio europeo viene ritenuto soccombente rispetto alle finalità di prevenzione e repressione delle attività criminose¹⁶: imprescindibile per il prodursi dell'effetto *ne bis in idem* è che il provvedimento passato in giudicato abbia operato una «valutazione del comportamento illecito addebitato all'imputato»¹⁷. L'esame del merito dei fatti oggetto dell'ipotesi accusatoria costituisce, dunque, il primo e indispensabile requisito affinché la pronuncia nazionale possa assurgere a *decisione* preclusiva ex art. 54 CAAS. In mancanza di un vaglio giurisdizionale esteso sino all'apprezzamento della responsabilità della persona sottoposta al giudizio, la sentenza interna non sarà dotata di alcuna efficacia preclusiva nei confronti delle iniziative *in idem* promosse dalle autorità degli altri Paesi membri titolari di analoga competenza. La decisione da cui promana l'effetto *ne bis in idem* deve pertanto caratterizzarsi per un contenuto di tipo sostanziale: solamente in presenza di un esame concreto dell'accusa appare giustificata la preclusione ad identiche iniziative nel territorio dell'Unione. Le sentenze sul rito non rientrano, dunque, nell'ambito di applicazione dell'art. 54 CAAS¹⁸.

¹⁶ Si tratta della sentenza 10 marzo 2005, *Miraglia*, C-469/03, cit. Cfr., in particolare, il punto n. 33, in cui la Corte afferma che l'applicazione dell'art. 54 CAAS «ad una decisione di chiudere il procedimento penale come quella di cui alla causa principale sortirebbe l'effetto di rendere più difficile, o di ostacolare, ogni concreta possibilità di sanzionare negli Stati membri interessati il comportamento illecito addebitato all'imputato». La prevalenza conferita, questa volta, alle esigenze di prevenzione e repressione delle attività criminose è additata dall'Avvocato generale quale causa di «una certa contraddizione nell'ambito della giurisprudenza della Corte relativa all'art. 54 della CAAS» (cfr. il paragrafo n. 61 delle conclusioni formulate dall'Avvocato generale Sharpston nell'ambito della causa *Gasparini*, C-467/04). Simili constatazioni non paiono condivisibili: la prevalenza ora dell'uno, ora dell'altro valore sottesi al principio del *ne bis in idem* non è il sintomo di una posizione incoerente del Giudice dell'Unione. Al contrario essa è espressione della ricerca di un corretto bilanciamento tra esigenze contrapposte, suscettibili di entrare in conflitto nell'attuazione del divieto di doppio processo. Nessun atteggiamento contraddittorio, dunque, ma prudente utilizzo dello strumento interpretativo. Per un commento alla decisione cfr. A. FABBRICATORE, *Il ne bis in idem e Corte di giustizia: ancora un chiarimento sulla nozione di "sentenza definitiva"*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1171 ss.

¹⁷ Si vedano i punti nn. 34 e 35 della sentenza 10 marzo 2005, *Miraglia*, C-469/03, cit.

¹⁸ La conclusione è condivisa anche da alcune voci della dottrina: cfr. N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem»*, cit., p. 47 ss.; C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione riconoscimento*, cit., p. 346 ss.; C. VAN DEN WYNGAERT - G. STESSENS, *op. cit.*, p. 797 s., secondo i quali le diverse previsioni in tema di *ne bis in idem* internazionale (segnatamente l'art. 54 CAAS, l'art. 53 della Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi e l'art. 35 della Convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali) «do not provide a definite answer to the question whether the *non bis in idem* effect attaches only to decisions on the merit of the case, or also to those that have acquitted the suspect for procedural reasons», salvo poi concludere, in riferimento all'art. 54 CAAS, come l'interpretazione corretta sia quella sostanziale; S. FARINELLI, *op. cit.*, p. 893. L'esigenza che la decisione preclusiva contenga un accertamento sul merito dei fatti contestati all'imputato è condivisa anche dalle istituzioni europee: cfr., ad esempio, la comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul *Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, cit., p. 5, ove si «propone di includere nella definizione di lavoro di decisione definitiva tutte le decisioni adottate sul merito in un procedimento penale che non sono più impugnabili tramite un mezzo

La massima, enunciata in termini chiari nella pronuncia testé richiamata, trova un importante precedente nella prima delle decisioni europee sul divieto di doppio processo¹⁹. Chiamata ad occuparsi della conformità alla Convenzione di Schengen delle c.d. procedure transattive, la Corte, come si vedrà nelle pagine a seguire²⁰, si avvale di diversi argomenti, tra i quali uno riveste un'importanza centrale per il tema che si sta discutendo: il Giudice dell'Unione, invero, nel motivare la propria posizione, evidenzia come il procedimento speciale sottoposto al suo controllo sia strutturato in modo tale da «colpi[re] il comportamento illecito contestato all'imputato»²¹. A meno di non concludere che la Corte di Lussemburgo ammetta forme di responsabilità oggettiva nel settore penale, appare evidente che, con una simile affermazione, essa abbia inteso subordinare la legittimità delle procedure negoziali alla presenza di un accertamento sulla responsabilità dell'imputato per il fatto commesso, anticipando, così, quanto verrà a statuire qualche anno più tardi.

Le ragioni poste alla base della soluzione adottata nella causa *Miraglia* appaiono, tuttavia, ancora una volta, poco approfondite ed eccessivamente influenzate dalla vicenda che ha determinato il rinvio pregiudiziale²². In quell'occasione, in particolare, la Corte di Giustizia è stata interrogata sull'efficacia ostativa del provvedimento che declina la giurisdizione interna in ragione della litispendenza europea: una decisione di natura spiccatamente processuale, finalizzata a comporre il concorso delle pretese punitive sullo stesso fatto e attraverso la quale lo Stato si limita soltanto a rilevare l'esistenza di un parallelo procedimento *de eadem re et persona*, senza pronunciarsi in alcun modo sulla colpevolezza dell'imputato. Attribuire a simili provvedimenti effetti preclusivi all'instaurazione di ulteriori giudizi sullo stesso fatto avrebbe condotto ad esiti irragionevoli: l'atto di dismissione dell'accertamento *in idem* sarebbe risultato di per sé idoneo ad impedire anche la prosecuzione del procedimento ritenuto prevalente. Con la conseguenza che la responsabilità dell'accusato per l'illecito di comune interesse non avrebbe potuto essere vagliata da alcuno degli Stati membri: il principio del *ne bis in idem*

ordinario di ricorso, oppure, nel caso in cui tale ricorso sia ancora proponibile, qualora esso non abbia effetto sospensivo».

¹⁹ Si tratta della sentenza 11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügger*, C 187/01 e C-385/01, cit.

²⁰ Cfr. *infra*, paragrafo n. 4.

²¹ Cfr. sentenza 11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügger*, C 187/01 e C-385/01, cit., punto n. 29.

²² L'influenza eccessiva che la situazione di fatto, alla base del rinvio pregiudiziale, talvolta esercita nell'opera interpretativa della Corte di Giustizia è stata rilevata anche *supra*, Capitolo III, paragrafo n. 6, in relazione al requisito dell'*idem factum*.

avrebbe precluso qualsiasi accertamento, pur in mancanza di una vera e propria *decisione* sul fatto contestato²³.

Indipendentemente da tali considerazioni, certamente corrette ma poco esaustive, la necessità di circoscrivere il novero delle decisioni preclusive a quelle contenenti una valutazione sul fatto oggetto dell'ipotesi accusatoria pare imposta da argomenti ulteriori rispetto a quelli spesi dalla Corte di Giustizia: la risposta al quesito proposto al Giudice di Lussemburgo può agevolmente rinvenirsi nel dato letterale. Invero, le differenti versioni linguistiche dell'art. 54 CAAS, pur presentando alcune varianti l'una dall'altra, coincidono tutte su di un punto: a beneficiare dell'effetto preclusivo è solamente la persona che sia stata *giudicata* con un provvedimento irrevocabile²⁴. È la stessa Convenzione di Schengen, questa volta a chiare lettere, a vincolare l'effetto preclusivo della *res judicata* al suo contenuto di accertamento della responsabilità dell'imputato.

Le decisioni meramente processuali, quali ad esempio quelle che dichiarano la mancanza di una condizione di procedibilità, si limitano a decretare l'esistenza di un ostacolo all'agire. Rilevato l'impedimento, al giudice non resta che interrompere l'accertamento in corso: poiché il giudizio è stato instaurato in mancanza dei presupposti considerati necessari, è preclusa qualsiasi indagine sul merito della regiudicanda²⁵. In simili ipotesi, allora, il divieto di doppio processo di cui all'art. 54 CAAS non ha motivo di esistere giacché, a ben vedere, il fatto rilevante in più ordinamenti non è stato oggetto di nessuna valutazione: la prima pronuncia, invero, si è soltanto limita ad appurare che l'azione intrapresa doveva essere interrotta, senza affermare alcunché in ordine alla responsabilità dell'imputato. Ove difetti un accertamento di merito, l'instaurazione di un procedimento

²³ Il cortocircuito a cui avrebbe condotto l'attribuzione di efficacia preclusiva alla decisione di dismettere l'accertamento interno a causa della litispendenza europea è stato rilevato dalla Corte di Giustizia al punto n. 34 della sentenza 10 marzo 2005, *Miraglia*, C-469/03, cit.

²⁴ L'argomento letterale è sostenuto anche da C. AMALFITANO, *op. ult. cit.*, p. 346 ss.; EAD, *Bis in idem per il «ne bis in idem»: nuovo quesito alla Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 85 ss. Di diverso avviso sono, invece, C. VAN DEN WYNGAERT – G. STESSENS, *op. cit.*, p. 798, secondo i quali l'art. 54 CAAS difetterebbe di chiarezza quanto al tema in esame.

²⁵ Osserva O. DOMINIONI, *Improcedibilità*, cit., p. 6 «come il processo, pur essendo in posizione strumentale rispetto al diritto sostantivo, possa a sua volta essere fonte di situazioni giuridiche (processuali) idonee a costituire oggetto di accertamento giurisdizionale. Esso, invero, talora si conclude con una pronuncia che, dando applicazione ad una norma processuale, rileva la presenza di un ostacolo a che si addivenga ad una qualsiasi decisione in ordine alla punibilità dell'imputato». Sul tema si veda, inoltre, F. CORDERO, voce *Merito (diritto processuale)*, in *Noviss. dig. it.*, X, Utet, Torino, 1964, p. 579, secondo il quale la mancanza di una condizione di procedibilità «si risolve nell'invalidità del processo, esclude la possibilità di un'assoluzione non meno che d'una condanna e, infine, esige una neutrale pronuncia di non doversi procedere; qui non si coglie traccia d'una valutazione in termini di dovere di punire. Il tema di fondo del giudizio non è neppure sfiorato; il processo ripiega su se stesso e, verificata l'inesistenza delle proprie condizioni di validità, approda ad una pura e semplice *absolutio ab instantia*».

sull'*idem factum*, in epoca successiva e da parte di altro Paese dell'Unione, è operazione consentita.

La stretta connessione tra divieto di doppio processo e necessità di un'indagine estesa agli accadimenti descritti nell'ipotesi accusatoria appare conforme anche al testo dell'art. 50 CDFUE che, sebbene in termini diversi rispetto all'art. 54 CAAS, pone ugualmente l'accento sul contenuto sostanziale della decisioni definitiva: la norma, invero, tutela con la preclusione *de quo* chi sia «già stato assolto o condannato nell'Unione». Il riferimento corre, ancora una volta e in modo più chiaro, al profilo di accertamento espresso nella sentenza irrevocabile²⁶.

La versione italiana della Carta di Nizza, oltretutto, parrebbe limitare il principio del *ne bis in idem* alle sole decisioni riconducibili ad una delle formule previste dall'art. 530 c.p.p., escludendo così le altre ipotesi liberatorie che, pur non traducendosi in un'assoluzione, sono comunque riconducibili al *genus* del proscioglimento. In particolare, una fedele applicazione della norma citata priverebbe di effetti impeditivi, oltre le sentenze di non doversi procedere per la mancanza di una condizione di procedibilità, anche le decisioni che dichiarano l'estinzione del reato. Quanto alle prime, una simile conclusione appare corretta: come visto, la loro esclusione dal novero delle pronunce suscettibili di produrre *ne bis in idem* consegue già alla semplice applicazione dell'art. 54 CAAS, dal momento che esse si pronunciano sul rito. La questione si pone, invece, in termini problematici con riguardo alle sentenze di cui all'art. 531 c.p.p.²⁷: in tali ipotesi, privare la persona già giudicata della tutela offerta sul piano europeo rischierebbe d'apparire iniquo²⁸. Se, da un lato, si potrebbe obiettare che le cause di estinzione del reato celano valutazioni politiche

²⁶ Tale aspetto è rilevato anche da C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione*, cit., p. 347.

²⁷ Sulla dissimulazione del giudizio di merito insita nel «non doversi procedere» per estinzione del reato cfr. *infra*, nota n. 39. Secondo F.B. MORELLI, *op. cit.*, p. 333 l'utilizzo di simile formula per le ipotesi in discussione è «un "atto di forza legislativa", e non corrispon[de] alle reali interazioni delle cause d'estinzione con l'illecito penale: esse agiscono sul reato e non sul processo. Se così non fosse, l'art. 529 sarebbe bastato a coprire anche il proscioglimento per il reato estinto, e la necessità di una regolamentazione *ad hoc* non si sarebbe manifestata». Secondo l'autore la *ratio* della scelta legislativa è quella di produrre «un effetto collaterale preciso», ovvero «colpire l'imputato nei suoi rapporti sociali, per fargli pagare, con un proscioglimento peggiore rispetto all'assoluzione, l'inapplicabilità della punizione nonostante l'accertamento del reato» (p. 347). Cfr. anche E. MARZADURI, sub art. 531, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, V, Utet, Torino, 1991, p. 535, secondo il quale dalla scelta terminologica operata dal legislatore trasparirebbe il «disagio derivante dall'alternativa rappresentata dall'assimilazione tra le pronunce assolutorie che implicano un giudizio "dal di dentro" sulla fondatezza dell'accusa ed una pronuncia che – nella coscienza collettiva – sarebbe sentita come assolutamente "diversa"».

²⁸ Uno specifico rilievo all'intervento di cause estintive si ritrova nella disciplina del mandato d'arresto europeo: gli artt. 3, n. 1 e 4, n. 4 della decisione quadro 2002/584/GAI prevedono quali motivi di rifiuto della consegna, rispettivamente obbligatorio e facoltativo, l'estinzione dell'illecito in conseguenza di un provvedimento di amnistia o la prescrizione dell'azione penale. Per un commento a tali previsioni cfr. A. BERNARDI – C. GRANDI, *Gli effetti della prescrizione e dell'amnistia sull'estradizione e sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3180 ss.

suscettibili di variare da Stato a Stato e, dunque, ciò che è estinto in un Paese potrebbe non esserlo per gli altri, dall'altro lato esistono decisioni che, fondate su un analogo apprezzamento d'opportunità da parte del legislatore, dovrebbero senz'altro ritenersi comprese nel novero delle pronunce produttive di *ne bis in idem* europeo: tra i motivi che comportano l'assoluzione dell'imputato rientrano, infatti, anche le cause di non punibilità²⁹. Oltretutto, la distinzione tra decisioni di assoluzione e pronunce di proscioglimento è una peculiarità del nostro sistema, che non trova riscontro negli altri ordinamenti. Appare allora necessario un intervento riparatore dell'interprete che, in luogo di quell'«assolto», legga «prosciolto». L'operazione, indispensabile allo scopo di uniformare l'estensione riconosciuta al divieto di doppio processo in tutto il territorio dell'Unione, sembra consentita, in primo luogo, dalle spiegazioni alla Carta di Nizza: come visto, nel commento all'art. 50 CDFUE, esse precisano che qualora il divieto di doppio processo rilevi nei rapporti tra gli Stati dell'Unione esso corrisponde agli artt. 54 ss. Pertanto, il criterio dirimente dovrebbe essere quello dell'esame sul merito dei fatti, indipendentemente dalla formula che accompagna la pronuncia liberatoria. In secondo luogo, la soluzione proposta realizza un giusto equilibrio tra gli interessi del soggetto pubblico e quelli della persona già giudicata: invero, il suo proscioglimento è pur sempre l'effetto di un accertamento processuale occupatosi del fatto contestatogli. Diversamente opinando, si finirebbe per addossare sull'autore di una condotta rilevante per più ordinamenti le scelte di politica criminale che ciascuno di essi compie, legittimamente, in totale autonomia. Del resto, come ampiamente sottolineato dalla Corte di Giustizia, l'applicazione del *ne bis in idem* sul piano europeo non è stata preceduta da alcuna opera di armonizzazione delle legislazioni sostanziali e processuali dei Paesi dell'Unione: la possibilità che lo Stato intenzionato a procedere *de eadem re et persona* attribuisca, al

²⁹ Osservano G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 351 che «Non sempre la commissione di un fatto antiggiuridico e colpevole giustifica l'applicazione della pena: in molti casi si dovrà accertare se, nella visione del legislatore, è opportuno applicare all'agente le pene e le ulteriori sanzioni penali previste dalla legge per quel fatto». Secondo gli autori, in particolare, «Le ragioni che possono rendere inopportuna la punizione possono essere le più disparate: innanzitutto, *ragioni politico-criminali in senso stretto*...secondariamente, *ragioni politiche di clemenza*...*ragioni di politica internazionale*...ancora, *ragioni di salvaguardia della famiglia*». Analogamente F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 867, rileva come «il legislatore in certi casi, scindendo "reato" e "punibilità", subordina l'effettiva possibilità di applicare la pena...al verificarsi di determinati accadimenti. Oppure ritiene che debba prescindere per ragioni di opportunità dall'applicazione della pena in presenza di determinate situazioni. O ancora prevede che la punibilità si estingua per il sopraggiungere di determinate cause». Nell'ambito di una vasta letteratura, sul tema cfr. anche M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, p. 412, ove si afferma che le «conseguenze [del reato] vengono spesso sottoposte a condizioni e valutazioni distinte da quelle che presiedono al giudizio sul fatto illecito e sulla colpevolezza dell'autore per il fatto suo proprio» e F. PALAZZO, *Il fatto di reato*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 11, secondo il quale «le cause di non punibilità fanno riferimento a situazioni in cui l'assoggettamento a pena viene valutato dall'ordinamento come eccezionalmente pregiudizievole per qualche interesse particolare».

medesimo fatto, conseguenze differenti- ad esempio, perché non estinto - è, dunque, un rischio insito nel sistema che non può tradursi in un detrimento delle garanzie riconosciute alla persona già giudicata.

Per tale via, dunque, viene a delinearsi una nozione di *ne bis in idem* che, nell'aspetto in discussione, diverge profondamente rispetto a quella vigente nell'ordinamento interno. L'art. 649 c.p.p., invero, lega l'effetto ostativo del giudicato alla natura irrevocabile del provvedimento, senza accenno alcuno al contenuto che in quest'ultimo deve rinvenirsi per decretarne l'idoneità ad impedire ulteriori procedimenti *de eadem re et persona*. Simile constatazione ha indotto autorevole dottrina ad affermare che il divieto di doppio processo trova la sua giustificazione esclusivamente nella disposizione che regola il giudicato sostanziale, senza alcuna rilevanza, per il prodursi dell'effetto in discussione, degli aspetti accertati con la decisione divenuta irrevocabile. La sentenza definitiva assume valore, dunque, esclusivamente quale fatto giuridico, ovvero come elemento costitutivo della fattispecie delineata dall'art. 649 c.p.p.; di conseguenza, le circostanze vagliate nel corso del primo procedimento non condizionano in alcun modo il sorgere della preclusione processuale³⁰.

La correttezza di questa ricostruzione trova una sicura conferma nell'art. 345 c.p.p. La disposizione, richiamata dal primo comma dell'art. 649 c.p.p., consente l'esercizio dell'azione penale per quel fatto già oggetto di un precedente accertamento, interrotto dal rilievo che le condizioni del procedere non sono soddisfatte: un'eventuale loro sopravvenienza in epoca successiva alla chiusura del procedimento è accaduto valutato positivamente dal legislatore che, in simile ipotesi, acconsente ad una reiterazione del giudizio e riduce così l'effetto *ne bis in idem*. Se il divieto di doppio processo conseguisse davvero soltanto all'attività di vaglio del merito dei fatti cristallizzata nel provvedimento divenuto irrevocabile, non si comprenderebbe la

³⁰ A sostegno di una simile ricostruzione si vedano i contributi di G. DE LUCA, *op. cit.*, p. 123 ss. (secondo l'autore «Istruttivo, al riguardo, è il paragone tra l'art. 90 [c.p.p. 1930] e l'art. 2909 c.c.: in quest'ultima disposizione il giudicato è espressamente ricondotto all'accertamento contenuto nella sentenza, mentre nell'art. 90 decisivo, per il prodursi dell'impedimento processuale di cui si è parlato, è il fatto della sentenza, definitiva e irrevocabile, indipendentemente dall'accertamento che vi è contenuto»: cfr. p. 125); ID, voce *Giudicato*, cit., 1989, p. 4; O. VANNINI - G. COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 513; P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 481 ss.; ID, *sub art. 649*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, VI, Utet, Torino, 1991, p. 424; O. DOMINIONI, *op. cit.*, p. 336 s.; G. LOZZI, voce *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, p. 913 («l'effetto preclusivo dell'art. 90 è ricollegato unicamente alla irrevocabilità di una sentenza pronunciata con riferimento a un determinato fatto e nei confronti di un determinato soggetto prescindendo completamente dall'accertamento contenuto nella sentenza stessa); F.B. MORELLI, *op. cit.*, p. 24 s. (spec. nota n. 52); F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 79; E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 55. Formula osservazioni critiche ad una simile impostazione S. RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 271 ss., secondo il quale «così facendo si finisce per scindere irrimediabilmente il giudicato penale dall'oggetto del giudizio e, in definitiva, dal giudizio medesimo» (p. 272).

necessità di eccettuare, in modo esplicito, il principio *de quo*³¹. La deroga contemplata dall'art. 345 c.p.p. sta, dunque, a decretare l'irrelevanza del contenuto della sentenza passata in giudicato. In sua assenza, l'efficacia espansiva del divieto di *bis in idem* enunciato nell'art. 649 c.p.p. si estenderebbe sino a coprire l'intera area delle decisioni processuali.

3. (segue): *dubbio probatorio e prescrizione del reato: un'occasione mancata per valorizzare il carattere sostanziale della decisione preclusiva.*

Gli aspetti relativi al contenuto essenziale che il provvedimento interno deve presentare per poter assurgere a decisione preclusiva *ex art. 54 CAAS* non sono stati esauriti dalla pronuncia rammentata nel paragrafo precedente; in altre due occasioni, invero, la Corte di Giustizia è stata chiamata a fornire ulteriori chiarimenti sulla fisionomia del *dictum* idoneo ad impedire le iniziative *de eadem re et persona* assunte oltre confine.

Sebbene le domande pregiudiziali all'origine dei successivi pronunciamenti del Giudice di Lussemburgo fossero intimamente connesse al tema dell'accertamento sul merito degli accadimenti contestati, solo in un caso la Corte ha fatto uso del proprio precedente. Le questioni di cui si è dovuta occupare concernono, in particolare, l'efficacia preclusiva dell'assoluzione per insufficienza di prove³² e della declaratoria di prescrizione del reato³³. Entrambi i quesiti avrebbero potuto essere agevolmente risolti ricorrendo alla massima formulata nell'ambito del ricorso *Miraglia* e, dunque, verificando se la tipologia di decisioni in discussione presupponga un previo approfondimento dei fatti posti alla base

³¹ Che di vera e propria deroga si tratti non è un assunto condiviso da tutti. Si veda, ad esempio F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1956, p. 148 (spec. nota n. 114), secondo il quale il giudizio conseguente alla sopravvenienza della condizione di procedibilità ha ad oggetto circostanze diverse rispetto a quelle acclarate nel corso del primo accertamento: quest'ultimo, invero, si è limitato soltanto a statuire la mancanza di uno dei presupposti che giustificano l'instaurazione del rito; nulla è stato detto in ordine al fatto attribuito all'imputato, che rimane, perciò, materia vergine nel processo penale. In termini conformi cfr. F. CORBI, *op. cit.*, p. 90 s. Ritiene, invece, che quella contemplata dall'art. 345 c.p.p. sia una deroga al divieto di *bis in idem* G. DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 154 ss., il quale, in relazione all'analogia previsione contenuta nell'art. 17 c.p.p. 1930, osserva che «l'elemento identificatore delle fattispecie rimane pur sempre il fatto storico e non la condizione di procedibilità (fatto giuridico) sul quale è caduto l'accertamento negativo contenuto nella sentenza processuale» (p. 156). Secondo l'autore «Resta pertanto assodato che anche le sentenze processuali, all'infuori dell'ipotesi eccezionale prevista dall'art. 90 [ovvero l'art. 17], sono assistite dal *ne bis in idem* e che l'elemento identificatore delle fattispecie è rappresentato dal fatto storico, che è oggetto dell'imputazione» (p. 157). Della stessa opinione sono anche G. LOZZI, *op. ult. cit.*, p. 3 ss.; F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 77 ss.

³² Cfr. la sentenza 28 settembre 2006, *Van Straaten*, C-150/05, cit.

³³ Il tema è stato affrontato nella sentenza 28 settembre 2006, *Gasparini*, C-467/04, cit. Con la stessa pronuncia la Corte ha inoltre precisato che il principio del *ne bis in idem* non si può applicare a persone diverse rispetto a quelle nei cui confronti è stata emessa la decisione definitiva.

dell'ipotesi accusatoria o se, al contrario, implichi valutazioni di tipo differente. Ma, ancora una volta, a guidare l'opera interpretativa della Corte di Giustizia sono le consuete considerazioni in ordine alla libertà di circolazione della persona già giudicata e all'assenza di armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri. E così, scorrendo le motivazioni delle due decisioni in questione, ci si imbatte nel solito *refrain*: il divieto di *bis in idem* enucleato dall'art. 54 CAAS ha lo scopo di garantire al soggetto prosciolto o condannato con provvedimento irrevocabile il diritto di muoversi entro tutto il territorio dell'Unione, senza incorrere nel rischio di dover subire ulteriori procedimenti per lo stesso fatto³⁴. E poiché l'integrazione dell'*acquis* di Schengen non è stata subordinata ad alcuna forma di ravvicinamento delle normative sostanziali e processuali dei Paesi membri, non assumono alcun rilievo le fisiologiche differenze esistenti nei sistemi nazionali, quali, ad esempio, quelle concernenti i termini necessari a maturare la prescrizione del reato³⁵.

Solo in relazione al proscioglimento conseguente al dubbio probatorio la Corte fa uso del criterio formulato nell'ambito del ricorso *Miraglia*; tuttavia, l'osservazione secondo cui anche la pronuncia di una simile decisione presuppone una valutazione sul merito dei fatti contestati all'imputato è utilizzata quale argomento accessorio e di rilievo secondario rispetto all'esigenza di tutelare il legittimo affidamento della persona già giudicata³⁶. Al contrario, la sua portata appare dirimente: rilevare che l'attività istruttoria non ha consentito di fare chiarezza sull'accadimento addebitato all'imputato e che, pertanto, non è possibile né sancire la sua responsabilità a riguardo, né decretarne l'estraneità, implica un approfondimento dell'ipotesi accusatoria e, dunque, un'attività ulteriore rispetto a quella che si arresta al controllo dei presupposti del processo. Un simile accusato può senz'altro ritenersi *giudicato* per il fatto descritto nell'imputazione, anche se la sua assoluzione è determinata dall'applicazione di regole di giudizio peculiari.

Nessun accenno a questa problematica si ritrova, invece, nella pronuncia relativa all'efficacia preclusiva della declaratoria di prescrizione del reato. Preoccupata che le diverse politiche criminali alla base delle cause di estinzione dell'illecito penale si traducano in altrettanti ostacoli all'espansione degli effetti preclusivi della *res judicata*

³⁴ La necessità di garantire il diritto alla libera circolazione della persona già giudicata è esplicitata nei punti n. 58 della sentenza 28 settembre 2006, *Van Straaten*, C-150/05, cit. e n. 27 della sentenza 28 settembre 2006, *Gasparini*, C-467/04, cit.

³⁵ Così al punto n. 29 sentenza 28 settembre 2006, *Gasparini*, C-467/04, cit.

³⁶ L'argomento è, infatti, richiamato per ultimo, come una sorta di considerazione *ad abundantiam* rispetto a tesi principali, reputate di per sé sufficienti a sostenere la posizione assunta dalla Corte di Giustizia: cfr. la sentenza 28 settembre 2006, *Van Straaten*, C-150/05, cit., punto n. 60.

interna, la Corte di Lussemburgo pone l'accento sull'irrilevanza delle eventuali difformità tra le discipline domestiche che si occupano dell'istituto in esame³⁷. E poiché, di nuovo, è latente il rischio che una diversa valutazione del tempo necessario ad estinguere il reato induca la persona già processata a non abbandonare il territorio nazionale e sottoporsi, così, al pericolo di subire un'ulteriore iniziativa giurisdizionale, dichiarata la prescrizione dall'autorità del primo procedimento «Una tale persona deve dunque essere considerata come giudicata con sentenza definitiva» ai sensi dell'art. 54 CAAS³⁸.

Ancora una volta il Giudice europeo rinuncia agli argomenti tecnici a sua disposizione e si avvale esclusivamente di considerazioni che, al più, avrebbero potuto accompagnare e fare da cornice alla tesi principale. Eppure, la via corretta per affrontare la questione pregiudiziale era stata indicata dall'Avvocato generale.

Nelle conclusioni che hanno preceduto la decisione della Corte, si suggerisce di distinguere a seconda di quale sia l'approccio alla base della declaratoria di prescrizione da parte dell'autorità nazionale³⁹. In particolare, si dà atto dell'esistenza di due diversi modi di applicare la causa di estinzione del reato: ad una via definita «procedurale», che prescinde dall'accertamento del merito dell'accusa, è contrapposta un'alternativa «sostanziale» che, al contrario, subordina gli effetti del decorso del tempo ad un previo esame della responsabilità dell'imputato⁴⁰.

³⁷ Al rilievo che «in materia di termini di prescrizione non vi è stata un'armonizzazione delle legislazioni degli Stati contraenti» segue l'ovvia constatazione che «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»: cfr. il punto n. 29 sentenza 28 settembre 2006, *Gasparini*, C-467/04, cit.

³⁸ In questi termini cfr. il punto n. 28 della sentenza 28 settembre 2006, *Gasparini*, C-467/04, cit.

³⁹ Secondo F.B. MORELLI, *op. cit.*, p. 328 ss. la declaratoria di estinzione del reato prevista dal nostro codice di procedura penale, pur assumendo le forme del “non doversi procedere”, dissimula un giudizio sul merito dei fatti oggetto del processo. Invero egli osserva che «l'estinzione del reato presuppone, appunto, l'integrazione dell'illecito, il quale, però, perde effetti; quindi, una pronuncia di questo tenore si potrà adottare solo ove il processo abbia rivelato un fatto tipico, antiggiuridico, colpevole e punibile» (p. 339). Quando, per effetto dell'art. 129 c.p.p., la prescrizione debba essere dichiarata in una fase anticipata rispetto alla conclusione del dibattimento e, dunque, in un momento in cui potrebbe non essersi ancora affrontato il merito dell'accusa, «la via per guadagnare un repentino approdo alla decisione...è quella di ritenere sussistente il reato solo “in ipotesi”» (p. 334). Per un approfondimento di questa teoria cfr., oltre all'autore citato, F. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 93; O. DOMINIONI, *op. cit.*, p. 131 ss.; E. MARZADURI, *sub art. 531*, cit., p. 533. In generale, sulle tematiche connesse all'operatività dell'art. 129 c.p.p. cfr. L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁴⁰ Secondo l'Avvocato generale, in particolare, «Nel risolvere la prima delle questioni sottopostele, la Corte si trova dinanzi a una scelta radicale tra dichiarare che un termine di prescrizione (la cui applicazione, in linea di principio, non richiede alcun esame di merito dell'accusa a carico dell'imputato) è sufficiente a far scattare l'applicazione del principio ne bis in idem, e dichiarare che, affinché tale principio sia applicabile, è indispensabile che vi sia stato un esame del merito nel contesto del primo procedimento (e in tal caso, in quale misura).” (cfr. il paragrafo n. 85). L'Avvocato generale osserva, inoltre, come tutti gli Stati intervenuti nel procedimento (Spagna, Paesi Bassi, Polonia, Francia e Italia) ritengono preferibile applicare l'art. 54 CAAS solamente qualora il giudice del primo procedimento abbia indagato la responsabilità dell'accusato. Di diverso avviso è, invece, la Commissione, secondo la quale ricorrere all'approccio sostanziale potrebbe

Nell'ottica dell'Avvocato generale, questo secondo modo di intendere la prescrizione è quello maggiormente conforme al principio espresso dall'art. 54 CAAS. Tale affermazione è sorretta da diverse argomentazioni.

Anzitutto, l'accezione sostanziale della causa di estinzione del reato di cui si discute è considerata in linea con la *ratio* del *ne bis in idem*: in particolare, poiché il divieto di doppio processo assegna allo Stato un'unica possibilità di perseguire l'imputato, esaurita la quale la persona già giudicata ha il diritto di essere tutelata dal pericolo di nuove manifestazioni del potere punitivo, allora la garanzia ha ragione di esistere soltanto qualora l'accusato, nel corso del primo accertamento, sia stato effettivamente esposto al pericolo di applicazione di una sanzione; circostanza, quest'ultima, che si verifica solamente qualora il procedimento concluso si sia spinto sino ad esaminare il merito dei fatti contestati. Se, al contrario, esso si è arrestato alle fasi che precedono tale momento l'imputato non appare meritevole di una simile tutela, giacché il rischio di subire l'imposizione di una pena, nei suoi confronti, non si è mai concretizzato.⁴¹ In secondo luogo, l'approccio in esame realizzerebbe il miglior temperamento degli opposti valori implicati dal divieto di doppio processo: la libera circolazione delle persone deve, infatti, essere bilanciata con le altrettanto rilevanti esigenze di sicurezza della collettività e, dunque, con gli obiettivi di prevenzione e repressione delle attività criminose⁴². Legare la declaratoria di prescrizione del reato al previo esame del merito dell'accusa appare, inoltre, conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia: l'Avvocato generale ricorda, invero, come nelle decisioni assunte sino a quel momento dal Giudice dell'Unione «si è adottato, *di fatto*, un approccio sostanziale»⁴³.

Ulteriori fondamenti vengono ravvisati, da un lato, nelle pronunce in tema di *ne bis in idem* nel settore della concorrenza, ove a chiare lettere la Corte di Lussemburgo vincola

rilevarsi sconveniente a causa delle difficoltà che incontrerebbero le autorità procedenti per seconde nel verificare se la decisione definitiva presenti o meno un contenuto sostanziale. L'istituzione europea sembra, dunque, contraddire quanto precedentemente affermato nella Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo sul *Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, cit. L'argomento proposto, tuttavia, deve essere rigettato: l'interpretazione della norma non può certo essere influenzata dalle difficoltà pratiche derivanti dall'esigenza di confrontarsi con ordinamenti diversi da quello di appartenenza. Oltretutto, la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen fornisce un rimedio per far fronte a simili ostacoli: si tratta della già vista possibilità di richiedere informazioni di cui all'art. 57 CAAS. Le preoccupazioni della Commissione non hanno, quindi, ragione di esistere.

⁴¹ Così al paragrafo n. 96 delle conclusioni formulate nell'ambito della causa *Gasparini*.

⁴² Cfr. il paragrafo n. 97 delle conclusioni, cit.

⁴³ Il riferimento corre alle sentenze 11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügger*, C 187/01 e C-385/01, cit., e 10 marzo 2005, *Miraglia*, C-469/03, cit. (cfr. il paragrafo n. 97 delle conclusioni cit.).

l'effetto *de quo* alla valutazione del merito⁴⁴; dall'altro lato, nell'esigenza di porre un freno al fenomeno del c.d. *forum shopping*⁴⁵.

Nulla di tutto ciò accompagna la risposta del Giudice europeo alla questione pregiudiziale devolutagli: come visto, sono i soliti argomenti in tema di libera circolazione delle persone e assenza di armonizzazione delle legislazioni interne ad indurlo a concludere che la persona destinataria di una declaratoria di prescrizione del reato «deve dunque essere considerata come giudicata con sentenza definitiva» ai sensi dell'art. 54 CAAS⁴⁶.

Non è chiaro in quali rapporti si collochi simile asserzione rispetto a quegli arresti precedenti in cui, al contrario, viene introdotto il requisito dell'esame del merito della vicenda contestata. In particolare, sembrano prospettarsi tre diverse letture.

Le prime due sono accomunate dall'assunto di partenza: il carattere sostanziale della decisione potrebbe essere ritenuto un requisito generale del divieto di doppio processo europeo. Seguendo quest'impostazione si potrebbe allora sostenere che la pronuncia in discussione deve essere letta unitamente a quelle anteriori e, dunque, ritenere che la necessità di una valutazione estesa al merito sia presupposto implicito nel ragionamento della Corte; oppure l'opposto: la declaratoria di prescrizione eccettua alla regola altrimenti vigente; l'estinzione del reato vincola tutti i Paesi dell'Unione, a prescindere da qualsivoglia valutazione della responsabilità dell'imputato⁴⁷. Muovendo da una differente prospettiva, si potrebbe, invece, dubitare dell'esistenza di una simile condizione generale;

⁴⁴ Per un esame della giurisprudenza europea sul concetto di sentenza definitiva in materia di concorrenza cfr. B. VAN BOCKEL, *op. cit.*, p. 155 s. Secondo l'autore «The general rule which follows from the *PVC* judgment is that a mere annulment on procedural grounds by the Community courts of a Commission decision, without considering any of the *substantive* pleas raised by defendants does not constitute a *final* acquittal (*res iudicata*) for the application of the *ne bis in idem* principle. The answer to the question whether a judgment in a competition case should be regarded as a final decision in that case therefore *depends on the content of the judgment itself*. A judgement only precludes a second decision by the Commission if it is clear from the judgement that the ECJ has considered the substantive pleas, and has dealt with the case in a final manner» (così a p. 156). Per un commento alla decisione citata dall'autore (si tratta della sentenza 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij (LVM)/Commissione e altri*, cause riunite C-238/99-P, C-244-99-P, C-245/99-P, C-247/99-P, C-250/99-P, C-251/99-P, C-252/99-P, C-254/99-P) cfr. S. RIONDATO, *Il principio del "ne bis in idem" non opera quando la prima decisione è stata annullata per vizi di forma*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 124 s.

⁴⁵ Simile preoccupazione, manifestata al paragrafo n. 104 delle conclusioni *cit.*, non sembra dipendere dal problema affrontato dall'Avvocato generale e, dunque, dalla natura sostanziale o processuale della pronuncia che dichiara la prescrizione. Invero, anche qualora si optasse per la prima alternativa e si limitasse l'effetto *ne bis in idem* alle declaratorie di estinzione del reato precedute da un esame esteso al merito, il rischio della scelta del foro più conveniente permarrrebbe, giacché l'esito sarebbe comunque una pronuncia liberatoria. Il fenomeno di *forum shopping* potrebbe essere limitato solamente uniformando gli assetti nazionali in tema di prescrizione. Di questo avviso sono anche C. AMALFITANO, *op. ult. cit.*, p. 353; P.P. PAULESU, *op. cit.*, p. 355.

⁴⁶ La massima è espressa al punto n. 28 della sentenza 28 settembre 2006, *Gasparini*, C-467/04, *cit.*

⁴⁷ Non è chiaro, tuttavia, su quali basi la Corte potrebbe formulare eccezioni al principio generale che qui si ipotizza esistente, dal momento che l'art. 54 CAAS non fornisce appigli a riguardo. Ed infatti, nella sentenza 28 settembre 2006, *Gasparini*, C-467/04, *cit.* il Giudice dell'Unione argomenta la sua posizione esclusivamente ricorrendo al consueto bilanciamento tra le contrapposte esigenze di tutela della libertà di circolazione e repressione delle attività illecite.

con la conseguenza che la necessità di verificare se la sentenza definitiva presenta un contenuto sostanziale dovrebbe essere valutata volta per volta.

L'approccio *case by case* della Giudice europeo rende il compito più difficile: non è sempre agevole stabilire quando una statuizione abbia una vocazione generale o, viceversa, debba essere limitata strettamente ai fatti decisi. Tuttavia, non pare potersi condividere l'opinione di quanti ritengono che il principio formulato nell'ambito della causa *Miraglia* non sia una condizione sempre necessaria per il prodursi dell'effetto *ne bis in idem* nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁴⁸. Indipendentemente dalle affermazioni della Corte che, almeno in un caso, parrebbe dar ragione a tale orientamento⁴⁹, il dato dirimente è un altro, ovvero la formulazione dell'art. 54 CAAS. Lo si è visto qualche pagina indietro: la disposizione, questa volta in tutte le sue traduzioni, circostanza che consente di avvalorare il dato letterale, tutela la persona già *giudicata*. A meno di non ritenere che il termine debba essere inteso in un senso diverso da quello che promana dalla sua accezione giuridica, la conclusione può essere una soltanto: l'unica decisione contemplata dall'art. 54 CAAS è quella che include un contenuto sostanziale.

Simile presupposto, riscontrabile senz'altro nelle sentenze di condanna, potrebbe porsi in termini problematici in relazione ad alcuni esiti liberatori previsti dal nostro ordinamento. Il riferimento corre, in particolare, alla possibilità, accordata dall'art. 129 c.p.p., di dichiarare, tra le altre formule, l'estinzione del reato in ogni stato e grado del processo: qualora la causa estintiva si verificasse in una fase molto anticipata del dibattimento all'autorità procedente non rimarrebbe che interrompere il processo e dichiarare senza indugio il proscioglimento dell'accusato, anche quando l'effettiva esistenza degli accadimenti descritti nel capo d'imputazione, di cui si assume l'estinzione, non sia stata verificata. Come visto, la dottrina interna, allo scopo di superare l'*impasse*, ricorre all'espedito dell'accertamento in ipotesi: dal momento che «la logica vorrebbe che non

⁴⁸ Sostengono una simile conclusione, senza peraltro fornire adeguate motivazioni, M. WASMEIER, *The principle of ne bis in idem*, in *Rev. int. dr. pén.*, 2006., p. 126, secondo il quale «it would be too rash to conclude that the Court considered the determination of the merits of a case a *conditio sine qua non* for a barring effect» e K. LIGETI, *Rules on the Application of the ne bis in idem in the EU. Is a further legislative action required?*, in *Eucrim*, 2009, p. 40 che, analogamente, afferma «the ECJ did not made the examination of the merits of the case an absolute condition for the application of Art. 54 of the CISA». *Contra*, P.P. PAULESU, *op. cit.*, p. 354, che afferma: «Si può senz'altro ritenere ormai consolidata la tendenza a negare effetto preclusivo a decisioni fondate su ragioni squisitamente procedurali».

⁴⁹ Il dubbio potrebbe sorgere da un passaggio contenuto nella sentenza 28 settembre 2006, *Van Straaten*, C-150/05, in cui, al punto n. 60, la Corte di Giustizia dichiara: «Ora, senza che sia necessario pronunciarsi, nel procedimento in esame, sul problema se un'assoluzione non fondata su una valutazione del merito possa rientrare nell'ambito di applicazione di tale articolo, si deve costatare che un'assoluzione per insufficienza di prove si fonda su una siffatta valutazione». Il Giudice di Lussemburgo parrebbe, dunque, non considerare la massima formulata nella sentenza 10 marzo 2005, *Miraglia*, C-469/03, cit. un principio di portata generale.

si dichiarasse estinto ciò che si ignora se sia mai esistito»⁵⁰, si suggerisce di ancorare simile decisione ad una mera supposizione di sussistenza del reato e di tutte le altre condizioni a cui è subordinata la punibilità dell'imputato, onde poi dichiararne l'estinzione. Tuttavia, un giudizio di questo tenore non dice nulla in ordine alla responsabilità dell'accusato per il fatto contestatogli, che rimane un tema non vagliato dal processo⁵¹. In simili evenienze, dunque, il disposto dell'art. 54 CAAS non parrebbe rispettato.

Ma una tale conclusione porterebbe ad esiti inaccettabili, oltreché a notevoli difficoltà di ordine pratico. Si pensi, ad esempio, al caso in cui la pronuncia *ex art. 129 c.p.p.* intervenga in una fase del dibattimento in cui una parte dell'attività istruttoria è già stata compiuta: in una tale evenienza ci si dovrebbe spingere sino a verificare l'*an* e il *quantum* del vaglio operato con il primo giudizio, aprendo così la via a valutazioni ampiamente discrezionali. Senza contare che l'operatività della garanzia verrebbe di fatto condizionata da circostanze meramente casuali, come il momento in cui decorre il termine di prescrizione o il parlamento approva la legge che concede l'amnistia.

Allo scopo di superare il problema posto dal meccanismo contemplato dall'art. 129 c.p.p. si potrebbe, allora, adottare, nella materia *de qua*, una nozione ampia di "esame sul merito" e ritenerlo soddisfatto ogniqualvolta la decisione definitiva si sia, in un qualche misura, pronunciata sul reato contestato, anche solo per dichiararlo estinto⁵². La soluzione proposta appare l'unica in grado di evitare i risultati inaccettabili a cui, diversamente opinando, si approderebbe: un imputato prosciolto ai sensi dell'art. 129 c.p.p., invero, deve ritenersi senz'altro meritevole della garanzia accordatagli dall'art. 54 CAAS; né la funzione giurisdizionale può ritenersi esercitata in modo solo "apparente", come qualora si accerti la mancanza di una condizione di procedibilità.

La questione, nei termini ora prospettati, ovvero come debba essere inteso il requisito dell'esame sul merito dei fatti ai fini dell'applicabilità dell'art. 54 CAAS, non è ancora

⁵⁰ Testualmente F. CORDERO, *loc. ult. cit.*, secondo il quale, in simili casi «è sufficiente imporre al giudice di ragionare in ipotesi sull'imputazione; il risultato è una decisione *in jure* con cui si dichiara che, se anche il reato esistesse, il reo non potrebbe essere punito». Cfr. *supra*, nota n. 39 per ulteriori richiami bibliografici.

⁵¹ Osserva O. DOMINIONI, *op. cit.*, p. 134, in relazione all'art. 152 c.p.p. 1930, di tenore analogo all'art. 129 c.p.p., che «la nota peculiare è data dal fatto che il giudice perviene all'emissione della sentenza senza aver esaurito i temi e le indagini di prova». Analogamente F. CORDERO, *op. cit.*, p. 94 rileva come «Indubbiamente, ai fini della pronuncia in questione, non è richiesto un giudizio storico sull'oggetto dell'accusa: è sufficiente che l'esistenza del fatto appartenga all'ordine dei possibili, sicché (sotto tale profilo) la questione relativa all'estinzione della punibilità è preliminare a quella sull'esistenza del reato».

⁵² Non esita a considerare anche quello in ipotesi un accertamento sul merito F. CORDERO, voce *Merito*, *cit.*, p. 580: secondo l'autore, infatti, simile decisione «non implica necessariamente un giudizio storico in ordine al fatto od ai fatti costitutivi dell'accertamento»; egli, invero, osserva come si possa addivenire alla pronuncia in parola anche per altre vie: «a) il fatto, anche se esistesse, sarebbe giuridicamente irrilevante, sicché la consueta attività storiografica del giudice appare superflua; b) se, per ipotesi, il fatto si fosse verificato, è così si fosse instaurata una certa situazione giuridica, quest'ultima, a causa d'un successivo evento, sarebbe stata comunque travolta da una vicenda estintiva o eliminativa».

stata affrontata dalla Corte di Giustizia⁵³. La risposta che essa potrebbe fornire qualora venisse espressamente interrogata sull'aspetto in discussione pare, tuttavia, scontata. L'approccio sino ad oggi seguito dal Giudice di Lussemburgo sembra, infatti, orientato a conferire al principio del *ne bis in idem* la più ampia applicazione possibile. Come visto, anche quando la Corte ha introdotto il requisito della valutazione sul merito dell'accusa contestata, ad indurla ad una simile conclusione non sono stati gli argomenti giuridici a sua disposizione, ovvero il dato letterale desumibile dall'art. 54 CAAS: determinante, nel suo ragionamento, è il bilanciamento tra le opposte esigenze implicate dal divieto di doppio processo. E, considerata la tendenza del Giudice dell'Unione a garantire, nei termini più ampi possibili, la libera circolazione delle persone, pare plausibile concludere che, espressamente interrogato sul punto, non esiterebbe a ritenere pienamente compatibile con il principio del *ne bis in idem* europeo anche le pronunce che sottendono un accertamento effettuato solamente in ipotesi.

4. La compatibilità delle procedure transattive con il divieto di *bis in idem* europeo.

Le questioni concernenti gli aspetti contenutistici della sentenza irrevocabile non esauriscono la giurisprudenza europea sul presupposto della decisione definitiva. Ulteriori profili sono stati affrontati dal Giudice di Lussemburgo, che li ha risolti con maggior chiarezza rispetto a quanto si è potuto apprezzare nei paragrafi precedenti.

Un rilievo preminente, anzitutto, deve essere assegnato alle prime due domande pregiudiziali proposte in relazione all'art. 54 CAAS, con le quali si è sottoposto alla Corte dell'Unione il delicato tema della compatibilità delle procedure transattive con il principio del *ne bis in idem*⁵⁴.

La giustizia negoziata è una realtà comune ai diversi ordinamenti; tuttavia, le modalità attraverso le quali viene data attuazione a simili manifestazioni del potere punitivo possono variare di molto da un sistema all'altro⁵⁵ e dare vita a schemi procedurali

⁵³ A meno di non ritenere che la Corte di Giustizia abbia aderito implicitamente all'opzione interpretativa che qui si suggerisce nella sentenza sul caso *Gasparini*, là dove riconosce, senza effettuare distinzioni di sorta, la piena compatibilità della decisione che dichiara l'estinzione del reato con il principio di cui all'art. 54 CAAS.

⁵⁴ Si tratta della più volte citata sentenza 11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügge*, C 187/01 e C-385/01, cit. Per un commento alla pronuncia si vedano i contributi di E. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 1692 ss.; A. CIAMPI, *op. cit.*, p. 115 ss.; A. CALIGIURI, *L'applicazione del principio del ne bis in idem in diritto comunitario: a margine della sentenza Gozutok e Brugge*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 867 ss.; A. TCHORBADJIYSKA, *Joint cases C-187/01 and C-385/01 Gozutok and Brugge* (E.C.J. February 11, 2003) 2003 E.C.R. I-1345, in *Colum. J. Eur. L.*, 2003-2004, p. 549 ss.

⁵⁵ Per una panoramica dei diversi assetti nazionali cfr. F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, in AA. VV., *Procedure penali d'Europa*, cit., p. 624 ss. Una dettagliata ricostruzione delle forme negoziali conosciute dagli

potenzialmente in conflitto con i principi cardine che regolano il processo penale nei diversi Paesi dell'Unione. D'altro canto, si tratta di forme di esercizio della giurisdizione dotate di ampia diffusione, in ragione dei numerosi vantaggi ad esse connessi. Indagarne la compatibilità con il divieto di doppio processo diviene, allora, di primaria importanza, giacché, da un lato, una risposta negativa al quesito proposto alla Corte finirebbe per diminuirne sensibilmente l'appetibilità: l'inidoneità a produrre effetti preclusivi sull'agire altrui potrebbe indurre l'imputato a percorrere le vie ordinarie, così da scongiurare ulteriori iniziative a suo carico; senza contare che si rischierebbe di giungere all'esito paradossale per cui solamente gli autori dei reati più gravi, per i quali non è consentito ricorrere a tali forme semplificate dell'accertamento penale, godrebbero della tutela offerta dall'art. 54 CAAS⁵⁶. Dall'altro lato, la varietà di forme attraverso le quali si attuano simili modi alternativi di amministrare la giustizia suggerisce un approccio prudente.

Per comprendere a pieno i termini del problema è sufficiente volgere uno sguardo alle vicende che hanno dato origine ai due rinvii pregiudiziali. Alla base di entrambi i casi, riuniti dalla Corte di Giustizia in un'unica decisione, si colloca una procedura caratterizzata dall'assenza di alcuna forma di controllo da parte del giudice: un *iter* che coinvolge solo imputato e pubblico ministero e che si concretizza nel pagamento di una somma di denaro definita unilateralmente dal rappresentate dell'accusa. Il versamento della quota stabilita, in particolare, determina l'estinzione dell'azione penale.⁵⁷ Bastano queste poche battute per accorgersi di come una simile procedura differisca notevolmente dagli schemi noti al nostro ordinamento e dai principi costituzionali che regolano il processo. Tuttavia, come emerso più volte nel corso di quest'indagine, il quadro attuale non consente di pretendere una perfetta coincidenza tra il risultato dell'accertamento altrui e quello che sarebbe conseguito all'applicazione delle regole domestiche: l'armonizzazione delle legislazioni sostanziali e processuali è opera ad oggi incompiuta e surrogata da un elevato livello di fiducia nei reciproci sistemi di giustizia penale. Muovendo da simili considerazioni, il Giudice di Lussemburgo delinea, perciò, alcuni

ordinamenti che compongono l'Unione si ritrova anche nelle conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz Jarabo Colomer: cfr. i paragrafi nn. 64 ss.

⁵⁶ L'aspetto è stato evidenziato anche dalla Corte di Giustizia (punto n. 40) e dall'Avvocato generale (paragrafo n. 116). Simile osservazione è condivisa anche da A. CIAMPI, *op. cit.*, p. 118 e B. EMMERSON - A. ASHWORT - A. MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, Sweet & Maxwell, London, 2012, p. 550.

⁵⁷ Le due procedure negoziali ora descritte sono state instaurate a carico dei Sigg. Gözütok e Brügger, rispettivamente, ai sensi dell'art. 74, n. 1, del *Wetboek van Strafrecht* (codice penale olandese) e dell'art. 153 bis, in combinato disposto con l'art. 153, n. 1, seconda frase, della *Strafprozessordnung* (codice di procedura penale tedesco). Quest'ultima procedura rientra nel *genus* delle archiviazioni per motivi di opportunità previste dall'ordinamento tedesco: cfr., sul tema, T. RAFARACI, voce *Processo penale tedesco*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. 1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 841 s.; L.G. FANULLI, *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, p. 19 ss.

requisiti reputati imprescindibili, ma di per sé sufficienti, affinché le procedure transattive possano ritenersi idonee a produrre il divieto di cui all'art. 54 CAAS⁵⁸.

In particolare, l'efficacia preclusiva è subordinata ad un triplice ordine di condizioni. Anzitutto, quanto al profilo soggettivo, la Corte dell'Unione non considera un presupposto irrinunciabile l'intervento del giudice: è sufficiente, invero, che la decisione conclusiva sia emessa da un'«autorità incaricata di amministrare la giustizia penale nell'ordinamento giuridico interessato»⁵⁹. Anche il rappresentante dell'accusa, dunque, qualora il suo sistema di appartenenza lo consenta, può essere autorizzato ad adottare in autonomia decisioni conclusive dell'accertamento penale, capaci di produrre il divieto di *bis in idem* in tutto il territorio dell'Unione. Né un simile effetto può essere subordinato alla condizione che l'ordinamento intenzionato a procedere per lo stesso fatto contempli procedure che, ugualmente, non richiedono l'intervento dell'organo giudicante: l'obiezione non viene considerata degna di accoglimento; le ragioni, a questo punto della ricerca, sono facilmente intuibili: è la solita reciproca fiducia negli altrui sistemi di giustizia penale ad ostare all'introduzione di condizioni di questo tipo⁶⁰.

Tale aspetto è condiviso anche dall'Avvocato generale che, nelle sue conclusioni, pone l'accento sulla circostanza che nelle transazioni la punizione della condotta criminosa promana ugualmente dallo Stato e, dunque, da un soggetto – non importa se giudice o pubblico ministero – posto in una posizione di preminenza rispetto all'accusato⁶¹: non rileva, perciò, la qualifica rivestita, ma la sua riconducibilità all'amministrazione della

⁵⁸ Formula osservazioni critiche su simile modo di procedere A. CIAMPI, *op. cit.*, p. 116, secondo la quale «la scelta, da parte della Corte, fra più interpretazioni possibili, di quella che consente di (o tende a) “massimizzare” gli effetti del principio del *ne bis in idem* è solo apparentemente consequenziale all'affermazione della necessità di una interpretazione conforme a tale scopo. In realtà essa rimane...priva di argomentazione».

⁵⁹ Si veda il paragrafo n. 28 della sentenza 11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügger*, C 187/01 e C-385/01, cit. E. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 1694, osserva come un simile modo di procedere coincida con quello ordinario sotto il profilo sia soggettivo, poiché vi è comunque «[l']intervento di un rappresentante dello Stato (cui compete in via esclusiva l'esercizio di tale attributo della sovranità)», sia oggettivo «posto che la transazione in materia penale costituisce modalità di amministrazione della giustizia».

⁶⁰ Così al punto n. 34 della sentenza in commento.

⁶¹ Si veda, a tal riguardo, il paragrafo n. 83 delle conclusioni *cit.* Nelle argomentazioni a seguire l'Avvocato generale insiste più volte sulla natura non contrattuale della transazione (così, ad esempio, al paragrafo n. 85, ove afferma che «Attraverso questa forma di composizione della lite non si dà luogo ad una contrattazione tra il pubblico ministero e il trasgressore, avente ad oggetto la determinazione della pena»), evidenziando che il potere di formulare la proposta appartiene esclusivamente al rappresentante dell'accusa: l'imputato può solo accettarla o respingerla (nell'effettuare la sua scelta è, però, assolutamente libero: cfr. il paragrafo n. 95). Tuttavia, quest'ultima constatazione sembra contraddire le premesse da cui muove: è evidente che, se serve un consenso dell'imputato, di accordo si tratta. Probabilmente, ciò che si intende sostenere è che la procedura *de quo* non implica una fase di contrattazione sul *quantum*: l'entità della somma al cui pagamento è subordinata l'estinzione dell'azione penale viene definita dal pubblico ministero in autonomia. Tuttavia, ciò non priva la transazione della natura contrattuale: sebbene manchi una fase di negoziazione della pena, essa si fonda pur sempre su di un accordo. Senza il consenso dell'imputato, al rappresentante dell'accusa non rimane che procedere per le vie ordinarie.

giustizia, anche se lo *ius puniendi* viene concretizzato senza l'apertura di «un procedimento giudiziario in senso stretto»⁶².

In secondo luogo, le procedure transattive possono porsi quali impedimenti alle altrui iniziative *de eadem re et persona* solamente a patto di «colpi[re] il comportamento illecito contestato all'imputato». Da tale precisazione, in particolare, paiono potersi far discendere due corollari.

Anzitutto, come argomentato qualche pagina indietro, anche le tipologie di schemi decisori in esame devono caratterizzarsi per un contenuto di tipo sostanziale e, dunque, per l'accertamento della responsabilità dell'imputato in ordine ai fatti che gli vengono attribuiti⁶³. La Corte, tuttavia, si discosta da quanto richiesto dall'Avvocato generale: in più passaggi delle sue conclusioni, invero, si evidenzia come la transazione penale implichi un'ammissione di responsabilità da parte dell'accusato, in forma sia esplicita, sia implicita o di fatto⁶⁴. Il riconoscimento della colpevolezza è elemento fondamentale nel suo ragionamento; in particolare, la preminenza che un simile argomento riveste nell'architettura complessiva della posizione da egli assunta si coglie con limpidezza in un passaggio assai rilevante: poiché l'imputato, apertamente o in altro modo, accetta la ricostruzione dei fatti operata nel capo d'accusa, «la successiva ratifica [della transazione] da parte dell'organo giurisdizionale riveste un carattere puramente formale», tanto da «convertirsi in un vuoto formalismo»⁶⁵.

Il Giudice dell'Unione non arriva a tanto, né specifica a chiare lettere se vi sia o meno l'esigenza di un'ammissione di colpevolezza da parte dell'imputato; tuttavia, la formula utilizzata non lascia spazio a dubbi: come visto nelle pagine precedenti, la procedura transattiva può legittimamente colpire il comportamento illecito addebitato all'accusato solamente se l'adempimento degli obblighi determinati dal pubblico ministero è preceduto da un vaglio sul merito dei fatti. Circa il modo in cui tale controllo si deve esplicare, la Corte non pone vincoli di sorta: pertanto, l'ammissione di responsabilità non è un presupposto indispensabile ove l'architettura del rito contempra altre vie per accertare la sussistenza di colpevolezza in capo al destinatario dell'addebito⁶⁶.

⁶² Cfr. il paragrafo n. 85 delle conclusioni, cit.

⁶³ Il rinvio si intende riferito alle considerazioni svolte nel paragrafo precedente.

⁶⁴ Cfr. i paragrafi nn. 90 («l'imputato che patteggia e accetta le condizioni impostegli dal pubblico ministero viene condannato per i fatti in relazione ai quali, dato che ha accettato la sanzione, ha ammesso la propria colpevolezza»), 91 («Per mezzo della transazione, quindi, lo Stato esercita l'azione penale nei confronti di un individuo che, di fatto, ammette la sua colpevolezza»). L'aspetto è ulteriormente ribadito ai paragrafi nn. 99, 112 e 134 delle conclusioni, cit.

⁶⁵ Si tratta del paragrafo n. 99 delle conclusioni, cit.

⁶⁶ Per quanto riguarda il patteggiamento previsto dagli artt. 444 ss. c.p.p. si ritiene, in questa sede, di aderire a quella parte della dottrina che, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata del rito, reputa

Il secondo corollario che discende dall'espressione utilizzata dal Giudice di Lussemburgo attiene agli obblighi a cui il pubblico ministero subordina la chiusura del procedimento: poiché, come visto, la finalità della transazione è quella di *colpire* la condotta criminosa contestata nell'accusa, gli adempimenti imposti all'imputato devono avere carattere intrinsecamente sanzionatorio; anche se, la componente retributiva della pena può manifestarsi con modalità differenti rispetto a quelle stabilite nella norma incriminatrice⁶⁷. Infine, l'ultima caratteristica che le procedure transattive devono presentare per poter ostare ad ulteriori iniziative sullo stesso fatto attiene al carattere della definitività: al pari dei provvedimenti che concludono l'iter processuale ordinario, anche da tali forme semplificate dell'accertamento devono conseguire effetti estintivi sulle pretese punitive del Paese che si è pronunciato⁶⁸. Quanto all'estensione di simile efficacia, la Corte non ha ritenuto rilevanti le obiezioni sollevate dal governo belga. In particolare, si richiedeva che tra le condizioni a cui subordinare le procedure *de quibus* fosse inclusa anche la tutela dei diritti della vittima e, dunque, la salvezza di eventuali azioni civili volte a rifondere la persona danneggiata dal reato. Correttamente il Giudice dell'Unione separa i due piani in rilievo: il principio del *ne bis in idem* opera esclusivamente nel settore penale ed ha quale destinatario il soggetto pubblico; nessun *vulnus* deriva, dalla sua vigenza, alla posizione di chi ha subito un pregiudizio risarcibile: la materia, invero, esorbita dall'ambito di applicazione dell'art. 54 CAAS. La disposizione si limita ad attribuire al giudicato, sul piano europeo, un unico e ben preciso effetto di carattere negativo, consistente nella creazione di una preclusione alla possibilità di instaurare ulteriori giudizi *de eadem re* a carico della stessa persona. Al contrario, le eventuali restrizioni al diritto delle vittime di

imprescindibile un accertamento della responsabilità dell'imputato: cfr., per tutti, G. LOZZI, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1600 ss., secondo il quale l'art. 27/2 Cost. «sta a significare che deve sempre provarsi la responsabilità dell'imputato mentre l'innocenza va dichiarata anche in mancanza di prove. Ciò comporta che un *minimum* di prove di responsabilità idonee a costituire un accertamento sufficiente a giustificare una condanna è imposto dalla presunzione di innocenza e che una normativa, la quale consenta una condanna senza accertamento di responsabilità, contrasta con l'art. 27, co. 2° Cost.» (p. 1601) ed E. MARZADURI, *Brevi considerazioni sui poteri del giudice nell'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 729 ss. *Contra* R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Aa. Vv.*, *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso - V. Grevi - M. Bargis, Cedam, Padova, 2012, p. 685 ss., secondo il quale «l'insufficienza o contraddittorietà di prove non sarebbero di ostacolo a una applicazione della pena su richiesta delle parti, poiché il giudice - in sede di patteggiamento - sarebbe tenuto a prosciogliere solo se risultasse provata una delle cause indicate nell'art. 129 comma 1°, o al più, se in atti non vi fosse prova alcuna di colpevolezza».

⁶⁷ Come, ad esempio, qualora in luogo della pena detentiva venga disposto il pagamento di una sanzione pecuniaria.

⁶⁸ Tale aspetto è ripetuto più volte nel corso della decisione: la Corte, invero, nel riferirsi al procedimento transattivo utilizza la locuzione «procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali».

ottenere la ristorazione del danno subito fanno parte delle conseguenze che ciascun ordinamento riconnette alla transazione penale al suo interno.

Anche con riguardo a tale aspetto la Corte di Lussemburgo si discosta dalle conclusioni dell'Avvocato generale che, al contrario, nonostante rilevi l'ovvietà di una simile precisazione⁶⁹, conclude la propria analisi includendo tra le condizioni che devono necessariamente connotare una transazione penale anche la circostanza che essa «non pregiudichi l'eventuale diritto della vittima e degli altri danneggiati, eventuali titolari di azioni civili». Non è chiaro, tuttavia, quale argomento potrebbe utilizzare per negare effetti preclusivi ad una procedura negoziale che si discostasse da tale indicazione, atteso che, come visto, gli aspetti concernenti il risarcimento del pregiudizio civilistico derivante dal reato appartengono ad un ambito che esula dalla portata applicativa dell'art. 54 CAAS; a meno di non ritenere che in quel, più volte citato, *colpire* il comportamento illecito dell'imputato si debba tener conto anche dell'eventuale interesse della persona offesa dal reato. Ma una simile affermazione parrebbe provare troppo. Ed infatti, sia la Corte, sia l'Avvocato generale, tengono ben distinti gli aspetti sanzionatori della transazione dalle questioni civilistiche connesse all'illecito accertato, occupandosene separatamente. Tale modo di procedere appare corretto: l'art. 54 CAAS attiene esclusivamente ai rapporti tra lo Stato e la persona già giudicata; assegnargli anche la tutela del soggetto civilmente danneggiato significherebbe attribuirgli un compito che non gli appartiene.

5. Alcuni chiarimenti sul presupposto della condizione dell'esecuzione.

L'ultima area tematica affrontata dalla giurisprudenza europea è quella relativa alla condizione dell'esecuzione. Allo scopo di evitare usi distorti del principio *ne bis in idem*, tale clausola, come visto, subordina l'efficacia preclusiva della sentenza di condanna all'accertamento dell'avvenuta espiazione della pena o ad altre circostanze reputate equivalenti: segnatamente, si tratta dei casi in cui la sanzione è in corso di esecuzione e di quelli in cui essa, alla stregua delle regole domestiche dello Stato che l'ha comminata, non

⁶⁹ Correttamente, al paragrafo n. 105 delle conclusioni, cit., egli osserva come «Tale affermazione risulta in realtà superflua in quanto ovvia, poiché la detta norma convenzionale si riferisce puramente al procedimento penale».

possa più essere eseguita⁷⁰. Le questioni sollevate a riguardo non pongono particolari problemi, così come le risposte fornite dal Giudice dell'Unione⁷¹.

Il primo dei due ricorsi proposti sull'argomento ha devoluto alla Corte di Giustizia due domande pregiudiziali⁷²; in particolare, da un lato, le si è chiesto di pronunciarsi sulla compatibilità, con la clausola in parola, della sospensione condizionale della pena e del c.d. presofferto, ovvero dei periodi di privazione della libertà personale patiti dall'imputato durante la pendenza del procedimento; dall'altro lato, il giudice *a quo* si interroga sulla possibilità di conferire rilevanza, allo scopo di soddisfare il requisito dell'esecuzione, alla possibilità, per lo Stato della condanna, di emettere un mandato d'arresto europeo. La Corte risponde agevolmente ad entrambe le questioni.

Quanto alla prima, il Giudice dell'Unione, anzitutto, scinde le due problematiche e le affronta separatamente. Procedendo con ordine, l'aspetto da cui parte è quello concernente la sospensione condizionale della pena e, dunque, la possibilità di considerare sanzione «eseguita» o «in corso di esecuzione attualmente» anche quella sottoposta ad un simile beneficio. La conclusione è pressoché scontata: l'istituto in esame è senz'altro compatibile con la *ratio* e i presupposti a cui l'art. 54 CAAS subordina l'efficacia preclusiva del giudicato di condanna; in particolare, già durante il periodo di sospensione la persona destinataria del provvedimento definitivo potrà godere della tutela offerta dalla norma: non vi è alcun dubbio, invero, che l'esecuzione a cui si riferisce la lettera dell'art. 54 CAAS non sia solo quella classica, consistente, a seconda dei casi, nella privazione della libertà personale o nel pagamento di una somma di denaro. Oltretutto, come evidenzia l'Avvocato generale, la concessione del beneficio in esame non è priva di carattere sanzionatorio; solitamente, invero, essa è subordinata al rispetto di alcune obbligazioni da parte del condannato: l'eventuale trasgressione comporta la revoca e la conseguente necessità di dar luogo all'esecuzione "ordinaria"⁷³.

A diverse conclusioni conduce la soluzione del secondo problema implicato dalla domanda pregiudiziale, ovvero quale rilevanza debba essere attribuita ai periodi di

⁷⁰ Il requisito della c.d. condizione dell'esecuzione è stato approfondito *supra*, capitolo II, paragrafi nn. 4 e 7.

⁷¹ Secondo B. VAN BOCKEL, *op. cit.*, 170 «The ECJ therefore interprets the enforcement condition very generously, so as to include out-of-court settlements, and suspended sentences, in keeping with the principle of mutual recognition between the Member States, and Article 54 CISA's aim of promoting free movement». Correttamente l'autore ricorda come nel novero delle pronunce sulla condizione dell'esecuzione debba inserirsi anche la sentenza 11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügger*, C 187/01 e C-385/01, cit., dalla quale si apprende che a seguito del pagamento della somma definita con transazione «la pena collegata alla procedura di estinzione dell'azione penale dev'essere considerata "eseguita"» (cfr. il punto n. 30).

⁷² Si tratta della sentenza 18 luglio 2007, *Kretzinger*, C-288/05, cit.; il ricorso conteneva anche una terza domanda pregiudiziale, relativa alla definizione di *idem factum*: cfr. *supra*, capitolo III, paragrafo n. 6.

⁷³ Così al paragrafo n. 46 delle conclusioni, cit.

privazione della libertà personale che, a titolo di custodia cautelare o arresto, sono stati patiti dalla persona condannata. Il dubbio sorge dalla constatazione che solitamente le legislazioni nazionali, in forza del c.d. principio di compensazione, tengono in considerazione simili misure restrittive, detraendone la durata dalla pena complessiva⁷⁴: il giudice del rinvio si chiede, perciò, se, in tali casi, la sanzione comminata ad esito del procedimento concluso con sentenza irrevocabile possa ritenersi già «eseguita» o «in corso di esecuzione attualmente». Nel caso di specie si trattava di un breve periodo di limitazione della libertà personale.

A differenza della Corte di Giustizia, l'Avvocato generale profonde un notevole impegno nel diversificare le varie situazioni prospettabili. In particolare, le conclusioni distinguono a seconda che il periodo di presofferto sia almeno pari oppure inferiore al *quantum* di pena comminato. Nella prima ipotesi, a seguito dello scomputo dei periodi di arresto o di custodia cautelare patiti dall'imputato l'esecuzione non ha luogo: sebbene le due ipotesi di privazione della libertà personale rispondano a finalità differenti, esigenze di giustizia inducono a detrarre quanto già sofferto dalla pena complessiva, che viene, dunque, considerata come interamente scontata. Ne consegue, per l'Avvocato generale, che simili ipotesi rientrano senz'altro nell'ambito di applicazione dell'art. 54 CAAS; e ciò anche qualora, secondo un'evenienza definita puramente teorica, lo Stato della condanna non contemplasse il principio di compensazione. In tal caso, invero, soccorrerebbero le garanzie europee: le conclusioni, infatti, non esitano a considerarlo anche un effetto dell'allora diritto comunitario. In particolare, l'Avvocato generale ricorda che la necessità di scomputare dal *quantum* di pena definito nel dispositivo divenuto irrevocabile i periodi trascorsi in stato di custodia cautelare o arresto è una conseguenza imposta dalla vigenza del principio di proporzionalità del diritto penale: riferito alla sanzione, esso impone che la punizione conseguente all'accertamento della responsabilità sia congrua rispetto alla

⁷⁴ Anche il nostro ordinamento conosce il principio richiamato dall'Avvocato generale. L'art. 657 c.p.p. assegna al pubblico ministero il compito di determinare, nell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656 c.p.p., la pena da eseguire. Nel compimento di simile operazione, la norma prescrive di detrarre dal *quantum* definito nel dispositivo irrevocabile i periodi di custodia cautelare subita per lo stesso o per altro reato, ancorchè in corso, quelli relativi all'applicazione provvisoria di misure di sicurezza, nonchè le eventuali restrizioni della libertà personale subite per l'espiazione di una pena c.d. senza titolo (il riferimento corre ai casi di revoca della sentenza di condanna, o di successiva concessione di provvedimenti clemenziali, quali l'amnistia o l'indulto). Sebbene non sia espressamente previsto dall'art. 657 c.p.p., la giurisprudenza ha esteso l'applicazione del principio di fungibilità anche ai giorni di detenzione in conseguenza dell'applicazione di una misura precautelare, ancorchè non convalidata: cfr., ad esempio, Cass., Sez. I, 9 giugno 1998, Stegani, in *C.E.D.* Cass. n. 211021; Cass., Sez. I, 05 maggio 1992, Di Grazia, in *C.E.D.* Cass. n. 190861. Per un approfondimento cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 176 ss.

gravità del fatto commesso⁷⁵. In quest'ottica, non attribuire alcuna rilevanza alle limitazioni della libertà personale sofferte durante la pendenza del procedimento comporterebbe, quale sua conseguenza, una mancanza di corrispondenza tra i due parametri indicati, giacché alla pena disposta con la sentenza dovrebbero aggiungersi le ulteriori restrizioni che, seppur subite per finalità differenti, conseguono comunque ad un medesimo fatto di reato⁷⁶.

Qualora, invece, i periodi di limitazione della libertà personale subiti durante la pendenza del procedimento fossero inferiori alla durata della sanzione comminata, si rende necessario, secondo l'Avvocato generale, distinguere a seconda che il reo, nel momento in cui la pronuncia diviene irrevocabile, sia o meno *in vinculis*: nella prima ipotesi, la pena dovrebbe considerarsi «in corso di esecuzione attualmente», giacché il condannato permane in uno stato di limitazione della propria libertà personale; semplicemente, si assiste ad una conversione del titolo che la giustifica: non più custodia cautelare, ma sanzione vera e propria. Nella seconda ipotesi, invece, la condizione dell'esecuzione non può ritenersi soddisfatta: dovrà, pertanto, essere instaurata la fase esecutiva affinché l'efficacia preclusiva del giudicato possa varcare i confini nazionali.

Nulla di tutto ciò accompagna la decisione della Corte di Giustizia: in modo piuttosto superficiale essa si limita ad alcune considerazioni sulle diverse finalità a cui assolvono da

⁷⁵ C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Libsona*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, f. 1, p. 111 ss., dà conto dell'esistenza di due modi di intendere il principio di proporzione: il primo «marcatamente utilitaristico, nato e sviluppatosi come principio non scritto, frutto di una luminosa opera della Corte di Giustizia» impone di «valutare il rispetto della proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli scopi perseguiti» (principio che l'autore definisce di proporzionalità materiale: cfr. p. 11). Il secondo, invece, deriva dall'art. 49, comma 3 CDFUE, a mente del quale «L'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato»: l'autore lo qualifica come proporzionalità formale (p. 112). Circa la direzione della sproporzione in parola A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 25 s ricorda che «i giudici di Lussemburgo, nella loro attività di controllo delle misure punitive adottate dal legislatore nazionale, mirano ad evitare (ed eventualmente a "condannare") la previsione e/o l'applicazione non solo di sanzioni inadeguate per difetto, ma anche di sanzioni eccessivamente severe». Cfr. sul tema anche A.M. MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta dei diritti fondamentali*, in Aa. Vv., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso - R. Sicurella, Giuffrè, Milano, 2007, p. 153 ss.

⁷⁶ Al paragrafo n. 65 delle conclusioni, cit. si legge che «il principio di compensazione discende da esigenze di equità e dall'applicazione del principio di proporzionalità nel diritto penale e che, pertanto, esso riveste lo status di principio generale del diritto comunitario. Ne consegue che, quand'anche il diritto nazionale non contemplasse alcun principio di compensazione, il diritto comunitario imporrebbe agli Stati membri di considerare soddisfatta la condizione dell'esecuzione di cui all'art. 54 della CAAS nel caso in cui un imputato condannato sia stato posto in stato di custodia cautelare in uno Stato membro per un periodo pari o superiore alla durata della pena detentiva inflittagli in un altro Stato membro per gli stessi fatti». Uno specifico punto di emersione del principio di proporzionalità applicato alla materia del presofferto cautelare si ritrova nella disciplina del mandato d'arresto europeo: l'art. 26, comma 1 della decisione quadro 2002/584/GAI impone allo Stato membro di emissione di dedurre, dalla pena o dalla misura di sicurezza detentive da esso comminate, i periodi di custodia cautelare patiti nel Paese di esecuzione, in adempimento ad una richiesta di consegna. Per un commento alla previsione normativa, cfr. M. CAIANIELLO, *La custodia cautelare all'estero*, in Aa. Vv., *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. Bargis - E. Selvaggi, Giappichelli, Torino, 2005, p. 203 ss.; C. CUOCO, *Disciplina della procedura attiva di consegna*, in Aa. Vv., *Il mandato d'arresto europeo*, a cura di A. Scalfati - G. Pansini, Jovene, Napoli, 2005, p. 214 ss.

un lato la condizione dell'esecuzione, dall'altro lato le limitazioni della libertà personale contemplate dal processo penale, per argomentare che l'esistenza di periodi di presofferto non vale ad integrare la clausola posta dall'art. 54 CAAS⁷⁷. Ancora una volta, la decisione risente eccessivamente della vicenda concreta che vi ha dato origine: in quell'occasione, infatti, si trattava di un breve periodo di custodia cautelare, inidoneo a compensare per intero la pena disposta all'esito dell'accertamento. Tuttavia, pare fuor di dubbio che, nel verificare la sussistenza di tutti i presupposti del divieto di doppio processo europeo, il ragionamento corretto sia quello proposto dall'Avvocato generale: se le restrizioni patite durante la pendenza del procedimento equivalgono alla durata della sanzione comminata la pena può senz'altro considerarsi come già eseguita; analogamente, la conversione della custodia cautelare in detenzione vera e propria dà il via alla fase esecutiva: la condizione di cui all'art. 54 CAAS è, dunque, pienamente soddisfatta.

L'ultima questione affrontata nella decisione in esame è il frutto di un intreccio tra divieto di *bis in idem* e mandato d'arresto europeo: in particolare, la Corte è stata chiamata a decidere se la semplice possibilità di emettere una simile richiesta di cooperazione giudiziaria in ordine al fatto oggetto della pronuncia irrevocabile possa incidere sull'interpretazione della nozione di «esecuzione» contenuta nell'art. 54 CAAS. Facendo proprie, questa volta, le osservazioni formulate dall'Avvocato generale, il Giudice dell'Unione dichiara l'estraneità, all'esegesi della norma in parola, della possibilità di richiedere la consegna del condannato⁷⁸. Invero, da un lato, la competenza ad emettere un mandato d'arresto europeo in vista dell'esecuzione della pena di per sé testimonia che quest'ultima non è ancora stata eseguita, né è in corso di espiazione; di conseguenza le condizioni dell'art. 54 CAAS non possono ritenersi soddisfatte. In secondo luogo, le influenze interpretative tra i due testi normativi in questione si esplicano in un'unica direzione: è la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen ad incidere sull'esegesi della decisione quadro, dal momento che, come visto, quest'ultima la

⁷⁷ La Corte di Giustizia richiama e fa proprio un passaggio delle argomentazioni proposte dall'Avvocato generale (paragrafo n. 59 delle conclusioni, cit.). In particolare, nell'escludere che l'esistenza di periodi di presofferto possa soddisfare la condizione dell'esecuzione, un valore dirimente è assegnato alla formulazione letterale dell'art. 54 CAAS: poichè il principio del *ne bis in idem* trova applicazione nei confronti della persona «giudicata con sentenza definitiva», quanto accade prima di tale momento rimane privo di rilevanza. Come visto, tuttavia, nel prosieguo delle sue conclusioni l'Avvocato generale supera simile osservazione; al contrario, la Corte dell'Unione vi attribuisce grande rilevanza.

⁷⁸ La massima è espressa nella sentenza 18 luglio 2007, *Kretzinger*, C-288/05, cit., punto n. 64; in termini analoghi cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale, paragrafi nn. 84 ss.

richiama, là dove vieta la consegna nei casi in cui l'adempimento potrebbe causare una violazione del principio del *ne bis in idem* (così all'art. 3, n. 2 d.q. 2005/584/GAI)⁷⁹.

La domanda pregiudiziale ora discussa conteneva una sotto-questione che la Corte di Giustizia non ha affrontato a causa della risposta negativa seguita al quesito principale. Le si chiedeva, in particolare, se, viste le condizioni che l'art. 5, n. 1 d.q. 2005/584/GAI pone alla possibilità di dar seguito ad un mandato d'arresto europeo relativo ad una sentenza pronunciata in contumacia, la circostanza che il giudizio si sia svolto *in absentia* possa incidere in una qualche misura nell'interpretazione dell'art. 54 CAAS; dunque, se simili sentenze producano ugualmente l'effetto *ne bis in idem*.

Per le ragioni anzidette, il Giudice dell'Unione non fornisce una risposta, anche se, nel motivare il perché non sia necessario procedere all'esame di tale ulteriore questione, esso fa trasparire il proprio convincimento circa la compatibilità delle decisioni contumaciali con il divieto di doppio processo europeo⁸⁰.

Il tema è stato affrontato apertamente in un ricorso successivo⁸¹. La domanda pregiudiziale di cui è stata investita la Corte di Giustizia concerneva, nuovamente, la condizione dell'esecuzione: il giudice *a quo* si chiedeva se fosse compatibile con la lettera dell'art. 54 CAAS l'ipotesi in cui, a causa delle peculiarità dello Stato della condanna, la pena comminata non avesse mai potuto essere eseguita. La norma che, in quell'occasione, aveva condotto ad una simile *impasse* è l'art. 121 del *Code de justice militaire pour l'armée de terre français*: esso dispone la rinnovazione del procedimento qualora la persona condannata in contumacia ricompaia prima che sia maturato il termine di prescrizione della pena. Di conseguenza, non è mai possibile dar seguito al comando contenuto nel dispositivo divenuto irrevocabile: se il condannato si palesa prima che il decorso del tempo abbia estinto la sanzione, dovrà essere ricelebrato il giudizio; in tal caso, qualora anche il secondo processo si concluda con l'accertamento della responsabilità

⁷⁹ Tale aspetto, già anticipato nella decisione in commento, verrà affrontato apertamente in una pronuncia successiva: cfr. la sentenza 16 novembre 2010, *Mantello*, C-261/09, cit., approfondita *supra*, capitolo III, paragrafo n. 4. L'Avvocato generale osserva, inoltre, come vi sia un ulteriore argomento suscettibile di impedire una lettura dell'art. 54 CAAS alla luce delle disposizioni della decisione quadro 2005/584/GAI: manca, invero, una perfetta coincidenza tra le parti aderenti alla Convenzione di Schengen, tra le quali figurano anche alcuni Stati terzi, e quelle vincolate dalla normativa sul mandato d'arresto europeo. In un simile contesto, allora, non sembra percorribile la via suggerita nella domanda pregiudiziale, giacché «ne conseguirebbe una mancanza di certezza del diritto» (cfr. il paragrafo n. 90 delle conclusioni, cit., richiamato dalla Corte di Giustizia al punto n. 62 della sentenza in esame).

⁸⁰ Al paragrafo n. 66 della decisione in esame si legge, invero, che «il fatto che la sentenza fatta valere a sostegno di un eventuale mandato di arresto europeo sia stata emessa in contumacia non è tale da inficiare» le conclusioni raggiunte.

⁸¹ Si tratta della sentenza 11 dicembre 2008, *Bourquain*, C-297/07, cit. Per un commento alla decisione cfr. M. CASTELLANETA, *Interpretazione estensiva nell'area Schengen delle garanzie da osservare nel processo penale*, in *Guida dir.*, 2009, f. 2, p. 104 ss.; A. MANGIARACINA, *Sentenze contumaciali e cooperazione giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 125 ss.

dell'imputato sarà comminata una nuova pena, perfettamente eseguibile. Se, al contrario, egli non ricompare in epoca precedente al verificarsi della prescrizione, le pretese punitive concretizzatesi nell'unica condanna sono destinate a rimanere insoddisfatte⁸².

Prima di affrontare la questione, la Corte di Giustizia si sofferma sulla compatibilità con la lettera dell'art. 54 CAAS delle decisioni rese *in absentia*. Si osserva, in particolare, come la formulazione della norma in parola non subordini il divieto di doppio processo alla celebrazione del giudizio in presenza dell'imputato; ne consegue, secondo il Giudice dell'Unione, che anche le decisioni emesse in contumacia sono idonee a precludere le ulteriori iniziative sullo stesso fatto⁸³. I diversi regimi nazionali sul tema della partecipazione dell'accusato al suo processo non sono di ostacolo ad una simile conclusione: ancora una volta, la reciproca fiducia sopperisce alla mancanza di armonizzazione delle legislazioni interne. Di analogo tenore sono le conclusioni dell'Avvocato generale. Egli osserva, inoltre, come la possibilità, accordata dal sistema francese, di instaurare un nuovo giudizio in presenza dell'imputato prima contumace, non deve porsi quale ostacolo alla produzione dell'effetto *ne bis in idem* sul piano europeo. Infatti, la soluzione contraria, ovvero l'esclusione dall'ambito di applicazione dell'art. 54 CAAS delle decisioni rese *in absentia* che ammettono la rinnovazione dell'accertamento, condurrebbe ad esiti inaccettabili: una previsione di garanzia, qual è quella che assicura all'imputato il diritto di essere presente al processo che lo riguarda, finirebbe per essere trasformata «in una condizione che inibisc[e] altri diritti»⁸⁴.

Chiarito che la contumacia non impedisce l'espansione degli effetti negativi del giudicato in tutto il territorio dell'Unione, la Corte di Giustizia affronta la questione sottoposta. Secondo il Giudice di Lussemburgo l'inciso «non possa più essere eseguita» contenuto nell'art. 54 CAAS deve intendersi come riferito al momento in cui lo Stato competente *in idem* decide di instaurare il secondo giudizio e non a quello di emissione della pronuncia irrevocabile⁸⁵. Di conseguenza, esso non osta al prodursi della preclusione processuale

⁸² Nel caso sottoposto alla Corte, peraltro, la sanzione comminata risultava inesequibile anche per altri due motivi: la prescrizione della pena, decorsi 20 anni dal passaggio in giudicato della decisione, avvenuto nel 1961 e l'intervento di un provvedimento di amnistia nel 1968.

⁸³ La Corte di Giustizia si avvale, questa volta, dell'argomento letterale, là dove, nella sentenza 11 dicembre 2008, *Bourquain*, C-297/07, cit. paragrafo n. 35, dichiara che «dalla stessa formulazione dell'art. 54 della CAAS risulta che le sentenze in contumacia non sono escluse dal suo ambito di applicazione, in quanto il presupposto per l'applicazione di detto art. 54 è esclusivamente quello della pronuncia di una sentenza definitiva ad opera di una Parte contraente».

⁸⁴ Così al paragrafo n. 64 delle conclusioni formulate dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nell'ambito della causa *Bourquain*. Per un approfondimento del diritto dell'imputato ad essere presente al giudizio instaurato nei suoi confronti cfr. D. NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁸⁵ Cfr. il paragrafo n. 47 della decisione in esame.

anche qualora la sanzione comminata ad esito del primo giudizio non abbia mai potuto essere eseguita. La Corte, pertanto, riprendendo un orientamento già espresso in passato⁸⁶, rifiuta un'interpretazione meramente letterale della disposizione in parola, benché piuttosto chiara sul punto. A prevalere, ancora una volta, è l'argomento teleologico: il diritto alla libera circolazione può essere tutelato efficacemente soltanto qualora la persona condannata con un provvedimento definitivo sia posta al riparo da ulteriori iniziative, anche in casi quali quello sottoposto alla Corte di Lussemburgo. Peraltro, aderendo alla soluzione proposta dal Giudice dell'Unione, potrebbe residuare qualche dubbio circa l'effettivo rispetto della finalità a cui è subordinata la condizione dell'esecuzione: nulla esclude che la mancata espiazione della pena sia la conseguenza di un comportamento fraudolento del condannato che, resosi irreperibile, si sottrae al dispositivo irrevocabile. Se, da un lato, è vero quanto osserva l'Avvocato generale, ossia che dalla sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 121 del *Code de justice militaire pour l'armée de terre français* discendono comunque conseguenze giuridiche destinate a ripercuotersi sulla persona e sul patrimonio dell'imputato⁸⁷, dall'altro lato si tratta di effetti che, pur *lato sensu* sanzionatori, differiscono notevolmente da quelli derivanti dall'esecuzione della pena comminata ad esito del giudizio.

6. *L'applicazione della giurisprudenza europea ai provvedimenti conclusivi del procedimento previsti dall'ordinamento interno.*

Terminato l'esame della giurisprudenza di Lussemburgo sul presupposto della decisione definitiva, è necessario ora far uso dei criteri individuati dalla Corte di Giustizia allo scopo di selezionare, tra i possibili provvedimenti conclusivi dell'accertamento penale, quelli dotati di un'efficacia preclusiva capace di varcare i confini nazionali.

Dall'analisi delle pronunce europee è emerso come siano due, in particolare, i cardini attorno ai quali ruota il concetto di decisione preclusiva di ulteriori giudizi *de eadem re et*

⁸⁶ L'Avvocato generale ricorda, infatti, come la Corte di Giustizia, nella sentenza 13 luglio 1989, *Skatteministeriet*, C-173/88, in *Raccolta*, 1989, p. 2763 ss., punto n. 11, abbia dichiarato che «non si può valutare la portata della nozione controversa sulla base di un'interpretazione esclusivamente testuale».

⁸⁷ L'Avvocato generale conclude con un avvertimento: la circostanza che alla sentenza pronunciata in contumacia non segua l'espiazione della pena non la priva del valore di titolo giuridico «che si proietta *ipso iure* sulla persona e sul patrimonio dell'imputato, come dimostrano sia la verifica della responsabilità del signor Bourquain in un nuovo giudizio rispetto alla precedente pronuncia, in caso di cattura, sia il sequestro dei suoi beni» (così al paragrafo n. 73 delle conclusioni formulate nell'ambito della causa *Bourquain*).

persona: l'efficacia estintiva dell'azione penale nell'ordinamento da cui essa promana e l'esame del merito dei fatti descritti nell'ipotesi accusatoria.

Si è visto come il primo dei due criteri ora richiamati implichi una valutazione che rimanda al sistema interno: il provvedimento conclusivo del procedimento deve, anzitutto, produrre l'effetto *ne bis in idem* nello Stato che l'ha condotto. L'applicazione di questo indice porta, pertanto, ad escludere dall'area applicativa dell'art. 54 CAAS quelle pronunce che, pur terminando l'accertamento nazionale, non estinguono definitivamente l'azione penale. Per quanto ci riguarda, sono senz'altro ostative ad accertamenti *de eadem re et persona* nello Spazio europeo le sentenze emesse all'esito del giudizio, anche abbreviato, il decreto penale di condanna e la sentenza di patteggiamento⁸⁸. Il discorso si complica, invece, con riguardo alle decisioni c.d. irrevocabili allo stato degli atti: il decreto o l'ordinanza con i quali si dispone l'archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere. Simili pronunce, come noto, sono dotate di una limitata efficacia preclusiva. Il codice, invero, consente una reviviscenza del procedimento concluso ogniqualvolta emerga l'esigenza di condurre nuove investigazioni sullo stesso fatto (art. 414 c.p.p.) oppure si prospetti la possibilità di integrare gli esiti della fase preliminare con ulteriori elementi che permettano quel rinvio a giudizio in precedenza escluso (art. 434 c.p.p.).

La tutela offerta all'accusato, pertanto, si assesta su di un livello inferiore rispetto a quella che consegue al formarsi del giudicato: se, da un lato, è vero che in mancanza delle condizioni alle quali sono subordinati gli istituti della riapertura delle indagini e della revoca della sentenza di non luogo a procedere non è consentito un ulteriore esame della medesima vicenda criminosa⁸⁹, dall'altro lato, il mutamento dello stato degli atti su cui si

⁸⁸ Analogamente A. MANGIARACINA, *Verso l'affermazione*, cit., p. 638 s.; G. DE AMICIS, *Il principio del ne bis in idem europeo*, cit., p. 3219 ss.

⁸⁹ Sugli effetti preclusivi del provvedimento di archiviazione cfr. F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 440 ss.; G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 91 ss.; R. ORLANDI, *Effetti preclusivi dell'archiviazione e procedimento cautelare*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3291 ss.; C. CONTI, *Archiviazione*, in *Trattato di procedura penale*, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Utet, Torino, 2009, p. 805 ss. La Corte costituzionale, in particolare, ha qualificato il provvedimento di riapertura delle indagini preliminari di cui all'art. 414 c.p.p. come condizione di procedibilità: cfr. Corte Cost., 19 gennaio 1995, n. 27 e, successivamente, Corte cost., 10 febbraio 2003, n. 54; Corte cost., 25 febbraio 2002, n. 39; Corte cost., 27 luglio 2001, n. 318. Quanto alla sentenza di non luogo a procedere cfr. i contributi di M. DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 147 ss., secondo il quale, in mancanza del provvedimento di revoca sarebbe precluso l'esercizio dell'azione penale, ma non il compimento di quegli atti d'indagine che non richiedono la presenza del prosciolto e del suo difensore (p. 166); N. GALANTINI, voce *Riapertura delle indagini*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Utet, Torino, 1997, p. 168 s.; E.M. CATALANO, *Udienza preliminare: conclusione e formazione dei fascicoli*, in *Trattato di procedura penale*, vol. III, cit., p. 984 ss.; E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 155 s.; E. JANNELLI, *op. cit.*, p. 606, secondo il quale «la sentenza di non luogo a procedere costituisce una vera e propria causa di improcedibilità *rebus sic stantibus*, con la conseguenza che l'esercizio dell'azione penale, ed ancor prima l'apertura di un procedimento per lo stesso fatto e contro lo stesso soggetto dovrà giocoforza essere sempre subordinata alla eliminazione della causa d'improcedibilità, e cioè alla revoca della sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 434 c.p.p.». In questi termini cfr. anche Cass., Sez. un., 23 febbraio 2000, Romeo, in *Cass. pen.*, 2001, p. 48 ss.

è fondata la valutazione conclusiva del primo procedimento legittima un nuovo tentativo da parte del rappresentante dell'accusa⁹⁰. Né pare potersi condividere l'opinione di quanti ritengono che determinate formule alla base dell'archiviazione e del non luogo a procedere possano dar vita a quel fenomeno denominato "irrevocabilità sostanziale"⁹¹. Si allude, in particolare, alla declaratoria di estinzione del reato, la quale, pur se pronunciata con simili provvedimenti, produrrebbe effetti irreversibili. Così, ad esempio, nel caso della prescrizione: accertato che i termini previsti dall'art. 157 c.p. sono interamente decorsi, la pronuncia che la dichiara non lascerebbe spazio a successivi ripensamenti. Analogamente, qualora la chiusura anticipata del procedimento sia la conseguenza di una valutazione negativa circa la sussistenza di profili di illiceità penale nella vicenda contestata all'accusato o delle condizioni che consentono l'esercizio dell'azione da parte del pubblico ministero. La fondatezza di una simile ricostruzione è più che dubbia: nulla esclude, invero, che circostanze in precedenza non conosciute conducano ad una diversa qualificazione del fatto, tale da farlo assurgere ad accadimento penalmente rilevante, a mutarne la cornice edittale di riferimento nel calcolo dei termini di prescrizione, oppure, ancora, a variarne il regime di procedibilità⁹². Sebbene si tratti di eventualità di rara verifica, il sistema impone di tenerne conto: le formule in questione non generano alcuna tutela ulteriore rispetto alle altre; occorre saper distinguere tra le difficoltà di fatto e la natura giuridica.

L'inidoneità a produrre *ne bis in idem*, questa volta, del solo proscioglimento pronunciato in udienza preliminare è affermazione da taluno contestata anche sotto un altro profilo. Parte della dottrina, invero, legge nella revoca ex art. 434 c.p.p. una vera e propria

⁹⁰ Escludono l'idoneità a produrre effetti preclusivi sul piano europeo del provvedimento di archiviazione e della sentenza di non luogo a procedere G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 3210; A. MANGIARACINA, *op. cit.*, p. 639, secondo la quale «nel nostro ordinamento si nega efficacia di giudicato a una pronuncia, quale la sentenza di non luogo a procedere, emessa all'esito di una fase nella quale...si addiuvano, in alcune ipotesi di proscioglimento, a un accertamento nel "merito"; mentre la si attribuisce alla sentenza ex art. 444 c.p.p. rispetto alla quale, permane il dubbio se, da parte del giudice, vi sia un reale accertamento sul merito della responsabilità dell'imputato»; F. FABBRICATORE, *op. cit.*, che curiosamente include nelle pronunce insuscettibili di ostare ad iniziative *de eadem re et persona* nell'Unione anche le sentenze istruttorie di proscioglimento, *genus* peraltro scomparso dopo il varo dell'attuale codice di rito; E. SELVAGGI, *op. cit.*, p. 1693; N. GALANTINI, *Evoluzione del principio*, cit., p. 1569; EAD, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale*, cit., p. 61 s.

⁹¹ In questi termini cfr., ad esempio, S. ASTARITA, *Ne bis in idem e archiviazione: tra rimedi sanzionatori e spirito europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1168; G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 3196, il quale, a sostegno di simile posizione, richiama il disposto di cui all'art. 18, lett. q), l. n. 69/2005 di attuazione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo: la norma vieta la consegna della persona ricercata quando manchino in concreto i presupposti per la revoca della sentenza di non luogo a procedere; F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 113 s. Simile teoria è stata sostenuta anche da alcuni giudici di merito: per un esame della giurisprudenza cfr. C. CONTI, *Le sezioni unite ed il silenzio della sfinge: dopo l'archiviazione l'ex indagato è testimone comune*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2599 ss.

⁹² Queste le condivisibili argomentazioni con cui la Corte costituzionale ha sconfessato la fondatezza della tesi in esame: cfr. Corte cost., 26 giugno 2003, n. 76, successivamente confermata da Corte cost. 15 luglio 2003, n. 250.

eccezione al divieto di doppio processo⁹³: in mancanza dei requisiti richiesti dalla norma citata, al pubblico ministero non è consentito esercitare nuovamente l'azione penale nei confronti della stessa persona e per il medesimo fatto. Ne consegue, per l'opinione in esame, che «in questi limiti, [la sentenza di non luogo a procedere] determina certamente il verificarsi di un fenomeno di *ne bis in idem* nel senso di cui all'art. 649 c.p.p.»⁹⁴. Simile obiezione è stata contrastata facendo leva sul «diverso spessore delle determinazioni giudiziali»⁹⁵ alla base delle differenti sedi in cui si può addivenire ad un proscioglimento. Solo la sentenza conclusiva del giudizio sarebbe idonea ad acquisire autorità di giudicato, perché fondata su di un vaglio critico maggiormente pregnante rispetto a quello che accompagna la decisione in udienza preliminare. Determinante, in questa lettura, è la valorizzazione del dato costituzionale: l'art. 27/2 Cost., si sostiene, lega la *res iudicata* alla conferma o alla negazione irrevocabili della presunzione di non colpevolezza. La fonte primaria presuppone, perciò, una scelta secca tra condanna e proscioglimento; al contrario «l'alternativa alla sentenza di non luogo a procedere è invece la prosecuzione del giudizio, all'esito del quale potrà intervenire una sentenza di proscioglimento ovvero di condanna»⁹⁶. In posizione affine si collocano quanti giustificano la differente valenza preclusiva del proscioglimento disposto in udienza preliminare rispetto a quello che consegue al giudizio in ragione della sua minore portata gnoseologica: alle diverse tipologie di accertamento conseguirebbero altrettante forme preclusive⁹⁷. Simili considerazioni, tuttavia, paiono scontrarsi con la lettera dell'art. 649 c.p.p. che, come visto, lega il divieto di doppio processo esclusivamente al crisma dell'irrevocabilità; nessuna rilevanza è attribuita al contenuto della decisione divenuta definitiva. È, dunque, su questo dato che conviene insistere: la sentenza di non luogo a procedere è epilogo che il codice tiene ben distinto dai provvedimenti suscettibili di produrre *ne bis in idem*. La contrapposizione è netta all'art. 650 c.p.p., ove il legislatore determina la forza esecutiva del proscioglimento reso in udienza preliminare secondo un criterio differente rispetto alle altre sentenze e al decreto penale di condanna: mentre questi ultimi «hanno

⁹³ In questi termini F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 81 s.; F. CORBI, *op. cit.*, p. 91; B. LAVARINI, *L'esecutività della sentenza penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 37 s.

⁹⁴ Testualmente F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 81 s. *Contra* E. JANNELLI, *op. cit.*, p. 604 ss.; E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 162, il quale ricorda come esistano «modelli di efficacia preclusiva meno "resistenti" rispetto a quelli che caratterizzano il divieto di un secondo giudizio»: cfr. la nota n. 55, alla quale si rinvia anche per gli opportuni richiami bibliografici.

⁹⁵ Testualmente E. JANNELLI, *op. cit.*, p. 605.

⁹⁶ Così ancora E. JANNELLI, *loc. ult. cit.*

⁹⁷ Cfr. E.M. MANCUSO, *loc. ult. cit.*; S. RUGGERI, voce *Giudicato penale*, in *Enc. dir., Annali*, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 438, secondo il quale la «fisiologica incompletezza» dell'accertamento compiuto in udienza preliminare «rende perciò impossibile concludere che la *res* sia stata pienamente *iudicata*».

forza esecutiva quando sono divenuti irrevocabili», il primo «quando non [è] più soggett[o] a impugnazione»⁹⁸.

Ma anche qualora si aderisse all'opposta soluzione e, dunque, alla sentenza di non luogo a procedere divenuta esecutiva si volessero attribuire gli effetti ostativi propri del divieto di *bis in idem*, la preclusività *ex art. 54 CAAS* potrebbe ciò nondimeno essere dubbia: la Corte di Giustizia, invero, pone quale condizione imprescindibile che la decisione interna estingua *definitivamente* l'azione penale nell'ordinamento da cui promana. L'utilizzo di simile avverbio nella descrizione dell'efficacia consumativa del potere punitivo sembrerebbe ostacolare la rilevanza sovranazionale di pronunce *sub condicione*. La questione, a ben vedere, si inserisce nell'ambito di un tema più vasto che coinvolge il problema della compatibilità con il *ne bis in idem* europeo delle deroghe interne al divieto di doppio processo.

Come visto, invero, l'art. 649 c.p.p. eccettua la regola ivi espressa in due circostanze: qualora la prima decisione sia stata determinata dalla mancanza di una condizione di procedibilità, poi sopravvenuta (art. 345 c.p.p.), e nel caso in cui si accerti che il reo, erroneamente dichiarato defunto, è ancora in vita (art. 69 c.p.p.)⁹⁹. In tali evenienze,

⁹⁸ Non considera rilevante simile argomento B. LAVARINI, *op. cit.*, p. 38, secondo la quale «La specifica disciplina dettata dalla legge per tali sentenze si spiega con l'inopportunità "terminologica" di definire "irrevocabili" provvedimenti i quali, a norma dell'art. 434 c.p.p., sono passibili di "revoca"». Sul tema cfr. anche T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 867: secondo l'autore la revoca della sentenza di non luogo a procedere può essere intesa come una limitazione al *ne bis in idem* solamente «a patto di dilatare la sfera del principio fino ad includervi, oltre al divieto di nuova azione penale *de eadem re et persona*, anche quello di qualsivoglia ulteriore serie procedimentale che - la si configuri come distinta o come prosieguo di quella già chiusa - miri a rimuovere o, comunque, dichiarare superata, la sentenza pervenuta a stabilità». Non include il provvedimento di cui all'art. 434 c.p.p. tra le deroghe al divieto di doppio processo anche R.E. KOSTORIS, voce *Revoca della sentenza di non luogo a procedere*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 286.

⁹⁹ La natura autenticamente derogatoria di simili ipotesi rispetto al divieto di doppio processo è fonte di un dibattito mai sopito: cfr., a tal riguardo, le considerazioni svolte *supra*, nota n. 31 in relazione alla sopravvenienza della condizione di procedibilità in precedenza mancante. Anche l'erronea dichiarazione di morte del reo è fonte di opinioni contrastanti: parte della dottrina ritiene, invero, che il provvedimento pronunciato per l'estinzione del reato conseguente al decesso dell'imputato, successivamente smentito, sia una sorta di "pseudo-sentenza", incapace di formare il giudicato (così, ad esempio, P.P. Rivello, *Analisi*, cit., p. 519; F. CORBI, *op. cit.*, p. 91). Una simile posizione risente eccessivamente dell'influenza esercitata dal codice abrogato, il quale, all'art. 89 imponeva di considerare la decisione *de quo* «come non pronunciata». A diverse conclusioni conduce la lettera dell'art. 69 c.p.p. attuale, chiara nell'attribuire all'ipotesi in commento natura di vera e propria deroga al principio del *ne bis in idem*: al comma secondo, invero, si afferma che «la sentenza non impedisce l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona, qualora successivamente si accerti che la morte dell'imputato è stata erroneamente dichiarata». Cfr., per simili considerazioni, F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 79 ss., i quali osservano come non sia un caso che autorevoli voci della dottrina, nel passaggio dal vecchio al nuovo codice, abbiano mutato la loro opinione a riguardo (il riferimento corre a F. CORDERO che nella sua *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 1042, propugnava la tesi dell'inidoneità a formare giudicato della pronuncia che erroneamente dichiara la morte del reo, mentre nell'edizione del 2006, p. 1233, parla di «autentica eccezione alla regola». In termini analoghi cfr. anche E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 486, secondo il quale «L'eccezione alla regola descritta dall'art. 649 c.p.p. è d'immediata percezione: non v'è un vizio strutturale della pronuncia in sé, ma un errore di fatto su cui si è fondata *ab origine*, impedendo la fisiologica prosecuzione dell'accertamento»; T. RAFARACI, *op. cit.*, p. 869.

dunque, la decisione divenuta definitiva sprigiona comunque effetti ostativi ai successivi giudizi *de eadem re et persona*, ma la *vis* preclusiva ha natura precaria¹⁰⁰.

Ad oggi la questione non è stata ancora affrontata dalla Corte di Giustizia, sebbene, nel decidere il ricorso *Bourquain*, essa abbia implicitamente ritenuto produttiva del divieto di *bis in idem* una sentenza dagli effetti assimilabili a quelli conseguenti al non doversi procedere per le cause in esame¹⁰¹. Allo stato, dunque, le alternative possibili paiono due: valorizzando i *dicta* del Giudice dell'Unione, si potrebbe, anzitutto, sostenere l'impossibilità di ricondurre simili decisioni al novero di quelle produttive del *ne bis in idem* europeo: le deroghe starebbero, infatti, a testimoniare l'assenza di effetti irreversibili sull'azione penale interna; di conseguenza, il criterio enucleato dalla Corte di Giustizia non può ritenersi soddisfatto. Muovendo da una diversa prospettiva, invece, si potrebbe far leva sulla *ratio* di garanzia sottesa al principio ed esasperata dalla giurisprudenza di Lussemburgo: se la funzione del divieto espresso dall'art. 54 CAAS è quella di tutelare la libera circolazione della persona già giudicata, allora anche le decisioni eccettuate dall'art. 649 c.p.p. dovrebbero considerarsi produttive di effetti ostativi, fintantoché non si realizzino le condizioni che consentono un nuovo esercizio delle pretese punitive nell'ordinamento che si è pronunciato. Sopravvenuta la condizione di procedibilità o accertato che il reo è ancora in vita, in Italia quanto negli altri Paesi dell'Unione potrebbe essere instaurato un nuovo giudizio *de eadem re et persona*. Simile ricostruzione altro non farebbe che applicare il metodo indicato dalla Corte di Giustizia, là dove rinvia al sistema interno nel valutare la natura preclusiva della decisione divenuta irrevocabile.

La tipologia di deroghe contemplate dal nostro ordinamento, peraltro, ne impone, in relazione al tema in esame, una trattazione separata.

Quanto alla sentenza che rileva l'assenza delle condizioni del procedere, il problema si colloca, a ben vedere, su di un piano puramente teorico: i dubbi circa la sua portata preclusiva nella dimensione europea derivano, ancora prima che dal requisito della definitività, dall'altro parametro che connota la decisione di cui all'art. 54 CAAS, ovvero

¹⁰⁰ Con particolare riferimento all'ipotesi di cui all'art. 345 c.p.p., F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *op. cit.*, p. 77, osservano, ad esempio, come a seguito della declaratoria di improcedibilità conseguente alla presentazione di querela intempestiva non sia consentito procedere nuovamente a seguito di un differente calcolo del termine trimestrale: non è consentito, invero, «agire sulla base di premesse di fatto che smentiscono quanto irrevocabilmente accertato nella prima sentenza».

¹⁰¹ Nella sentenza 11 dicembre 2008, *Bourquain*, C-297/07, cit. (cfr. *supra*, paragrafo n. 5), la Corte di Giustizia ha ritenuto produttiva di *ne bis in idem* la sentenza contumaciale pronunciata ai sensi dell'art. 121 del *Code de justice militaire pour l'armée de terre français*, il quale, come visto, dispone la celebrazione di un nuovo giudizio *de eadem re et persona* in caso di ricomparsa del condannato. La motivazione del Giudice europeo, tuttavia, non si è soffermata tanto sul valore da attribuire alla possibilità di condurre un ulteriore giudizio *in idem*, quanto sull'altra peculiarità di simile decisione, ovvero la sua ineseguitabilità.

l'esame del merito dell'accusa. Si tratta, invero, di un tipico esempio di decisione sul rito, il cui contenuto di accertamento è limitato alla verifica dei presupposti che legittimano l'instaurazione del giudizio. Appurato che non sussistono, è fatto divieto di proseguire qualsiasi indagine in ordine alla punibilità dell'imputato per il fatto descritto nell'addebito. Anche qualora si ritenesse che le deroghe al *ne bis in idem* legittimano comunque il prodursi di effetti preclusivi oltre i confini domestici, sino a che non si realizzano le condizioni previste, la decisione che dichiara il non doversi procedere per la mancanza dei presupposti del rito sarebbe comunque inidonea ad ostacolare le iniziative altrui, perché priva di quel contenuto sostanziale richiesto dall'art. 54 CAAS¹⁰². Oltretutto, come rilevato dalla Corte dell'Unione nella causa *Miraglia*, attribuire a simili decisioni forza impeditiva delle iniziative *de eadem re et persona* sul piano europeo, rischierebbe di condurre ad esiti paradossali. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il Ministro della giustizia non ritenesse di presentare la richiesta di procedimento in ordine ad uno dei reati commessi all'estero dal cittadino o dallo straniero, punibili *ex artt.* 9 e 10 c.p., riconoscendo prevalenza alla giurisdizione dello Stato del *locus commissi delicti*: la rinuncia, motivata da una corretta valorizzazione dei criteri di collegamento tra il fatto illecito e i Paesi legittimati ad accertarlo, finirebbe per impedire ogni possibilità di perseguire i responsabili.

Per quanto riguarda, invece, l'altra eccezione all'operatività del divieto di doppio processo nell'ordinamento interno, si ripropone la questione, già affrontata, relativa

¹⁰² Peralto, come osserva F.B. MORELLI, *op. cit.*, p. 322 ss., qualora la mancanza delle condizioni del procedere venga accertata alla fine del giudizio, è innegabile che simile declaratoria, pur destinata a prevalere secondo l'ordine logico che accompagna la soluzione delle questioni implicate dal processo, venga pronunciata a fronte di un compiuto accertamento sul merito. Secondo l'autore «quando il processo approd[a] al suo epilogo fisiologico la preminenza incondizionata del proscioglimento in rito diventa più difficile da sostenere se il giudice dispone di prove che giustificano un'assoluzione» (p. 323). Per superare l'*impasse*, egli suggerisce una lettura costituzionalmente orientata dei rapporti tra le formule di proscioglimento: «la relazione [del non doversi procedere *ex art.* 529 c.p.p.] con le altre locuzioni, quindi, si determina con i criteri generali ricavati dalla preminenza della *status innocentiae* dell'imputato, in piena attuazione della garanzia stabilita dall'art. 27 comma 2 Cost.» (p. 327). Qualora, invece, dall'attività istruttoria emerga la colpevolezza dell'imputato, la declaratoria di improcedibilità, imposta da esigenze di *favor*, verrebbe pronunciata pur a fronte di un compiuto accertamento sul merito. In simili evenienze, allora, si potrebbe dubitare dell'inidoneità della decisione in esame a produrre *ne bis in idem* sul piano europeo: se è vero che la formula adottata non si esprime sulla colpevolezza dell'accusato, la motivazione della decisione potrebbe ciò nondimeno contenere apprezzamenti a riguardo. Valorizzando la *ratio* di garanzia dell'art. 54 CAAS, ampiamente sottolineata dalla Corte di Giustizia, si potrebbe allora valutare l'opportunità di superare gli aspetti formali della pronuncia e ritenere soddisfatte le condizioni di cui alla norma citata anche qualora la formula adottata non rifletta l'attività di accertamento dei fatti comunque compiuta. Allo scopo di superare le incertezze a cui possono condurre le peculiarità dei sistemi nazionali, C. AMALFITANO, *op. cit.*, p. 354, suggerisce l'introduzione di criteri normativi di fonte europea: secondo l'autrice «non sembra comunque poter[si] prescindere dalla specificazione delle caratteristiche proprie delle decisioni "sostanziali" (potendo, sulla base di un'interpretazione *a contrario*, individuarsi quelle "procedurali") e, quindi, dall'elaborazione di una nozione comune delle decisioni rispetto alle quali il principio opera (o meno) e di un eventuale elenco delle stesse (secondo le legislazioni dei diversi Stati membri)».

all'accertamento contenuto nella sentenza che dichiara l'estinzione del reato: l'art. 69 c.p.p., appurata la morte del reo, impone, infatti, la pronuncia di una sentenza ai sensi dell'art. 129 c.p.p.¹⁰³. Richiamandoci a quanto affermato qualche pagina indietro, essa dovrebbe senz'altro ritenersi provvista di quel contenuto sostanziale presupposto dall'art. 54 CAAS¹⁰⁴. In simili ipotesi, dunque, il problema del regime a cui assoggettare, nella disciplina del *ne bis in idem* europeo, le eventuali eccezioni all'operatività del principio sul piano interno si ripropone in tutta la sua pienezza.

In attesa che una risposta venga fornita dal Giudice dell'Unione, la via più corretta sembra quella di subordinare la procedibilità all'estero alle medesime condizioni che regolano l'azione nell'ordinamento che si è già pronunciato: invero, fino a quando non si realizzano le circostanze indicate dalla norma che prevede l'eccezione, la pronuncia esplica una piena efficacia preclusiva e non vi sono ragioni per negare alla persona già giudicata il diritto di muoversi liberamente lungo tutto lo Spazio europeo, senza il timore di incorrere in ulteriori manifestazioni del potere punitivo. Qualora la deroga si concretizzi, la prima decisione cesserà di produrre effetti ostativi e tanto nell'ordinamento che l'ha pronunciata, quanto negli altri, sarà consentito instaurare un nuovo giudizio *de eadem re et persona*. La procedibilità all'estero, tuttavia, coerentemente all'impostazione che qui si propone, dovrebbe essere subordinata all'accertamento della sopravvenienza della condizione legittimante da parte del Paese che ha emesso il provvedimento divenuto irrevocabile: invero, fintantoché esso non appuri le condizioni per un nuovo esercizio dell'azione penale, la precedente pronuncia deve ritenersi dotata di pieni effetti preclusivi. Tale soluzione appare quella che meglio soddisfa le esigenze di certezza del diritto: invero, diversamente opinando, ci si esporrebbe al rischio di valutazioni differenti da parte dello Stato che ha adottato la sentenza definitiva e degli altri intenzionati ad agire.

La ricostruzione proposta permette l'attuazione di quel parallelismo tra il sistema che ha già proceduto e gli altri intenzionati ad agire *in idem*, implicito nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: come visto, ciò si ricava dal rinvio che il Giudice dell'Unione opera alle regole del Paese che ha emesso la decisione irrevocabile. Il modo più corretto per darvi attuazione appare, dunque, quello suggerito: ove opera il *ne bis in idem* interno, nessuno è autorizzato ad agire; qualora la *vis* preclusiva venga meno per il realizzarsi di

¹⁰³ Per un approfondimento dell'immediata declaratoria *ex art. 129 c.p.p.* nell'ipotesi della morte del reo cfr. L. SCOMPARIN, *op. cit.*, p. 103 ss.

¹⁰⁴ Cfr. le considerazioni svolte *supra*, paragrafo n. 3.

un'eccezione, gli effetti del giudicato nazionale si risolveranno tanto sul piano interno, quanto nell'intero Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

BIBLIOGRAFIA

- AGHENITEI M. – FLAMANZEANU I., *Analysis conflicts of jurisdiction in criminal proceedings to the european union legal frame work*, in *Int'l Jurid. Sci. Cxlv*, 2010.
- ALESSANDRONI F., *Videotestimonianza, esigenze del contraddittorio e diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2890.
- ALLEGREZZA S., *Pubblico ministero e azione penale: stato dell'arte e prospettive di sviluppo*, in *Profili del processo penale nella costituzione europea*, a cura di M. G. Coppetta, Torino, Giappichelli, 2005, p. 217.
- ALLEGREZZA S., *Verso una procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 ottobre 2013.
- ALMA M.M., *Decreto penale di condanna*, in *Aa. Vv., Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. IV, t. I, *Procedimenti speciali*, a cura di L. Filippi, Utet, Torino, 2008, p. 431.
- AMALFITANO C., *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 923.
- AMALFITANO C., *Bis in idem per il «ne bis in idem»: nuovo quesito alla Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 85.
- AMALFITANO C., *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2006.
- AMALFITANO C., *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale nell'Unione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1293.
- AMALFITANO C., *La discutibili inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Giur. merito*, 2012, p. 1610.
- AMODIO E. – DOMINIONI O., *L'extradizione e il problema del ne bis in idem*, in *Riv. dir. matr.*, 1968, p. 362.
- APRILE E., *Diritto processuale penale europeo e internazionale*, Cedam, Padova, 2007.
- APRILE S., sub art. 6, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini – M. Marinucci, vol. I, Ipsoa, Milanofiori, Assago, 2011, p. 190.
- APRILE S., sub art. 7, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini – M. Marinucci, vol. I, Ipsoa, Milanofiori, Assago, 2011, p. 200.

- APRILE S., sub art. 8, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini – M. Marinucci, vol. I, Ipsoa, Milanofiori, Assago, 2011, p. 204.
- APRILE S., sub art. 9, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini – M. Marinucci, vol. I, Ipsoa, Milanofiori, Assago, 2011, p. 214.
- APRILE S., sub art. 10, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini – M. Marinucci, vol. I, Ipsoa, Milanofiori, Assago, 2011, p. 222.
- ASTARITA S., *Ne bis in idem e archiviazione: tra rimedi sanzionatori e spirito europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1155.
- BACCARI G.M., *La cognizione e la competenza del giudice*, Giuffrè, Milano, 2011.
- BACHELET V., voce *Coordinamento*, in *Enc. Dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 630.
- BACIGALUPO E., “*Diritto penale transnazionale*” e conflitti di giurisdizione nel *Corpus juris 2000 e nella decisione quadro in relazione al diritto dell’ambiente*, in Aa. Vv., *La giustizia penale nella Convenzione*, a cura di F. Ruggeri, Giuffrè, Milano, 2003, p. 213.
- BALLADORE PALLIERI G., *Diritto internazionale pubblico*, Giuffrè, Milano, 1962.
- BARATTA R., *Ne bis in idem, diritto internazionale e valori costituzionali*, in *studi in onore di Francesco Capotorti. Divenire sociale e adeguamento del diritto*, vol. I, *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 3.
- BARBERINI R., *Il principio del ne bis in idem internazionale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1790.
- BARGIS M., *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all’art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 158.
- BARGIS M., *Il pubblico ministero europeo nella prospettiva di un ordinamento europeo*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2004, p. 745.
- BECKETT W., *The exercise of criminal jurisdiction over foreigners*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1925, p. 44.
- BELLAVISTA G., *Il processo penale monitorio*, Giuffrè, Milano, 1952.
- BENVENUTI P., *Sui limiti internazionali della giurisdizione penale*, in *Riv. dir. int.*, 1974, p. 238.
- BERNARDI A., Art. 7. “*Nessuna pena senza legge*”, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, Cedam, Padova, 2001, p. 249.
- BERNARDI A., *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004.
- BERNARDI A. – GRANDI C., *Gli effetti della prescrizione e dell’amnistia sull’extradizione e sul mandato d’arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3180.

- BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, f. 2, p. 43.
- BESTAGNO F., *Il trasferimento dell'esecuzione delle condanne penali tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1994, p. 269.
- BIEHLER A. - KNIEBÜHLER R. - LELIEUR-FISCHER J. - S. STEIN, *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 2003.
- BLAKESLEY C.L., *Extraterritorial jurisdiction*, in Aa. Vv., *International criminal law*, vol. II, *Multilateral and bilateral enforcement mechanism* a cura di C. Bassiouni, Koninklijke Brill, 2008.
- BOCCHINI B., *Condanna per decreto*, in Aa. Vv., *La giustizia penale differenziata*, diretto da A. Gaito - G. Spangher, t. 1, *I procedimenti speciali*, coordinato da F. Giunchedi, Giappichelli, Torino, 2010, p. 561.
- BRANCACCIO A., *Metodi di cooperazione e assistenza giudiziaria (lettere e commissioni rogatorie, trasferimento della procedura penale)*, in Aa.Vv., *Diritto penale internazionale (Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura)*, n. 1-2, 1979, p. 90.
- BURCHARD C. - BRODOWSKI D., *The Post-Lisbon Principle of Transnational Ne Bis in Idem: on the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement. Case note on District Court Aachen, Germany, (52 Ks 9/08 - "Boere")*, *Decision of 8 December 2010*, in *NJCEL*, 2010, 1, 3, p. 310.
- CAIANIELLO M., *La custodia cautelare all'estero*, in Aa. Vv., *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. Bargis - E. Selvaggi, Giappichelli, Torino, 2005, p. 203.
- CALIGIURI A., *L'applicazione del principio del ne bis in idem in diritto comunitario: a margine della sentenza Gozutok e Brugge*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 867.
- CALLARI F., *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè, Milano, 2009.
- CALÒ R., *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, p. 1120.
- CALVANESE E., DE AMICIS G., *La decisione quadro del consiglio dell'Ue in tema di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 3593.
- CALVANESE E., sub art. 6, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi - E. Lupo, vol. I, *La legge penale e le pene*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 179.
- CALVANESE E., sub art. 7, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi - E. Lupo, vol. I, *La legge penale e le pene*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 210.

- CALVANESE E., sub art. 8, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi – E. Lupo, vol. I, *La legge penale e le pene*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 227.
- CALVANESE E., sub art. 9, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi – E. Lupo, vol. I, *La legge penale e le pene*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 242.
- CALVANESE E., sub art. 10, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi – E. Lupo, vol. I, *La legge penale e le pene*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 269.
- CALVANESE E., sub art. 11, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi – E. Lupo, vol. I, *La legge penale e le pene*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 273.
- CAMPANELLA S., *Il ne bis in idem nella giustizia internazionale penale: riflessioni su un principio in itinere*, in Aa. Vv., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco, Giappichelli, Torino, 2005, p. 253.
- CANZIO G. – MARZADURI E. – SILVESTRI G., *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, in *Criminalia*, 2008, p. 241.
- CAPRIOLI F., *L'archiviazione*, Jovene, Napoli, 1994.
- CAPRIOLI F. – VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2011.
- CASSESE A., Sub art. 11, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali. Artt. 1-12*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, p. 577.
- CASTELLANETA M., *Interpretazione estensiva nell'area Schengen delle garanzie da osservare nel processo penale*, in *Guida dir.*, 2009, f. 2, p. 104.
- CATALANO E.M., *Udienza preliminare: conclusione e formazione dei fascicoli*, in *Trattato di procedura penale*, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Utet, Torino, 2009, p. 984.
- CATALANO S., *Appunti a margine di una proposta di decisione quadro sui conflitti di giurisdizione*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 425.
- CERQUA F., *Un passo ulteriore verso l'affermazione del ne bis in idem europeo*, in *Corr. Merito*, 2012, p. 602.
- CERQUA L.D., *L'applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle società estere operanti in Italia e alle società italiane per i reati commessi all'estero*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2009, p. 113.
- CHERIF BASSIOUNI M., *Introduction to recognition of foreign penal judgements*, in in Aa. Vv., *International criminal law*, vol. II, *Multilateral and bilateral enforcement mechanism* a cura di M. Cherif Bassiouni, Koninklijke Brill, 2008, p. 507.
- CHERIF BASSIOUNI M., *Introduction to transfers of criminal proceedings*, in in Aa. Vv., *International criminal law*, vol. II, *Multilateral and bilateral enforcement mechanism* a cura di M. Cherif Bassiouni, Koninklijke Brill, 2008, p. 515.

- CHIAVARIO M., *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. 209.
- CHIAVARIO M., *Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*, in Aa. Vv., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 91.
- CHIAVARIO M., *Le garanzie fondamentali del processo nel Patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 465.
- CHIAVARIO M., *Processo e garanzie della persona*, vol. II, *Le garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1984.
- CHIAVARIO M., *L'azione penale tra diritto e politica*, Cedam, Padova, 1995.
- CHIAVARIO M., *La parte dei privati: alla radice (e al di là) di un sistema di garanzie*, in Aa. Vv., *Procedure penali d'Europa*, coordinato M. Delmas Marty, 2° edizione italiana a cura di M. Chiavario, Cedam, Padova, 2001, p. 497.
- CHIOVENDA G., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1933, p. 3.
- CIAMPI A., *La nozione europea di "persona giudicata con sentenza definitiva" e le condanne "patteggiate"*, in *Corriere giur.*, 2003, f. 10, suppl., p. 115.
- CIMADOMO D., sub Art. 671, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda – G. Spangher, Ipsoa, Milanofiori Assago, 2010, p. 7883.
- CONFORTI B., *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro it.*, 2002, f. 5, c. 229.
- CONTI C., *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 79.
- CONTI C., *Archiviazione*, in *Trattato di procedura penale*, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Utet, Torino, 2009, p. 279.
- CONTI C., *Le sezioni unite ed il silenzio della sfinge: dopo l'archiviazione l'ex indagato è testimone comune*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2594.
- CONTI C., *Harmonized precedents: le Sezioni Unite tornano sul principio di preclusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 697.
- CONWAY G., *Ne bis in idem in international law*, in *Int. crim. law rev.*, 2003, p. 217.
- CORBI F., *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1992.
- CORBI F. – NUZZO F., *Guida pratica all'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2003.
- CORDERO F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1956.

- CORDERO F., voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 1025.
- CORDERO F., voce *Merito (diritto processuale)*, in *Noviss. dig. it.*, X, Utet, Torino, 1964, p. 578.
- CORDERO F., *La decisione sul reato estinto*, in *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 89.
- CORDERO F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1983.
- CORDERO F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012.
- CORDÌ L., *Il principio del ne bis in idem nella dimensione internazionale: profili generali e prospettive di valorizzazione nello spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia*, in *Ind. Pen.*, 2007, p. 761.
- CUOCO C., *Disciplina della procedura attiva di consegna*, in *Aa. Vv.*, *Il mandato d'arresto europeo*, a cura di A. Scalfati - G. Pansini, Jovene, Napoli, 2005, p. 201.
- CURTI GIALDINO C., *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1998, p. 41.
- DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 2008, p. 655.
- DANIELE M., *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Giappichelli, Torino, 2005.
- DE AMICIS G., *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell'U.E.: il ruolo dell'Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2006, 1176.
- DE AMICIS G., *Il principio del "ne bis in idem" europeo nel contesto della cooperazione giudiziaria: primi orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Giur. merito*, 2009, p. 3177.
- DE AMICIS G., *Il principio del "ne bis in idem" europeo nell'interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3162.
- DE AMICIS G., *Sul trasferimento dei procedimenti penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1248.
- DE AMICIS G. - SANTALUCIA G., *L'attuazione di Eurojust nell'ordinamento italiano: prime riflessioni sulla l. 14 marzo 2005, n. 41*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 726.
- DE AMICIS G. - SURANO L., *Il rafforzamento dei poteri di Eurojust a seguito della nuova decisione 2009/426/GAI*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4453.
- DE LA CUESTA J. L., *Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle "ne bis in idem". General Report*, in *Rev. int. dr. pén.*, 2002, p. 707.
- DE LEO F., *Il coordinamento giudiziario in Italia e in Europa. Normative e modelli a confronto*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 377.

- DE LEO F., *Le funzioni di coordinamento di Eurojust*, in Aa. Vv., *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, a cura di G. Melillo – A. Spataro – P. Vigna, Giuffrè, Milano, 2004, p. 95.
- DE LUCA G., *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, Milano, 1963.
- DE LUCA G., voce *Giudicato*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, XV, Treccani, Roma, 1989.
- DEAN F., *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Giuffrè, Milano, 1963.
- DEAN G., *Profili di un'indagine sul ne bis in idem estradizionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 53.
- DEL VESCOVO D., *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1413.
- DEL VESCOVO D., *Evoluzione dell'art. 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 717.
- DELICATO V., *L'esecuzione delle sentenze penali straniere in Italia*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991, p. 629.
- DELICATO V., voce *Cooperazione giudiziaria internazionale*, III) *Nel trasferimento dell'esecuzione penale*, in *Enc. giur.*, IX, Treccani, Roma, 1996.
- DESESSARD L., *France, les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem*, in *Rev. int. dr. pen.*, 2002/3, vol. 73, p. 913.
- DI BITONTO M.L., *La composizione dei conflitti di giurisdizione in seno ad Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2010 p. 2896.
- DI MARTINO A., *La frontiera e il diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006.
- DOMINIONI O., *Sulle sentenze penali che dichiarano il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 737.
- DOMINIONI O., *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1974.
- DOMINIONI O. – PISANI M., *Sulla compatibilità del trasferimento dei processi penali con i principi dell'ordinamento interno*, in *Ind. pen.*, 1987, p. 176.
- DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996.
- EMMERSON B. – ASHWORT A. – MACDONALD A., *Human rights and criminal justice*, Sweet & Maxwell, London, 2012.

- ESPOSITO V., *Gli effetti internazionali della garanzia del ne bis in idem nell'ambito comunitario*, in *Doc. giust.*, 1992, f. 4-5, c. 471;
- FABBRICATORE A., *Il ne bis in idem e Corte di giustizia: ancora un chiarimento sulla nozione di "sentenza definitiva"*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1171.
- FANULLI L.G., *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, p. 11.
- FARINELLI S., *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità Europea*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 878.
- FEROLA L., *La cooperazione giudiziaria in materia penale: origine, problemi e prospettive*, in *Riv. dir. eur.*, 1999, p. 49.
- FERRANTI G., *La cooperazione giudiziaria in materia penale nelle convenzioni del Consiglio d'Europa e nel diritto dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008.
- FERRUA P., *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna, 2012.
- FIORE P., *Sentenze straniere ed atti*, in *Dig. It.*, XXI, Torino, 1896, p. 768.
- FLETCHER M., *Some developments to the ne bis in idem principle in the European Union: criminal proceedings against Huseyn Gozutok and Klaus Brugge*, in *Mod. L. Rev.*, 2003, p. 769.
- FLETCHER M., *The problem of multiple criminal prosecutions: building an effective EU response*, in *Yearbook of European Law*, 2007, p. 33.
- FLETZER G., *La garanzia del ne bis in idem e il divieto della double jeopardy*, in *Ind. pen.*, 1970, p. 123.
- FRANCHI G., *Giurisdizione italiana e cosa giudicata*, Cedam, Padova, 1967.
- FUSCO E., *Applicabilità del d.lgs. 231/2001 alle banche estere*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2007, p. 179.
- GAETA P., *EU tools for the prevention and settlement of conflicts of jurisdiction in criminal proceedings*, in A.a. V.v., *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, a cura di S. Ruggeri, Springer - Verlag Berlin Heidelberg, 2013, p. 311.
- GALANTINI N., *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 97.
- GALANTINI N., *Ne bis in idem e double jeopardy come diritto della persona*, in *Giust. e Cost.*, 1982, p. 81.
- GALANTINI N., *Il principio del ne bis in idem internazionale nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1984.

- GALANTINI N., voce *Riapertura delle indagini*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Utet, Torino, 1997, p. 166.
- GALANTINI N., *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 3474.
- GALANTINI N., *Evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1567.
- GALANTINI N., *Commento alla soluzione di un caso di litispendenza internazionale*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 3360.
- GALANTINI N., *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 febbraio 2011.
- GARDOCKI L., *Transfer of proceedings and transfer of prisoners as new forms of International cooperation*, in A. Eser – O. Lagodny, *Principles and procedures for a new transnational criminal law*, Freiburg im Breisgau, 1992, p. 317.
- GAROFALO L., *Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia secondo l'art. 68 del Trattato CE*, in *Dir. u.e.*, 2000, p. 805.
- GARTNER I., *Austria, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle "ne bis in idem"*, in *Rev. int. dr. pen.*, 2002/3, vol. 73, p. 787.
- GHIRON R., *Esercizio della giurisdizione penale nell'ambito della Convenzione sullo status delle truppe NATO*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3056.
- GIOSTRA G., *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 1994.
- GIULIANO M., *I diritti e gli obblighi degli Stati*, t. I, *L'ambiente dell'attività degli Stati*, in *Trattato di diritto internazionale*, diretto da G. Balladore Pallieri – G. Morelli – R. Quadri, vol. III, Cedam, Padova, 1956.
- GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010.
- GRASSO G., *La «competenza penale» dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in Aa. Vv., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. Grasso – L. Picotti – R. Sicurella, Giuffrè, Milano, 2011, p. 683.
- GREVI V., *Archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1274.
- IACOBACCI D., *Lineamenti istituzionali del giudicato penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, p. 631.
- INGRAVALLO I., *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. u.e.*, 2003, p. 497.

- JANNELLI E., *La cosa giudicata*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario - E. Marzaduri, *Le impugnazioni*, vol. coordinato da M.G. Aimonetto, Utet, Torino, 2005, p. 643.
- JESCHECK H.H., *L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1971, p. 633.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di comunità, Milano, 1952.
- KLIP A., *European criminal law*, Intersentia, 2009.
- KLIP A. - VAN DER WILT H., *The Netherlands Non bis in idem*, in *Rev. int. dr. pén.*, 2002, p. 1091.
- KOSTORIS R.E., voce *Revoca della sentenza di non luogo a procedere*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 285.
- LAPICCIRELLA C., voce *Decreto penale di condanna (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 878.
- LAVARINI B., *L'esecutività della sentenza penale*, Giappichelli, Torino, 2004.
- LEIDENMÜHLER F., *The incorporation of the Schengen acquis into the frame work of the EU by the example of the "ne bis in idem" principle*, in *Eur. Legal forum*, 2002, p. 253.
- LEVI N., *Diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 1949.
- LIGETI K., *Rules on the application of ne bis in idem in the EU*, in *Eucrim*, 2009, f. 1-2, p. 37.
- LO VOI F., *Eurojust: prime riflessioni su alcuni profili ordinamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 542.
- LOOF R., *54 CISA and the principle of ne bis in idem*, in *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.*, 2007, p. 309.
- LOZZI G., voce *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, p. 913.
- LOZZI G., *Profili di un'indagine sui rapporti tra «ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Giuffrè, Milano, 1974.
- LOZZI G., *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1600.
- LUCHTMAN M., *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, in *Utrecht L. Rev.*, 2011, 7, p. 74.
- LUPARIA L., *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012.

- MACCHIA A., sub Art. 20 c.p.p., in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. I, Soggetti, Giuffrè, Milano, 1998, p. 111.
- MAGRINI P., *L'evoluzione delle politiche europee nel settore della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Tampere via Amsterdam*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2000, p. 1817.
- MANACORDA S., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes – V Zagrebelsky, Giuffrè, Milano, 2011, p. 147.
- MANCUSO E.M., *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012.
- MANES V., *La corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, cost.)*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 gennaio 2013.
- MANGIARACINA A., *Sentenze contumaciali e cooperazione giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 120.
- MANGIARACINA A., *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello "spazio giudiziario europeo"*, in *L.P.*, 2006, p. 631.
- MANN F.A., *The doctrine of jurisdiction in international law*, in *Recueil des cours*, 1964, I, p. 82.
- MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2011.
- MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, Utet, Torino, 1932.
- MARCHETTI M.R., *Commento all'art. 4 del VII Protocollo aggiuntivo alla CEDU*, in *L.P.*, 1991, p. 248.
- MARCHETTI M.R., *Gli artt. 8 e 9 della Convenzione di estradizione e la Costituzione: molto rumore per nulla*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2371.
- MARINUCCI G. -DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- MARGUERY T.P., *The protection of fundamental rights in european criminal law after Lisbon: what role for the Charter of fundamental rights?*, in *E.L. Rev.*, 2012, p. 460.
- MARZADURI E., *Brevi considerazioni sui poteri del giudice nell'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 729.

- MARZADURI E., sub art. 531, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, V, Utet, Torino, 1991, p. 530.
- MARZADURI E., voce *Azione*, in *Enc. giur.*, IV, Treccani, Roma, 1996.
- MARZADURI E. - MANZIONE D., *Commento agli artt. 1 e 2 L. 7/1/1998 n. 11 - Disciplina della partecipazione al procedimento penale a distanza e dell'esame in dibattimento dei collaboratori di giustizia, nonché modifica della competenza sui reclami in tema di articolo 41-bis ordinamento penitenziario*, in *L.P.*, 1999, p. 861.
- MAUGERI A.M., *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta dei diritti fondamentali*, in Aa. Vv., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. Grasso - R. Sicurella, Giuffrè, Milano, 2007, p. 99.
- MONTALDO S., *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio del ne bis in idem*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2013, p. 574.
- MONTAGNA M., *Le verifiche sulla giurisdizione: presupposti e modalità di soluzione*, in Aa. Vv., *La giustizia penale differenziata*, vol. III, *Gli accertamenti complementari*, coordinato da M. Montagna, Giappichelli, Torino, 2011.
- MORELLI F.B., *Le formule di proscioglimento. Uno studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 2010.
- NASCIMBENE B., *L'incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del Comitato parlamentare di controllo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1999, p. 731.
- NEGRI D., *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Giappichelli, Torino, 2012.
- ORLANDI R., voce *Condizioni di procedibilità*, in *Enc. giur.*, VII, Treccani, Roma, 1989.
- ORLANDI R., voce *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Utet, Torino, 1995, p. 42.
- ORLANDI R., *Effetti preclusivi dell'archiviazione e procedimento cautelare*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3291.
- ORLANDI R., *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura di un pubblico ministero europeo*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea: atti dell'incontro di studio organizzato dal Dipartimento di scienze giuridiche e dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Trento in cooperazione con il Centro di diritto penale tributario (Trento, 3 e 4 ottobre 1997)*, a cura di L. Picotti, Giuffrè, Milano, 1999, p. 207.
- ORLANDI R., *Principio di preclusione e processo penale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, p. 5.
- ORLANDI R., *Procedimenti speciali*, in Aa. Vv., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso - V. Grevi - M. Bargis, Cedam, Padova, 2012, p. 663.

- PAGLIA M., *Ne bis in idem e continuazione: nuove prospettive processuali penali internazionali*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1263.
- PAGLIA M., sub art. 731 c.p.p., in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di A. Gaito, Utet, Torino, 2004, p. 2433
- PAGLIA M., sub art. 733 c.p.p., in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di A. Gaito, Utet, Torino, 2004, p. 2438.
- PAGLIARO A., voce *Fatto (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 961.
- PALAIÀ N., *L'efficacia preclusiva delle sentenze penali straniere*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1969, p. 723.
- PALAZZO F., *Il fatto di reato*, Giappichelli, Torino, 2004.
- PANAYIDES P., *Conflict of jurisdiction in criminal proceedings: analysis and possible improvements to the Eu legal framework*, in *Rev. int. dr. pén.*, 2006, p. 113.
- PANZAVOLTA M., *Eurojust: il braccio giudiziario dell'Unione*, in Aa. Vv. *Profili del processo penale nella costituzione europea*, a cura di M. G. Coppetta, Torino, Giappichelli, 2005, p. 149.
- PANZAVOLTA M., *Il giudice naturale nell'ordinamento europeo: presente e futuro*, in Aa. Vv. *Profili del processo penale nella costituzione europea*, a cura di M. G. Coppetta, Torino, Giappichelli, 2005, p. 107.
- PANZAVOLTA M., *Lo statuto del pubblico ministero europeo (ovvero, ologramma di un accusatore continentale)*, in *Profili del processo penale nella costituzione europea*, a cura di M. G. Coppetta, Torino, Giappichelli, 2005, p. 179.
- PANZERA A.F., voce *Giurisdizione penale (limiti)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Utet, Torino, 1992, p. 4.
- PAOLOZZI G., *Il procedimento alternativo per decreto penale*, Giuffrè, Milano, 1988.
- PAOLUCCI C. M., *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale*, Torino, Utet, 2011.
- PAULESU P.P., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione*, in Aa. Vv., *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 343.
- PEERS S., *The proposed Framework Decision on conflict of jurisdiction in criminal proceedings: manipulating the right to a fair trial?*, in <http://www.statewhatsc.org/analyses/no-76-conflict-of-jurisdiction.pdf>.
- PETTA P., *La Costituzione e la Convenzione sullo status delle truppe N.A.T.O.*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 975.
- PIATTOLI B., *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Giuffrè, Milano, 2002.

- PIATTOLI B., *Il ne bis in idem diventa transnazionale*, in *D&G*, 2006, n. 16, p. 96.
- PIATTOLI B., *Ne bis in idem, alt ai conflitti Ue. Le linee guida targate Bruxelles*, in *D.&G.*, 2006 (20), p. 120.
- PIAZZA M. – PISAPIA A., *Riflessioni sul principio del ne bis in idem alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3272.
- PIERINI J. P., *Territorialità europea, conflitti di giurisdizione e ne bis in idem*, in AA. VV., *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di T. Rafaraci, Giuffrè, Milano, 2007, p. 113.
- PIGNATELLI A., sub *Art. 20 c.p.p.*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. I, Utet, Torino, 1989, p. 133.
- PISANI M., voce *Giurisdizione penale*, in *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 381.
- PISANI M., *Dal Parlamento europeo: verso il ne bis in idem internazionale*, in *Ind. pen.*, 1984, p. 602.
- PISANI M., *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, t. I, Milano, 2005, p. 553.
- PISANI M. – MOSCONI F., *Codice delle convenzioni europee di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1996.
- PITTARO P., *Rinnovo del giudizio e ne bis in idem europeo (a proposito di una ratifica che si fa attendere)*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 790.
- PLASTINA N., *Può disporsi la consegna in base a un Mae se i fatti diversi erano già conosciuti dal giudice nazionale che ha giudicato?*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1215.
- POCAR F., *L'esercizio non autorizzato del potere statale in territorio straniero*, Cedam, Padova, 1974.
- POLITI M., *Giurisdizione penale sul personale della N.A.T.O. e problemi di costituzionalità*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1974, p. 471.
- QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Napoli, 1968.
- RAFARACI T., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, p. 621.
- RAFARACI T., voce *Processo penale tedesco*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, t. 1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 831.

- RAFARACI T., *Le misure contro i procedimenti penali "paralleli" nella decisione-quadro 2009/948/GAI*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di P. Corso – E. Zanetti, vol. II, La Tribuna, Piacenza, 2010, p. 513.
- RAFARACI T., voce *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir.*, Annali, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 857.
- RICCIARELLI M., *L'esercizio della funzione giurisdizionale: dalla competenza al riparto di giurisdizioni*, in Aa. Vv., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. I, *Soggetti e atti*, t. 1, a cura di G. Dean, Utet, Torino, 2009.
- RIONDATO S., *Il principio del "ne bis in idem" non opera quando la prima decisione è stata annullata per vizi di forma*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 124.
- RIVELLO P.P., *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 476.
- RIVELLO P.P., *sub art. 649*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, VI, Utet, Torino, 1991, p. 420.
- ROSSI N., *Corruzione di pubblici ufficiali stranieri ed esercizio dell'azione penale in Italia*, in *Quest. giust.*, 2008, p. 173.
- ROTTOLA A., *Ancora «bis in idem» nei rapporti con autorità giurisdizionali straniere?*, in *Riv. dir. int.*, 1975, p. 859.
- RUGGERI S., *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Giuffrè, Milano, 2004.
- RUGGERI S., *Il procedimento per decreto penale. Dalla logica dell'accertamento sommario alla dinamica del giudizio*, Giappichelli, Torino, 2008.
- RUGGERI S., voce *Giudicato penale*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 433.
- RUSSO C., *Videoconferenze, diritto di difesa, standards tecnici previsti dalla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4768.
- SAKAR L., *The proper law of crime in international law*, in *Int. Comp. Law. Quarterly*, 1962, p. 442.
- SALAZAR L., *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo (I)*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 906.
- SALAZAR L., *Nuovo riconoscimento da parte del Giudice delle Leggi del principio La loi suit le drapeau*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1000.
- SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1114.
- SCHOMBURG W., *Germany, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle "ne bis in idem"*, in *Rev. int. dr. pen.*, 2002/3, vol. 73, p. 941.

- SCOMPARIN L., *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2008.
- SELVAGGI E., *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo (Unione europea)*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1692.
- SERENI A.P., *Diritto internazionale*, vol. II, *Organizzazione internazionale*, Giuffrè, Milano, 1958.
- SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Libsona*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, f. 1, p. 111.
- SPIEZIA F., *Crimine transnazionale e procedure di cooperazione giudiziaria*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006.
- SPIEZIA F., *Il coordinamento giudiziario sovranazionale: problemi e prospettive alla luce della nuova decisione 2009/426/GAI che rafforza i poteri di Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1990.
- SUOMINEN A., *The present, past and the future of Eurojust*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2008, p. 217.
- TCHORBADJIYSKA A., *Joint cases C-187/01 and C-385/01 Gozutok and Brugge (E.C.J. February 11, 2003) 2003 E.C.R. I-1345*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2003-2004, p. 549.
- TERRUSI F., *La giurisdizione penale sui militari N.A.T.O.*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1621.
- TRACOGNA C., *Ne bis in idem and conflicts of jurisdiction in the european area of liberty, security and justice*, in *Lesij nr. XVIII*, vol. 2, 2011, p. 55.
- TRECHSEL S., *Human rights in criminal proceedings*, Oxford University Inc., New York, 2005.
- TREVES T., *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Cedam, Padova, 1973.
- TROISI P., *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 719.
- TULKENS F., *Una giustizia negoziata?*, in *Aa. Vv., Procedure penali d'Europa*, coordinato M. Delmas Marty, 2° edizione italiana a cura di M. Chiavario, Cedam, Padova, 2001, p. 624.
- VAN BOCKEL B., *The ne bis in idem principle*, Kluwer Law International BV, 2010.
- VAN DEN WYNGAERT C. – STESSENS G., *The international non bis in idem principle. Resolving some of the unanswered questions*, in *ICLQ*, p. 779.
- VANNINI O. – COCCIARDI G., *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1986.
- VARRASO G., *Il reato continuato tra processo ed esecuzione penale*, Cedam, Padova, 2003.

- VARRASO G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, Milano, 2012.
- VELANI L.G., *Divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto e contro il medesimo soggetto: azione penale improcedibile anche in mancanza di irrevocabilità*, in *Ind. Pen.*, 2006, p. 735.
- VENTURA P., *Il procedimento per decreto penale*, Ipsoa, Milano, 2008.
- VERVAELE J.A.E., *The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht Law review*, Volume 1, Issue 2 (December), 2005, p. 100.
- VOZZA D., *Verso un nuovo "volto" del ne bis in idem internazionale dell'Unione europea?*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 maggio 2012.
- WASMEIER M., *The principle of ne bis in idem*, in *Rev. int. dr. pén.*, 2006, p. 121.
- ZICCARDI P., *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 462.
- ZANETTI E., *Giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple: una proposta da Friburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 374.
- ZUMBO S., *Duplicazione di procedimento e ne bis in idem*, in *Giust. pen.*, III, 2007, c. 193.