



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre Juridique International et Droits de l'Homme
Diretta da Claudio Zanghì, Lina Panella, Carlo Curti Gialdino

EDITORIALE
SCIENTIFICA

Gli Speciali

Luglio 2023

Ne bis in idem: origini ed evoluzione del principio a livello interno e internazionale

www.rivistaoidu.net

Rivista telematica - ISSN 2284-3531

Registrazione al Tribunale di Roma n. 46/2014 del 10 marzo 2014

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI
Gli Speciali
Diretti da CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

COMITATO SCIENTIFICO

Rafâa Ben Achour – Anthony Arnulf – Jean-Cristophe Barbato – Maria Caterina Baruffi – Andrea Biondi – Isabelle Bosse-Platière – Mouloud Boumghar – Laurence Burgorgue-Larsen – Antonio Remiro Brotons – Ruggiero Cafari Panico – Giandonato Caggiano – Mario Pio Calogero – Andrea Cannone – Ida Caracciolo – Giovanni Cellamare – Consuelo Ramón Chornet – Gianluca Contaldi – Marcello Di Filippo – Zlata Drnas Clement – Emmanuel Decaux – Alejandro del Valle Gálvez – Angela Del Vecchio – Angela Di Stasi – Carlos Villan Duran – Osman El Hajjié – Juan Manuel Faramiñan Gilbert – Pablo Antonio Fernandez Sanchez – Paolo Fois – Olivier de Frouville – Sergio García Ramírez – Pietro Gargiulo – Giancarlo Guarino – Hajer Gueldich – Luis Miguel Hinojosa-Martínez – Paola Ivaldi – Slim Laghmani – Jaime Ferrer Lloret – Alessio Lo Giudice – Sergio Marchisio – Magdalena María Martín Martínez – Paolo Mengozzi – Claudia Morviducci – Bruno Nascimbene – Massimo Panebianco – Nicoletta Parisi – Piero Pennetta – Béatriz Pérez De La Heras – Stelios Perrakis – Yves Petit – Carlos Jimenez Piernas – Pietro Pustorino – Guido Raimondi – Fabián Salvioli – Tullio Scovazzi – Lucia Serena Rossi – Antonio Ruggeri – Francesco Seatzu – Attila Tanzi – Paul Tavernier – Christian Tomuschat – Soledad Torrecuadrada García-Lozano – Sebastian Touzé – Takis Tridimas – Ennio Triggiani – Ugo Villani – Jorge E. Viñuales.

COMITATO DI REDAZIONE

Responsabile osservatori: Raffaele Cadin

Coordinatore di redazione: Francesco Battaglia

Componenti: Gabriele Asta – Maria Cristina Carta – Nicola Colacino – Giulia Colavecchio – Cristina Grieco – Luigino Manca – Gianfranco Gabriele Nucera – Antonio J. Palma – Francesca Perrini – Anna Pitrone – Luigi Prosperi – Valentina Zambrano

Segreteria: Marco Bolognese – Pierfrancesco Breccia – Alberto Marchese – Luigi Zuccari

Criteri di referaggio:

I contributi de *Gli Speciali* sono sottoposti, in forma anonima, a due *referees*, che decidono sulla pubblicazione senza modifiche, con modifiche ovvero sulla non pubblicazione.

Ne bis in idem: origini ed
evoluzione del principio a livello
interno e internazionale

© Copyright - *Ordine internazionale e diritti umani*
Supplemento al n. 3/2023
luglio 2023

ISSN 2284-3531



INDICE

LINA PANELLA e STEFANO RUGGERI, <i>Prefazione</i>	I
---	---

Sezione I

Inquadramento sistematico del principio del *ne bis in idem*

STEFANO RUGGERI, <i>Norma, giudizio e giudicato. Una riflessione sulla tutela penale alla luce del ne bis in idem nell'era dell'interlegalità</i>	1
LINA PANELLA, <i>Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza CEDU</i>	31
FRANCESCA PELLEGRINO, <i>Ne bis in idem transnazionale</i>	47
FRANCESCA PERRINI, <i>Il ne bis in idem nella giurisdizione penale internazionale</i>	62

Sezione II

Ne bis in idem e tutela di situazioni giuridiche soggettive

DIEGO FOTI, <i>Il giudicato come strumento di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo: ne bis in idem e concorso formale eterogeneo nella dialettica tra CEDU e Corte costituzionale italiana</i>	71
ELISEA MALINO, <i>Completezza delle indagini preliminari e ne bis in idem: i risvolti applicativi dell'interazione dei principi della giustizia penale</i>	81
VIVIANA DI NUZZO, <i>Accertamento penale e principio del ne bis in idem: la tutela della vittima di reato nella giustizia riparativa</i>	99
CLAUDIO ORLANDO, <i>Prescrizione processuale e ne bis in idem: l'efficacia preclusiva del giudicato alla prova del tempo</i>	119

Sezione III

Ne bis in idem e ordinamento dell'Unione europea: una garanzia multiforme

ANTONELLA FALCONE, <i>Ne bis in idem e procedimento estradizionale: il problema dell'efficacia preclusiva del provvedimento archiviativo nello scenario giuridico europeo</i>	133
GIULIA COLAVECCHIO, <i>L'attuazione del principio ne bis in idem nell'ambito del mandato d'arresto europeo</i>	152
MICHELE MESSINA, <i>Il ne bis in idem nel diritto europeo della concorrenza: segnali di uniformità applicativa nell'Unione?</i>	170

PREFAZIONE

LINA PANELLA*, STEFANO RUGGERI**

Tra i pochi principi e gli istituti giuridici che hanno attraversato indenni secoli di storia, di culture giuridiche e ordini politico-sociali differenti, può certamente annoverarsi il principio del *ne bis in idem*, inteso tanto nell'accezione di divieto di sottoporre il reo a un duplice trattamento sanzionatorio quanto nel significato di divieto di doppio giudizio per lo stesso fatto. Si tratta di un principio di civiltà giuridica che riveste un'importanza capitale in ogni ambito nel quale opera, impedendo che il medesimo comportamento venga giuridicamente addebitato due volte alla stessa persona e che un nuovo giudizio sia instaurato nei confronti di un soggetto prosciolto o condannato con un provvedimento definitivo per un identico accadimento. Del *ne bis in idem* possono cogliersi almeno due essenziali declinazioni. Esso costituisce anzitutto un baluardo dell'ordinamento giuridico, legato alla stessa essenza della tutela giurisdizionale, in ragione della sua capacità di assicurare la certezza e stabilità del diritto. Ma al contempo appresta una garanzia individuale, essenziale per evitare che un individuo sia esposto nuovamente e indefinitamente alle sofferenze e ai costi connessi alla celebrazione del processo sull'*idem factum*.

La portata trasversale e la vocazione del principio del *ne bis in idem* ad attraversare i settori più differenti dello scibile giuridico, peraltro, giustificano la necessità di approfondire il tema con un approccio interdisciplinare, il quale non può inoltre oggi rimanere confinato alla sola prospettiva nazionale, imponendo una disamina estesa alle complesse implicazioni interordinamentali che da esso si dipanano. Nell'attuale panorama giuridico europeo ritroviamo infatti il divieto di doppio giudizio riconosciuto, seppur in termini non sempre coincidenti, in svariati strumenti giuridici nazionali, internazionali ed eurounitari. Così la disamina della prospettiva nazionale si arricchisce oggi anzitutto delle dinamiche del principio sul piano internazionale, specie in seno all'interno del sistema Cedu. Nuovi problemi e sfide non poco ardue pone poi il processo di transnazionalizzazione del principio nello spazio Schengen e la sua evoluzione all'interno del diritto dell'Unione. Non possono inoltre essere trascurati i risvolti del divieto di *bis in idem* nella cornice più ampia e complessa del diritto penale internazionale, con riferimento a vicende che incidono sui rapporti intergiurisdizionali.

Ma la forza trasformativa del principio in parola si apprezza anche in una prospettiva più ampia. In particolare, proprio l'impatto delle giurisprudenze sovranazionali, e in particolare della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha portato a ampliare da decenni la materia penale oltre i confini dell'area rigorosamente penale così come definita dai singoli ordinamenti nazionali. Oggi l'applicazione del divieto assume dunque una particolare importanza anche in settori diversi da quello propriamente penale. Viene in rilievo, fra gli ambiti più complessi, la materia del diritto alla concorrenza nello scenario dell'Unione europea, dove il riconoscimento del *ne bis in idem* esclude che un'impresa venga condannata o perseguita un'altra volta per un comportamento anticoncorrenziale per il quale

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Messina.

** Professore ordinario di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Messina.

sia stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione non impugnabile.

Entro queste coordinate di fondo, si inseriscono i contributi del presente volume, risultato di una ricerca che ha coinvolto docenti, ricercatori e giovani studiosi dei dipartimenti di Giurisprudenza e Scienze politiche e giuridiche dell'Università di Messina. L'approccio adoperato è quello multidisciplinare poiché l'unico in grado di trattare un argomento così articolato e contraddistinto da diverse declinazioni e implicazioni. Eterogenei sono, infatti, gli interessi in gioco che meritano particolare attenzione: dalle libertà ai diritti di difesa dell'indagato e dell'imputato, all'interesse a promuovere la prevenzione della criminalità fino al rispetto dello Stato di diritto. Senza tralasciare i legami del principio in oggetto con la tutela della libera concorrenza del mercato.

Ebbene, per affrontare al meglio le questioni connesse al *ne bis in idem*, questo speciale numero della Rivista si snoda lungo tre filoni tematici che si sviluppano, a loro volta, in tre sezioni. La prima sezione fornisce un inquadramento sistematico del principio nelle dimensioni nazionali, transnazionali e internazionali, al fine di fornire le coordinate giuridico-teoriche di fondo all'interno delle quali si muoveranno le successive riflessioni. In particolare, la seconda sezione si occupa della trattazione del *ne bis in idem* dal punto di vista dei suoi effetti sulle situazioni giuridiche dei soggetti a vario titolo coinvolti in un procedimento penale tanto nazionale quanto transnazionale. A tal riguardo, verrà evidenziato il carattere strumentale del principio in esame rispetto ai diritti fondamentali dell'individuo entro uno scenario contraddistinto dall'inter-legalità. La terza sezione, infine, affronta il *ne bis in idem* dalla prospettiva privilegiata dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea nel tentativo di tratteggiare il volto di una garanzia multiforme che mira essenzialmente ad assicurare uno spazio di libera circolazione improntato alla sicurezza, non solo dei cittadini europei ma anche di tutti gli individui che si muovono sul territorio europeo.

SEZIONE PRIMA

**INQUADRAMENTO SISTEMATICO DEL
PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM***

NORMA, GIUDIZIO, GIUDICATO.
UNA RIFLESSIONE SULLA TUTELA PENALE ALLA LUCE DEL *NE BIS IN IDEM*
NELL'ERA DELL'INTERLEGALITÀ

STEFANO RUGGERI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Ne bis in idem* transnazionale e decisioni ad efficacia preclusiva. – 3. Giudicato e accertamenti di merito: il problema dell'improcedibilità processuale nell'area di libertà, sicurezza e giustizia. – 4. Il *ne bis in idem* europeo fra mutuo riconoscimento e garanzie dell'equo processo. – 5. Fatto e valore del giudicato penale alla prova del *ne bis in idem* transfrontaliero. – 6. *Ne bis in idem* e giudicato formale. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

Pochissimi principi e istituti giuridici sono riusciti ad attraversare secoli di storia e culture differenti, caratterizzando settori tra i più diversi dell'esperienza giuridica. Si contano, come si suole dire, sulle dita di una mano: e tra essi è certo da annoverare il divieto di *bis in idem*. Le possibili spiegazioni di questa straordinaria capacità di conservazione sono molteplici e sarebbe estremamente difficile analizzarle compiutamente in un solo scritto, andando peraltro ben al di là del limitato ambito di competenza dello studioso di una *Querschnittmaterie* quale il diritto processuale penale. Una fra le altre, probabilmente la principale, risiede comunque nell'eccezionale versatilità di quel principio, nella sua capacità di arricchirsi adattandosi, senza smarrire il proprio nucleo valoriale, al contesto storico e culturale di ogni tempo e ordine sociale e giuridico e, all'interno di quest'ultimo, alle peculiarità di ogni ambito d'applicazione. Un'osservazione dell'attuale evoluzione della materia penale – in una realtà giuridica sempre più poliedrica e sfaccettata – dà ampia prova di quella versatilità. Sennonché l'eccezionale della garanzia del *ne bis in idem* di catalizzare contenuti sempre nuovi e adattarsi alle sfide dei tempi può risultare assai difficile da gestire, e rischia persino di privarlo di una coerente identità, proprio in un settore, qual è la giustizia penale, in cui è essenziale contenere la portata espansiva dello *ius terribile*.

La complessità di questa materia non potrebbe essere espressa in modo più puntuale di quanto non abbia scritto Giovannangelo De Francesco, secondo il quale, alla luce dell'imponente sviluppo manifestatosi in ambito interstatuale e sovranazionale, si ha davvero l'impressione di trovarsi di fronte ad una sorta di immensa galassia, che neanche una navicella viaggiante alla velocità della luce potrebbe percorrere in uno spazio temporalmente

* Ordinario di diritto processuale penale, Università degli Studi di Messina.

circoscritto»¹. In particolare il cammino che ha portato al riconoscimento del principio del *ne bis in idem* a livello internazionale, specie in seno al sistema Cedu, ha fatto emergere nuovi e complessi problemi, riproponendo anzitutto in quest’ottica il travagliato rapporto fra materia formalmente penale e materie che, seppur afferenti ad altri rami dello scibile giuridico², si caratterizzano per la presenza di livelli sanzionatori che implicano un’inevitabile interazione con la tutela penale. Ma è stata probabilmente la transnazionalizzazione del principio nello spazio Schengen e la sua successiva importazione nel diritto dell’Unione ad apportare le novità più considerevoli e, a un tempo, le sfide più difficili all’interno del processo d’internazionalizzazione della garanzia.

Senza dubbio la sua consacrazione in relazione a situazioni transfrontaliere ad opera della Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen (di seguito CAAS) pose le basi per la costruzione di un’inedita garanzia dalla portata pressoché paneuropea e dalla natura polivalente: una costruzione che emerge chiaramente dall’art. 50 della Carta UE dei diritti fondamentali, nella quale il riferimento a una preclusione valevole per chi sia stato condannato o assolto “nell’Unione” può valere tanto in relazione a un processo instaurato nello stesso Stato in cui sia stata emanata una di tali decisioni quanto laddove esso sia stato avviato in altro Stato membro³. È peraltro evidente che il principio si carica di significati e problemi affatto nuovi proprio nella sua proiezione transnazionale, nella quale complessi bilanciamenti si impongono tra la tutela dell’individuo che abbia già subito un processo e il rispetto delle diversità ordinamentali dei Paesi rispetto ai quali la medesima garanzia venga in rilievo⁴. Mancando una cornice ordinamentale e soprattutto costituzionale unitaria, vengono meno per definizione le coordinate per determinare su basi sicure profili essenziali, quale l’identificazione dell’*idem factum* ovvero della decisione dotata di forza preclusiva. Neanche il ricorso al principio del mutuo riconoscimento – pur ampiamente invocato dalla Corte di giustizia, che sin dalle sue prime pronunce sul tema ha inquadrato in tale cornice il *ne bis in idem* transnazionale – costituisce un’appagante bussola orientativa in questa nuova e assai più articolata prospettiva, non riuscendo sempre a fornire risposte adeguate e ad assicurare il soddisfacimento dei requisiti qualitativi di un modello di giustizia penale basato sui canoni di un processo autenticamente equo.

Eppure non sembra azzardato sostenere che in un contesto e un momento storico caratterizzato da una sempre più accentuata interlegalità⁵ proprio il versante della giustizia penale transnazionale, più che comportare un rischio di frantumazione del principio, possa giovare a ricomporre la carica assiologica e a fargli ritrovare una coerente identità. A quest’obiettivo è rivolto il presente studio, il quale mira a ricostruire i tratti e soprattutto le dinamiche di tale fondamentale garanzia nella più ampia prospettiva europea. È mia convinzione che quest’allargamento dell’angolo visuale, pur con tutte le difficoltà che esso comporta, possa contribuire a sciogliere alcuni nodi che purtroppo neanche nel campo del diritto processuale nazionale sembrano ancora appieno risolti, consentendo così di cogliere

¹ G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell’integrazione europea*, in *La legislazione penale*, 2015, p. 1.

² Cfr. in questo volume ad esempio M. MESSINA, *L’applicazione del ne bis in idem nel diritto antitrust europeo*.

³ In tal senso le Spiegazioni relative alla Carta di Nizza-Strasburgo. Cfr. B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*⁶, Berlin, Heidelberg, 2021, p. 438 s.; B. GALGANI, *Ne bis in idem e spazio giudiziario europeo*, in A. MANGIARACINA (a cura di), *Il ne bis in idem*, Torino, 2021, p. 234.

⁴ In proposito v. in questo volume l’approfondita analisi di F. PELLEGRINO, *Ne bis in idem transnazionale*.

⁵ Sconfinata la letteratura in proposito. Cfr., per tutti, J. KLABBERS, G. PALOMBELLA (eds.), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge, 2019.

con maggiore nitidezza lo straordinario contributo che il principio in parola apporta alla realizzazione della tutela e, con essa, alla produzione della norma penale.

2. Ne bis in idem *transnazionale* e decisioni ad efficacia preclusiva

La prima questione problematica, con la quale immediatamente deve confrontarsi chiunque si accinga a riesaminare le dinamiche del giudicato penale nella sua dimensione interordinamentale e soprattutto transnazionale, attiene all'individuazione della decisione cui possa essere conferita efficacia preclusiva. Già all'interno dello stesso sistema giuridico, e finanche all'interno della stessa giurisdizione penale, non è affatto agevole stabilire quali decisioni siano provviste di tale efficacia: e lo comprova l'esperienza applicativa dell'art. 90 del codice Rocco, la quale solo a séguito di un'evoluzione esegetica arrivò a comprendere una pronuncia, quale il decreto monitorio, che pur rimase formalmente estranea alla sua sfera di applicazione. Oggi, peraltro, l'interazione fra più quadranti ordinamentali in relazione al medesimo sistema di giustizia penale incrementa in misura esponenziale le difficoltà d'identificazione dei requisiti che un provvedimento giurisdizionale deve soddisfare per acquisire forza preclusiva. Ma è chiaro che la questione raggiunge un ancor maggiore livello di complessità su un piano transfrontaliero, dove le diversità (talora minime, talaltra maggiormente accentuate) fra gli ordinamenti coinvolti sembrano sfilacciare le poche certezze che possono ricavarsi dall'analisi di un singolo sistema nazionale. Ardue sfide ricostruttive, del resto, si pongono persino in aree regionali pur accomunate da un nucleo di obiettivi valoriali, come l'area di libertà sicurezza e giustizia dell'Unione europea, nella quale, per un verso, alle differenze fra le culture giuridiche degli Stati membri si sommano ulteriori problemi concernenti i rapporti con giudizi instaurati e conclusi in Paesi terzi e, per altro verso, la transnazionalità si apprezza, oltre che nei rapporti fra giurisdizioni nazionali, anche nella trama dei rapporti tra queste e gli organi dell'Unione dotati di poteri sanzionatori⁶.

Proprio l'adozione di questa prospettiva porta a interrogarsi nuovamente – e in un'ottica inevitabilmente pluralistica e scevra da condizionamenti legati alle peculiarità di specifiche culture giuridiche nazionali – sul concetto di decisione e, per questa via, su categorie essenziali del diritto processuale e del diritto in generale, quali quelle di giudizio, giurisdizione e accertamento. Individuare quali decisioni possano avere i requisiti qualitativi necessari per potere dispiegare forza di giudicato nei confronti di altri Paesi significa infatti palesemente ragionare a un tempo su quali autorità possano avere il potere di *ius dicere* in materia penale, dove il fenomeno giudiziario rappresenta un momento fondamentale e, come abbiamo visto, strettamente inerente al processo di concretizzazione della legalità penale, che tramite il giudizio, e nelle forme che il giudizio determina, si definisce e acquista appunto consistenza giuridica.

Senonché un'analisi del percorso giurisprudenziale tracciato dalla Corte di giustizia nell'arco di un ventennio mostra una duplice e significativa tendenza a questo proposito: una progressiva apertura verso possibili, e tra loro assai divergenti, soluzioni decisorie e, al contempo, una ben diversa tendenza a ricomporre la materia all'insegna di un metodo che consenta d'individuare quali accertamenti siano in grado di produrre efficacia preclusiva. Non

⁶ B. GALGANI, *Ne bis in idem*, cit., p. 234 s. e nt. 6.

si tratta peraltro di tendenze antitetiche. Esse piuttosto devono essere lette in una cornice unitaria, in cui l'ampliamento del novero delle pronunce munite di effetti preclusivi e l'anticipazione della soglia in cui tale efficacia può dispiegarsi su scala europea non hanno portato allo sfilacciamento delle caratteristiche proprie del giudicato (e del giudizio) penale, ma all'individuazione degli elementi necessari affinché la cognizione penale possa esprimere una così intensa efficacia conclusiva da paralizzare il corso di ogni successivo giudizio penale sull'*idem*.

Fin dagli esordi del percorso che intraprese in questa materia, la giurisprudenza di Lussemburgo ha infatti mostrato una chiara consapevolezza della necessità di adottare parametri selettivi delle decisioni definitive inevitabilmente più ampi, non appiattiti alle categorie proprie di singoli sistemi processuali, ma per l'appunto aperti alle diverse configurazioni dei procedimenti penali e, più in generale, alle differenti scelte operate dai singoli ordinamenti quanto all'attribuzione di questa peculiarissima efficacia a provvedimenti in grado di esprimere un autentico *iudicium* in materia penale. Già nel *leading case* affrontato con la sentenza *Gözütok e Brügge* la Corte di giustizia propugnò una visione del *ne bis in idem* transnazionale, così come stabilito nell'art. 54 CAAS, estremamente moderna, in quanto robustamente improntata al principio del mutuo riconoscimento. Al di là delle questioni che tale impostazione sollevava (e ad oggi solleva)⁷, essa rivelava una chiara adesione a una prospettiva sostanzialmente orientata alle scelte ordinamentali della giurisdizione nella quale fosse stato emanato il provvedimento dotato di forza preclusiva: di qui l'obbligo per ogni Stato membro di accettare «l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse»⁸.

Senza dubbio la sentenza *Gözütok e Brügge* promosse una rivoluzione nel modo d'intendere il *ne bis in idem* transnazionale nel circuito europeo, rendendo compatibile tale garanzia, oltre che con provvedimenti emessi in giudizio, anche con *out-of-court settlements*⁹, quand'anche essi rientrassero nella competenza di organi non giurisdizionali e non si traducessero dunque in *judicial decisions* nel senso più tradizionale del termine¹⁰. Nella fattispecie ciò comportava ammettere (come coerentemente ammise la Corte con riguardo alla vicenda concernente il sig. Gözütok) che una forza preclusiva nei confronti di altri Stati europei potesse sprigionare persino una procedura archiviativa di competenza esclusiva del pubblico ministero come la *transactie* olandese, che in forza dall'antico brocardo *nulla poena sine iudicio* dovremmo invece inquadrare tra le forme di giurisdizione volontaria¹¹. Non ci sentiremmo tuttavia di affermare che tale interpretazione fosse a tal punto appiattita sulla prospettiva nazionale dell'ordinamento del Paese in cui la prima decisione *de eadem re* fosse stata emanata dal legare la preclusione a qualsivoglia procedimento. Così difficilmente potrebbero rientrare nell'area, pur amplissima, della preclusione, quale definita dalla sentenza *Gözütok e Brügge*, quelle forme di *extra-judicial settlement* costituite da soluzioni transattive di competenza di autorità diverse dagli organi competenti per il procedimento penale: ad esempio, la *transactie* prevista dall'ordinamento belga, cui significativamente già il *Bundesgerichtshof* tedesco aveva pochi anni prima negato l'idoneità a determinare uno

⁷ Sulle quali v. *infra*, § 5.

⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, 11 febbraio 2003, C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, ECLI:EU:C:2003:87, punto. 33.

⁹ A. KLIP, *European Criminal Law, An Integrative Approach*⁴, Cambridge, 2021, p. 358.

¹⁰ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gözütok e Brügge*, cit., punto 31.

¹¹ F. CORDERO, *Procedura penale*¹, Milano, 1966, p. 8 s.

Strafklageverbranch in altri ordinamenti¹². Ma in realtà finanche all'interno della sfera della giurisdizione penale l'impostazione adottata da tale fondamentale precedente giurisprudenziale non implica un'accettazione incondizionata del primo giudicato da qualunque altro Paese dell'area Schengen o dell'Unione: seppur in termini ancora embrionali, la Corte già allora focalizzò infatti la propria attenzione sull'esistenza di un approfondimento di merito nella pronuncia emanata per prima al fine di riconoscerle forza preclusiva *ultra fines*.

Negli anni di lì a venire la giurisprudenza della Corte di giustizia sviluppata a partire da tale decisione si incamminò precisamente lungo questa strada: estendendo sì l'area della preclusione del *ne bis in idem* transnazionale mediante l'inclusione di provvedimenti – quale la decisione di non luogo a procedere (*non-lieu*), prevista dal *Code d'instruction criminelle* belga – cui non potremmo riconoscere, applicando le categorie del nostro ordinamento, la forza preclusiva propria del giudicato penale¹³; ma al contempo ancorando il divieto di *bis in idem* alla sussistenza di una valutazione di merito sulla *res iudicanda*, secondo una prospettiva già chiaramente tracciata nei casi *Miraglia* e *van Straaten*¹⁴ e condivisa da fondamentali documenti, come il Libro Verde della Commissione europea sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali¹⁵.

Questa prospettiva, la quale in buona misura coincide con quella adottata dalla Corte di Strasburgo, che pure fa della “*determination as to the merits of the case*” un presupposto essenziale per la produzione del *ne bis in idem* convenzionale di cui al Protocollo VII alla CEDU¹⁶, dischiude scenari d'indagine di estrema rilevanza. Essa implica la necessità di ricostruire l'area della preclusione del giudicato penale nella sua dimensione europea alla luce di un'impostazione metodologica che guardi a quel fondamentale concetto di teoria generale del processo che è il merito. Sarà proprio una messa a fuoco di quest'essenziale categoria a permetterci di definire sotto diversa luce i requisiti di cui devono disporre le decisioni penali affinché possano spiegare efficacia della *res iudicata*, e, per questa via, di comprendere meglio come la normativa penale, attraverso il giudizio, si traduca in regola di condotta giuridicamente vincolante in un caso determinato. L'analisi muoverà dalla prospettiva transnazionale; ma scopriremo come una riflessione condotta attorno alle dinamiche relative alla dimensione transfrontaliera del *ne bis in idem* fornisca indicazioni di estrema utilità per una ridefinizione della portata della garanzia anche nella sua proiezione puramente nazionale.

3. *Giudicato e accertamenti di merito: il problema dell'improcedibilità processuale nell'area di libertà, sicurezza e giustizia*

Se la preclusione del giudicato è ancorata alla sussistenza di una cognizione di merito, dobbiamo riconoscere che la corretta comprensione di tale categoria non può rilasciarsi a un apprezzamento puramente intuitivo, esigendo piuttosto uno sforzo di puntualizzazione che, del resto, non può non muovere da un'ottica relativistica e saldamente ancorata alle specifiche

¹² Cfr. BGH, NStZ 1999, 250. Al riguardo v. B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, cit., p. 472.

¹³ Corte di giustizia dell'Unione europea, 5 giugno 2014, C-398/12, *M.*, ECLI:EU:C:2014:1057.

¹⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, rispettivamente, 10 marzo 2005, C-469/03, *Miraglia*, ECLI:EU:C:2005:156, e 28 settembre 2006, C-150/05, *van Straaten c. Paesi Bassi e Italia*, ECLI:EU:C:2006:614.

¹⁵ COM(2005) 696 definitivo.

¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 8 luglio 2019, *Mihalache c. Romania*, ricorso n. 54012/10, par. 96 ss.

esigenze che proprio la materia penale solleva nelle sue plurime manifestazioni. Cosa debba intendersi per merito non si può infatti dire in astratto, poiché nettamente diverse sono le problematiche inerenti alla giustizia penale nazionale e transnazionale: e così diverso è l'atteggiarsi, rispetto all'una e all'altra, del rapporto e della diversa efficacia giuridica non solo delle decisioni sostanziali e di quelle processuali, ma soprattutto delle pronunce rientranti secondo il diritto nazionale nella giurisdizione formalmente penale e i provvedimenti emanati al di fuori della sfera del giudizio penale in senso stretto, in quanto afferenti ad altra giurisdizione, o addirittura alla competenza di un'autorità non giurisdizionale.

Certamente la nozione di merito s'iscrive in una dicotomia, anzi è parte essenziale di una coppia concettuale all'interno della quale va letta. Di giudizio di merito ha difatti senso parlare in relazione a ciò che merito non è o non può considerarsi, ossia in relazione al vasto campo dei giudizi sulle procedure, o, per dirla in termini ancor più generali, delle decisioni puramente processuali. Sennonché a uno sguardo attento risulta subito che, sullo specifico terreno della giustizia penale europea, di definizioni relative a tale classe di decisioni, e conseguentemente all'area delle decisioni non di merito, non c'è traccia, né se ne è mai occupata *ex professo*, a quanto mi consta, la giurisprudenza di Lussemburgo.

La più esaustiva ricostruzione del concetto di merito nella prospettiva del *ne bis in idem* transnazionale ha probabilmente fornito l'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer in *van Straaten*. Vista nella prospettiva delle decisioni proscioglitive, tale nozione abbraccerebbe una serie di situazioni assai eterogenee, le quali tuttavia potrebbero essenzialmente dividersi in due categorie, a seconda che si riferiscano a cause inerenti o estranee all'imputato. Le prime inciderebbero sui requisiti fondamentali relativi all'imputabilità e al complesso giudizio di colpevolezza, mentre le seconde concernerebbero aspetti oggettivi quali i profili dell'antigiuridicità, gli elementi soggettivi dell'illecito, nonché cause attinenti al trascorrere del tempo e alla verità materiale dei fatti oggetto di accertamento: queste ultime, a loro volta, comprenderebbero tre categorie di assoluzioni a seconda che il fatto non integri un illecito penale, l'imputato non lo abbia commesso, ovvero non sia provato che egli ne sia l'autore, con particolare riferimento al caso di assenza di prove della colpevolezza. Dal canto suo, la condanna non porrebbe particolari problemi, riflettendo per definizione una decisione di merito; in prospettiva transnazionale, tuttavia, la relativa nozione andrebbe rimodulata al fine di soddisfare al meglio le specifiche esigenze poste dal *ne bis in idem*, annoverando pure i provvedimenti di estinzione dell'azione penale che seguano all'adempimento di certi obblighi imposti all'imputato da organi non giurisdizionali quale il pubblico ministero, così come stabilito in *Gözütok e Brügger*.

Nonostante i pregi di tale impostazione, essa non sembra fornire una coerente ricostruzione dei giudizi di merito. Riesce così difficile comprendere come possano considerarsi estranee alla sfera dell'imputato profili attinenti alle qualità personali del reo o elementi soggettivi dell'illecito; e, ancor più a fondo, risulta artificiosa la distinzione tra giudizi di merito di carattere soggettivo ed oggettivo a fronte di situazioni che possono assumere rilevanza in ambedue gli ambiti, come quello delle scriminanti putative. Quanto poi al piano processuale, la circostanza che non sia provato che l'imputato sia l'autore dell'ipotesi criminosa non comprende certo solo l'ipotesi della mancanza totale di prove della responsabilità penale ma anche le situazioni (ben più chiaroscurali ma anche assai più frequenti) di prove contraddittorie o insufficienti, ovvero situazioni idonee sì a supportare una valutazione di probabile colpevolezza, ma non a soddisfare l'esigente parametro della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio: e ciò a prescindere dal fatto che tali situazioni – a seconda delle scelte operate dalle legislazioni nazionali e soprattutto a seconda delle prassi

applicative – portino ad assolvere o, per converso, possano condurre perfino a condannare l'imputato, come in Italia avviene in tema di patteggiamento. È infatti chiaro che gli *standard* probatori assai poco hanno a che vedere con la definizione del concetto di merito, il quale attiene piuttosto all'accertamento dei temi della *Hauptsache*.

Ad ogni modo, le Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer hanno senza dubbio avuto un'enorme influenza sull'evoluzione della giurisprudenza di Lussemburgo: e lo comprova la soluzione adottata in *Gasparini e altri*, nella quale la Corte riconobbe che pure un proscioglimento per prescrizione avrebbe potuto attivare la garanzia del *ne bis in idem*¹⁷. Tale soluzione appare ineccepibile, né ad essa potrebbe obiettarsi che simili decisioni non attengano alla sfera del merito¹⁸; a meno che non si voglia abbracciare una concezione esasperatamente processualistica della prescrizione, avulsa da qualsiasi accertamento dell'imputazione, quale in realtà non discende neppure dal noto inquadramento, proposto da Antonio Pagliaro, delle cause di estinzione del reato tra le situazioni d'improcedibilità sopravvenuta, dato che queste, nell'opinione dello stesso Maestro, comprenderebbero significative porzioni di accertamento di merito¹⁹.

Il fondamentale contributo del Pagliaro alla ricostruzione della delicatissima materia del giudicato estintivo e della categoria delle decisioni in ipotesi si rivela gravido di importanti implicazioni per un'ulteriore rilettura critica della complessa definizione proposta dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer e per una più puntuale messa a fuoco dell'area coperta dall'efficacia preclusiva del *ne bis in idem* sul piano transnazionale e, per questa via, finanche su quello nazionale. La prima, quasi ovvia considerazione è che la prescrizione, essendo legata a dinamiche temporali che inevitabilmente interferiscono con quelle (non meno complesse) del processo, può cadere pressoché in qualunque momento dell'*iter* procedimentale. Ne consegue che, se la declaratoria della prescrizione è da annoverare – quale che sia la tesi che si voglia seguire – tra i giudizi di merito, lo è a prescindere dal fatto che ad essa si pervenga a conclusione del percorso processuale o *in itinere iudicii*, e persino prima che il processo giurisdizionale venga avviato. Anche le decisioni che esprimono giudizi ipotetici sostanziali sono pertanto certamente da considerare dotate di forza preclusiva: comporti una pronuncia proscioglitrice o una conclusione archiviativa del procedimento, e quale che sia l'inquadramento nell'ambito delle classificazioni europee relative alle decisioni definitive, il provvedimento con cui viene dichiarata la prescrizione in ogni caso determina l'attivazione del *ne bis in idem* su scala transnazionale, come sembra ricavarsi del resto dall'impostazione adottata dalle fondamentali decisioni *Gözütok e Brügger* fino a *Gasparini e altri*.

Questione ulteriore è se la definizione proposta dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer possa considerarsi onnicomprensiva, e dunque in grado di abbracciare tutte le possibili situazioni di giudizi di merito, col risultato che di tale efficacia preclusiva difetterebbero ineluttabilmente tutte le diverse decisioni non rientranti in nessuna delle categorie tratteggiate, quand'anche si tratti di provvedimenti emessi in giudizio e perfino a conclusione di un pubblico dibattito. Tra le decisioni non ricomprese nell'ambito delle pronunce assolutorie ben possiamo infatti annoverare anche giudizi che in nessun modo riguardano il procedere. Così le decisioni concernenti le condizioni obiettive di punibilità non sembrano inquadrabili in nessuna delle categorie indicate, né ad esse pare possano essere ricondotte le pronunce relative a gran parte delle cause personali di non punibilità, e non solo

¹⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, 28 settembre 2006, C-467/04, *Gasparini e altri*, ECLI:EU:C:2006:610.

¹⁸ Così invece A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 361 ss.

¹⁹ A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1967, p. 486 ss.

di quelle successive ma anche di quelle coeve e inerenti allo stesso reato, quale la particolare tenuità del fatto: decisioni, queste, cui il nostro diritto processuale – analogamente a quello degli ordinamenti che un simile istituto riconoscono – indiscutibilmente conferisce efficacia preclusiva.

Non c'è dubbio che tra i provvedimenti esclusi dall'area del merito campeggiano i provvedimenti sulla giurisdizione e sulla procedibilità: ed è probabile che fosse principalmente rispetto ad essi che venne proposto dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer e dalla Commissione europea, e successivamente applicato dalla Corte, il criterio selettivo delle decisioni sui *merits of the case*: con l'obiettivo, insomma, di escludere tutto ciò che merito non fosse né potesse essere considerato. Senonché possiamo trattare indistintamente tali due classi di decisioni alla stessa stregua di giudizi puramente processuali? Anche intuitivamente la risposta non può che essere negativa; anzi proprio su questo la riflessione di Antonio Pagliaro si rivela utilissima e di grande attualità, mostrando quanto utopistica e, ad ogni modo, smentita dalla normativa italiana vigente sia la possibilità d'isolare i giudizi sul procedere da quelli sul merito, implicando anche le decisioni sul procedere l'accertamento di importanti profili della *Hauptsache*. Né si potrebbe argomentare che di tale efficacia simili decisioni siano sì provviste ma in misura minore o con minore intensità, vista la possibilità che a certe condizioni una nuova azione *de eadem re* possa essere instaurata. Guardando alle soluzioni adottate dal codice Vassalli, tale rilievo sarebbe infatti inesatto, eguale essendo (come già puntualmente dimostrò Franco Cordero²⁰) la forza preclusiva delle pronunce di rito a quella di altre decisioni assolutorie; e anche perché la previsione dell'art. 345 Cpp non copre tutte le situazioni relative a giudizi d'improcedibilità (non vi rientrano per definizione, ad esempio, i casi d'improcedibilità per invalida o tardiva realizzazione della condizione prescritta) e, a ben vedere, non può quindi considerarsi *lex specialis* rispetto all'art. 649 Cpp. D'altra parte una simile obiezione provverebbe troppo: la stessa giurisprudenza europea, a seguire l'impostazione seguita dalla Corte nel caso *M.*, dimostra come il modello europeo di giudicato transazionale sia ben compatibile con l'esistenza di forme di efficacia preclusiva risolubile e *sub condicione*, se così vuole appunto la legge nazionale.

Tali considerazioni ci consentono di affrontare un ulteriore profilo non poco problematico che con notevole verosimiglianza emergerà su scala transazionale a séguito della recente riforma della prescrizione e dell'introduzione della nuova figura dell'improcedibilità per decorrenza dei termini massimi previsti per i giudizi impugnatori dal nuovo art. 344-*bis* Cpp²¹. Che con tale decisione si volesse realizzare, al di là della (per la verità alquanto) oscura formula prescelta, una prescrizione processuale era oltremodo chiaro dall'intenzione del legislatore. Ma, quale che fosse la *voluntas legis*, possiamo dire che sia essa una decisione puramente processuale che non riflette alcun diverso accertamento rispetto alla amorfa constatazione del trascorso di un certo lasso di tempo, senza minimamente sfiorare il merito? Possiamo trattarla negli stessi termini in cui trattiamo il provvedimento che acclari il difetto di giurisdizione o di competenza, provvedimento notoriamente sfornito

²⁰ F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Milano, 1956, p. 149, e *Contributo allo studio dell'amnistia*, Milano, 1959, p. 10 ss. e nt. 22, il quale peraltro individuava l'elemento distintivo di questo giudicato nel diverso accertamento realizzato con la declaratoria d'improcedibilità. Con ciò dunque l'illustre Maestro si discostava radicalmente da chi (come il E. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, 1934, p. 668) aveva in passato disconosciuto alle pronunce di rito qualsiasi efficacia di giudicato sulla base della formulazione dell'art. 17 Cpp 1930.

²¹ La questione è approfondita specificamente in questo volume da C. ORLANDO, *Prescrizione processuale e ne bis in idem: l'efficacia preclusiva del giudicato alla prova del tempo*.

della capacità di *ius dicere*, e dunque della capacità di produrre *res iudicata*²²? Se così fosse, saremmo davvero di fronte al nulla conoscitivo, ovvero a un'inedita forma di estinzione del processo penale che, come efficacemente ha sostenuto Paolo Ferrua, «svanisc[e] nel nulla»²³ e dunque a nulla giova. Una sofferenza e una guerra sterile e senza scopo, assai peggiore della decennale guerra di Troia, che persino nella geniale rivisitazione di Euripide nell'Elena quantomeno si rivelò fondata dalla vana ricerca di un simulacro. Ma siamo preparati a questo, preparati cioè ad accettare che un'esperienza giuridica così fondamentale come il processo penale, quale necessario e indispensabile strumento di realizzazione della tutela penale, sfumi e si estingua senza dare alcuna risposta alla società? Quale messaggio trasmetteremmo a chi abbia patito uno o due gradi di giudizio e si veda esposto al rischio di una successiva iniziativa persecutoria? Quale orientamento culturale realizzerebbe una tutela penale così congegnata? E quale messaggio trasmetteremmo soprattutto alla comunità internazionale e alle autorità giudiziarie di altri Paesi della nostra area denominata di libertà, sicurezza e giustizia, dove a fronte di una decisione che così poco decide l'organo che si reputi (anch'esso) competente potrebbe senza colpo ferire intraprendere una successiva azione per lo stesso fatto, come se mai fosse stato giudicato e dunque come se mai un giudizio fosse esistito?

Ma soprattutto sulla base di quali argomenti giuridici giustificheremmo un risultato così abnorme? Non si dica sulla base del dato letterale che ancora l'improcedibilità all'azione penale: al di là di ogni considerazione sulla proficuità di un simile inquadramento, che sembra ad oggi soffrire di un'ingiustificata assimilazione della categoria processualpenalistica delle condizioni di procedibilità alle condizioni dell'azione civile, questa specifica figura d'improcedibilità ha palesemente ben poco a che spartire con l'azione penale. Quand'anche si ritenga che l'iniziativa impugnatoria del pubblico ministero non costituisce una manifestazione dell'azione penale, cosa che a ben guardare non ha mai affermato neppure la Corte costituzionale²⁴, l'inutile decorso del tempo approda infatti a tale esito decisorio quale che sia il soggetto impugnante. E così è evidente che né alla parte civile può essere attribuito surrettiziamente il potere di mantenere in vita l'azione penale nell'instaurare un giudizio impugnatorio avverso una sentenza che al contrario, in assenza di impugnazioni delle parti principali, è già fonte di *res iudicata*, né *a fortiori* si può ritenere, senza giocare con le parole, che all'imputato possa essere riconosciuto *secondum eventum* il potere di esercitare o rivivere l'azione contro sé stesso! Del resto, a ben guardare, neppure aderendo all'antico e sempre attuale modello che fa della prescrizione una causa di estinzione dell'azione anziché del reato – sul presupposto che sia appunto la *prosecution* ad essere *time-barred* – si può pervenire a ricondurre tale improcedibilità all'azione e a farne una pronuncia puramente processuale,

²² Soluzione comunque criticabile, anche questa, da più punti di vista: e precipuamente per il fatto di privare di tutela l'imputato che abbia subito uno o persino due gradi di giudizi conclusisi con pronunce di merito e che si veda esposto a una successiva iniziativa processuale per il sol fatto che il giudizio si sia concluso con una declaratoria d'incompetenza o difetto di giurisdizione. Il problema, naturalmente, non si pone laddove il giudice penale emani uno pseudo-provvedimento che come tale certamente non può porsi quale fonte di *res iudicata*; ben diverso il caso in cui il giudice del grado inferiore abbia adottato una pronuncia che esuli dalla competenza della giurisdizione ordinaria e ricada in una giurisdizione speciale, o anche solo, movendosi all'interno della giurisdizione ordinaria, si sia pronunciato fuori del proprio ambito di competenza: e ciò soprattutto tenendo in conto il fatto che qui, se il difetto di giurisdizione o di competenza non fosse rilevato, tale pronuncia passerebbe comunque in giudicato (F. CORDERO, *Procedura penale*⁹, Milano, 2012, p. 160).

²³ P. FERRUA, *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzi*, in *DisCrimen*, 2021, p. 8.

²⁴ E ciò né nella nota sent. 15 giugno 1995 n. 280, cui si riconduce tradizionalmente un chiaro *revirement* in tema di rapporto fra poteri impugnatori della parte pubblica e principio di obbligatorietà dell'azione penale, né nella giurisprudenza che a tale pronuncia fece seguito, fra cui l'altrettanto celebre sent. 24 gennaio 2007 n. 26.

posto che anche il giudizio sulla necessità e meritevolezza dell'azione si configura quale giudizio di merito.

Senonché spostando l'asse focale dall'azione al processo, facendo cioè dell'improcedibilità una causa di *Prozessverbrauch* anziché di *Klageverbrauch*, non si rischia di accentuare, e non di smorzare, la presunta portata (puramente) processuale della relativa pronuncia, privandola così irrimediabilmente dell'attitudine a sprigionare l'efficacia tipica del giudicato penale? L'obiezione, di primo acchito ineccepibile, muove da una premessa che ancora una volta va dimostrata, ossia che una simile decisione possa a tal punto isolarsi dal merito del giudizio penale da non esprimere alcun accertamento della *res iudicanda*. Tuttavia una simile dimostrazione sarebbe probabilmente impossibile, poiché ben possono darsi diverse situazioni in cui, a fronte dell'inutile decorso delle tempistiche processuali prescritte per le impugnazioni, il procedimento trovi la propria conclusione – quale che sia la volontà del diretto interessato – con una pronuncia di merito anziché con una neutra decisione d'improcedibilità.

Con argomentazione stringente, Daniele Negri ha recentemente dimostrato come se non attraverso la specifica previsione del co. 2, comunque attraverso la clausola generale del co. 1 dell'art. 129 Cpp sia ben possibile, anzi si imponga, una pronuncia sulla *Hauptsache* al fatidico scoccare del tempo previsto per la prescrizione del processo²⁵. Ma in realtà finanche la preclusione dell'art. 129 cpv. Cpp appare più apparente che reale, e proprio in questo emerge ancora la modernità del pensiero di Antonio Pagliaro²⁶. Certo nulla vieta di leggere questa fondamentale previsione nel senso proposto dalla dottrina tradizionale che, sulla scia dell'insegnamento di Franco Cordero²⁷, da essa desume la conferma dell'impossibilità, al ricorrere di qualsivoglia situazione d'improcedibilità o improseguibilità dell'azione, di pervenire a un esito decisorio diverso dal proscioglimento in rito. Ma, a ben vedere, di tale pronuncia quella previsione non si occupa minimamente: essa fuoriesce insomma dall'ambito applicativo dell'art. 129 cpv. Cpp e nessuna inferenza sembra pertanto possa essere desunta da questa disposizione al riguardo. È pertanto più che discutibile che, ogniquale volta si realizzi una concorrenza fra situazioni di rito e accertamenti di merito, essa debba deporre con perfetto determinismo a favore dell'improcedibilità: la cognizione di una quantità di essenziali profili della *res iudicanda*, a seconda dei casi, risulta infatti decisiva per determinare la correttezza dell'inquadramento giuridico del fatto, e dunque per stabilire se il fatto sia perseguibile *sub condicione* o meno. E lo dimostra il fatto che, se non altro laddove la norma incriminatrice fosse stata abrogata o dichiarata costituzionalmente illegittima, non solo non può essere dichiarato estinto il reato, ma appare inoltre problematico che possa essere pronunciato un proscioglimento per improcedibilità.

Proprio questa situazione consente anzi di valutare con maggiore chiarezza il fenomeno di cui ci stiamo occupando. Se il proscioglimento per improcedibilità dovuta alla decorrenza dei termini impugnatori prescinde da variabili legate alla complessità della vicenda concreta²⁸, esso non può certo considerarsi insensibile all'accertamento di profili legati alla

²⁵ D. NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1645393666_negri-2022a-improcedibilita-temporale-riforma-cartabia.pdf, p. 59 ss.

²⁶ A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1967, p. 486 ss.

²⁷ F. CORDERO, *Contributo allo studio dell'ammistia*, cit., p. 8 s.

²⁸ Cosa in sé già problematica e non poco discutibile, dato che la “misura del tempo necessario alla definizione delle cause dipende senza dubbio dalle peculiarità del caso concreto”, come giustamente osserva D. NEGRI, *op. cit.*, p. 54.

cognizione della *res indicanda*, e più a monte, alla verifica dell'esistenza e attuale vigenza della norma incriminatrice. Potremmo infatti seriamente pensare che si possa dichiarare l'improcedibilità, quand'anche la si voglia riferire all'azione penale, rispetto a un fatto non più previsto dalla legge come reato? Anzi proprio il riferimento all'azione penale, al di là degli aspetti problematici e dei dubbi che esso solleva, rende evidente quanto poco sostenibile sia una simile conclusione: la qual cosa induce a riflettere sull'interpretazione più piana che dell'art. 129 cpv. Cpp (così come del vecchio art. 152 cpv. del codice Rocco) si potrebbe dare.

L'esigenza di immediata conclusione del procedimento, del resto, deve anche cedere di fronte a un serio dubbio di legittimità costituzionale, come acutamente rilevò Franco Cordero decenni or sono²⁹. Ciò anzi si impone nell'attuale riassetto dei rapporti tra giudice *a quo* e giudice delle leggi: e così è chiaro che il giudice che, nonostante ogni sforzo, non abbia potuto fornire un'interpretazione della norma incriminatrice conforme a diritto costituzionale, dovrà investire la Corte costituzionale, anziché concludere il procedimento con una amorfa pronuncia d'improcedibilità. Ma considerazioni analoghe si impongono laddove, nonostante il corretto uso degli arnesi dell'ermeneutica, si renda necessario un rinvio pregiudiziale volto a ottenere dalla Corte di giustizia la definizione della portata e del significato di una normativa eurounitaria essenziale per la decisione. Il problema trova una soluzione abbastanza piana nell'ipotesi in cui la *quaestio iuris* venga rilevata dalla Corte di cassazione, sulla quale, al pari di quanto avviene per le giurisdizioni superiori di altri Stati membri, incombe l'obbligo (benché, notoriamente, non assoluto) di rinvio pregiudiziale interpretativo, in forza dell'art. 267 TFUE³⁰. Ma anche quando sia il giudice d'appello a rilevare l'inutile decorso del tempo, ci sono validi argomenti che militano a favore di una ricostruzione della problematica che preveda l'investitura della Corte di giustizia in via prioritaria rispetto a qualunque prospettiva di conclusione del procedimento per prescrizione processuale: anche perché dalla decisione dei giudici di Lussemburgo può discendere una risposta idonea a condurre a una decisione favorevole all'imputato.

Del resto, quand'anche si accedesse a una visione meccanicamente processualistica di tale pronuncia, sarebbe comunque una petizione di principio pensare che essa non sia idonea a sprigionare forza di giudicato anche su scala transnazionale. E in fondo ci sarebbe anche da dubitare che una così netta distinzione concettuale fra pronunce di rito e di merito sia davvero coerente con l'impostazione adottata dalla Corte di giustizia: stando al criterio – promosso dai giudizi di Lussemburgo fin dalla sentenza *Gözütok and Brügger* – secondo cui l'attivazione di questa garanzia troverebbe il proprio fondamento nell'obbligo per ogni Stato membro di accettare le scelte operate da altri Paese, quand'anche il ricorso al proprio diritto nazionale conducesse a soluzioni diverse, non ci sentiremmo infatti di affermarlo. Se è vero che la «valutazione del carattere “definitivo” della decisione penale [...] deve essere effettuata sulla scorta del diritto dello Stato membro da cui questa promana»³¹, e se l'ordinamento nazionale del Paese nel quale il giudizio si è concluso per primo dota di efficacia preclusiva anche provvedimenti di rito emanati in giudizio, come avviene in Italia in forza della chiara lettera dell'art. 649 Cpp, su quale base si potrebbe sostenere che essa non valga nulla al di fuori dei confini nazionali?

²⁹ F. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 94 ss.

³⁰ E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronunzia*, Torino, 2012, p. 15 ss.

³¹ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gözütok e Brügger*, cit., punto 36.

Torneremo a breve sul problema del rapporto fra giudicato transnazionale e mutuo riconoscimento. Qui importa rimarcare che un'impostazione restrittiva del concetto di merito non appare neppure compatibile con un'interpretazione teleologicamente orientata dell'art. 54 CAAS: ad esso appaiono infatti inerenti quelle pronunce che un'eccessiva fiducia nella forma del provvedimento d'improcedibilità porta a inquadrare fra le decisioni sul solo rito: un inquadramento che in verità non appare corretto neppure per la nuova forma di prescrizione del processo per decorrenza dei termini massimi delle impugnazioni. Certo non si può negare che esistano differenze considerevoli rispetto ad altre figure d'improcedibilità; e d'altra parte proprio la circostanza, poc'anzi segnalata, che la previsione dell'art. 345 Cpp copra solo alcuni casi d'improcedibilità – peraltro legati anche a provvedimenti (quale l'archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere) che palesemente esulano dall'ambito applicativo dell'art. 344-*bis* Cpp, concernente i giudizi impugnatori – mostra quanto eterogenea sia la categoria del proscioglimento per improcedibilità, la quale appare irriducibile a un nucleo unitario di situazioni giuridiche. Ciò nonostante, nel bene o nel male, anche questo specifico giudizio d'improcedibilità, come ogni altro, presenta tratti multiformi, i quali non paiono semplicisticamente riferibili alla nozione di un provvedimento vuoto di qualsivoglia contenuto di merito: potendo talora basarsi su una valutazione di mera verosimiglianza dell'ipotesi criminosa, in quanto fondata su una norma penale vigente, talaltra, come abbiamo notato, ben potendo richiedere non poco complesse valutazioni su taluni essenziali temi dell'imputazione. Significativamente, la legge non esclude che l'improcedibilità per prescrizione del processo, come ogni altra ipotesi d'improcedibilità, giunga a conclusione dell'attività istruttoria in appello e finanche a séguito di una riconfigurazione *in iure* dell'ipotesi criminosa da parte della Corte di cassazione, la quale può peraltro considerevolmente incidere sulla determinazione dello stesso calcolo temporale da cui dipende la pronuncia proscioglitrice *ex art. 344-bis* Cpp.

Insomma, proprio sul fronte transfrontaliero pare trovare conferma la debole tenuta del tradizionale approccio all'improcedibilità processuale, il quale soffre di un'aprioristica accettazione della dicotomia merito-rito, che a sua volta è probabilmente il prodotto di quel dualismo fra fenomeni giuridici appartenenti al mondo del processo e fenomeni ad esso estranei, e che per convenzione riconduciamo a un diritto sostanziale o materiale, dualismo che in materia penale risulta sempre più il frutto di un'astrazione concettuale che di una realtà dotata di effettiva consistenza giuridica. Ma sol che si abbandonino idee preconcepite e si guardi alla dinamica dei procedimenti, e a una dinamica perdipiù puntualmente tracciata dal nostro diritto positivo, il quale puntualmente fa di ogni pronuncia proscioglitrice la fonte di *ne bis in idem*, senza distinzione alcuna, ci si può agevolmente avvedere di quanto pure tali pronunce partecipino del merito del giudizio. Le difficoltà di accettare una simile conclusione discendono probabilmente dalla convinzione che la produzione dell'efficacia tipica del giudicato presupponga che la *res* sia stata compiutamente *indicata*. Ciò appare tuttavia un preconcepite ben poco utile, per non dire fuorviante, ai fini di una corretta definizione della portata dei giudizi di merito. Se così fosse, dell'efficacia preclusiva propria del giudicato finirebbero infatti per rimanere prive finanche talune fondamentali decisioni assolutorie: e non solo quelle espressive di giudizi ipotetici, quali le declaratorie di estinzione del reato emanate *in itinere iudicii*, ma pure tutte le assoluzioni cui si perviene *ex art. 129* Cpp a ciclo istruttorio ancora non completato, le quali concludendo il procedimento a uno stadio anticipato dell'*iter* cognitivo, assorbono per definizione tutte le questioni di merito che si stagliano più avanti nel percorso di accertamento; per non parlare delle pronunce assolutorie *ex art. 129* cpv. Cpp che, in caso di concorrenza con una causa estintiva, ben possono essere

emanate perfino prima che un dibattimento venga instaurato in forza dell'art. 469 Cpp. Da ciò si ricava che merito è termine cangiante, dalle mille manifestazioni, e che basta la cognizione di una sua parte essenziale per la realizzazione di un autentico *iudicium* affinché la relativa pronuncia si riveli pienamente idonea a dispiegare gli effetti tipici del giudicato.

D'altro canto un argomento ricavabile dalla formulazione della fondamentale previsione sul *ne bis in idem* sembrerebbe deporre a favore di una lettura che non espunga dalla sua area applicativa il proscioglimento per prescrizione processuale: a differenza delle formulazioni contenute nel Protocollo VII alla CEDU e nella Carta UE dei diritti fondamentali, che esplicitamente richiamano l'alternativa fra condanna e assoluzione, la versione transfrontaliera del principio offerta dalla CAAS genericamente richiede un giudizio definitivo³². La rilevanza persino di tale argomento testuale non va peraltro enfatizzata oltre misura, perché altrimenti potrebbe *a contrario* irragionevolmente condurre a escludere la decisione d'improcedibilità, quale che ne sia la causa, dall'ambito del giudicato europeo, tanto nella sua versione domestica (Protocollo VII alla CEDU) quanto soprattutto nella sua versione anfibolica, in quanto dotata di una rilevanza (quasi) paneuropea ma anche idonea a governare i rapporti endogiurisdizionali, offerta dalla Carta di Nizza-Strasburgo. Una simile esegesi sarebbe tuttavia assai poco sostenibile. Così, se il riferimento a condanna e assoluzione postula l'alternativa fra giudizi concernenti i temi dell'imputazione, per le ragioni anzidette non ci sentiremmo di escludere la *absolutio ab instantia* da quel concetto di "*determination as to the merits of the case*" su cui ha recentemente insistito anche la Grande Camera della Corte di Strasburgo all'interno del quadrante normativo del *ECHR law*³³. Quanto poi al *ne bis in idem* riconosciuto a livello di diritto primario dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, la sua versione transnazionale non può non essere letta alla luce dei fondamentali apporti della giurisprudenza di Lussemburgo alla ricostruzione della portata dell'art. 54 CAAS, come del resto ha riconosciuto la stessa Corte di giustizia in *Spasic*³⁴. Ma è soprattutto in ragione di una considerazione sistematica dei valori fondanti l'area di libertà, sicurezza e giustizia che apparirebbe del tutto irragionevole una lettura che tagliasse fuori le pronunce d'improcedibilità dall'area del *ne bis in idem* europeo. Specie in casi in cui il processo venisse concluso in tal senso a séguito di complessi giudizi sulla *res iudicanda*, e in particolar modo laddove ciò avvenisse in un'istanza superiore, in riforma di una un'assoluzione conquistata magari faticosamente, tale risultato finirebbe infatti per addossare sull'imputato che avesse subito un giudizio rischi pesantissimi sul piano di future iniziative penali in altri Paesi, certo intollerabili in una visione autenticamente *menschengerrecht* della giustizia penale transnazionale³⁵.

Una disamina della giurisprudenza di Lussemburgo sembrerebbe suffragare tale impostazione. Essa dimostra infatti come alcuni significativi giudizi anticipatori ben possano caricarsi di efficacia preclusiva, la quale mediante la cassa di risonanza dell'art. 54 CAAS si

³² S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, Milano, 2015, 193; B. GALGANI, *Ne bis in idem*, cit., p. 255 s.

³³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mihalache c. Romania*, cit., par. 96 ss.

³⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 27 maggio 2014, *Spasic*, C-129/14 PPU, ECLI:EU:C:2014:586. Cfr. C. AMALFITANO, *Ne bis in idem tra Carta dei diritti fondamentali e convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen*, in <https://rivista.eurojus.it/ne-bis-in-idem-tra-carta-dei-diritti-fondamentali-e-convenzione-di-applicazione-dellaccordo-di-schengen/>

³⁵ Sempre attuali le riflessioni al riguardo di O. LAGODNY, *Überlegungen zu einem menschengerchten transnationalen Straf- und Strafverfahrensrecht*, in J. ARNOLD, B. BURKHARDT, W. GROPP, G. HEINE, H.-G. KOCH, O. LAGODNY, W. PERRON, S. WALTHER (Hrsg.), *Menschengerchtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München, 2005, p. 777 ss.

estenderebbe a tutti gli altri Stati membri. Ma ciò, significativamente, non avviene per tutti i provvedimenti: così in *Miraglia* i giudici di Lussemburgo hanno correttamente escluso tale efficacia in relazione alla decisione, adottata dal pubblico ministero olandese, di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che fosse stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti³⁶; analogamente, in *Turanský*, la Corte negò forza preclusiva al provvedimento con cui l'autorità di polizia slovena dispose la sospensione del procedimento penale³⁷. Carattere anticipatorio ben può poi assumere la decisione sulla giurisdizione, e anch'essa va senz'altro considerata alla stregua di una “*preliminary question of a procedural nature*”: e lo conferma, *a contrario*, il diverso approccio seguito dalla Corte, come abbiamo notato, in *Gasparini e altri*. Non posso infatti condividere l'opinione secondo la quale il provvedimento che dichiara la prescrizione sarebbe del tutto estraneo e nulla avrebbe a che vedere con «*the central question in a criminal trial whether the accused actually committed the alleged facts of which he is accused*»³⁸: per le ragioni anzidette, a questa classe di pronunce sembra debba essere riportata anche la declaratoria estintiva del reato per prescrizione, specie quando essa giunga in un grado d'impugnazione, come in quella vicenda, allorché fu il *Supremo Tribunal de Justiça* portoghese a prosciogliere l'imputato³⁹.

In definitiva, un attento esame della traiettoria seguita dalla giurisprudenza europea, e specie della soluzione argomentativa adottata nella sentenza *Miraglia* e che tanta fortuna ha avuto nella successiva giurisprudenza, mostra come il criterio dirimente del merito sia stato invocato dalla Corte col proposito di scartare solo i provvedimenti, anticipatori o successivi al giudizio, che non contengano lo «svolgimento di alcuna valutazione nel merito»⁴⁰, anzi che non esprimano alcuna statuizione sui *merita causae*, senza esclusione invece delle decisioni che pongano fine al procedimento penale come provvedimenti espressivi di un vero e proprio *iudicium*. Vengano dunque emanate le pronunce d'improcedibilità al termine della fase investigativa o di un'udienza anteriore al dibattimento, ovvero a conclusione del dibattimento o perfino in un grado superiore, ad esse – almeno in prospettive transnazionale, dato l'autonoma considerazione della nozione di decisione definitiva elaborata dalla giurisprudenza di Lussemburgo – non può essere aprioristicamente negata l'idoneità a porsi quali fonti di *res iudicata* e produrre così l'efficacia preclusiva tipica del giudicato penale.

³⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Miraglia*, cit., punto 30.

³⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, 22 dicembre 2008, *Turanský*, C-491/07, ECLI:EU:C:2008:768.

³⁸ Così A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 362.

³⁹ In tal senso invece A. KLIP, *op. loc. cit.* Con ciò non si disconosce il pericolo paventato da quest'Autore, che cioè “the Member State with the shortest time period specified in its statute of limitations would dictate that all other Member States that have jurisdiction would no longer prosecute”. Ma per quanto patologica sia la situazione in cui la prescrizione maturi prima ancora che sia instaurato il processo penale (v., di recente, Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 marzo 2021, ricorso n. 24340/07, *Petrella c. Italia*, con nota di M. ALOISI, *Prescrizione del reato e inerzia del pubblico ministero: nuove prospettive e limiti dei diritti della vittima nelle indagini preliminari*, in *Processo penale e giustizia*, 2021) e porti a una conclusione archiviativa che, se previsto dall'ordinamento nazionale, può rientrare nell'esclusiva competenza di un pubblico ministero, ciò non significa ancora che tale decisione comporti un'assenza di giurisdizione. Altro è che un Paese sia dotato o carente di giurisdizione per decidere sulla *res iudicanda*, in base ai principi di diritto internazionale riguardanti l'applicazione spaziale della legge penale, così come disciplinati dal proprio diritto nazionale o da strumenti internazionali; altro che il procedimento si concluda con una declaratoria estintiva per prescrizione. Quand'anche essa sia emanata al termine della fase investigativa (il che tuttavia non avvenne, come si è visto, nel caso *Gasparini e altri*), la «*decision not to exert jurisdiction*» (ancora A. KLIP, *op. loc. cit.*), insomma, non equivale al provvedimento con cui si dichiara l'assenza di giurisdizione: se così fosse, nessuna decisione potrebbe essere assunta, neppure quindi la decisione con cui venga dichiarata prescritta l'ipotesi criminosa.

⁴⁰ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Miraglia*, cit., punto 30.

Tale conclusione, peraltro, non sembra poter avere un valore assoluto. Un discorso alquanto complesso si pone in relazione alla diversa e più limitata efficacia che il diritto processuale italiano attribuisce alla declaratoria d'improcedibilità contenuta in provvedimenti anteriori al dibattimento. Certo ai *distinguo* stabiliti a livello nazionale non si può disconoscere una *ratio* dotata di una sua piena validità sistematica: sebbene l'art. 345 Cpp, come abbiamo osservato, menzioni provvedimenti che esulano dall'ambito applicativo dell'art. 649 Cpp, c'è infatti una logica nella scelta legislativa che, pur assegnando alla sentenza di non luogo a procedere una limitata forza preclusiva, esclude però questa, e *a fortiori* il provvedimento archiviativo, dall'ambito del giudicato. Non c'è dubbio che pure i giudizi anticipatori sul procedere possano considerarsi intrinseci (seppur in diversa misura e con differenti modalità) di valutazioni sul merito; ma c'è un profilo che distingue nettamente le pronunce, e tra esse quelle d'improcedibilità, assunte prima e a séguito del giudizio, e che assume una particolare rilevanza in ogni modello che esalti il ruolo del processo e, al suo interno, del (pubblico) dibattimento come contesto di ascolto e quale sede nella quale le parti possono esercitare il proprio diritto alla prova e al confronto dialettico in relazione alle prove e alle ragioni dell'altro. Ciò riveste in Italia una valenza ancor più pregnante considerando il riconoscimento del contraddittorio, e segnatamente del contraddittorio nella formazione della prova, all'interno del modello costituzionale di giusto processo penale, riconoscimento che conferma dunque la sua rilevanza quale metodo cognitivo e, a un tempo, quale fondamentale diritto individuale. Il che spiega anche la scelta di ricondurre all'area del giudicato il proscioglimento per improcedibilità emanato nel predibattimento: la circostanza che tale decisione solo possa essere emanata sul presupposto che il giudice non ritenga necessaria l'instaurazione del dibattimento, e l'imputato e il pubblico ministero vi acconsentano, rivela la realizzazione qui di un contraddittorio argomentativo, che a sua volta si traduce nella rinuncia da parte dell'imputato al diritto alla prova e al confronto in sede dibattimentale.

Senonché possiamo ritenere tali considerazioni vevoli solo per l'esperienza italiana? Riflettendo sull'importanza apicale che nel sistema Cedu riveste il diritto al confronto, e in generale su quel metodo partecipativo promosso proprio dalla giurisprudenza di Strasburgo quale punto di convergenza di sistemi processuali pur tradizionalmente ispirati a modelli assai differenti, non credo si possa negare che una così essenziale differenza di metodo ben possa valere anche sul fronte del *ne bis in idem* transnazionale. A fronte di un'improcedibilità dichiarata in una fase anteriore al dibattimento in cui il contraddittorio non abbia potuto esercitarsi in modo compiuto o addirittura con provvedimento emanato a séguito di un procedimento condotto *inaudito reo*, quale il decreto d'archiviazione, risulta infatti davvero difficile pensare che il divieto di *bis in idem* possa farsi valere in altre giurisdizioni nazionali senza alcuna considerazione dell'interesse del reo a coltivare il proprio diritto al contraddittorio.

4. *Il ne bis in idem europeo fra mutuo riconoscimento e garanzie dell'equo processo*

L'aver messo a fuoco la questione concernente l'ambito dei giudizi di merito, e l'aver definito entro quali limiti pronunce processuali possano considerarsi estranee all'area della *res indicata* e quali siano invece da annoverare fra le decisioni sulla *Hauptsache*, per quanto di esso riflettano una cognizione embrionale o incompiuta, ci consente ora di affrontare un

ulteriore problema, che a tale questione intimamente si lega sul fronte transnazionale europeo, specialmente su quello dello spazio UE, caratterizzata da un crescente grado d'integrazione e mutua fiducia fra gli ordinamenti nazionali, ossia il ruolo che ai fini della produzione di tale efficacia preclusiva riveste il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie.

Abbiamo visto che un chiaro riferimento al principio del mutuo riconoscimento era già contenuto nella sentenza *Gözütok e Brügge*, nella quale la Corte di giustizia portò avanti una concezione del *ne bis in idem* transnazionale, quale previsto dall'art. 54 CAAS, imperniata sull'obbligo per ogni Stato membro di accettare le soluzioni, per quanto differenti, operate dal diritto penale dell'altro Stato membro nel quale fosse stata emanata la decisione avente forza di giudicato. Onde una visione di questa garanzia tale da precludere in ogni caso l'instaurazione o la prosecuzione di un'azione penale *de eadem re* in qualunque altro Paese dell'Unione sul solo presupposto dell'esistenza di un primo giudicato: a prescindere da qualsivoglia considerazione legata all'identità o diversità dei modelli procedimentali, e soprattutto a prescindere dalla previsione, nello Stato nel quale la seconda azione fosse stata promossa, di una forza preclusiva legata a un provvedimento analogo a quello divenuto definitivo nell'altro Paese. Quell'impostazione, insomma, implicava un generale obbligo di riconoscimento, in linea con una rigorosa concezione del principio di mutuo riconoscimento tipica di quella prima stagione normativa in materia di cooperazione giudiziaria endoeuropea nell'ambito dell'ex terzo Pilastro. Una situazione giuridica doverosa che presupponeva una fiducia sostanzialmente cieca nelle scelte ordinamentali di altri Paesi, e dunque una vera e propria logica di tolleranza e accettazione, fondata sull'esistenza di un livello di avanzata integrazione culturale, prima ancora che giuridica, tra gli Stati europei: la quale tuttavia né esisteva all'epoca⁴¹ né si sarebbe mai compiutamente realizzata negli anni di lì a venire, come attesta l'analisi dell'evoluzione della stessa normativa eurounitaria in materia di giustizia penale transnazionale nell'area UE⁴².

Non si può negare che tale approccio avesse un solido fondamento anche nell'ottica di una compiuta valorizzazione delle istanze di tutela di diritti individuali. Così l'adozione della prospettiva del diritto del Paese in cui la decisione precludente sia stata emanata garantisce a un tempo certezza giuridica a chi abbia patito un primo giudizio *de eadem re*, e che potrebbe aver intrapreso certe iniziative difensive (ad es., il consenso all'attivazione, o addirittura la richiesta di, una procedura alternativa premiale) nella consapevolezza –

⁴¹ Nella stessa sentenza *Gözütok e Brügge* i giudici di Lussemburgo riconobbero che “nessuna disposizione del titolo VI del Trattato sull'Unione europea, relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, [...] né dell'Accordo di Schengen o della stessa CAAS assoggetta[ssse] 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” (par. 32). Il che era logico – come efficacemente rileva A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 358 – poiché, «if recognition required harmonization, it would not be an issue at all. Mutual recognition presumes the existence of differences».

⁴² Così già la Decisione-quadro 2009/829/GAI, in materia di applicazione tra gli Stati membri del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, si allontanò sensibilmente dall'impostazione seguita sette anni prima dalle istituzioni europee nella normativa sul MAE, nella misura in cui non solo consentì a ogni Stato membro, con dichiarazione notificata al segretariato generale del Consiglio, di esigere, per motivi di ordine costituzionale, la verifica della doppia incriminazione per taluni o per tutti i reati di cui al par. 1 dell'art. 14, ma inoltre prevede per la prima volta la possibilità di adattamento dell'ordine, con la conseguente esecuzione di una misura diversa da quella richiesta. Impostazione, quest'ultima, recepita anni dopo dalla Direttiva 2014/41/UE in materia di OEI, la quale peraltro dichiaratamente s'ispirò a una logica di mutuo riconoscimento temperata dalla «flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria» (*Considerando* n. 6).

alimentata appunto da quel sistema ordinamentale – di potere vedere chiusa una vicenda giudiziaria di ordine penale instaurata nei suoi riguardi. Ciò tuttavia non sempre avviene: e così ben può accadere che la rigida applicazione del divieto di *bis in idem* finisca per ritorcersi contro la stessa persona alla cui tutela essa è rivolta, e che potrebbe vedersi preclusa la possibilità di avere un nuovo giudizio nel quale poter pienamente esercitare il proprio diritto di difesa a fronte ad esempio di una condanna emanata con una procedura sommaria della quale potrebbe essere rimasta totalmente all'oscuro. E la questione può assumere in prospettiva transnazionale toni drammatici e riproporre tensioni fra diritto eurounitario e diritto nazionale non dissimili né inferiori a quelle generate dalla nota vicenda Melloni, laddove il procedimento conclusosi per primo non solo non sia previsto ma risulti persino dissonante rispetto ai principi fondanti l'ordinamento del Paese di appartenenza dell'imputato nel quale un secondo giudizio venga avviato, così come riconosciuti dalla *lex constitutionalis* di quest'ultimo (l'inviolabilità del diritto di difesa, nella prospettiva dell'ordinamento italiano, il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva secondo la Costituzione spagnola, e così via).

Si avverte quindi la necessità di un approccio valoriale che non può arrestarsi alla mera constatazione di un'antecedenza temporale e all'incondizionata accettazione delle soluzioni ordinamentali del Paese che tale situazione di priorità cronologica abbia saputo soddisfare. Occorre insomma rifarsi a un principio qualitativo che consenta di coltivare, e non di comprimere, i diritti fondamentali della persona – anzitutto, per l'appunto, della persona imputata che abbia subito un primo accertamento processuale e si trovi esposta al pericolo di subirne un altro –, specie quando si tratti di diritti tutelati dalla Costituzione o la nuova iniziativa processuale possa pregiudicare l'effettività del diritto di difesa quale riconosciuta dal sistema Cedu e dallo stesso diritto UE. E il principio che più sembra idoneo a soddisfare tali essenziali condizioni sembra il principio di affidamento, il quale pare anzi quello che meglio possa far da collante alle due classi di situazioni poc'anzi descritte: poiché entrambe evidenziano l'esigenza di non frustrare le legittime aspettative che ingenera l'adozione di precise strategie difensive tutelate dall'ordinamento, specialmente quando esse trovino solido fondamento nel diritto costituzionale, sovranazionale o convenzionale.

Tale impostazione (la quale si muove secondo una logica valoriale assai vicina a quella che condusse oltre quarant'anni fa Mario Chiavario a invocare il principio di affidamento nel diverso campo dell'efficacia intertemporale della norma processuale, a temperamento dell'alternativa fra due prospettive per la verità ben poco soddisfacenti: quella cioè di frantumazione dell'applicazione processuale sul piano temporale, in forza del brocardo *tempus regit actum*, e l'irrealistica prospettiva volta ad ancorare ogni normativa processuale a un rigido parametro temporale⁴³) non può che condurre a soluzioni flessibili. Così, per riprendere l'esempio addotto al termine del paragrafo anteriore, abbiamo visto che una declaratoria d'improcedibilità emanata prima del dibattimento con un provvedimento archiviativo o con una sentenza di non luogo a procedere difficilmente potrebbe precludere, in forza dell'art. 54 CAAS, un successivo giudizio avviato in altro Paese dell'area Schengen o altro Stato membro dell'Unione. Ciò, tuttavia, non tanto per l'applicazione della logica del riconoscimento mutuo, che impedisce di attribuire forza di giudicato alle decisioni sfornite di tale efficacia preclusiva secondo il diritto dello Stato in cui siano state emanate, quanto piuttosto per il fatto che un simile risultato finirebbe per frustrare il diritto dell'imputato ad esercitare appieno il proprio diritto di difesa e il diritto al contraddittorio, oltre a una serie di

⁴³ M. CHIAVARIO, *Norma giuridica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 478 ss.

ulteriori e non meno rilevanti valori dotati di copertura costituzionale, quale anzitutto il diritto dell'imputato di ottenere l'assunzione di prove idonee a permettere una piena dichiarazione d'innocenza. Ma per le stesse ragioni si potrebbe avanzare più di un dubbio sul fatto che nell'ipotesi inversa – laddove cioè un secondo giudizio fosse instaurato in Italia a fronte di un provvedimento d'improcedibilità emanato prima del dibattimento in altro Paese europeo il cui ordinamento gli conferisca gli effetti preclusivi propri del giudicato – sia ragionevole invocare il principio del riconoscimento mutuo: il quale finirebbe col mortificare il diritto dell'imputato ad avere accesso a un giudizio capace di assicurare il compiuto esercizio del diritto alla prova e di condurre a una pronuncia assolutoria.

In definitiva, anche a prescindere dalle spinose questioni concernenti l'identificazione di un *quantum* minimo di merito, ci riesce difficile pensare che l'attivazione della preclusione di *bis in idem* fondata sul principio del riconoscimento mutuo non debba conseguire a un'attenta verifica del soddisfacimento di essenziali requisiti qualitativi che consentano d'individuare un equo procedimento nell'*iter* che ha condotto all'emanazione della decisione della quale si postuli una forza preclusiva. Tra i quali requisiti – accanto al canone del contraddittorio e al diritto a una difesa effettiva, di cui il diritto alla prova costituisce fra le manifestazioni più significative – si stagliano ulteriori fondamentali garanzie quali quelle d'indipendenza e imparzialità dell'autorità nella cui sfera di competenza rientri l'adozione del provvedimento la cui forza di giudicato è in discussione: anzi la crescente rilevanza proprio di tale garanzia nel settore della cooperazione penale europea⁴⁴ induce a una rimeditazione delle soluzioni raggiunte nel 2003 dalla sentenza *Gözütok e Brügger* e, con essa, a un ulteriore ridimensionamento della rigida logica del riconoscimento mutuo. In effetti, il ricorso a questo fondamentale principio non sembra possa oggi condurci ad accettare acriticamente le conclusioni raggiunte dalla Corte, secondo la quale il «fatto che nessun giudice intervenga nel corso» del procedimento che ha portato alla pronuncia considerata definitiva dal diritto del relativo Paese, e che tale «decisione [...] non assuma le forme di una sentenza, non [sia] tale da inficiare» un'interpretazione estensiva dell'art. 54 CAAS, e ancor meno che «siffatti elementi [...] di forma non possono avere la benché minima incidenza sugli effetti» di tale procedimento⁴⁵. Significativamente, gli stessi giudici di Lussemburgo hanno di recente segnalato come anche in vicende aventi una dimensione transnazionale il *ne bis in idem* miri ad assicurare non solo la *legal certainty* ma anche e soprattutto la *fairness* del procedimento⁴⁶.

Proprio una considerazione complessiva dell'equità procedimentale spinge a un'analisi di ancor più ampio respiro della problematica qui in questione. Senza voler ovviamente rinnegare la fondamentale esigenza di protezione di chi abbia sofferto un giudizio o addirittura una sanzione avente valenza sostanzialmente punitiva, sollevandolo dal rischio di essere nuovamente vessato dalla giurisdizione penale, si deve riconoscere che il discorso, che in modo apparentemente piano potrebbe essere condotto sul terreno del mutuo riconoscimento, richieda un esame ben più complesso delle dinamiche procedurali che

⁴⁴ In proposito v. A. FALCONE, *Indipendenza del pubblico ministero e cooperazione internazionale in materia penale nello scenario giuridico europeo*, in <http://rivista.eurojus.it> (26.7.2021).

⁴⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gözütok e Brügger*, cit., punto 31.

⁴⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, 3 aprile 2019, C-617-17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, ECLI:EU:C:2019:283, punto 33. È interessante notare che anche la giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani ha rimarcato il carattere non assoluto del principio del *ne bis in idem*, tra l'altro, proprio con riferimento alle ipotesi in cui il primo procedimento non sia stato condotto in maniera indipendente e imparziale conformemente ai canoni del *due process*. Cfr. Corte interamericana dei diritti umani, 24 ottobre 2012, *Nadege Dorzema et al. c. Repubblica Dominicana*, § 195.

tenga conto delle altrettanto essenziali esigenze di tutela di soggetti diversi dall'imputato, a cominciare dalla vittima di reato⁴⁷. Non è un caso che, in relazione al pur diverso fronte della giustizia penale nazionale, varie giurisprudenze internazionali in materia di diritti della persona abbiano provveduto ad attenuare considerevolmente la portata del *ne bis in idem* muovendosi in direzioni che tendono a ricostruirne la valenza in una dimensione più ampia. Così la Corte interamericana ha relativizzato l'applicazione di tale garanzia in relazione ai casi in cui la decisione assolutoria, pur emanata da un'autorità giurisdizionale, sia stata finalizzata a proteggere il responsabile di violazioni di diritti umani secondo il diritto internazionale, ovvero le autorità nazionali non avessero alcuna intenzione effettiva di sottoporlo alla giustizia⁴⁸. E in tempi più recenti la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo è arrivata a legittimare la celebrazione di un giudizio penale instaurato per aggressione dovuta a motivi omotransfobici a fronte di un precedente procedimento di natura amministrativa per disturbo della quiete pubblica⁴⁹. Non c'è dubbio che simili situazioni ben possano verificarsi in vicende aventi carattere transfrontaliero o una dimensione che esorbiti i limiti di una singola giurisdizione. Del resto è noto che l'esigenza, non diciamo di ridimensionare la portata assiologica del *ne bis in idem*, ma d'iscriverla in una cornice più vasta e complessa è chiaramente avvertita dal diritto internazionale penale appunto con riferimento a vicende riguardanti rapporti intergiurisdizionali. Così lo Statuto della Corte penale internazionale espressamente consente una deroga al principio del *ne bis in idem* laddove il procedimento avviato conclusosi presso un'altra giurisdizione sia stato avviato al fine di sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale per crimini di competenza della Corte, ovvero non sia stato condotto conformemente alle garanzie previste dal diritto internazionale, tra le quali un ruolo di primo piano assumono quelle d'indipendenza e imparzialità della giurisdizione⁵⁰.

Ciò non significa rinnegare, o minimizzare, la rilevanza che ai fini del *ne bis in idem* transnazionale riveste il principio di riconoscimento mutuo: significa valorizzare anche quegli ulteriori fattori che in una cornice di più ampio respiro incidono sulle tempistiche destinate a determinare l'attivazione di tale garanzia. Fra tali fattori, cui inevitabilmente si legano essenziali esigenze di tutela individuale, occupa un'enorme rilevanza l'impostazione metodologica seguita dall'Unione per affrontare il problema relativo alla risoluzione di conflitti transnazionali di giurisdizione e all'individuazione del foro competente. Significativamente, l'approccio delle istituzioni dell'Unione alla materia si è caratterizzato per un elevato e anzi crescente tasso di flessibilità nell'applicazione dei principi di diritto internazionale che regolano l'efficacia spaziale della legge e l'attivazione della giurisdizione penale. Nonostante le considerevoli differenze fra le discipline relative agli ambiti criminosi

⁴⁷ Sul rapporto fra *ne bis in idem* e tutela della vittima v. in questo volume E. MALINO, *Completezza delle indagini preliminari e ne bis in idem: i risvolti applicativi dell'interazione dei principi della giustizia penale*, nonché, nella prospettiva della giustizia riparativa, V. DI NUZZO, *Accertamento penale e principio del ne bis in idem: la tutela della vittima di reato nella giustizia riparativa*.

⁴⁸ Corte interamericana dei diritti umani, 26 settembre 2006, *Almonacid-Arellano et al. c. Cile*, § 154.

⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 gennaio 2021, *Sabalić c. Croazia*, ric. n. 50231/13, con nota di V. Di Nuzzo, "Ne bis in idem" e tutela della vittima di reato: la corte di Strasburgo riconosce la cedevolezza del principio di fronte a gravi violazioni dei diritti delle persone LGBTQ+, in *Foro it.*, 2021, p. 465 ss.

⁵⁰ I. TALLGREN-A. REISINGER CORACINI, *Article 20. Ne bis in idem*, in K. AMBOS (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*⁴, München, Oxford, Baden-Baden, 2021; W. A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*⁶, Cambridge 2020, p. 199 ss. Cfr. inoltre H. FRIMAN, H. BRADY, M. COSTI, F. GUARIGLIA, C.-F. STUCKENBERG, *Charges*, in G. SLUITER, H. FRIMAN, S. LINTON, S. VASILIEV, S. ZAPPALÀ (eds.), *International Criminal Procedure. Principles and Rules*, Oxford, 2013, p. 442 ss.; K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law: Volume 1: Foundations and General Part*, Oxford, 2013, p. 405 s. In proposito v. infine in questo volume F. PERRINI, *Il ne bis in idem nella giurisdizione penale internazionale*.

interessati, e fra queste e quella di ordine generale contenuta nella Decisione-quadro 2009/948/GAI⁵¹, l'individuazione del foro maggiormente qualificato passa infatti per criteri che non solo non sono gerarchicamente orientati né compongono un *numerus clausus*, ma che inoltre sono in buona misura legati a parametri non predeterminabili al momento del fatto o che addirittura poco o nulla hanno a che vedere con quest'ultimo, in quanto legati a esigenze di ordine essenzialmente processuale, quali la disponibilità di importanti mezzi di prova, lo stadio di avanzamento raggiunto dal procedimento e, più in generale, l'economia processuale.

Ora è chiaro che la scelta delle autorità procedenti di concentrare l'azione penale nello Stato in cui più agevole sia l'ammissibilità dei mezzi di prova o minore sia il rischio di ritardi nella gestione del procedimento può avere una rilevanza decisiva nelle dinamiche che conducono all'emanazione di un provvedimento avente forza di giudicato. Nondimeno tale soluzione non risulta affatto indolore, ben potendo sottoporre l'imputato a difficoltà talora insormontabili nell'affrontare il peso del processo in un contesto culturale e linguistico che a lui ben potrebbe essere del tutto estraneo. Laddove poi il giudizio si concluda con esito condannatorio in un Paese così individuato, dobbiamo ritenere che si attivi il divieto di *bis in idem* rispetto a ogni altra giurisdizione, finanche a quella del Paese nel cui territorio il fatto si assume che sia stato commesso o quella del Paese cui appartiene l'imputato? Palesemente un simile risultato gli arrecherebbe un pregiudizio forse ancor più grave della celebrazione di un nuovo processo, frustrando del tutto il suo legittimo interesse all'affermazione della propria innocenza in un contesto giuridico a lui familiare. Naturalmente, ancora una volta, conviene rifuggire soluzioni radicali. Così, se nella stessa ipotesi considerata l'imputato, pur sottoposto a giudizio in uno Stato a lui estraneo, venisse assolto, sarebbe irragionevole dar prevalenza

⁵¹ Così la Decisione-quadro 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, si limitò a stabilire che, ogniquale più Stati membri avessero avuto la competenza giurisdizionale e la possibilità di perseguire efficacemente un reato inerente alle stesse azioni, i Paesi interessati avrebbero dovuto collaborare per decidere quale fra essi dovesse procedere, al fine di concentrare – laddove possibile – in un unico Stato membro le azioni penali in materia (art. 7 par. 3). Senonché la previsione di un obbligo di collaborazione non era accompagnata dalla determinazione di criteri di scelta della giurisdizione più idonea a procedere. Ben più puntuale la definizione, ad opera della Decisione-quadro 2002/475/GAI sulla lotta al terrorismo, di una lista di criteri di collegamento volti a risolvere situazioni di conflittualità intergiurisdizionale, criteri già di per sé portatori di interessi di natura diversa, quale la tutela del Stato nel cui territorio sono stati commessi i reati, la tutela dello Stato di cui è cittadino o nel quale risiede l'imputato, lo Stato di origine delle vittime, e così via; di più tale provvedimento normativo si segnala per averli ordinarli gerarchicamente “per gradi successivi” (art. 9 par. 2). Solo apparentemente identica l'impostazione seguita, sei anni dopo, dalla Decisione-quadro 2008/841/GAI relativa alla lotta contro la criminalità organizzata: sebbene siano stati inclusi i medesimi criteri di collegamento previsti dalla Decisione-quadro sulla lotta al terrorismo, essa non contempla una lista esaustiva – il legislatore sovranazionale richiede di “tenere conto in particolare” di tali fattori – né essi sono in alcun modo gerarchicamente ordinati (art. 7 par. 2).

Si sarebbe dovuto attendere più di un decennio dalla riforma di Amsterdam perché si realizzasse – mediante la Decisione-quadro 2009/948/GAI, emanata formalmente sulla base giuridica offerta dall'art. 31, par. 1, lett. d), TUE – un intervento normativo volto ad affrontare in via generale il problema dei procedimenti paralleli su scala transnazionale nei rapporti tra Stati membri dell'Unione, col dichiarato obiettivo non solo di risolvere ma anche di prevenire conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione. Eppure un esame di tale strumento normativo rivela un ulteriore affievolimento dell'impostazione seguita dal legislatore eurounitario nel percorso di definizione di un metodo idoneo a guidare la risoluzione di conflitti intergiurisdizionali. Rispetto alla proposta di Decisione-quadro del gennaio 2009 la quale, pur non prescrivendo alcuna indicazione gerarchica, aveva assolto con estrema puntualità all'obiettivo di dar trasparenza e rilevanza normativa ai criteri di risoluzione di conflitti di giurisdizione, il provvedimento finale risulta carente specie per la totale assenza di qualsivoglia indicazione vincolante atta a fissare i parametri per la risoluzione del conflitto. In proposito v. B. HECKER, *Statement: Jurisdiktionskonflikte in der EU*, in *Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik*, 2011, p. 60 s.

all'interesse di un altro Paese ad attivare una successiva azione penale, quand'anche ciò sia giustificato in forza di criteri di collegamento dotati di sicuro riconoscimento internazionale, quali il principio di territorialità o personalità attiva, e pure laddove si tratti del Paese nel quale l'imputato sia stabilmente radicato. Il che conferma pertanto la necessità di un approccio flessibile alla problematica che inserisca la prospettiva del riconoscimento mutuo in una logica valoriale più ampia e orientata, in definitiva, al canone della massimizzazione della tutela individuale.

5. *Fatto e valore del giudicato penale alla prova del ne bis in idem transfrontaliero*

L'adozione di una simile impostazione – e dunque l'identificazione di un nucleo essenziale di valori quale presupposto necessario perché, a seconda dei casi, si attivi o, per converso, si neutralizzi l'attivazione del *ne bis in idem* – ci consente di tornare a riflettere, alla luce dell'accentuata interlegalità dello scenario europeo, attorno a un'antica questione che ad oggi, tuttavia, continua a incidere sul generale modo d'intendere il funzionamento di tale fondamentale garanzia. Muovendo dall'assunto che il divieto di *bis in idem* prescindendo dal contenuto della decisione, tutelando indifferentemente chi sia stato prosciolto o condannato, a prescindere da qualsivoglia considerazione legata al tipo di pronuncia proscioglitrice o condannatoria o a ulteriori pur rilevanti fattori quale la consistenza probatoria dell'una o dell'altra, la *communis opinio* è infatti che la decisione definitiva, ai fini di questa produzione effettuale, funzioni più come fatto che come provvedimento: che cioè conti il fatto, nudo e crudo, dell'esistenza di una decisione rientrante in una delle suddette classi, svuotato per così dire di ogni contenuto cognitivo. A una simile conclusione, cui si rifecero pure i primi commentatori all'indomani della riforma del 1988⁵², conduceva in realtà la ben nota teorica del dovere punitivo: la quale dal presupposto che oggetto esclusivo dell'accertamento penale fosse non già un fatto bensì un effetto, ossia il dovere punitivo ricadente sul giudice, faceva discendere la valenza puramente fattuale della decisione penale quanto alla produzione del *ne bis in idem*, considerato effetto non tanto principale quanto addirittura esclusivo del giudicato penale⁵³.

Non ritengo necessario ripetere qui nel dettaglio i dubbi che un simile approccio ha in me suscitato in diversi anni di riflessione su questa complessa materia⁵⁴. La sua principale aporia sul piano metodologico è probabilmente quella di finire per frustrare la portata dello stesso divieto di reiterazione processuale mediante il ricorso a una categoria – quella cioè di fatto giuridico – che porta in materia penale a risultati pressoché paradossali la ben più risalente tesi della considerazione fattuale della sentenza elaborata sul terreno del processo civile. Così, se per la dottrina processualciviltistica, a partire dal celebre studio di Piero Calamandrei⁵⁵, la sentenza avrebbe potuto valere quale fatto quanto alla produzione di effetti

⁵² P. P. RIVELLO, sub *art. 649*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1991, p. 424.

⁵³ G. DE LUCA, *I limiti soggetti della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, p. 124 s. e 142 ss.; G. LOZZI, *Profili di un'indagine tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, 1974, pp. 10 e 15.

⁵⁴ Chi fosse interessato può trovarne più approfondita esposizione nei miei *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, p. 269 ss., e *Giudicato penale*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Milano, 2010, p. 447 s.

⁵⁵ P. CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Rivista di diritto processuale*, 1932, p. 14 ss.

estranei alla sfera del giudicato e destinati ad esser da essa generati con automatica produzione, la trasposizione della medesima logica sul piano del processo penale non solo finiva per scindere irrimediabilmente giudizio e giudicato – quali istituti aventi due referenti distinti e separati, cioè rispettivamente il dovere punitivo e il *ne bis in idem* – ma, cosa ancor più problematica, determinava una drastica frattura fra il divieto di reiterazione processuale e il giudicato medesimo. In altre parole, considerando la sentenza come semplice fatto ai fini della produzione del *ne bis in idem* si doveva, secondo tale accezione, trattarlo alla stregua di un effetto secondario della decisione e, di più, un effetto non inerente all'area del giudicato. E anche se quest'ultima implicazione si potesse superare – sulla scorta delle autorevoli obiezioni mosse da Enrico Allorio, il quale contestò radicalmente l'idea dell'estraneità al giudicato dell'efficacia riflessa⁵⁶ – resta il fatto che una considerazione fattuale della decisione definitiva finiva per degradare l'effetto proprio del giudicato penale a una forma di efficacia secondaria. Ma secondaria rispetto a quale effetto primario? E potrebbe logicamente concepirsi un'efficacia riflessa nei confronti, anziché di un terzo, dello stesso destinatario primo dell'accertamento penale⁵⁷?

In realtà è evidente che la concezione di fatto giuridico adottata dai fautori della teorica del dovere punitivo, e che ancor oggi più o meno esplicitamente si invoca, ben poco ha a che vedere con le diverse impostazioni maturate sul terreno del processo civile. Essa in nessun modo postula l'estraneità di tale efficacia al giudicato, facendone piuttosto, come abbiamo visto, la manifestazione più tipica, se non addirittura esclusiva della cosa giudicata: e così il carattere fattuale della decisione discenderebbe solo dall'insensibilità del *ne bis in idem* al risultato dell'accertamento del dovere punitivo. Sennonché anche in questi termini il discorso si rivela assai poco sostenibile: e il difetto probabilmente più consistente di tale approccio sta proprio nella premessa del ragionamento, e cioè che il processo a null'altro miri se non solo a determinare se sussista il dovere del giudice d'irrogare una sanzione, accertamento rispetto al quale la cognizione del fatto di reato degraderebbe a semplice presupposto o condizione preliminare. Ragionando in questo modo, si produce un duplice risultato di estrema gravità: qualunque manifestazione effettuale diversa dal dovere punitivo finisce non tanto per assumere una rilevanza secondaria rispetto all'oggetto del giudizio, quanto per allontanarsi dalla sfera del giudizio medesimo e, in più, il ruolo dell'accertamento del reato viene irrimediabilmente mortificato e separato dalla funzione del giudicato.

Ma è plausibile, e soprattutto socialmente accettabile, una simile conclusione? Già sul piano di una corretta ricostruzione teorico-generale, non pochi argomenti ci conducono a dubitare del fatto che proprio la sentenza penale, la decisione cioè destinata a chiudere un giudizio così pesantemente gravoso per l'imputato ed esprimere certezza giuridica sulla tutela penale, possa risultare così drammaticamente carente di contenuto dichiarativo e spoglia, quanto alla produzione del *ne bis in idem*, di un autentico legame con l'accertamento del fatto. Al contrario, la decisione penale – come acutamente ha rilevato Maria Angela Zumpano, significativamente dall'angolatura dei rapporti fra processo penale e processo civile⁵⁸ – è

⁵⁶ E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, p. 113. Sul pensiero di Enrico Allorio quanto all'efficacia riflessa cfr. N. TROCKER, *Enrico Allorio e la dottrina della riflessione della cosa giudicata rispetto ai terzi*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, p. 339 ss.

⁵⁷ Appare degno di nota il fatto che, trattando del problema dell'efficacia riflessa della sentenza e del giudicato civile, Enrico Allorio riconoscesse invece che per «il terzo che deve riconoscere l'altrui cosa giudicata, non ha semplicemente importanza l'esistenza, ma il contenuto della decisione»: così E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 113.

⁵⁸ M.A. ZUMPARO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2002, p. 294.

pienamente idonea a produrre l'efficacia di accertamento, non meno di quanto lo sia, almeno sul piano strutturale, la sentenza civile. Una linea di ragionamento, questa, che ha incontrato condivisione, sul terreno del processo penale, da parte di Enrico Marzaduri, il quale, trattando specificamente il problema della valenza delle pronunce condannatorie, ha puntualmente rilevato che «costituirebbe un'operazione di delegittimazione giuridica e sociale della pronuncia l'astrazione della condanna dall'accertamento del fatto di reato descritto nell'imputazione»⁵⁹.

Insomma, anche (e soprattutto, direi) il giudicato penale e la sua più specifica manifestazione effettuale, ossia il divieto di *bis in idem*, sono intimamente legati a quell'accertamento, che non solo non può dunque reputarsi scevro da tale efficacia preclusiva ma di essa costituisce anzi la ragione giustificatrice. Basta infatti probabilmente guardare le cose senza i pregiudizi di categorie astratte per avvedersi del fatto che, se ai fini dell'attivazione del *ne bis in idem* è irrilevante la direzione e il risultato dell'accertamento, non lo è affatto la circostanza che l'accertamento – ossia quello specifico accertamento che si è tradotto nel giudizio sulla responsabilità penale nei limiti tracciati dall'imputazione – si sia svolto, quand'anche ciò si sia realizzato per una sua porzione. Quel che è irrilevante, in altri termini, è il risultato del giudicato, non il giudizio in sé, ossia in definitiva che la *res* sia stata *iudicata*. Questo e non altro è il senso dell'indifferenza del giudicato rispetto al giudizio, che cioè un *iudicium* sulla colpevolezza, quale che ne sia l'esito, sia stato pronunciato: e ciò è confermato dal fatto che, come abbiamo visto, né le decisioni conclusive dell'udienza preliminare, nella quale nel suo sviluppo tipico non si assolve né si condanna nessuno, né altri provvedimenti decisori emanati in fasi anteriori al dibattimento, laddove non contengano un simile giudizio, possono porsi quali fonti del giudicato penale.

La questione si sposta quindi sul piano della definizione delle condizioni al ricorrere delle quali si possa ritenere sussistente un simile giudizio. Ed è proprio su questo terreno che emerge la proficuità di un approccio che allarghi la prospettiva d'indagine alla complessa tematica dell'interlegalità e, in particolare, alle specifiche problematiche del *ne bis in idem* transnazionale. Tanto la ridefinizione europea di tale garanzia ad opera della Corte di Strasburgo nell'ambito dei rapporti fra procedimenti nazionali quanto soprattutto l'evoluzione della giurisprudenza di Lussemburgo, la quale ha dovuto confrontarsi con ulteriori e forse ancor più delicate questioni legate alla diversità degli ordinamenti considerati, ci trasmettono inequivocabilmente l'immagine di una garanzia dai molteplici volti, la cui attivazione comunque presuppone che ci si muova all'interno di provvedimenti che esprimano una decisione sul merito dell'imputazione. Condizione, come abbiamo visto, certo non sufficiente, non potendo prescindere l'operatività del divieto da considerazioni legate alla generale equità del procedimento che ha condotto alla produzione del giudicato, né dal rispetto delle indispensabili esigenze di tutela di diritti fondamentali (primi tra tutti, il diritto di difesa e il diritto al contraddittorio) nel nuovo processo nel quale il divieto s'intenda far valere; ma pur sempre condizione necessaria, col risultato che, laddove quel giudizio e quell'accertamento manchino, per definizione la garanzia non viene in considerazione.

Il problema è sapere quando la *res* debba intendersi *iudicata*: e qui, come abbiamo visto, bisogna soprattutto evitare l'errore prospettico di pensare che la produzione di questo formidabile divieto presupponga sempre che l'intera *res* sia stata *iudicata* o, per dirlo forse con maggiore precisione concettuale, che il *iudicium* esprima una *cognitio* sull'intera gamma dei punti relativi all'imputazione. Se così fosse, probabilmente solo la decisione condannatoria

⁵⁹ E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, VI Agg., Milano, 2002, p. 916 s.

potrebbe considerarsi degna di spiegare tale efficacia; e neppure anzi ogni decisione condannatoria, almeno se si ritiene che decisioni quali il decreto penale e la sentenza patteggiata, in quanto tipiche manifestazione della tutela sommaria penale, non solo esprimano un tasso di consistenza del giudizio sulla responsabilità non necessariamente così esigente quanto quello di una condanna ordinaria emanata sul presupposto che la colpevolezza sia stata provata oltre ogni ragionevole dubbio, ma possano persino riflettere un accertamento più incompiuto del fatto. In quella prospettiva, se non tutte, comunque una quantità considerevole di decisioni proscioglitive sarebbero invece inesorabilmente destinate a non produrre alcuna efficacia di giudicato, e questa sorte paradossalmente avrebbero finanche molte fra le pronunce assolutorie, anzi tutte quelle emanate a gioco in corsa *ex art.* 129 Cpp, con la sola esclusione dunque, se non m'inganno, dei provvedimenti assolutori emanati a conclusione del dibattimento: con evidente frustrazione di quella che è forse la più profonda funzione di garanzia del *ne bis in idem*, la qual deve soprattutto fornire uno scudo protettivo all'innocente che abbia ingiustamente subito un processo penale. Ma evidentemente le cose non stanno in questo modo: e se tutte le pronunce, assolutorie o proscioglitive, di cui all'art. 129 Cpp, e perfino i proscioglimenti dibattimentali, possono porsi quali fonti di giudicato, ciò avviene perché l'esistenza di un giudizio sul merito non esige minimamente che l'intero merito sia stato anche oggetto di accertamento, cosa che notoriamente non avviene non solo per le decisioni in ipotesi ma anche per i giudizi nei quali la decisione proscioglitive su una questione essenziale dell'imputazione che si staglia a uno stadio anteriore dell'*iter* cognitivo assorbe le successive e ne rende pertanto superfluo l'accertamento⁶⁰.

Questa semplice, quasi banale considerazione andrebbe tenuta cautamente in conto ogniqualvolta si contesti l'operatività della garanzia del *ne bis in idem* mettendo in dubbio la natura di merito di pronunce che decidono nel senso più letterale del termine, sia pur senza accertarne compiutamente ogni profilo, sulla responsabilità penale nei limiti definiti dall'imputazione. Ma in realtà probabilmente anche il senso dell'incompiutezza di tutte quelle pronunce che sembrerebbero lasciar da parte una porzione, ora maggiore ora minore, di accertamento è il frutto di una visione fallace e aprioristica del concetto (e del principio) di esaustività della cognizione penale: quasi che esistesse una misura fissa e unitaria di compiutezza, parametrata a quella cognizione di tutti i profili dell'imputazione necessari per pervenire a una risposta condannatoria. E tuttavia è facile rendersi conto del fatto che la compiutezza è nozione essenzialmente referenziale e intrisa d'inevitabile relativismo: una nozione, insomma, che va riempita volta per volta a seconda di quel che è necessario per una determinata decisione in base a quelle determinate circostanze della vicenda processuale. Così è chiaro che la pronuncia che assolva uno degli imputati per esser estraneo alla vicenda criminosa sol che la prova emerga nel corso del dibattimento, o la decisione che dichiari la prescrizione *in itinere iudicii*, nulla hanno d'incompleto se non in rapporto a un ideale di decisione conclusiva del giudizio, ma riflettono, se correttamente emanate, la superfluità di continuare nel percorso cognitivo e dunque la necessità di portarlo a immediata conclusione.

⁶⁰ Per una riflessione su tali due categorie decisorie mi permetto di rinviare al mio *Pluralismo cognitivo e dinamiche processuali: tutela sommaria, decisioni in ipotesi e giudizi incompleti. Ragionando su procedibilità, merito e garanzie della persona*, in <https://www.la-legislazione-penale.eu/la-decisione-sul-reato-estinto-riflessioni-su-norma-giudizio-e-giudicato-ringraziando-franco-cordero-contributi-di-a-condello-d-foti-a-lo-giudice-s-ruggeri/>.

6. Ne bis in idem e giudicato formale

Un merito va comunque riconosciuto, nonostante le sue incongruenze, alla tesi della natura fattuale della decisione penale ai fini della produzione del *ne bis in idem*: quello cioè di sospingere a un riesame del rapporto fra l'operatività di tale garanzia e il giudicato formale. La questione troverebbe certo una piana risposta adottando l'accezione processualcivilistica di effetto secondario della sentenza quale effetto estraneo alle dinamiche del giudicato: non esisterebbe, in questa prospettiva, alcun rapporto, o il loro rapporto sarebbe da definire in termini di mutua indifferenza. Ma abbiamo visto che anche nell'ambito della giustizia civile, e da tempo risalente, quest'inquadramento è tutt'altro che pacifico: e in realtà al medesimo risultato sembrerebbe condurre la peculiare accezione di fattualità adottata in seno al processo penale. Di qui una domanda che sa di paradosso: se davvero il funzionamento del divieto di *bis in idem* prescindesse del tutto dalla verifica del dovere punitivo, perché si dovrebbe attendere la definitività della decisione?

Ora quest'interrogativo – anche una volta ridefiniti i termini dell'accertamento penale, il cui oggetto, come abbiamo visto, non può esser costretto entro gli angusti confini del dovere punitivo – si ripropone in termini pressoché immutati, e forse ancor più drammatici, secondo l'impostazione che qui problematicamente si propone. Probabilmente anche in questo la teorica del dovere punitivo conteneva già un seme in grado di frantumare la perfetta simmetria tra tale situazione giuridica doverosa e il divieto di *bis in idem*, quali realtà effettuali riferite rispettivamente al giudizio e al giudicato. Non a caso fu proprio Franco Cordero – tra i più convinti assertori di quella teorica – a mettere in luce una pluralità di casi nei quali il processo si concluderebbe con un risultato ben diverso dalla risoluzione della questione concernente la sussistenza del dovere punitivo. Così la decisione sul reato estinto estinguerebbe appunto quel dovere, anziché sciogliere l'alternativa circa la sua esistenza o meno⁶¹, e, ancor più, l'emergere di una causa d'improcedibilità determinerebbe una situazione giuridica ben diversa da quella relativa al dovere di punire e ad essa anzi, per così dire, opposta, ossia il dovere di astenersi da qualunque condotta processuale diversa dall'emanazione di una pronuncia d'improcedibilità⁶².

Abbiamo notato che così in realtà non avveniva neppure sotto il previgente codice di rito, e ancor meno avviene sotto l'attuale, dove in una molteplicità di situazioni – e specie per i complessi rapporti che s'instaurano fra diritto processuale, Costituzione, *ECHR law* e diritto sovranazionale – la logica d'immediatezza che sembrerebbe condurre all'immediata conclusione del procedimento con una pronuncia di non doversi procedere debba cedere il passo ad altre fondamentali esigenze di tutela che impongono la subordinazione di simili provvedimenti all'approfondimento di taluni essenziali aspetti al merito. Ciò non toglie che quell'interrogativo conservi una propria validità: anche una volta riconosciuto, in altre parole, che l'attivazione del *ne bis in idem* sia basata sul presupposto che un giudizio di merito sia stato pronunciato, e qualunque fosse l'ampiezza della cognizione, qual è il fondamento del rapporto fra tale garanzia e il giudicato formale? Se essa comunque prescinde dalla direzione di quell'accertamento ed è quindi insensibile ad eventuali modificazioni contenutistiche di quel giudizio e persino a un ribaltamento del medesimo, che si traduca nella riforma della più favorevole delle assoluzioni nella condanna più efferata, o viceversa, come si giustifica il

⁶¹ F. CORDERO, *La decisione sul reato estinto*, cit., p. 99.

⁶² F. CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 146.

differimento della produzione del divieto di *bis in idem*? La domanda, per le considerazioni svolte, assume rilevanza anche a fronte di variazioni, più o meno sensibili, nell'area dell'accertamento. Così è evidente che nessuna modifica nel meccanismo di produzione della garanzia si realizzerebbe nell'ipotesi in cui, a fronte di un proscioglimento emanato in corso di giudizio *ex art. 129 Cpp*, l'appello instaurato su ricorso del pubblico ministero rendesse necessario l'approfondimento di ulteriori profili mai accertati ma indispensabili per pervenire a una risposta condannatoria. Ed è altrettanto chiaro che, a meno di non svuotare interamente la nuova pronuncia di prescrizione processuale per inutile decorso dei termini impugnatori pressoché di ogni valenza decisoria⁶³, anch'essa sarà destinata a spiegare efficacia preclusiva; ancor più se di tale pronuncia s'intenda accogliere una ricostruzione quale quella qui problematicamente avanzata, ossia quale decisione anch'essa fondata su un presupposto sia pur embrionale di merito. Il giudicato che anche su tale provvedimento si forma renderebbe insomma irrilevante l'evidente contrazione della cognizione che pur comporta.

Qual è dunque il valore che giustifica la scelta di ancorare il *ne bis in idem* al giudicato formale? Quale l'interesse che si vuol tutelare? Non si dica la certezza del diritto, cioè il consolidamento dell'assetto decisorio, visto che, per quanto appena rilevato, tutti i possibili rivolgimenti della pronuncia di primo grado che intervengano in sede impugnatoria sono irrilevanti rispetto a quel risultato: e così è chiaro che il valore della definitività della condanna prevista per far cadere la presunzione d'innocenza nulla ha a che vedere con questa scelta, la quale anzi finisce per non proteggere l'innocente da una multipla persecuzione penale. Sennonché proprio queste semplici considerazioni tracciano la via per una piana risoluzione della questione. Quel che occorre, quel che è davvero necessario per la produzione del nostro divieto non è infatti qualsiasi pronuncia, ossia una pronuncia purchessia, ma per l'appunto una decisione che esprima un *iudicium* sul merito, nello specifico senso che abbiamo inteso dare a questa nazione. E tale condizione, a ben vedere, soddisfa appieno la pronuncia che concluda il primo grado, non però con un giudizio qualunque (ad es., una pronuncia che attesti il difetto di giurisdizione) bensì con un proscioglimento o con una condanna: ancor più se si tiene in conto il fatto che, almeno nel nostro sistema processuale, la decisione che ponga termine al primo grado di giudizio con una fra tali alternative decisorie è sì non definitiva quanto al contenuto dell'accertamento, ma non in relazione alla struttura e ai confini dell'imputazione, che essa fissa in modo definitivo, non essendo possibile alcuna mutazione del giudizio storico in sede d'impugnazione. Salva la necessità di far luogo a possibili (e talora assai rilevanti) adattamenti del giudizio giuridico, possiamo insomma affermare, per quanto paradossale possa suonare, che la decisione di merito di prima istanza rende definitivo l'oggetto del giudizio storico, benché non la sua direzione.

Lungi dal non riflettere un accertamento, il che la renderebbe inevitabilmente un fantasma di se stessa, ossia non ancora la sentenza ma un atto che può diventare la sentenza, secondo l'insegnamento chiovendiano⁶⁴, la decisione espressiva di un *iudicium sui merita causae*, ancorché impugnabile con le vie ordinarie, si pone quindi come il provvedimento che già in atto, e non in potenza, stabilisce la norma giuridica valevole nel caso concreto, e cioè concretizza la tutela penale in un senso o un altro. E a nulla rileva il fatto che possa essere modificata nel suo contenuto in un grado successivo o in un successivo giudizio

⁶³ A tale risultato conduce la tesi secondo cui l'inutile decorso del tempo integrerebbe una causa sopravvenuta di estinzione del potere di procedere: così E. AMODIO, *La cultura della speditezza processuale nella Riforma Cartabia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2022, p. 17 ss.

⁶⁴ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile* (1923), rist., Napoli, 1980, p. 953.

impugnatorio: poiché la certezza, che sicuramente non può essere provvisoria⁶⁵, non attiene al risultato dell'accertamento ma alla definizione dell'oggetto dell'accertamento medesimo e alla circostanza che su di esso un giudizio sia stato realizzato. Ciò giustifica appieno – anzi, a mio avviso, rende più che necessaria – l'anticipazione dell'attivazione del *ne bis in idem* a questa soglia decisoria: sul presupposto, per l'appunto, che il giudizio sia stato pronunciato e non si debba sottoporre il suo destinatario a un nuovo giudizio, se non all'interno e mediante gli strumenti impugnatori dello stesso processo.

Naturalmente accettare un simile risultato presuppone che si abbandoni anche una serie considerevole di preconcetti legati all'istituto stesso del giudicato, e anzitutto l'idea che tale istituto ruoti interamente e in tutte le sue espressioni attorno all'idea del *transire in rem iudicatam*: e infatti, solo rimuovendo tale premessa, si può accettare metodologicamente che possano esistere manifestazioni effettuali conclusive del giudizio, e cioè espressioni della cosa giudicata, prima di quel passaggio. Ma è anche chiaro che, in una simile cornice, il *iudicium* non rimarrebbe del tutto insensibile alle dinamiche dei giudizi impugnatori: così l'efficacia preclusiva dovrebbe comunque venire meno laddove il provvedimento decisorio, anziché venir modificato nel suo contenuto, dovesse essere annullato, e in realtà solo con un annullamento che provocasse, secondo la regola generale dell'art. 185 co. 3 Cpp, la regressione del procedimento al primo grado. Ogniqualvolta invece in un grado superiore il provvedimento di merito restasse in piedi e a mutare fosse solo il risultato dell'accertamento, il divieto di reiterazione processuale non si vedrebbe in alcun modo compromesso.

Del resto l'interrogativo iniziale va forse più proficuamente rovesciato per una più puntuale messa a fuoco delle implicazioni di questa problematica. Qual è infatti il prezzo che si paga col rimandare la produzione del divieto di *bis in idem*? La risposta è ovvia: l'imputato, quand'anche abbia guadagnato un'affermazione d'innocenza con la decisione di prima istanza, dovrà sopportare il rischio – e il peso – di un'altra persecuzione penale fino a che uno dei provvedimenti non giunga al giudicato formale. Un risultato, questo, che può forse sembrare teorico considerando quella giurisprudenza costituzionale e ordinaria che, identificando nell'art. 649 Cpp solo il punto di emersione di un generale principio di *ne bis in idem*, ha riconosciuto una generale efficacia preclusiva volta a precludere l'instaurazione o la prosecuzione di ulteriori giudizi *de eadem re*: efficacia che, in quanto basata sul divieto di *bis in idem*, sarebbe notoriamente da inquadrare, prima della conclusione definitiva del procedimento, nelle forme della litispendenza, non del giudicato⁶⁶. Ma ben diversa è la situazione sul piano transnazionale, dove assai più concreto è il pericolo di un *bis in idem*, non tanto per difetti di comunicazione e conoscenza di procedure magari instaurate *inaudito reo* o *in absentia*, quanto per la persistente tendenza espansiva delle normative nazionali regolanti l'applicazione spaziale della legge penale: la qual cosa alimenta il rischio di sovrapposizione tra azioni penali concorrenti, soprattutto per via della già richiamata incapacità della disciplina eurounitaria di approntare soluzioni univoche e tese a realizzare necessariamente la concentrazione dei procedimenti.

Proprio su questo fronte si apprezza dunque un primo risultato pratico, peraltro di enorme rilevanza da un punto di vista assiologico, che discenderebbe da un arretramento dello scudo protettivo dato dal divieto di *bis in idem*, ad oggi acriticamente legato sia dalla CAAS sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione alla definitività del provvedimento,

⁶⁵ ... come correttamente rimarcò lo stesso G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 949.

⁶⁶ Cfr. rispettivamente Corte cost., sent. 12 luglio 2001 n. 318; e Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, *Donati*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 28 ss.

secondo un approccio, a quanto mi consta, mai rimesso in discussione dalla giurisprudenza di Lussemburgo: la quale, peraltro, ha esteso a tal punto il concetto di decisione precludente dal comprendere, fin da *Gözütok e Brügge*, finanche pronunce, quale quella archiviativa, che ben potrebbero non essere impugnabili secondo il diritto nazionale e dunque non avere le condizioni per poter maturare la richiesta definitività in ragione di un ulteriore elemento come il fattore-tempo. Ma c'è anche un secondo ambito, non meno significativo, nel quale diversi vantaggi apporterebbe un'anticipazione della soglia di attivazione dell'efficacia preclusiva del giudicato: i quali vantaggi si possono apprezzare – sul fronte della giustizia penale sia nazionale sia transnazionale – in relazione alla ben nota problematica del c.d. *doppio binario sanzionatorio*. Tale risultato consentirebbe infatti probabilmente di evitare i rischi e le incongruenze che, nonostante le pur considerevoli differenze fra le impostazioni seguiti dalle Corti europee, discendono da una chiara trasfigurazione del divieto di un nuovo processo *de eadem re*, che da garanzia processuale qual è ha finito per acquisire un'accezione sempre più sostanzialistica e sanzionatoria, il che ha portato a tollerare, benché a specifiche condizioni, lo svolgimento di procedimenti paralleli fino appunto al limite del giudicato formale.

7. Conclusioni

Straordinarie dunque le potenzialità del divieto di *bis in idem*, e la sua capacità di caricarsi di significati sempre nuovi per risolvere questioni antiche e inedite problematiche che la complessità della nostra epoca – ancor più in una realtà regionale quale quella europea, caratterizzata da un'accentuata vocazione interordinamentale e da un altrettanto elevato multiculturalismo – costantemente fa emergere. Se è indubbio che l'«utilitas dell'ordinamento», in cui s'invera il fondamento del giudicato, il quale costituisce il «mirabile tentativo dell'ordinamento di dare staticità al concreto, [...] non è altro che la sua logica, perché senza la cosa giudicata né l'azione, né la giurisdizione, né il giudizio sarebbero concepibili»⁶⁷, appare estremamente pericoloso configurare il *ne bis in idem* quale manifestazione effettuale negativa della cosa giudicata penale e soprattutto spoglia di contenuto conoscitivo. Un'indagine condotta su questo fondamentale istituto attraverso il prisma delle interrelazioni fra sistemi normativi ed esperienze giurisprudenziali, e specie nella prospettiva della sua proiezione transnazionale, ci ha consentito di apprezzare l'intrinseca relatività dei concetti e l'estrema poliedricità di una garanzia in grado di abbracciare una molteplicità di decisioni e accertamenti estremamente eterogenei. Ma nonostante la grande varietà e diversità di situazioni, le corti europee convergono verso un risultato comune, che cioè il giudicato ruoti attorno a pronunce sui *merita causae*.

Tale conclusione, sviluppata in relazione a una pluralità di esperienze processuali e situazioni concrete, appare utilissima anche per una ridefinizione della portata che il diritto processuale italiano deve assegnare al nostro istituto. Se è impensabile svincolare il giudicato penale, che è chiamato a dare una risposta sociale ai gravissimi problemi posti dallo *ius terribile*, dall'accertamento del fatto, la lezione che le giurisprudenze europee ci danno è che non qualsivoglia cognizione può generare una così qualificata preclusione processuale, la massima prevista dall'ordinamento, ma per l'appunto solo i provvedimenti espressivi di una

⁶⁷ Così, con estrema efficacia, S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*¹³, Padova, 2000, p. 209 s.

cognizione di merito. Il che, lungi dal costituire un punto di approdo, diviene il punto di avvio della ricerca. Necessario è cioè individuare ciò che è essenziale affinché possa dirsi che un accertamento processuale riguardi la *Hauptsache* e distinguerlo da quel che tale risultato non riflette: operazione ricostruttiva tutt'altro che agevole e anzi resa più difficile dalla scarsa acribia che accompagna l'uso corrente di simili espressioni, e che non consente di apprezzare adeguatamente la categoria, opposta a quella del *fondo*, delle pronunce sul procedere, spesso utilizzata come contenitore di situazioni decisorie estremamente differenti l'una dall'altro.

Ora appunto l'aver messo a fuoco quali provvedimenti possono davvero considerarsi riguardanti il processo ci permette di guardare sotto una diversa luce le sentenze proscioglitive, e di apprezzarne l'intrinseca unitarietà, allineando così il sistema nazionale all'insegnamento metodologico delle giurisprudenze europee e dando così un senso alla fondamentale previsione dell'art. 649 Cpp che a tutte le pronunce di proscioglimento, senza distinzione alcuna, conferisce l'idoneità a porsi quali fonti di giudicato. Che poi all'interno della macrocategoria del proscioglimento le diverse pronunce possano esprimere livelli più o meno completi di cognizione di merito è cosa che non discende tanto dalla distinzione fra assoluzione e non doversi procedere, ciò che ci farebbe ricadere nell'aporia di dover spiegare il perché pronunce non di merito possano dispiegare efficacia di giudicato, quanto da ulteriori e relevantissimi fattori, quale anzitutto lo stadio di avanzamento del procedimento e soprattutto dell'accertamento penale, la costruzione delle stesse norme penali, e finanche la condotta delle parti. Ma se tutte le pronunce proscioglitive, quantunque al ricorrere di presupposti diversi, producono l'efficacia preclusiva propria del giudicato è perché tautologicamente la *res* deve considerarsi *indicata*, e con essa la norma concretizzata rispetto all'intero sistema penale di riferimento. È questa l'eccezionale forza del giudicato penale ed è questo il punto di avvio di ogni indagine rigorosa che si voglia condurre su questi così come su altri relevantissimi fenomeni processuali, quali quelli inerenti alla tutela sommaria, che frettolosamente si sogliono riportare all'idea di un accertamento penale appiattito verso soglie minime, o addirittura svilito e privato di contenuto conoscitivo, in nome di una discutibile concezione della negoziabilità basata su un'esasperata visione individualistica di pur fondamentali garanzie della persona e sull'ancor più pericolosa deriva, sia teorica sia applicativa, fondata su una discutibile concezione sinallagmatica della giustizia penale in grado d'incidere su precise situazioni giuridiche doverose facenti capo alla magistratura tanto giudicante quanto, ancor prima, inquirente.

ABSTRACT: *Law, Judgment, and Res Indicata A Reflection on the Evolution of Criminal Justice in the Light of the Ne Bis in Idem Principle in the Era of Inter-Legality*

Very few principles could cut across centuries and different legal cultures, as the *ne bis in idem* principle did it. This study analyses the evolution of criminal justice in the light of the transformations that this fundamental human safeguard has undergone in the last decades in an era increasingly characterised by a strong inter-legality. A set of dynamic relationships among legal systems can already be observed in domestic jurisdictions, particularly in the European regional scenario in which European case-law has promoted autonomous concepts that have led to a complex network regarding criminal and non-criminal proceedings. But the highest degree of legal interaction is achieved in the transnational

scenario, where the *ne bis in idem* principle allows us to look with clarity at the process through which a criminal-law decision can become *res iudicata* and the extent this can be accepted by other jurisdictions, and hence at the way in which criminal law materialises in relation to specific human behaviours.

IL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

LINA PANELLA*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il principio *ne bis in idem* nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 3. Applicabilità *ratione materiae* dell'art. 4 prot. 7 della CEDU. – 4. Dai criteri *Engel* alla sentenza *Zolotukhin c. Russia*. – 5. La sentenza *Grande Stevens c. Italia*. – 6. *Reveriment* della Corte sul doppio binario sanzionatorio? La sentenza *A e B c. Norvegia*. – 7. Recenti precisazioni della Corte EDU sul principio *ne bis in idem*. – 8. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

Il brocardo latino *ne bis in idem* (letteralmente non due volte per lo stesso motivo) ha origini molto antiche ed esprime un principio di civiltà che garantisce che non possa esserci, per uno stesso fatto, un nuovo procedimento nei confronti di un soggetto, prosciolto o condannato, già giudicato in via definitiva. Riferimenti a questo principio sarebbero rinvenibili nell'orazione di Demostene *Adversus Leptinem* del 355 a.C., e nel *corpus iuris civilis* giustiniano (529-534 d.c), mentre nella *Common Law* la prima enunciazione di un principio equivalente risalirebbe al XII secolo, alla disputa fra l'arcivescovo di Canterbury Thomas Becket ed il re Enrico II, in quanto Beckett sosteneva che i chierici condannati dalle corti ecclesiastiche erano esenti da ulteriori punizioni da parte dei giudici del re, che, in contrasto con lo stesso Sovrano, accettarono tale posizione, dandone applicazione come principio di diritto¹.

In epoca moderna, il principio *ne bis in idem* è presente nelle Costituzioni di molti Paesi, assumendo una rilevanza anche a livello internazionale ed europeo. Il principio ha due finalità fra loro complementari: proteggere la libertà individuale da un lato e dall'altro, la *vis rei iudicatae*, come elemento della certezza del diritto. Questa doppia funzione del *ne bis in idem*, come ha affermato il Parlamento europeo in uno dei primi atti sull'argomento e come si ribadisce nella giurisprudenza della Corte di giustizia, «trae motivo dall'interesse, tanto per la società quanto per l'individuo, a che venga riconosciuta pienamente l'autorità della cosa giudicata, e ciò a garanzia del rispetto delle sentenze giudiziarie e della tutela del singolo». La *ratio* è quella di evitare il c.d. doppio binario sanzionatorio, sia a livello interno, che europeo ed internazionale.

Nelle pagine seguenti concentreremo la nostra attenzione su un segmento particolare di quella che la dottrina ha definito “una sorta di immensa galassia²”, cioè l'interpretazione

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Messina.

¹ In realtà Beckett, si sarebbe ispirato a San Girolamo (391 d.C.), secondo il quale “Dio non giudica due volte per la stessa offesa”. Così B. NASCIBENE, *Ne bis in idem*, *Diritto internazionale e diritto europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 1.

² L'espressione è di G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia nello scenario dell'integrazione europea*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 2015, p.1. Sul principio *ne bis in idem* esiste una bibliografia

del principio *ne bis in idem* da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito Corte EDU)³.

Come è noto, in virtù dell'art. 32 CEDU, la Corte EDU ha un potere esclusivo di interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito CEDU), ed ha dato vita ad una giurisprudenza in continua evoluzione, attribuendo alla CEDU quel carattere di *living instrument* che ne garantisce la sua valenza anche a distanza di tanti anni dalla sua adozione⁴. Questo potere di interpretazione fa sì che la Corte venga considerata da parte della dottrina come un nuovo legislatore a livello europeo, prevedendo nuovi diritti, non contemplati dalla Convenzione, o comunque adattandoli a nuove situazioni che si vengono a verificare.

Ripercorrere la giurisprudenza della Corte europea in materia di *ne bis in idem* è quindi di particolare importanza per valutare l'evoluzione della sua applicazione e la sua incidenza a livello interno.

2. Il principio *ne bis in idem* nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Il principio *ne bis in idem* non faceva parte del catalogo di diritti contenuto nel testo originario della CEDU approvato nel 1950, ma è stato introdotto solo con il protocollo n. 7, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ed entrato in vigore il 1° febbraio 1992⁵. Secondo l'art. 4 co. 1 del protocollo «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».

Con l'adozione del protocollo 7, in particolare con l'art. 4 co.1, la CEDU recepisce quanto già previsto dall'art. 14 par. 7 del Patto sui diritti civili e politici, adottato dalle Nazioni unite nel 1966⁶ e da alcune convenzioni del Consiglio d'Europa⁷ e dell'Unione Europea⁸.

vastissima della quale non è possibile dare conto. Solo a titolo esemplificativo e rinviando alla ampia bibliografia ivi citata cfr. A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato. Il doppio processo come pena*, Milano, 2022.

³ Si rinvia agli altri contributi contenuti in questo volume per quanto riguarda l'approfondimento di singoli aspetti processual-penalistici, di diritto europeo e di diritto internazionale.

⁴ Il carattere di *living instrument* della CEDU e la necessità di una sua lettura dinamica ed evolutiva è stato affermato per la prima volta dalla Corte nella sentenza *Tyrer c. United Kingdom* del 25 aprile 1978 (§31) e ribadito in molte sentenze successive e, di recente, nella sentenza della Grande Camera del 17 gennaio 2023 nel caso *Fedotova e altri c. Russia*.

⁵ Il protocollo è stato ratificato dall'Italia con L. 9.4.1990.

⁶ Secondo l'art. 14 co.7 del Patto sui diritti civili e politici: «No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country». Nell'ordinamento internazionale tale garanzia è contenuta anche nell'art.20 dello statuto della Corte penale internazionale, sul quale si rinvia all'articolo di F. PERRINI, pubblicato in questo volume e alla bibliografia ivi citata.

⁷ In particolare il principio *ne bis in idem* è previsto dalla Convenzione europea di estradizione, firmata a Parigi nel 1957, dalla Convenzione europea sul valore internazionale dei giudizi repressivi, siglata all'Aja nel 1970 e dalla Convenzione europea sul trasferimento delle procedure repressive, firmata a Strasburgo nel 1972.

⁸ Si veda, in particolare, la Convenzione relativa all'applicazione del principio *ne bis in idem*, firmata a Bruxelles nel 1987, oggi in gran parte superata dalla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 2000. Il principio *ne bis in idem* è contenuto nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Sul principio *ne bis in idem* nel diritto eurounitario la letteratura è assai vasta. Solo a titolo esemplificativo v. C. AMALFITANO, R.

Delle due finalità perseguite dal principio *ne bis in idem* e indicate in precedenza – proteggere l'individuo da nuovi procedimenti per lo stesso fatto e assicurare la certezza del diritto conferendo il valore di *res iudicata* alle decisioni penali definitive – data la natura della CEDU, *Magna Charta* dei diritti fondamentali in Europa, l'art. 4 prot. 7 pone l'accento sulla dimensione soggettiva ed individuale, sottolineandone il carattere di diritto fondamentale. A dimostrazione di quanto detto, il co. 3 dell'art. 4 prevede l'inderogabilità di tale diritto, al pari del diritto alla vita, del divieto di tortura e del principio di non irretroattività della legge, secondo quanto disposto dall'art. 15 CEDU⁹.

La previsione del diritto dell'individuo di non essere sottoposto a giudizio due volte nel c.d. nocciolo duro dei diritti garantiti dalla Convenzione, inderogabili anche in caso di guerra o di altro pericolo che minacci la vita dello Stato, è stata una scelta politica fondamentale che ne conferma il valore assoluto¹⁰.

Malgrado la rilevanza attribuita al principio in esame dalla CEDU, tuttavia la protezione accordata all'individuo, si ritiene, presenti ancora delle lacune, dovute all'ampio potere di decisione delle autorità nazionali, consentito dalla Corte EDU¹¹.

Per quanto riguarda la sua efficacia territoriale, l'art. 4 si applica esclusivamente al c.d. *ne bis in idem* interno, cioè nell'ambito del singolo Stato¹². Ciò significa che il diritto individuale a non essere perseguito due volte per lo stesso reato, vale solo nei confronti delle giurisdizioni nazionali dello stesso Stato in cui è intervenuto il primo giudizio. Questa limitazione comporta che nulla vieta ad un altro Stato, di perseguire l'individuo per gli stessi fatti per cui si è già avuta una sentenza definitiva in un altro Paese.

La *ratio* di questa limitata applicazione territoriale è da ricercare nella necessità di favorire la più ampia adesione da parte degli Stati contraenti alla CEDU, che certamente l'estensione del principio sul piano internazionale non avrebbe favorito.

Tuttavia, alla luce del potere di interpretazione attribuito alla Corte, c'è da chiedersi se un suo sindacato anche sul *ne bis in idem* internazionale, non sia ammissibile. Infatti, tenendo conto della giurisprudenza della Corte EDU, a far data dal caso *Soering c. Regno Unito*, ribadita in numerose sentenze successive, si ritiene che sia lecito una valutazione della Corte sul rispetto del *ne bis in idem* internazionale, per la sua natura di diritto fondamentale, ad esempio, in alcuni casi di estradizione. La Corte EDU, potrebbe quindi pronunciarsi sulla impossibilità di acconsentire a una richiesta di estradizione per fatti in ordine ai quali è già intervenuta la

D'AMBROSIO, *Commento all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1015 ss.; P. DE PASQUALE, *Note a margine delle conclusioni nel caso Mencio: la storia del divieto di ne bis in idem non è ancora finita*, in *dirittounioneuropea.eu*, 31 ottobre 2017; B. NASCIMBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, cit.; P. DE PASQUALE, *Finale di partita per il principio del ne bis in idem? Breve nota alle sentenze bpost e Nordzucker e a.*, in *BlogDUE*, 22 aprile 2022; G. VITALE, *La Cassazione ritorna sul rapporto tra doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem. Quale ruolo per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?*, in *Dir. Un. eur.*, 2022, n. 1, p. 1ss.

⁹ Secondo l'art. 4, co. 3, «non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'art. 15 della Convenzione».

¹⁰ In questo senso F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1992, p. 470 ss.; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 4.

¹¹ F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n. 7*, cit. parla di “protezione minimalista”, p. 496; nello stesso senso C. KARACOSTA, *L'art. 4 du Protocole n. 7: un droit à portée incertaine*, in S. BRAUM, A. WEYEMBERGH (eds.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2009, pp. 111 ss.

¹² Il *ne bis in idem* interno si distingue dal *ne bis in idem* internazionale, che invece riguarda la sua applicazione interstatale.

condanna da parte di un giudice di un altro Stato, allineandosi così a quanto previsto dal diritto dell'Unione europea e dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo¹³.

3. Applicabilità ratione materiae dell'art. 4 prot. 7 CEDU

La formulazione dell'art. 4 prot. 7 della CEDU non lascerebbe spazio ad equivoci interpretativi: la garanzia del principio *ne bis in idem* si applica solo alla materia penale. Come evidenziato nel rapporto esplicativo, la presenza nel testo dell'art. 4 dei termini “penalmente” e “procedura penale” avrebbe reso inutili ulteriori precisazioni riguardanti la natura dell'illecito¹⁴. Tuttavia la Corte EDU, già dalle sue prime decisioni, ha sottolineato che, ai fini dell'applicazione del principio in oggetto, la sola qualificazione dell'illecito data dall'ordinamento nazionale non può considerarsi sufficiente in quanto la discrezionalità degli Stati avrebbe finito per vanificare il fine ultimo della Convenzione stessa¹⁵. Come per tutte le

¹³ A. MANGIARACINA, *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo*, in *Legislazione penale*, 2006, p. 632; J. A. E. VERVAELE, *Ne bis in idem verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2014, p. 37, il quale sostiene che un ulteriore limite alla disposizione della CEDU è che essa non è strumento vincolante per tutti gli Stati, non essendo stato il protocollo ratificato da tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa. La dimensione sovranazionale del principio *ne bis in idem* viene tutelata dalla Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (di seguito CAAS), adottata il 19 giugno 1990 e ratificata dall'Italia con l. 30 settembre 1993, n. 388 che all'art. 54 stabilisce l'efficacia preclusiva dell'azione penale per lo stesso fatto in qualunque Stato membro, anche se alcune limitazioni sono previste nel art. 55 CAAS. Sull'arg. R. CALÒ, *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo e istanze di sovranità nazionale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1120 ss. Con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il principio *ne bis in idem* diventa «un vero e proprio diritto a tutela dell'imputato», come corollario del giusto processo. Infatti l'art. 50 della Carta di Nizza contempla il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato se si era già stati assolti o condannati in un altro Paese dell'Unione, a seguito di sentenza penale definitiva. L'art. 50 subisce una limitazione in quanto il successivo art. 51 prevede che la Carta di Nizza si applichi agli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», lasciando quindi, formalmente, prive di tutela quelle materie che non rientrano in tale diritto. Sul principio *ne bis in idem* nel diritto dell'Unione europea si rinvia, oltre alle indicazioni bibliografiche contenute *supra* nella nota 8, ai contributi di F. PELLEGRINO, *Ne bis in idem transfrontaliero*, e di M. MESSINA, *Il ne bis in idem, nel diritto europeo della concorrenza: segnali di uniformità applicativa nell'Unione?* presenti in questo volume. Per quanto riguarda l'applicazione in Italia del principio *ne bis in idem* internazionale, di rilevante interesse è la sentenza della Cass., sez. VI del 15 novembre 2016, nella quale si afferma che «l'art. 51 impone il rispetto dei diritti fondamentali in tutti quei casi in cui la normativa interna, pur non costituendo attuazione della normativa europea, venga comunque ad incidere in un'area di competenza dell'Unione o in settori già disciplinati dal diritto dell'Unione». Per un commento della sentenza v. A. SPINELLI, *Richiesta di estradizione e giudicato transnazionale: la Cassazione esalta il ne bis in idem in ambito europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 99 ss.

¹⁴ Al par. 28 del Rapporto esplicativo si legge: «Il n'est pas apparu nécessaire de qualifier, comme à l'article 2, l'infraction de «penale». En effet, le libellé de l'article 4, qui contient déjà les termes «pénalement» et «procédure pénale», rende cette précision inutile dans le texte même de l'article».

¹⁵ Tale orientamento della Corte è già affermato in Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, caso n. 8544/79, *Öztürk v. Germany*, § 53: «Il fatto che si tratti pacificamente di un illecito minore che ben difficilmente è tale da danneggiare la reputazione dell'autore non lo pone al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 6. Non vi è infatti nulla che suggerisca che il concetto di illecito penale di cui parla la Convenzione implichi necessariamente un qualche livello di gravità [...]. Per di più sarebbe contrario all'oggetto e allo scopo dell'art. 6, che protegge “chiunque sia soggetto ad un'accusa penale” il diritto a un tribunale e ad un equo processo, se allo Stato fosse consentito di sottrarre dal campo di applicazione dell'art. 6 un'intera categoria di illeciti solo per il fatto che siano qualificati come minori». Nello stesso senso v., *inter alia*, sentenza *Storbråten c. Norvegia* del 1 febbraio 2007 e sentenza *Sergey Zolotukhin c. Russia* del 10 febbraio 2009.

norme della Convenzione, la nozione di reato cui si riferisce l'art. 4 prot. 7 è quella autonoma elaborata dalla Corte europea e non quella dei sistemi nazionali interni.

Alcuni Stati in sede di ratifica del Protocollo hanno apposto delle riserve riguardo l'ambito di applicazione *ratione materiae* del prot. 7. L'Italia al momento della ratifica, avvenuta il 7 dicembre 1991, ha depositato una dichiarazione secondo la quale «la République italienne déclare que les articles de 2 a 4 du protocole ne s'appliquent qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées pénales par la loi italienne». La Corte europea ha considerato tale riserva come non valida, ai sensi dell'art. 57 CEDU, in quanto eccessivamente generica, non contenendo alcuna indicazione circa le specifiche disposizioni dell'ordinamento giuridico italiano che escludevano determinati reati dal campo di applicazione dell'articolo 4 prot. 7. Da questo orientamento della Corte EDU, deriva che può rientrare nell'ambito del divieto di l'applicazione dell'art. 4 prot. 7, come vedremo nella pagine seguenti, una sanzione qualificata come amministrativa nel diritto interno, ma penale secondo i criteri autonomi della Corte.

Infatti, a fronte del dato letterale dell'art. 4 prot. 7, la Corte EDU ha ampliato il divieto di un secondo giudizio alle ipotesi di procedimenti e sanzioni formalmente amministrativi ma sostanzialmente penali proprio per evitare che, ad opera dei singoli ordinamenti, la qualificazione di alcune fattispecie delittuose come illeciti amministrativi possa determinare una elusione delle garanzie previste in materia penale, ed, a tal proposito, ha adottato alcuni criteri di massima per delineare una uniforme applicazione del divieto *ne bis in idem*¹⁶.

Nelle pagine seguenti, consapevoli che non può essere effettuato un esame esaustivo dell'attività della Corte sull'argomento, prendendo le mosse dall'individuazione dei criteri-guida per la qualificazione della sanzione ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dall'art. 4 prot. 7, si farà riferimento alle sentenze che, a nostro avviso, meglio si prestano a porre in evidenza la portata e l'efficacia dei diritti procedurali come definiti dalla attività della Corte EDU.

4. Dai criteri Engel alla sentenza Zolotukhin c. Russia

La Corte di Strasburgo ha più volte evidenziato che esistono degli illeciti non formalmente qualificati come penali nell'ordinamento interno che però, di fatto, per il loro contenuto e la sanzione che comportano lo sono e pertanto necessitano delle tutele previste dall'art. 6 e 7 della CEDU. Infatti, la Corte interpreta la nozione di «procedura penale» contenuta all'art. 4 prot. 7 alla luce dei principi generali da essa elaborati in relazione alle corrispondenti nozioni di «accusa penale» e di «pena» di cui agli artt. 6 e 7 CEDU.

Nella giurisprudenza della Corte EDU, per l'applicazione del principio *ne bis in idem* non solo alle materie di natura penale, come definite dagli ordinamenti nazionali, ma anche alle sanzioni amministrative, fiscali, doganali e disciplinari, un momento fondamentale è

¹⁶ A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato...*, cit. p. 267 parla di «rietchettatura delle fattispecie delittuose quali illeciti amministrativi» e giustifica la necessità di una nozione di sanzione che «oltrepassasse le qualificazioni nazionali e arginasse possibili truffe delle etichette». In questo senso anche S. TREDICI, *L'estensione delle garanzie penali alle sanzioni amministrative sostanzialmente punitive*, in A. POLICE, C. CUPELLI (a cura di), *Le sanzioni: poteri, procedimenti e garanzie nel diritto pubblico*, Padova, 2020, p. 373 ss.; F. GOISIS, *Il concetto di full jurisdiction e il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di giustizia. Recenti conferme e sviluppi*, in *Giustizia insieme*, 14 luglio 2023.

rappresentato dalla sentenza della Grande Camera *Engel e altri c. Olanda* dell'8 giugno 1976, in cui la Corte identifica tre criteri, i c.d. criteri *Engel*, perché una sanzione possa essere definita "penale".

Il primo criterio *Engel* riguarda la qualificazione della disposizione come disposizione di diritto penale ai sensi della normativa nazionale. Tale qualificazione, tuttavia, non è risolutiva, ma ha solo valore formale e relativo. La Corte afferma che «occorre anzitutto sapere se le previsioni che definiscono l'illecito in questione appartengono, secondo il sistema legale dello Stato resistente, alla sfera del diritto penale disciplinare o entrambi insieme».

Nell'ambito del secondo criterio *Engel* la Corte esamina anzitutto la cerchia dei destinatari di una disposizione che sanziona un determinato illecito. Il fatto che una disposizione sia rivolta alla collettività e non – come ad esempio nella normativa sui procedimenti disciplinari – ad un gruppo che riveste un determinato *status* depone a favore della natura penale della sanzione. La Corte EDU fa inoltre riferimento all'obiettivo perseguito dalla sanzione minacciata nella norma. La natura penale viene negata qualora la norma sia diretta unicamente a risarcire danni patrimoniali, mentre nel caso assolve invece ad una funzione repressiva o preventiva, la sua natura di sanzione penale non può essere negata.

Il terzo criterio *Engel* riguarda la natura e la gravità della sanzione prevista. Nel caso delle pene detentive, vale in generale la presunzione della natura penale della sanzione, presunzione che può essere confutata solo in casi eccezionali. Anche le pene pecuniarie per le quali è prevista, in caso di mancato pagamento, una pena detentiva sostitutiva o l'iscrizione nel casellario giudiziale depongono, di regola, a favore della sussistenza di un procedimento penale¹⁷. Il secondo e il terzo criterio sono ritenuti alternativi dalla Corte EDU. Qualora, tuttavia, una loro considerazione separata non dia luogo ad un risultato chiaro, nulla esclude che essi possano essere valutati cumulativamente¹⁸.

¹⁷ Di particolare interesse ci sembra la sentenza della Corte EDU, 22 marzo 2016, ricorso n. 38292/2015, *Palmén c. Svezia*, in cui la Corte non riconosce il carattere penale (e quindi la violazione del principio *ne bis in idem*) al provvedimento di revoca del porto d'armi a carico di un individuo condannato penalmente per lesioni fisiche alla sua compagna, in quanto il carattere della sanzione viene considerato preventivo e non repressivo, ed inoltre tale misura non ha il carattere della gravità in quanto l'individuo, può ripresentare domanda per il rilascio della licenza, e comunque non svolge una attività lavorativa che richieda l'uso delle armi da fuoco.

¹⁸ Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*, §§ 81 e 82: «La Convenzione indubbiamente consente agli Stati, nell'esercizio della loro funzione di custodi del pubblico interesse, di mantenere o stabilire una distinzione tra diritto penale e diritto disciplinare, e di determinare il relativo confine, ma solo a certe condizioni. La Convenzione lascia gli Stati liberi di designare come un illecito penale un'azione o un'omissione che non costituisca normale esercizio di uno dei diritti da essa protetto. Ciò è reso particolarmente chiaro dall'art. 7. Tale scelta, che ha l'effetto di rendere applicabili gli artt. 6 e 7, non è, in linea di principio, soggetta a scrutinio da parte della Corte. L'opposta scelta è tuttavia soggetta a più stringenti limiti. Se agli Stati contraenti fosse concesso di classificare a loro discrezione un illecito come disciplinare invece che penale, o di perseguire l'autore di un illecito di carattere misto sul piano disciplinare invece che penale, l'applicabilità di disposizioni fondamentali quali gli artt. 6 e 7 risulterebbe subordinata alla loro volontà sovrana. Una tale ampia possibilità di scelta risulterebbe incompatibile con gli obiettivi e il contenuto della Convenzione. La Corte dunque, ai sensi degli artt. 6 nonché 17 e 18, ha competenza a stabilire da sé se la materia disciplinare non invada in realtà la sfera del penale. In breve, l'autonomia del concetto di penale opera a senso unico [...] In tale prospettiva, occorre anzitutto sapere se le previsioni che definiscono l'illecito in questione appartengono, secondo il sistema legale dello Stato resistente, alla sfera del diritto penale, disciplinare o entrambi assieme. Ciò tuttavia non rappresenta che un punto di partenza. Le indicazioni così fornite hanno solo un valore formale e relativo e vanno esaminate alla luce di un comune denominatore ricavabile dalle legislazioni dei vari stati contraenti. La natura intrinseca dell'illecito è un fattore di maggior importanza. Quando un militare si ritrova accusato di un atto o di un'omissione che in tesi violano le regole che governano l'attività delle forze armate, lo Stato può in linea di principio impiegare contro di lui il diritto disciplinare invece che quello penale. Sotto questo

L'adozione dei criteri *Engel* di contenuto prettamente sostanzialistico è dettato dalla necessità di una più netta definizione della "materia penale" per evitare posizioni spesso estremamente diversificate nei vari ordinamenti. È sufficiente pensare all'ampliamento dei diritti procedurali davanti alle autorità indipendenti come conseguenza dell'interpretazione del principio *ne bis in idem* da parte delle Corti europee, e il conseguente timore che ciò possa diventare un pericolo per l'efficacia della funzionalità del sistema punitivo amministrativo.

Tali criteri, che nella causa *Engel* vengono riferiti all'ambito del diritto militare, acquistano valenza generale nella sentenza *Öztürk contro Germania* del 21 febbraio 1984.

Individuati i criteri per poter operare una chiara distinzione fra sanzione amministrativa e sanzione penale, in modo che alcune violazioni non possano essere qualificate come illeciti amministrativi, eludendo le garanzie previste per la materia penale, la Corte nella successiva sentenza *Zolotukhin c. Russia* del 2009 precisa il concetto di *idem*, cioè il significato di «stesso reato» e quindi se le sanzioni puniscano lo stesso fatto materiale, ossia fatti identici o fatti che sono sostanzialmente gli stessi.

Discostandosi dalla sua precedente giurisprudenza, ritenuta eccessivamente restrittiva nell'applicazione delle garanzie previste dall'art. 4 prot. 7, con la sentenza da ultimo citata, la Corte pone fine all'incertezza generata da molteplici interpretazioni del concetto di *idem factum* «incompatibile con un diritto fondamentale, perché ne affievolisce la concretezza e l'effettività» (par.70-80). Secondo la Corte, il termine "reato" deve intendersi come condotta *concretamente* posta in essere a prescindere dalla sua qualificazione giuridica, «come fatto storico, così da attribuire la massima estensione possibile alla garanzia convenzionale»¹⁹. In tal senso la Corte adotta un approccio evolutivo, richiamando il concetto, ripetutamente espresso, della Convenzione come *living instrument* che deve essere interpretata alla luce delle condizioni del momento. Facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee (ora Unione europea) e della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, la Corte EDU mette in evidenza come nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali si sia sempre più affermato un approccio favorevole all'individuo, valorizzando l'identità dei fatti materiali e non la definizione giuridica.

In altri termini, secondo la Corte, occorre verificare l'omogeneità dei comportamenti concretamente posti in essere, essendo irrilevante il *nomen iuris*, ossia la qualificazione dell'illecito stabilita dallo Stato. Alla luce di questo nuovo approccio, spetta alla Corte europea valutare l'identità dei fatti materiali tenendo conto dell'insieme delle circostanze concrete riguardanti lo stesso autore e strettamente collegate fra di loro.

5. La sentenza Grande Stevens e altri c. Italia

Con la sentenza del 4 marzo 2014, divenuta definitiva in seguito al rigetto della richiesta del governo italiano di rinvio alla Grandec, nel caso *Grande Stevens e altri c. Italia*, i giudici di

profilo, la Corte concorda con il Governo. Tuttavia, il sindacato della Corte non si ferma qui. Tale sindacato risulterebbe in linea generale illusorio se non prendesse anche in considerazione il livello di severità della sanzione che l'accusato rischia di subire. In una società conformata al principio di legalità, appartengono alla sfera del diritto penale tutte le privazioni della libertà che siano applicate quali sanzioni, con l'eccezione di quelle che per natura, durata o modalità di esecuzione non siano significativamente afflittive [...].

¹⁹ Così F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, p. 186.

Strasburgo hanno condannato l'Italia per aver violato il principio del *ne bis in idem* in quanto i ricorrenti erano già stati sanzionati dalla Consob per una condotta di manipolazione del mercato ai sensi dell'art. 187^{ter} del testo unico sulla finanza (*in seguito* TUF). Inoltre il procedimento penale che nel frattempo è stato aperto sui medesimi fatti per violazione dell'art. 185 TUF, non è stato immediatamente interrotto e le sanzioni interdittive applicate pur essendo qualificate amministrative, hanno natura sostanzialmente penale.

La Corte, nella sentenza citata, ha ravvisato la natura "convenzionalmente penale" dell'infrazione amministrativa ex art. 187^{ter} TUF in applicazione dei criteri *Engel*, in quanto le sanzioni sono dirette alla salvaguardia «di interessi generali della società, normalmente tutelati dal diritto penale», sono particolarmente gravi e non hanno carattere semplicemente riparatorio, ma preventivo-repressivo.

La Corte specifica ulteriormente il concetto di *idem factum*, sostenendo che i fatti posti alla base dei due procedimenti, amministrativo e penale, sono sostanzialmente gli stessi. Richiamando i principi già espressi nel 2009 dalla Grande Camera nella causa *Zolotukhin c. Russia*, e osservando che è vietato perseguire una persona per un secondo reato quando quest'ultimo scaturisce da fatti identici o da uno stesso comportamento, indipendentemente dalla coincidenza o meno degli elementi costitutivi dei reati, si sottolinea che è necessario fare riferimento al fatto concreto e non all'astratta previsione legislativa.

La sentenza *Grande Stevens* i cui effetti nell'ordinamento interno, non tardarono a farsi sentire, è rilevante, non solo per l'ampliamento del concetto di *matière penale* e per aver previsto un maggiore controllo della Corte, ma anche perché mette in evidenza che è l'intero sistema italiano di repressione degli illeciti amministrativi e penali a determinare un *vulnus* dell'art. 4 prot. 7, con conseguenze che non riguardano esclusivamente la manipolazione dei mercati, ma tutto il settore del *market abuse*.

Infatti la condanna dell'Italia, nella sentenza *Grande Stevens* è basata sulle caratteristiche strutturali del sistema giuridico italiano che permettono un doppio binario sanzionatorio, con l'avvio di due procedimenti che si svolgono in parallelo riguardo al medesimo fatto²⁰.

Già all'indomani della pubblicazione della sentenza *Grande Stevens*, per l'ordinamento italiano, si sono posti due ordini di problemi: come evitare, *de lege lata*, di incorrere in ulteriori violazioni della Convenzione e dei suoi protocolli in tutti i casi in cui si prevedono sanzioni qualificate come amministrative, ma nei fatti, penali. Conseguentemente, come rivedere, *de lege ferenda*, il doppio binario sanzionatorio, in modo da porre il nostro ordinamento in linea con gli obblighi derivanti dalle norme sovranazionali²¹.

Non si ritiene che, malgrado i ripetuti interventi della nostra Corte di Cassazione e della nostra Corte Costituzionale, i problemi strutturali del nostro ordinamento abbiano trovato soluzione definitiva²².

²⁰ I principi espressi nella sentenza *Grande Stevens* vengono ribaditi anche con le sentenze *Nikanen c. Finlandia* del 20 maggio 2014 e *Lucky Dev c. Svezia* del 27 novembre 2017, nelle quali i ricorrenti, dopo essere stati sottoposti a procedimento amministrativo per evasione dell'IVA e di omessa dichiarazione dei redditi percepiti e dopo essere stati sanzionati in via amministrativa al pagamento di tali somme nonché al pagamento di sovrattasse per un importo tra il 20% e il 40% delle somme evase, sono stati sottoposti anche a procedimento penale derivante dalle stesse condotte già sanzionate in via amministrativa. La Corte di Strasburgo ritiene la sussistenza dell'*idem factum* e la natura sostanzialmente penale delle sanzioni formalmente amministrative, osservando che esse avevano natura deterrente e non compensativa.

²¹ M. BOLOGNESE, *Il giudicato nazionale nel diritto dell'Unione europea e della CEDU*, Napoli, 2023, p. 207.

²² Per una ampia disamina della giurisprudenza interna sulle conseguenze nell'ordinamento italiano della sentenza *Grande Stevens*, cfr. A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, cit., p. 167 ss.

6. Revirement della Corte sul doppio binario sanzionatorio? La sentenza *A e B c. Norvegia*

La posizione della Corte EDU sulla compatibilità del sistema di “doppio binario” sanzionatorio, in materia tributaria e di abusi di mercato, con il diritto convenzionale, registra un *revirement* con la sentenza della Grande Camera *A e B c. Norvegia* del 15 novembre 2016²³. Infatti la Grande Camera, con la sola opinione dissidente del giudice Pinto de Albuquerque, non riscontra alcuna violazione del principio *ne bis in idem* previsto dall'art. 4 prot. 7, nella concomitante celebrazione di un processo penale e l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia stato già sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa, purchè sussista tra i due procedimenti «una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta»²⁴. In altri termini il principio *ne bis in idem* cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto della definitività del primo procedimento, quando si tratta di una “reazione coordinata” dell'ordinamento nazionale, che “utilizza” due procedimenti per sanzionare il medesimo fatto illecito. Infatti, la Corte, valorizzando il margine di apprezzamento che spetta agli Stati nell'applicazione delle disposizioni convenzionali, nella pronuncia in esame, sostiene che gli Stati godono di un ampio potere discrezionale nello stabilire come garantire nei propri ordinamenti il principio *ne bis in idem*. In tal senso, in linea di principio l'art. 4 prot. 7 non esclude che lo Stato possa legittimamente prevedere un sistema di sanzioni in caso di condotte socialmente offensive, in quanto il suo scopo fondamentale «è quello di determinare se la misura nazionale specifica denunciata costituisce, nella propria sostanza o nei propri effetti, una doppia incriminazione che pregiudica il responsabile o se, al contrario, è il frutto di un sistema integrato che permette di reprimere un misfatto da differenti punti di vista, in modo prevedibile e proporzionato, formando un insieme coerente, in modo da non causare nessuna ingiustizia all'interessato» (§122). La Corte, non mette in discussione la sua precedente interpretazione dell'art. 4 prot. 7, ribadendo che la norma è volta ad impedire l'ingiustizia che potrebbe rappresentare per una persona essere perseguito o punito due volte per lo stesso comportamento delittuoso. Tuttavia, nell'ottica di un bilanciamento tra gli interessi individuali e quelli degli Stati, la Corte sostiene che «non si proibiscono i sistemi giuridici che trattano in maniera “integrata” i misfatti della società in questione, ed in particolare l'approccio che coinvolge fasi parallele di approcci legali derivanti da diverse autorità e con obiettivi diversi». Secondo la Corte, solo l'applicazione del criterio del «nesso materiale e temporale sufficientemente stretto» («sufficiently close connection in substance and time») ricavabile parzialmente dalla sua precedente giurisprudenza ma soprattutto dalla giurisprudenza interna di alcuni Stati europei, permetterà di qualificare i due procedimenti come due aspetti di un'unica risposta integrata dell'ordinamento interno per il medesimo fatto illecito²⁵.

²³ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia* (ric. N. 241/30 e 29758/11).

²⁴ Secondo G. CALAFIORE, *La sentenza A e B c. Norvegia della Corte di Strasburgo ridimensiona la portata del principio ne bis in idem*, in *European Papers*, 2017, p. 244 non si tratta di un *revirement* in quanto «benchè la Corte si sia pronunciata nello stesso senso in precedenti sentenze, queste ultime sembravano essere state superate dalla giurisprudenza più recente». In questo senso anche A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali...*, cit., p. 280.

²⁵ A sostegno della sua tesi, per mettere in evidenza la mancanza di una *communis opinio* europea sulla illegittimità del doppio binario sanzionatorio, la Corte ricorda che sei Stati, vincolati dal protocollo 7, sono intervenuti a

La Corte di Strasburgo a supporto della sua dichiarazione di non violazione, richiama le perplessità espresse dall'Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Fransson*²⁶ che ha sottolineato come numerosi ordinamenti europei conoscano un sistema di doppio binario di procedimenti e sanzioni penali e, almeno formalmente amministrative, da sempre giudicato in linea con le rispettive tradizioni costituzionali (§118).

Il problema che si pone è definire quando questa “sufficiente connessione” sussista, in modo tale che i due procedimenti possano apparire come due aspetti di un'unica risposta dell'ordinamento per il medesimo fatto illecito²⁷.

La valutazione, da parte della Corte, circa la sussistenza di tali requisiti dovrà, tener conto di alcuni fattori, fra i quali:

- se i procedimenti previsti per la violazione abbiano scopi differenti, e abbiano ad oggetto profili diversi della medesima condotta antisociale;
- se i due procedimenti siano una conseguenza prevedibile della condotta illecita;
- se i due procedimenti siano condotti in modo da evitare “per quanto possibile” ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, in particolare attraverso una «adeguata interazione tra le varie autorità competenti in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro procedimento»;
- e, infine, se la sanzione imposta nel procedimento che si conclude per primo sia tenuta in considerazione nell'altro procedimento, in modo che venga in ogni caso rispettata l'esigenza di una proporzionalità complessiva della pena (§ 133).

La Corte, inoltre, si sofferma sulla necessità che tra i due procedimenti sussista anche un collegamento di natura cronologica: «where the connection in *substance* is sufficiently strong, the requirement of a connection *in time* nonetheless remains and must be satisfied» (§134). Ciò non significa che i due procedimenti devono essere condotti simultaneamente dall'inizio alla fine, ma la connessione temporale deve essere «sufficiently close to protect the individual from being subjected to uncertainty and delay and from proceedings becoming protracted over time». Questa ulteriore specificazione fa sorgere il dubbio che si possa escludere la violazione dell'art. 4 prot. 7 anche nell'ipotesi in cui il secondo procedimento inizi *dopo la definitiva conclusione* del primo procedimento.

Le criticità ed i dubbi che la sentenza in esame suscita sono espressi con vigore nell'ampia ed articolata opinione dissenziente del giudice Paulo Pinto de Albuquerque. Dopo una lunga introduzione sulle origini storiche del principio *ne bis in idem*, nonché sul suo fondamento quale principio di diritto internazionale consuetudinario, violato dall'introduzione in molti ordinamenti di sistemi sanzionatori di “doppio binario”, Pinto de Albuquerque sostiene che la sentenza in esame si pone in aperto contrasto con la giurisprudenza precedente della Corte EDU che si è affermata dalla sentenza *Zolotukhin* in avanti. Infatti, il giudice sulla base di un'ampia analisi della giurisprudenza della Corte,

sostegno del governo resistente (Bulgaria, Repubblica Ceca, Grecia, Francia, Moldavia e Svizzera), che il Protocollo non è stato ancora ratificato da quattro Stati (Germania, Paesi Bassi, Turchia e Regno Unito) e che altri quattro Stati contraenti – tra i quali l'Italia, come già detto, – hanno espresso riserve per limitarne l'applicazione alle sole decisioni qualificate come “penali” nei loro ordinamenti. La Corte, comunque, tralascia di dire che alcune di queste riserve, come già segnalato specificamente per quella italiana, sono state dichiarate non valide perché eccessivamente generiche.

²⁶ Conclusioni dell'avvocato generale P. Cruz Villalón, presentate il 12 giugno 2012, ECLI:EU:C:2012:340. Per la Sentenza del 26 febbraio 2013 *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105.

²⁷ F. VIGANÒ, *La grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 novembre 2016, p.1.

sostiene che il criterio della «connessione sostanziale e cronologica sufficientemente stretta» tra i due procedimenti è un criterio vago e arbitrario, costruito attorno a indicatori (e non a veri e propri requisiti) manipolabili *ad libitum* dall'interprete (§ 42-46). Criticabile è, inoltre, il criterio proposto dalla Corte di tener conto, in sede di commisurazione della sanzione, anche della sanzione eventualmente già inflitta nell'altro procedimento parallelo. Il giudice Pinto osserva, correttamente che «that argument, which was given no credit by the Court in *Grande Stevens and Others*, is now put at centre stage in the Norwegian context, without any justification by the majority for this sudden change of heart. The majority seem to have forgotten that in *Grande Stevens and Others* the Court decided that the respondent State had to ensure that the new set of criminal proceedings brought against the applicants in violation of *ne bis in idem* were closed as rapidly as possible and without adverse consequences for the applicants» (§ 66).

L'ampia *dissenting opinion*, si conclude con una ferma presa di posizione del giudice e di grave condanna per la Corte EDU «the Grand Chamber examining the *Sergey Zolotukhin* case would not have agreed to downgrade the inalienable individual right to *ne bis in idem* to such a fluid, narrowly construed, in one word illusory, right. Me neither».

7. Recenti precisazioni della Corte EDU sul principio *ne bis in idem*

La Corte EDU si è nuovamente occupata dell'applicazione del principio *ne bis in idem* nella sentenza del 6 giugno 2019 nella causa *Nodet c. Francia* accogliendo il ricorso di un analista finanziario il quale lamentava la violazione del principio del *ne bis in idem* in quanto era stato condannato, per lo stesso fatto, con due sanzioni sostanzialmente penali²⁸.

La Corte ha accertato la violazione della Francia, malgrado il governo francese abbia fatto presente che per il futuro non si sarebbero verificati casi simili, in quanto, a seguito della pronuncia del 18 marzo 2015 del Consiglio Costituzionale francese, la legge n. 819 del 21 giugno 2016 ha modificato l'art. 465 del codice monetario e finanziario (CMF) in modo da garantire il pieno rispetto del divieto di secondo giudizio, prevedendo che la seconda autorità (a seconda dei casi l'Autorità dei Mercati Finanziari o il Procuratore della Repubblica), non possa procedere contro uno stesso soggetto e per lo stesso fatto per il quale era già stata contestata, dal P.M. o dall'A.M.F, la violazione della normativa di manipolazione di mercato. I giudici di Strasburgo rilevando che la vicenda di Nodet si è svolta quando era in vigore la

²⁸ In breve i fatti all'origine della sentenza. L'Autorité des Marchés Financiers, (AMF) all'esito di un procedimento formalmente amministrativo relativo a condotte di manipolazione del mercato poste in essere nel 2006, aveva condannato l'operatore finanziario al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria di euro 250.000 euro; la sanzione era divenuta definitiva nel 2009 e, a seguito di segnalazione all'autorità giudiziaria effettuata dalla stessa AMF, era stato avviato anche un procedimento penale che aveva determinato la condanna del Nodet ad una pena detentiva. Davanti all'autorità giudiziaria, l'imputato aveva eccepito la violazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU ma il giudice di primo grado, nel 2009, aveva rigettato l'eccezione e aveva comminato una sanzione solo detentiva, pari a mesi 8 di reclusione, spiegando che aveva tenuto conto della circostanza che la sanzione pecuniaria era già stata irrogata dall'autorità amministrativa. In grado di appello la pena era stata ridotta a mesi 3 di reclusione e tale pronuncia era stata confermata, a inizio 2014, dalla Corte di Cassazione. Per un commento della sentenza cfr. M. SCOLETTA, *Il ne bis in idem "preso sul serio": la Corte Edu sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 giugno 2019. Alle stesse conclusioni la Corte EDU, è pervenuta nella sentenza *Bjarni Armannsson c. Islanda* del 7 maggio 2019. A. GALLUCCIO, *Non solo proporzione della pena: la Corte Edu ancora sul bis in idem*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 maggio 2019.

previgente normativa che consentiva il doppio binario sanzionatorio, richiamando le considerazioni e i principi già espressi nella sentenza *A e B c. Norvegia*, hanno osservato che le due sanzioni irrogate sono sostanzialmente penali e riguardano l'*idem factum*. Inoltre hanno ritenuto che, seppur sia consentita dalla normativa la possibilità di essere sottoposti a procedimento sia da parte dell'autorità giudiziaria sia da parte di quella amministrativa e che dell'eventualità del doppio procedimento Nodet fosse a conoscenza, nel caso di specie non è stato rispettato il requisito della *sufficiently close connection in substance and time*. In particolare la Corte non ha ravvisato sussistente la complementarietà degli scopi propri delle due diverse procedure posto che, effettuando una verifica non solo in astratto ma anche in concreto, emerge che le due procedure hanno ad oggetto la protezione degli stessi interessi sociali e l'oggetto delle sanzioni era della medesima natura. Vi è stata, altresì, una ripetizione nella raccolta degli elementi di prova, in quanto è emerso che sia il personale dell'Autorità dei mercati finanziari, sia gli investigatori della squadra finanziaria hanno eseguito separate indagini sui medesimi fatti. Infine non può in alcun modo ravvisarsi la stretta connessione temporale posto che, ad un iniziale periodo, di due anni e dieci mesi, durante il quale le due procedure erano state condotte in parallelo, è seguito un lungo periodo (dal 10 novembre 2009 al 22 gennaio 2014) nel quale, pur essendo divenuta definitiva la sanzione amministrativa, l'autorità giudiziaria ha proceduto penalmente nei confronti del Nodet che, secondo la Corte, «ha subito un pregiudizio sproporzionato a causa della doppia sottoposizione a procedimento e della doppia condanna inflittagli dalla AMF e dalla giurisdizione penale, per gli stessi fatti».

Con la sentenza pronunciata dalla Grande Camera l'8 luglio 2019 nel caso *Mihalache contro Romania*²⁹ la Corte Edu si occupa ancora una volta del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 prot. 7, riscontrando, la violazione della disposizione citata, e condannando lo Stato rumeno al pagamento, in favore del ricorrente, di 5.000 Euro per il risarcimento dei danni non patrimoniali. La sentenza si sofferma, in particolare, sul significato da attribuire alla nozione di "decisione definitiva", che costituisce uno degli elementi fondamentali su cui si basa il principio in questione.

In breve i fatti all'origine della sentenza. Un cittadino rumeno è fermato dalla polizia mentre è alla guida e viene sottoposto a test alcolemico. Risultato positivo al test, viene invitato dagli agenti di polizia a fornire un campione biologico del suo sangue al fine di individuare il livello di concentrazione di alcol etilico in esso rintracciabile e, quindi, a sottoporsi ai relativi esami in ospedale. Essendosi rifiutato di effettuare i controlli prescritti, viene avviato dalla procura un procedimento penale per il reato punito nell'ordinamento rumeno dall'art. 87, par. 5 del decreto n. 195/2002 in materia di circolazione stradale. Il procedimento, tuttavia, è successivamente archiviato (*discontinued*) dal pubblico ministero, il quale ritiene che il fatto non è sufficientemente grave da costituire reato ai sensi della legislazione rumena (art. 10, lett. b1, e 11 del *Code of Criminal Procedure*, o "CCP"). Tuttavia, con lo stesso provvedimento di archiviazione, conformemente a quanto previsto dalla normativa nazionale (art. 441 CCP, in combinato disposto con l'art. 442 CCP), viene irrogata nei confronti del soggetto indagato una sanzione amministrativa di circa 250 Euro. Il provvedimento emesso dalla procura non è peraltro contestato dal suo destinatario, il quale, anzi, provvede al pagamento della sanzione pecuniaria inflittagli. Dopo circa 5 mesi dall'emissione del provvedimento di archiviazione del procedimento da parte della procura, interviene l'ufficio inquirente di grado gerarchicamente superiore che annulla il

²⁹ Ricorso n. 54012/10, A. CARERI, *Presupposti della garanzia convenzionale al ne bis in idem: dalla grande camera nuove precisazioni*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019.

provvedimento, ritenendo, in considerazione della gravità del pericolo ingenerato dalla condotta tenuta dal soggetto in stato di ebbrezza nei confronti della collettività, che il fatto commesso non possa considerarsi adeguatamente punito dalla sanzione amministrativa. Viene quindi aperto un nuovo procedimento, che questa volta si conclude con la condanna del soggetto indagato alla pena (sospesa) di un anno di reclusione, e con l'ordine di rimborsare a quest'ultimo l'importo già versato a titolo di sanzione amministrativa.

Una volta divenuta definitiva la pronuncia di condanna nell'ordinamento giuridico interno rumeno, il soggetto presenta ricorso alla Corte EDU lamentando la violazione dell'articolo 4 prot. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La Corte sofferma la sua attenzione sulla definizione di "decisione definitiva" poiché nel caso di specie, si trattava principalmente di vagliare la natura e gli effetti del provvedimento di archiviazione del primo procedimento emesso dalla procura gerarchicamente inferiore, e in tal senso richiama la relazione esplicativa del protocollo 7, secondo la quale può considerarsi definitiva solo una decisione che abbia acquisito la forza della *res iudicata*³⁰. Ciò si verifica, in particolare, quando una pronuncia assume il carattere dell'irrevocabilità, ossia quando non sono disponibili ulteriori rimedi ordinari di impugnazione, o questi sono stati esauriti dalle parti, o queste ultime hanno lasciato scadere i relativi termini senza avvalersene.

Nella valutazione dei fatti in causa la Corte ribadisce le tre componenti fondamentali del principio *ne bis in idem*, ossia: la natura "penale" dei diversi procedimenti, la sussistenza di un'effettiva "duplicazione" degli stessi, nonché l'ulteriore elemento per cui essi devono concernere gli "stessi fatti".

La Corte, richiamando ancora una volta i criteri *Engel*, nonché la necessità di una loro applicazione autonoma dalle qualificazioni giuridiche date dal diritto interno, sostiene che anche il primo dei procedimenti avviati dalla procura, conclusosi con l'irrogazione della sanzione amministrativa, possieda carattere "penale", e ciò in virtù: (i) della natura propriamente penale delle disposizioni del decreto in materia di circolazione stradale rilevanti nel caso di specie, (ii) del carattere vincolante *erga omnes* della disposizione violata, (iii) della particolare rilevanza dei beni giuridici da quest'ultima tutelati, (iv) della gravità della sanzione in astratto irrogabile; nonché (v) della circostanza per cui «non vi è nulla nella Convenzione che suggerisca che la natura penale di un illecito, ai sensi dei criteri di Engel, richieda necessariamente un certo grado di serietà dell'offesa».

Non si ritiene, invece, necessaria alcuna ulteriore indagine riguardo la plurima contestazione degli stessi fatti, essendo stato il ricorrente processato e punito in entrambi i procedimenti per il rifiuto di sottoporsi agli esami del sangue per la verifica del tasso alcolemico. Controverso è invece l'ulteriore elemento ossia quello della effettiva duplicazione dei procedimenti (*bis*).

La Corte, nell'*iter* argomentativo seguito a dimostrazione della violazione dell'art. 4 prot. 7, si sofferma ad accertare, in primo luogo, se tra i due procedimenti vi sia stata una «connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta» tale da poter considerare i due distinti procedimenti come parte di un unico sistema punitivo "integrato" previsto dall'ordinamento contro l'illecito commesso. Sul punto, i giudici europei, richiamando i

³⁰ Si legge al punto 22 del rapporto esplicativo «According to the definition contained in the explanatory report of the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, a decision is final if, according to the traditional expression, it has acquired the force of *res iudicata*. This is the case when it is irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them».

principi espressi in *A e B. c. Norvegia*, escludono la riconducibilità dei due procedimenti ad un'unica procedura "integrata", data dalla "combinazione" degli stessi e dunque compatibile con la Convenzione. A questa conclusione la Corte giunge in base ad una serie di fattori: la disposizione di legge violata risultava la medesima in entrambi i procedimenti; le sanzioni inflitte al ricorrente risultavano entrambe finalizzate a dissuadere il reo dalla commissione di condotte pericolose per la sicurezza stradale; l'utilizzo delle stesse prove nei due procedimenti; le sanzioni inflitte non erano tra loro coordinate, presupponendo la prima sanzione amministrativa una valutazione di "non gravità" dei fatti, opposta rispetto a quella alla base della pena irrogata all'esito del secondo procedimento; da un punto di vista cronologico, peraltro, i due procedimenti si erano svolti uno di seguito all'altro³¹. Per i giudici di Strasburgo, non ha alcun rilievo il fatto che la sanzione amministrativa inflitta nei confronti del condannato sia stata successivamente annullata in quanto, ai fini della violazione del principio *ne bis in idem*, ciò che rileva è l'avvio di un procedimento penale per gli stessi fatti oggetto di un procedimento (avente la stessa natura "penale" ai sensi della Convenzione) già conclusosi con decisione definitiva.

7. Brevi riflessioni conclusive

L'esame delle sentenze più rilevanti della Corte EDU in materia di applicazione del principio *ne bis in idem* dimostrano come, malgrado i ripetuti interventi e le molteplici precisazioni, l'atteggiamento della Corte non è stato lineare, legittimando l'esistenza, negli ordinamenti interni, del "doppio binario sanzionatorio" che affievolisce la tutela dei diritti dell'individuo. Dopo la sentenza *A e B c. Norvegia* è possibile che tanto la sanzione penale che quella amministrativa si applichino congiuntamente, sminuendo l'efficacia dell'art. 4 prot. 7, che ha proprio lo scopo di evitare questa sovrapposizione.

Non può, inoltre, sottacersi, che il criterio della connessione temporale, dai contorni incerti, lascia ampio spazio alla valutazione dei giudici interni e può portare anche a soluzioni diverse per casi del tutto simili.

In conclusione, il ricorso della Corte sempre più frequentemente al margine di apprezzamento degli Stati, implica che la tutela degli individui non sia del tutto garantita.

Forse se la Corte esercitasse pienamente il suo ruolo di garante della Convenzione, piuttosto che ricercare in ogni caso un bilanciamento tra interessi individuali e interessi statali, il diritto degli individui che l'art. 4 prot. 7 intende tutelare, potrebbe essere maggiormente garantito.

ABSTRACT: *The ne bis in idem principle in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*

Despite the provision of article 4 prot. 7 which establishes the *ne bis in idem* principle, many European States still have the possibility of a "double track of sanctions". The analysis of the most relevant judgments of the ECHR shows how the attitude of the Court has not

³¹ Per una approfondita disamina della posizione della Corte v. A. CARERI, *Presupposti della garanzia convenzionale al ne bis in idem...*, cit.

been linear since in balancing the rights of individuals and the interest of the State, the individual's right not to be subjected to a double procedure has not always been guaranteed.

NE BIS IN IDEM TRANSNAZIONALE

FRANCESCA PELLEGRINO*

SOMMARIO: 1. La dimensione transnazionale del principio del *ne bis in idem*. – 2. Le molteplici funzioni del principio del *ne bis in idem* transnazionale. – 3. Le fonti del *ne bis in idem* transnazionale. – 4. L'ambito di applicazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. – 5. Gli artt. 54 e 55 CAAS. – 6. I rapporti tra le fonti europee. – 7. La legittimità delle limitazioni di cui agli artt. 54 e 55 CAAS. – 8. Considerazioni finali.

1. La dimensione transnazionale del principio del *ne bis in idem*

Il principio del *ne bis in idem*¹, ossia il divieto di essere giudicato o punito due volte per lo stesso fatto, già presente nel diritto romano, è oggi riconosciuto negli ordinamenti giuridici europei, assumendo per lo più rango costituzionale.

Nel nostro ordinamento è sancito dall'art. 649 Cpp², che lo circoscrive al settore penale, imponendo al pubblico ministero e al giudice penale di non procedere nei confronti di uno stesso soggetto che, relativamente al medesimo fatto³, sia stato già prosciolto o condannato con sentenza definitiva.

Quanto al significato dell'espressione *idem factum*⁴, la giurisprudenza europea si è dimostrata oscillante. Nella sentenza *Zolotoukhine c. Russia*⁵ la Corte di giustizia europea si è riferita a procedimenti fondati su fatti identici o sostanzialmente uguali, mentre la Corte dei diritti umani di Strasburgo, che nella famosa sentenza *Grande Stevens c. Italia*⁶ si era

* Professore ordinario di diritto della navigazione, Università degli Studi di Messina.

¹ Sul tema si rinvia a V. ANDRIOLI, voce *Ne bis in idem*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XI, Torino, 1965; P. P. RIVELLO, *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2018, p. 101 ss. V. di recente R. A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, n. 10/2017, p. 3809 ss.; N. MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale*, Padova, 2020; A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato. Il doppio processo come pena*, Padova, 2022.

² F. RANALDI, GAITO A., *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2017, p. 103 s.; C. BUFFON, *Interferenze tra "ne bis in idem" processuale e sostanziale nel contenimento del doppio binario sanzionatorio*, in *Processo pen. e giustizia*, 2019, p. 526 ss.

³ C. SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *Ind. pen.*, n. 2, 2017, p. 461 ss.

⁴ Sulla nozione di "idem", v. G. LASAGNI, *La Corte di Giustizia e la definizione di "idem" nel diritto della concorrenza: verso la creazione di una nozione uniforme?*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 10 ss.

⁵ Sentenza della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 10 febbraio 2009, caso *Sergey Zolotoukhin v. Russia* (Decisione n. 14939/03). In dottrina v. P. P. PAULESU, *Riflessioni in tema di "ne bis in idem" europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 637 ss.; P. RUSSO, *Il principio di specialità ed il divieto del "ne bis in idem" alla luce del diritto comunitario*, in *Riv. dir. trib.*, 2016, 23 ss.; P. RIVELLO, *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del "ne bis in idem"*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 31.

⁶ Sentenza della Seconda Sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri contro Italia* (ricorsi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10), Cfr. N. CIANFEROTTI, *Il principio del "ne bis in idem" tra giurisprudenza nazionale ed europea e il "doppio binario" tributario italiano*, in *Dir. e prat.*

basata sull'identità del comportamento, nel caso *Lucky c. Svezia*⁷ è tornata sui suoi passi, richiedendo non più l'*idem crimen*, ma un insieme di «circostanze fattuali concrete che riguardano lo stesso imputato e che sono inestricabilmente avvinte nel tempo e nello spazio»⁸.

In merito alla definitività della sentenza si è, invece, pronunciata la nostra Corte di Cassazione⁹, la quale ha precisato che l'A.G. è tenuta ad applicare il principio del *ne bis in idem*, con conseguente limite all'esercizio dell'azione penale, anche qualora il primo procedimento penale non sia ancora giunto a definizione, purché sia pendente nella stessa sede giudiziaria e sia stato avviato dallo stesso ufficio del P.M.

Se questi sono gli elementi comuni, caratterizzanti la fattispecie, il principio in esame assume diversi significati a seconda del contesto territoriale di riferimento.

Difatti, se nella dimensione nazionale esso tende a garantire che uno stesso soggetto, già giudicato in via definitiva, non venga perseguito e/o punito una seconda volta, per il medesimo fatto, da parte di un organo giudiziario dello stesso Stato, nella dimensione transnazionale¹⁰ mira ad assicurare che colui che è stato giudicato con sentenza definitiva dall'autorità giudicante di uno Stato non venga nuovamente perseguito e/o punito, per il medesimo fatto, da parte dell'autorità di un altro Stato.

In quest'ultima accezione, sussiste quindi una pluralità di contesti statuali, e quindi la presenza di più giurisdizioni penali nazionali.

Ci riferiamo, in tal caso, alla dimensione transnazionale orizzontale¹¹ del principio, che si distingue dalla dimensione transnazionale verticale, la quale, invece, mira a scongiurare il doppio procedimento davanti ad un'autorità giudiziaria di uno Stato e ad un organo giurisdizionale di un ente sovranazionale, qual è, ad esempio, la Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Ciò premesso, oggetto della presente indagine è il *ne bis in idem* nella sua dimensione transnazionale orizzontale, e per di più applicato a procedimenti svolti dinnanzi ad autorità giurisdizionali di Stati membri dell'Unione Europea.

trib., 2019, 92 ss.; C. CINNIRELLA, *Sul dialogo tra Corti in materia di doppio binario sanzionatorio: il nuovo principio del "ne bis in idem", tra proporzionalità e (restituito) margine d'apprezzamento*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 181 ss.; D. CODUTI, *Il diritto al silenzio nell'intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D.B. c. CONSOB*, in *federalismi.it*, 2021, p. 121 ss.

⁷ Sentenza della Corte Europea di Strasburgo (Quinta Sezione) del 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*. Per un commento, v. G. VINCIGUERRA, *A proposito del divieto di doppio giudizio nel caso di concorso formale fra illeciti*, in *Dir. e prat. trib.*, 2015, 2, p. 1112 ss.

⁸ In tal senso v. anche sentenza della Corte di Giustizia, Seconda Sezione, del 9 marzo 2006. caso *Van Esbroeck* (causa C-436/04). Per un commento, v. T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 621 ss.

⁹ Sentenza della Cassazione penale, SS.UU., n. 34655 del 28 giugno 2005. Per un commento, v. P. TROISI, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in *Diritto pen. e proc.*, 2006, p. 719 ss.

¹⁰ J. VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht Law Review*, 2005, p. 100 ss.; P. COSTANZO, L. TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in *Consulta online*, 2015, p. 23.

¹¹ S. MONTALDO, *La dimensione multilivello del "ne bis in idem" europeo. Spunti per una lettura unitaria alla luce della recente giurisprudenza di Lussemburgo e Strasburgo*, in *Questione giustizia*, 2014, p. 9 ss.; G. GAETA, *Una lezione da San Marino sulla dimensione europea del diritto fondamentale di non "bis in idem"*, in *Arch. pen.*, 2020, p. 599 ss.

2. Le molteplici funzioni del principio del *ne bis in idem* transnazionale

Ferma restando la funzione generale del principio del *ne bis in idem*, ossia quella di garantire un diritto fondamentale dell'accusato¹² a non essere processato due volte per lo stesso reato, e di assicurare la certezza del giudicato penale¹³, scopo ulteriore dell'istituto è quello di porre un rimedio *ex-post* ai conflitti di giurisdizione¹⁴ tra differenti autorità investite di ipotesi di reato o di illecito amministrativo, ogniqualvolta non sia stata devoluta *ex-ante*, ad un unico ordinamento, la giurisdizione esclusiva.

Se dal contesto nazionale ci spostiamo a quello comunitario, risulta evidente che il principio si propone di proteggere i cittadini europei dal doppio processo, in situazioni che presentano elementi di transnazionalità.

Inoltre, nell'ottica della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione¹⁵, lo stesso mira, a sua volta, ad applicare il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, emerso per la prima volta nel Consiglio Europeo di Tampere del 1999, che ispira la cooperazione giudiziaria interstatale, basandosi sullo spirito di affidamento e di fiducia reciproca tra gli Stati membri.

Il principio del mutuo riconoscimento ha ispirato la nota Decisione quadro 2002/584/GAI¹⁶, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, che annovera il *ne bis in idem* tra i motivi che giustificano la mancata esecuzione del provvedimento di consegna del soggetto ricercato (art. 3, lett. b).

In tale contesto, la tutela del singolo viene assicurata alla luce delle libertà garantite dal diritto eurounitario, tra le quali assume particolare rilevanza quella di circolazione¹⁷, finalizzata alla realizzazione di uno spazio economico effettivamente integrato.

Due sono, in particolare, le esigenze contrapposte da contemperare: da un lato, occorre tutelare l'imputato dal rischio del doppio procedimento, garantendogli il diritto a non essere illimitatamente esposto all'esercizio dello *ius puniendi*, esigenza che la Corte di

¹² Cfr. E.M. BELGIORNO, *Il principio del ne bis in idem: Analisi degli aspetti interni ed internazionali*, Milano, 2016, 59 ss. Nella sentenza del 15 novembre 2016 la Corte di Cassazione, dopo aver affermato la piena equiparazione del giudicato intervenuto in uno Stato membro rispetto al giudicato interno, ha affermato che con esso sono riconosciute le relative garanzie processuali, con conseguente impossibilità di acconsentire ad una richiesta di estradizione per fatti sui quali è già intervenuta condanna da parte di un giudice di uno Stato membro. V. anche E. AMODIO, O. DOMINIONI, *L'extradizione e il problema del ne bis in idem*, in *Riv. dir. matrim.*, 1968, 364; G. DEAN, *Profili di una indagine sul ne bis in idem estradizionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 58.

¹³ A. PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla certezza del "diritto soggettivo"*, in *Regole europee e processo penale*, Padova, 2016.

¹⁴ S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, Padova, 2015.

¹⁵ T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale*, cit., 621 ss.

¹⁶ Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo (MAE) e alle procedure di consegna tra Stati membri (G.U.U.E. L 190, 18 luglio 2002). Per un commento, *ex multis*, v. G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, Torino, 2012; G. COLAIACOVO, *La nuova disciplina del mandato d'arresto europeo tra esigenze di semplificazione della procedura e tutela del diritto di difesa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 868 ss.; L. S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il salto nel buio e la rete di protezione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, 1 ss.

¹⁷ Cfr. N. CANESTRINI, *Interpol red notices incompatibili con il diritto dell'Unione europea? Libertà di circolazione e ne bis in idem europeo*, in *Giust. pen.* 2019, 4103 ss.

giustizia collega inscindibilmente alla tutela del diritto alla libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione, dall'altro, evitare situazioni di impunità, con l'obiettivo ultimo di «garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità»¹⁸, come sancito testualmente dall'art. 67, par. 3, TFUE.

3. *Le fonti del ne bis in idem transnazionale*

Il principio del *ne bis in idem* transnazionale è stato, dapprima, disciplinato dagli artt. 54 e 55 della Convenzione, del 19 giugno 1990, di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS)¹⁹ del 1985. L'Accordo e la Convenzione formano il c.d. *acquis* di Schengen²⁰, incorporato, con il Trattato di Amsterdam del 1997, nel TUE²¹.

In tale quadro, giova anzitutto richiamare quanto disposto dall'art. 54: «Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita».

Oggi il principio in esame trova la sua *sedes materiae* nell'art. 50 della Carta di Nizza-Strasburgo²², documento cui il Trattato di Lisbona ha attribuito la stessa forza giuridica dei trattati.

Attesa la natura di fonte primaria della Carta dei diritti fondamentali, il principio del *ne bis in idem*, originariamente relegato nei ristretti confini della dimensione territoriale nazionale, è divenuto pertanto un diritto fondamentale del cittadino europeo, dispiegando i suoi effetti nel territorio di tutti gli Stati membri dell'U.E.

Ai sensi del su citato art. 50 della Carta, nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale sia già stato assolto o condannato in altro Stato dell'Unione con sentenza penale definitiva.

La portata del principio di cui all'art. 50 è equiparabile a quella che discende – seppur entro i confini di ciascuno Stato – dall'art. 4 del Protocollo 7 CEDU²³, a norma del quale

¹⁸ E. PERILLO, *La lotta alla criminalità organizzata, il diritto dell'Unione Europea e le garanzie costituzionali nazionali: dialogo o scontro?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, p. 128 ss.

¹⁹ Convenzione, firmata a Schengen il 19 giugno 1990, di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, ratificata dall'Italia con legge 30 settembre 1993, n. 388.

²⁰ Cfr. B. NASCIBENE, «Ne bis in idem», *diritto internazionale e diritto europeo*, in *Eurojus*, 2018, p. 14 ss.

²¹ Trattato che modifica il Trattato dell'Unione europea. firmato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997, entrato in vigore il 1° maggio 1999. Al Trattato di Amsterdam è allegato il Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea. Cfr. P. MAGRINI, *L'evoluzione delle politiche europee nel settore della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Tampere via Amsterdam*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2000, p. 1817 ss.

²² B. VAN BOCKEL (ed.), *The ne bis in idem principle in EU Law*, Cambridge, 2016.

²³ Sul principio del *ne bis in idem* internazionale, v. N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem internazionale nel processo penale*, Milano, 1984; C. VAN DEN WYNGAERT, G. STESENS, *The International Non Bis in Idem Principle: Resolving some Unanswered Questions*, in *Intern. and Comp. Law Quart.*, 1999, pp. 779-804; M. PISANI, *Il ne bis in*

«Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato».

Resta, tuttavia, salva la maggior tutela assicurata dalla Carta, come risulta dal terzo comma dell'art. 52 della stessa, la quale prevede che, laddove vengano in essa tutelati diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, agli stessi devono essere attribuiti il medesimo significato e identica portata conferiti dalla Convenzione, ma ciò non preclude al diritto dell'Unione di concedere una protezione più ampia.

Va però ricordato che un limite all'applicazione del principio *de quo* discende dall'art. 51, par. 1, che circoscrive l'ambito di operatività della Carta negli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». Ciò significa che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali tutelati dall'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto eurounitario.

4. L'ambito di applicazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Quanto ai presupposti per l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, l'art. 50 della Carta – come si è detto – richiede, come unica condizione, che sia già stata pronunciata una sentenza definitiva, ma non introduce particolari limitazioni.

Pertanto, una questione che ha animato la Corte di Giustizia, in tema di definizione dei confini applicativi del principio, è stata quella dell'interpretazione da attribuire all'espressione “sentenza definitiva”.

La stessa ha avuto occasione di affermare (casi *Gozutok* e *Brugge*)²⁴ che una persona può godere dell'applicazione del *ne bis in idem* anche quando una pronuncia non sia formalmente definitiva e ha stabilito che il principio *de quo* opera anche in caso di estinzione del procedimento penale.

Nella sentenza *Gasparini*²⁵, la Corte ha estensivamente ricompreso nel concetto di pronuncia definitiva anche la sentenza di assoluzione per prescrizione, purché emessa a seguito di un accertamento dei fatti.

idem internazionale e il processo penale italiano, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, tomo I, Milano, 2005, p. 553 ss.

²⁴ La sentenza della Corte di Giustizia dell'11 febbraio 2003, casi *Hüseyin Gözütok* (C-187/01) e *Klaus Brugge* (C-385/01), ha affermato che il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 CAAS, «si applica anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali, in forza delle quali il pubblico ministero di uno Stato membro chiude, senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro, stabilita dal pubblico ministero». Per un commento, V. BAZZOCCHI, *Ancora sui casi Gozutok e Brugge: la Corte di giustizia e il principio del ne bis in idem*, nota a CGCE 11 febbraio 2003 (cause riunite C-187/01 e C-385/01), in *Quad. cost.*, 2004, p. 169 ss.; D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 1413 ss.

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia (Prima Sezione) del 28 settembre 2006, *Giuseppe Francesco Gasparini e altri c. Italia e Belgio* (C-467/04). Per un commento v. M. VENTRONE, *La dottrina della protezione equivalente nei rapporti tra CEDU e Nazioni Unite alla luce della prassi più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2015, p. 30.

Nel caso *Miraglia*²⁶, è stata fissata dalla stessa Corte la regola secondo la quale una decisione è definitiva solo quando si fonda su un'analisi nel merito della causa.

Nel caso *Van Straaten*²⁷ i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto di includere, tra le pronunce definitive, le sentenze di assoluzione per insufficienza di prove e, nel caso *Kretzinger*²⁸, anche le sentenze di condanna a pena condizionalmente sospesa.

Nella sentenza *Bourquain*²⁹ la Corte ha, altresì, ritenuto definitiva la sentenza pronunciata *in absentia*, che non può essere eseguita per specificità procedurali.

L'interpretazione estensiva della giurisprudenza europea è parsa in dottrina³⁰ eccessivamente sbilanciata a favore dell'imputato e poco rispettosa dell'esigenza di punire efficacemente i reati transnazionali.

Quanto alla natura penale del provvedimento va, invece, richiamata la famosa causa *Spasic*³¹.

²⁶ Nella sentenza sul caso *Miraglia* (C-469/03) del 10 marzo 2005, la Quinta Sezione della Corte di giustizia ha asserito che il principio *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 CAAS, «non si applica a una decisione delle autorità giudiziarie di uno Stato membro che dichiara chiusa una causa dopo che il Pubblico Ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito». T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale*, *supra cit.*, p. 621 ss.

²⁷ Nella sentenza sul caso *Jean Leon Van Straaten c. Olanda e Italia* (C-150/05) del 28 settembre 2006, la Corte di giustizia ha affermato che «il principio del *ne bis in idem*, sancito all'art. 54 della detta convenzione, trova applicazione a una decisione dell'autorità giudiziaria di uno Stato contraente con cui un imputato è definitivamente assolto per insufficienza di prove», sul presupposto di fondo secondo cui: «senza che sia necessario pronunciarsi sul problema se un'assoluzione non fondata su una valutazione del merito possa rientrare nell'ambito di applicazione di tale articolo, si deve constatare che un'assoluzione per insufficienza di prove si fonda su una siffatta valutazione».

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, caso *Kretzinger* (C-288/05). Sul tema v. 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. 3272 ss.

²⁹ Sentenza della Corte (Seconda Sezione) dell'11 dicembre 2008, *Klaus Bourquain* (C-297/07). Il principio "*ne bis in idem*", sancito dal citato art. 54, si applica a un procedimento penale avviato in uno Stato contraente per reprimere fatti per i quali l'imputato è già stato definitivamente giudicato in un altro Stato contraente, anche qualora, ai sensi del diritto dello Stato in cui esso è stato condannato, la pena inflittagli non abbia mai potuto essere direttamente eseguita a causa di peculiarità procedurali come quelle considerate nel procedimento principale. P. P. PAULESU, *Riflessioni in tema di "ne bis in idem" europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 637 ss.

³⁰ Cfr. sul punto T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, *cit.*, p. 621 ss.

³¹ Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 27 maggio 2014., *Zoran Spasic* (C-129/14). Il sig. Spasic, cittadino serbo, al momento della pronuncia pregiudiziale dinanzi alla CGUE, era stato perseguito in Germania per una frode commessa in Italia contro un cittadino tedesco. Per questo reato era già stato condannato in Italia alla pena di un anno di reclusione e ad una multa. Al momento del processo tedesco, la condanna italiana era divenuta definitiva ed esecutiva, tuttavia, solo la multa era stata pagata spontaneamente dal reo, mentre la parte detentiva della sentenza era rimasta ineseguita. Sono state quindi sottoposte alla CGUE due domande pregiudiziali da parte del giudice tedesco. In primo luogo, si è interrogata la Corte circa la compatibilità della clausola di esecuzione, contemplata dall'articolo 54 della CAAS, con l'art. 50 della Carta di Nizza. Inoltre, si è chiesto se questa condizione possa ritenersi soddisfatta anche quando la condanna sia composta da due pene indipendenti e una sola parte della pena sia stata scontata. La CGUE ha risposto che l'esecuzione di una sola parte della condanna (in questo caso, la multa) non soddisfa la condizione di esecuzione di cui all'art. 54 della Convenzione. Per un commento, v. in particolare N. RECCHIA, *Il "ne bis in idem" transnazionale nelle fonti eurounitarie. Questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di giustizia UE*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1373 ss.; N. MANCINI, *Il "ne bis in idem" "transnazionale" e la sentenza della Corte europea di giustizia sul caso "Spasic"*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2016, p. 141 ss.

In particolare, ai fini dell'attribuzione della natura sostanzialmente penale dei procedimenti e delle sanzioni, secondo la Corte, sono rilevanti tre criteri alternativi, coincidenti con i noti "criteri *Engel*" elaborati dalla Corte EDU³²: a) la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, b) la natura dell'illecito; c) la gravità della sanzione prevista.

In merito a quest'ultimo criterio, diversamente dalla giurisprudenza della Corte EDU, per cui rileva la pena prevista in astratto per quel particolare illecito, la Corte di giustizia considera determinante la pena definitiva, comminata in concreto.

Per quanto riguarda la natura dell'illecito, da tempo dottrina e giurisprudenza tentano di suggerire una soluzione alla *vexata quaestio* dell'applicazione del *ne bis in idem* in materia di concorso di illeciti penali e amministrativi³³. Nella sentenza *Fransson*³⁴ sul doppio binario sanzionatorio, penale e amministrativo³⁵, che ha come precedenti in Italia i casi *Menci*,

³² Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 23 dicembre 2009, *Spector Photo Group NV e Chris Van Raemdonck contro Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezzen (CBFA)* (C-45/08). In tale sentenza, al fine di attribuire la natura penale alla sanzione tributaria, la Corte di giustizia ha utilizzato i "criteri *Engel*" (cfr. sentenza della Corte EDU, Grande Camera, *Engel e altri c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976): 1) la qualificazione dell'illecito nel diritto interno; b) la natura dell'illecito, c) la gravità della sanzione. Per un commento, v. E.A. SEPE, *Il principio del "ne bis in idem" nella evoluzione della giurisprudenza delle corti europee e della Corte costituzionale*, in *Dir. e prat. trib. inter.*, 2018, p. 1103 ss.; F. BAIO, *Il "bis in idem" e la difficile definizione della nozione di "sanzione" tra Corte Edu, CGUE e Corte costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2019, p. 1221 ss.; A. PROCACCINO, *Oltre la "matière pénale". I "bis in idem" tra procedimento penale e procedimenti disciplinari*, *ivi*, 2019, p. 1073 ss. G. AGRIFOGLIO, *Autonomia ordinamentale e pluralismo giuridico: il divieto "ne bis in idem" tra "Engel criteria" e principio di proporzionalità in Europa e diritto privato*, 2019, 455 ss. Sul tema v. anche sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 5 giugno 2012, *Prokurator Generalny c. Łukasz Marcin Bonda* (C-489/10).

³³ A. GARGANI, *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, in *Studi senesi*, 2019, p. 156 ss.

³⁴ Nella sentenza del 26 febbraio 2013, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson* (C-617/10), relativa alla simultanea pendenza di un procedimento penale e di un altro amministrativo-tributario per i medesimi fatti, la Corte di giustizia (Grande Sezione) ha considerato l'*idem factum* come un identico accadimento materiale, contestato da due autorità differenti, con potere di infliggere sanzioni la cui natura penale. Applicando i c.d. "*Engel criteria*", ha, inoltre, stabilito che la sentenza debba qualificarsi come "penale" sulla base della qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, della sua natura e del grado di severità della sanzione. Per un approfondimento, v. A. F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 179; ID., *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2017, p. 1047 ss.; M. L. DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, in *Cass. pen.*, n. 4, 2016, p. 1335 ss.; S. BOLIS, *Obiettiva connessione tra illeciti amministrativi e reati tributari: una soluzione alla vexata quaestio del ne bis in idem?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4/2017, p. 383 ss.; F. VIGANÒ, *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2017.

³⁵ Il divieto di "doppio binario" è stato in parte superato nella sentenza della Corte di Strasburgo (Grande Camera) del 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, nella quale la stessa, dopo aver confermato il proprio orientamento sulla natura "penale" dell'irrogazione di sovrattasse, ha ritenuto non applicabile il principio di *ne bis in idem* qualora sussista una sufficiente connessione "in substance and in time" (anche se non condotti simultaneamente) tra i due procedimenti di natura penale e amministrativo-tributario di fronte al medesimo fatto illecito, ossia quando sussiste una "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta". Si tratta del criterio della sufficiente connessione tra procedimenti, che perseguono scopi complementari ed hanno ad oggetto aspetti diversi della medesima condotta. Per un approfondimento, v. F. CASSIBBA, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2017, p. 1098 ss.; F. CONSULICH, C. GENONI, *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto euromunitario e convenzionale*, in *Giur. pen.*, n. 4, 2018; A. F. TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3, 2018, p. 270 ss.; A. GALLUCCIO, *"Ne bis in idem" e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice "a quo" perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont.*,

*Garlsson Real Estate SA, Di Puma e Zecca/Consob*³⁶, la Corte non si è sottratta allo sforzo di risolvere la questione anche in rapporto alla dimensione transnazionale.

Secondo i giudici di Lussemburgo, il *ne bis in idem* dovrà comunque trovare applicazione anche se la sentenza definitiva, adottata all'esito di un procedimento formalmente amministrativo, assuma natura sostanzialmente penale, a prescindere dal *nomen iuris* attribuito.

Parallelamente, i giudici di Strasburgo, nel citato caso *Grande Stevens*³⁷ e in altri casi successivi³⁸, ha riconosciuto che il principio di cui all'art. 4 del Protocollo 7 della CEDU, inizialmente concepito con riguardo agli illeciti penali, trovi applicazione anche nel caso in cui la sanzione, formalmente amministrativa, abbia natura sostanzialmente penale.

Alla luce della giurisprudenza su richiamata, nell'interpretazione dell'art. 50 della Carta, la Corte di Giustizia sembra seguire un approccio sostanzialmente unitario, comune tanto all'ambito nazionale, quanto a quello transnazionale, tenendo conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, senza necessariamente uniformarsi.

5. Gli artt. 54 e 55 CAAS

2018, p. 5; E. BINDI, A. PISANESCHI, *La soluzione legislativa italiana al problema del doppio binario nel "market abuse"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 75 ss.; F. MUCCIARELLI, *Il "doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2019; O. CALAVITA, *La Corte costituzionale di nuovo sul rapporto tra processo penale e amministrativo tributario: ancora una volta viene salvato il doppio binario sanzionatorio*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1916; C. CINNIRELLA, *Sul dialogo tra Corti in materia di doppio binario sanzionatorio: il nuovo principio del "ne bis in idem", tra proporzionalità e (restituito) margine d'apprezzamento*, cit., p. 181 ss.

³⁶ Cfr. le sentenze della Corte di giustizia UE (Grande Sezione), 20 marzo 2018, *Menci* (C-524/15), *Garlsson Real Estate e a.* (C-537/16), *Di Puma e Zecca* (C-596/16 e C-597/16) riguardanti casi il cumulo di sanzioni penali ed amministrative comminate in materia di evasione fiscale. Il procedimento penale è stato avviato dopo l'applicazione della sanzione amministrativa. Secondo la Corte, il divieto di *ne bis in idem* non opera se la prima sanzione ha natura tributaria e la seconda ha natura penale. Per un commento, v. G. M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Rass. trib.*, n. 5, 2015, p. 939 ss.; F. MUCCIARELLI, *La nuova disciplina euorounitaria sul market abuse: tra obblighi di criminalizzazione e ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4, 2015; C. FATTA, *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *Giur. pen. web*, n. 1, 2017.

³⁷ Nella citata sentenza *Grande Stevens* la Corte EDU riconosce che la sanzione prevista dall'art. 187 *ter* T.U.F. (T.U. Finanza) rivesta natura formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale. Nella stessa la Corte afferma che celebrare un processo penale dopo la conclusione di un procedimento sanzionatorio davanti alla Consob, formalmente amministrativo, ma in realtà di natura penale "ai fini dell'applicazione di garanzie della CEDU", viola il divieto del *ne bis in idem*.

³⁸ V. sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. IV, 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia* e Sez. V, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*. Sul tema, v. S. FRANCAZI, "Ne bis in idem" e reati tributari, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, p. 1222 ss.; A. FAZIO, *I rapporti tra processo tributario e processo penale: la crisi del principio del "doppio binario" nella prospettiva dello scambio internazionale di informazioni fiscali*, in *Dir. e prat. trib.*, 2020, p. 1955 ss.

Di fronte alle suddette fonti, l'indagine va a questo punto incentrata sull'incidenza dell'entrata in vigore dell'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sull'art. 54 della CAAS³⁹.

A differenza dell'art. 50 della Carta, che non stabilisce limitazioni, l'art. 54 della fonte convenzionale prevede la c.d. "condizione di esecuzione".

Nella citata sentenza *Spasic*, la Corte di giustizia ha qualificato detta condizione di esecuzione come una limitazione al divieto di *bis in idem*, sancito quale diritto fondamentale dall'articolo 50 della Carta.

In base alla clausola *de qua*, quindi, qualora sia intervenuta sentenza di condanna, un secondo processo non potrà iniziare (o proseguire) contro lo stesso soggetto in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata pronunciata, non solo se la stessa sia divenuta definitiva, ma anche quando la pena sia stata eseguita, sia in corso di esecuzione oppure non possa più essere eseguita.

Quanto a quest'ultimo caso, nella citata sentenza *Kretzinger* la Corte di giustizia ha chiarito che la pena non può dirsi eseguita quando, ai fini dell'esecuzione della sentenza di condanna, è stato emesso mandato d'arresto europeo.

Né l'esecuzione di una sola parte della condanna soddisfa la condizione di esecuzione di cui all'art. 54, come chiarito dalla stessa Corte⁴⁰.

La *ratio* della condizione in esame risiede nella necessità di bilanciare l'esigenza di tutelare l'imputato contro il rischio di molteplici condanne penali, con l'intento di scongiurare situazioni di impunità.

Anche l'art. 55⁴¹ della CAAS prevede alcune limitazioni all'applicazione del *ne bis in idem*.

Occorre pertanto soffermarsi, in particolare, sull'antinomia testuale tra l'art. 50 della Carta e l'art. 55 della CAAS, dalla cui soluzione dipende l'uniforme applicazione del *ne bis in idem* nello spazio giuridico europeo.

In particolare, l'art. 55 attribuisce ad ogni Stato contraente, in sede di ratifica della Convenzione⁴², la possibilità di ritenersi non vincolato all'applicazione del *ne bis in idem* in tre diverse situazioni: qualora il fatto cui la sentenza straniera si riferisce sia stato compiuto, in tutto o in parte, sul proprio territorio (lett. a); qualora il fatto costituisca un'offesa contro

³⁹ Per un commento, v. 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. 1148 ss.; C. AMALFITANO, *Il principio del "ne bis in idem" tra CAAS e Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3889 ss.; N. RECCHIA, *Il "ne bis in idem" transnazionale nelle fonti eurounitarie*, cit., p. 1373.

⁴⁰ Cfr. il più volte citato caso *Spasic*.

⁴¹ Si riporta per comodità il testo dell'art. 55: «1. Una Parte contraente può, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della presente convenzione dichiarare di non essere vincolata dall'articolo 54 in uno o più dei seguenti casi: a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio in tutto o in parte. In quest'ultimo caso questa eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata; b) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente; c) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio». Per un commento, v. N. RECCHIA, *Il "ne bis in idem" transnazionale nelle fonti eurounitarie*, cit., 1373 ss.; C. AMALFITANO, *Il principio del "ne bis in idem"*, cit., p. 3889 ss.

⁴² L'Italia l'ha ratificata con l. 30 settembre 1993, n. 388.

la propria sicurezza nazionale o ad altri interessi essenziali (lett. *b*)⁴³; qualora il fatto sia stato compiuto da un proprio pubblico ufficiale, in violazione di un dovere d'ufficio (lett. *c*).

6. I rapporti tra le fonti europee

Esaminati a grandi linee gli artt. 54 e 55 della CAAS, il tema centrale è quello dei rapporti o delle intersezioni tra le fonti comunitarie che oggi regolano il *ne bis in idem* nello spazio giuridico europeo.

Invero, la dottrina, già all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, si era interrogata sulla sorte delle norme nazionali di recepimento delle riserve contenute nella Convenzione in esame, senza tuttavia dimostrare un'unanimità di vedute.

Secondo un primo orientamento, occorre porre l'accento sulla mancata incorporazione, nel diritto dell'Unione, delle norme nazionali con cui gli Stati membri hanno recepito le riserve previste dall'artt. 55 della CAAS⁴⁴.

Queste ultime, secondo tale ricostruzione, non sarebbero più operative a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, il quale avrebbe incorporato nel diritto dell'Unione solo le disposizioni della Convenzione CAAS, ma non anche le norme nazionali contenenti le dichiarazioni degli Stati contraenti di volersi avvalere delle relative eccezioni nei rispettivi ordinamenti.

Tale interpretazione risultava, invero, in contrasto con l'orientamento espresso – seppure implicitamente – dalla stessa Corte di Giustizia nel caso *Turansky*⁴⁵, laddove la stessa si era limitata a stabilire che la deroga di cui all'art. 55, par. 1, lett. *a*), non poteva applicarsi in ragione della ricorrenza, nel caso di specie, di una particolare condizione ostativa, prevista dallo stesso articolo, senza manifestare, pertanto, alcun dubbio circa la persistente operatività, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, della norma nazionale con cui uno degli Stati coinvolti nel procedimento, l'Austria, aveva recepito l'eccezione⁴⁶.

L'altro filone dottrinale partiva, invece, dal presupposto per cui l'incorporazione della CAAS nel diritto dell'Unione europea ad opera del Trattato di Amsterdam non avrebbe

⁴³ Nell'art. 7, comma 2, della succitata legge di ratifica viene invero precisato che, ai sensi dell'art. 55, par. 1, lett. *b*), della Convenzione, i delitti contro la personalità dello Stato costituiscono reati contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali dello Stato.

⁴⁴ M. 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. 156.; V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali*, in *Legisl. pen.*, 2017, p. 9 ss.

⁴⁵ Nella sentenza 22 dicembre 2008 sul caso *Vladimir Turansky* (C-491/07) la Corte di giustizia (Sesta Sezione) ha affermato che è esclusa l'operatività dell'art. 54 in relazione alla decisione con la quale, in una fase precedente l'incriminazione, venga disposta la sospensione del procedimento, che non ne comporta l'estinzione. Per un commento, v. in particolare S. MONTALDO, *La dimensione multilivello del "ne bis in idem" europeo. Spunti per una lettura unitaria alla luce della recente giurisprudenza di Lussemburgo e Strasburgo*, nota a CGCE sez. VI 22 dicembre 2008 (causa C-491/07), cit., p. 9 ss.

⁴⁶ V. FELISATTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale*, cit., p. 9 ss.

messo in discussione l'operatività delle norme nazionali di recepimento delle riserve di cui all'art. 55⁴⁷.

Quest'orientamento sembrava condivisibile anche alla luce del fatto che, nei primi anni del nuovo millennio, era discussa l'opportunità di abolire formalmente le deroghe di cui all'art. 55 CAAS⁴⁸, operazione che non sarebbe stata necessaria se tali eccezioni si fossero ritenute superate dopo l'entrata in vigore Trattato di Amsterdam.

Peraltro, se le riserve dell'art. 55 dovevano ritenersi ormai inapplicabili, non si vede perché ne venisse fatta espressa menzione in atti successivi all'integrazione dell'*acquis* di Schengen

Oggi, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la questione dev'essere correttamente ricondotta su un diverso binario, quello dei rapporti tra l'art. 55 della CAAS e l'art. 50 della Carta.

Secondo un primo orientamento, la questione dovrebbe esser risolta sulla base della gerarchia tra fonti. Posto che l'art. 50 della Carta (fonte primaria) non prevede alcuna limitazione all'applicazione del *ne bis in idem*, si dovrebbe dedurre che il legislatore europeo non abbia inteso confermare le deroghe ex art. 55 CAAS, le quali si dovrebbero intendere implicitamente abrogate e non più applicabili⁴⁹.

Conseguentemente, qualora sia in corso, in uno Stato membro, un procedimento che abbia recepito le riserve di cui all'art. 55 della CAAS, il giudice nazionale dovrebbe limitarsi a disapplicare la norma interna di recepimento, in quanto confliggente col principio sancito nella Carta.

In altri termini, venuto meno l'art. 55, il giudice nazionale si troverebbe a dover risolvere il contrasto tra una norma europea dotata di effetto diretto, l'art. 50 della Carta, e una norma nazionale che recepisce l'art. 55 della CAAS, con essa confliggente, la quale dovrebbe senz'altro essere disapplicata in virtù del principio di *primauté* del diritto comunitario sul diritto interno⁵⁰.

Contro quest'orientamento va ricordato che l'art. 2 del Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen, annesso al Trattato di Amsterdam, richiedeva al Consiglio di adottare una decisione per l'individuazione della base legale di ciascuna delle disposizioni o decisioni dell'*acquis* di Schengen e che quest'obbligo è stato adempiuto mediante l'emanazione della Decisione 1999/436/CE⁵¹, tuttora in vigore. Quest'ultima, nell'allegato A, individuava negli artt. 31 e 34 TUE la base giuridica delle norme della CAAS disciplinanti il *ne bis in idem*.

⁴⁷ Cfr. V. FELISATTI, *supra cit.*, p. 5 ss., p. 10.

⁴⁸ V. l'iniziativa della Repubblica greca in vista dell'adozione della decisione-quadro del Consiglio sull'applicazione del principio *ne bis in idem* (7246/2003).

⁴⁹ Per un approfondimento, v. 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. mer.*, 2012, 1610 ss.; ID., *Il principio del "ne bis in idem"*, cit., p. 3889; N. RECCHIA, *Il "ne bis in idem" transnazionale nelle fonti eurounitarie*, cit., p. 1373 ss.

⁵⁰ V., *ex multis*, M. ORLANDI, *L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione europea*, Torino, 2012; I. PELLEGRINI, *Il primato del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali: quo vadis?*, Roma, 2019.

⁵¹ Decisione 1999/436/CE del Consiglio, del 20 maggio 1999, che determina, in conformità delle pertinenti disposizioni del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea, la base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l'*acquis* di Schengen (*G.U.C.E.* L 176 del 10 luglio 1999, p. 17 ss.).

Pertanto, attraverso la Decisione 1999/436/CE, le norme della CAAS sono entrate a fare parte del diritto unionale.

Ne consegue che limitazioni di cui all'art. 55, contenute in una Convenzione, ma recepite da una fonte di diritto derivato, la Decisione 1999/436/CE, devono essere poste a raffronto con la Carta che, in virtù del Trattato di Lisbona, ha acquisito valore di fonte di diritto primario, sovraordinata rispetto al diritto derivato.

Seguendo questa linea interpretativa, il confronto non dovrà più essere operato tra una fonte europea, la Carta, e la fonte nazionale di attuazione della CAAS, bensì tra due norme comunitarie che disciplinano il medesimo principio: l'art. 50 della Carta e l'art. 55 della CAAS, recepito dal diritto eurounitario.

Della questione della loro compatibilità dovrebbe, pertanto, essere investita la Corte di Giustizia, alla quale sola compete la valutazione di conformità della fonte di rango secondario rispetto a quella di grado primario.

7. La legittimità delle limitazioni di cui agli artt. 54 e 55 CAAS

Posto che – a nostro avviso – gli artt. 54 e 55 della CAAS devono considerarsi tuttora applicabili, quanto alla formulazione delle relative disposizioni, si ritiene che il primo sancisca la regola generale, che subordina la sua operatività alla “condizione di esecuzione”, mentre il secondo attribuisca agli Stati firmatari la facoltà di derogare a tale prescrizione, prevedendo – per l'appunto – alcune limitazioni.

In altri termini, l'art. 55 della CAAS individua i casi in cui uno Stato ha la possibilità di dichiarare di non essere vincolato dall'art. 54.

Resta a questo punto da risolvere il problema della legittimità delle limitazioni contenute nelle disposizioni della Convenzione.

Né si può dubitare che riserve in parola rappresentino delle limitazioni all'applicazione della regola del *ne bis in idem*.

In base alle “Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali”⁵², che devono essere tenute in debito conto quando si interpretano ed applicano i diritti, libertà e principi in essa contenuti, le limitazioni, per ritenersi pienamente legittime (e quindi per consentire agli Stati membri di derogare alla regola *ne bis in idem*), devono esser rispettose dei requisiti previsti dall'art. 52, primo comma, della Carta⁵³.

Se nel noto caso *Spasic* la Corte aveva posto in questi termini la questione della compatibilità con la Carta della “condizione di esecuzione” di cui all'art. 54 CAAS, ancorché non fosse affatto scontato che si trattasse di una limitazione al *ne bis in idem*, a

⁵² Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali: 2007/C 303/02, in *G.U.U.E.* C 303 del 14 dicembre 2007, p. 17.

⁵³ Si riporta per comodità il testo dell'art. 52 della Carta: «1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

maggior ragione si può riproporre negli stessi termini il problema della conciliabilità con la stessa Carta delle riserve di cui all'art. 55 della CAAS, che certamente sono qualificabili come limitazioni.

L'art. 52 della Carta contiene la c.d. “clausola orizzontale”⁵⁴ che subordina la legittimità delle limitazioni, e quindi la possibilità di derogare al principio in oggetto, a tre requisiti: a) la previsione delle medesime in una fonte legislativa (c.d. “riserva di legge”)⁵⁵; b) il rispetto del contenuto essenziale del diritto la cui portata viene limitata; c) il rispetto del principio di proporzionalità⁵⁶. Quest'ultimo, a sua volta, impone che possano 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»⁵⁷.

Per giurisprudenza costante, nascente dal dialogo tra la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo, il test di proporzionalità presuppone la sussistenza di determinati requisiti. Le eccezioni devono perseguire un fine legittimo e risultare necessarie al raggiungimento di tale fine, ma non devono restringere in modo sproporzionato il diritto fondamentale coinvolto⁵⁸.

Ed è proprio alla luce del principio di proporzionalità che occorrerà verificare se, attualmente, la “condizione di esecuzione” di cui all'art. 54 della CAAS sia ancora applicabile in un sistema giuridico europeo profondamente mutato.

Nella su richiamata sentenza *Spasic*, la Corte di Giustizia ha ritenuto proporzionata la “condizione di esecuzione” di cui all'art. 54 in quanto: non metterebbe in discussione l'essenza del *ne bis in idem*, in quanto tale principio è sancito dall'art. 50 della Carta; perseguirebbe un obiettivo di interesse generale, connaturato allo spazio di libertà,

⁵⁴ R. CISOTTA, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali con uno sguardo in avanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, 19 ss.

⁵⁵ Secondo la Corte di Giustizia, rispetta tale criterio anche una limitazione contenuta in un accordo internazionale tra l'UE e un Paese terzo. Cfr. cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a. e Kärntner Landesregierung e a.* dell'8 aprile 2014. Per un commento, v. L. DELLI PRISCOLI, *Il bene giuridico tutelato dalle norme penali in materia tributaria e le soglie di punibilità*, in *Giust. pen.*, 2020, p. 47 ss.; S. NINATTI, *La concorrenza fra Carte vista da Lussemburgo. All'ombra del processo di adesione*, in *Quad. cost.*, 2020, p. 873; A. GATTI, *Diritti fondamentali e “copyright” digitale: un'analisi dei modelli di “enforcement” in prospettiva comparata in federalismi.it*, 2021, p. 159 ss.; F. ROSSI DAL POZZO, L. ZOBOLI, *To protect or (not) to protect: definitional complexities concerning personal (and non-personal) data within the EU*, in *Eurojus*, 2021, p. 315 ss.

⁵⁶ N. RECCHIA, *Il “ne bis in idem” transnazionale nelle fonti europolitane*, cit., p. 1373 ss.

⁵⁷ In argomento, giova richiamare la nota sentenza del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione* (C-402/05 e C-415/05) nella quale la Corte di giustizia ha affermato che i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto, dei quali la Corte deve garantire la conformità e che gli accordi internazionali non possono essere interpretati in pregiudizio dei principi fondamentali del Trattato UE. Per un commento v. L. GRADONI, *Raccontare “Kadi” dopo “Kadi II”: perché la Corte di giustizia dell'Unione europea non transige sul rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 587 ss.; M. MARCHEGIANI, *Il principio di protezione equivalente nel caso “Kadi”*, in *Dir. Ue*, 2014, 169 ss.; M. PORCELLUZZI, *La tutela dei diritti fondamentali nella lotta al terrorismo internazionale: il caso Kadi*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2014, p. 256 ss.

⁵⁸ Per un approfondimento circa il test di proporzionalità, v. C. CINNIRELLA, *Sul dialogo tra Corti in materia di doppio binario sanzionatorio: il nuovo principio del “ne bis in idem”, tra proporzionalità e (restituito) margine d'apprezzamento*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 181 ss.; L. BARON, *“Ne bis in idem” e giudizio di proporzione: la certezza dell'incertezza applicativa*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 743 ss.

sicurezza e giustizia, vale a dire prevenire l'impunità di persone condannate in via definitiva⁵⁹; sarebbe necessaria, in quanto nessuna alternativa meno restrittiva, prevista da strumenti di mutuo riconoscimento – quali la Decisione quadro 2002/584/GAI sul MAE⁶⁰ – potrebbe ritenersi egualmente efficace nel prevenire l'impunità.

Nel citato caso *Spasic*, la Corte di giustizia, se da un lato – come si è detto – ha ritenuto la “condizione di esecuzione” prevista dall'art. 54 della Convenzione compatibile con l'art. 50 della Carta, non ha ancora offerto indicazioni decisive circa l'eventuale contrasto tra quest'ultima disposizione e l'art. 55 CAAS.

Occorre, in altri termini, verificare se le limitazioni previste dall'art. 55 CAAS rispettino i requisiti richiesti dall'art. 52 della Carta.

I maggiori dubbi riguardano, in particolare, l'idoneità delle riserve a soddisfare il terzo dei requisiti sopramenzionati, ovvero il test proporzionalità, nella sua triplice articolazione. Le eccezioni devono, infatti, perseguire un fine legittimo; devono essere necessarie al raggiungimento del fine; non devono comportare uno sproporzionato restringimento dei diritti.

Per quanto riguarda il primo requisito, si può senz'altro ritenere che le riserve di cui all'art. 55, par. 1, lett. a)⁶¹, perseguano un fine legittimo dal momento che le autorità dello Stato ove si è svolto il primo procedimento potrebbero non avere avuto piena conoscenza e percezione dei fatti, in quanto gli stessi sarebbero accaduti (*locus commissi delicti*) al di fuori dei propri confini nazionali.

Quanto alle ipotesi di cui alle lettere b) e d)⁶² del medesimo articolo, invece, le autorità dello Stato ove si è svolto il primo procedimento potrebbero non aver pienamente avvertito il disvalore del fatto, perché commesso a danno della sicurezza nazionale di un altro Stato, o perché compiuto da un ufficiale di un altro Paese, con il conseguente rischio di sanzionarlo con una pena irrisoria o addirittura di non essere considerato reato.

Pertanto, in relazione all'ipotesi prevista alla lettera a), ispirata alla logica del principio di territorialità, le eccezioni alla regola del *ne bis in idem* basate sul *locus commissi delicti* avrebbero una ragion d'essere.

Non sembra, invece, che le riserve di cui all'art. 55 posseggano il requisito della necessità, né perseguano finalità di interesse generale, che costituiscono, rispettivamente, il secondo e terzo aspetto del test di proporzionalità, in quanto le eccezioni previste dall'articolo in esame, non sembrano in grado di realizzare gli obiettivi dello spazio di sicurezza, libertà e giustizia, ossia di prevenire l'impunità di persone condannate in via definitiva.

⁵⁹ Sul tema, v. anche la citata sentenza sul caso *Kretzinger*.

⁶⁰ La possibilità di avviare un secondo procedimento giudiziario per gli stessi fatti è stata ritenuta misura più efficace nel perseguire l'obiettivo di sicurezza nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione rispetto al ricorso al mandato di arresto, mettendo in discussione il principio del mutuo riconoscimento. Sul tema v. S. FASOLIN, *Divieto di “bis in idem” e mandato d'arresto europeo: primi chiarimenti dalla Corte di Giustizia UE*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4696 ss.

⁶¹ L'ipotesi di cui alla lett. a) riguarda il caso in cui il fatto cui si riferisce la sentenza straniera sia stato compiuto, in tutto o in parte, sul proprio territorio.

⁶² L'ipotesi di cui alla lett. b) riguarda il caso in cui il fatto costituisca un'offesa contro la propria sicurezza nazionale o ad altri interessi essenziali.

Invero, le suddette riserve sembrano animate solo dall'intento di consentire agli Stati membri di continuare ad esercitare il proprio *ius puniendi* in relazione a fatti in qualche modo collegati con il proprio territorio o con la propria sovranità, senza tenere in alcuna considerazione il bisogno di tutela dell'imputato e trascurando l'esigenza di evitare situazioni di impunità.

In definitiva, a nostro avviso, le riserve previste dall'art. 55 CAAS non paiono soddisfare almeno due delle condizioni di legittimità imposte dall'art. 52 della Carta in relazione ai diritti in essa sanciti, e non dovrebbero pertanto trovare più applicazione.

I diritti fondamentali tutelati dal principio in esame finiscono per subire una compressione del tutto sproporzionata.

8. Considerazioni finali

Giova, da ultimo, richiamare due casi sottoposti alla Corte di giustizia.

Il primo è il caso *Kossowski*⁶³, sulla compatibilità delle riserve dell'art. 55 CAAS con l'art. 50 della Carta, questione sulla quale però il giudice europeo non si è pronunciato, avendo risposto negativamente al primo quesito pregiudiziale.

I giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che il principio del *ne bis in idem* vada interpretato nel senso che un provvedimento del P.M. polacco di non procedere con l'azione penale, concludendo definitivamente il procedimento istruttorio senza irrogare sanzioni, non possa essere qualificato come una decisione definitiva ex art. 54 CAAS, dal momento che il procedimento è stato chiuso, senza che venisse condotta un'analisi approfondita, nel merito, del comportamento illecito addebitato all'accusato.

La mancata decisione della Corte di giustizia nel caso *Kossowski* è stata un'occasione perduta per fare chiarezza sulla delicata questione.

Quanto al secondo caso (*Generalstaatsanwaltschaft Bamberg*)⁶⁴, con recente ordinanza di rinvio pregiudiziale dal Tribunale Regionale Superiore di Bamberg, la Corte di giustizia è stata, ancora una volta, chiamata a pronunciarsi sul rapporto tra l'art. 50 della Carta e gli artt. 54 e 55 della CAAS.

L'indubbia complessità degli interessi in gioco e la pluralità di soluzioni astrattamente prospettabili fanno sì che il principio, nella sua dimensione transnazionale, presenti oggi contorni opachi, rendendo opportuno un chiaro intervento della Corte di giustizia,

⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 2016, *Kossowski* (C-486/14), sull'applicazione del principio del *ne bis in idem* nel caso di un procedimento chiuso dal Pubblico Ministero a causa della carenza di elementi di prova, senza un'adeguata analisi del merito. Per tale ragione, secondo la Corte, non potrebbe operare il principio del *ne bis in idem*. A tal proposito, merita di esser richiamato anche la sentenza sul caso *Miraglia* del 10 marzo 2005 (C-469/03), nella quale la Corte ha asserito che il principio *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 della CAAS, «non si applica a una decisione dell'autorità giudiziaria di uno Stato membro che dichiara chiuso un processo su richiesta del Pubblico Ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito».

⁶⁴ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'*Oberlandesgericht Bamberg* (Germania) l'11 giugno 2021 (causa C-365/21).

considerate anche le gravi ricadute che tali incertezze interpretative determinano sul piano processuale.

ABSTRACT: *The transnational ne bis in idem guarantee*

The ne bis in idem principle is one of the fundamental guarantees in criminal procedure law. According to it, a second prosecution within the same jurisdiction and for the same material fact is prohibited in cases already ended by a final decision. Article 50 CFR (Charter of Fundamental Rights) extends the principle's scope to the transnational framework in the sense that a final decision in one EU Member State represents an obstacle to new proceedings for the same acts in other Member States. The limitations to the ne bis in idem principle must meet the requirements provided for by Art. 52, para. 1, CFR. Articles 54 and 55 CISA (Convention implementing the Schengen Agreement) had already introduced other limitations to this principle, posing coordination problems between sources of European law.

IL NE BIS IN IDEM NELLA GIURISDIZIONE PENALE INTERNAZIONALE

FRANCESCA PERRINI*

SOMMARIO: 1. Brevi considerazioni introduttive. – 2. Il contenuto dell'art. 20 dello Statuto della Corte penale internazionale. – 3. Principali problemi interpretativi posti dall'art. 20 dello Statuto della Corte penale internazionale. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Brevi considerazioni introduttive*

Il punto di riferimento fondamentale per ogni indagine in tema di giurisdizione penale internazionale – intesa come l'esercizio dell'azione giudiziaria da parte di Corti nell'ambito dell'ordinamento internazionale al fine di perseguire e punire gli autori dei crimini internazionali¹ –, allo stato attuale, è dato dalla Corte penale internazionale, istituita, dopo un lungo processo negoziale, con lo Statuto di Roma del 1998, entrato in vigore nel 2002².

La Corte è competente a giudicare individui responsabili dei crimini internazionali, vale a dire genocidio, crimini di guerra, crimini contro l'umanità e aggressione, elencati all'art. 5³ dello Statuto e poi singolarmente disciplinati dagli articoli successivi, vale a dire 6, 7, 8 e 8 bis (quest'ultimo introdotto a seguito della revisione tenutasi nel corso della Conferenza di Kampala del 2010)⁴.

È importante sottolineare che la Corte esercita la sua giurisdizione sulla base del principio di complementarietà, come viene evidenziato nello Statuto sia nel Preambolo che

* Professore associato di diritto internazionale, Università degli Studi di Messina.

¹ Nell'ampia bibliografia sull'evoluzione della giurisdizione penale internazionale si veda, tra gli altri, M. C. BASSIOUNI, *From Versailles to Rwanda in 75 Years: the Need to Establish a Permanent International Court*, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, p. 11 ss.; M. C. BASSIOUNI (ed.), *The Legislative History of the ICC, Vol. I: Introduction, Analysis and Integrated Text*, New York, 2005; A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. Parte processuale*, Bologna 2006; A. CASSESE, P. GAETA, *International Criminal Law*, Oxford, 2013; A. DEL VECCHIO, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, 2015, p. 232 ss.; W. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, 2017, p. 1 ss.; R. S. AITALA, *Diritto internazionale penale*, Milano, 2021, p. 201 ss.

² In particolare sullo Statuto della Corte penale internazionale v. A. CASSESE (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002; W. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2016.

³ Ai sensi del quale: «La giurisdizione della Corte è limitata ai crimini più gravi, motivo di allarme per la comunità internazionale nel suo insieme. La Corte ha giurisdizione, in forza del presente Statuto, sui seguenti crimini: a) crimine di genocidio; b) crimini contro l'umanità; c) crimini di guerra; d) crimine di aggressione».

⁴ Rispettivamente, gli articoli citati si occupano di disciplinare le seguenti fattispecie criminosi: crimine di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra, crimine di aggressione. Come è noto, al momento dell'adozione dello Statuto, gli Stati parti contraenti non avevano raggiunto l'accordo sulla definizione specifica del crimine di aggressione, che, quindi, è stata rinviata ad un momento successivo. L'elaborazione dell'art. 8bis è avvenuta, dunque, nel corso della prima Conferenza di revisione dello Statuto di Roma, che si è tenuta a Kampala tra il 31 maggio e l'11 giugno 2010.

negli artt. 1⁵ e 17 (su quest'ultimo si dirà più diffusamente oltre). Il sistema di complementarità delineato nello Statuto ha delle inevitabili implicazioni sul principio del *ne bis in idem*,

Precisamente, il principio di complementarità sta ad indicare che è in capo agli Stati la responsabilità principale di perseguire gli autori dei crimini internazionali con la logica conseguenza che l'intervento della Corte penale internazionale è da considerarsi sussidiario rispetto alle giurisdizioni nazionali.

Si tratta di una caratteristica che segna una profonda differenza con le precedenti giurisdizioni penali internazionali *ad hoc*, vale a dire il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia ed il Tribunale penale internazionale per il Rwanda⁶. In questi ultimi casi, infatti, valeva l'opposto principio della primazia, per il quale la giurisdizione dei due tribunali prevaleva rispetto alle giurisdizioni nazionali, in considerazione della specialità delle situazioni che ne avevano determinato la creazione. La circostanza non irrilevante che i crimini internazionali oggetto delle citate giurisdizioni speciali siano stati commessi nel corso di conflitti comporta che difficilmente le autorità giudiziarie nazionali avrebbero provveduto alla loro punizione.

Altra differenza sostanziale tra il sistema delineato nello Statuto di Roma e le due precedenti giurisdizioni *ad hoc* consiste nella redazione dei criteri in base ai quali si esercita la giurisdizione. Infatti, nel caso dei Tribunali per la ex Jugoslavia ed il Rwanda sono disciplinati i criteri di *ammissibilità*, mentre nel caso della Corte penale internazionale, l'art. 17 dello Statuto disciplina i casi *inammissibilità*, stabilendo, quindi, in termini negativi le ipotesi in cui la Corte non può esercitare la sua giurisdizione.

In particolare, in base a quest'ultima disposizione, la Corte non può intervenire su un determinato caso quando il caso è già all'attenzione delle autorità giudiziarie nazionali, a meno che lo Stato non abbia intenzione di svolgere le indagini o non sia in grado di svolgerle in maniera corretta; quando, all'esito delle indagini effettuate, lo Stato abbia deciso di non

⁵ Ai sensi dell'art. 1: «È istituita una Corte penale internazionale ("la Corte") quale istituzione permanente che esercita la propria giurisdizione sulle persone fisiche per i più gravi crimini di portata internazionale, come definiti nel presente Statuto. Essa è complementare alle giurisdizioni penali nazionali. La giurisdizione ed il funzionamento della Corte sono regolati dalle norme del presente Statuto». Sul principio di complementarità si veda M. EL ZEIDY, *The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law*, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, 2002, p. 869 ss.; J. HOLMES, *Complementarity: National Courts versus the ICC*, in A. CASSESE (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002, p. 667 ss.; M. BENZING, *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice Between State Sovereignty and the Fight Against Impunity*, in *Max P. YB. Un. Nat. Law*, vol. 7, 2003, p. 591 ss.; W. BURKE-WHITE, *Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice*, in *Harv. Int. Law Jour.*, vol. 49, n. 1, 2008, p. 53 ss.; K. J. HELLER, *A Sentence-Based Theory of Complementarity*, in *Harv. Int. Law Jour.*, vol. 53, 2012, p. 85 ss.; K. J. KLEFNER, G. KOR (eds.), *Complementary Views on Complementarity: Proceedings of the International Roundtable on the Complementary Nature of the International Criminal Court*, The Hague, 2006; M. POLITI, F. GIOIA (eds.), *The International Criminal Court and the National Jurisdictions*, Adershot, 2008; C. PIVIDORI, *Il principio di complementarità della Corte penale internazionale e il processo di adattamento degli ordinamenti interni*, Napoli, 2016.

⁶ Come è noto, si tratta dei due precedenti più rilevanti nel cammino verso l'istituzionalizzazione della giurisdizione penale internazionale. Il tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia fu istituito dal Consiglio di sicurezza con la risoluzione n. 827 del 25 maggio 1993 ed ha cessato di esercitare la sua giurisdizione il 31 dicembre 2017. Il tribunale penale internazionale per il Rwanda fu istituito dal Consiglio di sicurezza con la risoluzione n. 955 dell'8 novembre 1994 ed ha esercitato la sua giurisdizione fino al 31 dicembre 2015. Per una descrizione di tali istanze giurisdizionali ad hoc si rinvia a G. DELLA MORTE, *Tribunali penali internazionali*, in *Diritto on line*, 2014, consultabile al sito www.treccani.it. Pur avendo ormai cessato entrambi di operare la loro giurisprudenza rimane un caposaldo del diritto internazionale penale.

procedere nei confronti della persona sulla quale si è indagato, a meno che la decisione di non procedibilità sia determinata dalla mancanza di volontà o dall'incapacità dello Stato di procedere; quando la persona è già stata giudicata per gli stessi fatti e non può essere giudicata dalla Corte ai sensi dell'art. 20, par. 3; quando la condotta non supera quella soglia di gravità in grado di giustificare ulteriori interventi della Corte⁷.

Questa è, dunque, la cornice all'interno della quale si colloca la previsione del principio del *ne bis in idem* dello Statuto della Corte penale internazionale, disciplinato all'art. 20, il cui contenuto sarà preso in esame dopo aver svolto alcune considerazioni di ordine generale in merito alla sua portata.

2. Il contenuto dell'art. 20 dello Statuto della Corte penale internazionale

Una prima considerazione attiene alla collocazione del principio tra le norme dello Statuto in materia di "giurisdizione, procedibilità e normativa applicabile". Si tratta di una scelta che non è solo di tipo redazionale, ma sostanziale, in quanto testimonia la volontà delle Parti contraenti di considerare il *ne bis in idem* più come un modo di operare delle condizioni di applicabilità di cui all'art. 17 che come principio posto a tutela della persona accusata di crimini internazionali.

A questo proposito, i lavori preparatori testimoniano come la decisione sia stata il frutto di un confronto tra posizioni divergenti⁸.

La soluzione finale – volta a mantenere il legame tra il principio di complementarietà ed il principio del *ne bis in idem* – vede la menzione del principio come garanzia dell'imputato tra le ipotesi contemplate dall'art. 17 (segnatamente, il par. 1, lett. c), insieme alle altre menzionate sopra (par. 1, lett. a), b) e d)).

⁷ Secondo l'art. 17: « Con riferimento al decimo comma del preambolo ed all'articolo primo del presente Statuto, la Corte dichiara improcedibile il caso se: sullo stesso sono in corso di svolgimento indagini o provvedimenti penali condotti da uno Stato che ha su di esso giurisdizione, a meno che tale Stato non intenda iniziare le indagini ovvero non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento; lo stesso è stato oggetto di indagini condotte da uno Stato che ha su di esso giurisdizione e tale Stato ha deciso di non procedere nei confronti della persona interessata, a meno che la decisione non costituisca il risultato del rifiuto o dell'incapacità dello Stato di procedere correttamente; la persona interessata è già stata giudicata per la condotta oggetto della denuncia e non e non può essere giudicata dalla Corte a norma dell'articolo 20, paragrafo 3; il fatto non è di gravità sufficiente da giustificare ulteriori azioni da parte della Corte. Al fine di decidere se ricorre in specifiche fattispecie il difetto di volontà dello Stato, la Corte valuta se, avuto riguardo alle garanzie giudiziarie riconosciute dal diritto internazionale sussistono una o più delle seguenti circostanze: il procedimento è o è stato condotto, ovvero la decisione dello Stato è stata adottata, nell'intento di proteggere la persona interessata dalla responsabilità penale per i crimini di competenza della Corte indicati nell'articolo 5; il procedimento ha subito un ritardo ingiustificato che, date le circostanze, è incompatibile con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia; il procedimento non è stato, o non è condotto in modo indipendente o imparziale, ed è stato, o è condotto in modo tale da essere - date le circostanze- incompatibile con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia. Al fine di decidere se ricorre in specifiche fattispecie l'incapacità dello Stato, la Corte valuta se, a causa di un totale o sostanziale collasso ovvero della indisponibilità del proprio sistema giudiziario interno, lo Stato non abbia la capacità di ottenere la presenza dell'imputato o le prove e testimonianze necessarie, ovvero sia in qualunque altro modo incapace a svolgere il procedimento instaurato.

⁸ Per una ricostruzione della genesi dell'art. 20 dello Statuto di Roma si veda, M. KLAMBERG, *Commentary on the Law of the International Criminal Court*, Brussels, 2017, p. 233 ss.

L'art. 20 consta di tre paragrafi, ognuno dei quali indica un diverso modo di operare del *ne bis in idem*⁹.

Il primo paragrafo si riferisce alla Corte stessa, stabilendo che essa non possa esercitare due volte la sua giurisdizione per lo stesso crimine; il secondo pone il divieto in capo alla Corte di giudicare una persona che è già stata processa da un'altra istanza giurisdizionale; il terzo ammette il giudizio della Corte a seguito di un precedente giudizio nazionale, che, però, sia da ritenersi inefficace.

Più specificatamente, tale paragrafo indica il divieto per la Corte stessa di giudicare una persona due volte per lo stesso crimine, stabilendo quanto segue: «Se non diversamente previsto dal presente Statuto, nessuno può essere giudicato dalla Corte per atti costitutivi di crimini per i quali è stato precedentemente condannato o assolto dalla Corte stessa».

Si tratta, come è evidente, dello stesso principio che opera negli ordinamenti giuridici nazionali e che è previsto in numerosi strumenti di diritto internazionale a garanzia dell'individuo. Da questo punto di vista, quindi, la disposizione non è certamente innovativa. Basti pensare- per rimanere sul piano dell'ordinamento internazionale – a quanto previsto nei principali trattati internazionali in materia di diritti umani. Vengono in rilievo, a tale proposito (e a titolo meramente esemplificativo) l'art. 14, par. 7 del Patto sui diritti civili e politici¹⁰, l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹¹ e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹².

Si tratta, comunque, di una previsione importante, proprio in quanto volta a tutelare l'imputato e che rappresenta una novità rispetto agli Statuti dei precedenti tribunali *ad hoc* citati sopra, che, invece, non prevedevano tale garanzia.

Tale accezione del principio, cosiddetta “orizzontale”, non pone particolari problemi interpretativi, proprio in quanto principio consolidato tanto a livello interno quanto a livello internazionale. Le uniche eccezioni ammesse – richiamate dall'espressione: ... se non diversamente previsto... - sono quelle di cui agli artt. 81 e 84 dello Statuto che prevedono, rispettivamente, il caso di ricorso in appello contro la sentenza di primo grado nelle ipotesi di vizi procedurali ed errore di diritto o di fatto ed il caso della revisione della sentenza di condanna nel caso in cui sopravvengano elementi nuovi che avrebbero modificato l'esito del

⁹ Sul principio del *ne bis in idem* nello Statuto della Corte penale internazionale v. G. CONWAY, *Ne bis in idem and the International Criminal Tribunals*, in *Crim. Law Forum*, 2004, p. 351 ss.; V. C. VAN DEN WYNGAERT, T. ONGENA, *Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty*, in A. CASSESE (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, cit., p. 714 ss.; C. PIVIDORI, *Il principio di complementarità della Corte penale internazionale e il processo di adattamento*, cit. p. 58 ss.; R. S. AITALA, *Diritto internazionale penale*, cit., p. 281; K. ANDERSON, A. SINCLAIR-BLAKEMORE, *Ne bis in idem, nulla poena sine lege and Domestic Prosecutions of International Crimes in the Aftermath of a Trial at the International Criminal Court*, in *International Criminal Law Review*, 2021, p. 35 ss.

¹⁰ Secondo il quale: «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»

¹¹ Ai sensi del quale: «1. Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni di cui al paragrafo precedente non impediranno la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se dei fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio fondamentale nella procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l'esito del caso. 3. Nessuna deroga a questo articolo può essere autorizzata ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione».

¹² Secondo il quale: «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».

processo, nel caso di prove errate, nel caso di grave errore o inadempimento da parte del giudice¹³.

Un diverso modo di operare del principio del *ne bis in idem* è, invece, ravvisabile nel secondo paragrafo dell'art. 20, in cui si stabilisce che: «Nessuno può essere giudicato da una diversa giurisdizione per un crimine indicato nell'articolo 5 per il quale è già stato condannato o assolto dalla Corte».

In questo caso, dunque, è posto il divieto di processare nuovamente una persona già processata dalla Corte per uno dei crimini indicati nello Statuto.

La norma in questione si riferisce al cosiddetto *ne bis in idem* discendente, vale a dire all'impossibilità per gli Stati e per altre giurisdizioni internazionali di esercitare la propria giurisdizione quando già vi è stato l'esercizio della giurisdizione da parte della Corte.

¹³ Le citate disposizioni, rispettivamente, prevedono: « Appello contro la sentenza di condanna o la determinazione della pena 1. Può essere proposto appello, secondo il Regolamento di procedura e di prova, contro una decisione resa in forza dell'articolo 74, secondo le seguenti modalità: a) il Procuratore può proporre appello per uno dei seguenti motivi: i) vizio di procedura, ii) errore di fatto, iii) errore di diritto; b) la persona dichiarata colpevole, o il Procuratore a nome di questa persona, può proporre appello per uno dei seguenti motivi: i) vizio di procedura, ii) errore di fatto, iii) errore di diritto, iv) qualunque altro motivo che pregiudica l'equità o la regolarità della procedura o della decisione. 2. a) Il Procuratore o il condannato possono, secondo il Regolamento di procedura e di prova, impugnare la pena pronunciata, per via di mancanza di proporzione fra la stessa ed il crimine.66 Repressione di taluni reati 54 0.312.1 b) Se, in occasione dell'appello proposto contro la pena pronunciata, la Corte ritiene che esistano motivi tali da giustificare l'annullamento, in tutto o in parte, della decisione sulla colpevolezza, essa può invitare il Procuratore o il condannato ad invocare i motivi enunciati all'articolo 82 paragrafo 1 capoversi a) o b) e pronunciarsi sulla decisione sulla colpevolezza secondo l'articolo 83. c) La stessa procedura si applica se, in occasione di un appello concernente unicamente la decisione sulla colpevolezza, la Corte giudica che vi sono motivi che giustificano una riduzione della pena in forza del paragrafo 2, capoverso a). 3. a) A meno che la Camera di primo grado non decida diversamente, la persona riconosciuta colpevole rimane in stato di detenzione durante la procedura di appello. b) Se la durata della detenzione supera la durata della pena pronunciata, la persona riconosciuta colpevole è rimessa in libertà; tuttavia, se anche il Procuratore propone appello, la liberazione può essere subordinata alle condizioni enunciate al capoverso c) seguente. c) In caso di assoluzione, l'accusato è immediatamente rimesso in libertà, fatte salve tuttavia le seguenti condizioni: i) in circostanze eccezionali valutati tra l'altro il rischio di evasione, la gravità del reato e la probabilità di successo dell'appello, la Camera di primo grado su richiesta del Procuratore può ordinare che l'imputato rimanga in detenzione durante la procedura di appello; ii) contro la decisione della Camera di primo grado prevista dal capoverso c) i) può essere proposto appello secondo il Regolamento di procedura e di prova. 4. Subordinatamente alle disposizioni del paragrafo 3 capoversi a) e b), l'esecuzione della decisione sulla colpevolezza o la pena è sospesa durante il periodo utile per proporre appello e durante il corso del giudizio di appello» (art. 81). «Revisione della condanna o della pena 1. La persona dichiarata colpevole oppure, se è deceduta, il coniuge, i figli, i genitori o ogni persona vivente al momento del suo decesso che essa ha espressamente designato per scritto a tal fine, o il Procuratore a nome di questa persona possono adire Repressione di taluni reati 56 0.312.1 la Camera d'appello con una domanda di revisione della decisione definitiva sulla colpevolezza o la pena per i seguenti motivi: a) è emerso un fatto nuovo che: i) non era conosciuto al momento del processo, senza che ciò possa essere imputato, in tutto o in parte, al ricorrente; e ii) se fosse stato constatato al momento del processo avrebbe probabilmente comportato un diverso verdetto; b) risulta che un elemento probatorio decisivo stabilito durante il processo e sulla base del quale si è stabilita la colpevolezza era falso, contraffatto o falsificato; c) uno o più giudici che hanno concorso alla decisione sulla colpevolezza o che hanno convalidato le imputazioni hanno commesso nel caso in oggetto un atto costituente errore grave o inadempimento ai loro doveri, di gravità sufficiente da far sì che siano esonerati dalle loro funzioni in attuazione dell'articolo 46. 2. La Camera d'appello respinge la domanda se la ritiene infondata. Se giudica che la domanda si basa su validi motivi essa può, a seconda di come convenga: a) convocare nuovamente la Sezione di primo grado che ha reso la sentenza iniziale; b) istituire una nuova Sezione di primo grado; o c) rimanere investita del caso, in vista di determinare, dopo aver inteso le parti secondo le modalità previste nel Regolamento di procedura e di prova, se la sentenza debba essere riveduta» (art. 84).

L'ipotesi potrebbe verificarsi, in considerazione del fatto che l'interesse alla punizione dei crimini internazionali è un interesse diffuso, vale a dire un interesse che è in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento dell'internazionale.

Infine, con riferimento al paragrafo 3 esso indica: «Chiunque sia stato precedentemente giudicato da una diversa giurisdizione per condotte punibili anche ai sensi degli articoli 6, 7, 8 o 8bis, può essere giudicato dalla Corte solo se il procedimento di fronte all'altra giurisdizione: a) mirava a sottrarre la persona interessata alla sua responsabilità penale per crimini di competenza della Corte; o b) in ogni caso non era stato condotto in modo indipendente ed imparziale, nel rispetto delle garanzie di un processo equo previste dal diritto internazionale, ma era stato condotto in modo da essere incompatibile, date le circostanze, con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia...». La norma indica il modo di operare cosiddetto ascendente del *ne bis in idem* ed è l'ipotesi che maggiormente viene in rilievo nell'esercizio della giurisdizione della Corte ed è anche l'ipotesi maggiormente collegata al principio di complementarità di cui si è detto sopra. È evidente, infatti, che la corretta applicazione del principio di complementarità pone in capo agli Stati il dovere primario di giudicare gli autori dei crimini internazionali. Tale circostanza, tuttavia, non esclude in termini assoluti un successivo intervento della Corte, che, però, è limitato ai casi previsti nello stesso paragrafo, da intendersi come uniche deroghe possibili al principio del *ne bis in idem*.

In questo caso la formulazione della disposizione, quindi, prevede l'indicazione espressa dei casi in cui una persona già giudicata da un'istanza giurisdizionale per i crimini internazionali così come dettagliati nello Statuto, può essere nuovamente giudicata dalla Corte per gli stessi crimini, individuandoli in ipotesi tutte riconducibili ad una iniqua amministrazione della giustizia. Le ipotesi contemplate dal paragrafo terzo dell'art. 20, infatti, fanno riferimento all'intenzione del giudice del primo procedimento di sottrarre la persona alla sua responsabilità penale, o alla mancanza di indipendenza e imparzialità della prima istanza giurisdizionale.

In casi del genere, la Corte penale internazionale ha il diritto di intervenire per assicurare un corretto esercizio dell'azione giudiziaria ed assicurare alla giustizia il responsabile di uno dei crimini di cui agli artt. 6, 7 8 e 8bis dello Statuto, senza che si possa considerare violato in alcun modo il principio del *ne bis in idem*.

3. Principali problemi interpretativi posti dall'art. 20 dello Statuto della Corte penale internazionale

L'articolata previsione statutaria del *ne bis in idem* comporta, proprio per la sua formulazione e per le diverse tipologie del principio previste, alcuni problemi interpretativi, primo fra tutti l'esatta determinazione di cosa debba intendersi per "altra giurisdizione".

Certamente l'espressione si riferisce ai tribunali interni, che, come detto, hanno in via primaria il compito di assicurare alla giustizia gli autori dei crimini internazionali e certamente la disposizione non solleva alcun problema allorchè si tratti di un'istanza giurisdizionale di uno degli Stati parti contraenti. Diversamente, i problemi sorgono quando l'istanza giurisdizionale interna che viene in rilievo appartiene ad uno Stato terzo, in considerazione del fatto che la disciplina di cui all'art. 20 dello Statuto è vincolante solo per le parti contraenti.

Pertanto, in tale ultima ipotesi, un giudizio della Corte non impedirebbe, in linea di principio, che un tribunale nazionale istituisca un nuovo giudizio per gli stessi fatti a carico

di una persona già giudicata dalla Corte. Si dice in linea di principio, in quanto tale circostanza potrebbe non verificarsi qualora l'ordinamento interno prevedesse la regola del *ne bis in idem*.

Si ritiene che l'espressione "altra corte" debba riferirsi anche ad altre istanze giurisdizionali internazionali. Pertanto, le regole contenute all'art. 20 sono da intendersi applicabili anche nel caso di giudizi innanzi ad altre corti internazionali. Si tratta di un'ipotesi più teorica che concreta, in quanto ogni istanza giurisdizionale internazionale ha una sua specifica competenza.

Altro aspetto della norma che solleva alcune perplessità riguarda il fatto che essa non dispone nulla per il caso di mancato rispetto del principio.

Infine, le principali questioni interpretative sono poste dal par. 3 dell'art. 20, in quanto si tratta di un'eccezione al principio del *ne bis in idem* che presuppone una valutazione della Corte sul sistema giudiziario nazionale di uno Stato. Si tratta di un aspetto sul quale il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia si è soffermato nella decisione di ricevibilità del celebre caso *Tadic*, sebbene con le specificità del modo di operare del Tribunale. In questo caso, l'imputato accusato di crimini internazionali, in particolare di genocidio, era già sotto processo in Germania quando il Tribunale per la ex Jugoslavia, sulla base del principio della primazia, instaurò il giudizio per gli stessi fatti all'esame dei giudici tedeschi. La difesa invocò la violazione del principio del *ne bis in idem* che, però, fu respinta dal Tribunale sulla base della circostanza che il giudizio nazionale non si era ancora concluso¹⁴.

Di fronte alla Corte penale internazionale, invece, il principio del *ne bis in idem* è stato trattato nel caso del generale Ngudjolu Chui, imputato per i crimini di guerra commessi della Repubblica democratica del Congo nel 2003. Il generale era stato sottoposto a processo ed assolto da un tribunale interno. Solo in un momento successivo fu formulata l'accusa di crimini di guerra nei confronti del generale, il quale nel 2006 fu tradotto innanzi alla Corte penale internazionale dove invocò la violazione del *ne bis in idem*.

La Corte non accolse l'istanza in quanto sostenne che i fatti per i quali era stato processato dai giudici interni fossero diversi e non riguardavano i crimini di guerra commessi dal generale durante l'attacco al villaggio di Bogoro nel corso del quale erano rimasti uccisi più di duecento civili¹⁵.

Semberebbe, dunque, che il caso rientri nella prima delle deroghe di cui al paragrafo 3 dell'art. 20, vale a dire il caso in cui il precedente processo celebrato innanzi ad un'altra giurisdizione avesse avuto come obiettivo quello di sottrarre la persona alla responsabilità penale internazionale evitando che nei suoi confronti possa instaurarsi il giudizio della Corte. Come è evidente, si tratta di una deroga che si presta ad una valutazione discrezionale della Corte.

La stessa discrezionalità è ravvisabile nell'altra deroga dello stesso paragrafo dell'art. 20, laddove si prevede l'inoperatività del principio del *ne bis in idem* quando il primo giudizio non è stato celebrato nel rispetto dei principi di indipendenza e imparzialità e delle garanzie internazionali con l'obiettivo di sottrarre la persona alla giustizia.

Si tratta di una scelta dei redattori dello Statuto dettata dalla necessità di permettere alla Corte di intervenire in tutte quelle situazioni in cui le autorità nazionali compiacenti ostacolano la punizione dei crimini internazionali. L'ampia discrezionalità di cui gode la Corte

¹⁴ Decisione del 14 novembre 1995, *The Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule"*, IT-94-1-T.

¹⁵ L'intera vicenda giudiziaria che vede imputato Ngudjolu Chui innanzi alla Corte penale internazionale è documentata al seguente link https://www.icc-cpi.int/case-records?f%5B0%5D=cr_case_code%3A1139&f%5B1%5D=cr_case_doc_type%3A44.

si giustifica, ovviamente, con l'obiettivo superiore di assicurare alla giustizia coloro i quali abbiano commesso crimini internazionali, in modo tale da non far rimanere impuniti comportamenti che la comunità internazionale nel suo insieme considera particolarmente gravi.

4. *Considerazioni conclusive*

Per evitare un'invocazione del principio del *ne bis in idem* in senso strumentale, un ultimo aspetto è particolarmente rilevante.

Dal citato principio di complementarità discende che i giudici interni hanno la responsabilità primaria di punire i crimini internazionali disciplinati nello Statuto di Roma e solo in via sussidiaria – ed alle modalità sopra descritte – può esservi l'esercizio della giurisdizione da parte della Corte penale internazionale.

Per un corretto funzionamento di tale meccanismo, dunque, gli Stati parti contraenti dello Statuto devono provvedere ad un completo adattamento del loro ordinamenti alle previsioni statutarie. E ciò non solo per quanto attiene agli aspetti – pure altamente rilevanti – della cooperazione con la Corte, ma anche per ciò che attiene la previsione a livello interno di fattispecie criminose corrispondenti a quelle contemplate nello Statuto.

Laddove, infatti, gli ordinamenti interni non fossero in grado di perseguire le stesse fattispecie criminose di cui ai citati articoli 6, 7, 8 e 8bis dello Statuto, la Corte potrebbe esercitare la sua giurisdizione

A questo proposito, vale la pena di sottolineare ciò che è avvenuto (alemno fino a questo momento) nell'ordinamento italiano. Per quanto, infatti, il nostro Stato abbia avuto un ruolo attivo nell'istituzione della Corte penale internazionale, sul piano dell'adattamento si registra la sola adozione della legge n. 237 del 2012, che, pur essendo rubricata “Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello Statuto della Corte penale internazionale”, riguarda solo gli aspetti della cooperazione con la Corte e non si occupa degli aspetti relativi al diritto penale sostanziale¹⁶.

Di recente, è stata istituita la Commissione per l'elaborazione del Codice dei crimini internazionali, presieduta dai Professori Fausto Pocar e Francesco Palazzo, a cui si deve la stesura del Progetto di codice. Si tratta di un lavoro di grande rilevanza che mira a colmare la suddetta lacuna e che consta di 70 articoli suddivisi in tre Titoli (Disposizioni di carattere generale, Dei crimini in particolare, Modifiche legislative e abrogazioni)¹⁷.

Occorre evidenziare che nella relazione di accompagnamento a proposito della opportunità di inserire nell'ordinamento italiano le disposizioni che permettono l'esercizio della giurisdizione nazionale sui crimini statutarie, si sottolinea quanto segue: «Se un obbligo diretto di adottare una legislazione nazionale in questo senso non è espresso nello Statuto di

¹⁶ Sull'adattamento dell'ordinamento italiano allo Statuto di Roma si veda E. GUARDUCCI, C. TUCCIARELLI, *Il parziale adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale nella legge n. 237 del 2012*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2013, p. 1 ss.; C. PIVIDORI, *La legge italiana di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, aprile 2014, p. 1 ss.; C. PIVIDORI, *Il principio di complementarità della Corte penale internazionale e il processo di adattamento degli ordinamenti interni*, cit. p. 121 ss.

¹⁷ La Commissione, istituita con decreto del Ministero della Giustizia del 22 marzo 2022, ha completato i suoi lavori il 31 maggio 2022. Per un commento sul Progetto di Codice si veda C. CANTONE, *La giurisdizione penale universale: quale futuro per l'Italia?*, in *SIDIBlog*, 29 giugno 2022, consultabile al seguente link <http://www.sidiblog.org/2022/06/29/la-giurisdizione-penale-universale-quale-futuro-per-litalia/>.

Roma, tale obbligo si ricava indirettamente ma chiaramente dall'articolo 17 dello Statuto in cui si enuncia il cosiddetto "principio di complementarità" della giurisdizione della Corte penale internazionale rispetto a quella nazionale degli Stati contraenti. Secondo questo principio la Corte non ha infatti giurisdizione quando un crimine internazionale è o è stato oggetto di un procedimento penale davanti alle autorità giudiziarie dello Stato che può esercitare la giurisdizione rispetto a tale crimine, salvo che la mancanza di un procedimento penale nazionale dipenda dall'assenza di volontà o dalla effettiva incapacità dello Stato di investigare e di procedere penalmente. Questo sarebbe appunto il caso in cui uno Stato non avesse introdotto i crimini previsti dallo Statuto nella propria legislazione penale nazionale. In assenza di una legislazione con questo contenuto l'Italia sarebbe quindi esposta a un giudizio della Corte dichiarativo dell'assenza di volontà o di incapacità di perseguire crimini internazionali, che non può corrispondere alle intenzioni di un paese che ha ospitato nella sua capitale e presieduto con un suo autorevole giurista, il professor Giovanni Conso, la conferenza che ha adottato lo Statuto della Corte e che è stato fra i primi paesi a ratificarlo»¹⁸.

Ancora una volta, quindi, l'efficacia delle norme internazionali e la loro adeguatezza o meno nel disciplinare determinate fenomeni e situazioni giuridiche, dipendono da quanto gli Stati si conformano, con i meccanismi di adattamento di cui dispongono, agli obblighi internazionali volontariamente assunti.

ABSTRACT: *Ne bis in idem in international criminal jurisdiction*

The article, after some general considerations on international criminal law and the relevance, in this field, of the International Criminal Court, analyzes the provision of art. 20 of the Statute of International Criminal Court with particular attention to the main questions of its interpretation and application.

The theme of the relevance of *ne bis in idem* in the activity of the Court is analyzed also through a comparison with art. 17 of the Statute, in which issues of admissibility are described.

The final paragraphe, dedicated to some conclusive remarks, underlines the importance of national mechanism of adaptation to the provisions of the Statute.

¹⁸ Il testo della Relazione è consultabile al seguente link https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_PALAZZO_POCAR_relazione_finale_31mag22.pdf.

SEZIONE SECONDA

***NE BIS IN IDEM* E TUTELA DI SITUAZIONI
GIURIDICHE SOGGETTIVE**

**IL GIUDICATO COME STRUMENTO DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI
DELL'INDIVIDUO: NE BIS IN IDEM E CONCORSO FORMALE NEL DIALOGO TRA CORTE
EDU E CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA**

DIEGO FOTT*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. *Ne bis in idem* e concorso formale eterogeneo. – 2.1. Il concetto di *idem factum* e le soluzioni dottrinali e giurisprudenziali italiane – 3. L'esperienza giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 4. La posizione della Corte costituzionale. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Storicamente l'istituto del giudicato è stato studiato al fine di comprendere i due fondamentali effetti ad esso connessi che, nello specifico, sono quello della intangibilità dei provvedimenti, non più sottoponibili ad impugnazione ordinaria, e quello del c.d. *ne bis in idem*.

Nel corso degli anni e soprattutto successivamente all'introduzione della Costituzione repubblicana, l'assolutezza del giudicato penale quale fisiologica manifestazione della sovranità statale ha peraltro ceduto il passo a una idea liberale di “cosa giudicata”, da intendersi come garanzia del singolo soggetto rispetto all'instaurazione di un nuovo procedimento per il medesimo fatto. Il mito dell'intangibilità della *res iudicata*, a conclusione dei vari gradi di un accertamento processuale penale, risulta così oggi condizionato proprio alla luce della rinata centralità della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e ciò in ragione della valorizzazione dei profili soggettivi propri del giudicato penale e del passaggio da una concezione autoritaria e stato-centrica dell'ordinamento ad una più marcatamente rivolta alla tutela della persona umana¹.

A conferma di tale assunto può osservarsi come sempre più numerosi siano gli strumenti, offerti agli organi dell'esecuzione penale, i quali permettono di incidere sul giudicato già formatosi, mutandone e financo azzerandone il suo contenuto. Basterà, in questo senso, prendere in considerazione alcuni tra gli istituti più significativi introdotti a livello normativo o giurisprudenziale nell'ultimo ventennio, quali la rescissione del giudicato² e la ipotesi di revisione c.d. *europaea*, per come formulata attraverso una sentenza additiva delle

* Dottore di ricerca in Discipline penalistiche sostanziali, Università degli Studi di Messina e Avvocato del Foro di Messina.

¹ Puntualmente in questo senso A. BIGIARINI, *La crisi del giudicato penale nell'esecuzione delle sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo. Tra legalità processuale, giurisprudenza creativa e suggestioni d'oltralpe*, Milano, 2020.

² Il riferimento è all'istituto previsto dalla lettera dell'art. 629 *bis* c.p.p., inserito in seno al codice di rito dall'art. 1, comma 71, della L. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. Riforma Orlando) con contestuale abrogazione del precedente art. 625 *ter* c.p.p.

Corte costituzionale³, o la modifica dell'art. 175 c.p.p.⁴, mediante la quale l'ordinamento italiano ha posto rimedio alle violazioni convenzionali rinvenute nel processo contumaciale⁵, successivamente eliminato, e, segnatamente, del diritto dell'imputato a comparire e difendersi qualora non vi abbia rinunciato in modo non equivoco.

Particolare risalto deve essere altresì dato alle puntuali affermazioni che in materia provengono dalle Sezioni unite della Corte di cassazione nelle quali in termini inequivoci si chiarisce che «la Costituzione della Repubblica e, successivamente, il nuovo codice di procedura penale hanno ridimensionato profondamente il significato totalizzante attribuito all'intangibilità del giudicato quale espressione della concezione autoritaria dello stato e ne hanno, per contro, rafforzato la valenza di garanzia individuale»⁶. Anche nella elaborazione giurisprudenziale si è assistito, pertanto, ad un affievolimento della intangibilità del giudicato laddove si entri in conflitto con esigenze di garanzia del singolo: si pensi al caso in cui una nuova valutazione del caso definito con sentenza irrevocabile conduca a un trattamento più favorevole.

Tutto ciò manifesta come in ambito penale la forza della cosa giudicata si esprima essenzialmente a mezzo del divieto di un secondo giudizio al quale viene conferito nel vigente diritto processuale penale la valenza di principio generale.

Quanto sin qui considerato ci anticipa l'importanza della garanzia offerta dal divieto di un secondo giudizio sulla *eadem res* e della sua rilevanza in seno al nuovo assetto che la materia processuale penale ha acquisito, conducendoci all'indagine della reale portata del *ne bis in idem*, soprattutto in considerazione delle rilevanti problematiche sorte all'esito dei plurimi interventi giurisprudenziali, tanto in ambito nazionale, quanto, e forse soprattutto, in ambito sovranazionale.

Più in particolare, mediante una indagine che parta dalla valutazione dei limiti oggettivi del giudicato, conviene ripercorrere la questione, ancora irrisolta, attinente alle ipotesi di concorso formale eterogeneo, stanti le annose problematiche che, allo scopo di trovare un valido equilibrio tra corretta interpretazione del dato normativo e ragioni di giustizia sostanziale, continuano ad alimentare incertezze a causa di criteri di risoluzione distanti tra loro, tanto in sede dottrinale, quanto in sede giurisprudenziale. In questo senso, come anticipato, i dubbi vengono ad acuirsi in ragione delle diverse letture che del principio in parola sono state fornite dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte costituzionale.

2. Ne bis in idem e concorso formale eterogeneo

³ Con la sentenza Corte costituzionale, 7 aprile 2011, n. 113, i giudici delle leggi hanno dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 630 Cpp. nella parte in cui non prevede una ulteriore ipotesi di revisione penale, quando ciò risulta necessario per conformarsi a una decisione definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. Più precisamente, quando la Corte europea ha condannato con sentenza definitiva lo stato italiano per violazione di una norma convenzionale in tema di giusto processo penale. La sentenza additiva della Corte costituzionale ha in tal modo introdotto una ulteriore ipotesi di ricorso al mezzo straordinario di impugnazione delle sentenze penali passate in giudicato, coniando la nuova figura di revisione più comunemente conosciuta come europea.

⁴ Modifica realizzata con d. l. n. 17 del 2005, convertito con modificazioni in L. n. 60, del 2005.

⁵ Il riferimento è alle note sentenze Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 maggio 2004, ricorso n. 67972/01, *Somogy c. Italia* e Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 novembre 2004, ricorso n. 56581/00, *Sejdovic c. Italia*.

⁶ Cass., S.U., 29 maggio 2014, n. 42858, *Gatto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, p. 975, con nota di D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*.

Al fine di inquadrare il fenomeno che dovrà essere affrontato, è fondamentale considerare come il principio del *ne bis in idem*⁷, considerato dalla prevalente dottrina e dalla recente giurisprudenza come garanzia fondamentale dell'individuo, ingeneri una tutela che risulta essere fortemente condizionata dagli incerti confini normativi, così per come incastonati nella dinamica multilivello connessa alla sua tutela⁸. Alle diversità che caratterizzano le plurime previsioni normative, devono aggiungersi, infatti, la carente determinatezza di queste ultime. Si pensi in questo senso alla previsione dell'art. 649 Cpp che dà rilievo alla «medesimezza del fatto» quando gli art. 4 prot. 7 CEDU e 50 CDFUE si esprimono in termini di «same offence» o «same infraction», con conseguenziale rinvio all'interpretazione giudiziale della reale portata di tali concetti. Non sorprende, pertanto, che l'analisi delle norme in parola si caratterizzi per una spasmodica ricerca di significati e contenuti che permettano soluzioni coerenti e, nello specifico, in grado di coniugare il codice di procedura penale italiano in ossequio all'obbligo costituzionale che impone di interpretare il diritto interno sulla scorta dei canoni convenzionali e del diritto dell'Unione europea.

Tale complessa operazione, volta alla precisa ricostruzione del concreto contenuto della garanzia concernente il divieto di un secondo giudizio, determina un costo assai marcato in chiave di certezza del diritto e delle situazioni giuridiche soggettive⁹. Rischi fisiologicamente connessi sono quello che il *ne bis in idem* si risolva in un diritto meramente teorico e illusorio, che la sua portata non sia prevedibile dai consociati e che non possano eliminarsi inaccettabili disparità di trattamento.

Le problematiche appena trattate si manifestano nei termini più marcati in riferimento alle ipotesi di concorso formale eterogeneo, e cioè nei casi in cui il soggetto agente *ex uno actu* violi contemporaneamente più norme dell'ordinamento giuridico. Proprio in tale ipotesi, infatti, sorgono problemi interpretativi che rischiano di vanificare la tutela della fondamentale garanzia della quale ci si occupa.

Risulterà, così, opportuno prendere in considerazione gli approdi che, tanto in chiave nazionale, quanto in chiave sovranazionale, sono stati raggiunti nel percorso interpretativo di cui si è dato conto al fine di valutarne correttezza e rispondenza ai principi generali.

Trattasi dei casi di concorso formale di reati, logicamente scindibile dalle ipotesi di concorso apparente di norme nelle quali ad una condotta dovrà applicarsi, facendo buon governo dei principi previsti dall'art. 15 c.p. e da quelli formulati dalla giurisprudenza sul punto, un'unica norma penale sostanziale.

2.1 Il concetto di *idem factum* e le soluzioni della dottrina e della giurisprudenza italiana

In ambito italiano la reale portata del divieto normativamente considerato dalla lettera dell'art. 649 c.p.p. è stata diversamente ricostruita sulla scorta della interpretazione del

⁷ Sul tema tra i contributi più recenti, M. BONTEMPELLI, *La litispendenza penale*, Milano, 2017, p. 52; R. FONTI, *Il principio del ne bis in idem*, in M. CERESA GASTALDO (a cura di), *Procedura penale esecutiva*, Torino, 2020, p. 42; F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 67.

⁸ Sui nuovi e complessi orizzonti di tutela delle garanzie fondamentali mediante il ricorso a schemi di etero integrazione nazionale e sovranazionale, M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali tra Diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *archivio.dpc.dirittopenaleuomo.org*, 6 aprile 2016, p. 1.

⁹ Acutamente in questo senso, S. CASSIBA, *I limiti oggettivi del ne bis in idem in Italia tra fonti nazionali ed europee*, in *Revista Brasileira de direito processual penal*, 2018, p. 953.

concetto di identità del fatto che, unitamente alla identità soggettiva, costituisce fondamentale requisito per l'operare del divieto.

Il concetto di fatto non può certo essere ritenuto univoco, posta la natura polisemica che lo pone in gioco in una molteplicità di ambiti e, in ragione di ciò, è da contestarsi una sua nozione omnicomprensiva, mutando il suo contenuto in base alle finalità al cui soddisfacimento l'ordinamento mira¹⁰, basti in tal senso richiamare i necessari distinguo a seconda che si abbia riguardo all'identificazione del fatto a scopi "endoprocessuali" ovvero "extraprocessuali".

Non può essere revocato in dubbio che il concetto di identità del fatto contenuto nella norma precedentemente richiamata non abbia alcuna relazione con quello che il legislatore prende in considerazione in tema di correlazione tra accusa e difesa¹¹. Tradizionalmente la dottrina afferma l'equivalenza tra il termine fatto e il termine condotta¹², sulla base della argomentazione che l'art. 649 Cpp esclude chiaramente i dati, variando i quali muterebbero "titolo", "grado" e "circostanze", lasciando così fuori il nucleo identificato dalla condotta¹³.

Diverso percorso e approdi antitetici caratterizzano il «diritto vivente» che, al fine di elidere risultati ritenuti non accettabili in termini di politica criminale, ha incluso tra i parametri rilevanti anche elementi altri rispetto alla mera condotta, limitandosi così i casi di identità tra *res iudicata* e *res iudicanda* con contestuale erosione dell'area di rilievo del divieto. In questo senso sono stati valorizzati tutti gli elementi costitutivi del reato che, oltre alla condotta, caratterizzano l'ipotesi delittuosa presa in considerazione da una norma incriminatrice. Il riferimento è al nesso di causalità e all'evento, giungendosi a ritenere sussistente la medesimezza del fatto solo in caso di identità di tutti i sopra richiamati elementi¹⁴.

Tale impostazione ha, così, condotto i giudici di legittimità ad escludere l'operatività del *ne bis in idem* nei casi in cui, a seguito di una sentenza definitiva per lesioni colpose, si proceda nei confronti dello stesso soggetto per l'ipotesi di omicidio colposo in seguito alla morte della persona offesa a causa delle ferite inferte con la medesima condotta precedentemente oggetto di giudizio.

¹⁰ Nel senso della necessità di evitare pericoli di generalizzazione della nozione di fatto, A. PAGLIARO, *Fatto* (dir. proc. pen., in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 962; P. RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2014, p. 1411.

¹¹ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2020, p. 839, per il quale «ai sensi dell'art. 521 comma 2 c.p.p., si realizza la diversità del fatto e, quindi, sorge per il giudice l'obbligo di disporre con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero anche se la diversità tra il fatto, così come emerge a conclusione dell'istruttoria dibattimentale ed il fatto contestato nel decreto che dispone il giudizio (ovvero nelle contestazioni effettuate in sede dibattimentale ai sensi degli artt. 516, 517, 518 c.p.p.), concerne una semplice modalità cronologica o topografica, mentre siffatte variazioni non rilevano ai fini del *ne bis in idem*».

¹² A. PAGLIARO *Fatto*, cit., p. 964. Secondo l'autore, che pur si rivolge al testo dell'art. 90 del codice di rito del 1930, «fatto è soltanto la condotta esteriore (movimento corporeo o inerzia) che fu presa in considerazione nella precedente sentenza».

¹³ «La decisione irrevocabile impedisce nuovi giudizi sulla "res", comunque venga poi rievocata: non importa che giorno o luogo siano diversi; e così i motivi dell'aggressione, nonché l'arnese (...), purchè i rispettivi enunciati descrivano lo stesso avvenimento». F. CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 2012, p. 1206.

¹⁴ Tra le tante possono prendersi in considerazione Cass., S.U., 28 giugno 2005, n. 34655, *Donati*, in *Cassazione penale*, 2006, p. 28; Cass., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, in *Ced. Cass.*, rv. 261937.

Per altra via, era il ricorso a elementi di tipo storico – naturalistico come condizioni di tempo di luogo e di persona ad orientare l'indagine realizzata in via «pretoria»¹⁵.

Come anticipato, scopo perseguito da tale attività esegetica era quello di dare risposte concrete ad applicazioni che potrebbero non esattamente corrispondenti alle posizioni dottrinali contestate. Così, i giudici, investiti delle questioni concrete, nel desiderio di offrire una risposta punitiva piena suggerivano correttivi che, frutto di commistioni simbiotiche tra dogmatica ed esigenze di giustizia sostanziale, si caratterizzano per un marcato contrasto con il dato normativo, che ne risulta neutralizzato, come nei casi sopra richiamati, vanificando la previsione dell'irrelevanza del grado e del titolo¹⁶.

In realtà, sarebbe stata opportuna una più attenta lettura delle soluzioni dottrinali precedentemente richiamate a mezzo della quale evitare interpretazioni in chiaro contrasto con la lettera dell'art. 649 Cpp. A questo fine, pare opportuno richiamare le considerazioni di quella attenta dottrina che evidenziava come la medesimezza del fatto non sia costituita solo dalla condotta nel caso in cui essa incida su un oggetto, realizzandosi per tale via tanti fatti quanti oggetti siano attinti dalla stessa¹⁷. Un chiaro esempio è rappresentato dall'ipotesi di assoluzione per reato di mera condotta che, successivamente al passaggio in giudicato della sentenza, venga rivalutato a causa dell'evento ulteriore determinatosi mediante incisione su un oggetto diverso (si prenda ad esempio il caso di sentenza relativa a una contestazione per violazione del limite di velocità e secondo giudizio per l'ipotesi di lesioni ovvero omicidio fondato sul medesimo coefficiente colpo)¹⁸.

A ben considerare, non risulta necessario accedere ad una concezione «normativa» che prende in considerazione l'intera fattispecie normativa per risolvere i problemi concreti di cui si è dato conto, potendosi invece valorizzare una caratteristica intrinseca della condotta, ovvero la sua “transitività”. Tale connotato strutturale conduce a una applicazione del principio contenuto nell'art. 649 Cpp che, per un verso, permette un corretto bilanciamento tra pretesa punitiva e tutela soggettiva quale vera *ratio* del fondamentale principio del *ne bis in idem*, per altro, eviti conclusioni apodittiche e frutto di sconsiderate astrazioni¹⁹.

A questo punto risulta evidente come tali percorsi esegetici condizionino i risultati cui si perviene allorché si intenda risolvere i problemi concernenti il concorso formale di reati. Infatti, ritenere che fatto sia mera condotta pone le corrette premesse per sostenere l'impossibilità di un secondo giudizio, tanto in ipotesi di concorso formale omogeneo, quanto in quelli di concorso formale eterogeneo²⁰, versandosi in entrambe le ipotesi in una diversa considerazione del medesimo fatto sotto il profilo del titolo.

¹⁵ Si veda in questo senso tra le molte Cass., sez. II, 27 maggio 2010, *Rapisarda*, in *Cassazione penale*, 2011, p. 1846.

¹⁶ Da ultimo D. GROSSO, *Ne bis in idem e concorso formale eterogeneo*, in *Studi e ricerche di scienze umane e sociali*, in R. DELLE DONNE (a cura di), *Studi e ricerche di scienze umane e sociali*, disponibile su fedoapress.unina.it, Napoli, 2014, p. 154.

¹⁷ Per F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1206, “fatto” significa condotta: e questa struttura nucleare include l'oggetto fisico, dove ne esista uno (reati così detti materiali); le condotte transitive sono individuate da ciò su cui cadono.

¹⁸ F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura Penale dell'Esecuzione*, Torino, 2011, pag. 87 e ss.

¹⁹ G. TRANCHINA, G. DI CHIARA, *L'esecuzione, il giudicato penale*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, Milano, 2018, p. 876, per i quali «i concetti di fatto, condotta ed evento, non sono che il prodotto di una astrazione e, quindi, dell'arbitraria scomposizione della realtà, col rischio che astraendosi più del consentito le conclusioni finiscono col cadere nell'assurdo».

²⁰ A. PAGLIARO, *Fatto*, cit., p. 964, secondo il quale: «La medesima condotta non può formare oggetto di un nuovo giudizio penale neanche quando si tratti di addebitare un reato in concorso con il reato precedentemente

Qualora si consideri che la condotta vada qualificata anche in ragione dell'oggetto materiale su cui ricade, il divieto non opererà nei casi di concorso formale omogeneo, posto che a fronte di una sola condotta si realizzeranno più fatti, data la pluralità di oggetti fisici, così come in alcuni casi di concorso formale eterogeneo, allorquando la condotta provochi un unico evento naturalistico²¹ pur integrando due diversi reati.

Una puntuale precisazione può effettuarsi se si considera come l'odierna lettera dell'art. 649 c.p.p. ripropone in termini identici la previsione di cui al vecchio art. 90 del codice Rocco, intitolato "inammissibilità di un secondo giudizio". A ripercorrere, infatti, la genesi di quell'articolo è possibile comprendere come proprio la previsione di una eccezione al divieto di un secondo giudizio in caso di concorso formale eterogeneo, così come formulata nel terzo comma dello stesso articolo, fosse stata soppressa.

Ciò nonostante, attraverso il riferimento al concetto dell'*idem* in senso legale, cioè quale fattispecie penalmente rilevante e perciò contenente fatto - nesso di causalità - evento, la giurisprudenza ha sostanzialmente riesumato, *contra legem*, l'idea lanciata in quel terzo comma, poi abrogato, dell'art. 90 codice Rocco²², determinando una sorta di automatismo per il quale fosse inapplicabile il divieto di un secondo giudizio ogni qual volta si affrontasse una ipotesi di concorso formale eterogeneo.

3. L'esperienza giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo

Spostando adesso l'indagine verso l'ambito internazionale e sovranazionale è possibile notare, in prima battuta, come tanto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo quanto la Carta dei diritti fondamentali dell'UE abbiano trovato una certa convergenza in termini di presupposti del divieto di un secondo giudizio, ciò in virtù di una consolidata elaborazione giurisprudenziale. Nonostante, infatti, il lavoro interpretativo delle corti, rispettivamente di Strasburgo e di Lussemburgo, si sia caratterizzato per soluzioni non univoche, oggi i contenuti e gli spazi di operatività del *ne bis in idem* sono stratificati e pacificamente riconosciuti.

Si è così passati da arresti che si connotavano per una lettura di tipo formale e, perciò, maggiormente aderente al tenore letterale della previsione di cui all'art. 4 prot. 7 della Cedu, per le quale un secondo accertamento fosse possibile ogni qualvolta la condotta ricadesse sotto diverse fattispecie normative²³, a una, poi definitivamente consolidatasi, per la quale la necessaria impronta di garanzia dell'individuo imponeva di non svilire il divieto in oggetto

giudicato. Ciò, perché l'attribuzione di un reato diverso importa una diversa considerazione del «fatto» (inteso come condotta) «per le circostanze», contro l'esplicito disposto dell'art. 90».

²¹ Vale precisare che l'accezione di evento naturalistico viene ricostruita sulla scorta dell'incidenza che la condotta ha nella realtà fenomenica a causa della transitività di alcune condotte. Può, perciò, affermarsi che per l'autore un nuovo evento naturalistico si realizza nel caso in cui la condotta riguardi un nuovo oggetto.

²² F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1183, vale riportare le parole con quali si riporta la posizione dello stesso Alfredo Rocco: «questa disposizione parve non equa alla commissione parlamentare, perché, quando i vari reati derivano da un unico fatto, è opportuno che vengano tutti imputati e giudicati con un unico procedimento»; e convinto del rilievo, «l'ho soppressa».

²³ In questo senso, Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 giugno 2012, ricorso n. 38237/97, *Sailer v. Austria*, § 25; Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 maggio 2001, ricorso n. 37950/97, *Franz Fischer v. Austria*, § 25.

riconoscendo rilevanza all'identità del fatto materiale²⁴, in questo senso orientandosi la Corte EDU sulla scorta della interpretazione effettuata dalla Corte di giustizia sul contenuto dell'art. 50 CDFUE²⁵.

Il percorso giurisprudenziale non si è ovviamente fermato alle ipotesi riguardanti reati di mera condotta, dato questo rilevante per quanto si dirà in ordine alla lettura fatta dalla Corte costituzionale italiana, essendosi prese in considerazione ipotesi nelle quali i giudici convenzionali pongono l'accento su una condotta medesima e rivolta nei confronti della stessa vittima per dedurne la violazione dell'art. 4 prot. 7 CEDU nonostante fossero posti a raffronto un reato di mera condotta e uno di evento, o due reati di diverso evento²⁶.

In ottica ricostruttiva può affermarsi che a partire dalla pronuncia della Grande Camera *Zolotukhin c. Russia* del 2009 la Corte di Strasburgo ricollega la identità del fatto a elementi completamente diversi rispetto a quelli che compongono la triade valorizzata dalla tesi normativa. Il nesso e l'evento, anche se considerati nella loro dimensione empirica, restano di matrice legislativa e, dunque, irrilevanti nella prospettiva sovranazionale. Più nello specifico, è la discontinuità spazio-temporale degli accadimenti a segnare il mutamento del fatto, non potendosi riconoscere alcun rilievo alla circostanza che il primo giudicato copra solo alcuni tratti delle condotte, eventi e relativi nessi causali.

La eventuale natura inestricabile delle circostanze storiche da valutarsi può semmai dar luogo a una contestazione cumulativa, mediante una individuazione da effettuarsi *ab origine* nel caso in cui il secondo evento fosse già conosciuto al momento del primo giudizio e del primo grado.

Un pregnante esempio può cogliersi in una recente pronuncia europea nella quale si è riscontrata la violazione del *ne bis in idem* a causa di una prima contestazione avente a oggetto l'illecito di atti di disordine per avere ingiuriato l'imputato e minacciato il personale di un bar e, poi, di una seconda condanna per avere cagionato lesioni allo stesso personale e danneggiato gli arredi del medesimo bar²⁷. La Corte di Strasburgo ha motivato rilevando che i fatti rilevanti, pur se non menzionati nella precedente contestazione, traggono comunque origine dalla medesima e continuativa condotta solo parzialmente descritta nella prima decisione, così operando una selezione di taluni comportamenti dal contesto complessivo che viene ritenuta artificiosa dai giudici di Strasburgo, soprattutto in considerazione del fatto che la polizia era intervenuta pressoché in flagranza avendo, perciò, avuto l'opportunità di accertare in modo completo il caso sulla scena del reato.

Da quanto appena posto in evidenza può cogliersi il differente livello di tutela garantito in ambito internazionale e sovranazionale rispetto a quello riconosciuto dalla Corte di cassazione.

Non deve sorprendere che il contrasto appena narrato abbia reso necessario l'intervento della Corte costituzionale alla quale la questione è stata correttamente rimessa mediante il richiamo della norma interposta di cui all'art. 117 Cost.

²⁴ Un ruolo fondamentale in tale senso ha avuto Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, *Sergey Zolotukhin c. Russia*, in www.hudoc.echr.coe.int, § 54 ss.; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 4 marzo 2014, ricorso n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, *Grande Stevens c. Italia*.

²⁵ Correttamente sul punto J. VERVAELE, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 53.

²⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 giugno 2015, ricorso n. 8516/07, *Butnaru e Bejan – Piser v. Romania*.

²⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 giugno 2016, ricorso n. 4439/05, *Tarasov c. Ucraina*, § 28.

4. La posizione della Corte costituzionale

La Corte costituzionale, appurata l'esistenza di tratti di divergenza tra la nozione di medesimo fatto adottata dal diritto vivente interno, fondata sul concetto di *idem legale*, e quella fatta propria dai giudici di Strasburgo, criterio dell'*idem factum*, ha inteso allinearsi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dichiarando "l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 Cpp nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale eterogeneo tra il reato giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale".²⁸

Uno sguardo deve essere dato alla parte motivazionale di tale sentenza, nella quale il giudice delle leggi coglie il conflitto tra l'accezione interna e quella convenzionale dell'*idem factum* a causa del continuo riferimento della giurisprudenza italiana alla necessaria coincidenza dei tre elementi costitutivi del reato, condotta, nesso di causalità ed evento, ritenendosi che la modificazione dell'ultimo valga tanto in chiave naturalistica quanto in chiave giuridica.

Interessante notare come i giudici costituzionali, nel tentativo di decifrare il concetto di fatto per come interpretato dalla Corte di Strasburgo, abbia preliminarmente inteso porre in essere un'analisi delle posizioni maturatesi in seno alla stessa.

Deve subito rilevarsi come i risultati non possano essere appieno condivisi, soprattutto nella parte in cui si ritiene che non debba essere esclusa la rilevanza dell'evento e del nesso di causalità, da interpretarsi, però, in chiave strettamente naturalistica, oltre ovviamente all'oggetto su cui incide la condotta. Il rilievo della Corte costituzionale sarebbe occasionato dalla impossibilità di cogliere argomenti *a contrario* in seno agli arresti giurisprudenziali richiamati nell'ordinanza di rimessione, a partire dalla sentenza *Grande Stevens*, trattandosi in essi di reati di mera condotta e, in buona sostanza, non potendo l'indagine fare altro che coinvolgere solo quest'ultima²⁹.

Tale ultima affermazione non pare condivisibile in ragione di una non corretta lettura complessiva dei risultati interpretativi della Corte europea dei diritti dell'uomo della quale la Corte costituzionale non ha evidentemente saputo intercettare appieno i passaggi e gli approdi conclusivi, con ciò contribuendo a determinare un panorama di incertezza che lascia margini non definiti e forieri di interpretazioni che possono condurre a una inaccettabile riduzione della garanzia del *ne bis idem*.

Continuare a considerare rilevante l'evento, anche se inteso in chiave naturalistica, non permette di cogliere nella sua essenza la natura della garanzia in parola e, per tornare a esempi concreti, lascia spazio a nuovi giudizi nel caso di un primo giudizio per lesioni e di un successivo processo per la morte dello stesso soggetto attinto dalle condotte già precedentemente valutate. In questo caso, per certo si determinerà un nuovo evento in senso naturalistico, ossia la morte di un soggetto a fronte di un primo evento dato dalla lesione di un organo, altrettanto nuova sarà l'indagine che riguarderà il nesso tra la condotta e la *causa*

²⁸ Corte costituzionale, 31 maggio 2016, n. 200, in *Processo penale e giustizia*, 2017, n. 1, con commento di B. LAVARINI, *Il fatto ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: La Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*.

²⁹ L'ordinanza di rimessione può essere letta su www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 27 novembre 2015, con commento di I. GITTARDI, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*.

mortis, all'evidenza nuovo e altro rispetto a quello che ricollega la condotta all'evento cagionato dalla lesione. Il rilievo dell'evento in tal modo considerato dovrebbe, così, condurre alla possibilità di un nuovo giudizio anche nell'ipotesi di formazione progressiva del reato con ingiustificabile violazione dell'art. 649 c.p.p. in riferimento alla irrilevanza del grado dell'offesa.

Problematica ancora più marcata se si considera la possibilità di elevare contestazioni nei confronti di soggetti che rivestono posizioni di garanzia e che, ai sensi della clausola generale di cui all'art. 40 comma 2, rischiano una inaccettabile sottoponibilità reiterata a processo in relazione a eventi diversi magari prodottisi in archi temporali assai rilevanti³⁰. Si pensi all'attività imprenditoriale e industriale.

5. Conclusioni

L'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale italiana, in ragioni delle considerazioni sopra svolte, pare recare forti rischi, creando una specie di effetto draconiano, che si riflette all'evidenza sull'evoluzione della giurisprudenza di legittimità. Per tutte valga il caso del soggetto già giudicato per false comunicazioni sociali, poi sottoponibile una seconda volta a processo per l'ipotesi di bancarotta impropria. In tale caso – motiva la Cassazione – l'aggravamento o la determinazione del dissesto determina una differenza strutturale tra il fatto storico-naturalistico del reato di cui all'art. 223, comma 2, n. 1, legge fallimentare e quello oggetto del reato di falso in bilancio³¹.

Anche alcune voci di rilievo della dottrina italiana hanno apertamente commentato le considerazioni del giudice delle leggi nel senso di ritenere operante il divieto di un secondo giudizio solo in ipotesi di concorso apparente di reati³², soluzione non condivisibile data la differenza fenomenica con il concorso formale, dovendosi in quel caso applicare solo una delle norme apparentemente riconducibili al caso concreto.

Deve ancora una volta considerarsi come interpretazioni non pienamente condivisibili del dato letterale dell'art. 649 c.p.p. sviliscano la fondamentale tutela dell'individuo, che non viene valorizzata nemmeno attraverso il richiamo ai principi riconosciuti a livello sovranazionale. Non vi è dubbio, infatti, che uno standard di tutela più elevato possibile vada garantito mediante il raffronto tra le diverse carte (Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Costituzione e Carta europea dei diritti), ciò in ossequio al fondamentale principio della massimizzazione della tutela dei diritti dell'uomo. Pare che nel caso di specie si sia ancora una volta fallito il tentativo di offrire il più alto livello di garanzia rinvenibile in seno alle sopra richiamate carte fondamentali. Gli approdi giurisprudenziali di cui si è detto lasciano infatti presagire nuove prese di posizione tanto della Corte di giustizia quanto della Corte Edu, stante la evidente frizione che il diritto italiano sostanzia.

ABSTRACT: *The Judgement as a protection of fundamental rights of the individuals: ne bis in idem and cumulative concurrence of offences in the dialogue between the ECtHR and the Italian Constitutional Court*

³⁰ In questo senso, D. PULITANÒ, *La Corte Costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cassazione penale*, 2017.

³¹ Cass., sez. V, 26 novembre 2021, n. 1835, in *Ced. Cass.*, rv. 282428-02.

³² P. FERRUA, *La Sentenza costituzionale sul caso eternit: Il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cassazione penale*, 2017, p. 84. *Contra*, F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 89.

Recently, the Italian Constitutional Court intervened again to clarify the scope of the principle of the *ne bis in idem*. The present contribution starts from this recent decision with specific regard to the case of multiple violations of criminal law carried out with a single conduct.

The final decision does not seem acceptable, and new doubts arise about the conformity of the internal interpretation of the guarantee with the one given by the European Court of human rights and the European court of justice. It appears that the Italian Constitutional Court fails to overcome the unacceptable positions taken by the Italian Court of Cassation, reducing the protection granted to the individual at a supranational and international level.

**COMPLETEZZA DELLE INDAGINI PRELIMINARI E NE BIS IN IDEM:
I RISVOLTI APPLICATIVI DELL'INTERAZIONE DEI PRINCIPI DELLA GIUSTIZIA PENALE**

ELISEA MALINO*

SOMMARIO: 1. Due principi apparentemente lontani: la completezza investigativa e l'efficacia preclusiva del giudicato. – 2. I costi di una garanzia fondamentale: le conseguenze negative del divieto di doppio giudizio. – 3. La completezza investigativa come strumento di prevenzione del *bis in idem* – 4. Il giudicato come “circostanza a favore dell'indagato” ai sensi dell'art. 358 Cpp e il dovere del pubblico ministero di accertarne la sussistenza. – 5. L'*Idem factum* come stella polare delle indagini preliminari. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Due principi apparentemente lontani: la completezza investigativa e l'efficacia preclusiva del giudicato*

La distanza intercorrente tra i momenti in cui si apprezzano la completezza delle indagini preliminari e il *ne bis in idem* potrebbe ingenerare l'idea che essi costituiscano due principi indipendenti e autosufficienti, non comunicanti tra loro. In effetti, mentre il primo interviene nel primissimo segmento procedimentale, in una fase in cui, a rigore, non potrebbe nemmeno parlarsi di processo in senso stretto, il secondo si manifesta alla fine dell'intero *iter* processuale, quando il giudizio si è concluso e il relativo provvedimento ha acquisito i caratteri della definitività e stabilità¹. L'arco temporale che separa l'ambito di operatività delle due regole, però, non deve trarre in inganno, in quanto le stesse, seppur afferenti a due piani

* Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche, Università degli Studi di Messina

¹ Secondo l'opinione prevalente, la preclusione sancita dal *ne bis in idem* discende proprio dal giudicato, di cui costituisce uno degli effetti principali, se non quello esclusivo. Così G. DE LUCA, *I limiti soggetti della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, p. 124 ss., ID., *Giudicato*: II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giu.*, XV, Roma, 1989, p. 1 ss., ma anche G. LOZZI, *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, pp. 912-913, il quale afferma che l'effetto preclusivo 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». Tale tesi è supportata da alcuni dati formali quali la lettera dell'art. 649 c.p.p. e la sua collocazione codicistica, elementi che insieme hanno agevolato l'inquadramento del tema del *ne bis in idem* nell'ambito della dottrina del giudicato. Questa solida impostazione, però, nel corso del tempo è stata oggetto di critiche, volte ad estendere il novero dei provvedimenti muniti dell'efficacia preclusiva. Sul punto T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 2010, pp. 860-861, che prospetta una diversa lettura del principio, in base alla quale esso sarebbe volto ad evitare che l'azione sia esercitata più volte per il medesimo fatto. Nonostante le corrette premesse di partenza, una siffatta esasperazione del divieto in parola, che si manifesterebbe già dal momento dell'esercizio dell'azione penale, non pare però condivisibile. In questo modo, infatti, si determinerebbero problemi significativi nella delimitazione del *factum* oggetto dell'instaurando processo, anche in ragione della fluidità della imputazione. Diversamente risulta coerente con esigenze di razionalità del sistema la soluzione prospettata da S. RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, pp. 295-298, il quale attribuisce la produzione di tale effetto preclusivo alle sentenze conclusive del procedimento penale.

diversi (quello dell'azione² e quello della decisione³), si rivelano legate da un rapporto di reciproco vantaggio potendo trarre l'una giovamento dall'altra. D'altra parte, la concezione della giustizia penale come un sistema unitario consente, anzi per certi versi impone, di porre in correlazione gli istituti e i canoni su cui essa si fonda, abbandonando forme di ragionamento anacronistiche che custodiscono in compartimenti stagni i principi dell'ordinamento giuridico.

In realtà, la connessione tra gli istituti menzionati era già stata evidenziata dalla Corte di giustizia nel 2016, nel caso *Kossowski*⁴, in cui i giudici hanno negato l'idoneità di un provvedimento archiviativo di produrre gli effetti preclusivi del *ne bis in idem*, poiché adottato in seguito ad una attività investigativa lacunosa⁵. La posizione assunta dalla Corte in quella

² Questa affermazione riguarda soprattutto la nozione domestica di completezza delle indagini preliminari formulata dalla Corte costituzionale partendo dal principio di obbligatorietà dell'azione penale. Discorso diverso, invece, deve essere fatto con riferimento allo speculare principio elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di *core rights*, in quanto i giudici di Strasburgo hanno ancorato la tutela procedimentale da assicurare ai diritti fondamentali allo svolgimento di indagini complete, celeri ed effettive. Sul punto vedi *infra*. Su una parziale sovrapposibilità tra i principi di matrice italiana e convenzionale E. MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sistema penale*, 2020, pp. 206-207, nt. 27.

³ Qualora i problemi legati alla duplicazione di procedimenti si manifestassero prima della formazione del giudicato, si realizzerebbe un'ipotesi di *litispendenza*, istituto che non trova una disciplina *ad hoc* nel codice di procedura penale italiano. La giurisprudenza risolve il problema in modo diverso a seconda che i due procedimenti sull'*idem factum et persona* contemporaneamente pendenti si stiano svolgendo dinanzi a due giudici dello stesso ufficio, quindi entrambi competenti, o diversi. Nel primo caso, nel procedimento duplicato dovrà essere disposta l'archiviazione o, se l'azione penale è stata esercitata, dovrà essere rilevata con sentenza la improcedibilità conseguente alla consumazione del potere del pubblico ministero; nel secondo caso, invece, troverà applicazione la disciplina sui conflitti positivi di competenza. Cass., S.U., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Ced. Cass.*, rv. 231800. Cass., sez. V, 19 gennaio 2017, n. 10037, in *Ced. Cass.*, rv. 269422; Cass., sez. V, 20 febbraio 2020, n. 17252. Sul tema, M. BONTEMPELLI, *Ne bis in idem e litispendenza*, in A. MANGIARACINA (a cura di), *Il ne bis in idem*, Torino, 2021, pp. 131-157.

⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Camera, 29 giugno 2016, C-486/14, *Kossowski*, ECLI:EU:C:2016:483, in commento P. BERNARDONI, *Nuova pronuncia della Corte di giustizia sul ne bis in idem: un chiarimento sulla nozione di "sentenza definitiva" e un'occasione persa per definire lo status delle riserve ex art. 55 CAAS*, Nota a CGUE, Grande Sezione, 29 giugno 2016, *Kossowski*, C-486/14, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 luglio 2016.

⁵ La pronuncia della Corte di giustizia fu occasionata da un rinvio pregiudiziale proposto dal tribunale tedesco di seconda istanza, dinanzi al quale il pubblico ministero appellò la decisione di primo grado che respingeva la richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti di un cittadino polacco, *Kossowski*. Il procedimento verteva sul medesimo reato già giudicato con un provvedimento definitivo di archiviazione adottato dal pubblico ministero polacco. Tra i quesiti rivolti ai giudici di Lussemburgo, ai fini del presente discorso rileva il secondo, che fu formulato nei seguenti termini: «*the referring court is uncertain whether, since the acts giving rise to prosecution in Germany and Poland are the same, the accused may, as a result of the decision of the Kolobrzeg District Public Prosecutor's Office, be regarded as a person whose trial has been 'finally disposed of' within the meaning of Article 54 of the CISA or who has been 'finally acquitted' within the meaning of Article 50 of the Charter*». La Corte, riprendendo un suo precedente (Corte di giustizia dell'Unione europea, 10 marzo 2005, C-469/03, *Miraglia*, ECLI:EU:C:2005:156), ricordò che affinché una decisione possa considerarsi "definitiva" ai fini della CAAS pare necessario il previo svolgimento dell'esame dei «*merits of the cases*», da valutare però dal punto di vista sostanziale. In caso di un provvedimento di archiviazione risulta pertanto fondamentale lo svolgimento di una attività di indagine approfondita, in assenza della quale deve escludersi che sia stato svolto un esame del merito tale da giustificare l'attribuzione del carattere di "definitività" alla decisione assunta dal pubblico ministero. Nel caso di specie, poiché dalla motivazione era emerso che il procedimento si fosse concluso a seguito di una istruzione inadeguata, in quanto non furono sentiti né l'eventuale teste né la vittima, i giudici di Lussemburgo, non riconobbero natura definitiva alla decisione di archiviazione adottata in Polonia. Per un ulteriore commento C. BOVINO, *La decisione penale non può considerarsi definitiva senza un'istruzione approfondita*, in *Il Quotidiano giuridico*, 8 luglio 2016; M. SIMONATO, *Ne bis in idem in the EU: two important questions for the CJUE*, (*Opinion of the AG in C-486/14 Kossowski*), in

occasione appare rilevante ai fini del presente studio, in quanto da essa è possibile desumere *a contrario* che il compimento di indagini complete consenta un rafforzamento della tutela riconosciuta all'accusato, mediante il giudicato, prevenendo o comunque riducendo il rischio per quest'ultimo di essere sottoposto ad un nuovo giudizio. L'incidenza riconosciuta al tipo e alla qualità dell'accertamento compiuto dalle autorità inquirenti sul versante applicativo del divieto di un secondo giudizio rafforza le premesse di partenza, dimostrando la versatilità della completezza delle indagini e la sua capacità di assolvere alle finalità più disparate, tra le quali quella di evitare di andare incontro ai costi conseguenti alla applicazione del *ne bis in idem*.

2. I costi di una garanzia fondamentale: le conseguenze negative del divieto di doppio giudizio

Il divieto di *bis in idem* può a buon diritto essere annoverato – quale «principio di civiltà»⁶ – tra le garanzie individuali⁷, data la sua capacità di tutelare la certezza del diritto c.d. *soggettiva*⁸ e di evitare che un individuo sia nuovamente esposto alle sofferenze e ai costi connessi alla celebrazione di un secondo processo sullo stesso fatto. Recentemente infatti la Consulta ha ricordato un risalente orientamento che considera il «il diritto al *ne bis in idem* (...) immanente alle garanzie di cui agli artt. 24 e 111 Cost.»⁹. Esso, tuttavia, può incidere negativamente su altri diritti e interessi parimenti meritevoli di tutela¹⁰. Tale consapevolezza è emersa in alcune

www.europeanlawblog.eu, 12 gennaio 2016, il quale critica il richiamo al caso *Miraglia* per le differenze esistenti tra i due procedimenti e segnala il rischio che questa clausola sia in futuro utilizzata per giustificare il sindacato di uno Stato sulle attività investigative compiute da un altro ordinamento. Il tema è stato approfondito in questo volume da A. FALCONE, *Ne bis in idem e procedimento estradizionale: il problema dell'efficacia preclusiva del provvedimento archiviato nello scenario giuridico europeo*.

⁶ Cit. E. SCOZZARELLA, *La questione del ne bis in idem nella giurisprudenza della Cedu e nella giurisprudenza nazionale di merito, di legittimità e della Corte costituzionale*, in *archiviopdc.dirittopenaleuomo.org*, 15 luglio 2019, che ricorda le origini del brocardo, risalenti al diritto romano.

⁷ In questo senso P. P. RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 1413; T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 861.

⁸ L'accezione di certezza rilevante nel contesto del *ne bis in idem* è quella soggettiva, intesa come sicurezza dei diritti. Essa, pertanto, differisce da quella oggettiva, che, invece, attiene alla prevedibilità della valutazione giuridica dei comportamenti possibili (Cosi G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*¹⁴, Torino, 2022, p. 834). Solo la prima, infatti, è tutelata attraverso il divieto di un secondo giudizio, in quanto tale preclusione consente di porre l'imputato – condannato o proscioltto con provvedimento irrevocabile – al riparo da una reiterazione di sentenze o di procedimenti penali per lo stesso fatto potenzialmente illimitata. In questo senso, G. LOZZI, *Giudicato*, cit., p. 913; DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata*, cit., p. 90, nt. 34; M. BONTEMPELLI, *Prova, verità e giudicato penale*, in *Archivio penale*, 2020, p. 10; A. BASSI, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, in *Cassazione penale*, 1997, pp. 1402, 1407.

⁹ Così Corte costituzionale, 10 maggio 2022, n. 149, p. 11, in commento M. SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in *Sistema penale*, 23 giugno 2022.

¹⁰ A questo proposito è possibile rilevare la capacità pregiudizievole del *ne bis in idem* nei confronti dello stesso soggetto giudicato con provvedimento definitivo. La previsione contenuta nell'art. 649 c.p.p., a rigore, impedisce al pubblico ministero di iniziare un ulteriore procedimento sullo stesso fatto, anche nell'ipotesi in cui egli volesse far valere l'ingiustizia o l'erroneità della sentenza conclusiva del primo procedimento. Questa obiezione, in realtà, può essere superata attraverso due considerazioni. Innanzitutto, essa sembra non tenere conto delle caratteristiche dell'azione penale, che deve essere considerata irrettrabile e non reiterabile (Cass., S.U., n. 34655/2005, cit., par. 5.1, ripresa anche da E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012,

decisioni che hanno cercato di estendere la nozione di “fatto”, ritenendola comprensiva della triade condotta, nesso causale ed evento¹¹, restringendo la portata applicativa della preclusione derivante dal *ne bis in idem* e rigettando così quelle impostazioni che garantivano margini di impunità a vicende criminose «di indubbio spessore»¹². Molto spesso, infatti, per giustificare la celebrazione di un secondo procedimento su una vicenda già giudicata in via definitiva si è fatto ricorso al «comune senso di giustizia»¹³, che altrimenti risulterebbe pregiudicato¹⁴.

L'impossibilità di celebrare un nuovo processo potrebbe essere percepita come un vero e proprio diniego di giustizia non solo nei confronti della collettività¹⁵, ma, soprattutto, agli occhi di coloro che hanno subito un pregiudizio dalla commissione del reato¹⁶. Questa circostanza, infatti, potrebbe ricorrere tutte le volte in cui il primo procedimento giungesse a

p. 431). Pertanto, basterebbe l'art. 112 Cost. ad impedire il (ri)esercizio dell'azione per il medesimo fatto: se così non fosse, si porrebbero le basi per un sistema in cui il pubblico ministero sarebbe libero di reiterare l'azione penale. In questo senso T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 864 evidenzia come un assetto di tal tipo oltre ad essere in contrasto con il principio di legalità e i caratteri del giusto processo, comporterebbe altresì una esposizione a condotte di abuso del processo. In realtà, però, questo impianto sembra parzialmente smentito dalla disciplina vigente in materia di esecuzione, contenuta nell'art. 669 c.p.p. Se applicassimo fedelmente l'interpretazione proposta e, quindi, considerassimo in contrasto con l'art. 112 Cost. l'esercizio dell'azione penale nel secondo procedimento, non si spiegherebbe perché il legislatore ammette la possibilità che il secondo giudicato, formatosi in seguito ad una iniziativa che non avrebbe dovuto avere luogo, perché in contrasto con i corollari dell'obbligatorietà dell'azione penale, possa addirittura prevalere sul primo.

In secondo luogo, occorre evidenziare che l'ordinamento contempla un istituto volto a garantire la correttezza della decisione: la revisione (artt. 630 ss. Cpp), proponibile anche dal procuratore generale presso la corte d'appello nel cui distretto fu pronunciata la sentenza di condanna (Cfr. art. 632 c. 1 lett. b)). Pertanto, qualora la sentenza definitiva risultasse ingiusta, sia pur nei limiti dei motivi indicativi nell'art. 630 Cpp – estesi dalla Corte costituzionale con sentenza del 7 aprile 2011, n. 113 – non solo il condannato e i suoi prossimi congiunti, ma anche il procuratore disporrebbe di uno strumento per «rimediare all'errore giudiziario». Cit., P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *archivodpc.dirittopenaleuomo.org*, 2 aprile 2015, p. 6. Sulla revisione, R. VANNI, *Revisione del giudicato*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 159 ss.

¹¹ Cfr. Cass., sez. V, 14 gennaio 2022, n. 1363, in *giurisprudenzapenale.it*, in cui la Corte ha affermato che «ai fini della preclusione connessa al principio del “*ne bis in idem*”, l'identità del fatto sussiste solo quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, da considerare in tutti i suoi elementi costitutivi sulla base della triade condotta-nesso causale-evento, non essendo sufficiente la generica identità della sola condotta». In questo senso v. anche Cass., S.U., n. 34655/2005, cit., p. 28; Cass., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, in *Ced. Cass.*, rv. 261937.

¹² Cit. P. P. RIVELLO, *La nozione di “fatto” ai sensi dell'art. 649 c.p.p.*, cit., p. 1412. Dilatando eccessivamente i margini applicativi della garanzia del *ne bis in idem*, risultato che si ottiene restringendo la nozione di fatto e facendola coincidere con la mera condotta, si corre il rischio di compromettere la sicurezza collettiva attraverso la creazione di «aree di sostanziale impunità». Così, G. DELLA MONICA, *Ne bis in idem*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, p. 332.

¹³ Cit. P. P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, p. 500.

¹⁴ Tale esigenza è particolarmente avvertita in materia di concorso formale. Infatti, secondo A. BASSI, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, cit., p. 861, chi ammette un secondo giudizio in caso di concorso formale omogeneo lo fa per addivenire ad una soluzione equa e accettabile e per evitare che condotte che offendono più beni giuridici possano rimanere impunte. Talvolta, però, si ha l'impressione che tale esigenza prevalga sul rispetto del *ne bis in idem*. Così N. GALATINI, *Il “fatto” nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, p. 1210.

¹⁵ Secondo P. P. RIVELLO, *La nozione di “fatto” ai sensi dell'art. 649 c.p.p.*, cit., p. 1412, in alcuni casi il *ne bis in idem* è percepito dalla collettività come una ingiustificata ed incomprensibile barriera che impedisce la disamina di episodi criminosi “diversi” rispetto a quelli costituenti oggetto di un precedente procedimento.

¹⁶ Sul tema della vittima *ex multis*, L. LUPÁRIA, *Victims and criminal justice. European standards and national good practices*, Milano, 2015; V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Milano, 2018.

conclusione con l'adozione di un provvedimento divenuto definitivo in assenza di qualsiasi coinvolgimento della persona offesa. Qualora ciò accadesse, quest'ultima subirebbe un grave danno e le sue istanze di tutela risulterebbero frustrate. Per far fronte a tale ipotesi, i possibili rimedi sono due e appaiono entrambi particolarmente costosi, tanto per l'individuo leso dalla condotta criminosa quanto per l'ordinamento. Alla vittima residuerebbe la possibilità di agire in sede civile al fine di ottenere il risarcimento del danno patito in seguito alla vicenda criminosa oppure potrebbe ambire al superamento della preclusione, opzione per la quale ha optato la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Sabalić contro Croazia*¹⁷.

In realtà, come anticipato, entrambe le soluzioni prospettate si rivelano insoddisfacenti. Con riferimento alla prima, occorre rammentare il recente orientamento della Corte di Strasburgo in tema di diritto di accesso al giudice (penale) della vittima¹⁸. Quest'ultima, infatti, sarebbe titolare di un *right of access to a court*, destinato a risultare violato tutte le volte in cui la sua domanda non sia esaminata dal giudice penale per motivi addebitabili alle autorità statali¹⁹, a nulla rilevando la possibilità di agire in sede civile per ottenere il risarcimento dei danni subiti. Le obiezioni prospettate potrebbero essere superate accedendo alla seconda proposta, che riprende la recente apertura della Corte europea dei diritti dell'uomo. Anche tale via, però, non sembra percorribile. Innanzitutto, la pronuncia richiamata non è espressione di un orientamento consolidato e non può essere applicata *de plano* qualora la persona offesa lamenti di non essere stata coinvolta nel procedimento. Peraltro, i giudici di Strasburgo, ammettendo una cedevolezza della *firmitas* del giudicato²⁰, hanno legittimato una vera e propria violazione del divieto di un secondo giudizio, che, seppur tollerata in casi estremi, non può divenire la "regola". Qualora si seguisse questa soluzione, infatti, si determinerebbe una lesione della posizione giuridica dell'accusato²¹ sul quale ricadrebbero le conseguenze negative delle inadempienze della autorità giudiziaria²². E d'altra parte, anche l'intero

¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 gennaio 2021, ricorso n. 50231/13, *Sabalić c. Croazia*, con commento V. DI NUZZO, «Ne bis in idem» e tutela della vittima di reato: la Corte di Strasburgo riconosce la cedevolezza del principio di fronte a gravi violazioni dei diritti delle persone LGBTQ+, in *Foro Italiano*, 2021, p. 465 ss.

¹⁸ In tema M. GIALUZ, *Il diritto alla giurisdizione dell'imputato e della vittima tra spinte europee e carenze dell'ordinamento italiano*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 2019, p. 94 ss.; In proposito v. già M. CHIAVARIO, *Il "diritto al processo" delle vittime dei reati e la Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, p. 938 ss.

¹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 marzo 2021, ricorso n. 24340/07, *Petrella c. Italia*, con commento M. ALOISI, *Durata irragionevole delle indagini, prescrizione del reato e diritto di accedere al giudice*, in *Processo penale e giustizia*, 2021, p. 1231; E. GRISONICH, *Il dirimente incidere delle garanzie processuali della vittima nella giurisprudenza di Strasburgo: il caso Petrella c. Italia, tra ragionevole durata del procedimento, diritto di accesso al giudice e rimedio effettivo*, in *Sistema penale*, 7 aprile 2021. Il caso di specie riguardava il problema della (ir)ragionevole durata delle indagini e delle ricadute della prescrizione sul *right of access to a court*. I giudici di Strasburgo hanno sfruttato quella occasione per ribadire che sussiste una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, tutte le volte in cui il mancato esame (in sede penale) della domanda della vittima sia imputabile alle autorità. Questo ragionamento potrebbe essere trasposto anche sul piano del divieto di un secondo giudizio, in quanto l'attivazione del meccanismo del *ne bis in idem* comporta questi stessi effetti pregiudizievoli sulla persona offesa. Qualora, infatti, quest'ultima fosse il soggetto passivo di un reato già giudicato con sentenza definitiva, il divieto di un secondo procedimento le impedirebbe di accedere al giudice penale per ottenere la tutela dei propri interessi.

²⁰ V. DI NUZZO, *Le trasformazioni di una garanzia: il ne bis in idem tra necessaria protezione dell'accusato e nuove istanze di tutela della vittima di reato*, in *OIDU*, 2022, pp. 208-223.

²¹ Sul difficile bilanciamento tra le esigenze di tutela della vittima e la protezione dell'indagato e il rispetto della presunzione di innocenza si veda M. MONTAGNA, *I diritti minimi della vittima*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, pp. 323-324.

²² Cfr. M. BENENATI, *Come intendere il concetto di medesimo fatto ai fini del "ne bis in idem"?*, in *Diritto penale e processo*, 1998, p. 1551. In senso difforme, P. P. RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p.*, cit., p. 1426, in quanto, secondo l'autore, l'analisi del *ne bis in idem* non è ricollegabile a «considerazioni concernenti l'operato dei p.m. e non deve condurre ad una sorta di "penalizzazione" delle loro eventuali inadempienze».

ordinamento potrebbe risentire di tale prassi, in quanto il *ne bis in idem* è volto a tutelare esigenze di carattere generale, che risulterebbero frustrate dalla celebrazione del secondo processo, quale ad esempio quella di evitare il dispendio di risorse processuali per la duplicazione dell'accertamento penale. La celebrazione di un giudizio sull'*idem factum* determinerebbe uno spreco intollerabile, soprattutto in un momento storico come quello attuale, in cui le esigenze di celerità ed efficienza della risposta penale sono sempre più pressanti²³.

Alla luce di queste considerazioni emerge l'esigenza di evitare l'attivazione del *ne bis in idem*. A questo fine, si rivela necessario uno sforzo maggiore da parte dell'accusa: l'organo inquirente, dopo l'emersione della *notitia criminis*, dovrà valutare una volta per tutte per quali e per quanti reati agire, individuando tutti i soggetti (attivi e passivi) coinvolti. In altri termini, dovrà impegnarsi affinché sia assicurata la trattazione unitaria e cumulativa dei risvolti penali di un unico accadimento, che deve essere valutato nella sua interezza.

3. La completezza delle indagini come strumento di prevenzione del bis in idem

Proiettando verso la fase investigativa quanto autorevolmente affermato dal Professore Cordero, il quale riteneva che il giudicato copra non solo il dedotto e il deducibile, ma anche il futuribile²⁴, potrebbe sostenersi l'idea per la quale esso, prima di tutto, debba coprire l'"investigabile", ossia tutto quanto merita approfondimento nel corso dell'indagine penale²⁵. Pertanto, dopo l'emersione della *notitia criminis*, la cui iscrizione costituisce un momento delicatissimo con riferimento alle duplicazioni c.d. *omogenee*²⁶ realizzando una prima

²³ Vedi G. DELLA MONICA, *Ne bis in idem*, cit., p. 325: la celebrazione di più procedimenti sulla stessa regudicanda, oltre ad essere antieconomica, comporterebbe anche una perdita di credibilità per il sistema giurisdizionale, che risulterebbe incapace di fornire risposte certe e definitive alla domanda di giustizia.

²⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, Varese, 1966, pp. 292-293, il quale chiarisce il concetto affermando che «chi è stato assolto o condannato per un'imputazione di lesioni non può essere giudicato una seconda volta per omicidio qualora, a causa delle lesioni, la vittima muoia successivamente».

²⁵ In altri termini, tutto ciò che poteva essere accertato nel primo procedimento, non potrà occasionarne uno nuovo. D'altra parte, se così non fosse, si consegnerebbe «un potere pressoché illimitato alla discrezionalità del pubblico ministero circa la concentrazione o la posticipazione dei procedimenti proprio attraverso la descrizione dei fatti». Così, A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato. Il doppio processo come pena*, Milano, 2022, p. 42.

²⁶ Secondo A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, cit., p. 12, le duplicazioni omogenee hanno radici, oltre che nel mancato adeguamento della fattispecie sostanziale a quella processuale, già nelle iscrizioni ex art. 335 c.p.p. (sul punto A. MARANDOLA, *Indagini preliminari, qualificazione giuridica del fatto e (pre)imputazione*, in www.ilpenalista.it, 2016). L'importanza attribuita alle registrazioni delle notizie di reato consente di guardare con favore la normativa introdotta dalla riforma della giustizia penale (legge delega n. 134 del 27 settembre 2021, D.lgs. n. 150, del 10 ottobre 2022), che attribuisce al giudice delle indagini preliminari il potere di realizzare un sindacato su una attività che, fino a questo momento, rientrava nell'esclusivo monopolio del pubblico ministero. Viene infatti introdotto il potere del giudice di ordinare l'iscrizione del nome della persona indagata qualora esso emerga dagli atti investigativi, e quello di disporre la retrodatazione di tale iscrizione. La portata innovativa di quest'ultimo intervento deve però essere ridimensionata per un verso, perché non sembra che l'autorità giurisdizionale possa entrare nel merito delle scelte fatte dall'organo inquirente, potendosi limitare esclusivamente ad una valutazione in ordine alla tempestività della iscrizione, per altro, in considerazione della natura di questo potere, la cui attivazione è subordinata ad una espressa richiesta dell'indagato in questo senso, non potendo essere esercitato d'ufficio.

delimitazione del tema investigativo²⁷, è necessario che le autorità inquirenti si attivino svolgendo indagini complete.

Il richiamo alla completezza, però, non è di per sé risolutivo dei problemi legati al *bis in idem*. Sebbene si tratti di un principio consolidato e più volte richiamato dalla giurisprudenza (domestica e internazionale), esso non ha un significato univoco. Tale ambiguità è il frutto sia della sua stessa natura, poiché si tratta di un concetto di relazione che dunque necessita di un termine di paragone²⁸, sia della eterogeneità dei contesti in cui esso è stato formulato.

Nonostante l'attribuzione in capo al pubblico ministero dell'obbligo di svolgere indagini complete, tanto a livello costituzionale quanto sul versante della Cedu, i principi affermati dalle due Corti si pongono su piani diversi e sembrano orientati verso due finalità distinte²⁹. Mentre la Consulta ha elaborato tale principio partendo dalla obbligatorietà dell'azione penale proiettandola nella fase investigativa³⁰, i giudici di Strasburgo hanno preso le mosse dai c.d. *core rights* e dalla esigenza di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali³¹. Da ciò sono derivate delle rilevanti conseguenze innanzitutto sul piano contenutistico.

Secondo la Consulta, infatti, la nozione di completezza richiamata dai giudici italiani è finalizzata al corretto esercizio dell'azione penale e delle scelte dell'indagato con riferimento ai riti alternativi e alla loro celebrazione³²; impostazione, questa, che essi hanno successivamente ribadito³³, abbandonando la diversa interpretazione proposta nel 2001, che

²⁷ Nonostante l'iscrizione prevista dall'art. 335 c.p.p. non postuli la descrizione del fatto, si ritiene che la notizia di reato rechi in sé la rappresentazione dell'episodio storico, quanto meno negli «elementi essenziali del fatto» (artt. 332 e 347 c.p.p.), i quali dovrebbero ritenersi immutabili nel corso delle indagini. Si veda anche C. VALENTINI, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, cit., p. 5, la quale sostiene che il perimetro esplorativo delle indagini è tracciato dalla notizia di reato, sebbene esso possa essere ampliato in ragione delle successive acquisizioni. Partendo da queste premesse P. TROISI, *Inosservanza e rimedi*, in A. MANGIARACINA, *Ne bis in idem*, Torino, 2021, p. 108 ss., esaspera il divieto imposto dall'art. 649 c.p.p. al punto da ritenerlo violato tutte le volte in cui il pubblico ministero iscrive una notizia che raffigura un accadimento sovrapponibile a quello di una sentenza irrevocabile sotto il profilo del suo nucleo identificativo (condotta e oggetto fisico). Questo orientamento in realtà non è condivisibile anche perché prende le mosse dalla convinzione che l'iscrizione del nome nel registro degli indagati provochi una ferita significativa nei confronti dell'indagato. L'assetto delineato, però, non appare attuale in quanto non tiene conto dell'impegno assunto dal legislatore delegato, il quale ha previsto che dalla registrazione *ex art. 335 c.p.p.* non possano discendere effetti negativi per l'indagato (Legge delega 27 settembre 2021, n. 134, art. 1 c. 9, lett. s), confluito nel nuovo art. 335 *bis* c.p.p.). Inoltre, sembra ignorare la fluidità e la variabilità che caratterizza il fatto durante le indagini, ma anche l'udienza preliminare. Cfr. A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, Torino, 2012, p. 128.

²⁸ Così, C. VALENTINI, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in *Archivio penale*, 2019, p. 9.

²⁹ In questo senso M. MONTAGNA, *Necessità della completezza delle indagini*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, p. 360. Diversa, invece, è la posizione di C. VALENTINI, *La completezza delle indagini*, cit., p. 5, che pone i due principi in linea di continuità, affermando che i concetti espressi dalla Corte costituzionale nel 1991 anticipano quello che la Corte di Strasburgo ripete da qualche anno.

³⁰ Così F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, pp. 20-21, che afferma che lo spostamento in avanti dell'esercizio dell'azione penale, collocato non più all'*incipit* del procedimento ma all'esito della fase preliminare, impone di «far retroagire l'efficacia precettiva dell'art. 112 Cost. ai momenti iniziali dell'iter procedimentale».

³¹ Il fondamento normativo dell'obbligo procedimentale di svolgere indagini complete, celeri ed effettive è rappresentato dalle norme della CEDU poste a garanzia del diritto alla vita (art. 2), della dignità e del divieto di trattamenti inumani o degradanti (art. 3), della proibizione della schiavitù e del lavoro forzato (art. 4); del rispetto della vita familiare e privata (art. 8).

³² Corte costituzionale, sentenza 28 gennaio 1991, n. 88, pp. 8-9.

³³ Corte costituzionale, sentenza 20 aprile 2009, n. 121.

esasperava lo *standard* della completezza al punto da richiedere l'accertamento di tutte le circostanze necessarie ai fini della pronuncia di una sentenza³⁴. La completezza viene dunque concepita come potere-dovere del pubblico ministero di svolgere tutti gli accertamenti necessari al fine dell'assunzione delle determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale compresi quelli relativi a fatti e circostanze favorevoli all'indagato³⁵. Intesa in questi termini, però, essa non può essere forzata fino al punto da fondare un obbligo per il pubblico ministero di esaurire tutti gli aspetti eventualmente coperti dal *ne bis in idem*, in quanto la proiezione finalistica dell'attività investigativa rimane sempre confinata alla verifica della fondatezza della notizia di reato³⁶.

Diverso, invece, l'approccio adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che impone l'obbligo procedimentale di svolgere indagini complete, celeri ed effettive, in grado di accertare il fatto ed individuare e punire l'autore³⁷. Le investigazioni, in questo contesto, diventano funzionali alla concretizzazione della tutela offerta sul piano sostanziale, che risulterebbe parziale se non fosse accompagnata da un assetto procedimentale capace di assicurarne l'applicazione³⁸.

Data la diversità tra i due concetti di completezza, *prima facie* potrebbe sembrare che esclusivamente il secondo sia in grado di soddisfare la pretesa di esaustività a cui si faceva riferimento poc'anzi: solo un accertamento volto alla individuazione dell'autore e alla sua

³⁴ Corte costituzionale, sentenza 9 maggio 2001, n. 115.

³⁵ La regola si desume dagli artt. 326 e 358 c.p.p., espressamente richiamati da Corte costituzionale, n. 88/1991, cit., p. 8.

³⁶ In effetti, quando si afferma che il pubblico ministero deve effettuare «“tutti” gli accertamenti necessari per verificare la fondatezza o meno della notizia di reato» (F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini*, cit., p. 21) si pretende un esame che si arresta ad un livello più superficiale rispetto a quello che si avrà in dibattimento e che poi confluirà nella sentenza: la verifica della fondatezza di una notizia di reato è cosa diversa dall'accertamento al di là di ogni ragionevole dubbio della colpevolezza dell'imputato. Si pensi per esempio all'indagine sull'elemento psicologico. Quest'ultimo costituisce un tema che non viene approfondito nel corso delle indagini per stabilire la fondatezza della notizia di reato. L'omesso riferimento all'elemento psicologico tra gli elementi identificativi del fatto storico avvalorata la tesi che esclude questo aspetto dai temi investigativi: l'atto con cui viene esercitata l'azione penale e il suo contenuto individuano gli argomenti sui quali dovrà concentrarsi l'attività investigativa. Ciononostante, esso appare fondamentale ai fini della preclusione del *ne bis in idem*. Ai sensi dell'art. 649 c.p.p., il fatto è il medesimo anche a fronte di un mutamento nel titolo, determinato da una diversa considerazione dell'elemento psicologico e quindi il passaggio da dolo a colpa o viceversa (T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 872). L'attribuzione di una ipotesi delittuosa a titolo di dolo o colpa potrebbe avere effetti significativi anche nella percezione comune della decisione, in quanto quest'ultima potrebbe apparire ingiusta: un'ingiustizia che, però, riceverebbe copertura dal *ne bis in idem*. Si pensi ad una ipotesi di omicidio qualificata prima come colposa e poi come dolosa: qualora il primo giudizio si fosse concluso con una sentenza definitiva, il secondo subirebbe l'effetto preclusivo previsto dall'art. 649 Cpp. In questo caso il trattamento sanzionatorio previsto potrebbe risultare inadeguato in ragione del maggiore disvalore della medesima condotta se compiuta con dolo anziché con colpa.

³⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 dicembre 2009, ricorso n. 28634/06, *Maiorano e altri c. Italia*, § 123; Id., 14 marzo 2002, ricorso n. 46477/99, *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, § 71; Id., 21 settembre 2021, ricorso n. 20914/07, *Carter c. Russia*, cit., § 138; Id., 9 giugno 2009, ricorso n. 33401/02, *Opuz c. Turchia*, § 150; Id., 7 ottobre 2021, ricorso n. 20116/12, *Zoletic e altri c. Arzərbayjan*, par. 187; Id., 26 ottobre 2021, ricorso n. 41086/12, *A.P. c. Moldava*, § 30.

³⁸ Poiché non è sufficiente la previsione di apposite norme incriminatrici, risultando indispensabile che esse siano accompagnate da un sistema investigativo e giudiziario che ne consenta l'applicazione, si crea una interazione tra la sfera del diritto sostanziale e quella del diritto processuale. Così L. PARLATO, *Effettività delle indagini ed “equità processuale”*. Il punto su investigazioni scientifiche sulla persona e operazioni sotto copertura, in D. CHINNICI, A. GAITO (a cura di), *Regole europee e processo penale*, II ed., Milano, 2018, pp. 106, 110. In questo senso anche M. MONTAGNA, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in *Archivio penale*, 2019, p. 7 e ID., *Necessità della completezza delle indagini*, cit., p. 350.

punizione può assicurare un esame esaustivo dell'intera vicenda penale. Tale ultima accezione del principio in parola si adatta perfettamente alla finalità di prevenire il *ne bis in idem*: da una parte, perché le indagini sembrano proiettarsi verso la decisione e non l'azione (e quindi si accorcia la distanza tra i due campi di operatività)³⁹; dall'altra, perché essa promuove una concezione della completezza quale strumento volto alla protezione di altri interessi e, a questo fine, impone il rispetto di una serie di ulteriori canoni⁴⁰.

Questa configurazione del principio di completezza non sembra tuttavia recepibile *de plano* a livello interno, anche perché, e questo probabilmente è il principale ostacolo che si pone su un piano pratico, appesantirebbe troppo la prima fase delle indagini preliminari. Non a caso, un'attività investigativa siffatta non è sempre pretesa neppure a livello convenzionale: essa, infatti, deve essere garantita quando si è in presenza di una (possibile) violazione di un diritto fondamentale⁴¹.

In realtà, un innalzamento indiscriminato del parametro di riferimento della completezza è stato realizzato anche a livello interno e ciò, in effetti, ha comportato un avvicinamento tra i canoni elaborati in Italia e a Strasburgo. La riforma della giustizia penale, infatti, intervenendo sulla regola di giudizio che il pubblico ministero deve seguire al momento dell'esercizio dell'azione penale, ha inciso sul tenore delle attività che gli organi investigativi devono condurre⁴². Già alla fine delle indagini, infatti, il magistrato requirente deve aver raccolto elementi sufficienti per poter effettuare una prognosi sull'esito del procedimento, potendo optare per la richiesta di archiviazione quando non vi sono elementi tali da determinare una ragionevole previsione di condanna. Il futuro assetto delle indagini, pertanto, sembra imporre un accertamento più approfondito che, nonostante le criticità da più parti evidenziate⁴³, potrebbe rivelarsi funzionale alla prevenzione del *ne bis in idem*. Effettuare una ragionevole previsione di condanna, infatti, significa aver preventivamente definito i contorni del fatto e i soggetti coinvolti, oltre che i beni giuridici lesi dalla condotta oggetto del procedimento.

4. Il giudicato come "circostanza a favore dell'indagato" ai sensi dell'art. 358 Cpp e il dovere del pubblico ministero di accertarne la sussistenza

Il principio di completezza, sia pur nella originaria formulazione promossa dalla Corte costituzionale, appare poi funzionale alla prevenzione della duplicazione procedimentale

³⁹ M. MONTAGNA, *Necessità della completezza delle indagini*, cit., p. 352 sottolinea che la Corte europea non si concentri solo sulle indagini e sul loro svolgimento, ma anche e soprattutto sul loro esito, elemento fondamentale per garantire la capacità dissuasiva del sistema penale.

⁴⁰ Nello specifico si richiede che le indagini siano celeri, efficaci, ufficiose, trasparenti, pubbliche e che siano coinvolte tutte le persone interessate. A questo fine, infatti, la Corte pretende lo svolgimento di una indagine accurata e connotata da «un serio impegno nella ricostruzione dei fatti e nella identificazione dei responsabili». L. PARLATO, *Effettività delle indagini ed "equità processuale"*, cit., p. 111; M. MONTAGNA, *Necessità della completezza delle indagini*, cit., p. 351 ss.

⁴¹ V. E. MARZADURI, *Qualche considerazione*, cit., p. 207.

⁴² La delega contenuta nell'art. 1 c. 9 lett. a) della Legge delega 27 settembre 2021, n. 134, recepita nella nuova formula dell'art. 408 c.p.p., prevede, infatti, che il pubblico ministero richieda l'archiviazione «quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca».

⁴³ *Ex multis*, E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflattivi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in www.la legislazione penale.eu, 25 gennaio 2022.

sotto un ulteriore profilo. Occorre tenere presente, infatti, che la dichiarazione di improcedibilità per violazione del *ne bis in idem* determina uno spreco significativo di risorse processuali: l'attività compiuta nel secondo procedimento, infatti, sarebbe del tutto vanificata, sublimandosi in una sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere. Peraltro, il secondo comma dell'art. 649 Cpp introduce un rimedio che predispone una tutela individuale inadeguata in ragione della sua tardività⁴⁴. La violazione della preclusione, infatti, potrebbe essere rilevata anche alla fine del secondo processo, quando l'individuo ha già subito tutte le sofferenze derivanti dalla sua celebrazione.

In questo quadro risulta fondamentale il ruolo delle indagini preliminari relative al secondo procedimento, in quanto l'emersione di tale preclusione durante questa fase consentirebbe di ridurre i costi connessi alla tardiva attivazione del meccanismo predisposto dal legislatore. Posta l'indubbia utilità di un accertamento investigativo comprensivo di queste valutazioni, occorre verificare se sia possibile rintracciare un vero e proprio dovere in capo al magistrato inquirente di svolgere un esame di tale portata. In effetti, abbiamo visto che fin dalla nota sentenza 88 del 1991 la Corte costituzionale individuando, quali parametri normativi di riferimento del principio di completezza, gli artt. 326 e 358 c.p.p., ha ritenuto che il pubblico ministero dovesse effettuare accertamenti anche su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.

La questione, pertanto, è se l'esistenza di un precedente giudicato *de eadem re et persona*, possa essere considerata un elemento favorevole per l'indagato, rientrando quindi nelle "circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini" a cui fa riferimento l'art. 358 c.p.p. Se così fosse, potrebbe configurarsi un vero e proprio dovere in capo all'organo inquirente di verificarne la presenza, optando, in caso di esito positivo di tale indagine, per la richiesta di archiviazione⁴⁵. Invero, partendo dalla idea carneluttiana che considera il processo

⁴⁴ La tutela apprestata dal principio del *ne bis in idem*, infatti, è stata considerata tardiva in quanto «nella sua tradizionale accezione, finisce con l'operare soltanto *a posteriori*, nel senso cioè di giungere a "sanare" un'anomalia, piuttosto che in quello di "prevenirne" efficacemente l'insorgenza». Così G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2015, p. 17.

⁴⁵ Nello specifico, il pubblico ministero dovrà richiedere l'archiviazione ai sensi dell'art. 411 c.p.p. per mancanza di una causa di procedibilità. Il *ne bis in idem*, infatti, è stato considerato come un vizio del procedere, pertanto, la presenza di un precedente giudicato *de eadem re et persona* costituisce una causa di improcedibilità (così Corte costituzionale, 19 gennaio 1995, n. 27, in giurecost.org; Cass., S.U., n. 34655/2005, cit.), che impone al magistrato requirente di arrestare l'indagine. Così P. TROISI, *Inosservanza e rimedi*, cit., p. 113, il quale afferma che tale obbligo costituisce lo specchio del dovere del giudice di definire in rito il processo. In questo modo, «la situazione patologica riceve un "trattamento" simmetrico nella fase investigativa ed in quelle processuali». Secondo l'autore, infatti, nonostante l'art. 649 c.p.p. preveda la rilevabilità della violazione del divieto previsto dal primo comma in «ogni stato e grado del processo» e sembri quindi ammettere la rilevabilità del *bis in idem* solo in una fase successiva all'esercizio dell'azione penale, tale verifica non può considerarsi confinata a quegli stadi. E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 494 a questo proposito ritiene che «un onere coerente rispetto al divieto di un secondo giudizio incomba sulla parte pubblica che abbia avviato l'indagine e il procedimento penale senza conoscere l'elemento preclusivo». D'altro canto, risulterebbe irragionevole imporre al pubblico ministero di instaurare un procedimento nella consapevolezza che questo si concluderà con una decisione di improcedibilità. Peraltro, la giurisprudenza adotta questa soluzione anche nei casi di *litispendenza* (vedi nota 3), affermando che, qualora vengano instaurati due diversi procedimenti penali riguardanti il medesimo fatto storico, l'avvenuto esercizio dell'azione penale nell'altro procedimento inibisce la procedibilità del secondo, dovendosi disporre, in tal caso, l'archiviazione di quello per il quale la stessa non sia stata ancora esercitata. V. Cass., sez. III, 25 gennaio 2022, n. 20717, in italgiure.giustizia.it. Stando a questa ricostruzione rimane però il problema di come far valere in una seconda fase investigativa il primo giudicato a fronte dell'art. 649 Cpp, in quanto sembra che né l'indagato né il giudice abbiano gli strumenti per rilevare il *ne bis in idem*: solo il pubblico ministero dispone gli strumenti necessari per evitare questa duplicazione già nella fase delle indagini. La persona

come una pena⁴⁶ potrebbe giungersi a una conclusione positiva del quesito prospettato: impedendo la celebrazione di un secondo procedimento e, quindi, le sofferenze che ne sono connesse, la presenza di un provvedimento irrevocabile munito di tale efficacia preclusiva dovrebbe essere considerata una circostanza favorevole. Essa, infatti, eviterebbe al soggetto il «costo umano»⁴⁷ dell'assoggettamento ad un ulteriore procedimento penale.

Tale premessa, però, non è sempre vera. L'imputato, già prosciolto o condannato in via definitiva, potrebbe avere tutto l'interesse a non rilevare la presenza di un precedente giudicato, auspicando ad ottenere un provvedimento più favorevole nel secondo giudizio e alla sua esecuzione. D'altra parte, quest'ultimo è un risultato raggiungibile in considerazione della disciplina in materia di conflitto pratico di giudicati prevista per la fase dell'esecuzione. Infatti, qualora vi fossero due sentenze sulla medesima *regiudicanda*, il giudice di esecuzione chiamato a pronunciarsi ai sensi dell'art. 669 Cpp dovrebbe optare per l'attuazione della sentenza più favorevole, posto che la norma si ispira ad una logica di *favor rei*⁴⁸.

Seppure questa obiezione non debba essere intesa nel senso del riconoscimento di una disponibilità del *ne bis in idem* da parte dell'individuo, essa comunque impedisce di annoverare la presenza di un provvedimento munito di efficacia preclusiva tra «*i fatti e le circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini*» a cui fa riferimento l'art. 358 Cpp e quindi esclude la sussistenza di un vero e proprio dovere in capo al pubblico ministero di effettuare un tale accertamento⁴⁹. Ciononostante, trattandosi di una attività che può avere un impatto rilevante sotto il profilo della effettiva tutela dell'individuo e dell'economia processuale è necessario che l'investigazione penale si muova anche in questa direzione. D'altra parte, la diffusione dei registri digitali presso le procure agevola lo svolgimento di un esame incrociato tra i dati in essi contenuti e, quindi, l'individuazione di eventuali duplicazioni⁵⁰. Al netto delle loro potenzialità nell'ottica della prevenzione delle duplicazioni procedurali, occorre tuttavia tenere presenti anche i limiti che attualmente caratterizzano tali registri, attinenti alle

sottoposta alle indagini, infatti, potrebbe avere le conoscenze necessarie per effettuare una valutazione sull'*idem factum* solo quando cade il segreto investigativo e, quindi, può conoscere tutti gli atti investigativi. Questa situazione però si realizza solo alla fine della fase preliminare, quando il magistrato requirente si è determinato nel senso dell'esercizio dell'azione penale.

⁴⁶ Cfr. F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 1952, p. 161.

⁴⁷ Cit. N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1981, p. 98.

⁴⁸ Peraltro, come rileva T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 879, l'istanza di parte *ex art.* 669 Cpp non risente nemmeno dell'inerzia della parte richiedente, la quale potrebbe avvalersi di tale rimedio a lei favorevole anche nell'ipotesi in cui non abbia sollevato l'*exceptio rei indicate* durante il processo. Più precisamente l'autore, richiamando alcune pronunce della Corte di Cassazione (Cass., sez. I, 23 ottobre 2008, in *Ced. Cass.*, rv. 241567; Cass., sez. V, 15 gennaio 2003, in *Ced. Cass.*, rv. 224981), evidenzia come tale inerzia sia funzionale al fine di preservare l'attivazione del meccanismo sancito dall'art. 669 c.p.p., a cui non si potrebbe accedere ove in sede di cognizione sia stata espressamente prospettata e respinta la questione del *ne bis in idem*.

⁴⁹ Sul punto si veda anche la posizione assunta in dottrina con riferimenti alle valutazioni che il pubblico ministero deve compiere prima della iscrizione della notizia di reato. A questo proposito P. TROSI, *Inosservanza e rimedi*, cit., p. 111; A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato*, cit., p. 153, escludono che il magistrato inquirente abbia il dovere di verificare la sussistenza di un precedente giudicato prima di procedere alla registrazione ed eventualmente di omettere tale incombenza.

⁵⁰ L'informatizzazione dei fascicoli e dei registri consente di superare alcuni ostacoli pratici che impedivano di configurare in capo al pubblico ministero un dovere di informazione rispetto alla esistenza di un provvedimento (ad esempio archiviato) o di una precedente iscrizione di una notizia di reato nell'intero territorio nazionale. Secondo A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, cit., p. 109, il consolidamento della tecnologia e della digitalizzazione in questo specifico settore agevola, oltre l'accelerazione nell'inserimento dei dati, anche il recupero e l'interoperabilità degli stessi.

informazioni in essi contenute. Il portale delle notizie di reato, infatti, realizza una classificazione formale, indicando esclusivamente il *nomen iuris* assegnato ad un determinato fatto. Questi archivi digitali, dunque, offrono un apporto conoscitivo ridotto, in quanto ripropongono una lettura dei fatti sotto la lente della prescrizione normativa senza effettuare alcuna ricostruzione del fatto sotto il profilo materiale⁵¹. Ciò significa che il controllo incrociato, realizzabile attraverso tali registri, riguarda innanzitutto un profilo (la fattispecie di legge di riferimento) che però non è dirimente in materia di *ne bis in idem*⁵². Affinché essi assolvano a questa ulteriore funzione, è pertanto necessario «affinare l'omogenizzazione della prassi di iscrizione e sfruttare la possibilità di sondaggio della “fattispecie investigativa” sfruttando il pronto accesso al materiale in atti»⁵³, mantenendo sempre fermi i limiti imposti dal segreto investigativo.

In conclusione, non sussistendo un vero e proprio obbligo del pubblico ministero di accertare la presenza di un giudicato sull'*idem factum* né di un eventuale procedimento pendente, lo svolgimento di indagini approfondite rispetto a questo specifico tema continua ad essere assoggettato alla sua discrezionalità. In questa fase, dunque, il compito di evitare l'inutile dispendio di risorse, determinato dalla duplicazione di un procedimento, ricade principalmente e quasi esclusivamente sul magistrato, anche alla luce delle caratteristiche della fase investigativa. L'indagato, infatti, potrebbe rilevare il *bis in idem* solo alla fine delle indagini, quando l'organo inquirente si è già determinato nel senso dell'esercizio dell'azione penale e si è realizzata una piena *discovery*, presupposto necessario per poter verificare la presenza delle condizioni di operatività della preclusione⁵⁴.

5. *L'Idem factum come stella polare delle indagini preliminari*

Da quanto detto sino ad ora emerge la capacità della completezza delle indagini preliminari di porsi al servizio del *ne bis in idem*, prevenendone l'attivazione e rafforzando la tutela dei valori da essa garantiti. Allo stesso tempo, l'esatta definizione del concetto di “fatto” rilevante ai fini dell'attivazione del divieto sancito dall'art. 649 c.p.p. può agevolare l'individuazione dei temi minimi che il pubblico ministero deve indagare nel corso delle investigazioni, divenendo il punto di riferimento degli accertamenti che le autorità inquirenti

⁵¹ Così P. LICCARDO, *Gli algoritmi del processo penale telematico: logica e grammatica del post-moderno tecnologico*, in www.giustizjainsieme.it, par. 2.

⁵² D'altra parte, nulla esclude che il medesimo fatto sia stato qualificato diversamente da due uffici di procura e che, pertanto, lo stesso sia stato iscritto con un *nomen iuris* differente. Pertanto, la circostanza che dal controllo incrociato dei registri non sia emersa la presenza di identiche iscrizioni a carico dello stesso soggetto non esclude il rischio di duplicazioni procedurali, in quanto i diversi pubblici ministeri potrebbero aver optato per ipotesi delittuose differenti.

⁵³ A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, cit., p. 113.

⁵⁴ L'esercizio del potere dell'imputato di paralizzare il corso del nuovo iter procedimentale evidenziandone la non promovibilità risulta concretamente ostacolato dall'orientamento giurisprudenziale che pone a carico dell'accusato l'onere di provare la preclusione, considerando insufficiente la semplice allegazione dell'esistenza di un precedente giudicato *de eadem re*. In giurisprudenza Cass., sez. IV, 15 gennaio 1990, in *Ced. Cass.*, rv. 183262; Id., sez. VI, 17 giugno 2003, in *Ced. Cass.*, rv. 225460; Id. sez. VI, 30 settembre 2009, in *Cass. pen.*, 2010, con nota di R. BELFIORE, *Ne bis in idem e cognizione della Corte di Cassazione: un segnale di apertura all'ammissibilità del ricorso*. In letteratura P. P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, cit., p. 524, E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., pp. 495-497; T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 878; G. TRANCHINA, *L'esecuzione*, in AA. VV., *Diritto processuale penale*, Milano, p. 596.

devono svolgere⁵⁵. L'individuazione, sin dalla fase delle indagini, dei profili rilevanti di una vicenda criminosa eviterebbe il rischio che gli organi inquirenti possano trascurare gli interessi dei soggetti coinvolti già a monte e consentirebbe di dare seguito alle indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo in materia di obblighi procedurali.

Questa finalità può essere perseguita accedendo ad una interpretazione che riconosca rilevanza al bene giuridico leso dalla condotta, senza tuttavia estendere eccessivamente la nozione di fatto, restringendo così la portata applicativa della preclusione.

Tale operazione interpretativa, però, si rivela particolarmente complessa.

Nonostante il concetto di *idem factum* costituisca «il cuore dell'esegesi concernente la cosa giudicata sostanziale e ne delinea caratteristiche e ambito di garanzia»⁵⁶, esso non è stato espressamente fissato dal legislatore, il quale ha preferito fare ricorso a categorie solo apparentemente definite⁵⁷. L'obiettivo di adottare una definizione funzionale del concetto di fatto, tale da poter costituire il parametro di riferimento della completezza, impone inoltre di tenere conto della concreta possibilità di analizzare gli aspetti ad esso riconducibili già nel corso delle indagini. Ciò però non implica il passivo recepimento delle prospettazioni offerte

⁵⁵ La sovrapponibilità tra il fatto coperto dal *ne bis in idem* e l'oggetto dell'accertamento investigativo è altresì confermata dalla disciplina prevista dal secondo comma dell'art. 649 c.p.p. La norma, infatti, impone un raffronto tra «il fatto descritto nel capo della decisione divenuta irrevocabile e l'ipotesi accusatoria confluita nella nuova imputazione», che, seppur inizialmente più flessibile, è già delineata nell'atto con cui si esercita l'azione penale, dunque a conclusione delle indagini preliminari. Così E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 443.

⁵⁶ Cit. E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 442.

⁵⁷ Secondo T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 873, il divieto è stato ancorato ad una espressione di per sé non univoca. In questo senso anche A. PAGLIARO, *Il fatto processuale penale*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 961 ss, il quale peraltro ha ribadito la complessità di tale concetto, affermando che «si tratta di una etichetta comune a realtà giuridiche diverse tra loro». Pertanto, diviene complesso riuscire a dare una definizione unitaria. L'importanza di questo concetto è stata ribadita altresì da F. CORDERO, *Considerazioni sul principio di identità del "fatto"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1958, p. 935: «il fatto si riduce entro una meno estesa serie di caratteristiche individuatrice» e si esaurisce in un *quid* che rappresenta il «nocciolo della figura criminosa e l'oggetto del giudizio di illiceità». Tali difficoltà permangono nella vigenza del Codice del 1988, in quanto l'art. 649 c.p.p. comma 1, si limita ad affermare: «l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345». Il legislatore, dunque, ha fatto ricorso ad un concetto polisemantico senza esplicitarne il contenuto (sul punto F. S. CASSIBBA, *I limiti oggettivi del ne bis in idem in Italia tra fonti nazionali ed europee*, in *Revista brasileira de direito processual penal*, 2018, p. 967 ss.), limitandosi a indicare tre parametri che non sembrano influire sullo stesso e che, e ciò vale soprattutto con riferimento al concetto di "grado", pongono a loro volta alcuni quesiti problematici. Si veda anche E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., pp. 447-450. Mentre il concetto di circostanze non dà adito a particolari dubbi, per esse intendendosi gli elementi accidentali (aggravanti o attenuanti), diversa è la questione concernente il titolo e il grado. Il primo dovrebbe alludere al *nomen iuris* del reato, sebbene si sia assistito ad una presa di posizione della Corte di Cassazione parzialmente divergente rispetto all'orientamento maggioritario. Il riferimento è a Cass., sez. V, 18 luglio 2018, n. 42599, in *Ced. Cass.*, rv. 274010, in cui è stata esclusa la violazione del *ne bis in idem* nei confronti dell'imputato del reato di lesioni già condannato per maltrattamenti. Per un commento v. J. EPIFANI, *Quid de nocte? Un apparente passo indietro nel dialogo tra Cassazione e Corte costituzionale per la definizione dei rapporti tra concorso formale e divieto di bis in idem processuale*, in *Archivio penale*, 2019. Parimenti problematica l'interpretazione dell'espressione "grado". Rispetto a quest'ultimo elemento sono state prospettate due diverse letture: secondo la prima, esso offre copertura al passaggio dal delitto tentato a quello consumato; in base alla seconda, invece, il riferimento al grado consente di ricomprendere anche la c.d. *progressione criminosa*. Tale ricostruzione è offerta da R. FONTI, *I confini oggettivi del ne bis in idem*, cit., pp. 35-38, che trae alcuni punti fermi desumibili dalla lettera dell'art. 649 c.p.p., quali, ad esempio, l'adozione della accezione storico-naturalistica dell'*idem factum*.

da alcuni autori che suggerivano di identificare il fatto con la mera condotta⁵⁸. Sebbene seguendo questo approccio risulti perseguibile il fine di individuare i contorni del fatto rilevante in materia di *ne bis in idem* già nella fase delle indagini, al contempo si correrebbe il rischio di dilatare troppo le maglie di tale preclusione, lasciando delle «sacche in impunità decisamente stridenti con la giustizia sostanziale»⁵⁹.

Per evitare che tale scenario si realizzi, è dunque necessario adottare una nozione più ampia di fatto, comprensiva di altri fattori. Si tratta però di una operazione aleatoria, che può comportare una eccessiva restrizione del campo di applicazione del divieto, in quanto potrebbe condurre ad abbracciare la tesi che ritiene sussistente l'*idem factum* nei soli casi in cui vi sia perfetta coincidenza tra gli elementi che costituiscono il fatto: condotta, nesso causale ed evento⁶⁰. In questo modo, da una parte, le esigenze di giustizia troverebbero perfetta realizzazione, in quanto la celebrazione di un secondo giudizio sarebbe ammessa al variare di uno di questi elementi o della loro ricostruzione, dall'altra, però, si svuoterebbe la previsione normativa, che diverrebbe «un vuoto simulacro»⁶¹ e ciò soprattutto a danno dell'accusato⁶².

⁵⁸ Questo orientamento è stato sostenuto soprattutto nella vigenza del Codice del 1930 e considerava ininfluenza qualsiasi variazione dell'evento (giuridico e naturale). Così ad esempio A. PAGLIARO, *Il fatto processuale penale*, cit., p. 964, il quale ha autorevolmente sostenuto che il fatto dovesse coincidere con la condotta esteriore (movimento o inerzia) presa in considerazione nella precedente sentenza. Più di recente è stato ripreso da G. A. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia*, cit., pp. 10, 14, il quale afferma, analizzando la questione sotto il profilo della integrazione europea, che «uno stesso fatto sussiste qualora la condotta risulti comune in entrambi i giudizi, ovvero una o più condotte oltre la prima diano luogo, nello Stato del secondo procedimento, ad un medesimo reato. Laddove il nuovo giudizio concerna un'offesa od un tentativo nei confronti di altre persone, la condotta oggetto del precedente giudizio non potrà costituire uno stesso fatto».

⁵⁹ Cit. R. FONTI, *I confini oggettivi del ne bis in idem*, cit., p. 43. Secondo l'autrice, nonostante l'orientamento prospettato si ponga in linea con la lettera dell'art. 649 Cpp e valorizzi la *ratio* di garanzia della c.d. *quiete penalistica*, aderirvi significherebbe ammettere una serie di effetti negativi e paradossi. Il *ne bis in idem*, ad esempio, risulterebbe nuovamente violato in tutti i casi di concorso formale, nonostante l'art. 671 Cpp presupponga che vi siano casi in cui procedimenti separati abbiano avuto ad oggetto reati posti in concorso formale.

⁶⁰ Cfr. Cass., sez. I, 18 aprile 1995, n. 2344, in *Cassazione penale*, 1997, p. 1398; Cass., S.U., n. 34655/2005, cit., in cui i giudici hanno affermato che l'espressione «medesimo fatto» deve essere riferita «a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie – condotta, evento e nesso causale – e alle situazioni in cui vi sia completa identità di condizioni di tempo, di luogo e di persona». Aderisce a questo orientamento A. BASSI, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, cit., p. 1407. Questa interpretazione genera una situazione paradossale se si pensa all'approccio adottato a livello Cedu. Nonostante, l'art. 4 Prot. 7 CEDU faccia espresso riferimento al reato (*offence*), la Corte si è sganciata dalla qualificazione formale e, in definitiva, ha considerato il fatto come un insieme di «circostanze fattuali concrete relative allo stesso autore e indissociabilmente legate fra loro nel tempo e nello spazio». Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, § 78-84. Se, dunque, in presenza di un dato testuale che sembra propendere per l'*idem legale* si è pervenuti ad una accezione storico-naturalistica del fatto, *a fortiori* tale conclusione deve essere raggiunta con riferimento alla formulazione nazionale che si muove in questa direzione. Invero, tale orientamento, che valorizza la dimensione storico-naturalistica, è stato recepito e temperato dalla Corte costituzionale, la quale, pur aderendo alla concezione tripartita del fatto, ha chiarito la necessità di realizzare un vaglio su un piano empirico dei tre elementi (condotta-nesso causale-evento). Cfr. Corte costituzionale, sentenza 21 luglio 2016, n. 200, con commenti di A. FABERI, *Ne bis in idem: il dialogo riaperto*, in *Archivio penale*, 2016; S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*, 24 luglio 2016.

⁶¹ Cit. E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 444.

⁶² L'orientamento prospettato esclude l'applicazione del presidio del *ne bis in idem* nei casi di progressione criminosa, in ragione della diversità di eventi naturalistici. L'interpretazione di «medesimo fatto» prospettata dalla giurisprudenza e confermata dalla Corte costituzionale consentirebbe dunque che un soggetto già condannato per lesioni possa successivamente essere processato e condannato per omicidio qualora la vittima del primo reato muoia. Tale scenario crea delle frizioni di non poco conto tra la declinazione processuale e

Adottare una nozione così ampia e onnicomprensiva del fatto, infatti, renderebbe inoperante il presidio posto dal divieto di un secondo giudizio anche a fronte della variazione di elementi apparentemente irrilevanti. La semplice diversità nella ricostruzione del nesso di causa, ad esempio, sarebbe stata considerata sufficiente per reiterare il giudizio sul medesimo episodio⁶³.

Tale soluzione tradisce la *ratio* dell'istituto e impedisce di anticipare la definizione del fatto a cui fa riferimento l'art. 649 Cpp già alla fine delle indagini preliminari, in quanto richiede un accertamento complesso. Ritenere che il fatto sia il medesimo quando coincidono condotta, nesso causale ed evento significa posticipare il momento in cui tale medesimezza possa essere apprezzata, in quanto per realizzare questo confronto si dovrebbe attendere che il reato sia definito in tutti i suoi elementi costitutivi sul piano materiale. Una visione così completa del fatto munito di rilevanza penale, però, generalmente si acquisisce a conclusione del dibattimento; dunque, il meccanismo preclusivo di cui al comma 2 dell'art. 649 Cpp risulterebbe applicabile in un momento successivo, quando l'accertamento c.d. *doppione* è già stato realizzato ed il processo è giunto quasi al termine, con il conseguente spreco di risorse processuali.

Adottare una diversa nozione di fatto si rivela pertanto necessario, per un verso, per contemperare le diverse esigenze che le tesi fino a questo momento prospettate cercano di soddisfare, per altro, per rendere concreta la possibilità di definire il fatto già nel corso delle indagini, anticipando così il momento in cui l'eventuale identità possa emergere, dando attuazione alle esigenze di risparmio processuale ma anche di tutela dell'imputato.

Se, dunque, il concetto di fatto fosse circoscritto ad elementi che, pur capaci di delinearne i contorni e le implicazioni più importanti, risultino indagabili e conoscibili già nella fase investigativa, il perseguimento della completezza e la prevenzione del *bis in idem* potrebbero essere realizzati contestualmente. Orientare l'accertamento investigativo in questa direzione, elevando il *factum* rilevante in materia di *ne bis in idem* a contenuto minimo dell'indagine preliminare, consentirebbe di attuare quell'auspicata commistione tra i piani su cui si muovono i due principi e la realizzazione delle conseguenze positive, quali la definizione del parametro di riferimento della completezza e la anticipazione e prevenzione della celebrazione di procedimenti parziali.

Affinché ciò sia possibile, il fatto deve tenere conto degli interessi che vengono in rilievo e, quindi, dell'oggetto materiale su cui ricadono le conseguenze della condotta⁶⁴.

quella sostanziale della garanzia fondamentale, poiché sembra ammettere che un soggetto sia sottoposto ad una duplicazione del trattamento sanzionatorio. Così R. FONTI, *I confini oggettivi del ne bis in idem*, cit., pp. 49-50.

⁶³ Così, G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., pp. 9-10, E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 449.

⁶⁴ Questa ricostruzione è stata elaborata da F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1983, p. 1047, ID., *Procedura penale*, 2012, p. 1207, il quale sosteneva che la condotta doveva essere definitiva in relazione al suo oggetto materiale, posto che le condotte transitive sono individuate da ciò su cui ricadono. Tale orientamento è attualmente seguito dalla prevalente dottrina. *Ex multis*, B. LAVARINI, *Il "fatto" ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, *Processo penale e giustizia*, 2017, pp. 67-68; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 464; T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 874; D. FOTI, *Concorso formale eterogeneo, ne bis in idem e limiti oggettivi del giudicato penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 21 aprile 2021, p. 4; V. DI NUZZO, *Le trasformazioni di una garanzia*, cit., p. 221; F. CAPRIOLI, *Editoriale del dossier "Giudicato penale, principio di legalità, principio di colpevolezza"*, in *Revista brasileira de direito processual penal*, 2018, p. 940; R. FONTI, *I confini oggettivi del ne bis in idem*, cit., p. 52. L'autrice evidenzia altresì che quella prospettata dal Professore Cordero sia la lettura preferibile, in quanto realizza un bilanciamento tra l'esigenza repressiva e il diritto del singolo, si pone in linea con il testo dell'art. 649 Cpp e non genera antinomie sistematiche con gli altri istituti che interagiscono con il *ne bis in idem* processuale. In senso critico, P. P. RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi*

Ammettere una interpretazione siffatta significherebbe riuscire a dare seguito alle indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo, in quanto le indagini risulterebbero finalizzate all'accertamento del fatto, inteso come mera condotta, ma anche alla individuazione della vittima. Definire i beni giuridici coinvolti, infatti, implica l'identificazione dei rispettivi titolari e ciò costituisce il presupposto ineludibile per un loro maggiore coinvolgimento. Tali soggetti, dunque, sarebbero messi nella condizione di ottenere la tutela dei propri interessi nel corso del primo (e unico) procedimento celebrato, così evitando che sorga l'esigenza di celebrare un secondo giudizio. Inoltre, un esame investigativo completo perché capace di far emergere non solo i tratti materiali della vicenda criminosa ma anche gli interessi lesi, consentirebbe di dare voce ai rispettivi titolari già nella prima fase dell'*iter* procedimentale, rafforzando la tutela della vittima in un segmento del procedimento penale in cui molto spesso ricopre un ruolo marginale, nonostante il contributo, anche conoscitivo, che essa può apportare. Tenere conto di tale soggetto è infatti propedeutico alla concreta attuazione dei principi di cui si tratta, in quanto solo per questa via è possibile evitare che porzioni rilevanti del fatto rimangano oscure nel primo processo, per emergere in un momento successivo e porre i problemi connessi all'operatività del divieto di *bis in idem* e alla necessità di ammetterne deroghe.

6. Considerazioni conclusive

Le considerazioni svolte sino a questo momento confermano la necessità di realizzare una interazione tra i principi vigenti in materia penale, al fine di rintracciare già all'interno del nostro ordinamento le soluzioni ai problemi connessi alla loro pedissequa applicazione. La completezza delle indagini preliminari e il *ne bis in idem* testimoniano infatti la costante e difficile ricerca di un punto di equilibrio tra gli interessi dei soggetti coinvolti nella vicenda penale, quand'anche essi appaiano tra loro inconciliabili.

La preclusione di un secondo giudizio, come è già stato ricordato, offre un esempio eclatante di come il rafforzamento della tutela dell'accusato possa pregiudicare le istanze di protezione della vittima, lasciando peraltro sullo sfondo la costante richiesta di celerità, efficienza e risparmio delle risorse processuali di cui pure deve tenersi conto⁶⁵. Allo stesso modo, il perseguimento della completezza investigativa, che, *prima facie*, appare funzionale al soddisfacimento degli interessi di tutti i soggetti coinvolti, potrebbe essere pagato a caro prezzo dall'indagato, possibile destinatario di atti di indagine particolarmente invasivi. A subire gli effetti negativi di un innalzamento del parametro della completezza, in realtà,

dell'art. 649 c.p.p., cit., pp. 1424-1425; G.A. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem*, cit., p. 10, che considera l'impostazione corderiana «non soltanto artificiosa, ma anche fortemente discutibile» e G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra «Ne bis in idem» e concorso formale di reati*, Milano, 1974, pp. 54-55, che circoscrive la validità di questa ricostruzione ai soli casi in cui l'azione sia necessariamente transitiva e debba dunque passare dal soggetto all'oggetto, non potendo essere compiuta senza l'oggetto stesso. Qualora, però, manchi un evento in senso naturalistico tale proiezione non si realizza.

⁶⁵ Per un approfondimento sulle istanze di tutela della vittima con particolare riferimento ai procedimenti di giustizia riparativa si veda in questo volume V. DI NUZZO, *Accertamento penale e principio del ne bis in idem: la tutela della vittima di reato nella giustizia riparativa*. Sulle soluzioni prospettate dalla Riforma della giustizia penale per rendere più efficiente il sistema processuale e sui riflessi problematici della nuova ipotesi di improcedibilità in materia di *ne bis in idem* si rinvia in questo volume a C. ORLANDO, *Prescrizione processuale e ne bis in idem: l'efficacia preclusiva del giudicato alla prova del tempo*.

potrebbe essere l'intero sistema procedimentale, il quale subirebbe uno spostamento del proprio baricentro in avanti⁶⁶. Poiché però quest'ultimo scenario appare inevitabile, in considerazione del nuovo assetto del processo penale, occorre valorizzarne le implicazioni positive, apprezzabili anche sotto il profilo del *ne bis in idem*.

La rinnovata considerazione della fase preliminare può infatti essere sfruttata per prevenire le conseguenze negative connesse all'attivazione del divieto di un secondo giudizio: se un accertamento investigativo deve essere svolto per consentire una prognosi sulla ragionevole previsione di condanna, nulla osta a che l'attività degli organi inquirenti sia volta, per un verso, a tracciare i contorni del *factum* e dei beni giuridici (e dei rispettivi titolari) coinvolti e, per altro, a verificare, in maniera più approfondita, la sussistenza di condizioni di improcedibilità legate alla pendenza di un procedimento o all'esistenza di un giudicato *de eadem re*.

D'altra parte, ammettere queste soluzioni non comporta un appesantimento ulteriore delle indagini né un aggravamento eccessivo dei compiti del pubblico ministero: come è stato autorevolmente affermato, «è il principio di obbligatorietà dell'azione a imporre la contestuale verifica delle possibili fattispecie giudiziali rilevanti, senza indugio né frammentazione: oltre v'è una tutela opposta, che vieta la reiterata persecuzione *de eadem re* pur sotto diverso titolo»⁶⁷.

Gli strumenti atti a prevenire i costi del *ne bis in idem*, pertanto, non devono essere ricercati altrove, in quanto il nostro ordinamento già contempla istituti che, seppure introdotti per svolgere altre funzioni, riescono incidentalmente ad assolvere questa ulteriore finalità.

In questo senso deve essere letto il principio che sorregge la fase preliminare del procedimento penale: la completezza delle indagini preliminari diviene un presidio dei diritti fondamentali degli individui e delle garanzie del giusto processo e il suo perseguimento si conferma imprescindibile. Tutto ciò però può diventare pericoloso, poiché si continuano ad attribuire finalità ulteriori ad una fase che, sia pur munita di indubbie potenzialità, non si è sempre mostrata all'altezza delle aspettative, subendo i contraccolpi delle disfunzioni dell'assetto dell'amministrazione della giustizia⁶⁸.

⁶⁶ A tal proposito si veda A. MARANDOLA, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 2021, p. 1579. Secondo l'autrice, le indagini, originariamente concepite come una fase che «non conta e non pesa» (espressione provocatoria utilizzata da M. NOBILI, *Diritti per la fase che 'non conta e non pesa'*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 35 ss. e ripresa altresì da E. MARZADURI, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali*, cit., p. 13), hanno assunto il ruolo di baricentro del rito penale anche in ragione della "completezza" pretesa dal giudice delle leggi.

⁶⁷ Cit. E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 464. Peraltro, l'ordinamento predispose una serie di strumenti che consentono al pubblico ministero di porre rimedio ad eventuali imprecisioni nella formulazione della imputazione. Infatti, poiché il fatto diverso di cui all'art. 516 Cpp è il medesimo ai fini della perimetrazione del divieto di cui all'art. 649 Cpp e, dunque, l'emersione di quei elementi di diversità dopo la formazione del giudicato non giustificerebbe la celebrazione di un secondo procedimento, ogniqualvolta si renda doverosa la modifica descrittiva della imputazione, l'inerzia del pubblico ministero lo espone all'effetto preclusivo sprigionato dall'art. 649 Cpp. Così F. CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano, 2016, p. 58. Sul punto v. anche R. FONTI, *I confini oggettivi del ne bis in idem*, cit., p. 54; G. LOZZI, *Lezioni di diritto processuale penale*, cit., p. 833.

⁶⁸ Proprio per superare i *deficit* che caratterizzano la fase investigativa sono state adottate diverse misure dalla riforma della giustizia penale proposta dalla ministra Cartabia. Per un completo prospetto della situazione antecedente a questi interventi e le prospettive future si rinvia a M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno*, Torino, 2022.

ABSTRACT: *Exhaustiveness of criminal inquiries and ne bis in idem: the interaction between these two principles and their applicative implications*

The principle of *ne bis in idem* is a fundamental guarantee, protecting everyone from the risk of being subjected to trial twice for the same facts. However, its enforcement has some intolerable costs for the domestic legal system because they affect the effectiveness of the punitive response. Thus, solutions need to be found to protect who has already been acquitted or convicted with a definitive sentence without compromising the other fundamental interest involved in criminal proceedings, among which the protection of the victim show up.

Starting from these assumptions, the present contribution analyses the potential of the principle of completeness of criminal investigation, established in different terms in the Italian and ECHR systems. According to the principle, the public prosecutor must carry out a complete investigation, in order to analyse all the relevant aspects of a criminal case in a single occasion. The principle of completeness arises some issues, especially in the light of the recent domestic reform of criminal justice. Therefore, it is necessary to clarify the precise significant of the term “completeness” and, in doing this, the principle of *ne bis in idem* and the significant given to the *idem factum* could play a crucial role.

**ACCERTAMENTO PENALE E PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*:
LA TUTELA DELLA VITTIMA DI REATO NELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA**

VIVIANA DI NUZZO*

SOMMARIO: 1. La malleabilità di un principio: l'evoluzione del *ne bis in idem* verso l'ammissibilità di un secondo procedimento a tutela della vittima. – 2. La giurisprudenza eurounitaria sulle decisioni ad efficacia preclusiva: il problema della definizione del procedimento penale con soluzioni di mediazione. – 3. La considerazione crescente della vittima nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di *ne bis in idem* – 4. La giustizia riparativa nella nuova 'riforma Cartabia': un modello integrato di giustizia o un esilio della vittima dal processo penale? – 5. Riflessioni conclusive.

1. La malleabilità di un principio: l'evoluzione del ne bis in idem verso l'ammissibilità di un secondo procedimento a tutela della vittima

La garanzia soggettiva che discende dall'applicazione del principio del *ne bis in idem* giova innanzitutto ad assicurare la certezza e la stabilità del diritto, nel senso che l'accertamento contenuto nella decisione del giudice non può più essere messo in discussione sia per evitare che altra autorità giudiziaria si pronunci sul medesimo oggetto attribuito alla stessa persona già giudicata sia per prevenire la possibilità di giudicati contrastanti, che minerebbero la coerenza interna dell'ordinamento giuridico¹. Tradizionalmente, l'effetto preclusivo derivante dalla *res iudicata*² è sempre stato indirizzato a tutelare in via esclusiva quel

* Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Messina.

¹ Parla di «garanzia *ad personam*, che assicura la certezza del diritto in senso meramente soggettivo» M. CERESAGASTALDO, *Esecuzione*, in M. BARGIS (a cura di), G. CONSO, V. GREVI (fondatori), *Compendio di procedura penale*¹⁰, Padova, 2020, p. 909. Afferma G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in *La legislazione penale*, 2015, p. 6, riconosce «un diritto della persona umana a non dover più subire una 'nuova' persecuzione penale per lo stesso fatto». Sul *ne bis in idem* quale tutela di tipo personalistico v. E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in G. UBERTIS, G. P. VOENA (a cura di), *Trattato di procedura penale*, XLI.1, Milano, 2012, p. 408. Ancora, cfr. T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, Milano, 2010, p. 858, il quale lo definisce un «diritto fondamentale della persona di fronte ai poteri giudiziari dello Stato». Secondo M. BONTEMPELLI, *Prova, verità e giudicato penale*, in *Arch. pen.*, 2020, pp. 1-2, il giudicato potrebbe essere interpretato come strumento utile a «preservare la certezza in senso puramente soggettivo». Cfr. anche F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta e riflessa della cosa giudicata*, in ID., *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, p. 431 ss., il quale intravedeva una corrispondenza tra l'art 90 c.p.p. del 1930 e l'art. 2909 c.c. Per una compiuta analisi su certezza del diritto in senso oggettivo e soggettivo, v. G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, p. 89 ss. Secondo l'Autore, la certezza subiettiva altro non è che un riflesso o una proiezione sul piano individuale della certezza obiettiva, la quale costituisce un «rimedio contro l'insidia dell'arbitrio» ed è quindi riferibile all'ordinamento giuridico nella sua interezza; solo attraverso la «garanzia offerta dall'incontestabilità delle situazioni giuridiche» il singolo individuo può trarre un beneficio personale. Per un'attenta riflessione su certezza del diritto in senso oggettivo e in senso soggettivo, v. G. DI CHIARA, *Le pietre e l'arco. Ne bis in idem, mappatura delle funzioni e sfide della complessità: uno sguardo introduttivo*, in A. MANGIARACINA (a cura di), *Il ne bis in idem*, Torino, 2021, p. 6 ss.

² L'effetto del *ne bis in idem*, per come espresso dall'art. 649 c.p.p., «costituisce indubbiamente una manifestazione della cosa giudicata penale», che dipende soltanto dalla sentenza «nuda e cruda». Così S. RUGGERI, *Giudicato*

soggetto che, sottoposto ad un processo penale conclusosi con sentenza definitiva, può legittimamente attendersi che non verrà nuovamente attivata nei suoi confronti la giurisdizione per il medesimo fatto umano di potenziale rilevanza penale sul quale si è formato il giudicato. Nell'ambito della giustizia penale la forza che tale garanzia produce a tutela del singolo è talmente pregnante che anche una decisione di natura processuale è idonea a impedire l'instaurazione di un nuovo procedimento; a prescindere dunque dal tipo di contenuto decisorio, il solo fatto giuridico che una sentenza sia stata emessa produce un effetto preclusivo a salvaguardia tanto della persona quanto, più in generale, della certezza del diritto³.

Tale principio ha attraversato indenne secoli di storia e diverse esperienze giuridiche per giungere quasi immutato nel suo nucleo duro fino all'età moderna, senza che venisse mai messa in discussione la sua essenziale funzione di garanzia contro il potere repressivo della pubblica autorità⁴. Inoltre, l'assetto attuale del *ne bis in idem* risulta sicuramente rafforzato alla luce della sua tipizzazione anche in seno alle fonti dell'Unione europea, nell'ambito delle quali viene declinato in virtù di quel sentimento di reciproca fiducia che permea i rapporti tra gli Stati membri. Oggi l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea preclude la reiterazione di identiche accuse a carico del medesimo soggetto che sia già stato assolto o condannato all'interno dell'Unione, fornendo così non solo il più robusto riconoscimento normativo al principio in parola a livello di diritto primario ma anche un significativo cambio di prospettiva, che nettamente sviluppa quel versante di garanzia individuale del principio

penale ed accertamenti non definitivi, Milano, 2004, pp. 294-295. Ma la certezza del diritto «può garantire il condannato solo in relazione al singolo ramo» nel quale il giudicato si forma e sono quindi precluse «nuove valutazioni in *idem* della stessa natura di quelle decise nella sentenza»; v. L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 3, p. 113.

³ Cfr. G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 154 ss. In particolare, il De Luca analizzò con sapiente lucidità nella vigenza del codice Rocco l'efficacia di cosa giudicata delle sentenze che dichiaravano il non doversi procedere per mancanza di una condizione di procedibilità. La riflessione condotta da quest'Autore mantiene inalterata ancora oggi la sua attualità e validità, dal momento che la lettera dell'odierno art. 649 Cpp recupera parzialmente il dettato dell'art. 90 del codice di rito del 1930. La conclusione che egli raggiunse fu che l'effetto del *ne bis in idem*, salvo un'ipotesi eccezionale (prevista dall'art. 17 del vecchio codice e dall'art. 345 Cpp dell'attuale disciplina) relativa alla sopravvenienza successiva di una condizione di procedibilità dapprima mancante, si producesse indifferentemente sia a seguito di sentenze di merito sia in virtù di sentenze processuali. Ciò discenderebbe dalla natura peculiare del giudicato penale, il quale «opera per il solo fatto della sentenza, definitiva e irrevocabile, indipendentemente dal suo contenuto sostanziale o processuale». Per un ulteriore studio sulla natura della pronuncia d'improcedibilità, che al suo interno presuppone un *minimum* di valutazioni *de facto* connessa alla scelta dell'imputazione provvisoria operata dall'accusa, v. S. RUGGERI, *Pluralismo cognitivo e dinamiche processuali: tutela sommaria, decisioni in ipotesi e giudizi incompleti. Ragionando su procedibilità, merito e garanzie della persona*, in *La legislazione penale*, 10 settembre 2021, p. 23 ss. Viene dunque smentita, o comunque fortemente minata, la «concezione puramente processuale del giudizio sulla procedibilità». In ogni caso, nell'attuale assetto del sistema di giustizia penale, la decisione che accerta la carenza di una condizione di procedibilità è dotata di una efficacia preclusiva limitata, in quanto non vale ad impedire l'esercizio dell'azione penale «per il medesimo fatto e contro la medesima persona» (art. 345 Cpp, rubricato «Difetto di una condizione di procedibilità. Riproponibilità dell'azione penale») qualora si realizzi in un momento successivo la condizione mancante. Così M. MONTAGNA, *Ne bis in idem e condizioni di procedibilità*, in A. MANGIARACINA, *Il ne bis in idem*, cit., pp. 94-95.

⁴ E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., pp. 4-5. Fermo restando il collegamento che certamente esiste tra *cognitio* e *res iudicata*, non bisogna tuttavia dimenticare che il giudicato penale può arrivare a coprire anche fatti rispetto ai quali non è stata esercitata alcuna azione (ad esempio, il fatto nuovo mai contestato) e persino fatti mai accertati, in quanto verificatisi successivamente alla sua formazione. Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*¹, Varese, 1966, pp. 292-293, il quale afferma che l'efficacia preclusiva delle sentenze di condanna o di assoluzione «copre, oltre al dedotto e al deducibile, come si suole dire, anche il futuribile».

medesimo nella sua duplice dimensione verticale-nazionale e orizzontale-transnazionale. E, certo, quest'ultima sua manifestazione ottempera all'eredità della Convenzione Applicativa dell'Accordo di Schengen (CAAS), contenente due previsioni relative al divieto di doppio giudizio (artt. 54 e 55), che operano nei rapporti tra gli Stati membri e, tuttavia, hanno sollevato non pochi problemi di coordinamento con l'art. 50 CDFUE a causa delle condizioni di esecuzione in essi contenute. Nel complesso, la protezione garantita dall'applicazione del principio del *ne bis in idem* così costruito ha un raggio d'azione talmente esteso da impedire che un secondo giudizio possa essere avviato da uno Stato membro diverso da quello che si è pronunciato in prima battuta.

Ma, se fino a qualche tempo fa sembrava pressoché impensabile, se non addirittura irragionevole, che il divieto di riproporre un secondo processo sul medesimo oggetto potesse essere anche solo temperato in virtù della tutela di soggetti diversi da quello nei confronti del quale la sentenza sia stata pronunciata, attualmente una simile conclusione non è più così scontata, grazie all'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ci ha abituato a mutevoli aperture anche di questo principio verso una sempre maggior espansione della sua portata⁵. I giudici europei, già da qualche decennio, hanno rivolto la loro attenzione anche nei confronti di altri soggetti a vario titolo coinvolti nelle dinamiche procedurali. Più specificamente essi sono stati i pionieri di un *modus operandi* che si sta ormai corroborando

⁵ La Corte europea ha da tempo apportato innovative letture di alcune garanzie fondamentali che trovano la loro naturale collocazione nell'orbita delle situazioni giuridiche processuali, tra cui proprio quella del divieto di doppio giudizio. Così, nel riscontrare la violazione di diritti fondamentali dell'accusato, con particolare riferimento a quelli che devono assistere la celebrazione di un processo equo, il giudice di Strasburgo ha individuato nel *retrial* da parte dello Stato convenuto il miglior rimedio per riparare alla lesione che il ricorrente aveva in precedenza subito. Cfr., *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 2003, ricorso n. 53431/99, *Gençel c. Turchia*, § 27, ove si affermò che il rimedio più appropriato sarebbe stato quello di sottoporre il ricorrente ad un nuovo giudizio rispondente ai requisiti previsti dall'art. 6 CEDU. Con particolare riferimento all'Italia, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera 1° marzo 2006, ricorso n. 565801/00, *Sejdovic c. Italia*, § 127, in cui i giudici di Strasburgo ammettono che comunque non spetti alla Corte indicare le modalità e le forme di un nuovo eventuale processo, lasciando allo Stato la determinazione del mezzo per raggiungere il risultato richiesto dalla decisione. In merito all'obbligo degli Stati di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. G. RANALDI, *Efficacia delle sentenze della Corte e.d.u. e rimedi interni: verso una restitutio in integrum (dal caso Dorigo alla revisione del processo iniquo)*, in D. CHINNICI, A. GAITO (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Milano, 2018, p. 43 ss. Sempre in un'ottica di massima espansione delle garanzie convenzionali, la giurisprudenza europea ha peraltro contribuito alla rimodulazione del concetto di materia penale, riscontrando la violazione del *ne bis in idem* anche quando soltanto uno dei due procedimenti sia di natura penale, mentre l'altro afferisca a diversa branca dell'ordinamento giuridico ma comporti un esito sostanzialmente punitivo, come spesso è stato rilevato nell'ipotesi in cui uno stesso fatto possa essere perseguito e sanzionato sia penalmente sia in via amministrativa. Sulla "totipotenza" del principio, v. A. GAITO, *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in *Arch. pen.*, 2019, pp. 6-7. Con particolare riferimento ai reati connessi ad abusi di mercato, anche la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ammesso la possibilità di un cumulo di sanzioni di natura afflittiva, erogate al termine di due procedimenti (uno penale e l'altro amministrativo) in merito allo stesso fatto storico, non realizzandosi in tal modo una violazione *tout court* dell'art. 50 CDFUE, ma piuttosto una limitazione del diritto ivi formulato. La Corte di Lussemburgo richiede però che i due procedimenti siano previsti nel rispetto del principio di proporzionalità e al fine di perseguire un obiettivo di interesse generale. V. Corte di giustizia UE, Grande sezione, 20 marzo 2012, C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197; Id., 20 marzo 2018, C-637/16, *Garlsson Real Estate e altri*, ECLI:EU:C:2018:193; Id., 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*, ECLI:EU:C:2018:192. Se, da un lato, tale orientamento della Corte salva l'attuale assetto del doppio binario sanzionatorio in relazione ad alcune tipologie di illeciti, dall'altro bisogna comunque prevenire il rischio che la sanzione complessiva, che potremmo definire "a formazione progressiva", risulti eccessivamente onerosa. Sulla riscrittura dei connotati dell'*auctoritas rei iudicatae*, cfr. A. PROCACCINO, *Metamorfosi del ne bis in idem: da "certezza del diritto" a "divieto di doppio processo" a "possibilità di procedimenti integrati"*, in D. CHINNICI, A. GAITO, *Regole europee e processo penale*, cit., p. 326 ss.

sempre più diffusamente e che mira a raggiungere un punto di bilanciamento tra diritti della vittima di reato e garanzie difensive della persona indagata o imputata, nell'ottica di una complessiva equità del procedimento penale⁶.

In tale cornice si inserisce dunque una recente sentenza, la quale ha fornito una interpretazione originale ma anche dirompente del principio del *ne bis in idem*, e quindi dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, alla luce delle istanze di tutela facenti capo alla persona lesa dal fatto illecito. Risultano così ridefiniti i contorni di una garanzia che, fino a questo momento, era stata letta e applicata in un'ottica orientata alla salvaguardia degli interessi personali del solo accusato⁷. Quella flessibilità dell'effetto preclusivo che discende dalla *vis rei indicatae* a cui la giurisprudenza di Strasburgo ci aveva abituato viene ulteriormente sviluppata al punto da ammettere una ulteriore dimostrazione della poliedricità di tale principio che tuttavia non comporta un'attenuazione bensì un potenziamento della sua portata assiologica per realizzare una protezione piena ed effettiva della persona che ha subito le conseguenze pregiudizievoli della condotta criminosa.

In effetti, senza che ciò comporti alcun pregiudizio nei riguardi della persona destinataria di un giudizio definitivo sul medesimo fatto a questa attribuito, la vittima che non è stata messa nelle condizioni di poter partecipare al primo procedimento potrebbe, alla luce dell'impostazione proposta dalla Corte europea, correttamente reclamare il suo diritto a ricevere una risposta adeguata dall'ordinamento giuridico d'appartenenza⁸.

In un simile panorama si staglia una questione apparentemente originale, ma in realtà già in parte dibattuta una ventina d'anni fa dalla Corte di giustizia dell'UE⁹, e oggi tornata di grande attualità a seguito dell'intervento di riforma avviato con la legge 27 settembre 2021 n. 134, recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, meglio nota come 'riforma Cartabia'¹⁰. Il riferimento è alla giustizia riparativa e al tipo di effetti che produce lo svolgimento di programmi rientranti in tale ambito con riferimento al principio del *ne bis in idem*. Il presente contributo mira quindi ad operare una ricognizione delle principali problematiche che emergono dall'incontro di tre filoni tematici: il divieto di doppio giudizio, la tutela della vittima di reato e i percorsi di *restorative justice*. Solo comprendendo

⁶ Cfr., *inter alios*, M. GIALUZ, *La vittima tra Corte edu e Corte di Giustizia*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Padova, 2015, p. 20; E. N. LA ROCCA, *La tutela della vittima di reato*, in D. CHINNICI, A. GAITO, *Regole europee e processo penale*, cit., pp. 146-147. Ancora, M. MONTAGNA, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in *Arch. pen.*, 2019, p. 1 ss.

⁷ La sentenza in esame è Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 gennaio 2021, ricorso n. 50231/13, *Sabalić c. Croazia*. Cfr. A. PROCACCINO, *Hate Homophobic Cases and the European Investigative Adequacy Principle. Some Brief Reflections on its Impact on the Italian Legal System*, in *OIDU*, 2021, p. 916 ss.; volendo, v. anche V. DI NUZZO, «*Ne bis in idem*» e tutela della vittima di reato: la Corte di Strasburgo riconosce la cedevolezza del principio di fronte a gravi violazioni dei diritti delle persone LGBTQ+, in *Il Foro italiano*, 2021, p. 465 ss.

⁸ Quanto al rapporto tra vittima del reato e principio del *ne bis in idem*, mi permetto di rinviare a V. DI NUZZO, *Le trasformazioni di una garanzia: il ne bis in idem tra necessaria protezione dell'accusato e nuove istanze di tutela della vittima di reato*, in *Rivista OIDU*, 2022, 1, p. 208 ss.

⁹ Corte di giustizia dell'Unione europea, 11 febbraio 2003, C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Klaus Brügge*, ECLI:EU:C:2003:87.

¹⁰ V. anche il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, recante attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, pubblicato in G.U., Suppl. ord. n. 38/L, Serie generale n. 243, 17 ottobre 2022, p. 108 ss. Con il d. l. 31 ottobre 2022, n. 162 l'entrata in vigore della riforma è stata posticipata al 30 dicembre 2022. Sul punto cfr. G.L. GATTA, *Rinvio della riforma Cartabia: una scelta discutibile e di dubbia legittimità costituzionale. E l'Europa?*, in *Sistema penale*, 31 ottobre 2022.

appieno come si intersechino tali istituti, a prima vista privi di una reale connessione, e quali spazi di tutela siano riconosciuti alla persona che subisce le conseguenze pregiudizievoli derivanti dal reato è possibile avanzare una riflessione sul punto di equilibrio tra gli interessi confliggenti in gioco. C'è quindi un filo rosso tra chi subisce le conseguenze del processo e chi subisce le conseguenze di un reato anche se questa prospettiva può essere fallace: il subire un processo è già sofferenza, pena; ma se all'esito di questo risulta che il fatto è privo di rilevanza penale o non esiste o non costituisce reato anche il senso della vittima di reato viene meno e con esso il suo bisogno di giustizia.

2. La giurisprudenza eurounitaria sulle decisioni ad efficacia preclusiva: il problema della definizione del procedimento penale con soluzioni di mediazione

I giudici di Lussemburgo, pur occupandosi dell'applicazione orizzontale di tale principio nei rapporti tra gli Stati Membri e all'interno dell'area Schengen, hanno mantenuto negli anni un'interpretazione del *ne bis in idem* volta soltanto ad assicurare la certezza della situazione giuridica della persona imputata, garantendole l'intangibilità della *res judicata* derivante dal primo giudizio¹¹. Essi hanno più volte chiarito che l'art. 54 CAAS tutela la reciproca fiducia tra gli Stati Membri e la libertà di circolazione delle persone nell'area Schengen¹². Si potrebbe tuttavia obiettare che tale diritto dovrebbe essere garantito anche a chi è vittima di un reato e che la sua libertà di circolazione potrebbe essere efficacemente salvaguardata solo garantendo a tale soggetto l'attivazione di una tutela penale adeguata¹³.

Proprio con la storica pronuncia *Gözütok e Brügge* i giudici eurounitari affrontarono il tema del *ne bis in idem* nel caso in cui la definizione del procedimento penale sia stabilita dal pubblico ministero, a seguito del versamento di una somma nelle casse dell'erario da parte della persona indagata¹⁴. La Corte di giustizia, in quel caso, estese la tutela dell'indagato destinatario di un provvedimento archiviativo ma al contempo negò qualsiasi protezione alla vittima; l'organo giudicante tuttavia specificò che il principio del *ne bis in idem* rappresenta un presidio a tutela della persona già giudicata e che la persona lesa dal reato potrebbe comunque ottenere la soddisfazione economica avviando una causa in sede civile¹⁵. Una simile affermazione non appare allineata alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, dal canto suo, già dal 1996 con la sentenza *Doorson*¹⁶, ha attribuito sempre più rilevanza alla tutela penale della vittima, tanto sul piano sostanziale quanto su quello

¹¹ J. VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *Utrecht Law Review*, 2005, p. 100 ss.

¹² Cfr. L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem*, cit., p. 106, secondo il quale «la Corte approfitta della duttilità del principio per favorire la reciproca fiducia tra gli Stati Membri, per rafforzare cioè la cooperazione giudiziaria e realizzare così uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” attraverso interpretazioni capaci di superare le differenze formali tra ordinamenti e gli imbarazzi prodotti dalla cooperazione stessa». L'Autore specifica inoltre che l'obiettivo perseguito dalla Corte di giustizia comporta che quest'ultima favorisca interpretazioni assai estensive del principio in esame. V. anche 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. 621 ss.

¹³ Proprio con riferimento al principio del *ne bis in idem*, nella sentenza Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gözütok e Brügge*, cit., l'Avvocato Generale escluse espressamente la rilevanza della circostanza per cui l'efficacia preclusiva della prima decisione avesse arrecato un pregiudizio alla vittima di reato.

¹⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gözütok e Brügge*, cit., §§ 12 e 22.

¹⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gözütok e Brügge*, cit., § 47.

¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 marzo 1996, ricorso n. 20524/92, *Doorson c. Paesi Bassi*.

processuale, in particolare quando siano lesi o messi in pericolo beni che afferiscono all'incolumità psicofisica della persona¹⁷.

Del resto, la stessa Corte di Lussemburgo non è rimasta insensibile alle istanze di protezione della persona offesa anche nella prospettiva del divieto di *bis in idem*. Nel caso *Kossowski* è stato riconosciuto che l'art. 54 CAAS dev'essere interpretato nel senso che la decisione del pubblico ministero di terminare le indagini e archiviare un procedimento penale nei confronti di una persona, senza aver comminato alcuna sanzione, non può essere ritenuta definitiva ai fini della citata disposizione, qualora emerga che l'archiviazione sia stata chiesta o disposta senza una dettagliata attività investigativa¹⁸. A tal proposito significativamente un elemento sintomatico dell'assenza di un'adeguata indagine è rappresentato dal fatto che la vittima non sia stata sentita.

Ma lo studio della giurisprudenza eurounitaria è indubbiamente proficuo anche per saggiare il problema di quali decisioni siano idonee a produrre efficacia preclusiva, argomento dal quale non si può prescindere per verificare la tenuta di un provvedimento in ambito transnazionale¹⁹. Tale questione era già stata sollevata in altri ordinamenti dell'Unione europea, i quali prevedono alcune tipologie di esiti transattivi del procedimento penale al di fuori del contesto prettamente giudiziario. Per tale ragione la Corte di giustizia si è ritrovata a dover stabilire di volta in volta se la conclusione del procedimento potesse produrre efficacia preclusiva ai sensi dell'art. 50 della Carta²⁰.

Secondo l'insegnamento già emerso della giurisprudenza di Strasburgo, l'art. 54 CAAS si applica «a decisioni che chiudono definitivamente il procedimento penale in uno Stato membro, benché siano adottate senza l'intervento di un giudice e non assumano la forma di una sentenza»²¹. Nel caso di specie, la procedura di archiviazione si era realizzata senza l'intervento del giudice, ma sotto il controllo del pubblico ministero e in seguito ad un accordo intervenuto tra l'autorità procedente e la persona indagata; tuttavia, la presenza di un organo competente per il procedimento penale era una *condicio* sufficiente, unitamente all'adempimento degli obblighi assunti dall'accusato per riconoscere efficacia preclusiva ad

¹⁷ Cfr. E. MALINO, *Tutela della vittima e completezza delle indagini preliminari tra giurisprudenza ed prospettive di riforma nella giustizia penale italiana*, in *La legislazione penale*, 25 luglio 2022, p. 7 ss. Cfr. *ex pluribus*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 ottobre 2021, ricorso n. 20116/12, *Zoletic e altri c. Azerbaijan*, Id., 21 settembre 2021, ricorso n. 20914/07, *Carter c. Russia*, Id., 9 giugno 2009, ricorso n. 33401/02, *Opuz c. Turchia*.

¹⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, 29 giugno 2016, causa C-486/14, *Kossowski*, ECLI:EU:C:2016:483.

¹⁹ Parlava del giudicato come consumazione dell'azione penale già A. ROCCO, *Sul concetto di decisione giudiziaria penale, quale presupposto formale della cosa giudicata penale*, in *Opere giuridiche*, Roma, 1932-1933, p. 67. Per G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in Id., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. III, Milano, 1993, p. 231 ss., la preclusione è «la perdita, o estinzione, o consumazione d'una facoltà processuale».

²⁰ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, 10 marzo 2005, C-469/03, *Miraglia*, ECLI:EU:C:2005:156, in cui i giudici di Lussemburgo evidenziarono che non si applica il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 54 CAAS qualora nel procedimento penale *de eadem re et persona* avviato per primo non sia stata svolta alcuna valutazione nel merito. Nel caso di specie, la lettura della motivazione permetteva di evincere che il procedimento si fosse concluso a seguito di una istruzione lacunosa, in quanto non furono sentiti né l'eventuale teste né la vittima; per tale ragione, i giudici di Lussemburgo escludono che la decisione di archiviazione emessa dall'autorità polacca potesse avere natura definitiva. Per un ulteriore commento C. BOVINO, *La decisione penale non può considerarsi definitiva senza un'istruzione approfondita*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 8 luglio 2016. Per quanto concerne il tema dell'efficacia preclusiva della sentenza che dichiara la prescrizione processuale, cfr. in questo volume C. ORLANDO, *Prescrizione processuale e ne bis in idem: l'efficacia preclusiva del giudicato alla prova del tempo*.

²¹ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gözütok e Brügger*, cit., punto 38. I giudici di Strasburgo, al contempo, riconoscevano l'esistenza di un obbligo in capo agli Stati Membri di accettare «l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse» (par. 33).

una decisione *out-of-court* dal carattere transattivo²². La *ratio* di una simile soluzione è da rinvenire nel sentimento di reciproca fiducia tra i diversi sistemi di giustizia penale propri degli Stati membri e implica una tacita accettazione di esiti diversi da quelli che si otterrebbero attraverso l'applicazione del diritto domestico²³.

Nel 2008, in occasione del caso *Turanský*, la Corte elaborò alcuni criteri utili per verificare la definitività di una decisione²⁴: secondo il *test* fornito dai giudici di Lussemburgo, la decisione «deve porre fine ad un procedimento penale ed estinguere in via definitiva l'azione penale»²⁵; occorre inoltre verificare che tale decisione sia considerata definitiva nello Stato Membro in cui viene emessa e sia quindi idonea a produrre l'efficacia preclusiva tipica del *ne bis in idem*²⁶.

Una recentissima pronuncia della Grande Sezione in materia di divieto di *bis in idem* sembrerebbe aprire un ulteriore spiraglio per il rafforzamento della tutela di soggetti diversi dall'imputato. Coerentemente con la previsione dell'art. 52 della Carta di Nizza, la Corte legittima la limitazione dell'esercizio di diritti e libertà riconosciuti da tale documento costituzionale solo in virtù di una previsione di legge e compatibilmente con finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o in funzione dell'esigenza di proteggere diritti e libertà altrui, sempre nel pieno rispetto del principio di proporzionalità²⁷.

Seppure una simile impostazione sia stata avanzata, almeno per ora, nel settore della normativa sulla concorrenza, nulla esclude che in futuro tale orientamento possa essere esteso proprio dalla stessa Corte di giustizia, con l'obiettivo di garantire alla vittima del reato una tutela maggiormente efficace rispetto a quanto la giurisprudenza eurounitaria abbia fatto finora in materia di *ne bis in idem*, la qual cosa consentirebbe di avvicinarsi ulteriormente anche alla tendenza della Corte europea dei diritti dell'uomo di dare sempre maggior risalto alle istanze provenienti da tale soggetto.

²² N. GALANTINI, *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2011.

²³ Così A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato. Il doppio processo come pena*, Milano, 2022, p. 485 ss. L'effetto preclusivo, in tale ipotesi, si produce nella misura in cui la decisione promana da un organo competente ad amministrare la giustizia penale e ad estinguere l'azione penale stessa al ricorrere di determinati presupposti.

²⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, 22 dicembre 2008, C-491/07, *Turanský*, ECLI:EU:C:2008:768. In tale occasione la Corte ritenne di non poter considerare quale decisione definitiva quella adottata dalle autorità di polizia che si limitava a sospendere il procedimento penale; un tale esito sarebbe risultato in contrasto con gli obiettivi di prevenzione e lotta ai fenomeni criminali. Per un approfondimento ulteriore, cfr. A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, cit., p. 488.

²⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Turanský*, cit., punto 34.

²⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Turanský*, cit., punto 35. Tali criteri sono stati pedissequamente ripresi da Corte di giustizia dell'Unione europea, GS, 16 novembre 2010, C-261/09, *Mantello*, ECLI:EU:C:2010:683. In quel caso, la Corte cercò di perimetrare la medesimezza del fatto nell'ambito del mandato d'arresto europeo e il problema della preclusività della decisione in tale contesto, ancorandola alla sussistenza di una valutazione nel merito. Cfr. in questo volume, G. COLAVECCHIO, *L'implementazione del principio del ne bis in idem nell'ambito del mandato d'arresto europeo*.

²⁷ V. Corte di giustizia dell'Unione europea, GS, 22 marzo 2022, C-117/20, *bPost SA*, ECLI:EU:C:2022:202, punto 41; Id., 22 marzo 2022, C-151/20, *Nordzucker AG*, ECLI:EU:C:2022:203, punto 50. In tale occasione, la Grande Sezione ha inoltre sottolineato che «la portata della tutela conferita [dall'art. 50 CDFUE] non può, salvo disposizione contraria del diritto dell'Unione, variare da un settore di quest'ultimo a un altro» (*bPost SA*, punti 33-35 e *Nordzucker AG*, punti 38-40). Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, GS, 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197. Per un commento, v. M. CAPPAL, G. COLANGELO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia elabora (finalmente) un test unico per il ne bis in idem*, in *Giustizia Insieme*, 13 aprile 2022.

3. La considerazione crescente della vittima nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di ne bis in idem

Ancor più di quanto abbia contribuito la Corte di giustizia, forse l'evoluzione giurisprudenziale tracciata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, come abbiamo anticipato, mostra una considerevole e anzi crescente attenzione alla posizione della vittima anche nella prospettiva della garanzia costituita dal divieto di doppio giudizio.

Sul fronte della “grande Europa”, rispetto al profilo che qui interessa, la Corte di Strasburgo nella sentenza *Maresti c. Croazia* aveva adottato un approccio ancora strettamente connesso alla tutela personale dell'individuo sottoposto al processo. In quell'occasione, difatti, i giudici avevano riscontrato la violazione della disposizione convenzionale in tema di divieto di *bis in idem* perché il primo procedimento, instaurato per disturbo della quiete pubblica, aveva incidentalmente riconosciuto, *inter alia*, la responsabilità dell'accusato per le aggressioni commesse, condannandolo tuttavia esclusivamente per reati minori²⁸. Era dunque convenzionalmente illegittimo il secondo giudizio per lesioni personali, in quanto la condotta criminosa contestata era la medesima e gli eventi si erano svolti nelle stesse circostanze di tempo e spazio²⁹.

Il ragionamento seguito dalla Corte escludeva insomma *in toto* gli interessi della vittima, guardando unicamente al diritto del ricorrente di non essere giudicato due volte per fatti che, alla luce di tale impostazione, erano sostanzialmente gli stessi e quindi integravano il requisito dell'*idem factum*³⁰.

²⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 giugno 2009, ricorso n. 55759/07, *Maresti c. Croazia*. La Croazia dapprima aveva condannato il signor Maresti per aver violato alcune norme contravvenzionali relative alla tutela dell'ordine pubblico, condannandolo a quaranta giorni di detenzione carceraria, e successivamente aveva avviato un processo penale per lesioni ai danni di due persone, A.M. e D.R., commesse nelle stesse circostanze di luogo e tempo delle azioni criminose già punite.

²⁹ V., in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Maresti c. Croazia*, cit., §§ 63-64.

³⁰ È dunque evidente che proprio sulla nozione di *idem factum* si gioca la partita. Dal significato con cui si riempie tale locuzione discende l'espansione o il restringimento degli spazi di tutela discendenti dal principio del *ne bis in idem*. E ciò vale tanto per l'indagato o imputato quanto per la vittima di reato. Eppure, il senso da attribuire alla nozione di “fatto” in materia non è univoco, essendo questo un argomento che ha suscitato il fronteggiarsi di diverse teorie; esso, tuttavia, non è un profilo per nulla irrilevante, dal momento che in base all'interpretazione che si sceglie di attribuire a questo concetto consegue una diversa portata del principio del *ne bis in idem*. In questo senso cfr. R. FONTI, *I confini oggettivi del ne bis in idem*, in A. MANGIARACINA, *Il ne bis in idem*, cit., pp. 35-36. Ad oggi è diffusamente accolta l'accezione storico-naturalistica di medesimezza del fatto a discapito di quella che fa riferimento all'*idem* legale. Cfr., *ex plurimis*, T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 871; F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, p. 136; P. P. RIVELLO, *La nozione di “fatto” ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, cit., pp. 1427-1428; E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 447 ss. Tale impostazione è stata fatta propria anche dalle Corti europee, nonostante i documenti costituzionali di riferimento usino i termini “*offence*” o “*infractio*”. In altri termini, non avrebbe quindi rilievo la diversa qualificazione giuridica attribuita alla condotta dell'indagato o imputato, purché questa sia la stessa nella sua materialità spazio-temporale. A fronte di orientamenti pregressi che interpretavano l'*idem* in maniera non univoca, con Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, *Sergey Zolotukhin c. Russia*, § 82 ss., è stata accolta una lettura del termine “*offence*” che apprezza la sostanziale identità dei fatti dai quali origina il reato. Quanto alla giurisprudenza di Lussemburgo, cfr. Corte di Giustizia UE, 9 marzo 2006, C-436/04, *Van Esbroek*, ECLI:EU:C:2006:165; Id., 28 settembre 2006, C-150/05, *van Straaten*, ECLI:EU:C:2006:614, la quale sancisce che l'unico criterio rilevante sia l'identità del fatto materiale, inteso come l'esistenza di un insieme di circostanze concrete inestricabilmente collegate tra

Da tale impostazione la Corte si sarebbe però affrancata negli anni successivi. Ad una attenta analisi di altra sentenza, molto più recente, si scorge un atteggiamento in parte differente rispetto alle precedenti pronunce e chiaramente orientato all'obiettivo di rafforzare la tutela delle vittime di reato³¹. Sebbene le motivazioni di tale decisione non diano particolarmente conto del bisogno di giustizia di tali soggetti (nello specifico si trattava dei familiari di una persona uccisa dal ricorrente, il quale ne aveva cagionato la morte guidando ad una velocità di gran lunga eccedente i limiti consentiti dalla legge domestica), la declaratoria della Corte, secondo la quale non sussisteva in quell'occasione una violazione del divieto di doppio giudizio, facendo salvo il secondo processo, finì per assicurare l'attuazione della tutela penale a favore delle persone che rivestivano tale qualifica³². A tale conclusione i giudici sono unanimemente giunti applicando l'insegnamento stabilito nella celebre pronuncia *A e B c. Norvegia*³³: il rispetto del principio di sufficiente connessione temporale e sostanziale tra due procedimenti permette di salvare la legittimità di entrambi senza incorrere in alcuna violazione dell'art. 4 Prot. 7 Cedu quando questi, congiuntamente considerati, formano un insieme integrato coerente e ragionevole³⁴.

Il diritto della vittima ad ottenere un giusto processo penale, che analizzi il proprio caso e giunga eventualmente al riconoscimento di un colpevole, appare quindi indirettamente consolidato dall'applicazione del *test* di sufficiente connessione che nell'ultimo periodo ha portato la Corte di Strasburgo a far salvo il doppio binario sanzionatorio in ipotesi in cui la repressione in sede penale si affiancava a quella in via amministrativa³⁵. In questi casi, il rischio era che l'attivazione del procedimento amministrativo o di polizia per reati minori potenzialmente precludesse l'esercizio dell'azione e l'instaurazione di un processo penale, lasciando priva di adeguata tutela la vittima, le cui istanze di giustizia certamente non venivano soddisfatte dal primo procedimento.

In altre parole, le persone lese dal reato beneficiano in maniera indiretta dell'orientamento ora analizzato, con particolare riferimento a quegli ordinamenti statali nei

loro; v. A. KLIP, *European Criminal Law. An integrative approach*^A, Cambridge, 2021, p. 366 ss. Cfr. in questo volume F. PELLEGRINO, *Ne bis in idem transnazionale*.

³¹ Il riferimento è a Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 ottobre 2020, ricorso n. 67334/13, *Bajčić c. Croazia*.

³² Secondo i giudici di Strasburgo, la condanna per offese minori relative all'eccesso di velocità non includeva in alcun modo la responsabilità dell'imputato per aver provocato un incidente stradale dal quale era derivata la morte di un'altra persona. Così Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bajčić c. Croazia*, cit., § 36.

³³ Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e n. 29758/11, *A e B c. Norvegia*, §§ 131 ss. In dottrina v. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.* 18 novembre 2016; B. LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 82 ss.

³⁴ Così Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, 8 luglio 2019, ricorso n. 54012/10, *Mihalache c. Romania*, § 84. Si noti che qui la Grande Camera ha riscontrato la violazione del divieto di doppio giudizio per uno stesso fatto, in quanto i due procedimenti instaurati dalle autorità croate non costituivano a «coherent whole».

³⁵ Anche in Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 agosto 2021, ricorso n. 45512/11, *Galović c. Croazia*, i giudici hanno applicato i principi stabiliti nella sentenza *A e B c. Norvegia* per giungere alla conclusione che la duplicazione di procedimenti a carico dell'imputato per reati connessi alla violenza domestica fosse legittima e conforme alla Convenzione. A conferma del rilievo che in tale occasione la Corte ha attribuito alla protezione dei familiari, si legge nelle motivazioni che non vi sarebbe alcun dubbio circa la legittimità delle ragioni che sottendono alla previsione di un doppio binario sanzionatorio in tali circostanze, perché l'obiettivo di un simile assetto è perseguire «the general interest of promptly and adequately reacting to domestic violence, that has particularly damaging effects on the victim, the family and society as a whole by gradually intensifying the State's response» (§ 118).

quali alcune condotte sono doppiamente sanzionate³⁶. Attraverso l'applicazione del *test* formulato in *A e B c. Norvegia* è possibile far salva la duplicazione di procedimenti, quando questi vengano celebrati rispettando i criteri stabiliti dalla Corte: perseguimento di scopi complementari; prevedibilità del doppio binario; interazione delle autorità competenti per evitare una doppia acquisizione e valutazione delle prove; considerazione della sanzione inflitta per prima all'atto di determinare la seconda³⁷.

Ciò che preme evidenziare è però il diverso atteggiamento della Corte in queste decisioni rispetto al caso *Sabalić*. Se nelle altre vicende fino ad allora decise i giudici di Strasburgo avevano assicurato una tutela della vittima solo incidentale, vincolati dal *thema decidendum* stabilito dai ricorrenti (imputati nei loro rispettivi procedimenti), in *Sabalić c. Croazia* essi hanno adottato ben altra impostazione, tenendo presente che l'istanza proveniva dalla vittima di un'aggressione di stampo omofobico e che la posizione di tale soggetto avrebbe certamente giovato della riapertura del procedimento. Così parrebbe realizzarsi un'inversione di prospettiva: la vittima ora è portatrice di un interesse alla celebrazione di un giusto processo, che dia attuazione alla tutela penale preposta dall'ordinamento statale e che non può essere in alcun modo precluso dal fatto che una condanna sia stata emessa in via amministrativa³⁸.

A questo punto verrebbe da chiedersi perché in *Sabalić* la Corte EDU non abbia applicato il *test* elaborato nel caso *A e B c. Norvegia* al fine di determinare se la duplicazione di procedimenti potesse essere legittimamente accettabile. Per rispondere a tale quesito bisogna dapprima valutare alcune circostanze che caratterizzano la fattispecie concreta. Innanzitutto, in tale vicenda le autorità croate avevano rigettato l'istanza della vittima, per cui il secondo procedimento si era arrestato alla fase delle indagini preliminari: l'impianto

³⁶ A tal proposito v. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights. Right not to be tried or punished twice*, Council of Europe, 30 settembre 2021, pp. 10-11. Nella Guida viene specificato che i procedimenti per reati minori in alcuni ordinamenti giuridici sono pensati per garantire la protezione della dignità personale e dell'ordine pubblico, valori e interessi che normalmente ricadono nella sfera del diritto penale. La classificazione come "minor offences" non ne esclude *per se* la natura penale, per come comunemente intesa dalla Convenzione e dal *case-law* di Strasburgo. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Sergey Zolotukhin c. Russia*, cit., § 54 ss.

³⁷ I criteri previsti da tale pronuncia hanno la funzione di mitigare quanto era stato precedentemente stabilito in materia di doppio giudizio nella sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, 23 novembre 1976, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, *Engel e altri c. Paesi Bassi*. Più precisamente, la Corte nel 2016 (*A e B c. Norvegia*) enucleò alcuni fattori da tenere in considerazione per vagliare la sussistenza della sufficiente connessione (§ 132). A tal proposito, può osservarsi che la severità e l'entità della sanzione inflitta rappresentano un indice sintomatico di un procedimento che lascia insoddisfatta la persona offesa.

³⁸ Sugli obblighi positivi a carico degli Stati parti della CEDU, v., *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, 6 giugno 2005, ricorsi n. 43577/98 e n. 43579/98, *Natchova e altri c. Bulgaria*, § 160 ss. Sui diritti della vittima connessi allo svolgimento dell'*iter* procedimentale cfr. Id., 10 dicembre 2005, ricorso n. 21922/03, *Guillemot c. Francia*; Id., GC, 6 aprile, 2000, ricorso n. 26772/95, *Labita c. Italia*; Id., 26 marzo 1985, ricorso n. 8978/80, *X e Y c. Paesi Bassi*. Del resto, tale figura ha ormai assunto il ruolo di nuovo protagonista del sistema giudiziario penale, in quanto è portatrice di un interesse personale e diretto al risultato del processo. In tal senso, v. E. N. LA ROCCA, *La tutela della vittima di reato*, cit., p. 151. Resta da vedere se l'esistenza di poteri partecipativi specifici in capo alla persona offesa costituisca una condizione per superare il problema della sua mancata considerazione. La definizione delle modalità di impulso e delle forme di partecipazione della vittima di reato al procedimento penale presuppongono scelte di politica criminale rimesse al singolo ordinamento giuridico, il quale dovrebbe prevedere uno statuto della vittima in linea con le peculiarità del proprio sistema di giustizia penale. D'altra parte, senza una preventiva disciplina dei poteri della vittima in seno al procedimento, non sarebbe ipotizzabile alcuno strumento che le consenta di superare lo sbarramento del *ne bis in idem*.

motivazionale della Corte dà ampio spazio e rilievo alle omissioni degli organi precedenti, che non avevano approfondito i motivi d'odio sottesi all'attacco.

Si potrebbe quindi argomentare che, nell'ottica di quella logica *floue* strutturalmente tipica della Corte di Strasburgo³⁹, i giudici abbiano voluto garantire una complessiva giustizia sostanziale, avallando la possibilità che si celebri un processo penale nei confronti della persona già destinataria di una sanzione per assicurare una tutela concreta ed effettiva alla vittima di reato. Una tutela che risulta ancor più pregnante se si tiene conto del fatto che sostanzialmente costituisce una deroga al principio del *ne bis in idem*, quando il primo processo sia stato condotto senza il rispetto delle garanzie inerenti al giusto processo⁴⁰. Emerge allora una nuova concezione della clausola di salvaguardia prevista al secondo paragrafo dell'art. 4 Prot. 7 Cedu: generalmente interpretata in un'ottica accusatocentrica, adesso sembra poter essere apprezzata alla luce di un inquadramento complessivamente garantista, che include la tutela della vittima di reato, legittimandosi proprio a favore di quest'ultima l'instaurazione di un nuovo procedimento⁴¹. Ciò impone una riflessione sulla necessità di conferire maggior

³⁹ In tema, M. VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in M. CERESA-GASTALDO, S. LONATI (a cura di), *Profili di procedura penale europea*, 2021, p. 204.

⁴⁰ La deroga si realizza solo in presenza di un *idem factum*, per cui risulta essenziale stabilire cosa debba intendersi per "fatto" e che spazio occupi la vittima nella definizione di tale concetto. Ha icasticamente affermato E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 442 che «l'analisi di ciò che si debba intendere come *idem factum* ai fini del divieto espresso dall'art. 649 c.p.p. costituisce il cuore dell'esegesi concernente la cosa giudicata sostanziale e ne delinea caratteristiche e ambito di garanzia». In senso analogo, P. P. RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1411. La Corte costituzionale in passato ha evidenziato, seppur in un *obiter dictum*, che alcune pronunce della Corte di Strasburgo suggerirebbero «un mutamento dell'oggetto dell'azione, e quindi della persona offesa dal reato, spezzi il nesso tra fatto giudicato in via definitiva e nuova imputazione, pur in presenza della stessa condotta». Corte costituzionale, 21 luglio 2016, n. 200, par. 7, *Cons. in diritto*, in *Cass. pen.*, 2017, 1, p. 78 ss., con nota di P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*. L'Autore spiega il percorso seguito dalla Corte: sebbene il giudizio ermeneutico sulla medesimezza del fatto fosse questione di competenza del giudice ordinario, la Corte costituzionale, «sicuramente in considerazione della gravità dei reati e del numero di vittime coinvolte nel processo Eternit» si è spinta fino a fornire «qualche indicazione sul criterio da seguire per la valutazione del *ne bis in idem* nel processo *a quo* instaurato per omicidio doloso dopo la sentenza irrevocabile che dichiarava prescritto il reato di disastro (art. 434 c.p.)». Ancora, chiariscono i giudici costituzionali che «non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico. Ove invece tale giudizio abbia riguardato anche quella persona occorrerà accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato, cioè se il fatto già giudicato sia, nei suoi elementi materiali, realmente il medesimo, anche se diversamente qualificato per il titolo, per il grado e per le circostanze» (par. 12). Una diversità di fatto potrebbe quindi verificarsi qualora il medesimo comportamento umano leda o metta in pericolo il medesimo bene in riferimento a soggetti non interessati dall'accertamento processuale oggetto del primo procedimento. Ed è interessante osservare che proprio in questa direzione si muove la Corte di Cassazione, la quale di recente ha specificato che il principio del *ne bis in idem* non impedisce al giudice «di prendere in esame lo stesso fatto storico e di valutarlo in riferimento a diverso reato, dovendo la vicenda criminosa essere valutata alla luce di tutte le sue implicazioni penali». Cfr., da ultimo, Cass., sez. II, 8 aprile 2021, n. 28048, in *Ced. Cass.*, rv. 281799.

⁴¹ Secondo Franco Cordero, il fatto deve essere apprezzato non solo in relazione alla condotta commessa ma anche all'oggetto fisico su cui ricadono gli effetti. Cfr. F. CORDERO, *Procedura Penale*⁹, Milano, 2012, p. 1206. Peraltro, già nella prima edizione della sua *Procedura*, p. 675, realizzata nella vigenza del codice Rocco, l'Autore scrisse: «Insomma, si dica pure che "fatto" – nella formula dell'art. 90 – significa la semplice condotta, purché quest'ultima sia definita in relazione al suo oggetto materiale. Ecco perché, se un solo colpo di fucile avesse provocato la morte di due persone, la sentenza su uno dei due omicidi non impedirebbe di giudicare l'altro. Del resto, un'azione transitiva non è concepibile indipendentemente dall'oggetto sul quale cade». Ciò dimostra

flessibilità, sulla scorta degli insegnamenti provenienti dalle Alte Corti europee, alla portata del principio del *ne bis in idem*, riconsiderando in questa prospettiva il tradizionale problema dei limiti soggettivi del giudicato.

D'altra parte, lo studio di tale garanzia si è sempre incentrato su un rapporto a due *auctoritas* e individuo⁴², dove il soggetto meritevole di considerazione, però, è soltanto colui che ha già subito un primo procedimento penale⁴³. Per tale ragione, la disciplina di un simile principio, nell'interpretazione tradizionale e comunemente accettata, è intrinsecamente incompatibile con la tutela di interessi facenti capo ad altri soggetti⁴⁴. Secondo tale risalente impostazione, l'effetto preclusivo della sentenza penale attiene al rapporto tra autorità giudicante e persona imputata: una volta che lo Stato ha consumato il proprio potere di *ius dicere*, nessun altro giudice è legittimato, salvo tassative ipotesi, a tornare sullo stesso fatto contestato all'*eadem persona*⁴⁵.

Alla luce di tali riflessioni, si apprezza maggiormente la portata innovativa della giurisprudenza europea, che fa da apripista ad un nuovo modo di apprezzare non solo il *ne bis in idem* ma proprio quella che si potrebbe definire una "*firmitas* flessibile" del giudicato⁴⁶. L'espressione apparentemente ossimorica serve a rendere in maniera pregnante le diverse sfaccettature che questa fondamentale garanzia assume in virtù degli apporti provenienti dai

anche quanto artificioso sia distinguere sul piano tanto concettuale quanto pratico tra condotta e oggetto materiale: la prima non è concepibile senza il secondo e, in realtà, neppure senza l'evento che essa provoca o verso cui tenda. Cfr. E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 464, in cui afferma che «ciascuna fattispecie causalmente orientata produce i suoi effetti su uno specifico oggetto materiale, il cui variare determina il sorgere di un distinto disvalore della fattispecie concreta». V. anche in questo volume D. FOTI, *Il giudicato come strumento di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo: ne bis in idem e concorso formale eterogeneo nella dialettica tra Cedu e Corte costituzionale italiana*; ID., *Concorso formale eterogeneo, ne bis in idem e limiti oggettivi del giudicato penale*, in *La legislazione penale*, 21 aprile 2021, p. 4, dove si chiarisce che la condotta deve essere qualificata anche in ragione dell'oggetto materiale su cui ricade, non operando il divieto di doppio giudizio nei casi di concorso formale omogeneo e in alcuni casi di concorso formale eterogeneo, «allorquando la condotta provochi un unico evento in senso naturalistico pur integrando due diversi reati». Cfr. G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem*, cit., p. 12, secondo il quale sarebbe auspicabile che la definizione dei presupposti del medesimo fatto precisi che non vi è più l'*idem factum* «ove le condotte rechino offesa a più vittime, e il primo processo avesse avuto ad oggetto la condotta lesiva rivolta nei confronti di una sola (o soltanto di alcune) di esse».

⁴² Cfr., *ex multis*, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

⁴³ Secondo G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem*, cit., pp. 6-7 quando si affronta il tema del *ne bis in idem* siamo di fronte «ad un diritto dell'individuo ad un atteggiamento astensivo, di *non facere*, da parte dello Stato altrimenti in grado di procedere per il fatto sul quale detto individuo era stato già irrevocabilmente giudicato».

⁴⁴ In questo senso v. L. BARONTINI, *La nuova fisionomia del ne bis in idem: da garanzia processuale a istituto ibrido*, in *La legislazione penale*, 26 novembre 2021, p. 15. Ma, dal momento che l'autorità di cosa giudicata dipende dalla «volontà della legge di fronte al caso da decidere», la soccombenza dei diritti costituzionali di altri soggetti non costituisce una ingiustizia, intesa nel senso di difformità dal diritto; semmai «vi sarà iniquità (difformità dall'equità)». In questo modo, V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*⁶, G. CONSO, G. D. PISAPIA (a cura di), Torino, 1967, p. 576.

⁴⁵ Richiamando e sviluppando la tesi sostenuta dal Goldschmidt, G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., pp. 190-191, afferma che non è la pretesa punitiva a costituire l'oggetto del processo penale; è invece oggetto del processo penale «lo stesso diritto penale, che viene consumato con la condanna o con l'assoluzione». Cfr. altresì S. RUGGERI, voce *Giudicato penale*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, p. 447 ss.

⁴⁶ Quanto alla "cedevolezza" o "flessibilizzazione" del giudicato in attuazione di garanzie personali convenzionalmente tutelate, cfr. M. BONTEMPELLI, *La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2018, vol. 4, pp. 1056-1057. D'altra parte, la solidità strutturale del giudicato, che comporta la sua intangibilità, è stata ben espressa e analizzata da F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit.

giudici di Strasburgo, certamente attenti alla realizzazione di un'ideale di giustizia penale partecipata da tutti i soggetti portatori di interessi rilevanti⁴⁷.

L'assenza di un attento esame sulla situazione della vittima, sfociata in una sentenza che non tiene in alcun modo conto della tutela da garantire a tale soggetto, legittimerebbe, in questa originale visione della Corte, la celebrazione di un secondo procedimento, previa eliminazione delle conseguenze derivanti dal primo⁴⁸. La situazione giuridica della vittima, che non è stata definita nella prima decisione, non può subire gli effetti pregiudizievoli del giudicato già intervenuto, perché nei suoi confronti la vicenda non è stata in alcun modo definita, rimanendo quest'ultima sfornita di adeguata tutela⁴⁹.

4. La giustizia riparativa nella nuova 'riforma Cartabia': un modello integrato di giustizia o un esilio della vittima dal processo penale?

L'*excursus* giurisprudenziale appena condotto consente di apprezzare la rilevanza marginale che, salvo alcuni arresti forieri di orientamenti innovativi, fino ad ora è stata attribuita alla vittima di reato dalle Corti europee in materia di *ne bis idem*. Il quadro delineato potrebbe complicarsi ulteriormente alla luce della riforma introdotta dalla legge 27 settembre 2021, n. 134, e da ultimo attuata con il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, che mira

⁴⁷ In altri ambiti nei quali vengono in rilievo le garanzie dell'art. 6 CEDU, la valutazione di complessiva equità del procedimento viene svolta dalla Corte europea, tenendo conto di diversi fattori, tra cui gli interessi della vittima. Cfr. *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, 15 dicembre 2015, ricorso n. 9154/10, *Schatschaschwili c. Germania*, § 101, dove la Corte afferma: «The Court's primary concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings. In making this assessment, the Court will look at the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, having regard to the rights of the defence but also to the interest of the public and the victims in seeing crime properly prosecuted and, where necessary, to the rights of witnesses». V. anche *Id.*, GC, 15 dicembre 2011, ricorsi n. 26766/05 e n. 22228/06, *Al-Khawaja e Tabery c. Regno Unito*, par. 146; *Id.*, 1° giugno 2010, ricorso n. 22978/05, *Gäfgen c. Germania*, § 175, in cui i giudici sottolineano l'interesse delle vittime e delle loro famiglie, ma anche della società in generale, al perseguimento dei criminali e all'emissione di una sanzione nei loro confronti.

⁴⁸ Nella sentenza *Sabalić*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto inadeguata la sanzione che era stata irrogata nei confronti dell'imputato: nei confronti dell'uomo che avrebbe causato le lesioni alla ricorrente era stato istituito processo di natura amministrativa per disturbo della quiete pubblica, al termine del quale era stato condannato al pagamento di una multa per un valore equivalente a circa 40 euro. I giudici della Corte sottolineano quindi l'esigenza di elidere gli effetti pregiudizievoli derivanti da tale decisione (§§ 101 e 114). Non bisogna tuttavia tralasciare che «l'intera macchina processuale penalistica è una sanzione ulteriore assai temuta, più di alcune pene formalmente vigenti». Così M. DONINI, *Septies in idem. Dalla «materia penale» alla «proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, 8, p. 2292.

⁴⁹ Cfr. in questo volume E. MALINO, *Completezza delle indagini preliminari e ne bis in idem: i risvolti applicativi dell'interazione dei principi della giustizia penale*, che pone l'attenzione sull'importanza di tenere conto della vittima al fine di evitare che «porzioni rilevanti del fatto rimangano oscure nel primo processo», per emergere in un secondo successivo, con il rischio di sollevare «problemi connessi all'operatività del divieto di *bis in idem* e alla necessità di ammetterne deroghe». Bisogna inoltre considerare che, nonostante il giudizio della Corte sia vincolato al mondo dei fatti e i giudici europei non intendano in alcun modo allontanarsi da esso, la certezza del diritto assurge comunque al rango di valore convenzionalmente tutelato. V. Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 dicembre 2007, ricorso n. 30658/05, *Beian c. Romania*, § 33, in cui i giudici di Strasburgo evidenziano che l'incertezza giuridica (che sia essa legislativa, amministrativa o giurisdizionale) è un fattore da tenere in considerazione per valutare la condotta dello Stato convenuto. Tale considerazione è peraltro funzionale ad una maggior tutela delle vittime, nei confronti delle quali l'ordinamento domestico deve prevedere misure coerenti e ragionevoli, tali da prevenire situazioni di insicurezza giuridica e incertezza.

a integrare nel nostro sistema penale nuove forme di giustizia riparativa, con l'obiettivo di una disciplina organica in materia⁵⁰.

In un comunicato ufficiale del 4 agosto 2022 il Ministero della Giustizia ha avuto premura di sottolineare che la giustizia riparativa «si affianca, senza sostituirsi, al processo penale, nell'interesse della vittima di reati»⁵¹. Il percorso di mediazione penale dunque non si pone come alternativa secca al procedimento penale, ma i due sistemi sono complementari e possono coesistere⁵². Tuttavia essi si distinguono certamente per quanto attiene ai presupposti, ai soggetti partecipanti e alle modalità con cui si persegue il fine ultimo della giustizia. In particolare, la giustizia riparativa favorisce un dialogo conciliativo tra «la persona

⁵⁰ Secondo la Raccomandazione del Consiglio d'Europa 2018/8, par. 3, la giustizia riparativa consiste in «ogni processo che consente alle persone che subiscono pregiudizio a seguito di un reato e a quelle responsabili di tale pregiudizio, se vi acconsentono liberamente, di partecipare attivamente alla risoluzione delle questioni derivanti dall'illecito, attraverso l'aiuto di un soggetto terzo, formato e imparziale». Per altre fonti in materia, v. Risoluzione del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite (ECOSOC) del 24 luglio 2002, n. 2002/12 sui *Basic principles on the use of restorative justice in criminal matters*; Raccomandazione del Comitato dei Ministri del 20 gennaio 2010, n. R(2010)1; Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. Sulle linee programmatiche in materia di giustizia riparativa contenute nella direttiva, cfr. S. PAOLETTI, *Giustizia riparativa: uno strumento per la tutela sostanziale della vittima*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1736 ss. L'attuazione di tali forme di giustizia riparativa nell'ordinamento italiano non è stata certo esente da critiche. Cfr., *ex multis*, F. CONSULICH, M. MIRAGLIA, *Costo del processo e fuga dalla giurisdizione. Il volto futuribile del sistema penale in due topoi: la giustizia riparativa e l'Ufficio per il processo*, in *DisCrimen*, 12 febbraio 2022; V. BONINI, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, in *La legislazione penale*, 15 giugno 2021, p. 1 ss. Sulla difficoltà di pervenire ad una definizione di giustizia riparativa, v. E. A. A. DEI-CAS, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell'ambito della legge delega Cartabia*, in *Arch. pen.*, 2021, p. 5; G. MANNOZZI-G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, p. 89.

⁵¹ *Riforma del processo penale, via libera dal Consiglio dei ministri al d.lgs.*, in *Giustizia News Online*.

⁵² «La scelta italiana è stata quella di un percorso “parallelo” volto alla ricomposizione del conflitto: non una giustizia alternativa alla giustizia tradizionale (con superamento del paradigma punitivo), e nemmeno un modello sussidiario, bensì complementare, volto alla ricomposizione del conflitto poiché compito dello Stato è anche quello di promuovere la pacificazione sociale». Così M. BORTOLATO, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in *Questione Giustizia*, 10 ottobre 2022. Secondo A. PRESUTTI, *Porte aperte al paradigma riparativo nella l. 27 settembre 2021, n. 134 di riforma della giustizia penale*, in *Sistema penale*, 20 luglio 2022, in https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1658301269_form-presutti-giustizia-riparativa.pdf, p. 8, la logica della complementarità rispetto al modello di giustizia vigente ne favorisce la penetrazione nel comune sentire del tessuto sociale. V. anche G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in *Enc. del diritto*, Annali, X, 2017, p. 466, che evidenzia alcune differenze concettuali tra l'*Oxford Dictionary* e la letteratura di settore: mentre nel primo la giustizia riparativa «è descritta come un sotto-sistema di quella penale», in dottrina si tende a «rivendicarne la piena autonomia filosofico-giuridica». Anche sulla finalità della giustizia riparativa si riscontra una divergenza: alla rieducazione del colpevole, propugnata dall'*Oxford Dictionary*, si contrappone la tutela della vittima, principale obiettivo individuato invece dai documenti sovranazionali. L'Autrice inoltre mette in luce la “interdipendenza funzionale” che sussiste nel rapporto tra giustizia riparativa e diritto penale, dal quale la prima «attinge sia la definizione dei conflitti – almeno fintanto che essa si collochi nel quadro dei valori costituzionali e sia coerente con l'orizzonte ultimo dei diritti inviolabili dell'individuo – sia un complesso di irrinunciabili garanzie individuali» (p. 483). Tuttavia, già da ora pare opportuno considerare che, almeno in una determinata ipotesi, cioè quella dei reati procedibili a querela, il modello di giustizia alternativa può rappresentare una vera e propria alternativa al processo penale, dal momento che il buon esito del programma riparativo comporta la remissione della querela e, di conseguenza, l'estinzione del reato. Cfr. M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, in *Sistema penale*, 2 novembre 2022, pp. 15-16, il quale afferma che «avvenuta la riparazione, la spada va deposta definitivamente e l'istituto prescelto dal delegato per formalizzare l'estinzione del reato è stato giustamente la remissione tacita della querela di cui all'art. 152 c.p.».

indicata come autore dell'offesa" (in questi termini si esprime la legge delega⁵³) e la vittima di reato, che acconsentono, liberamente e previa informazione in merito ai servizi disponibili e ai possibili esiti, a partecipare al percorso di mediazione per trovare un punto d'incontro attraverso la narrazione delle emozioni e dei sentimenti scaturiti dall'azione delittuosa⁵⁴. Si evince immediatamente un ruolo rafforzato della vittima di reato che in questi percorsi acquista una sua centralità, spesso negata in sede processuale; a tale soggetto viene infatti offerta la possibilità di illustrare il proprio vissuto e di comprendere le ragioni sottese al comportamento criminoso dalla persona accusata, al fine di giungere ad una riconciliazione ed eventualmente ad una riparazione del danno da quest'ultima procurato⁵⁵.

Eppure, già dalla lettura del nuovo art. 129-*bis* Cpp emerge qualche perplessità, in particolare laddove prevede che il giudice, prima di disporre con ordinanza l'invio degli interessati al Centro per la giustizia riparativa, debba sentire le parti, i difensori e, «se lo ritiene necessario, la vittima del reato»⁵⁶. Questa "curiosa asimmetria"⁵⁷ risulta poco chiara se non addirittura incomprensibile, considerato che i programmi di mediazione e conciliazione tra

⁵³ Cfr. *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, in https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1660058175_testo-relazione-illustrativa-riforma-processo-penale-cartabia.pdf, pp. 378-379, ove si chiarisce che «la scelta lessicale contempera il doveroso rispetto della presunzione di innocenza fino all'eventuale condanna definitiva, da un lato, e l'esigenza di mantenere l'uguale considerazione della vittima del reato e di colui che, pur ritenuto responsabile in via definitiva del reato medesimo, non sia sminuito per sempre dall'esperienza della colpa e dell'offesa. La locuzione ricomprende infatti unitariamente l'ampio ventaglio di soggetti che possono partecipare ai programmi di giustizia riparativa in materia penale in qualità di: persona sottoposta alle indagini, imputato, persona sottoposta a misura di sicurezza, persona condannata con pronuncia irrevocabile e persona nei cui confronti è stata emessa una sentenza di non luogo a procedere o non doversi procedere, per difetto della condizione di procedibilità, anche ai sensi dell'articolo 344-*bis* del codice di procedura penale, o per intervenuta causa estintiva».

⁵⁴ Il dialogo si realizza attraverso l'ascolto (*listening*) di una narrazione (*storytelling*), come illustrato da G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, cit., p. 476-477. Secondo M. BORTOLATO, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, cit., la giustizia riparativa introduce un modello di dialettica "tripolare": oltre allo Stato e alla persona accusata, anche la vittima del reato (o una vittima 'aspecifica') partecipa attivamente, a differenza di quanto avviene all'interno del processo penale, ove generalmente risulta marginalizzata o addirittura neutralizzata e spettatrice passiva. Ancora, V. BONINI, *Le linee programmatiche in tema di giustizia riparativa: il quadro e la cornice*, cit., p. 20, spiega efficacemente che la giustizia riparativa si contraddistingue «anche per il riconoscimento di un ruolo significativo alla vittima, recuperandone una centralità impensabile nella giurisdizione di cognizione, che si caratterizza per essere un luogo tendenzialmente inospitale per la vittima».

⁵⁵ Cfr. F. CONSULICH, M. MIRAGLIA, *Costo del processo e fuga dalla giurisdizione. Il volto futuribile del sistema penale in due topoi: la giustizia riparativa e l'Ufficio per il processo*, p. 5, secondo i quali «un'analisi comune dell'accaduto, nel quadro di un momento riparativo, potrebbe decongestionare l'affollato percorso dell'azione civile in sede penale». Gli Autori sottolineano inoltre che un percorso parallelo di riparazione potrebbe eliminare dal processo giurisdizionale elementi "spuri" ed evitarne la strumentalizzazione ad opera delle parti private.

⁵⁶ Nel corso delle indagini preliminari è competente il pubblico ministero con decreto motivato. La norma contenuta nell'art. 129-*bis* c.p.p., introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, ha carattere generale ed è destinata ad applicarsi in ogni stato e grado del procedimento. Cfr. M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, cit., p. 16.

⁵⁷ Così è stata definita da M. BOUCHARD, *Giustizia riparativa, se la vittima diventa "pietra d'inciampo"*, in *Il dubbio*, 21 settembre 2022.

le parti hanno proprio il vantaggio di favorire l'ascolto della vittima e di conferire dignità e valore al suo racconto⁵⁸.

Ora il profilo che qui maggiormente interessa nella prospettiva del presente studio attiene all'esito riparativo e al suo utilizzo in sede penale. Tale momento rappresenta infatti il punto di incontro (o di scontro) tra i tre filoni tematici (tutela della vittima, principio del *ne bis in idem* e giustizia riparativa) che abbiamo individuato nella premessa del presente contributo, al fine di rispondere ad alcuni quesiti. Occorre interrogarsi in particolare se una pronuncia del giudice che accerti la remissione della querela, e dunque l'estinzione del reato, a seguito dell'esito riparativo positivo⁵⁹ sia idonea a produrre efficacia preclusiva ai fini del *ne bis in idem*, anche su scala transnazionale alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Cosa accade però se l'estinzione viene dichiarata in una fase predibattimentale o in sede archiviativa, senza un contraddittorio pieno e comunque in uno stadio del procedimento penale in cui l'accertamento del fatto è in uno stato embrionale?

Per cercare di rispondere a tali quesiti, bisogna innanzitutto comprendere come il legislatore delegato abbia regolato la materia e, più specificamente, gli effetti dell'accordo conciliativo sull'*iter* procedimentale. La porta d'ingresso attraverso la quale gli esiti della mediazione (ri)entrano nel processo è costituita dalla relazione finale⁶⁰. Il mediatore è tenuto a redigere tale documento e a comunicarlo all'autorità giudiziaria, ma esso contiene esclusivamente la descrizione delle attività svolte e dell'esito riparativo raggiunto dai soggetti che vi hanno preso parte, senza nulla specificare in merito al contenuto del dialogo tra questi interlocutori⁶¹. Per parte sua, il giudice (o il pubblico ministero nella fase preliminare del procedimento) è tenuto a valutare lo svolgimento del programma riparativo e le condotte riparatorie svolte dalla persona indagata o imputata che si sia impegnata in tal senso. La *cognitio* giudiziale quale necessario presupposto del *iudicium* (e del giudicato) è in tal caso necessariamente dipendente da accertamenti esterni da parte di soggetti esterni non inquadrati nella magistratura. In presenza di una relazione che attesti la positiva risoluzione del conflitto, si prospettano due possibili conclusioni del procedimento in corso: se il reato contestato è procedibile a querela soggetta a remissione, allora l'autorità procedente dovrà dichiarare l'estinzione del reato, atteso che il successo del percorso riparativo equivale ad una remissione tacita; nel caso di reato procedibile d'ufficio o a querela irrevocabile, il giudice dovrà tenere in considerazione il contenuto della relazione ai fini del calcolo del *quantum* di

⁵⁸ La previsione contenuta nell'art. 129-*bis* c.p.p. non appare in linea con quanto richiesto dall' art. 12, comma 1, lett. a) della Direttiva 2012/29/UE, nella parte in cui afferma che «si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima, in base a considerazioni di sicurezza».

⁵⁹ Art. 152 c.p., come modificato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

⁶⁰ Cfr. M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, cit., p. 20, il quale spiega che la relazione del mediatore «è l'unico ed esclusivo veicolo di conoscenza che il giudice ha rispetto a quello che è avvenuto nello spazio riparativo». Per il resto, il processo penale è tendenzialmente impermeabile a quanto accade alla presenza del mediatore, tanto che tale soggetto è vincolato dal dovere di riservatezza e dal segreto. Sulle esigenze di impermeabilità tra i due modi, v. anche L. PARLATO, *Verso un dialogo tra giustizia riparativa e penale? Bisogna "mediare"*, in *Giustizia Insieme*, 4 luglio 2022, p. 15 ss.

⁶¹ V. *Relazione illustrativa allo schema di decreto*, p. 402, ove si specifica che in tal modo «l'autorità giudiziaria è in grado di acquisire il risultato di un percorso di giustizia riparativa nei termini essenziali dell'accordo consensualmente raggiunto». La relazione finale è un documento che attiene al rapporto tra vittima e accusato, per tale ragione, come sostenuto da M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, cit. p. 20, non è stata battuta la via dell'art. 236 c.p.p. Peraltro, il dialogo in sede riparativa non è vincolato dalle forme tipiche del processo penale, ma è un flusso di coscienza libero dal lessico tecnico e funzionale invece a trasmettere emozioni e a costruire un rapporto empatico. Cfr. J.M. TAMARIT SUMALLA, *El lenguaje y la realidad de la justicia restaurativa*, in *Revista de victimología*, 2020, p. 43 ss.

pena *ex art.* 133 c.p.⁶². All'indomani della pubblicazione del decreto, la dottrina ha immediatamente evidenziato che una simile impostazione non si limita a sancire la complementarità dei sistemi, ma in realtà edifica un'opzione potenzialmente alternativa alla giustizia tradizionale allorquando le parti manifestino la volontà di tentare la via conciliativa per giungere all'estinzione del reato procedibile a querela revocabile⁶³.

A questo punto, è necessario aggiungere un altro tassello ad un *puzzle* già abbastanza complicato. Viene infatti spontaneo chiedersi se la decisione che accerti l'estinzione del reato, a seguito di una valutazione favorevole in merito al *restorative outcome*, sia idonea a produrre efficacia preclusiva anche nei confronti degli Stati membri, soprattutto nell'ipotesi in cui essa venga pronunciata in una fase predibattimentale, nella quale persino l'ipotesi di reato è connotata da una certa fluidità e suscettibile di modificazioni⁶⁴. Chiaramente il consenso della vittima di reato a partecipare al programma riparativo manifesta in modo univoco l'intenzione di tale soggetto di tentare la conciliazione con la persona indicata come autore del reato e, qualora l'esito sia positivo, a non proseguire il procedimento penale⁶⁵.

La declaratoria di estinzione del reato all'interno del nostro ordinamento giuridico è dotata di efficacia preclusiva alla stregua di qualsiasi altra decisione che abbia risolto il tema della responsabilità penale⁶⁶. Come ci insegna la giurisprudenza della Corte di Giustizia, «occorre aggiungere che il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 della CAAS, implica necessariamente che esista una fiducia reciproca degli Stati contraenti nei confronti dei loro

⁶² Si sancisce inoltre il divieto per il giudice di utilizzare *in malam partem* la relazione che attesti il fallimento del programma riparativo o la sua interruzione. Cfr. *Relazione illustrativa allo schema di decreto*, p. 403. Cfr. M. DONINI, Septies in idem. *Dalla «materia penale» alla proporzionalità delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, cit., p. 2298, il quale focalizza l'attenzione sulla componente riparatoria della pena, il cui massimo edittale tiene conto della mancata attivazione del soggetto responsabile per elidere o attenuare le conseguenze del fatto illecito o per risarcire il danno cagionato. Secondo l'Autore, risarcimento e riparazione costituiscono forme di «pena agita» e non invece pena subita; il rapporto autore-vittima e il «postfatto» incidono quindi sulla determinazione del *quantum* di pena.

⁶³ In tal senso, v. M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, cit., p. 15.

⁶⁴ Cfr. S. RUGGERI, *Decisione in ipotesi, estinzione del reato e tutela dell'innocenza. Riflessioni acroniche su accertamento giudizio e giudicato*, in *La legislazione penale*, 22 aprile 2021, pp. 23-24, secondo il quale la decisione estintiva contiene quantomeno un accertamento concernente la «valutazione di fondatezza probatoria dell'imputazione». Sul rapporto tra giudizio e giudicato, cfr. in questo volume ID., *Norma, giudizio e giudicato. Una riflessione sulla tutela penale alla luce del ne bis in idem transnazionale nell'era dell'interlegalità*.

⁶⁵ Più esattamente, l'ordinamento costruisce una presunzione in tal senso. Cfr. M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, cit. p. 15, che lo spiega nei seguenti termini: «l'ordinamento presume [...] che il raggiungimento di un accordo riparativo (l'esito riparativo presuppone sempre un accordo ai sensi dell'art. 42, comma 1, lett. e) determini il venir meno della volontà di punizione da parte della vittima, ossia della volontà di attivare la giustizia contenziosa». Cfr. Cass., sez. IV, n. 4059, 29 gennaio 2014, in *Ced. Cass.*, rv. 25847, secondo la quale «la remissione extraprocessuale tacita della querela presuppone condotte assolutamente incompatibili con la volontà di persistere nell'istanza punitiva». In senso conforme, v. anche Cass., sez. V, n. 46808, 21 dicembre 2005, in *Ced. Cass.*, rv. 233041, in cui si afferma che la remissione extraprocessuale della querela «può essere anche tacita ma deve fondarsi su un comportamento univoco incompatibile con la volontà di persistere nell'istanza punitiva». Inoltre, l'apprezzamento delle specifiche circostanze di fatto e degli elementi che nella fattispecie possono costituire la remissione tacita della querela è rimesso al giudice di merito, il quale deve fornire adeguata motivazione in relazione al proprio convincimento. Così Cass., sez. V, n. 1096, 17 febbraio 1981, in *La giustizia penale*, 84, III, p. 586. Cfr. G. LATTANZI, *Codice penale annotato con la giurisprudenza*⁴, Milano, 2008, p. 499.

⁶⁶ Così S. RUGGERI, *Decisione in ipotesi, estinzione del reato e tutela dell'innocenza. Riflessioni acroniche su accertamento giudizio e giudicato*, cit., p. 11. L'Autore specifica che ciò che si estingue non è il reato ma «il dovere punitivo relativo a un fatto del passato».

rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetti l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati contraenti, anche quando il ricorso al suo diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse»⁶⁷. Ma già nel caso *Gözütok e Brügge* i giudici di Lussemburgo fornirono apprezzabili indicazioni, applicabili alla questione in esame per rispondere alle domande che fin qui ci siamo posti⁶⁸. In quell'occasione, la Corte osservò che l'azione penale può estinguersi a seguito di una decisione del pubblico ministero, a condizione che la persona accusata avesse soddisfatto determinati obblighi di natura pecuniaria⁶⁹. Abbiamo osservato che neppure la circostanza che la procedura si fosse svolta senza l'intervento di un giudice fu ritenuta idonea ad escludere l'efficacia di *ne bis in idem* a una simile decisione⁷⁰ e allo stesso modo risultò irrilevante che la vittima non avesse ricevuto debita tutela dei propri diritti⁷¹, come cecepito dal governo belga⁷².

Seguendo un ragionamento analogo, la decisione estintiva del reato, emessa a seguito di un esito riparativo favorevole, dovrebbe dispiegare efficacia preclusiva anche a livello transnazionale, persino nell'ipotesi in cui sia il pubblico ministero a determinarsi nel senso di chiedere l'archiviazione⁷³. E al medesimo risultato giungeremmo anche applicando a tale provvedimento il *test Turansky*⁷⁴: difatti, la declaratoria di estinzione del reato termina il procedimento penale ed estingue lo *ius puniendi* dell'ordinamento giuridico; essa inoltre è considerata una decisione definitiva ai sensi del diritto interno e, per tale ragione, è dotata di efficacia preclusiva.

Tuttavia, una simile pronuncia conterrebbe un accertamento nel merito alquanto scarso⁷⁵, considerato che l'autorità giudiziaria, al momento di vagliare l'utilità del percorso riparativo, deve limitarsi ad una prognosi basata sulle questioni derivanti dal fatto per cui si procede e sulle caratteristiche dei soggetti coinvolti⁷⁶. D'altra parte, però, il nuovo 129-*bis* subordina l'avvio del programma riparativo alla condizione che questo non comporti un

⁶⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, 28 settembre 2006, C-467/04, *Gasparini*, ECLI:EU:C:2006:610, punto 30.

⁶⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gözütok e Brügge*, cit., punto 25 ss.

⁶⁹ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gözütok e Brügge*, cit., punti 27-28.

⁷⁰ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gözütok e Brügge*, cit., punto 31.

⁷¹ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gözütok e Brügge*, cit., punto 47. Qui i giudici di Lussemburgo precisano che il principio del *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 54 CAAS, costruito per tutelare la persona giudicata con sentenza definitiva, non impedisce comunque alla vittima di agire in sede civile per il risarcimento del danno sofferto.

⁷² Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gözütok e Brügge*, cit., punto 41.

⁷³ Sull'efficacia della decisione archiviativa in ambito estradizionale, v. in questo volume A. FALCONE, *Ne bis in idem e procedimento estradizionale: il problema dell'efficacia preclusiva del provvedimento archiviativo nello scenario giuridico europeo*.

⁷⁴ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Turanskyj*, cit., punti 34 ss.

⁷⁵ Già con riferimento alla legge delega M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, p. 380, sottolineavano che non era stata presa alcuna posizione su un tema fondamentale come l'accertamento del fatto e l'ammissione dello stesso.

⁷⁶ Compatibilmente con la presunzione d'innocenza, l'autore del reato dovrà riconoscere non la propria responsabilità penale ma quantomeno «da propria condotta dal punto di vista fattuale». Così E. A. A. DEI-CAS, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell'ambito della legge delega Cartabia*, cit., p. 15. Cfr. M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, cit. pp. 17-18, il quale mette in evidenza la peculiarità di un simile giudizio, nettamente diverso da quello che il giudice deve effettuare in sede cautelare o quando decida in merito alle intercettazioni. Non bisogna però trascurare che il principio di obbligatorietà che impronta l'azione del pubblico ministero impone al titolare delle investigazioni di verificare tutte «le possibili fattispecie giudiziali rilevanti, senza indugio né frammentazione»; così E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 464. Ciò vale anche nelle ipotesi in cui si prospetti la fattibilità di un programma riparativo, in modo tale che tutte le implicazioni penali discendenti dal fatto vengano trattate unitariamente.

pericolo concreto per gli interessati e per l'accertamento dei fatti. Una simile impostazione relativizza molto (o almeno tempera) quella dipendenza cognitiva che invece si instaura sul fronte dei presupposti e dell'andamento del percorso di riparazione. La strada della riparazione può quindi essere battuta solo quando la funzione accertativa del procedimento penale non rischi di essere pregiudicata⁷⁷; non appare del tutto remota la possibilità che l'autorità giudiziaria in un prossimo futuro si appoggi di frequente a tale clausola generale, sbarrando così l'accesso dei soggetti coinvolti alla via della conciliazione⁷⁸.

5. *Riflessioni conclusive*

Giunti al termine di questo studio, è opportuno svolgere alcune considerazioni finali sulle modalità con cui si incrociano i temi del *ne bis in idem*, della tutela della vittima e della giustizia riparativa. Tale ultimo istituto, da un lato, parrebbe rappresentare un luogo ideale in cui la persona che patisce le conseguenze del reato abbia la possibilità di esprimere il proprio vissuto in forma libera e senza la ritualità tipica della sede processuale; d'altro lato, abbiamo prospettato il rischio che il percorso conciliativo produca una "fuga dalla giurisdizione" e favorisca invece la soluzione del conflitto al di fuori delle aule di tribunale, salvo poi essere ratificate nella sede giurisdizionale. Una simile ipotesi appare ancor più plausibile in presenza di reati procedibili a querela soggetta a remissione, per i quali, come abbiamo visto, la giustizia riparativa rappresenta davvero un'alternativa a quella tradizionale, potendo il resto estinguersi in seguito a comportamenti extraprocessuali. La 'giurisdizionalizzazione' di un tale esito avviene tramite la decisione proscioglitrice che accerta l'estinzione del reato sulla scorta della valutazione attinente alla buona riuscita della mediazione e al compimento di eventuali "impegni comportamentali" assunti dalla persona accusata⁷⁹. Ed è proprio quest'ultimo provvedimento a sprigionare l'efficacia preclusiva tipica del *ne bis in idem*, dal momento che esso contiene la declaratoria di estinzione del reato⁸⁰.

Come dimostra quel filone giurisprudenziale che fa capo alla sentenza *Gözütok e Brügge*, il principio del muto riconoscimento richiede che gli Stati membri accettino la validità di una tale conclusione del procedimento penale. Tuttavia, una differenza di non poco conto merita di essere segnalata. In quell'occasione, difatti, la Corte di Giustizia, che ha sempre interpretato il principio del *ne bis in idem* in una prospettiva accusato-centrica, aveva riconosciuto efficacia preclusiva ad una decisione del pubblico ministero che non tutelava in alcun modo la vittima. Il nuovo impianto della giustizia riparativa approntato dalla riforma Cartabia, il quale certamente si dimostra perfettibile, ha però il vantaggio di subordinare tale conclusione del procedimento penale a diversi presupposti che, complessivamente, costruiscono una tutela della vittima abbastanza soddisfacente: dapprima il giudice deve valutare l'utilità del

⁷⁷ In questo senso v. M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, cit. p. 19.

⁷⁸ Cfr. G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, cit., p. 483, che sottolinea il rischio che «a un cattivo uso della giustizia riparativa possano conseguire, da un lato, un possibile affievolimento dei diritti e delle garanzie individuali e, dall'altro, un eventuale potenziamento del sistema repressivo».

⁷⁹ Cfr. art. 152 c.p., come modificato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

⁸⁰ Cfr. S. RUGGERI, *Decisione in ipotesi, estinzione del reato e tutela dell'innocenza. Riflessioni acroniche su accertamento giudizio e giudicato*, cit. pp. 12-13, il quale, riprendendo un grande Maestro, Angelo Falzea, inquadra tale decisione nell'ambito di quei fatti d'accertamento ad efficacia bivalente, «idonea a coprire l'alternativa tra modificazione (costitutiva o estintiva) e conservazione».

programma ed è richiesto il consenso della persona offesa dal reato a partecipare ai percorsi di giustizia riparativo; in sede di mediazione le è consentito raccontare la propria esperienza ed esprimere liberamente le emozioni vissute; infine, l'autorità competente per fase è tenuta a valutare l'effettivo raggiungimento di un esito conciliativo e del compimento di atti riparatori da parte del presunto autore del reato, alla luce di quanto contenuto nella relazione finale redatta dal mediatore.

Ciononostante, rimane comunque auspicabile che la protezione di tale soggetto non si compia solo *out of courts*, ma anche nelle sedi della giustizia classica. D'altra parte, siamo ormai abituati, grazie alla proliferante giurisprudenza in materia della Corte europea dei diritti dell'uomo, alla rilettura di principi tradizionali in un'ottica maggiormente garantista degli interessi facenti capo a chi ha subito le conseguenze dannose del fatto di reato. E proprio l'interpretazione estensiva del *ne bis in idem*, proposta nella sentenza *Sabalić*, testimonia la tendenza ad ampliare gli spazi e le garanzie dedicati alla vittima di reato, con l'obiettivo di realizzare un processo autenticamente *fair* per tutti coloro che siano coinvolti.

ABSTRACT: *Ascertainment of facts and ne bis in idem principle: the protection of victim in restorative justice*

The principle of *ne bis in idem* has generally constituted a fundamental safeguard for the accused. The European Court of Human Rights, however, delivered some recent decisions which dealt with this guarantee with an original approach. This paper analyses this problematic field along the lines of ECtHR and ECJ judgments regarding *ne bis in idem* principle in order to understand whether and how the European courts took into consideration the interests of the aggrieved parties.

Against this framework, the contribution will deal also with some problematic issues raised by the Italian reform of criminal justice, which introduced new forms of restorative justice between the victim and the accused. In particular, when the restorative program takes place during the investigative stage of a criminal proceeding, the positive outcome determines the extinction of the crime. Therefore, it is relevant to understand the effects produced by such termination of the proceeding, in order to verify whether this decision can preclude a subsequent prosecution *de eadem re et persona* and can be considered compatible with ECJ case-law in the field of *ne bis in idem* principle.

An original definition of this relevant safeguard which takes into account the victim's position is of the utmost importance to enhance an overall concept of the right to a fair trial.

**PRESCRIZIONE PROCESSUALE E NE BIS IN IDEM:
L'EFFICACIA PRECLUSIVA DEL GIUDICATO ALLA PROVA DEL TEMPO**

CLAUDIO ORLANDO*

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. L'efficacia preclusiva dell'improcedibilità per superamento dei termini di fase sul piano interno. – 3. *Ne bis in idem* transnazionale e improcedibilità temporale: la necessità di una valutazione nel merito. – 4. Riflessioni conclusive.

1. *Il problema*

Nell'ambito della scienza processualpenalistica il principio del *ne bis in idem* esprime tradizionalmente l'effetto preclusivo generato dalla *res iudicata*, il quale determina l'impossibilità che le decisioni adottate dall'autorità giudiziaria, una volta diventate definitive ed irrevocabili, siano rimesse in discussione *sine die*¹. Se fosse possibile, infatti, contestare a tempo indeterminato gli esiti dell'accertamento processuale, i giudizi penali non avrebbero mai fine e rimarrebbe svuotato il concetto stesso di giudicato, il quale mira ad assicurare una tutela certa e stabile delle situazioni giuridiche². Chiaro ed inequivocabile, dunque, è il suo inquadramento nell'ambito della dottrina della cosa giudicata, della quale costituisce senza alcun dubbio una delle sue più esemplari "manifestazioni": «non l'unica né l'esclusiva ma senz'altro la più pura, in quanto consistente in una preclusione neutra ed in quanto, perciò, testimonianza di un ciclo del giudizio che comunque si chiude»³. Si tratta, peraltro, di una preclusione talmente forte da travalicare persino i confini imposti dal binomio *cognitio/res iudicata*, essendo idonea a coprire anche fatti rispetto ai quali l'azione penale non è stata esercitata e finanche fatti verificatisi in un momento successivo alla sua formazione⁴: come

* Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Messina.

¹ Molto efficace la definizione fornita da G. DI CHIARA, *Le pietre e l'arco. Ne bis in idem, mappatura delle funzioni e sfide della complessità: uno sguardo introduttivo*, in A. MANGIARACINA (a cura di), *Il ne bis in idem*, Torino, 2021, p. 4: «Un argine meccanico, che struttura, *prima facie*, un semplice raccordo implicativo, plasmato secondo il modello dell'*if/then*: al sopravvivere dell'irrevocabilità della sentenza o del decreto penale di condanna, che sigilla un ciclo di accertamento giudiziario giunto a epilogo definitivo, segue il divieto di iterare l'accertamento *de eadem persona et res*».

² Cfr. Corte costituzionale, 7 aprile 2014, n. 90.

³ Così efficacemente S. RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, p. 295; ID., *Giudicato penale*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 2010, p. 450; v. anche T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 2010, p. 858; G. DE LUCA, *Giudicato: II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, p. 1 ss.; ID., *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, p. 124 ss. sostiene perfino che il divieto di un secondo giudizio *de eadem re et persona* rappresenti una manifestazione non tanto principale quanto addirittura esclusiva della *res iudicata*; G. LOZZI, *Giudicato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 912 ss.; ID., *Profili di un'indagine tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, 1974, p. 10 ss.

⁴ E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, p. 4 ss.; V. DI NUZZO, *Le trasformazioni di una garanzia: il ne bis in idem tra necessaria protezione dell'accusato e nuove istanze di tutela della vittima di reato*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 209.

sapientemente affermò Franco Cordero nella sua Procedura, infatti, il giudicato penale copre non solo il dedotto e il deducibile ma anche il «futuribile»⁵.

Il giudicato penale e il principio del *ne bis in idem*, insomma, si pongono come valvola di chiusura dell'accertamento penale, esigendo che lo stesso concluda definitivamente il suo ciclo, sicché né la stessa autorità giudiziaria né altro giudice possano rimettere in discussione quanto cristallizzato nel provvedimento definitivo. Alla luce di ciò, la *ratio* del divieto di reiterazione del giudizio nei confronti della medesima persona e per il medesimo fatto è, in primo luogo, da rinvenirsi nella necessità di preservare il principio di certezza del diritto nella sua proiezione oggettiva⁶, inteso in termini di obiettiva prevedibilità delle conseguenze giuridiche che l'ordinamento giuridico riconduce al compimento di determinati atti o fatti dotati di rilevanza giuridica⁷. Tale principio, in ogni caso, non esaurisce la sua linfa vitale nell'esigenza che la decisione acquisisca e mantenga un certo grado di stabilità: esso, infatti, assume rilevanza anche rispetto al versante soggettivo del principio di certezza del diritto⁸, facendosi carico di tutelare il legittimo affidamento del soggetto destinatario della decisione a non essere nuovamente imbrigliato nelle maglie di un procedimento penale per il medesimo fatto. In questa prospettiva il principio del *ne bis in idem* assume i connotati di una «garanzia *ad personam*»⁹, di un diritto fondamentale dell'individuo «contro l'insidia dell'arbitrio»¹⁰. E ciò

⁵ Così F. CORDERO, *Procedura penale*, Varese, 1966, pp. 292-293: «chi è stato assolto o condannato per un'imputazione di lesioni non può essere giudicato una seconda volta per omicidio qualora, a causa delle lesioni, la vittima muoia successivamente».

⁶ Copiosa è la giurisprudenza costituzionale sul punto: v. Corte costituzionale, 2 aprile 1970, n. 50, nella quale si legge che «assolve un'esigenza logica prima che giuridica la legge che traccia le linee del procedimento in modo che esso abbia a progredire verso la soluzione finale attraverso la concatenazione di atti di valore definitivo, così da impedire la perpetuazione dei giudizi»; Corte costituzionale, 12 luglio 1972, n. 136, secondo cui «ovvie esigenze di certezza delle situazioni giuridiche, presenti in tutti gli ordinamenti, richiedono d'altronde che ad un certo momento il processo si concluda irrimediabilmente, restando assorbiti nella definitività delle decisioni eventuali vizi in procedendo o *in iudicando*. Altrimenti detto, la garanzia del diritto di difesa opera nel processo, finché questo è in corso di svolgimento, ma non postula anche – in contrasto con le accennate esigenze – che il processo permanga indefinitamente aperto»; Corte costituzionale, 30 aprile 2008, n. 129, la quale sottolinea la «funzione costituzionale del giudicato». In dottrina v. T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 860, il quale sottolinea che «senza il *ne bis in idem* così inteso, in altre parole, nessuna decisione, per quanto irrevocabile e rimasta intatta, potrebbe garantire la certezza propria del giudicato»; L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2020, p. 99 ss.; F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, Milano, 2009, p. 59 ss.

⁷ Si veda sul punto G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 89 ss.; G. DI CHIARA, *Le pietre e l'arco*, cit., p. 6 ss.; T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 861; S. MARGIOTTA, *Certezza del diritto e diritto positivo*, in *Nomos*, 2021, p. 1 ss.

⁸ Cfr. A. PROCACCINO, *Metamorfosi del ne bis in idem: da "certezza del diritto" a "divieto di doppio processo" a "possibilità di procedimenti integrati"*, in D. CHINNICI, A. GAITO (a cura di), *Regole europee e processo penale*, 2018, p. 325 ss.; M. BONTEMPELLI, *Prova, verità e giudicato penale*, in *Archivio penale*, 2020, p. 10; G. DI CHIARA, *Le pietre e l'arco*, cit., p. 6 ss.

⁹ Sul punto v. M. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in M. BARGIS (a cura di) G. CONSO, V. GREVI (fondatori), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2020, p. 909.

¹⁰ Così G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 89; v. anche T. RAFARACI, *Il principio del ne bis in idem nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in A. DI STASI, L. S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 333; F.S. CASSIBBA, *I limiti normativi del ne bis in idem in Italia tra fonti nazionali ed europee*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2018, p. 956 ss.; G. DI CHIARA, *Le pietre e l'arco*, cit., p. 10; N. GALANTINI, *Il divieto del doppio processo come diritto della persona*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, p. 97 ss.; V. DI NUZZO, *Le trasformazioni di una garanzia: il ne bis in idem*, cit., p. 209. Per un approfondimento sul rapporto fra *ne bis in idem* e la tutela di soggetti diversi dall'imputato si veda in questo volume E. MALINO, *Completezza delle indagini preliminari e ne bis in idem: i risvolti*

è ampiamente dimostrato dal fatto che la forza preclusiva del *ne bis in idem*, seguendo la lettera dell'art. 649 Cpp, si attiva in ragione della emanazione di una sentenza che esprima un *iudicium* sulla responsabilità penale dell'imputato, a prescindere pertanto dal contenuto decisorio della stessa¹¹.

Ed è proprio in quest'ottica che si innesta l'analisi che cercheremo di sviluppare in questo studio. Di recente il sistema di giustizia penale italiano è stato interessato da una profonda riforma legislativa¹² che mira, *in primis*, a razionalizzare in termini di efficienza lo svolgimento del procedimento penale. In questa prospettiva, il legislatore ha introdotto nel codice di procedura penale l'art. 344-*bis*, che configura un'inedita ipotesi di "improcedibilità dell'azione penale" la quale scatta automaticamente allo scadere di specifiche tempistiche tassativamente indicate per i giudizi di impugnazione: in specie, due anni per l'appello e un anno per la cassazione¹³. Con l'introduzione di questo nuovissimo istituto, in parte configurato sul modello dei c.d. *speedy trial time limits* statunitensi, i tempi del procedimento penale sono adesso governati da due distinte clessidre¹⁴: sino alla conclusione del giudizio di primo grado la prescrizione opererà sul piano sostanziale come causa estintiva del reato; nei giudizi impugnatori, invece, quest'ultima verrà sostituita da una vera e propria prescrizione processuale che determina l'improcedibilità dell'azione penale allo spirare dei termini previsti dalla norma, estinguendo così il potere del giudice di proseguire nell'accertamento dei fatti oggetto di contestazione¹⁵.

applicativi dell'interazione dei principi della giustizia penale; V. DI NUZZO, *Accertamento penale e principio del ne bis in idem: la tutela della vittima di reato nella giustizia riparativa*.

¹¹ Cfr. S. RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, cit., p. 289 ss.; ID., *Giudicato penale*, cit., p. 450, il quale evidenzia che la preclusione del *ne bis in idem*, «se è sì indifferente all'esito dell'accertamento, [...] non lo è affatto alla circostanza che l'accertamento in sé, e non un accertamento purchessia, sia avvenuto: decisiva è insomma la circostanza che il giudizio abbia attraversato tutte le tappe della cognizione necessarie per affrontare nella sua straordinaria poliedricità il tema della colpevolezza o che comunque il risultato decisorio rispecchi un simile accertamento, se non risolvendo comunque decidendo [...] la complessa questione concernente la responsabilità dell'imputato»; T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 866, il quale sottolinea l'intrinseca riluttanza del *ne bis in idem* a lasciarsi condizionare dal contenuto decisorio della sentenza irrevocabile: «né il tenore della pronuncia (condanna, proscioglimento), né il contenuto dell'accertamento sembrano condizionare la genesi del divieto o delimitare la sua sfera applicativa»; G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 154 ss.; per una ricostruzione generale sulla cosa giudicata sotto la vigenza del codice Rocco v. anche F. CORDERO, *Procedura penale*, cit.; ID., *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981, p. 604 ss.; ID., *Scrittura e oralità nel rito probatorio*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Milano, 1965, p. 365.

¹² Decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, in attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, pubblicato in G.U., Suppl. ord. n. 38/L, Serie generale n. 243, 17 ottobre 2022.

¹³ Ai sensi del comma 3 dell'art. 344-*bis* Cpp i termini di fase decorrono dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine previsto dall'art. 544 Cpp per il deposito della sentenza.

¹⁴ Sul punto v. A. SCALFATI, *L'improcedibilità ratione temporis: una mina nel sistema*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 804 ss., il quale sottolinea che «l'esistenza di un doppio criterio temporale (indagini preliminari, udienza, giudizio, dal un lato, impugnazioni, dall'altro) determina l'ampliamento cronologico a dismisura del procedimento di primo grado (si può spendere l'intero termine prescrizione) e la contrazione delle fasi impugnatorie, con il rischio, nel complesso, di estendere i tempi giudiziari»; sul tema vedi anche G. SPANGHER, *Questioni in tema di sistema bifasico (prescrizione/improcedibilità)*, in *Diritto penale e processo*, 2021, p. 1444; O. MAZZA, *A midsummer night's dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione)?*, in *Archivio penale*, 2021, p. 1 ss.; R. ORLANDI, *Riforma della giustizia penale: due occasioni mancate e una scelta ambigua in tema di prescrizione*, in www.discrimen.it, 2021, p. 1 ss.; M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, p. 354 ss.

¹⁵ In tema v. G. BALBI, *Il decorso del tempo tra prescrizione e improcedibilità*, in *La legislazione penale*, 2022, p. 2, il quale sottolinea che «il quadro complessivo del rapporto tra la prescrizione e la nuova causa di non procedibilità, se

Al di là delle questioni lessicali¹⁶, che comunque rivestono un ruolo importante per una corretta comprensione dell'istituto in esame, il dato che più di ogni altro rileva ai fini del presente studio è la versatilità con cui questa nuova forma di improcedibilità si atteggia in relazione alle dinamiche inerenti al principio del *ne bis in idem*, non solo nella sua dimensione interna ma anche – per non dire soprattutto – nella sua versione transnazionale, così come riconosciuta dall'art. 54 della Convenzione Applicativa dell'Accordo di Schengen (CAAS) che estende il divieto di iterazione del giudizio *de eadem persona et re* alle giurisdizioni degli altri Stati contraenti¹⁷.

Alla luce di ciò, il principale problema con cui è chiamato a confrontarsi chi voglia affacciarsi a questa materia è quello di individuare quali decisioni siano idonee a spiegare la forza preclusiva necessaria per l'attivazione di tale fondamentale garanzia. Pertanto, dopo aver esaminato in che rapporto una siffatta pronuncia di improcedibilità si ponga con la

mi passate la metafora, sembra evocare l'immagine di un anziano gentiluomo, di antiche origini e nobili principi – per quanto segnato, e non di poco, dalle vicende della vita –, costretto improvvisamente a convivere con un aziendalista rampante che persegue i *teloi* delle performance e dell'efficienza implementandoli, però, su di un *Business plan* estremamente confuso»; R. BARTOLI, *Il nuovo volto della prescrizione: dalle concezioni garantiste alle concezioni stataliste*, in *Sistema penale*, 2020, p. 65 ss.; P. FERRUA, *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzj*, in www.discrimen.it, 2021, p. 7 ss.; ID., *La singolare vicenda della "improcedibilità"*, in *Il Penalista*, 27 agosto 2021.

¹⁶ Certamente controversa è la locuzione adoperata nella rubrica dell'art. 344-*bis* che identifica la struttura della fattispecie in una sopravvenuta "causa di improcedibilità dell'azione penale". Eloquenti, in tal senso, le parole di D. NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *Sistema penale*, 2022, p. 52: «Si potrebbe obiettare che l'azione penale non è direttamente implicata nel fenomeno giuridico al nostro vaglio. [...] Conviene subito segnalare la dubbia correttezza del riferimento testuale all'«azione penale» come predicato della «improcedibilità», nella specifica forma disciplinata dall'art. 344-*bis* c.p.p. Quest'ultima non impedisce alcuna iniziativa penale del pubblico ministero, bensì preclude al giudice di procedere oltre nello stadio dell'impugnazione quando sia stato raggiunto il limite cronologico fissato dalla legge. Si tratta di prediligere la tesi, più adatta alla fisionomia e all'ambito operativo dell'istituto, secondo cui, una volta esercitata l'azione, la sequenza di atti verso l'epilogo non resta governata da quella, alla stregua d'una sua prosecuzione; trova invece impulso nell'alternarsi dei comportamenti tenuti dalle parti, riflesso delle rispettive situazioni giuridiche, e dei poteri-doveri del giudice. [...] L'importante è non far dipendere l'inquadramento del nuovo istituto dalla parziale improprietà terminologica del testo normativo». Sul punto v. anche E. AMODIO, *La cultura della speditezza processuale nella Riforma Cartabia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2022, p. 17 ss.; P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 262 ss.; ID., *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzj*, cit., p. 1 ss.; ID., *La singolare vicenda della "improcedibilità"*, cit.; D. PULITANO, *Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa*, in *Sistema penale*, 2021, p. 2 ss.; A. MARANDOLA, *Gli incerti orizzonti dell'improcedibilità per decorrenza dei termini ragionevoli nei giudizi di impugnazione*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *La Riforma Cartabia*, Pisa, 2021, p. 55 ss.; A. DE CARO, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell'azione e l'estinzione del processo*, in *Archivio Penale*, 2020, p. 11 ss.

¹⁷ Il principio del *ne bis in idem* nella sua dimensione transnazionale, pertanto, è diretto a garantire che «un soggetto giudicato con sentenza definitiva in uno Stato membro non sia nuovamente perseguito, per lo stesso fatto, da parte delle autorità di un altro Paese membro: in questi termini B. GALGANI, *Ne bis in idem e spazio giuridico europeo*, in A. MANGIARACINA (a cura di), *Il ne bis in idem*, Torino, 2021, p. 235. Sul punto v. anche N. GALANTINI, *Il ne bis in idem nello spazio giuridico europeo: traguardi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, p. 1 ss.; B. NASCIMBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 1 ss.; C. AMALFITANO, *Ne bis in idem tra Carta dei diritti fondamentali e convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen*, in *Eurojus*, 2014; J. A. E. VERVAELE, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 51 ss.; A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Cambridge, 2021, p. 356 ss.; V. FELISETTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali*, in *La legislazione penale*, 2017, p. 1 ss.; G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia nello scenario dell'integrazione europea*, in *La legislazione penale*, 2015, p. 1 ss.

regola del *ne bis in idem* sul piano interno, l'analisi si sposterà sul versante della giustizia penale transnazionale, al fine di comprendere se le caratteristiche proprie di questa peculiare sentenza incontrino i requisiti posti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia alla base del divieto di un secondo giudizio.

2. L'efficacia preclusiva dell'improcedibilità per superamento dei termini di fase sul piano interno

Come abbiamo visto, la lettera dell'art. 649 Cpp prevede che il *ne bis in idem* precluda l'instaurazione di un nuovo giudizio *de eadem re et persona* per il sol fatto che venga emessa una sentenza, a nulla rilevando il contenuto decisorio della stessa¹⁸. Tanto è vero che nell'ordinamento giuridico italiano viene riconosciuta piena efficacia preclusiva anche a pronunce tipicamente denominate "di rito", quali ad esempio le sentenze di non doversi procedere per mancanza di una condizione di procedibilità: un'efficacia preclusiva, si badi bene, che nulla ha di meno o di diverso rispetto a quella propria di qualsivoglia sentenza di assoluzione o di condanna, in ragione dello strettissimo legame sussistente tra l'accertamento delle questioni inerenti al procedere e il tema dell'imputazione¹⁹. Pertanto, in dottrina il giudicato penale è stato paragonato ad un «gigantesco estuario» in cui convergono molteplici ed eterogenei «affluenti decisori»²⁰.

Eppure, nonostante la straordinaria ampiezza del giudicato penale, non ogni decisione sul procedere è idonea a sprigionare tale forza preclusiva. Si pensi, ad esempio, alla declaratoria di improcedibilità contenuta in una sentenza di non luogo a procedere emanata all'esito dell'udienza preliminare, alla quale non viene di regola riconosciuta la forza preclusiva del *ne bis in idem*, in quanto pronunciata sulla base di elementi prevalentemente assunti senza contraddittorio e al di fuori del circuito dialettico²¹. Ancora, si prenda in considerazione la decisione che dichiara il difetto di giurisdizione, la quale non implica un

¹⁸ Cfr. S. RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, cit., p. 289 ss.; ID., *Giudicato penale*, cit., p. 450; F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale*, cit., p. 19

¹⁹ Il Professore Franco Cordero giustificava l'effetto preclusivo prodotto dalle pronunce puramente processuali in ragione dell'assunto che in tali ipotesi «l'accertamento si compie proprio sul tema della domanda, vale a dire sulla circostanza che non sussistono i presupposti per la decisione di merito». Così F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 142; ID., *La decisione sul reato estinto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1962, p. 672 ss.; ID., *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 204 ss. A ben vedere, peraltro, sembra si possa dubitare che in queste ipotesi l'oggetto della domanda giudiziale riguardi esclusivamente la sussistenza o meno della condizione di procedibilità. Se così fosse, dovremmo ammettere che un processo possa instaurarsi soltanto per conoscere queste specifiche condizioni. In realtà, le questioni inerenti al procedere sono intrinsecamente legate all'imputazione, proprio perché è da quest'ultima che discende ogni accertamento sulla procedibilità. La domanda, pertanto, concerne sempre un'imputazione: del resto, il fatto che il procedimento si concluda con una declaratoria di improcedibilità non comporta che l'accertamento verta solo ed esclusivamente sulla sussistenza delle condizioni del procedere.

²⁰ Così S. RUGGERI, *Pluralismo cognitivo e dinamiche processuali: tutela sommaria, decisioni in ipotesi e giudizi incompleti. Ragionando su procedibilità, merito e garanzie della persona*, in *La legislazione penale*, 10 settembre 2021, p. 49.

²¹ Sul tema vedi ampiamente S. RUGGERI, *Pluralismo cognitivo e dinamiche processuali*, cit., p. 61, il quale evidenzia lo strettissimo legame sussistente tra la valorizzazione del principio del contraddittorio, come fondamentale metodo di conoscenza, e la realizzazione di un equo *iudicium* sulla responsabilità penale dell'imputato; M. MONTAGNA, *Ne bis in idem e condizioni di procedibilità*, in A. MANGIARACINA (a cura di), *Il ne bis in idem*, Torino, 2021, p. 85 ss., la quale ritiene che la sentenza di non luogo a procedere, una volta divenuta non impugnabile, spiega un'efficacia preclusiva attenuata allo stato degli atti, vietando l'instaurazione di un nuovo procedimento in assenza del provvedimento di revoca.

vero e proprio *ius dicere* – essendo il giudice spogliato del potere di formulare un giudizio sui fatti oggetto di contestazione – e perciò è inidonea a precludere l'avvio di un nuovo procedimento.

Alla luce di ciò, occorre verificare se e quale efficacia preclusiva possa spiegare la declaratoria di improcedibilità emanata allo spirare dei termini tassativi previsti per i giudizi di gravame. Già nel corso della fase redazionale della Riforma Cartabia autorevole dottrina aveva sollevato diversi dubbi in merito alla possibile riapertura del procedimento a fronte di una siffatta pronuncia²². Per cercare di dare una risposta a questo interrogativo occorre innanzitutto verificare il contesto nel quale l'art. 344-*bis* Cpp è inserito. L'improcedibilità *ratione temporis* è dichiarata all'interno di una sentenza di non doversi procedere che, seguendo la sistematica del codice di procedura penale, va certamente inquadrata all'interno della categoria delle pronunce proscioglitive²³. Ora, l'art. 649 Cpp ricollega il divieto di un secondo giudizio *de eadem re et persona* all'emanazione di una sentenza o di un decreto penale divenuti irrevocabili. Dunque, non sembra che vi sia alcun dubbio in ordine all'estensione della regola del *ne bis in idem* sul piano domestico anche alla declaratoria di improcedibilità *ex art. 344-bis* Cpp²⁴. D'altronde, anche volendo ammettere per assurdo che la nuova formula di improcedibilità non valga a "prosciogliere" l'imputato, occorre evidenziare che il decorso dei termini di fase non cancella il fatto che un processo si sia svolto e sia giunto perfino nelle fasi di gravame²⁵.

Occorre adesso verificare se alla declaratoria di improcedibilità temporale possa applicarsi la regola prevista dall'art. 345 Cpp che ammette, a fronte di una pronuncia di improcedibilità per difetto di una condizione di procedibilità, la possibile instaurazione di un nuovo giudizio per lo stesso fatto e nei confronti della medesima persona nell'ipotesi in cui la condizione, dapprima mancante, sia successivamente sopravvenuta. Certamente condivisibili al riguardo sono le opinioni di quella parte della dottrina che sostiene che l'art. 345 c.p.p. non si ponga in rapporto di specie a genere rispetto all'art. 649 Cpp: è stato osservato, infatti, che «nonostante il richiamo dell'art. 649 Cpp all'art. 345 Cpp, tale ultima previsione non può in larga misura inquadarsi quale deroga al generale divieto di *bis in idem*, per la semplice ragione che si riferisce anche a provvedimenti, come la pronuncia archiviativa e la sentenza di non luogo a procedere, che esorbitano dall'area applicativa dell'art. 649

²² Sul punto v. M. DANIELE, P. FERRUA, R. ORLANDI, A. SCALFATI, G. SPANGHER, *I dubbi sulla prescrizione processuale*, in www.studiosiprocessopenale.it.

²³ Cfr. P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, cit., p. 272; G. SPANGHER, *L'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima nel giudizio di impugnazione*, in *Giustizia insieme*, 9 febbraio 2022, p. 5.; A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato. Il doppio processo come pena*, Torino, 2022, p. 19; O. MAZZA, *Fenomenologia dell'improcedibilità cronologica*, in www.penedp.it, 2022; G. ILLUMINATI, *Relazione introduttiva alla seconda giornata del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale "Alla ricerca di un processo penale efficiente"*; v. anche O. DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale italiano*, Milano, 1974, p. 225 ss.; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali: perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, p. 199 ss.

²⁴ Sul punto v. P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, cit., p. 272; A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, cit., p. 15 ss.; G. SPANGHER, *L'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima nel giudizio di impugnazione*, cit., p. 5.

²⁵ Cfr. A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, cit., p. 18; M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Politica del diritto*, 2021, p. 601 ss.; D. NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, cit., p. 60; O. MAZZA, *Fenomenologia dell'improcedibilità cronologica*, cit., nota 35, il quale sottolinea che l'improcedibilità *ratione temporis*, non caduca l'intera sequenza procedimentale, «ma impone solo la chiusura del processo stesso allo scadere del tempo limite».

c.p.p.»²⁶. L'art. 345 Cpp, a ben vedere, non fa riferimento a qualsivoglia declaratoria di improcedibilità, ma solo a quella che abbia dichiarato la mancanza della prescritta condizione di procedibilità, a condizione che la stessa sopravvenga in un momento successivo. Infatti, se l'improcedibilità si ha, ad esempio, perché il termine per proporre la querela è scaduto o perché la condizione di procedibilità si è realizzata in forma illegittima o invalida, l'effetto preclusivo della relativa pronuncia è esattamente identico a quello dell'assoluzione di merito con l'accertamento più completo. Pertanto, la peculiare ipotesi della declaratoria di improcedibilità per superamento dei termini massimi di durata dei giudizi di impugnazione non sembra porsi in alcun rapporto con la disciplina delineata dall'art. 345 Cpp, che ammette l'instaurazione di un nuovo giudizio *de eadem re et persona* al realizzarsi di un evento imprevedibile che qui per definizione non può verificarsi. Infatti, anche volendo accedere alla tesi che identifica la decisione del giudizio entro il termine di fase in un'atipica condizione di procedibilità, a sopraggiungere dovrebbe essere paradossalmente il tempo: condizione questa chiaramente impossibile – essendo lo stesso ormai inesorabilmente decorso – anche nell'eventuale ipotesi in cui emerga una differente qualificazione giuridica del fatto tale da imporre termini di fase più ampi in relazione al complesso regime delle proroghe ai sensi del comma 4 dell'art. 344-*bis* Cpp.²⁷ In tal caso la possibilità di esercitare nuovamente l'azione penale è irrimediabilmente preclusa dall'irrelevanza – ai fini della produzione degli effetti del *ne bis in idem* – di una diversa configurazione del titolo, del grado o delle circostanze²⁸. Pertanto, il grado definitività proprio di una pronuncia di tal specie appare certamente più forte e pregnante di quello raggiunto da una declaratoria che rilevi il difetto di una condizione di procedibilità.

Né la possibilità, prevista dal comma 7 dell'art. 344-*bis* Cpp, per l'imputato di poter rinunciare all'intervenuta improcedibilità potrebbe in qualche modo metterne in dubbio la forza preclusiva, posto che il mancato esercizio del diritto di richiedere la prosecuzione del processo costituisce esso stesso un presupposto in negativo per l'emanazione di tale pronuncia. Sulla base di tali argomentazioni non sembra, dunque, potersi negare che l'idoneità della declaratoria di improcedibilità *ratione temporis* a spiegare l'efficacia preclusiva propria di qualsiasi altra decisione proscioglitrice.

3. *Ne bis in idem transnazionale e improcedibilità temporale: la necessità di una valutazione nel merito*

²⁶ Così S. RUGGERI, *Pluralismo cognitivo e dinamiche processuali*, cit., p. 29.

²⁷ L'art. 344-*bis* comma 4 Cpp delinea un complesso meccanismo di proroghe dei termini di durata massima dei giudizi di gravame, la cui applicazione è rimessa alla discrezionalità del giudice dell'impugnazione. In linea generale, i termini di fase possono essere prorogati quando il giudizio di impugnazione è particolarmente complesso ovvero quando si procede per determinate categorie di reati (es. delitti con finalità di terrorismo) il cui disvalore è considerato tale da imporre termini di durata del procedimento più ampi. Sulla dubbia costituzionalità di siffatto meccanismo si veda D. NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, cit., p. 56 ss.; P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, cit., p. 272 ss.; G. SPANGHER, *L'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima nel giudizio di impugnazione*, cit., p. 5; in tema v. anche P. FERRUA, *La singolare vicenda della "improcedibilità"*, cit., p. 8; O. MAZZA, *A midsummer night's dream: la riforma Cartabia del processo penale (o della sola prescrizione)?*, cit., p. 5.

²⁸ Cfr. P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, cit., p. 272 ss.; A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, cit., p. 18.

Le considerazioni svolte in ordine alla forza preclusiva spiegata dalla declaratoria di improcedibilità per superamento dei termini di durata massima dei giudizi impugnatori ci consentono adesso di ampliare l'area della nostra indagine. In particolare, occorre domandarsi se le peculiarità proprie di una tale pronuncia consentano di attivare la fondamentale garanzia del *ne bis in idem* anche nella sua proiezione transnazionale²⁹ che, in forza dell'art. 54 CAAS, estende il divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto e nei confronti della medesima persona alle giurisdizioni degli altri Stati membri, qualora sia stata pronunciata “in via definitiva” una sentenza che abbia esaminato nel “merito” i fatti oggetto di imputazione³⁰.

In relazione a questo aspetto, la Corte ritiene assolutamente indefettibile una valutazione di questo tipo anche e soprattutto «al fine di evitare – nel contesto di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia garantita la libera circolazione delle persone ex art. 3 par. 2 TUE – l'impunità di persone che abbiano (potenzialmente) commesso un reato»³¹. In questa cornice, già nella fondamentale pronuncia *Gözütok e Brügger*³², che costituisce una tappa fondamentale per una rinnovata interpretazione del principio del *ne bis in idem* improntata sul canone del mutuo riconoscimento³³, i giudici di Lussemburgo evidenziarono, sia pur in forma embrionale, la necessità di un approfondimento nel merito quale presupposto essenziale per identificare una sentenza definitiva la cui efficacia preclusiva si spieghi oltre i confini dell'ordinamento domestico. La questione, a ben vedere, era di rilevanza fondamentale, in

²⁹ Vedi ampiamente in questo volume F. PELLEGRINO, *Ne bis in idem transnazionale*.

³⁰ È opportuno sottolineare che l'art. 54 CAAS, a differenza dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, richiede quale ulteriore condizione per l'applicazione del principio del *ne bis in idem* che «in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita». Sui rapporti tra art. 54 CAAS e art. 50 CDFUE v. Corte di giustizia dell'Unione europea, 27 maggio 2014, C-129/14, *Spasic*, ECLI:EU:C:2014:586, punto 55: «la condizione supplementare contenuta all'articolo 54 della CAAS costituisce una limitazione del principio del *ne bis in idem* che è compatibile con l'articolo 50 della Carta, in quanto tale limitazione rientra nell'ambito delle spiegazioni relative alla Carta con riferimento a quest'ultimo articolo alle quali rinviano direttamente le summenzionate disposizioni degli articoli 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e 52, paragrafo 7, della Carta. In ogni caso e indipendentemente dai termini contenuti nelle spiegazioni relative alla Carta con riferimento al suddetto articolo 50, la condizione di esecuzione, la quale subordina ad un requisito supplementare la protezione più ampia offerta da tale articolo 50, costituisce una limitazione del diritto sancito dal suddetto articolo, ai sensi dell'articolo 52 della Carta».

³¹ Così A. NASCIMBENI, *La Corte di giustizia (C-203/20) ancora in tema di ne bis in idem (nella sua declinazione nazionale) e necessità di una valutazione nel merito*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2022, p. 925; T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto processuale*, 2007, p. 621 ss.; cfr. anche Corte di giustizia dell'Unione europea, 28 settembre 2006, C-467/04, *Gasparini e altri*, ECLI:EU:C:2006:610, punto 27: «È pacifico che l'art. 54 della CAAS ha lo scopo di evitare che una persona, a causa del fatto che esercita il suo diritto alla libera circolazione, sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati membri. [...] Esso assicura la pace civica delle persone che, dopo essere state assoggettate a procedimento penale, sono state giudicate con sentenza definitiva. Queste devono poter circolare liberamente senza dover temere nuovi procedimenti penali per i medesimi fatti in un altro Stato contraente».

³² Corte di giustizia dell'Unione europea, 11 febbraio 2003, C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, ECLI:EU:C:2003:87.

³³ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gözütok e Brügger*, cit., punto 33: «il principio del *ne bis in idem*, sancito nell'art. 54 della CAAS [...] implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse». La questione è approfondita in questo volume da S. RUGGERI, *Norma, giudizio, giudicato. Una riflessione sulla tutela penale alla luce del ne bis in idem transnazionale nell'era dell'interlegalità*.

quanto riguardava il ruolo da attribuire alle decisioni di contenuto esclusivamente processuale³⁴.

Nella giurisprudenza successiva al caso *Gözütok e Brügge*, la Corte di Giustizia cercò di chiarire, grazie alle numerose questioni pregiudiziali sollevate in relazione all'art. 54 CAAS, quali fossero i presupposti per l'individuazione del concetto di "sentenza definitiva" utile a fondare il divieto di iterazione di un giudizio *de eadem re et persona*, riconoscendo, a un tempo, un'importanza determinante all'avvenuto svolgimento di un'ampia istruttoria e negando, allo stesso, qualsiasi rilevanza dell'involucro decisorio nel quale l'accertamento è cristallizzato³⁵. Così, nel caso *Gasparini e altri* i giudici di Lussemburgo identificarono un ineludibile contenuto di merito anche in una decisione proscioglitrice per prescrizione, purché questa fosse stata pronunciata in seguito all'esercizio dell'azione penale³⁶: soluzione questa accolta con grande favore dalla dottrina, posto che anche volendo aderire ad una concezione prettamente processualistica della prescrizione «il giudizio sulla necessità e meritevolezza dell'azione si configura ampiamente quale giudizio di merito»³⁷. E ancora nel caso *M.*³⁸ la Corte riconobbe che anche una decisione di non luogo a procedere emessa a seguito di un'ampia istruttoria fosse idonea a spiegare l'efficacia preclusiva propria del *ne bis in idem* nella sua proiezione transnazionale.

Sulla scorta di questa, pur breve, ricognizione giurisprudenziale³⁹, occorre adesso verificare se la declaratoria di improcedibilità *ratione temporis* possa soddisfare i requisiti richiesti dalla giurisprudenza di Lussemburgo ai fini del divieto di una eventuale duplicazione procedimentale su scala transnazionale. Il quesito al quale dovremo cercare di dare una risposta è dunque il seguente: si tratta di una pronuncia puramente di rito che prescinde da ogni indagine sui fatti oggetto di contestazione, ovvero anche in questa peculiare decisione è possibile identificare un contenuto propriamente di merito? Il problema, a ben vedere, è essenzialmente pratico ed è oggetto di acceso dibattito in dottrina. Si pensi all'ipotesi limite in cui la declaratoria di improcedibilità intervenga nel giudizio di appello a seguito di un ricorso del pubblico ministero contro l'assoluzione pronunciata all'esito del giudizio di prima istanza perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso. Se dovessimo ammettere la natura strettamente processuale di tale decisione, l'imputato potrebbe eventualmente essere sottoposto ad una nuova iniziativa persecutoria da parte di un altro Stato membro, salvo che non rinunci all'intervenuta improcedibilità, assumendosi però il rischio di una sentenza di condanna pronunciata per la prima volta in appello. Si tratta di una situazione paradossale in cui la persona accusata si trova costretta a soppesare sull'ago della bilancia il diritto a che il proprio procedimento sia definito entro un lasso di tempo

³⁴ Sul punto v. ampiamente A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, cit., p. 486 ss.

³⁵ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, 10 marzo 2005, C-469/03, *Miraglia*, ECLI:EU:C:2005:156, punto 35, in cui i giudici della Corte sottolinearono che il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 CAAS, non si applica ad una decisione delle autorità giudiziarie di uno Stato membro che non contenga alcuna valutazione nel merito; Corte di giustizia dell'Unione europea, 28 settembre 2006, C-150/05, *Van Straaten c. Paesi Bassi e Italia*, ECLI:EU:C:2006:614, punto 61, in cui i giudici di Lussemburgo, riprendendo il principio affermato nel caso *Miraglia*, evidenziarono che il divieto di iterazione di un secondo giudizio su scala transnazionale si applica in relazione ad una decisione dell'autorità giudiziaria di uno Stato contraente con cui un imputato è definitivamente assolto per insufficienza di prove.

³⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, *Gasparini e altri*, cit.

³⁷ Per un approfondimento sul tema v. S. RUGGERI, *Pluralismo cognitivo e dinamiche processuali*, cit., p. 56.

³⁸ Corte di giustizia dell'Unione europea, 5 giugno 2014, C-398/12, *M.*, ECLI:EU:C:2014:1057, punto 41.

³⁹ Sul punto si veda ampiamente S. RUGGERI, *Norma, giudizio, giudicato. Una riflessione sulla tutela penale alla luce del ne bis in idem transnazionale nell'era dell'interlegalità*.

“ragionevole”⁴⁰ con il diritto a non essere giudicata due volte per lo stesso fatto dinanzi alle autorità giurisdizionali di due Paesi differenti. La questione, a ben vedere, è di rilevanza centrale posto che la dottrina, già da tempo, ha evidenziato che il diritto ad essere processato in tempi ragionevoli non possa essere inteso come la contropartita di altrettante garanzie fondamentali⁴¹. Questo gioco di pesi e contrappesi sembra, peraltro, espandersi ancora di più se si considera che, accogliendo la tesi della natura puramente processuale di questa inedita figura di improcedibilità, perfino il diritto ad essere giudicato sul merito dei fatti oggetto di contestazione andrebbe irrimediabilmente a dipendere da una rinuncia dell'imputato ad un diritto altrettanto meritevole di tutela. Possiamo dunque accettare che tali fondamentali garanzie possano costituire oggetto di un simile negoziato?

Seguendo le riflessioni svolte da Franco Cordero sull'improcedibilità in genere, parte della dottrina ritiene che la declaratoria di improcedibilità per superamento dei termini massimi di durata dei giudizi di gravame impedisca del tutto al giudice di pervenire al naturale epilogo del processo, producendo una *absolutio ab instantia* che preclude tanto l'emissione di una sentenza di condanna quanto di una di assoluzione⁴². Dunque, l'oggetto dell'accertamento giudiziale e del provvedimento finale si rinviene in una situazione soggettiva del giudice del dovere di astenersi da qualsiasi condotta che esuli dall'emanazione di una sentenza di non doversi procedere⁴³. Eloquenti in tal senso le parole di Paolo Ferrua, il quale sostiene che «come in un gioco di scatole cinesi, il merito sta all'interno del processo: se si chiude la porta del processo – come accade con l'improcedibilità che tronca la prosecuzione della fase protrattasi oltre il termine massimo – non si può aprire quella del

⁴⁰ Per una corretta interpretazione del principio di ragionevole durata v. G. GIOSTRA, *Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione*, in *Sistema penale*, 2020: «Il procedimento penale ha una ragionevole durata quando perviene al suo epilogo fisiologico nel tempo necessario e sufficiente: sostenere che la saracinesca della prescrizione cali su di esso per garantirla è affermazione “in difficoltà di senso”. [...] L'ha chiarito benissimo – da ormai mezzo secolo – la Corte europea dei diritti dell'uomo: la ragionevolezza della durata di un processo non può coincidere con l'enunciazione *ex ante* di un termine “in giorni, settimane, mesi, anni o periodi variabili a seconda della gravità del reato”. Dipendendo, infatti, dalle circostanze concrete della vicenda processuale, essa si esprime soprattutto con valutazioni *ex post*, che debbono anche tener conto di diverse variabili: dalla complessità del caso alla condotta dell'autorità giudiziaria o delle parti private». Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 novembre 1969, ricorso n. 1602/62, *Stögmüller c. Austria*, § 4: «It is admitted on all sides that it is not feasible to translate this concept into a fixed number of days, weeks, months or years, or into various periods depending on the seriousness of the offence»; ID., 27 giugno 1968, ricorso n. 2122/64, *Wemhoff c. Germania*, § 18; v. anche O. MAZZA, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in *Sistema penale*, 2020; B. LAVARINI, *La ragionevole durata del processo come garanzia soggettiva*, in *La legislazione penale*, 31 dicembre 2019, p. 1 ss.; G. DE FRANCESCO, *Riforma e tempi della giustizia: considerazioni generali su prescrizione e improcedibilità*, in *La legislazione penale*, 15 febbraio 2021, p. 8 ss.

⁴¹ Cfr. S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford, 2005, p. 136 ss., il quale sostiene che il diritto ad essere giudicato in termini ragionevoli non possa essere negoziato con il diritto ad essere rilasciati nelle more del procedimento, nonostante il dettato dell'art. 5, par. 3, CEDU che sembra porre un'alternativa secca tra gli stessi; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Stögmüller c. Austria*, cit., § 5; ID., *Wemhoff c. Germania*, cit., par. 20.

⁴² Cfr. F. CORDERO, voce *Merito*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1964, p. 579, ove si evidenzia come «il tema di fondo del giudizio non è neppure sfiorato; il processo ripiega su sé stesso e, verificata l'inesistenza delle proprie condizioni di validità, approda ad una pura e semplice *absolutio ab instantia*»; ID., *Riti e sapienza del diritto*, cit., pp. 579-580; ID., *La decisione sul reato estinto*, cit., p. 672 ss.; ID., *Contributo allo studio dell'ammnistia*, Milano, 1959, p. 10 ss.; M. MONTAGNA, *Ne bis in idem e condizioni di procedibilità*, cit., p. 85; M. DANIELE, P. FERRUA, R. ORLANDI, A. SCALFATI, G. SPANGHER, *I dubbi sulla prescrizione processuale*, cit.

⁴³ Sul punto si veda la relazione tenuta nell'ambito del Convegno “Alla ricerca di un processo penale efficiente” organizzato dall'Associazione tra gli studiosi del processo penale da R. DEL COCO, *Sulla pena e sul processo*, in www.radioradicale.it.

merito»⁴⁴. L'insigne Autore, in altre parole, sostiene che questa inedita figura di improcedibilità determina uno straordinario caso di «evaporazione del processo», in cui la funzione cognitiva dello stesso finisce per assumere un ruolo recessivo rispetto ad un non ben definito principio di efficienza giudiziale e ad essere caducato è ogni atto facente parte dell'intera sequenza procedimentale.

A conclusioni parzialmente differenti giunge altra dottrina che, facendo leva sul principio di non regressione, sostiene che l'improcedibilità temporale integri una causa di estinzione del potere di procedere sopravvenuta nei gradi successivi al primo⁴⁵. Questa tesi allude, pertanto, ad una possibile analogia sotto il profilo invalidante tra inammissibilità e improcedibilità, sicché ad essere travolti dal superamento dei termini massimi di durata non sarebbero gli atti compiuti e la decisione pronunciata in primo o in secondo grado, bensì soltanto gli atti della fase impugnatoria interessata dall'improcedibilità⁴⁶. La conseguenza diretta dell'accoglimento di siffatto orientamento è che la pronuncia della declaratoria di improcedibilità *ratione temporis* determina il passaggio in giudicato della sentenza oggetto dei giudizi di appello o di cassazione. Ora questo discorso potrebbe astrattamente funzionare rispetto alla sentenza di assoluzione pronunciata in prima o in seconda istanza, inibendo così un effetto *contra reum* determinato dall'intervenuta improcedibilità. Non pochi dubbi sorgono, invece, rispetto all'eventuale passaggio in giudicato della sentenza di condanna impugnata dall'imputato: il problema non sembra possa essere in alcun modo superato dal riconoscimento alla persona accusata del diritto di richiedere la prosecuzione del processo allo spirare dei termini previsti dalla norma. Infatti, in tali ipotesi l'imputato verrebbe irrimediabilmente costretto a rinunciare al risultato della prescrizione processuale, venendo così tradita la *ratio* del principio di ragionevole durata, il quale non è orientato esclusivamente a tutelare esigenze di efficienza dell'apparato giudiziario ma risponde anche alla finalità di garantire che il soggetto non venga imbrigliato nelle maglie di un procedimento penale a tempo indefinito. A nostro avviso, questa impostazione esaspera la natura processuale della improcedibilità temporale a tal punto da svuotare la declaratoria *ex art. 344-bis Cpp* di qualsivoglia contenuto, privandola perfino della propria idoneità a spiegare gli effetti tipici della cosa giudicata penale sul piano interno⁴⁷.

⁴⁴ Così P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, cit., p. 262 ss.; ID., *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzj*, cit., p. 7 ss.

⁴⁵ Cfr. E. AMODIO, *La cultura della speditezza processuale nella Riforma Cartabia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2022, p. 17 ss.

⁴⁶ Sul punto v. E. AMODIO, *La cultura della speditezza processuale nella Riforma Cartabia*, cit., p. 19: «Solo la forte suggestione del modello dell'estinzione del reato per decorso del tempo può indurre erroneamente a ritenere che la nuova improcedibilità, proprio come la prescrizione, abbia l'effetto di azzerare il processo dalle sue fondamenta impedendo, quale sanzione del decorso del termine massimo, un diniego di giustizia». In tema v. anche O. MAZZA, *Fenomenologia dell'improcedibilità cronologica*, cit., nota 35; A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, cit., p. 18; D. NEGRI, *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, cit., p. 60: «L'evento cronologico decreta che la procedura ha esaurito il suo corso, è giunta ad uno stadio insuperabile, ma non inficia in alcun modo la validità della sequenza pregressa». Partendo da questo presupposto, il Professore Negri propone una diversa ricostruzione del fenomeno oggetto di studio, sostenendo che sarebbe una petizione di principio precludere al giudice di pronunciarsi sul merito servendosi degli atti compiuti nel corso delle fasi non interessate dall'invalidità, qualora dovessero sussistere i presupposti alla luce della clausola generale prevista dall'art. 129 comma 1 Cpp.

⁴⁷ È pur vero che esistono casi nei quali la pronuncia conclusiva dell'*iter* procedimentale che attesti l'inutile decorso di un dato lasso temporale non sia fonte di giudicato e conferisca effetto preclusivo alle pronunce anteriori: si pensi all'ordinanza che certifichi la tardiva presentazione dell'impugnazione. Nella specifica ipotesi dell'improcedibilità temporale, tuttavia, il decorso dei termini di fase dipende da condotte in alcun modo addebitabili all'imputato.

Siamo, dunque, pronti ad accettare che l'effetto tipico di siffatta pronuncia sia quello di precludere ogni eventuale statuizione sul merito? Seguendo il ragionamento di Antonio Pagliaro sviluppato in ordine ai profili dogmatici delle cause di estinzione del reato⁴⁸, è possibile ricostruire un ineludibile contenuto di merito anche nell'ambito delle decisioni di improcedibilità⁴⁹. In realtà, procedibilità e merito non sono delle nozioni del tutto indipendenti tra loro: ben potrebbe, infatti, accadere che lo stesso dovere di procedere dipenda a sua volta da una previa valutazione sul merito della domanda⁵⁰. Si pensi all'accertamento in ordine alla corrispondenza del fatto al tipo astrattamente previsto dalla norma penale: sarebbe impensabile, per l'appunto, dichiarare l'improcedibilità per la mancanza della querela in ordine ad un fatto che non sia dotato di rilevanza penale o che abbia costituito oggetto di *abolitio criminis*. In effetti, una simile impostazione ben potrebbe essere applicata anche al caso oggetto del nostro studio. Se volessimo accogliere la tesi della natura puramente processuale dell'improcedibilità *ratione temporis*, allora dovremmo paradossalmente ammettere che nell'eventuale ipotesi in cui intervenga una *abolitio criminis* allo spirare dei termini previsti dall'art. 344-*bis* Cpp il giudice sarebbe comunque obbligato a pronunciarsi con una sentenza di non doversi procedere per decorrenza dei termini massimi di durata. Se invece volessimo sostenere – come del resto vi sono buone ragioni per sostenere – che in questo caso, a prescindere dalla determinazione dell'imputato di voler rinunciare o meno alla prescrizione, il giudice debba dare prevalenza alla formula proscioglitrice più favorevole, allora potremmo certamente identificare una porzione di merito anche in un'ipotesi siffatta. Sulla base di questi rilievi, non pare esservi dubbio in ordine alla natura costitutiva della decisione di improcedibilità *ex art. 344-bis* Cpp. Infatti, l'autorità giudiziaria potrà esaminare profili inerenti al procedere solo dopo aver considerato taluni aspetti essenziali della *res iudicanda*, quali almeno la attuale esistenza della norma incriminatrice e il corretto inquadramento giuridico del fatto⁵¹. Ciò conferma quanta attinenza ci sia – sia pur in misura variabile – tra queste pronunce e i *merita causae*.

A ben guardare, una simile impostazione sembra trovare conferma nella stessa giurisprudenza di Lussemburgo che, specie nei casi *Miraglia* e *Van Straaten*, ha imposto una “*determination as to the merits of the case*”, quale presupposto indefettibile per la produzione degli effetti tipici del *ne bis in idem* transnazionale, con il fine specifico di escludere dal novero delle decisioni idonee a spiegare tale efficacia preclusiva solo quelle che non contengano nemmeno una forma embrionale di valutazione nel merito e che non implicino un vero e proprio *ius dicere*⁵². La conseguenza diretta di un simile inquadramento è che la declaratoria di

⁴⁸ Cfr. A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1967, p. 486 ss.

⁴⁹ Sul punto v. S. RUGGERI, *Pluralismo cognitivo e dinamiche processuali*, cit., p. 1 ss.

⁵⁰ A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, cit., p. 495.

⁵¹ Cfr. S. RUGGERI, *Pluralismo cognitivo e dinamiche processuali*, cit., p. 24 ss.

⁵² Soluzione questa, peraltro, ulteriormente corroborata da una recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che ha negato l'operatività del divieto di iterazione di un secondo giudizio a fronte di una decisione definitiva di archiviazione emessa dall'autorità giudiziaria slovacca e intervenuta antecedentemente a qualsiasi esame nel merito dei fatti oggetto di contestazione. Cfr. Corte di giustizia dell'Unione Europea, 16 dicembre 2021, C-203/20; A. NASCIBENI, *La Corte di giustizia (C-203/20) ancora in tema di ne bis in idem (nella sua declinazione nazionale) e necessità di una valutazione nel merito*, cit., p. 923 ss. Per una disamina approfondita in merito all'efficacia preclusiva spiegata dai provvedimenti archiviativi si veda in questo volume A. FALCONE, *Ne bis in idem e procedimento estradizionale: il problema dell'efficacia preclusiva del provvedimento archiviativo nello scenario giuridico europeo*.

improcedibilità per superamento dei termini massimi di durata acquista anche su scala transnazionale la forza preclusiva propria di qualunque altro giudicato proscioglitivo.

4. Riflessioni conclusive

Dalle riflessioni appena svolte emerge la consapevolezza dell'estrema versatilità del principio del *ne bis in idem*, segno della sua singolare capacità di catalizzare al suo interno affluenti decisorii dai contenuti significativamente eterogenei. Come abbiamo visto, peraltro, questo principio fondamentale pone delle problematiche del tutto nuove se si volge lo sguardo alla dimensione transnazionale dello stesso, in cui è in gioco un complesso equilibrio tra la pretesa degli Stati membri di non vedersi privati del diritto di esercitare la propria pretesa punitiva e l'esigenza di evitare che l'imputato sia sottoposto ad una duplice iniziativa persecutoria in due Paesi differenti.

In questa prospettiva, l'aver affrontato – seppur in termini tutt'altro che esaustivi – il problema sul piano dell'efficacia preclusiva spiegata dall'inedita figura dell'improcedibilità temporale sul piano interno ci ha consentito di rimeditare sui possibili elementi di frizione della nuova disciplina rispetto ai canoni processuali consolidati, nonché di ampliare l'area dell'indagine a un problema che verosimilmente si potrebbe porre nei prossimi anni sul piano transnazionale, laddove i giudici di Lussemburgo – investiti di una questione pregiudiziale in ordine all'efficacia da attribuire a siffatta pronuncia – fossero chiamati a verificare l'applicabilità del divieto di reiterazione di un secondo giudizio a fronte di una prescrizione processuale intervenuta nei giudizi di gravame. E aver proposto, sulle orme delle riflessioni poste da parte della dottrina in ordine al corretto inquadramento dei giudizi di improcedibilità *latu sensu*, un'impostazione che identifica un contenuto di merito anche rispetto a decisioni di tal specie non può che accrescere il dibattito in ordine alla natura e agli effetti tipici dell'improcedibilità temporale, le cui caratteristiche e peculiarità sono ancora tutte da dimostrare.

La dottrina maggioritaria, sulle orme della tesi proposta *illo tempore* da Franco Cordero sull'improcedibilità in generale, ricava ancora oggi l'impossibilità, stante il sopravvenire di una causa di improcedibilità, di pervenire ad una qualsivoglia statuizione sul merito della domanda: segno questo dell'immenso – e forse irraggiungibile – contributo apportato alla materia da parte dell'illustre Maestro.

Eppure, come abbiamo visto, la tesi corderiana non sembra propriamente adattarsi a questa specifica ipotesi di improcedibilità temporale. Infatti, mentre la pronuncia di improcedibilità ordinaria è intrinsecamente legata all'iniziativa di un soggetto esterno ed esula dalla disponibilità del destinatario dell'accertamento penale, quella di cui all'art. 344-*bis* c.p.p. dipende in realtà da una scelta dell'imputato: una scelta, si è detto, che, se si aderisse ad una concezione puramente processuale di siffatta pronuncia, porrebbe la persona accusata in una situazione del tutto paradossale in cui sarebbe costretta a negoziare il proprio diritto ad essere giudicata entro un lasso di tempo ragionevole con altrettanti diritti fondamentali. Verrebbe così a crearsi un'inedita figura in cui il procedere stesso sarebbe frutto di una decisione dell'imputato. Peraltro, accogliere una simile prospettiva frustrerebbe, a nostro avviso, il senso stesso del procedimento penale ogniqualvolta l'improcedibilità sopravvenga a conclusione di un giudizio nel corso del quale ben potrebbe essere stata pronunciata più di una decisione propriamente di merito.

ABSTRACT: *Procedural statutes of limitation and ne bis in idem: the binding effects of time-based decisions*

Time is a factor capable of influencing the outcome of criminal proceedings or even determining a specific decision to be delivered. This paper aims at analysing the difficult relationship between time-based decisions and the principle of *ne bis in idem* within a domestic and a transnational perspective. In particular, this study will focus on the binding effects produced by the new ruling set out by article 344-bis Cpp, which provides for the conclusion of appeal proceedings due to excessive laps of time. Therefore, after the time prescribed by the rule, appeal proceedings are concluded with a procedural decision which substantially produces the extinction of the criminal trial. In the light of this, it is questionable whether this kind of ruling will ensure the right of the accused not to be prosecuted again for the same facts. The problem gains even more relevance if we focus on the transnational dimension of the *ne bis in idem* principle, which requires a determination as to the merits of the case to avoid the possible institution of a second proceeding in another country.

SEZIONE TERZA

***NE BIS IN IDEM* E ORDINAMENTO
DELL'UNIONE EUROPEA:
UNA GARANZIA MULTIFORME**

**NE BIS IN IDEM E PROCEDIMENTO ESTRADIZIONALE:
IL PROBLEMA DELL'EFFICACIA PRECLUSIVA DEL PROVVEDIMENTO ARCHIVIATIVO
NELLO SCENARIO GIURIDICO EUROPEO**

ANTONELLA FALCONE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sul concetto di “bis”. Stabilità della decisione definitiva o garanzia che l'azione penale non venga esercitata più volte per il medesimo fatto? – 3. Archiviazione ed efficacia preclusiva. Decisione definitiva, qualcosa in meno o di diverso? La soluzione italiana. – 4. Archiviazione ed efficacia preclusiva transnazionale. – 5. *Ne bis in idem* estradizionale ed ultrattività del provvedimento di archiviazione nelle procedure di assistenza giudiziaria – 6. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione

Come è noto, il principio del *ne bis in idem* nelle sue due accezioni processuale e sostanziale rileva non solo ogniqualvolta il reato ricada nella giurisdizione esclusiva di un singolo Stato ma anche nella dimensione interstatale, allorquando l'*eadem res* determini il conflitto di giurisdizioni penali¹ e «lo stesso *ne bis in idem* transnazionale operi, di fatto, come uno strumento di riparto delle giurisdizioni nazionali»².

Giova precisare fin da subito che l'espressione è qui intesa nel significato di divieto di doppio giudizio e non semplicemente di divieto di doppia punizione. Lo scopo del principio è, infatti, quello di impedire un nuovo processo, indipendentemente dall'entità della prima pena. L'obiettivo, cioè, non è quello di evitare nel complesso una sanzione irragionevolmente elevata per la persona che è stata perseguita più di una volta, ma di tutelarla dall'avvio di un nuovo procedimento penale (*Erledigungsprinzip*). In questo senso, il riconoscimento di una pena inflitta ed eseguita in un altro Stato non può essere visto come una parziale accettazione del “*ne bis in idem*” transnazionale, poiché il tenere in considerazione la pena già comminata (*Anrechnungsprinzip*) non garantisce di per sé la protezione contro un nuovo processo³.

* Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche, Università degli Studi di Messina.

¹ Si è soliti distinguere il divieto del *ne bis in idem* in nazionale e transnazionale-orizzontale. Così V. FELISETTI, *Il principio del ne bis in idem transnazionale nel dialogo tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali*, in *La Legislazione penale*, 2017, p. 1 s. L'Autrice dà conto di un'ulteriore declinazione del *ne bis in idem* transnazionale, quella propriamente verticale, che «mira a scongiurare il doppio procedimento davanti alle autorità giurisdizionali di uno Stato e di un ente sovranazionale, quale, ad esempio, una Corte penale internazionale o un organo europeo dotato di poteri sanzionatori». Cfr. B. VAN BOCKEL, *The Ne Bis in Idem Principle in EU Law*, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 72 ss.

² Così N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale. Brevi riflessioni alla luce della sentenza della Corte di giustizia Spasic*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 72. Questi conflitti sono a loro volta causati dal numero elevato di criteri a cui si può ricorrere per far valere la giurisdizione, come il principio territoriale, il principio di nazionalità, il principio di personalità passiva e attiva, il principio di tutela e il principio di giurisdizione universale, per citarne alcuni.

³ Sul punto, D. VOULGARIS, *Transnationales ne bis in idem zwischen staatlicher Schutz und Achtungspflicht. Grundlagen der ne bis in idem Problematik*, München, 2013, p. 20.

Tutto ciò premesso, il presente contributo analizza il piano transnazionale-orizzontale del divieto di reiterazione di un secondo giudizio in ambito europeo esaminando, in particolare, se un provvedimento di archiviazione emesso dallo Stato che abbia avviato il procedimento penale a carico di una persona possa ostacolare l'avvio o il proseguimento di altro procedimento penale, per gli stessi fatti e a carico della stessa persona, in un altro Stato. Diversi ed eterogenei sono gli interessi in gioco: dalle libertà ai diritti di difesa dell'indagato e dell'imputato, all'interesse a promuovere la prevenzione della criminalità in simili evenienze fino al rispetto della *rule of law*.

Le riflessioni che verranno condotte costituiranno le basi per trattare l'argomento dall'ulteriore prospettiva del “*ne bis in idem* estradizionale” indagando, nello specifico, se l'archiviazione pronunciata per determinati fatti nei confronti di un soggetto, in uno Stato dell'Unione europea (UE), osti oppure no alla consegna dello stesso da parte di uno altro Stato membro ad un Paese terzo che ne abbia fatto richiesta per avviare un procedimento penale *de eadem re et persona*. In verità, il problema potrebbe parimenti porsi per l'ipotesi in cui l'archiviazione sia pronunciata in un Paese terzo con effetti vincolanti per uno Stato appartenente all'area UE.

Il divieto di doppio giudizio è notoriamente tipizzato in molti strumenti giuridici a diversi livelli: nazionali, europei e internazionali⁴. Nonostante l'ampio riconoscimento in esso di una garanzia collegata alla tutela della persona umana⁵, le autorità statali non sempre sono disposte ad ammettere decisioni straniere penali all'interno del proprio ordinamento giuridico, soprattutto, laddove manchi un Trattato bilaterale che, in nome di una comune base valoriale tra i Paesi contraenti, disciplini espressamente tale profilo⁶. Ciò dipende in larga misura dalla difficoltà storicamente apprezzabile di far assurgere il *ne bis in idem* a principio generale del diritto internazionale⁷.

⁴ Oltre ad alcune previsioni costituzionali, come per il caso del V Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti che vieta il *double jeopardy*, ma anche per la Germania (art. 103 GG) e l'Italia (artt. 24 e 111, co. 2 e Cost.), esso è riconosciuto, seppur con qualche differenza, nell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU e nell'art. 14, co. 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici. All'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea, le sue principali fonti giuridiche sono rappresentate dagli artt. 54-58 della CAAS e dall'Articolo 50 della Carta. Il principio è anche annoverato tra i motivi di rifiuto in un gran numero di strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale, ivi compresi in quelli basati sul riconoscimento reciproco come la decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio sul mandato d'arresto europeo e la direttiva 2014/41/UE sull'ordine di indagine europeo.

⁵ Sul punto, N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1981.

⁶ D'altronde, la stessa esperienza pattizia in materia di estradizione dimostra che il frequente ricorso ad eccezioni e riserve con efficacia paralizzante del *non bis in idem* o a clausole, come quella della doppia incriminazione, nasce dall'esigenza di pari sovranità delle sfere giurisdizionali tra gli Stati cooperanti. Sull'argomento più diffusamente, A. MILANA, *In tema di condizioni e limiti dell'extradizione e relativi riflessi processuali*, in *Giustizia penale*, 1964.

⁷ Le ragioni dell'atteggiamento di chiusura da parte degli Stati sono diverse e tutt'altro che ignote e, su queste, non pare il caso di dilungarsi oltremodo. Tuttavia, ricordiamo sinteticamente che gli Stati considerano lo *ius puniendi* come espressione massima della sovranità decidendo in piena autonomia l'ambito della propria giurisdizione penale e risultando, perciò, problematico il riconoscimento della decisione straniera, in specie quando essa ha ad oggetto reati connotati dal principio di territorialità, di per sé idonei ad innescare eccezioni e riserve al divieto (cfr. in questo senso l'art. 55 della CAAS). Inoltre, gli ordinamenti giuridici nazionali non celano la propria sfiducia rispetto al modo di amministrare la giustizia penale all'estero, adducendo il rischio che determinati episodi criminosi rimangano impuniti a causa del *ne bis in idem*, che vieterebbe un controllo effettivo sull'altrui giurisdizione. Per tale ragione le singole legislazioni penali ammettono la possibilità di rinnovare il giudizio sullo stesso fatto pur in presenza di un procedimento già svoltosi all'estero. Così dispone, ad esempio, l'art. 11 c.p. italiano secondo il quale il cittadino o lo straniero che abbia commesso in tutto o in parte il reato sul territorio italiano è giudicato nello Stato, anche se sia stato giudicato all'estero. L'applicazione

Segnali di apertura verso un riconoscimento in tal senso sembrano in particolare provenire dall'Unione europea che, ispirata alla reciproca fiducia e ai valori di giustizia e libertà richiamati dall'art. 67, par. 3 TFUE, non tollera limitazioni di una garanzia così importante⁸, la cui applicazione non si estende ai soli territori nazionali ma un unico territorio europeo, nell'ottica di garantire la libera circolazione dei cittadini senza pregiudicare la loro sicurezza⁹.

dell'articolo in questione, tuttavia, si esclude quando vengono coinvolti reati commessi da cittadini appartenenti a Stati dell'area Schengen.

Tutto ciò è praticabile per l'assenza di un obbligo internazionale di natura consuetudinaria (*ius cogens*) che imponga il rispetto del principio del *ne bis in idem* sia all'interno degli ordinamenti nazionali che nei loro reciproci rapporti, sicché esso ha assunto per lungo tempo più un'efficacia più *inter partes*, che *erga omnes*. Di questo avviso è anche la nostra Corte costituzionale che lo ritiene un "principio tendenziale". Corte costituzionale, 14 febbraio 1997, n. 58: «Ma la situazione è mutata con l'entrata in vigore del nuovo codice, il quale ha introdotto la regola di cui all'art. 705, comma 1, ultima parte, in omaggio al principio *ne bis in idem*, che, pur non essendo assunto a regola di diritto internazionale generale [...], né essendo accolto senza riserve nelle convenzioni internazionali che ad esso si riferiscono [...], è tuttavia principio tendenziale cui si ispira oggi l'ordinamento internazionale, e risponde del resto a evidenti ragioni di garanzia del singolo di fronte alle concorrenti potestà punitive degli Stati». Sull'argomento, fra i molti, B. NASCIBENE, *Ne bis in idem*, *diritto internazionale e diritto europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 6 e G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in *La Legislazione penale*, 2015, p. 1. Questo ultimo individua quattro tappe fondamentali che hanno rafforzato, lungo un arco temporale ventennale, la portata garantista del principio nel contesto internazionale. In una prima e seconda fase, il divieto del doppio giudizio comincia a trovare spazio nelle previsioni contenute all'interno delle Convenzioni sull'estradizione, a carattere bilaterale prima, multilaterale dopo (esempi fra tutti, la Convenzione sull'estradizione del 1957, la Convenzione dell'Aja sull'efficacia internazionale delle sentenze, la Convenzione di Strasburgo sul trasferimento dei procedimenti penali); nella terza fase esso assume una specifica fisionomia all'interno di aree regionali fortemente integrate, come lo spazio giuridico europeo, che fa ricorso a strumenti di cooperazione imperniati sul mutuo riconoscimento e sulla fiducia reciproca (Accordo di Schengen, Convenzione di Bruxelles). Infine, l'apice di questa evoluzione vede il passaggio decisivo verso la configurazione del principio in termini di diritto individuale, come tale azionabile dinanzi ai giudici di volta in volta competenti (Protocollo addizionale n. 7 alla CEDU, CAAS, Carta europea dei diritti e delle libertà). Secondo R. NORMANDO, *Il giudicato: forza esecutiva ed effetti*, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI, L. KALB (diretto da), *Procedura penale*⁴, Torino, 2015, p. 545, con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e con la sua parificazione ai Trattati istitutivi, il principio del *ne bis in idem* ha assunto le vesti di un vero e proprio diritto a tutela dell'imputato, correlato al giusto processo.

⁸ L'art. 31 lett. a) del TUE prevede, inoltre, che l'azione comune in materia penale comprenda «la facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni».

⁹ In questi termini, con riferimento all'art. 54 CAAS e alla condizione di esecuzione della condanna, si esprime M. BÖSE, *Die transnationale Geltung des Grundsatzes »ne bis in idem« und das »Vollstreckungselement«*, in *Golttdammer's Archiv für Strafrecht*, 2011, p. 511 ss. Cfr. B. GALGANI, *Ne bis in idem e spazio giudiziario europeo*, in A. MANGIARACINA (a cura di), *Il ne bis in idem*, Torino, 2021; A. MANGIARACINA, *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello "Spazio giudiziario europeo"*, in *La legislazione penale*, 2006, p. 631 ss. Nella tradizione giuridica continentale la "sicurezza" si palesa attraverso diverse sfaccettature quali il "diritto alla sicurezza" e alla "sicurezza della persona", spesso condensati nel termine più breve di "sicurezza personale" la quale, a sua volta, è strettamente legata al diritto alla libertà fisica, nonché al diritto alla libera circolazione. Inoltre, il diritto alla sicurezza personale è spesso ridotto a diritto a non essere arbitrariamente privato della libertà (cfr. in questo senso l'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che vieta l'arresto e la detenzione arbitrari rubricato, appunto, "diritto alla libertà e alla sicurezza"). Attingendo al suo significato più tradizionale, tuttavia, il diritto alla sicurezza ingloba la *legal certainty*, intesa quale sicurezza dei diritti, ovvero sul piano penale, quale protezione degli individui da trattamenti arbitrari da parte del sistema giudiziario. Sulla certezza del diritto in senso "sogettivo", si legga G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*⁴⁴, Torino, 2022, p. 834. Di *ne bis in idem* come «garanzia *ad personam*, che assicura la certezza del diritto in senso meramente soggettivo» parla M. CERESA-

L'esperienza giuridica europea costituisce, peraltro, un esempio significativo di applicazione transfrontaliera del *ne bis in idem*¹⁰.

È il caso di evidenziare appena che, a fronte delle differenti formulazioni nei vari testi giuridici, nel panorama europeo, tanto la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) quanto la Corte EDU, così come i giudici costituzionali e di legittimità, si sono adoperati per elaborare un'interpretazione il più possibile uniforme del principio. Le Corti europee sono state chiamate in causa per chiarire sul piano nazionale e su quello transnazionale il significato di “*ne*”, “*bis*” e “*idem*”¹¹, e a loro va il merito di aver fornito il *background* per un dialogo fruttuoso tra gli ordinamenti interni e le indicazioni convenzionali, affinché «l'individuo non subisca conseguenze per le difformità dei sistemi penali»¹².

Lo studio non può, tuttavia, prescindere dal quesito se l'allineamento innescato dallo sviluppo del diritto internazionale e sovranazionale corra il rischio – se non di essere sconfessato, quantomeno – ostacolato dalla molteplicità di soluzioni tuttora presenti a livello dei singoli ordinamenti nazionali e, soprattutto dalla prospettiva di questo elaborato, con riguardo al momento a partire dal quale opera l'efficacia preclusiva del divieto nel contesto interstatale. Il problema non è di poco conto, ad esempio, se sol si considera che i sistemi di *civil law* individuano tradizionalmente l'efficacia negativa nella sentenza definitiva che abbia accertato fatti tendenzialmente non ridiscutibili. Contrariamente, nei Paesi di *common law*, la preclusione, nota come divieto di *double jeopardy*, opera a prescindere dalla definizione del procedimento.

È difficile negare che le peculiari declinazioni normative nazionali del canone in oggetto, così come la ritrosia serbata dalle autorità statali nei confronti di un principio di

GASTALDO, *Esecuzione*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*¹⁰, Padova, 2020, p. 909.

¹⁰ J. Lelieur, richiamando la classificazione in regole e principi di Dworkin, sostiene che già a livello nazionale non possa parlarsi di *ne bis in idem* in termini di un vero e proprio principio. Si tratterebbe, piuttosto, di una regola espressiva del principio della *res judicata*. Sicché, per “transnazionalizzare” questa regola dovrebbe dapprima procedersi con una “transnazionalizzazione” del principio *res judicata pro veritate habetur*. Tale ultima soluzione non convince appieno semplicemente considerando che leggi diverse in vigore in differenti Stati possono fisiologicamente condurre a soluzioni eterogenee se applicate allo stesso caso nei riguardi di un medesimo soggetto. Altrimenti detto, come potrebbe aversi violazione dell'*autorité de chose jugée*, quando due tribunali applicano norme incriminatrici e regole procedurali differenti? Cfr. J. LELIEUR, ‘*Transnationalising*’ *Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty*, in *Utrecht Law Review*, 2013, p. 203 ss.

Sempre secondo J. LELIEUR, cit., p. 199, visto il «solido contesto normativo vigente in Europa, appare naturale fare riferimento all'esistenza di un principio generale del *ne bis in idem* transnazionale. La valorizzazione della dimensione transazionale del *ne bis in idem* sarebbe certamente utile per costruire una normativa che tuteli gli interessi individuali nel settore del diritto penale transnazionale». Così anche S. GLESS, J. VERVAELE, *Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice*, in *Utrecht Law Review*, 2013, pp. 1-10. Cfr. in questo volume F. PELLEGRINO, *Ne bis in idem transnazionale*.

¹¹ Occorre ricordare che il rapporto tra la Corte di giustizia e la Corte EDU è stato sovente caratterizzato dalla rivendicazione di una certa autonomia da parte dei giudici di Lussemburgo (c.d. *Charter-centrism*), soprattutto quando si è trattato di definire il concetto di “*idem*”. Sul punto, cfr. M. CAPPALÀ, G. COLANGELO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia elabora (finalmente) un test unico per il ne bis in idem*, in *Giustizia insieme*, 13 aprile 2022. Nella scelta tra “*idem*” come identico reato e identico fatto o identica qualificazione giuridica, tuttavia, nella loro recente giurisprudenza, sia la Corte di giustizia che la Corte EDU hanno optato per l'interpretazione di *idem factum*. Questa lettura deve essere accolta con grande favore, poiché la sola in grado di garantire l'effettiva protezione dell'individuo da un'indebita pluralità di procedimenti giudiziari. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 luglio 1998, ricorso n. 25711/94, *Oliveira c. Svizzera*; Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 maggio 2001, ricorso n. 37950/97, *Fischer c. Austria*.

¹² G. DE FRANCESCO, cit., p. 10.

civiltà giuridica, quale è il *non bis in idem*, affievoliscano la sua quintessenza che – giova rammentarlo – non risiede solo nel garantire la certezza del diritto (*sécurité juridique*, *Rechtssicherheit*) e la coerenza del sistema giuridico – oggi prescritte anche a livello internazionale – escludendo un contrasto di determinazioni sull'*eadem causa*, ma specialmente nel tutelare l'individuo sottoposto a procedimento penale, evitando che lo stesso possa essere soggetto *sine die* all'azione penale di più Stati. Evenienza, questa, che incrementerebbe il rischio di una *vexatio* nei riguardi dei cittadini su scala europea e globale. Come recita, infatti, il brocardo latino: «*Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*». Persino lo stesso criterio giuridico del mutuo riconoscimento – che affonda le radici in una *mutual trust* dal sapore eminentemente politico – si mostra infecondo se, come spesso accade, si postula una fiducia cieca nell'altrui ordinamento¹³.

Si spiega dunque l'esigenza di indicare coordinate comuni o, se vogliamo, un codice comunicativo univoco che permetta ad ordinamenti contraddistinti da linguaggi giuridici diversi di interagire tra di loro.

2. *Sul concetto di “bis”. Stabilità della decisione definitiva o garanzia che l'azione penale non venga esercitata più volte per il medesimo fatto?*

Una questione da sempre controversa nella riflessione giuridica domestica condotta attorno al principio del *ne bis in idem* in materia penale, in Italia quanto in altri Paesi europei, riguarda la portata del divieto di reiterazione del processo e, in specie, se con esso si debba intendere salvaguardata solamente «la stabilità conseguita dalla decisione definitiva o se, invece, in esso sia da ravvisare, già prima, la garanzia che l'azione penale non venga esercitata più volte per il medesimo fatto (e che, per quest'ultimo, l'imputato non soggiaccia neppure contestualmente a più di un processo)»¹⁴.

Il quesito appena accennato ha il suo fulcro nelle espressioni “secondo giudizio” o “secondo processo o procedimento” o “duplicazione dell'azione penale”, spesso utilizzate alternativamente e in maniera sinonimica nella traduzione da una versione linguistica ad un'altra. A seconda di come si voglia intendere il complemento di specificazione del divieto, però, le maglie protettive del *ne bis in idem* si possono allargare o restringere.

L'interrogativo si carica di complessità quando dal piano domestico si transita a quello transfrontaliero laddove emerge la necessità di scongiurare, da un lato, le *multiple prosecutions* e di arginare, dall'altro, il *forum fleeing* o la fuga transfrontaliera¹⁵.

Un primo problema da risolvere riguarda, anzitutto, la forza espansiva del divieto e, cioè, se esso si limiti a precludere l'apertura di nuovi procedimenti o anche la cessazione di quelli già in corso e l'interruzione dell'esecuzione di eventuali condanne. Le norme convenzionali non si esprimono sul punto, diversamente da come fanno alcune Convenzioni del Consiglio d'Europa, quali la Convenzione sul trasferimento dei procedimenti in materia

¹³ S. RUGGERI, *Norma, giudizio, giudicato. Una riflessione sulla tutela penale alla luce del ne bis in idem nell'era dell'interlegalità*, in questo numero.

¹⁴ T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, Milano, 2010, p. 857. Per un esaustivo approfondimento sul punto, S. RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, p. 295 ss.

¹⁵ H. SATZGER, *Auf dem Weg zu einer „europäischen Rechtskraft“?* in M. HEINRICH e al. (Hrg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Klaus Roxin*, Berlin, 2011, p. 1520.

penale del 1972 e la Convenzione europea sulla validità internazionale delle sentenze penali del 1970.

L'ammissione di una interpretazione restrittiva comprometterebbe la validità del principio, soprattutto se si volesse valorizzare quella sua *ratio* intimamente legata alla tutela di interessi individuali. Nel contesto transnazionale dell'UE, ciò sarebbe inoltre un controsenso posto che gli Stati sono chiamati ad agire entro la cornice del mutuo riconoscimento.

Eppure, soluzioni opposte potrebbero giustificarsi sulla scorta della sentenza *Miraglia*, sulla quale ritorneremo più avanti e, nell'ambito delle procedure di cooperazione internazionale, alla luce della recente giurisprudenza di Lussemburgo che ha affrontato il tema dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* sancito dall'articolo 54 della CAAS e dall'articolo 50 della Carta nel contesto di un mandato di ricerca dell'*Interpol* (c.d. *Red notice*). Più esattamente, il quesito pregiudiziale riguardava la possibilità che una persona potesse essere trattenuta provvisoriamente sulla base di un mandato di ricerca internazionale nei casi in cui il procedimento investigativo fosse stato precedentemente chiuso con una decisione giudiziaria archiviativa. Si chiedeva sostanzialmente alla Corte se l'arresto provvisorio potesse costituire un'azione penale ai sensi dell'articolo 54 della CAAS. In questo caso i giudici, affidandosi all'interpretazione teleologica, più che al dato letterale della previsione, hanno precisato che le decisioni delle autorità statali devono essere rispettate in tutti gli Stati membri, soprattutto in assenza disposizioni di diritto penale armonizzate o ravvicinate. Tuttavia, finché non sia chiaro se il principio del *ne bis in idem* si applichi, gli Stati membri possono arrestare provvisoriamente una persona sulla base dell'ordine dell'*Interpol*. In tali circostanze, quindi, il diritto alla libera circolazione può essere limitato per garantire un'efficace applicazione della legge¹⁶.

Come devono allora comportarsi gli Stati membri quando, dinanzi ad un mandato d'arresto, hanno motivo di ritenere che il principio del *ne bis in idem* possa essere rilevante? La risposta è fornita dalla stessa Corte quando sottolinea «che gli Stati membri e gli Stati contraenti devono garantire la disponibilità di mezzi di ricorso che consentano agli interessati di ottenere una decisione giudiziaria definitiva che stabilisca l'applicazione del principio *ne bis in idem*».

A dire il vero, la spiegazione fornita dai giudici ben potrebbe attagliarsi a qualsiasi tipo di decisione definitiva idonea a innescare dubbi circa l'applicazione del principio¹⁷.

¹⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, 12 maggio 2021, C-505/19, *WS*, ECLI:EU:C:2021:376.

¹⁷ Dal caso appena attenzionato si staglia un ulteriore interrogativo che ruota attorno all'identificazione della corretta fase del procedimento penale che è in grado di impedire l'avvio o la sospensione di un altro contro la stessa persona per i medesimi fatti. Intuitivamente potremmo dire che, nelle dinamiche transfrontaliere, quanto più precoce è la fase procedimentale interessata, tanto più ampia dovrebbe essere la protezione offerta all'indagato o all'imputato dal *ne bis in idem*, onde evitare che questi sia sottoposto a molteplici procedimenti. Eppure, abbracciare fino in fondo tale prospettiva comporterebbe degli indubbi svantaggi sul piano investigativo, posto che quando più giurisdizioni fanno scattare le indagini secondo i criteri di collegamento che ne fissano la propria competenza, potrebbero esserci elementi probatori da reperire in tutti o quasi tutti gli Stati interessati; sicché legare il divieto di duplicazione del procedimento all'avvio delle indagini potrebbe essere controproducente per la completezza investigativa stessa che assume oggi una dimensione sempre più ampia. Così J. LELIEUR, cit., p. 206. Per un'analisi approfondita sul legame tra completezza delle indagini e *ne bis in idem*, si legga in questo volume E. MALINO, *Completezza delle indagini preliminari e ne bis in idem: i risvolti applicativi dell'interazione dei principi della giustizia penale*. Senza considerare la difficoltà di determinare già nelle primissime attività di indagine un *idem factum*, il quale si presenta in una forma embrionale e sfumata, nella c.d. notizia di reato, soggetta ad eventuali modifiche man mano che l'investigazione avanza. Il discorso cambia chiaramente se, in una fase più avanzata delle indagini, il volto del "*charge*" è ben definito.

La dottrina ha tradizionalmente considerato “*final decision*” quella statuizione nel merito che chiude il primo grado di giudizio¹⁸, mentre, come vedremo, soprattutto l'intervento della Corte di giustizia, ha eroso negli anni il concetto di definitività nel settore transfrontaliero estendendolo anche ai provvedimenti emessi in fasi precedenti.

Articolata e, pertanto, meritevole di attenzione, è la questione relativa alla possibilità che statuizioni non suscettibili di assumere carattere definitivo (c.d. *formelle Rechtskraft*¹⁹) quali, in particolare, il provvedimento di archiviazione – che, per fare un esempio, nel nostro ordinamento presenta la forma del decreto motivato del giudice per le indagini preliminari ex art. 409 Cpp – possano rappresentare uno sbarramento a nuovi procedimenti penali *de eadem re et persona* (*Sperrwirkung*), non solo nello Stato in cui è stata emessa la decisione che ostacola l'accesso al processo ma anche in uno estraneo al procedimento archiviativo originario.

Tutto ciò non è di poco conto rispetto all'operare della normativa transnazionale, sul presupposto che, come anticipato, tanto nella Carta di Nizza, quanto nella CAAS e nel Protocollo addizionale alla CEDU o nel Patto sui diritti civili e politici, il *ne bis in idem* può intervenire solamente a seguito di una sentenza definitiva²⁰. Le disposizioni appena richiamate sono frutto di un retaggio giuridico tipico di quei sistemi di *civil law* che basano il divieto di perseguire più volte la stessa persona per la stessa condotta sulla massima *res judicata pro veritate habetur*, instaurando così una stretta connessione tra il divieto in oggetto e l'“autorità di cosa giudicata”²¹.

È facile intuire che la problematica emersa si collega al tema della litispendenza, «tassello finale per una piena operatività del divieto di doppio processo» e il cui punto nevralgico «è da sempre rappresentato dalla individuazione dei criteri di riparto della competenza tra i diversi Stati coinvolti». Così, N. GALANTINI, *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive. Testo della relazione al Workshop dell'Osservatorio permanente sulla criminalità organizzata su “La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'UE dopo il Trattato di Lisbona”, Siracusa, 23-24 aprile 2010*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 febbraio 2011. Entro l'ambito tematico della litispendenza, ci si potrebbe chiedere se l'esercizio di un'azione penale in un Paese possa sbarrare l'avvio ad altre *prosecutions* in altri Paesi? Tale soluzione è poco praticabile in quanto il momento in cui inizia l'azione penale varia notevolmente da un sistema giuridico nazionale all'altro e da una procedura all'altra all'interno dello stesso ordinamento. In alcuni Paesi, l'azione penale è esercitata al termine dell'attività investigativa, prima che il caso venga sottoposto al tribunale che emetterà la sentenza. In altri, invece, essa deve essere esercitata ancor prima di poter iniziare le indagini.

¹⁸ S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 878-891.

¹⁹ K. ROXIN, *Strafverfahrenrechts*, München, 1985, p. 408 ss.

²⁰ Cfr. art. 4 Protocollo n. 7 alla CEDU, art. 50 Carta di Nizza, art. 54 CAAS e art. 14, co. 7, Patto internazionale sui diritti civili e politici.

²¹ «Il principio del *ne bis in idem* trae motivo dall'interesse, tanto per la società, quanto per l'individuo, a che venga pienamente riconosciuta l'autorità della cosa giudicata, e ciò a garanzia del rispetto delle sentenze giudiziarie e della tutela del singolo». Esso «poggia su due presupposti fra loro complementari, vale a dire la libertà individuale da un lato e, dall'altro, la *vis rei iudicatae* come elemento di pace sociale». Così la risoluzione del PE sull'applicazione nella Comunità europea del principio “*non bis in idem*” in materia penale, in GUCE C 184 del 16.4.1984. Affermava F. CORDERO, *Procedura penale*², Milano, 1987, p. 1058: «La cosa giudicata [...] in sede penale, sottrae il cittadino a ogni ulteriore persecuzione per il medesimo fatto: nello sfondo l'esigenza d'un limite all'intervento dello Stato nella sfera individuale». Peraltro, si ricorda che la crescente attenzione verso la vittima nel contesto penale ha trovato spazio anche nella prospettiva della garanzia costituita dal divieto di doppio giudizio, come dimostra l'orientamento seguito dai giudici di Lussemburgo sia sul piano della giustizia domestica che transazionale. Per una compiuta analisi sul tema, cfr. V. DI NUZZO, *Le trasformazioni di una garanzia: il ne bis in idem tra necessaria protezione dell'accusato e nuove istanze di tutela della vittima di reato*, in *OIDU*, 2022, p. 280 ss.

3. *Archiviazione ed efficacia preclusiva. Decisione definitiva, qualcosa in meno o di diverso? La soluzione italiana*

Un sintetico richiamo al dibattito italiano sulla tematica dell'archiviazione in ambito interno è senz'altro utile per rendere al lettore la precisa dimensione del problema, al fine di poter meglio apprezzare gli effetti suscettibili di prodursi sul piano transnazionale e che verranno valorizzati nel prosieguo attraverso l'analisi di alcuni casi giurisprudenziali.

Orbene, limitandoci in prima battuta al piano interno è di tutta evidenza che il decreto archiviativo non è equiparabile ad una sentenza ai sensi dell'art. 649 Cpp che, è facile avvedersi, non lo richiama.

Proprio con riguardo all'istituto dell'archiviazione, le posizioni della dottrina non sono state unanimesi, dividendosi in due filoni interpretativi gravitanti attorno ad una diversa lettura dell'art. 414 Cpp così come formulato prima della "Riforma Cartabia", che ha parzialmente modificato la disciplina sulla riapertura delle indagini.

Per qualche Autore il provvedimento autorizzativo costituiva tanto una condizione necessaria per lo svolgimento di ulteriori indagini, quanto una condizione di procedibilità atipica²², in carenza della quale il pubblico ministero non avrebbe potuto esercitare la successiva azione penale²³. Altri affermavano, diversamente, che l'inutilizzabilità degli atti di indagine fosse la sola conseguenza derivante dalla mancata autorizzazione²⁴. Dunque, se nel primo caso una qualche efficacia preclusiva era ammessa, nel secondo non sembravano esserci spazi per un accreditamento in questa direzione.

Che il decreto di archiviazione potesse rientrare nel novero dei provvedimenti definitivi, tuttavia, lo aveva asserito lapidariamente la Corte costituzionale che, nel tentativo di fugare ogni dubbio e porre fine ai decennali contrasti giurisprudenziali, ne aveva determinato la natura preclusiva, ancorché limitata, superabile solo in virtù di un decreto di autorizzazione a riaprire le indagini emanato del g.i.p., difettando il quale, invece, sarebbe stata «l'instaurabilità di un nuovo procedimento e, quindi, la procedibilità, ad essere impedita; sicché, se il presupposto del procedere fosse venuto a mancare, il giudice non avrebbe potuto che prenderne atto, dichiarando con sentenza, appunto, che l'azione penale non doveva essere iniziata»²⁵.

La Cassazione, dal canto suo, aveva ulteriormente precisato che l'assenza di mezzi di impugnazione da esperire entro termini determinati – ferma restando la possibilità di una successiva riapertura delle indagini in caso di sopravvenute necessità investigative –,

²² R. E. KOSTORIS, voce *Riapertura delle indagini*, in *Enc. dir. Annali*, vol. XL, Milano, 1989, p. 351; G. GIOSTRA, *L'archiviazione: lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994, p. 99; I. RUSSO, *Riapertura delle indagini*, in *Rivista Penale*, 1997, p. 441; A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 1997, p. 326.

²³ Dello stesso avviso è la Corte costituzionale., 12 gennaio 1995, n. 27, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, p. 1371.

²⁴ Di questo avviso è, fra gli altri, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 968, il quale, posta l'obbligatorietà costituzionalmente prevista dell'azione penale, concepisce la richiesta di archiviazione alla stregua di un permesso all'azione, che non vieta al p.m. ulteriori percorsi investigativi, anzi, chiede il loro compimento, così allineandosi alla statuizione di cui all'art. 112 Cost. Sostiene ancora F. CORDERO con riferimento all'art. 414 c.p.p., «secondo questa norma stravagante, al p.m. occorre una licenza inversa».

²⁵ Corte costituzionale, 12 gennaio 1995, cit.

attribuiva alla decisione giudiziale un certo grado di stabilità e, pertanto, l'idoneità a produrre effetti preclusivi²⁶.

In ogni caso, sul controverso punto, è intervenuto di recente il legislatore, il quale ha fissato la regola per la quale gli atti di indagine compiuti in assenza di un provvedimento di riapertura del giudice sono inutilizzabili.

Resta da precisare, tuttavia, che le pronunce su richiamate avevano veicolato una tutela del *ne bis in idem* in senso lato, che si traduceva, cioè, nella improponibilità di ulteriori impugnazioni e che gravitava essenzialmente attorno al concetto di stabilità della decisione²⁷. Questo approdo poteva ritenersi sufficiente? O, piuttosto, si sarebbe dovuto accedere ad una tutela in senso stretto, imperniata sul contenuto dell'accertamento e, quindi, intesa quale divieto di iniziare un nuovo procedimento *de eadem re et personā*?²⁸

La risposta a tale quesito non è agevole. Occorre dunque spendere qualche parola in più sulla natura del provvedimento archiviativo, senza tralasciare le recentissime interpolazioni normative che ci hanno restituito un istituto dal volto nuovo.

Anzitutto, il provvedimento archiviativo si inserisce da sempre entro una sequenza procedimentale di atti costellata da scelte delle autorità giudiziarie a volte provvisorie o parziali, perché emesse allo stato degli atti, o ancora definitive ma anticipate, altre volte stabili e tendenzialmente durature.

Non può tacersi che il contenuto richiesto per l'archiviazione è stato, almeno fino alla emanazione del d. lgs del 10 ottobre 2022, n. 150 – che ha riformato l'art. 408 Cpp in materia di richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato –, minimo ed essenziale. Ciò che è stato richiesto sino ad oggi dal nostro codice di rito è stata una motivazione circa l'impossibilità, per una delle ragioni prescritte dalla legge o per l'infondatezza della notizia di reato, di approdare al vaglio propriamente giurisdizionale.

In altre parole, in passato, per quanto l'archiviazione contenesse in sé una decisione, il suo contenuto non avrebbe potuto mirare alla piena esaustività, quella che si sarebbe potuta, invece, raggiungere con l'esercizio dell'azione penale o, addirittura, con l'instaurazione di un giudizio imperniato sul principio del contraddittorio, l'unico in grado di garantire un approfondimento su tutti gli elementi del reato.

²⁶ Cass. pen., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *www.ilsole24ore.it*. D'altronde, se, da un lato, è vero che il *quid novi* richiesto dalla vecchia formulazione dell'art. 414 c.p.p. non deve necessariamente consistere nell'acquisizione di nuovi elementi probatori o nella scoperta di ulteriori fonti di prova idonei a determinare un mutamento del quadro preesistente, essendo sufficiente una diversa lettura di quelli già acquisiti (così si esprime G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 96), dall'altro, la riapertura delle indagini non può tradursi «in una automatica restituzione in termini» per il p.m., così giustificando ripensamenti o colpevoli lacune nelle indagini: in questi termini, cfr. L. PADULA, *L'archiviazione. Modelli questioni e scelte operative*, Milano, 2005, p. 350. In questo ultimo senso sembra deporre la recente Riforma del procedimento penale voluta dall'ex Ministra della giustizia Marta Cartabia, la quale in materia di riapertura delle indagini precisa che «la richiesta di riapertura delle indagini è respinta quando non è ragionevolmente prevedibile la individuazione di nuove fonti di prova che, da sole o unitamente a quelle già acquisite, possono determinare l'esercizio dell'azione penale». Non solo. Potrebbe ulteriormente argomentarsi invocando l'art. 345 c.p.p., per il quale il divieto del secondo giudizio non opera se sopravvivono le condizioni di procedibilità tipiche (querela, autorizzazione a procedere, istanza e richiesta) così ammettendo l'esercizio dell'azione penale il quale, *a contrario*, deve escludersi negli altri casi. Così, G. GIOSTRA, cit., p. 99.

²⁷ M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*⁹, Milano, 2022, p. 888, ha cura di precisare che “irrevocabilità”, “definitività”, “giudicato” (o “cosa giudicata”) vengono correntemente interscambiati, sebbene non manchino aspetti in relazione ai quali, anche in pratica, restano distinti.

²⁸ Così, T. RAFARACI, cit., p. 860.

Al contrario, la previsione di cui all'art. 408 c.p.p. di più recente conio ha inaugurato un cambio di rotta, affermando in modo significativo che «quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca, il pubblico ministero presenta al giudice richiesta di archiviazione». Altrimenti detto, se lo *standard* valutativo attualmente prescritto è quello della prevedibilità della condanna, il pubblico ministero deve misurare la sufficienza delle prove idonee a sostenere una decisione di colpevolezza e, solo in caso di esito positivo di tale giudizio, esercitare l'azione penale.

Come è stato sostenuto in dottrina, l'aver posto direttamente la condanna come oggetto di valutazione, ha irrimediabilmente spostato l'asse del processo penale verso la fase delle indagini²⁹. Questa che sembra essere una vera e propria rivoluzione copernicana, plasma, dunque, il contenuto della decisione archiviativa che, per lo meno con riguardo alla infondatezza del reato, sembra esigere un approfondimento esaustivo.

La stessa completezza, delle indagini, d'altronde, mirava e mira tutt'oggi ad evitare imputazioni avventate o del tutto prive di fondamento o non meritevoli di considerazione in un contesto dibattimentale.

Non può trascurarsi il fatto che il provvedimento archiviativo ben potrebbe intervenire all'apice di una intensa e penetrante attività investigativa idonea ad assumere la connotazione propria di una decisione «sostanzialmente giurisdizionale»³⁰. Ipotesi tutt'affatto che remota alla luce del nuovo parametro di esercizio dell'azione penale di cui all'art. 408 c.p.p. Quanto espresso è ancor più vero se si considera che l'uso massiccio di strumenti investigativi tecnologici oggi interferisce a dismisura, non solo con le libertà fondamentali degli indagati ma anche di soggetti terzi al procedimento penale, grazie anche alla facilità con la quale informazioni *lato sensu* investigative vengono scambiate tra Paesi membri dell'area UE.

Al di là degli approdi legislativi e giurisprudenziali raggiunti sul versante domestico, dalle considerazioni fin qui condotte può trarsi la conclusione che, ai fini dell'individuazione della definitività, il problema non risiede tanto nello stabilire se un provvedimento come quello archiviativo sia irrevocabile quanto nel rintracciare quale accertamento e quale *inducium* esso sia capace di esprimere.

4. Archiviazione ed efficacia preclusiva transnazionale

Una volta descritta la situazione domestica, non rimane che interrogarsi sulla portata dell'archiviazione nel quadro transfrontaliero.

A tal proposito non possono tralasciarsi le indicazioni della Corte di giustizia dell'UE che nel 2003 fu chiamata per la prima volta a valutare se la definitività dell'azione penale potesse essere rappresentata dalle c.d. *décisions extra-judiciaires*, ovvero da quelle forme di definizione del procedimento penale senza intervento dell'autorità giudiziaria³¹. Secondo la

²⁹ P. FERRUA, *Appunti critici sulla riforma del processo penale secondo la Commissione Lattanzi*, in *DisCrimen*, 2021, p. 66

³⁰ F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, p. 41 ss.

³¹ Corte di giustizia dell'Unione europea, 11 febbraio 2003, C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, ECLI:EU:C:2003:87. Nel caso di specie, la Corte ha affermato che l'art. 54 della CAAS si applica alla transazione penale nella misura in cui quest'ultima consente allo Stato di esercitare comunque l'azione penale; comporta la formulazione di un giudizio definitivo implicito in merito alla condotta dell'imputato e la comminazione di misure sanzionatorie; e non pregiudica il diritto della vittima di agire per il risarcimento danni ai fini civili.

Corte, nel noto caso *Gözütok e Brügger*, il carattere decisivo della statuizione si individua secondo il diritto nazionale tutte le volte in cui un provvedimento pone fine all'azione penale, innescando di conseguenza l'efficacia negativa del *ne bis in idem*. La sentenza sottintende l'esistenza di un'azione penale già esercitata e poi interrotta. Ma cosa accade se, come avviene in Italia, è pronunciata l'archiviazione senza che l'azione penale sia effettivamente esercitata³²? La decisione che esclude l'azione penale può considerarsi definitiva?

Nello stesso giudizio, la Corte di Lussemburgo ha potuto affermare che la regola del *ne bis in idem* si applica anche alle procedure di archiviazione dell'azione penale con le quali il pubblico ministero di uno Stato membro interrompe un procedimento penale avviato, senza che sia necessario l'intervento di un giudice, sebbene l'articolo 54 della CAAS faccia riferimento a “*trial*” nella versione inglese e utilizzi il verbo “*juger*” in quella francese. *Ad adiuvandum*, risulta proficuo richiamare pure il nucleo delle considerazioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer, il quale ha ritenuto che l'art. 54 CAAS «non allude ad una decisione giudiziaria che prenda la forma di sentenza e che venga emessa al termine di un procedimento svoltosi nel rispetto di tutte le garanzie dettate dall'art. 6 CEDU, ma più genericamente, si riferisce ad ogni pronuncia giudiziaria, con la quale lo Stato esprime l'ultima parola in merito ai fatti perseguiti ed alla colpevolezza dell'autore di essi; pronuncia che può provenire da un magistrato in sede giudicante, dal giudice istruttore a conclusione della sua attività inquirente o da un pubblico ministero nell'esercizio dell'azione repressiva dei reati»³³.

Per quanto utili, queste conclusioni sono foriere di alcuni dubbi interpretativi. L'archiviazione è, infatti, un provvedimento che si regge su motivi eterogenei che spaziano dalla valutazione di presupposti di procedibilità (es. querela, istanza, autorizzazione ecc.) a considerazioni che attengono più propriamente al merito perché concernono l'impianto accusatorio inizialmente abbozzato e ricostruito nella fase investigativa o istruttoria (come per il caso della particolare tenuità del fatto), sicché se può aversi l'ultima parola sui fatti perseguiti, non sempre la si può avere sulla colpevolezza³⁴. Al problema appena posto ha dato risposta dopo qualche anno la stessa Corte nel caso *Miraglia*.

Mentre la sentenza *Gözütok e Brügger* ha sostenuto un approccio più favorevole per l'individuo, basato sulla combinazione dei principi del giudicato e della fiducia reciproca nella prospettiva di garantire la libera circolazione, con la *Miraglia* si è individuata una condizione sostanziale al concetto di decisione definitiva. La Corte, infatti, si è trovata di fronte a un'archiviazione giustificata dal solo fatto che un procedimento penale per gli stessi fatti e contro lo stesso indagato fosse stato instaurato in un altro Stato membro a seguito di un coordinamento tra le autorità giudiziarie interessate. Essa ha legato la statuizione definitiva all'accertamento nel merito del caso come presupposto per l'attivazione del *ne bis in idem* transnazionale (la c.d. “condizione *Miraglia*”)³⁵.

³² Secondo una lettura sistematica degli artt. 50, 405, 408 e 411 c.p.p. l'archiviazione costituisce l'alternativa all'esercizio dell'azione penale, cui il PM può determinarsi, in esito alle indagini preliminari, in uno dei seguenti casi: quando la notizia di reato risulti infondata, sia rimasto ignoto l'autore del reato, risulti mancante una condizione di procedibilità, il reato sia estinto o il fatto non sia previsto dalla legge come reato, il fatto sia particolarmente tenue.

³³ Conclusioni dell'Avv. Gen. Ruiz-Jarabo Colomer, Corte di giustizia dell'Unione europea, cit., par. 109.

³⁴ Per approfondimenti sul punto, si veda in questo volume il contributo di S. RUGGERI, *Norma, giudizio, giudicato*, cit. Sempre in questo volume, C. ORLANDO, *Prescrizione processuale e ne bis in idem: l'efficacia preclusiva del giudicato alla prova del tempo*.

³⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, 10 marzo 2005, C- 469/03, *Miraglia*, EU:C:2005:156.

In una controversa sentenza, la *Gasparini*, si è riconosciuto l'effetto preclusivo dell'articolo 54 della CAAS di una decisione giudiziaria che dichiara la prescrizione del reato. Corte di giustizia dell'Unione europea, 28

Al di là dei *vulnera* su evidenziati, preziosa è l'esegesi della Corte in *Gözütok e Brügger* nel distinguere la definitività dalla irrevocabilità, avvalorando della prima una nozione più ampia e diversa rispetto a quella fornita dalla esperienza classificatoria domestica. Contrariamente, la Corte EDU in un'occasione ha precisato che di definitività si possa parlare quando una pronuncia assume il carattere dell'irrevocabilità, ossia quando «non sono disponibili ulteriori rimedi ordinari di impugnazione, o quando le parti hanno esaurito tali rimedi, o hanno lasciato scadere i relativi termini senza avvalersene»³⁶.

Senza'altro interessante in quest'ottica è il caso *Kossowski* in cui i giudici, occupandosi dell'applicazione del *ne bis in idem* transnazionale, hanno approfondito il concetto di decisione definitiva, sempre ai sensi dell'articolo 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, e hanno ulteriormente specificato il requisito del "merito del caso" in relazione a un'archiviazione pronunciata per mancanza di prove³⁷.

È opportuno ricordare alcune concrete circostanze del caso. Dopo aver avviato un'indagine parallela contro il signor *Kossowski* per estorsione aggravata commessa nella città di Amburgo, le autorità polacche avevano richiesto l'assistenza delle autorità tedesche, le quali avevano prontamente trasmesso alla Procura polacca una copia del fascicolo investigativo contenente, tra l'altro, i verbali delle dichiarazioni fornite dalla vittima dell'estorsione e da un testimone indiretto. A trasmissione avvenuta, le autorità polacche non hanno compiuto alcun altro atto investigativo e hanno anzi archiviato il caso per insufficienza di prove e, in particolare, per l'asserita impossibilità di interrogare e verificare le dichiarazioni della vittima e del testimone, entrambi residenti in Germania³⁸. Orbene, la decisione archiviativa acquisisce, secondo le norme nazionali polacche, la forza di *res iudicata*. Ma questo significa che essa può essere considerata "*final*" anche ai fini dell'articolo 54 della CAAS e, quindi, fondare il divieto transnazionale del *bis in idem*?³⁹

settembre 2006, C-467/04, *Gasparini*, ECLI:EU:C:2006:610. Per qualche autore l'ambiguità di questa soluzione risiede nel fatto che tale affermazione, in linea di principio, non comporta una "determinazione del merito del caso". In questo senso, si veda A. WEYEMBERGH, I. ARMADA, *The Principle of ne Bis in Idem in Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, in V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTADINIDES (eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law (Cheltenham (UK) and Northampton (MA))*, Cheltenham, 2016, p. 199. In senso opposto, S. RUGGERI, *Pluralismo cognitivo e dinamiche processuali: tutela sommaria, decisioni in ipotesi e giudizi incompleti. Ragionando su procedibilità, merito e garanzie della persona*, in *La Legislazione penale*, 9 ottobre 2021. Infine, nella causa *Van Straaten* la Corte ha riaffermato la validità della "condizione Miraglia", ma ha riconosciuto il suo adempimento nel contesto di un'assoluzione per insufficienza di prove. Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, 28 settembre 2006, C-150/05, *Van Straaten*, ECLI:EU:C:2006:614. Nel successivo caso *Turanský*, invece, è stato escluso il carattere definitivo di una statuizione presa da un'autorità di polizia che archiviava un'indagine per assenza di prove, a prescindere da qualsiasi analisi sul soddisfacimento o meno del presupposto *Miraglia*, in quanto tale decisione era priva, ai sensi del diritto nazionale, della forza di *res iudicata* e quindi non poteva impedire definitivamente un ulteriore procedimento penale. Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, 22 dicembre 2008, C-491/07, *Turanský*, ECLI:EU:C:2008:768.

³⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 luglio 2019, ricorso n. 54012/10, *Mibalache c. Romania*. Della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, è il caso di richiamare una sentenza del 2009, *Zolotukhin c. Russia*, in cui i giudici di Strasburgo hanno svincolato la regola del *ne bis in idem* dal principio della *res iudicata pro veritate habetur*. Come ha giustificato la Corte europea dei diritti dell'uomo questo nuovo approccio? Osservando che il suo precedente orientamento era troppo restrittivo per i diritti dell'individuo. Così, Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, par. 83.

³⁷ Corte di giustizia dell'Unione europea, 29 giugno, 2016, C-486/14, *Kossowski*, ECLI:EU:C:2016:483.

³⁸ Si veda in questo volume, V. DI NUZZO, *Accertamento penale e principio del ne bis in idem: la tutela della vittima di reato nella giustizia riparativa*.

³⁹ Pensiamo ad un'ipotesi di scuola. Un PM avvia delle indagini articolate e complete dalle quali, tuttavia, non emerge alcuna *chance* di poter sostenere l'accusa in giudizio. Nel momento di archiviare lo stesso nota l'assenza della querela che, per l'ordinamento interno è condizione di procedibilità e, piuttosto, che giustificare il mancato

La pronuncia della Corte in questa causa si segnala per aver collegato - e ciò appare alquanto inedito - l'applicazione della "condizione Miraglia" ad una concezione "dinamica" della reciproca fiducia, osservando che «the mutual trust can prosper only if the second Contracting State is in a position to satisfy itself, on the basis of the documents provided by the first Contracting State, that the decision of the competent authorities of that first State does indeed constitute a final decision including a determination as to the merits of the case»⁴⁰. Pertanto, senza disconoscere la *res judicata* del provvedimento polacco, ha ritenuto che il fatto che le autorità polacche non avessero proceduto a sentire la vittima e il testimone costituissero indicazione che non fosse stata intrapresa alcuna indagine approfondita e che, di conseguenza, la "condizione Miraglia" non fosse stata soddisfatta.

Tale orientamento si iscrive entro la cornice di una concezione duplice del *ne bis in idem* il quale è certamente diretto a garantire che una persona, che è stata condannata e ha scontato la sua pena o, se del caso, che è stata definitivamente assolta in uno Stato Schengen, possa circolare all'interno dello spazio europeo senza dover temere di essere perseguita per gli stessi fatti in un altro Stato Schengen. Tuttavia, tale principio non persegue la finalità di proteggere un sospettato dall'eventualità di doversi sottoporre ad ulteriori accertamenti, per gli stessi fatti, in più Paesi.

Ebbene, ciò che emerge con tutta evidenza è che, ancora una volta, non è tanto la forma del provvedimento a contare, quanto, piuttosto, il suo contenuto e che il *ne bis in idem* non trova la sua ragion d'essere esclusiva nelle scelte del legislatore nazionale ma anche in quelle europee dirette a creare uno spazio integrato di sicurezza, libertà e giustizia⁴¹.

Per quanto tale asserzione si radichi in argomenti di valore, essa non è esente da margini di opinabilità.

Per prima cosa, benché, come richiesto da Lussemburgo, la capacità preclusiva dell'archiviazione possa manifestare i suoi effetti solo a seguito di un'indagine lunga, articolata ed esaustiva, ciò non può mai avvenire a detrimento dei diritti e delle garanzie degli indagati a favore dei quali non sempre è previsto negli ordinamenti interni un contraddittorio nella fase investigativa. In questo senso, la completezza non deve sfociare in una sorta di "accanimento investigativo" nei confronti dei sospettati.

In secondo luogo, far dipendere l'operatività del principio dalla circostanza che sia il giudice a dover indagare sulla completezza delle investigazioni attuate all'estero, sulla base delle documentazioni allegate, non rende esenti dal rischio che l'esaustività venga comunque letta con le lenti degli *standard* investigativi propri dello Stato chiamato a vagliare l'operatività del *ne bis in idem*, in cui ben potrebbero essere in forza parametri di esercizio dell'azione penale più bassi. Persino il richiamo al "merito del caso" è fuorviante visto i contorni sfumati che

esercizio dell'azione sulla base di valutazioni di merito richiede al giudice l'archiviazione per improcedibilità, sul presupposto, appunto, che quella sua indagine non si sarebbe potuta svolgere a monte. Tale provvedimento precluderebbe l'avvio di un nuovo procedimento sul presupposto che si sia già svolta un'attività investigativa di per sé penetrante in uno Stato? Dovrebbe prevalere una valutazione che, sulla scorta della posizione *Kossowski*, valorizzi la completezza delle indagini, facendo così scattare il divieto del *ne bis in idem*?

⁴⁰ M. SIMONATO, *Ne bis in idem in the EU: Two important questions for the CJEU (Opinion of the AG in C-486/14 Kossowski)*, in *European law blog*, 12 gennaio 2016, ha osservato, tuttavia, che la natura dell'archiviazione nella causa *Kossowski* deve essere distinta da quella del caso *Miraglia*, essendo in quest'ultimo meramente procedurale; un'archiviazione per mancanza di prove, al contrario, implica normalmente un certo grado di esame del merito, dal momento che gli elementi probatori hanno ad oggetto il merito della causa.

⁴¹ Così si esprime S. CAPORALE, *Ne bis in idem internazionale: il provvedimento di archiviazione non sempre chiude definitivamente il processo*, in *Archivio penale*, 2016.

lo caratterizzano e che, nel tempo, hanno richiesto degli interventi accurati dei giudici europei per distinguerlo dalla decisione procedurale o sul rito.

Dinanzi a simili premesse, pare ragionevole attendersi un relativismo del principio il quale, anziché irrobustirne la portata, la infaucisce.

Ed ancora, non può sottacersi l'evenienza, alquanto pericolosa, che un'autorità giudiziaria straniera possa sbarrare l'efficacia del *ne bis in idem* adducendo l'incompletezza dell'istruttoria condotta all'estero al solo fine di giustificare l'instaurazione di un secondo giudizio nei confronti dello stesso soggetto per gli stessi fatti, finendo per assecondare logiche nazionalistiche che aprono la via alle *multiple prosecutions*. Scelta, questa, che desta ancora preoccupazione con riguardo a quei sistemi connotati da una forte dipendenza del potere giudiziario nei confronti di quello politico.

Di nuovo, il legame fiduciario rappresentato dal *mutual recognition*, che prescrive di accettare l'applicazione del diritto penale e processuale penale vigente in altri Stati membri anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse, non convince pienamente.

5. *Ne bis in idem estradizionale ed ultrattività del provvedimento di archiviazione nelle procedure di assistenza giudiziaria*

Al cospetto di una normativa interna che riconosceva il *ne bis in idem* esecutivo come garanzia del divieto di duplicazione della pena inflitta all'estero, un primo cambio di rotta ha prodotto, a tutela del principio, strumenti della cooperazione giudiziaria, quali l'extradizione⁴², l'istituto della esecuzione della sentenza penale straniera e le previsioni che mettono in relazione il divieto di doppio giudizio *in idem* alla assistenza giudiziaria, e che più da vicino ci interessano.

Anzitutto, giova ricordare brevemente che in considerazione dell'obiettivo comune dell'Articolo 54 della CAAS e dell'Art. 3, par. 2, della direttiva sul MAE, la Corte di giustizia ha ritenuto che ogni interpretazione del principio in parola data nell'ambito della CAAS è ugualmente valida ai fini del MAE⁴³.

È, però, l'intreccio tra il *ne bis in idem* transnazionale fin qui trattato e il tema dell'extradizione che merita la nostra considerazione poiché su esso la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo si è concentrata, nel tentativo di estendere la copertura del divieto doppio processo, già garantito in un Paese membro, a favore un cittadino europeo anche nei Paesi membri dell'Unione europea diversi da quello di origine, quando uno Stato terzo faccia richiesta di consegna. È su questo terreno, infatti, che può meglio saggiarsi l'efficacia del principio generale del mutuo riconoscimento nella sua relazione rafforzativa con altri principi, fra tutti quello di uguaglianza.

Ciò premesso, una tale sensibilità può rintracciarsi anche nelle corti nazionali.

Queste istanze garantiste sono stata avvertite, ad esempio, nell'ordinamento giuridico tedesco, il quale ha rapportato i principi vigenti in materia di estradizione dei cittadini dell'area UE verso Paesi terzi (come stabiliti dalla Corte di Lussemburgo) al diritto a non essere

⁴² L'art. 705 Cpp stabilisce che, in mancanza di convenzione o in presenza di non diverse previsioni pattizie, la Corte d'appello pronuncia sentenza favorevole all'extradizione se non è in corso procedimento penale o non è stata emessa sentenza irrevocabile per lo stesso fatto nei confronti della stessa persona.

⁴³ Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 novembre 2020, C-261/09, *Mantello*, EU:C:2010:683.

penalmente perseguiti per due volte⁴⁴. Nel caso in rassegna, gli Stati Uniti avevano richiesto la consegna di un cittadino italiano fermato all'aeroporto di Francoforte con l'accusa di associazione finalizzata alla contraffazione di opere d'arte ai danni, tra gli altri, di cittadini statunitensi, reato per il quale il soggetto in questione era stato precedentemente condannato ad una pena detentiva in Italia. Il Tribunale regionale superiore ha dunque dichiarato inammissibile l'extradizione della persona perseguita a causa del divieto di *ne bis in idem*. Secondo il Trattato di estradizione vigente tra la Germania e gli Stati Uniti, l'extradizione non è concessa se la persona richiesta è già stata processata e assolta o punita con sentenza definitiva e vincolante dalle autorità competenti dello Stato richiesto per il reato per cui è avviata l'extradizione. Certo, questa protezione può applicarsi solo se la sentenza è stata pronunciata da un tribunale tedesco. Tuttavia, questo ultimo ritiene che il diritto dell'Unione imponga il riconoscimento della condanna da parte dei giudici italiani, con effetto protettivo sulle estradizioni richieste da Paesi terzi. D'altra parte, se l'imputato condannato fosse stato privato della libertà in Italia, in quanto cittadino italiano non sarebbe stato estradato negli Stati Uniti; lo stesso deve pertanto valere se viene arrestato in Germania.

Peraltro, la pronuncia in esame si pone perfettamente in linea con la giurisprudenza di Lussemburgo richiamata dal giudice tedesco. È dalle cause *Petrubhin*⁴⁵ e *Pisciotti*⁴⁶ che si evince che l'azione penale nei confronti di un cittadino dell'UE nel suo Paese d'origine precede quella esercitata in Paesi terzi. In queste due occasioni, la Corte ha chiarito che prima di consegnare una persona in uno Stato terzo, quello richiesto deve chiedere allo Stato membro di nazionalità dell'estraddando se intende emettere un mandato d'arresto europeo⁴⁷. Questo scambio di informazioni ha il vantaggio di non ostacolare il diritto alla libera circolazione e allo stesso tempo evita il pericolo che il reato rimanga impunito⁴⁸.

Si intende ora segnalare una recentissima pronuncia di legittimità italiana, interessante perché, dal nostro punto di vista, ha affrontato il tema dell'applicabilità del principio del *ne bis in idem* tra Stati diversi, anche non membri dell'Unione europea, con normative differenti, in forza di trattati internazionali allacciandolo, ancora una volta, al concetto di "provvedimento definitivo" estensibile anche ai procedimenti di archiviazione nel contesto di una procedura di estradizione⁴⁹.

Nella fattispecie, il ricorrente, un cittadino tedesco, contestava dinanzi ai giudici di legittimità la soluzione a cui era pervenuta la Corte di appello di Brescia per aver, quest'ultima, ritenuto sussistenti le condizioni per la sua estradizione negli Stati Uniti d'America. Il soggetto in questione era stato arrestato mentre si trovava in vacanza in Italia, in virtù di un mandato di cattura emesso dal Tribunale Distrettuale del Missouri (USA) per possesso e divulgazione di materiale pedopornografico, fatto per il quale la Procura tedesca di Cottbus si era pronunciata con l'archiviazione.

La Corte di appello aveva riconosciuto l'applicazione del divieto di *bis in idem* rispetto alla domanda di estradizione avanzata dagli Stati Uniti di America per processare il ricorrente

⁴⁴ T. WAHL, *German Court Links Petrubhin Doctrine with ne bis in idem and Boosts Common European Criminal Law*, in *Eucrim*, 9 agosto 2020.

⁴⁵ Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 settembre 2016, C- 182/15, *Petrubhin*, EU:C:2016:630.

⁴⁶ Corte di giustizia dell'Unione europea, 18 aprile 2018, C-191/16, *Pisciotti*, EU:C:2016:630.

⁴⁷ Per un approfondimento sul punto, si veda in questo volume G. COLAVECCHIO, *L'attuazione del principio del ne bis in idem nell'ambito del mandato d'arresto europeo*.

⁴⁸ Si verificherebbe, per giunta, un'inammissibile disparità di trattamento se un cittadino europeo non venisse estradato una volta fermato nel suo Stato di origine, ma potesse essere consegnato se l'arresto avvenisse in un altro Stato membro.

⁴⁹ Cass. pen., sez. VI, 14 luglio 2022, n. 27384, in *www.canestrinilex.com*.

poiché era stata individuata la stabilità conseguita dalla decisione archiviativa dell'autorità tedesca, salvo poi concludere che si fosse in presenza di fatti diversi.

Eppure, come sostengono in giudici nel loro *iter* ricostruttivo, un consolidato orientamento giurisprudenziale della Cassazione aveva ancorato storicamente l'operatività del divieto di *bis in idem* nel diritto interno alla presenza di un provvedimento definitorio del giudizio con efficacia di giudicato, determinazione dalla quale si escludeva il decreto di archiviazione emesso dall'autorità giudiziaria straniera⁵⁰. A simile conclusione, ribadisce la Corte, pervenivano pure le sentenze relative all'applicazione dell'art. 9 della Convenzione Europea di estradizione del 1957, sicché l'archiviazione in Italia di un procedimento penale, avente ad oggetto i medesimi fatti sui quali si fosse fondata la domanda dello Stato richiedente, non avrebbe costituito causa ostativa alla consegna sul presupposto che il provvedimento di archiviazione non sarebbe stato suscettibile di dar luogo a giudicato e, pertanto, non avrebbe costituito titolo per integrare il *ne bis idem*, a meno che una previsione convenzionale non avesse disposto diversamente⁵¹.

Orbene, il giudizio in esame si pone in netta controtendenza rispetto a quello storico filone giurisprudenziale che aveva scartato l'ultrattività della pronuncia archiviativa nel panorama estradizionale transfrontaliero. Per la Cassazione italiana il principio del *ne bis in idem* si configura come una garanzia generale da invocare nello spazio giuridico europeo, anche nei confronti di uno Stato non appartenente alla UE, ogni qual volta si sia formato un giudicato penale su un medesimo fatto nei confronti della stessa persona ed a prescindere dalla sua cittadinanza europea⁵².

Sulla scorta di tale posizione, e facendo buon uso degli insegnamenti della Corte di giustizia e della Corte EDU in tema di estradizione passiva e di definitività della decisione, la Cassazione si spinge oltre e scolpisce il seguente principio di diritto: «è ostativa alla consegna l'archiviazione, disposta in uno Stato terzo, di un procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti per i quali è stata avanzata la domanda estradizionale, quando tale provvedimento sia stato adottato da un organo che partecipi dell'amministrazione della giustizia nell'ordinamento nazionale di riferimento, sia competente ad accertare, ed eventualmente a punire, il comportamento illecito sulla base delle prove raccolte, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto e l'azione penale si sia definitivamente estinta».

Le soluzioni a cui è pervenuta da ultimo la Cassazione, dunque, si pongono in linea con il risalente orientamento elaborato in materia di efficacia preclusiva dell'archiviazione sul piano domestico, benché giustificato secondo diverse argomentazioni che tengono conto del contesto europeo, e con quello elaborato dalla giurisprudenza dell'UE a livello transnazionale. Ad ogni modo, le condizioni poste dai giudici di legittimità segnano una differenza con il provvedimento archiviativo di matrice italiana, rispetto al quale l'azione penale non si esaurisce, anche quando un'opposizione ai sensi dell'art. 409 Cpp non sia proposta.

È agevole avvedersi di come il richiamo, ancorché non esplicito, all'accertamento nel merito continui a vincolare la nozione di definitività della decisione finale, così lasciando irrisolti sul piano estradizionale gli interrogativi circa la possibilità che provvedimenti archiviativi non attinenti propriamente al merito (ovvero al comportamento illecito) possano

⁵⁰ Cass. pen. sez. 2, 15 giugno 2018, n. 51221, in *Ced. Cass. rv. 275064*; Cass. pen. sez. 2, 8 maggio 2014, n. 22566, in *Ced. Cass. rv. 259584*; Cass. pen. sez. 1, 2 febbraio 2005, n. 10426, in *Ced. Cass. rv. 231602*.

⁵¹ Cass. pen., sez. 6, 14 maggio 2010, n. 41316, in *Ced. Cass. rv. 248785*; Cass. pen., sez. 6, 24 novembre 2015, in *Ced. Cass. rv. 265911*.

⁵² Cass. pen. sez. 6, 15 novembre 2016, n. 54467, in *Ced. Cass. rv. 26893*.

produrre o meno una preclusione ad una seconda *prosecution*. Può ragionevolmente prevedersi che gli approdi raggiunti con la sentenza *Miraglia* possano estendersi anche alle ipotesi di *ne bis in idem* estradizionale e alle procedure archiviate tutte le volte in cui sono coinvolti Paesi terzi.

Al cospetto delle sentenze richiamate, può attendersi che il diritto dell'Unione si spingerà fino al punto di influenzare gli obblighi previsti nei trattati internazionali, come quelli bilaterali in materia di estradizione ed estenderà gli effetti extraterritoriali della garanzia transnazionale del *ne bis in idem*. Ciò è del resto confermato dalle linee guida sull'extradizione verso i Paesi terzi emanate dalla Commissione europea il 7 giugno 2022, in risposta al Consiglio del 2020, il quale aveva sottolineato che gli Stati membri dell'Unione, da un lato, hanno il dovere di adempiere agli obblighi esistenti ai sensi del diritto internazionale e di combattere l'impunità dei reati e, dall'altro, gli Stati membri che non intendano estradare i loro cittadini sono tenuti, in conformità con i principi di libertà di circolazione e di non discriminazione sulla base della nazionalità, a proteggere i cittadini di altri Stati membri nel modo più efficace possibile da misure che possono privarli dei diritti di libera circolazione e di soggiorno⁵³.

6. Riflessioni conclusive

Dall'analisi condotta in questo studio si evince che la protezione di un cittadino dell'UE dal *bis in idem*, già garantita dal suo Paese d'origine, deve essere assicurata anche dagli altri Paesi membri dell'Unione europea per garantirne la libera circolazione e, ciò, non solo nelle more di esecuzione o emissione di un MAE, ma anche nel contesto estradizionale che coinvolge Paesi terzi.

Il divieto di reiterazione del giudizio, che pure ha faticato ad imporsi nel panorama internazionale e transnazionale come un principio di carattere generale, ha assunto una sua autonoma dignità e si è guadagnato nel tempo uno spazio suo proprio entrando nel catalogo dei principi fondamentali e dei valori fondanti ogni sistema giuridico che voglia definirsi autenticamente civile.

Nello spazio giuridico europeo, tale traguardo è stato raggiunto grazie all'opera della Corte di giustizia che, interpretando le principali fonti convenzionali, lungo un arco temporale ultraventennale ha definito i contorni operativi del *ne bis in idem* facendo discendere l'efficacia della garanzia anche da provvedimenti che l'esperienza giuridica domestica avrebbe certamente escluso dal novero di "decisione definitiva", poiché ancora troppo ancorata ai concetti di irrevocabilità e di stabilità.

Per quanto attiene al *res pro veritate habetur*, ancorché suggestivo, esso disvela incongruenze sul piano della logica. Assumendo che per verità debba intendersi quella processuale e, cioè, il prodotto del processo dato dai fattori rappresentati dalle norme incriminatrici e dalle regole procedurali, è facile constatare che l'assenza di coordinate legislative identiche (i fattori) – che quantomeno possano valere per aree regionali fortemente integrate – mette in discussione la nozione così concepita di verità, la quale finisce per vacillare al cospetto delle prerogative statali in materia penale. In altre parole, come potrebbe violarsi la *legal truth* di una decisione emessa in uno Stato se, nel passaggio da un ordinamento

⁵³ Commissione europea, C(2022) 3626 final, Bruxelles 7 giugno 2022, in www.ec.europa.eu.

all'altro, cambiano i "postulati" in base ai quali un'altra verità (sullo stesso fatto nei confronti della stessa persona) è resa? Ad ogni modo, può ragionevolmente concludersi, che il dover teleologicamente ricondurre il fine ultimo del processo alla *veritas* non solo risulta infruttuoso sul piano interno, ma diventa del tutto inutile e fuorviante nel panorama transnazionale. La certezza del diritto di ogni cittadino, funzionale alla tutela della sua sicurezza e non alla salvaguardia della verità processuale, è probabilmente la base più appropriata sulla cui solidità fondare oggi il principio del *ne bis in idem* transnazionale. Se vogliamo, la mutazione genetica del *ne bis in idem* è il frutto di un tentativo di liberalizzazione della decisione dalla *res judicata* dalla quale, tuttavia, non ci si è mai completamente affrancati, come dimostrano alcune tra le pronunce richiamate.

Se in *incipit* avevamo espresso il timore che le singole peculiarità nazionali potessero smentire gli approdi giurisprudenziali di respiro europeo, al termine di questa analisi può senz'altro concludersi che sono semmai le categorie nazionali ad essersi piegate alla volontà del mutuo riconoscimento. D'altro canto, il perno su cui si è incentrata tutta l'attività esegetica di Lussemburgo è rappresentato proprio da questo principio catalizzatore del processo di integrazione europea. Se, da un lato, l'estrema funzionalità di tale tecnica di coordinamento degli ordinamenti statali consiste nell'ovviare alle divergenze normative esistenti fra gli Stati membri, assoggettandoli alla presunzione di rispetto del diritto dell'Unione da parte di ogni Paese membro, dall'altro lato, però, esso non assicura una concreta osservanza dei diritti fondamentali dell'individuo, l'unica in grado di creare un'autentica e più solida fiducia reciproca nel quadrante giuridico europeo. L'assimilazione delle diversità tipica delle logiche del *mutual recognition* rischia di essere controproducente per lo stesso soggetto da proteggere dal momento che le autorità giudiziarie, in nome di una cieca logica solidaristica, ben potrebbero accontentarsi di *standard* di tutela minimi a dispetto di garanzie fondamentali e dell'equo processo. Il pensiero va, ad esempio, a quelle pronunce archiviate emesse da autorità che, sebbene partecipino all'amministrazione della giustizia, risultano assoggettate al poter politico, così esponendo, peraltro, gli autori di reati al rischio di impunità.

ABSTRACT: *Ne bis in idem e procedimento estradizionale: il problema dell'efficacia preclusiva del provvedimento archiviativo nello scenario giuridico europeo*

This contribution is intended to investigate the transnational-horizontal level of the *ne bis in idem* principle within the European legal scenario, by examining whether the decision not to prosecute a criminal case in a Member State can prevent the criminal prosecution in another Member State, for the same facts and against the same person.

Many are the interests at stake: from the freedoms to the rights of defence of the suspect and the accused, to the prevention of crimes, and to the respect of the rule of law.

The paper further discusses the principle from the perspective of the extradition proceedings by analysing, specifically, whether the decision to terminate a case, issued in a State of the European Union (EU) for some facts against a person, can impede another Member State to surrender him to a third Country that has made a request to initiate a prosecution the *eadem re et persona*. Besides, such a question could equally arise whenever a surrender decision is delivered in a third Country with binding effects on a State belonging to the EU area.

The article ultimately proves that the presumption of respect of European Union law by each Member State does not always ensure an actual observance of the fundamental human rights, whose safeguarding, instead, enables the boosting of the mutual trust in the European legal framework.

L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* NELL'AMBITO DEL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO

GIULIA COLAVECCHIO*

SOMMARIO: 1. Il principio del *ne bis in idem* nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. – 2. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed il divieto di *bis in idem* nella decisione quadro 2002/584/GAI. – 3. La nozione di “*idem factum*” nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di mandato d'arresto europeo. – 4. La relazione tra *ne bis in idem* e giudicato nell'esecuzione e nell'emissione del mandato d'arresto europeo. – 5. Una questione di fiducia (reciproca)! La *ratio* della diversa regolamentazione del principio del *ne bis in idem* nei motivi di non esecuzione del m.a.e. qualora lo Stato che abbia giudicato la persona ricercata per gli “stessi fatti” sia o meno uno Stato membro dell'Unione europea. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Il principio del *ne bis in idem* nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea

Il principio del *ne bis in idem*, secondo il quale un soggetto non può essere processato più di una volta per un *idem factum* se assolto o condannato con sentenza definitiva, ha una storia antica¹ legata al principio della certezza del diritto, ed è attualmente riconosciuto in numerosi strumenti giuridici nazionali² ed internazionali³, limitando lo *ius puniendi* dello Stato.

Il principio in oggetto, contenuto nell'articolo 4 del protocollo 7 della Convenzione

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Messina.

¹ Il principio nel *ne bis in idem* ha attraversato i secoli e le culture, risalendo alle tradizioni giuridiche romane e greche, ma si pensi che il libro di Naum dell'Antico Testamento lo declina anche in veste divina «Non iudicabit Deus bis in id ipsum». Per una ricostruzione storica vedi M. KOSTOVA, *Ne/ non bis in idem. Origine del “principio”*, in *Diritto @ Storia*, 11/2013, p. 1 ss.

² Per quanto riguarda l'Italia il principio del *ne bis in idem* è contenuto nell'articolo 649 Cpp.

³ Tra i principali strumenti di diritto internazionale che contemplano il divieto di *bis in idem*: International Committee of the Red Cross (ICRC), *Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Third Geneva Convention)*, 12 agosto 1949, 75 UNTS 135, art. 86; International Committee of the Red Cross (ICRC), *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Fourth Geneva Convention)*, 12 agosto 1949, 75 UNTS 287, art. 117 par. 3; UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 dicembre 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, art. 14 par. 7; Organization of American States (OAS), *American Convention on Human Rights, “Pact of San Jose”*, Costa Rica, 22 novembre 1969, art. 8 par. 4; International Committee of the Red Cross (ICRC), *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8 giugno 1977, 1125 UNTS 3, art. 75 par. 4 lett. h); UN General Assembly, *Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010)*, 17 luglio 1998, art. 20; UN Security Council, *Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (as amended on 17 May 2002)*, 25 maggio 1993, art. 10; UN Security Council, *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (as last amended on 13 October 2006)*, 8 novembre 1994, art. 9. Per approfondire i profili del *ne bis in idem* di diritto internazionale generale e pattizio e le ricadute sulla giurisprudenza italiana della Corte costituzionale e della Corte di cassazione si rimanda a B. NASCIMBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, in particolare pp. 3-7; vedi anche D. SPINELLIS, *Global report the ne bis in idem principle in “global” instruments*, in *Rev. int. dr. pén.*, 2002, p. 1149 ss.

europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴ (Cedu) e presente nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione, fa il suo ingresso esplicito nel diritto dell'Unione europea attraverso la comunitarizzazione della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS) con gli articoli 54⁵ e 58⁶ *ivi* previsti, per essere successivamente consacrato dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁷ (Carta), che, come noto, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona assume a diritto primario dell'Unione assumendo lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, par. 1 TUE). Per una corretta interpretazione l'articolo 50 della Carta deve essere letto in combinato disposto con l'articolo 51 della stessa, che ne definisce l'ambito di applicazione, e con l'articolo 52 che ne determina i limiti (par. 1) e contiene una clausola di salvaguardia rispetto ai diritti garantiti dalla CEDU (par. 3)⁸.

La Carta, e la giurisprudenza che la interpreta e ne assicura l'attuazione, è considerata la forma più evoluta di tutela dei diritti fondamentali, vista anche la sua ampia portata che si estende ai rapporti tra Stati membri, a differenza ad esempio della protezione offerta dalla CEDU, che riguarda esclusivamente i singoli ordinamenti nazionali⁹. Gli ordinamenti dell'Unione e del Consiglio d'Europa, tuttavia, agendo parzialmente su uno spazio giuridico sovrapposto, non possono essere considerati come due monadi, ma per funzionare correttamente, seppur con un ambito materiale differente, devono confrontarsi e garantire la necessaria coerenza¹⁰.

⁴ Si consideri che, come disposto dall'articolo 15 par. 2 della CEDU, tale norma è inderogabile, non essendo suscettibile di subire limitazioni neanche in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione. Per approfondire vedi P. COSTANZO, L. TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in *Consulta online*, 2015, in particolare pp. 853-858; E. SCOZZARELLA, *La questione del ne bis in idem nella giurisprudenza della Cedu e nella giurisprudenza nazionale di merito, di legittimità e della Corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, p. 1 ss.

⁵ Acquis di Schengen – *Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni*, GUCE L 239 del 22 settembre 2000, p. 19 ss., art. 54: «Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita».

⁶ *Ivi*, art. 58: «Le precedenti disposizioni non sono di ostacolo all'applicazione di disposizioni nazionali più ampie, concernenti l'effetto "ne bis in idem" attribuito a decisioni giudiziarie straniere».

⁷ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, GUUE C 326 del 26 ottobre 2012, p. 391 ss., art. 50 – Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato: «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».

⁸ A. DI STASI, *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale: il rispetto dei diritti fondamentali e della diversità tra ordinamenti nazionali e tradizioni giuridiche*, in L. KALB (a cura di), *Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino, 2012, pp. 3-54; Sul rapporto tra la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e la CEDU cfr. *ex multis* U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, p. 75 ss.; B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 3 ss.; G. GAJA, *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 211 ss.

⁹ B. NASCIBENE, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Sistema Penale*, 4/2020, p. 97.

¹⁰ Questa coerenza tra la Carta e la CEDU – come si evince dalle *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in GUUE C 303 del 14 dicembre 2007, p. 17 ss. – viene assicurata dall'articolo 52 della Carta, paragrafo 3, il quale, qualora i diritti tutelati dalle due Carte corrispondano, garantisce un'identità di significato e di portata che

Appare quindi fondamentale sottolineare che, mentre il principio del *ne bis in idem* contenuto nella CEDU e negli altri strumenti giuridici internazionali ha una valenza interna al singolo Stato contraente, tale principio declinato nel diritto dell'Unione agisce su uno spazio più ampio, corrispondente allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹¹, garantendo la libera circolazione delle persone e rafforzando la cooperazione giudiziaria in materia penale basata sul mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie.

Il divieto di *bis in idem*, non è circoscritto all'ambito penale *strictu sensu*, ma si estende ai procedimenti e alle sanzioni formalmente amministrativi, ma sostanzialmente di natura penale¹². Per tale ragione possiamo identificare prevalentemente tre filoni giurisprudenziali della Corte di giustizia dell'Unione europea che interpretano tale principio: 1. il settore *antitrust*; 2. le cause relative ai reati di natura tributaria; 3. i procedimenti legati allo spazio di libertà sicurezza e giustizia.

L'interpretazione del principio del *ne bis in idem* operata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, non è tuttavia uniforme nei vari settori. La dottrina descrive, difatti, i diversi criteri di operatività di tale principio¹³. Cionondimeno, con i dovuti distinguo per materia, tale principio, dopo essersi affermato nella sua più classica accezione processuale, si è trasformato in garanzia non solo formale, ma sostanziale¹⁴.

Nell'ambito della cooperazione giudiziaria europea in materia penale, il principio del *ne bis in idem* ricorre anche come motivazione per il rifiuto in parte degli strumenti dell'Unione basati sul riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, tra cui la direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale¹⁵ e la decisione quadro 2002/584/GAI¹⁶ (decisione quadro) sul mandato d'arresto europeo (m.a.e.), oggetto di

comprende le limitazioni ammesse «senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea». Vedi sentenza della Corte (Grande sezione) del 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, punto 23; sentenza della Corte (Grande sezione) del 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, *J.N.*, ECLI:EU:C:2016:84, punto 47; sentenza della Corte del 14 settembre 2017, causa C-18/16, *K.*, ECLI:EU:C:2017:680, punto 50, e giurisprudenza *ivi* citata.

¹¹ Vedi *infra*.

¹² Per valutare quando un procedimento e/o una sanzione sia di natura “sostanzialmente penale” si fa riferimento ad una nozione estensiva di “materia penale” elaborata a partire dalla sentenza *Engel and Others v. The Netherlands* della Corte europea dei diritti umani. Corte EDU, Plenaria, sentenza dell'8 giugno 1976, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel and Others v. The Netherlands*. I c.d. “criteri Engel” sono: 1. la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale; 2. la natura dell'illecito; 3. la natura e il grado di severità della sanzione. Vedi L. PANELLA, *Il ne bis in idem nella giurisprudenza Cedu*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. ?? ss. Per la dottrina penalistica cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, pp. 25 ss. e F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

¹³ P. DE PASQUALE, *Uno, nessuno e centomila. I criteri di operatività del principio ne bis in idem*, in *Eurojus*, 2/2022, p. 248 ss., in particolare pp. 249-253. Sull'operatività del principio nel settore *antitrust* vedi M. MESSINA, *Il ne bis in idem nel diritto UE in materia di concorrenza: segnali di uniformità applicativa nell'Unione?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. ?? ss.; sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia tributaria si rimanda a G. VITALE, *La Cassazione ritorna sul rapporto tra doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem. Quale ruolo per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2022, p. 199 ss.

¹⁴ P. DE PASQUALE, *Uno, nessuno e centomila*, cit., p. 249.

¹⁵ Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, GUUE L 130, 1 maggio 2014, p. 1 ss., modificata dalla direttiva (UE) 2022/228 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2022 che modifica la direttiva 2014/41/UE per quanto riguarda l'allineamento alle norme dell'Unione in materia di protezione dei dati personali GU L 39 del 21 febbraio 2022, p. 1 ss.

¹⁶ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in GUCE L 190 del 18 luglio 2002, p. 1 ss.

questo approfondimento.

2. *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed il divieto di bis in idem nella decisione quadro 2002/584/GAI*

Il mandato d'arresto europeo, con una storia ormai ventennale, è uno dei principali strumenti di cooperazione giudiziaria europea in materia penale e si inserisce nel contesto dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia.

La creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia rappresenta uno *step* fondamentale nel processo di integrazione europea in quanto intende assicurare la libera circolazione delle persone, associata, per quanto concerne questa trattazione, a misure appropriate in materia di prevenzione e di contrasto alla criminalità.

La realizzazione di questo spazio – le cui basi sono state poste dal Consiglio europeo di Tampere nel 1999 – assurge ad una posizione centrale, definita in dottrina come “quasi costituzionale”¹⁷, con il trattato di Lisbona che lo ha collocato al primo posto tra gli obiettivi di integrazione dell'Unione (art. 3, par. 2, TUE), legando inscindibilmente il suo successo alla tutela dei diritti fondamentali¹⁸.

Le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, sotto la presidenza finlandese, hanno anche fornito l'impulso per la creazione di strumenti di cooperazione europea volti alla creazione di un «autentico spazio di giustizia europeo»¹⁹ perseguendo allo stesso tempo una «lotta a livello dell'Unione contro la criminalità»²⁰. In questa occasione il Consiglio europeo, in materia penale, indirizza l'Unione verso l'abolizione della procedura formale di estradizione tra gli Stati membri, invitando la Commissione a presentare proposte che andassero verso la creazione di procedure di estradizione accelerate, alla luce della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e fatto salvo il diritto ad un equo processo²¹, puntando sul rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze. Riconoscimento reciproco, che, secondo il Consiglio europeo, dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione, facilitando – unitamente al ravvicinamento delle legislazioni – tanto la cooperazione fra le autorità quanto la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli²².

Il mandato d'arresto europeo, regolamentato dalla decisione quadro 2002/584/GAI, costituisce la prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio di riconoscimento reciproco. Il m.a.e., come descritto dall'articolo 1 della decisione quadro, «è una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà».

Questo atto normativo rappresenta il primo strumento di cooperazione internazionale obbligatoria in materia penale e si differenzia profondamente dalle richieste di estradizione.

¹⁷ G. RAIMONDI, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e tutela multilevel dei diritti fondamentali*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia a vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 27.

¹⁸ *Ivi*, pp. 27-28.

¹⁹ Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza, parr. 28-39.

²⁰ *Ivi*, parr. 40-58.

²¹ *Ivi*, par. 35.

²² *Ivi*, par. 33.

Il m.a.e., infatti, può essere rifiutato solo nei casi espressamente previsti nella decisione quadro, sopprimendo ogni ruolo decisionale del potere esecutivo ed i conseguenti elementi di discrezionalità nella decisione di esecuzione²³, riducendo la complessità e i potenziali ritardi tipici dell'extradizione²⁴, e rafforzando l'azione comune in materia penale.

Il principio del *ne bis in idem* è rintracciabile in diverse previsioni normative della decisione quadro, tra i motivi, obbligatori e facoltativi, di non esecuzione del mandato d'arresto europeo.

In primo luogo, l'art. 3, rubricato «Motivi di non esecuzione obbligatoria del mandato di arresto europeo», al punto 2 prevede che l'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione rifiuta di eseguire il m.a.e. «se in base ad informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione risulta che la persona ricercata sia stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da 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».

Un'identica formulazione la ritroviamo, relativamente alle decisioni giudiziarie emesse da Stati terzi all'Unione, all'art. 4 della decisione quadro, intitolato «Motivi di non esecuzione facoltativa del mandato di arresto europeo» che al punto 5 dispone che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare di eseguire il m.a.e. «se in base ad informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da un Paese terzo a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi del paese della condanna».

Sempre tra i motivi di non esecuzione facoltativi, l'articolo 4 punto 3 contiene un'ulteriore previsione di applicazione del principio del *ne bis in idem* nell'ipotesi in cui le autorità giudiziarie dello Stato membro dell'esecuzione abbiano deciso di non esercitare l'azione penale per il reato oggetto del mandato d'arresto europeo oppure di porvi fine, o se la persona ricercata abbia formato oggetto in uno Stato membro di una sentenza definitiva per gli stessi fatti che osta all'esercizio di ulteriori azioni.

Infine, sembrerebbe esprimere la medesima *ratio* l'art. 4 punto 2, che prevede la facoltà di non esecuzione «se contro la persona oggetto del mandato d'arresto europeo è in corso

²³ L'abbandono dei tradizionali canali diplomatici legati agli strumenti di estradizione e la giudiziizzazione della procedura di consegna tipica del m.a.e. è stata definita da Lorenzo Salazar – nella sua relazione intitolata *La decisione quadro sul mandato d'arresto europeo: genesi, contenuto e finalità del nuovo sistema normativo* all'incontro di studio sul tema “Cooperazione Giudiziaria Europea: dall'extradizione al mandato d'arresto europeo”, tenutosi a Roma 10-12 novembre 2003, nell'ambito del Programma “Grotius penale” della Commissione europea – come la «quintessenza della decisione quadro». Cfr. L. PANELLA, *Mandato di arresto europeo e protezione dei diritti umani: problemi irrisolti e incoraggianti sviluppi giurisprudenziali*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 3/2017, pp. 6-7.

²⁴ Decisione quadro 2002/584/GAI, cit., considerando 5: «L'obiettivo dell'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia comporta la soppressione dell'extradizione tra Stati membri e la sua sostituzione con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie. Inoltre, l'introduzione di un nuovo sistema semplificato di consegna delle persone condannate o sospettate, al fine dell'esecuzione delle sentenze di condanna in materia penale o per sottoporle all'azione penale, consente di eliminare la complessità e i potenziali ritardi inerenti alla disciplina attuale in materia di estradizione. Le classiche relazioni di cooperazione finora esistenti tra Stati membri dovrebbero essere sostituite da un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale, sia intervenute in una fase anteriore alla sentenza, sia definitive, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

un'azione nello Stato membro di esecuzione per il medesimo fatto che è alla base del mandato d'arresto europeo»²⁵.

3. La nozione di “*idem factum*” nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di mandato d'arresto europeo

Per poter analizzare più in dettaglio l'applicazione del principio del *ne bis in idem* nell'ambito del mandato d'arresto europeo qualora ci si riferisca ad una decisione giudiziaria adottata da uno Stato membro o da un paese terzo, appare preliminarmente necessario soffermarsi sulla nozione di “stessi fatti”, così come delineata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

La prima pronuncia dalla Corte con oggetto la nozione di “stessi fatti” nel contesto del m.a.e. è la sentenza *Mantello*²⁶, resa dalla Grande Sezione nel 2010, e ampiamente commentata in dottrina²⁷.

Nelle conclusioni formulate dall'Avvocato Generale Bot in tale giudizio emerge l'obbligo, in capo all'autorità giudiziaria dell'esecuzione, di rifiutare la consegna qualora a conoscenza di una precedente sentenza definitiva sui fatti oggetto del mandato d'arresto europeo, evidenziando l'esistenza di una corresponsabilità degli Stati membri di emissione e di esecuzione circa l'osservanza del principio del *ne bis in idem*. Pertanto, se, in forza del principio del riconoscimento reciproco, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non sia tenuta ad effettuare una verifica d'ufficio del rispetto del *ne bis in idem*, questa non può dare esecuzione al m.a.e. qualora disponga «di prove sufficienti che dimostrino la violazione di detto principio e ciò anche nel caso in cui i fatti abbiano già costituito oggetto di una sentenza definitiva nello Stato membro emittente»²⁸. Questa interpretazione è stata contestata dalla maggior parte degli Stati membri intervenuti adducendo che la non esecuzione sarebbe applicabile soltanto qualora i fatti descritti nel m.a.e. abbiano costituito l'oggetto di una sentenza definitiva in uno Stato membro terzo rispetto a quello emittente²⁹. La Corte, nella pronuncia resa, non si è tuttavia soffermata su tale premessa generale, limitandosi a rispondere alle questioni sollevate nel ricorso.

Nella sentenza *Mantello* il giudice dell'Unione ha stabilito che la nozione di “stessi fatti” deve essere interpretata analogamente alla nozione di “medesimi fatti” di cui all'articolo 54

²⁵ Non è pacifico se il principio del *ne bis in idem*, c.d. processuale, operi anche qualora non vi sia una sentenza o comunque una decisione definitiva in ordine ai medesimi fatti, con i conseguenti conflitti di giurisdizione.

²⁶ Sentenza della Corte (Grande Sezione) del 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, ECLI:EU:C:2010:683.

²⁷ Sulla sentenza vedi: A. WEYEMBERGH, *Arrêts “I.B.” et “Mantello”: le mandat d'arrêt européen*, in *Journal des tribunaux/droit européen*, 177/2011, p. 71 ss.; F. KAUFF-GAZIN, *Principe ne bis in idem dans le cadre de l'émission d'un mandat d'arrêt européen*, in *Europe*, 2011, p. 22 ss.; E. HAVA GARCÍA, *TJUE - Sentencia de 16.11.2010 (Gran Sala), Gaetano Mantello, C-261/09 – “Cooperación judicial en materia penal - Orden de detención europea - Decisión marco 2002/584/JAI - Artículo 3.2 - Non bis in idem - Concepto de los “mismos hechos” - Sentencia firme en el Estado miembro emisor” - Contenido del principio non bis in idem en el Derecho de la Unión*, in *Rev. der. com. eur.*, 2011, p. 523 ss.; J. OUWERKERK; *Case C-261/09, Criminal proceedings against Gaetano Mantello, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 16 November 2010*; in *Comm. M. Law Rev.*, 2011, p. 1687 ss.; N. PLASTINA, *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 ss.

²⁸ Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot presentate il 7 settembre 2010, causa C-261/0910, *Mantello*, ECLI:EU:C:2010:501, punto 10.

²⁹ *Ivi*, punto 7.

della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, del 14 giugno 1985³⁰. Essa è quindi interpretata nel senso della sola identità dei fatti materiali, ricomprendente un insieme di fatti inscindibilmente collegati tra loro, indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica o dall'interesse giuridico tutelato³¹. Questa interpretazione della Corte, in linea con la strada tracciata dall'avvocato generale, intende tutelare il legittimo affidamento di una persona già condannata e che abbia esercitato il suo diritto alla libera circolazione, relativamente al fatto che non sarà nuovamente incriminata per gli stessi fatti³² in quanto questi violerebbero una norma penale diversa in ogni Stato membro e potrebbero essere qualificati in maniera diversa.

La decisione quadro deve dunque essere interpretata nel senso che la nozione di “stessi fatti” in essa contenuta rappresenta una nozione autonoma del diritto dell'Unione, definita dalla Corte nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, tesa a garantire un'applicazione delle norme uniforme in tutti gli Stati membri.

Del resto, attribuire rilevanza all'identità della qualificazione giuridica nei diversi ordinamenti degli Stati membri dell'Unione³³ e non, piuttosto, alla corrispondenza sostanziale dei fatti, sarebbe in contrasto con il tendenziale rafforzamento del principio del reciproco riconoscimento e frustrerebbe la *ratio* stessa del *ne bis in idem*, declinato nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia³⁴. Difatti, considerata l'armonizzazione minima esistente nell'ambito del diritto penale a livello dell'Unione, una esatta corrispondenza della qualificazione giuridica è verosimile che non sussista per un numero rilevante di fatti che costituiscono reato.

Inoltre, gli artt. 3, punto 2, e 4, punto 5, della decisione quadro, a differenza di altre disposizioni della medesima³⁵, non rinviano alla legge dello Stato membro di esecuzione, ma soltanto la legge dello Stato membro della condanna e unicamente per quanto riguarda l'impossibilità di esecuzione della sentenza di condanna definitiva.

Il principio del *ne bis in idem* come declinato nella decisione quadro tende quindi allo stesso obiettivo dell'art. 54 della CAAS. Tale disposizione mira a garantire che una persona

³⁰ Sentenza della Corte, *Mantello*, cit., punti 38-39.

³¹ *Ivi*, punti 39-40. In questa circostanza la Corte richiama la propria giurisprudenza sulla nozione di “medesimi fatti” nell'ambito della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen: sentenza della Corte del 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, punti 27, 32 e 36, ECLI:EU:C:2006:165; Sentenza della Corte del 28 settembre 2006, causa C-150/05, *Van Straaten*, ECLI:EU:C:2006:614, punti 41, 47 e 48. Si veda anche più recentemente sentenza della Corte del 29 aprile 2021, causa C-665/20 PPU, *X (Mandat d'arrêt européen - Ne bis in idem)*, ECLI:EU:C:2021:339, punto 71.

³² Sentenza della Corte, *Mantello*, cit., punto 40

³³ Come pure sostenuto in dottrina, seppur in misura minoritaria rispetto alla tesi per cui vi è una corrispondenza dell'*idem* con l'identità dei fatti materiali. Vedi A. PEIRON, *De l'effect des jugements étrangers rendus en matière pénale*, Lyon, 1885, p. 55 ss.; D. OEHLER, *Internationales Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1973, p. 584 ss.

³⁴ C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006, p. 234. Vedi anche S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 899. L'A. ritiene che, pur non potendo prescindere da una ricostruzione dei fatti che tenga conto delle qualificazioni giuridiche, la ricerca di una loro esatta corrispondenza diverrebbe un limite eccessivo, suscettibile paralizzare l'operatività del *ne bis in idem*.

³⁵ Tra i motivi di non esecuzione obbligatoria del mandato di arresto europeo previsti all'articolo 3 della decisione quadro 2022/584/GAI è fatto riferimento espresso alle norme interne ai paragrafi 1 e 3. Art. 3 par. 1: «se il reato alla base del mandato d'arresto è coperto da amnistia nello Stato membro di esecuzione, se quest'ultimo era competente a perseguire il reato secondo la propria legge penale»; art. 3 par. 3: «se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo non può ancora essere considerata, a causa dell'età, penalmente responsabile dei fatti all'origine del mandato d'arresto europeo in base alla legge dello Stato membro di esecuzione».

già giudicata possa circolare liberamente senza dover temere nuovi procedimenti penali per i medesimi fatti nello Stato membro in cui si reca, mentre l'art. 3 punto 2, della decisione quadro ha lo scopo di impedire che il soggiorno di tale persona in detto Stato sia turbato dall'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso da un altro Stato membro.

Tale giurisprudenza è stata ribadita dalla Corte nella sentenza *X*³⁶, nella quale il giudice dell'Unione ha interpretato la nozione di “stessi fatti” contenuta nei motivi facoltativi di non esecuzione del mandato d'arresto europeo (art. 4 punto 5) sottolineandone l'identità di contenuto rispetto all'interpretazione dell'art. 3 punto 2 data in *Mantello* e quindi, in modo analogo, ai “medesimi fatti” di cui alla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen³⁷.

Relativamente alla nozione di “stessi fatti” occorre quindi applicare la giurisprudenza costante della Corte di giustizia in virtù della quale una disposizione del diritto comunitario o dell'Unione, se non contiene alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata, deve di norma essere oggetto, in tutti gli Stati membri, di un'interpretazione autonoma e uniforme, da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa a cui essa appartiene³⁸.

Sotto questo profilo si sottolinea come il compito di garantire un'interpretazione autonoma ed uniforme del diritto dell'Unione sia parte della funzione istituzionale stessa della Corte di giustizia, i cui effetti hanno ricadute dirette negli ordinamenti nazionali. Tale funzione appare fondamentale soprattutto in virtù delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri, considerando che, anche dinanzi ad una terminologia o ad istituto giuridico apparentemente equivalenti, nei diversi ordinamenti possono corrispondere categorie giuridiche non perfettamente sovrapponibili. Il giudice dell'Unione non si è orientato verso un uso dei principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri quale “fonte sussidiaria” del diritto dell'Unione, o ad un riferimento formale ad un sistema giuridico nazionale specifico, sviluppando una funzione nomofilattica autonoma dagli ordinamenti giuridici degli Stati che compongono l'Unione³⁹.

³⁶ Corte di giustizia, *X*, cit.

³⁷ *Ivi*, punto 71.

³⁸ Sentenza della Corte del 18 gennaio 1984, causa 327/82, *Eero*, ECLI:EU:C:1984:11, punto 11; sentenza della Corte del 7 novembre 2019, causa C-555/18, *K.H.K. (Sequestro conservativo su conti bancari)*, ECLI:EU:C:2019:937, punto 38; sentenza della Corte del 25 giugno 2020, causa C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal (Autorità preposta a ricevere una domanda di protezione internazionale)*, ECLI:EU:C:2020:495, punto 53.

³⁹ La Corte di giustizia, difatti, contribuisce alla definizione del sistema giuridico dell'Unione interpretandolo ed integrandolo. Questa funzione interpretativa o “creativa” della Corte è già spiegata in A. TIZZANO, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Napoli, 1967, in particolare pp. 29-57. La Corte svolge «l'opera di determinazione del sistema giuridico in cui opera, interpretando le norme di tale sistema, definendone i caratteri generali, completandolo (...) con l'affermazione di norme nuove» (p. 32). Questa azione non prescinde dalla valutazione dei principi e degli istituti giuridici degli ordinamenti interni, ma qualifica le espressioni giuridiche conferendo un significato autonomo. Pertanto, l'accentramento in capo alla Corte della funzione interpretativa del diritto dell'Unione, prendendo nuovamente a prestito le parole di Tizzano, consente che essa assicuri l'unitarietà del diritto rilevante operando «una *reductio ad unum* che costituisce uno dei compiti più peculiari degli organi giurisdizionali» (p. 34). La necessità di un'interpretazione autonoma ed uniforme è resa ancora più pregnante dalla presenza di 24 lingue ufficiali nell'Unione, creando un problema di interpretazione uniforme anche delle varie versioni linguistiche della normativa dell'Unione. Vedi, *ex multis*, A. TIZZANO, *Problemi linguistici nell'interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2017, p. 861 ss.

4. La relazione tra *ne bis in idem* e giudicato nell'esecuzione e nell'emissione del mandato d'arresto europeo

Dopo aver definito la nozione di “stessi fatti”, è necessario chiarire l'operatività delle previsioni del principio del *ne bis in idem* nel mandato d'arresto europeo rispetto al concetto di *res judicata*.

Se il *ne bis in idem* ha una valenza individuale che si materializza nel diritto soggettivo al trattamento unitario dell'azione repressiva⁴⁰, tale principio ha anche una dimensione strutturale che tende ad assicurare la certezza del diritto evitando che vi sia azione due volte in ordine alla medesima cosa (*bis de eadem re ne sit actio*). Nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia tale principio rafforza il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie nazionali nell'Unione, considerata in dottrina come la quinta libertà di circolazione⁴¹.

Come in precedenza evidenziato, l'art. 3 punto 2, della decisione quadro 2002/584/GAI prevede, tra i motivi di non esecuzione obbligatoria del m.a.e., l'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria dell'esecuzione sia informata del fatto che la persona ricercata sia stata giudicata per gli stessi fatti in uno Stato membro con sentenza definitiva. Ciò è subordinato alla condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in base alle leggi dello Stato membro della condanna.

A questo riguardo, è opportuno specificare che, sebbene la formulazione di tale articolo si riferisca a una “sentenza definitiva”, tale disposizione si applica anche alle decisioni che chiudono definitivamente il procedimento penale in uno Stato membro, che siano emesse dalle autorità preposte, negli ordinamenti interni, all'amministrazione della giustizia penale. Secondo la Corte, difatti, il principio del *ne bis in idem* opera anche quando queste decisioni non abbiano la forma di una sentenza e siano adottate senza l'intervento di un giudice⁴². Nello specifico, viene in rilievo il caso in cui l'azione penale si sia definitivamente estinta in esito a un procedimento penale, o qualora le autorità giudiziarie di uno Stato membro abbiano emanato una decisione di proscioglimento definitivo dell'imputato rispetto ai fatti contestatigli⁴³.

⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentate l'8 aprile 2008, causa C-297/07, *Bourquain*, ECLI:EU:C:2008:206, punto 49.

⁴¹ C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione*, cit. pp. 102-103. In proposito, nelle conclusioni della causa *Kossowski*, l'Avvocato Generale Bot afferma che il principio del *ne bis in idem* è «divenuto fondamentale in quanto condizione dell'applicazione concreta della libertà di circolazione». Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, presentate il 15 dicembre 2015, causa C-486/14, *Kossowski*, ECLI:EU:C:2015:812, punto 42.

⁴² Sentenza della Corte del 25 luglio 2018, causa C-268/17, *AY*, ECLI:EU:C:2018:602, punto 41; per analogia vedi sentenza della Corte (Grande Sezione) del 29 giugno 2016, *Kossowski*, C-486/14, ECLI:EU:C:2016:483, punto 39 e giurisprudenza *ivi* citata. D. REBUT, *Vers une application sans limite du principe ne (non) bis in idem dans l'Union européenne?*, in *La Semaine Juridique - édition générale*, 2016, p. 52; E. DANIEL, *Un jugement ne peut être considéré comme « définitif » si l'audition de la victime et d'un éventuel témoin fait défaut*, in *Europe*, 8-9/2016, p. 10; A. MARLETTA, *A new course for mutual trust in the AFSJ? Transnational ne bis in idem and the determination of the merits of the case in Kossowski*, in *New Journal of European Criminal Law*, 8/2017, p. 108 ss.

⁴³ Sentenza della Corte, *AY*, cit., punto 42; sentenza della Corte, *Mantello*, cit., punto 45. Vedi per analogia in riferimento all'estinzione definitiva dell'azione penale a seguito di un procedimento penale, sentenza della Corte (Grande Sezione) dell'11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügger*, ECLI:EU:C:2003:87, punto 30; sentenza della Corte del 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turanský*, ECLI:EU:C:2008:768, punto 32; in riferimento a una decisione di definitivo proscioglimento dell'imputato per i fatti contestatigli vedi sentenza della Corte, *Van Straaten*, cit., punto 61; sentenza della Corte, *Turanský*, cit., punto 33.

Per valutare la natura “definitiva” di una sentenza, ai sensi dell’art. 3 punto 2, non si possono utilizzare categorie uniformi di diritto dell’Unione europea, rimandando per tale disamina a quanto previsto nell’ordinamento giuridico dello Stato membro di pronuncia della sentenza in questione⁴⁴. Inoltre, nonostante questo aspetto non sia stato ancora chiarito dalla giurisprudenza della Corte in relazione al mandato d’arresto europeo, si ritiene sia possibile considerare che una decisione giurisdizionale sia irrevocabile quando, secondo il diritto interno di tale Stato, non siano più disponibili rimedi ordinari di impugnazione⁴⁵, non rilevando i rimedi straordinari⁴⁶, in ottemperanza al principio della certezza del diritto.

Per converso, nella sentenza *Mantello*, il giudice dell’Unione specifica che, in linea di principio, una decisione che non produce l’effetto di estinguere definitivamente l’azione penale secondo il diritto interno, non costituisce un motivo ostativo all’avvio o al proseguimento di un procedimento penale, in un altro Stato membro dell’Unione, per i medesimi fatti a carico del soggetto in questione⁴⁷.

Ne consegue che il principio del *ne bis in idem* non impedisce procedimenti paralleli intrapresi in diversi Stati membri, fermo restando il motivo di non esecuzione facoltativo contenuto all’art. 4 punto 2 della decisione quadro che può venire in rilievo qualora sia in corso un’azione nello Stato membro di esecuzione per gli stessi fatti alla base del m.a.e. contro la persona oggetto del mandato d’arresto europeo.

Si crea quindi un elemento di problematicità circa il modo in cui l’autorità di esecuzione deve avere conoscenza dell’esistenza o meno di una decisione definitiva. Utilizzando un meccanismo di cooperazione analogo a quello previsto dall’art. 57 della CAAS⁴⁸, nell’esecuzione di un m.a.e. l’autorità giudiziaria può a tal fine richiedere – all’autorità giudiziaria dello Stato membro sul cui territorio sia stata pronunciata una decisione – le opportune informazioni giuridiche che chiariscano la natura della decisione in questione, sulla base delle previsioni dell’art. 15 par. 2 della decisione quadro 2002/584/GAI⁴⁹. Tale richiesta consente di accertare se una determinata decisione, secondo il diritto interno dello Stato membro che l’abbia emessa, possieda una natura tale da estinguere in modo definitivo l’azione penale per i fatti in questione⁵⁰.

Nella sentenza *AY* la Corte aggiunge che il motivo di non esecuzione obbligatorio previsto dall’art. 3 punto 2 non può essere applicato qualora, la persona oggetto del mandato

⁴⁴ Sentenza della Corte, *Mantello*, cit., punto 46.

⁴⁵ S. MONTALDO, *A New Crack in the Wall of Mutual Recognition and Mutual Trust: Ne Bis in Idem and the Notion of Final Decision Determining the Merits of the Case*, in *European Papers*, 2017, p. 1186.

⁴⁶ In tal senso l’interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti umani del Protocollo 7 par. 4 della CEDU. Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, *Zolotukhin v. Russia*, § 108; sentenza del 20 luglio 2004, ricorso n. 50178/99, *Nikitin v. Russia*, § 39.

⁴⁷ Sentenza della Corte *Mantello*, cit., punto 47.

⁴⁸ Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen, cit., art. 57. Questa disposizione della CAAS ha istituito un meccanismo di cooperazione che consente alle autorità competenti, designate in sede di ratifica, di richiedere informazioni rilevanti quando ritengono vi sia la possibilità che l’imputazione sia relativa agli stessi fatti per i quali la stessa sia stata giudicata con sentenza definitiva in un’altra parte contraente. Affinché tale meccanismo funzioni le informazioni che chiariscano la natura della decisione resa, dovranno essere fornite tempestivamente, e l’autorità richiedente dovrà tenerle in considerazione al fine di stabilire se continuare o meno il procedimento. Vedi sentenza della Corte, *Turanský*, cit., punto 37.

⁴⁹ Decisione quadro 2002/584/GAI, cit., art. 15 par. 2: «L’autorità giudiziaria dell’esecuzione che non ritiene le informazioni comunicate dallo Stato membro emittente sufficienti per permetterle di prendere una decisione sulla consegna, richiede urgentemente le informazioni complementari necessarie segnatamente in relazione agli articoli 3, 4, 5 e 8 e può stabilire un termine per la ricezione delle stesse, tenendo conto dell’esigenza di rispettare i termini fissati all’articolo 17».

⁵⁰ Sentenza della Corte, *Mantello*, cit., punto 48.

d'arresto europeo, sia stata ascoltata nel corso di un'indagine in uno Stato membro esclusivamente nella qualità di testimone. Nel caso di specie, l'istruttoria, avviata contro ignoti, è stata chiusa con una decisione dell'ufficio centrale delle indagini preliminari ungherese, e il sig. *AY* non vi compariva nella qualità di indagato o imputato⁵¹.

Un ragionamento analogo è stato fatto dal giudice dell'Unione rispetto all'articolo 4 punto 3 della decisione quadro, che attribuisce all'autorità giudiziaria dell'esecuzione la facoltà di rifiutare di eseguire il m.a.e. per tre motivi: 1. qualora le autorità giudiziarie dello Stato membro dell'esecuzione abbiano deciso di non esercitare l'azione penale o 2. di porvi fine per il reato oggetto del mandato 3. o qualora la persona ricercata abbia formato oggetto in uno Stato membro di una sentenza definitiva per gli stessi fatti che osta all'esercizio di ulteriori azioni.

Altro tassello importante viene aggiunto dalla Corte di giustizia nella sentenza *AB e altri (revoca di un'amnistia)* del 16 dicembre 2021⁵², relativamente al rapporto tra emissione del m.a.e. e giudicato. In tale caso il giudice del rinvio chiede alla Corte se il principio del *ne bis in idem* sancito all'art. 50 della Carta osti all'emissione di un mandato d'arresto europeo nel procedimento principale nell'eventualità, invero molto particolare, in cui è occorsa una decisione definitiva che mette fine all'esercizio dell'azione penale adottata sulla base di un'amnistia che è stata successivamente annullata per effetto di un provvedimento legislativo di revoca di tale atto di clemenza generale, senza una decisione giudiziaria specifica né un procedimento giudiziario.

L'art. 50 della Carta, così come tutte le disposizioni di questo strumento giuridico, si applica in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione⁵³, inclusa quindi la procedura di emissione di un mandato d'arresto europeo che il giudice del rinvio intende attivare.

Per determinare se una decisione giudiziaria costituisca una "decisione definitiva" relativamente ad una determinata persona, è necessario valutare se tale decisione sia stata pronunciata a seguito di un esame condotto nel merito della causa⁵⁴. Difatti, secondo la lettera dell'art. 50 della Carta «[n]essuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge»⁵⁵. Le nozioni di "condanna" e di "assoluzione" a cui si riferisce

⁵¹ Sentenza della Corte, *AY*, cit., punto 45.

⁵² Sentenza della Corte del 16 dicembre 2021, causa C-203/20, *AB e altri (revoca di un'amnistia)*, ECLI:EU:C:2021:1016. Per approfondire vedi A. CAIOLA, *Amnistie, ne bis in idem et mandat d'arrêt européen*, in *Rev. aff. eur.*, 2021, p. 909 ss.

⁵³ Difatti, l'ambito di applicazione delle disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, così come sancito dall'articolo 51 par. 1 della stessa, è limitato alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà ed agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. L'interpretazione letterale è confermata dalla costante giurisprudenza della Corte secondo la quale non è possibile applicare le disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali al di fuori delle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione. La Corte non può pertanto valutare, alla luce della Carta, una normativa nazionale che non si collochi nell'ambito del diritto dell'Unione. Vedi sentenza della Corte (Grande sezione) del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, punto 19; sentenza della Corte del 27 marzo 2014, causa C-265/13, *Torralbo Marcos*, ECLI:EU:C:2014:187, punto 29; sentenza della Corte (Grande sezione) del 6 ottobre 2015, causa C-650/13, *Dehigne*, ECLI:EU:C:2015:648, punto 26; sentenza della Corte del 14 gennaio 2021, causa C-393/19, *Okraschba prokuratura – Haskovo e Apelativna prokuratura – Plovdiv*, ECLI:EU:C:2021:8, punto 31.

⁵⁴ Sentenza della Corte, *AB e altri (revoca di un'amnistia)*, cit., punto 56 e giurisprudenza *ivi* citata.

⁵⁵ Sul principio del *ne bis in idem* nell'ambito dell'art. 50 della Carta cfr. M. C. CARTA, *Il principio del ne bis in idem nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali UE e nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto @ Storia*, 17/2019, p. 1 ss.

tale disposizione, come rilevato nelle sue conclusioni dall'Avvocato Generale Kokott⁵⁶ e richiamato dalla Corte⁵⁷, richiedono necessariamente la soddisfazione di due elementi concorrenti: che sia stato svolto un esame individuale della responsabilità penale della persona interessata e che a tal riguardo sia stata adottata una decisione nel merito.

La Corte ha quindi concluso che l'interpretazione dell'articolo 50 della Carta non impedisce l'emissione di un mandato d'arresto europeo nei confronti di una persona avverso la quale l'esercizio di un'azione penale fosse stato interrotto da una decisione giurisdizionale definitiva, adottata sulla base di un'amnistia, e successivamente ripresa dopo l'adozione di una revoca di tale amnistia per via legislativa che produce l'effetto di annullare la decisione in questione, a condizione che il giudicato si sia formato precedentemente a qualsiasi esame della responsabilità penale della persona interessata⁵⁸.

Pertanto, soltanto le sentenze passate in giudicato e le decisioni che estinguono definitivamente l'azione penale, rese, in uno Stato membro dell'Unione, a seguito di un accertamento nel merito della responsabilità penale della persona interessata, qualora relative alla persona oggetto del m.a.e. per i fatti indicati nel mandato, hanno l'effetto di rendere ineseguibile tale provvedimento giudiziario in ossequio ad una applicazione transnazionale obbligatoria del principio del *ne bis in idem*. Tuttavia, tale assunto non è coniugato in termini assoluti, subordinandolo, in caso di condanna, alla effettiva esecuzione della sentenza, o ad una sua sopraggiunta non eseguibilità a norma delle leggi dello Stato membro della condanna. Questo limite si può considerare in linea con la *ratio* stessa dell'istituto del mandato d'arresto europeo, che intende contrastare all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione la formazione di sacche di impunità che rischierebbero di compromettere, inoltre, la sicurezza dei cittadini nonché la protezione delle vittime.

Diversamente, nelle altre ipotesi analizzate, non trattandosi di *res judicata*, l'applicazione del principio del *ne bis in idem* transnazionale viene lasciata alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria competente, che valuterà, caso per caso, sulla base della circostanza concreta in esame. L'eccezione è rappresentata dal motivo di non esecuzione facoltativo contenuto nell'art. 4 punto 5 della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo. Difatti, riferendosi in questa circostanza ad un giudicato formatosi in un paese terzo all'Unione non ci si può basare su una presunzione di fiducia reciproca come avviene tra gli Stati membri dell'Unione⁵⁹.

5. *Una questione di fiducia (reciproca)! La ratio della diversa regolamentazione del principio del ne bis in idem nei motivi di non esecuzione del m.a.e. qualora lo Stato che abbia giudicato la persona ricercata per gli "stessi fatti" sia o meno uno Stato membro dell'Unione europea*

Nella sentenza *Gözütok e Brügge*⁶⁰, la Corte ha affermato che «il principio del *ne bis in idem*, sancito nell'art. 54 della CAAS, [...] implica necessariamente che esist[a] una fiducia

⁵⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, presentate il 17 giugno 2021, causa C-203/20, *AB e altri (Revoca di un'amnistia)*, ECLI:EU:C:2021:498, punto 51.

⁵⁷ Sentenza della Corte, *AB e altri (revoca di un'amnistia)*, cit. par. 57.

⁵⁸ *Ivi*, punto 61.

⁵⁹ Per approfondire vedi *infra* al paragrafo successivo.

⁶⁰ Sentenza della Corte, *Gözütok e Brügge*, cit. Sulla sentenza vedi: I. INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di giustizia (Nota a sent. C. giust. CE 11 febbraio 2003)*, in *Dir. Un. eur.*, 2003, p. 497 ss.; C. AMALFITANO, *Bis in idem per il "Ne bis in idem": nuovo quesito alla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv.*

reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di questi ultimi accett[i] l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse»⁶¹.

Questa premessa sulla centralità della fiducia reciproca a fondamento di un'applicazione transnazionale del *ne bis in idem*, appare utile a chiarire le motivazioni che hanno spinto il legislatore dell'Unione a regolare diversamente la non esecuzione del m.a.e. basata sul principio del *ne bis in idem*, qualora lo Stato che abbia giudicato la persona ricercata per gli “stessi fatti” sia o meno un paese membro dell'Unione europea.

Questo compito è agevolato dall'intervento della Corte di giustizia che nella sentenza X⁶² resa il 29 aprile 2021, interpreta per la prima volta l'articolo 4 punto 5 della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo che – come anticipato in precedenza – prevede, tra i motivi di non esecuzione facoltativi, un'applicazione del principio del *ne bis in idem* qualora la persona ricercata sia stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da un paese terzo, sempre a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi del paese della condanna.

La cooperazione giudiziaria in materia penale dell'Unione europea, secondo quanto previsto dall'attuale formulazione dei Trattati, si fonda espressamente sul principio del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie (articolo 82 par. 1 del TFUE), così come già elaborato dal Consiglio europeo di Tampere nel 1999⁶³. Presupposto del riconoscimento reciproco è il principio di mutua fiducia tra gli Stati membri dell'Unione⁶⁴, che la stessa decisione quadro 2002/584/GAI, nel considerando n. 10, pone alla base del meccanismo del mandato d'arresto europeo.

proc., 2004, p. 85 ss.; J.A.E. VERVAELE, *Joined Cases C-187/01 and C-385/01, Criminal proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*, in *Comm. M. Law Rev.*, 2004, p. 795 ss.; J. SANTOS VARA, *El alcance del principio non bis in idem en el marco del Convenio Schengen (Comentario a la sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003, Hüseyin Gözüto y Klaus Brügge)*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 1/2003, p. 1 ss.; I.J. PATRONE, *Il principio del “ne bis in idem” davanti alla Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 662 ss.; V. BAZZOCCHI, *Ancora sui casi Gözütok e Brügge: la Corte di giustizia ed il principio del ne bis in idem*, in *Quad. cost.*, 2004, p. 169 ss.; L. DESESSARD, *L'interprétation de l'acquis Schengen par l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 11 février 2003*, in *Annuaire de droit européen* (Ed. Bruylant - Bruxelles), 2003, p. 868 ss.; A. CALIGIURI, *L'applicazione del principio ne bis in idem in diritto comunitario: a margine della sentenza Gözütok e Brügge*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 867 ss.; M. FLETCHER, *Some Developments to the ne bis in idem Principle in the European Union: Criminal Proceedings Against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge*, in *Mod. Law. Rev.*, 2003, p. 769 ss. F.J. DONAIRE VILLA, *Transacción penal y principio ne bis in idem en el espacio de libertad, seguridad y justicia: la interpretación del artículo 54 del Convenio de Schengen (Comentario a la primera Sentencia prejudicial del TJCE ex art. 35 del TUE, de 11 de febrero de 2003, Asuntos Acumulados C-187/01 y C-385/01, Gözütok/Brügge)*, in *Revista española de Derecho Europeo*, 2003, p. 571 ss.

⁶¹ Sentenza della Corte, *Gözütok e Brügge*, cit., punto 33.

⁶² Sentenza della Corte del 29 aprile 2021, X, cit. Vedi F. GAZIN, *Mandat d'arrêt européen - Motifs d'inexécution facultatifs d'un mandat d'arrêt européen*, in *Europe*, 2021.

⁶³ Il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie è il metodo cardine adottato per la creazione di uno “spazio penale europeo” utilizzando il “metodo comunitario”, a questo si accompagna un processo di armonizzazione delle garanzie procedurali con l'obiettivo di creare uno *standard* europeo. Sul tema si rimanda a N. PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europea. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali*, in *St. integ. eur.*, 2012, p. 33 e ss.

⁶⁴ E. PISTOIA, *Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Qual è l'intruso?*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2/2017, p. 29. L'A. pur constatando che non vi sia alcun riferimento al principio di mutua fiducia nei Trattati, evidenzia che «la mutua fiducia costituisce il presupposto ideologico e pratico del mutuo riconoscimento, la condizione che lo legittima e che lo rende possibile».

Proprio sulla base del principio di mutua fiducia si deve presumere che una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro abbia rispettato le garanzie di un equo processo, in modo se non eguale, comunque equivalente, a quanto sarebbe avvenuto in un altro Stato dell'Unione. Difatti, l'ordine giuridico dell'Unione europea è fondato sull'intercambiabilità dei sistemi giurisdizionali nazionali, che si presuppone siano conformi ai valori condivisi su cui si fonda l'integrazione europea⁶⁵.

La sentenza *X* è relativa ad un mandato d'arresto europeo emesso dal Tribunale circoscrizionale di Tiergarten, Berlino, diretto alla consegna del sig. X ai fini dell'esercizio di un'azione penale per fatti che il ricercato avrebbe commesso a Berlino il 30 ottobre 2012⁶⁶. Per tali fatti, o comunque parte di essi⁶⁷, il sig. X era stato condannato ad una pena detentiva in Iran, scontandone la maggior parte e beneficiando di uno sconto di pena a seguito di un provvedimento di clemenza generale. Sulla base del mandato d'arresto europeo in questione il ricercato è stato arrestato nel 2020 nei Paesi Bassi e presentato davanti al giudice che ha rinviato il caso alla Corte di giustizia.

Relativamente al contesto normativo è importate evidenziare che i Paesi Bassi, nella loro legge di recepimento della decisione quadro 2002/584/GAI⁶⁸, abbiano esautorato il giudice dell'esecuzione dal potere discrezionale attribuitogli dall'articolo 4 punto 5, trasponendo come motivo di non esecuzione obbligatoria anche una sentenza emessa per gli stessi fatti in uno Stato terzo all'Unione.

Per quanto concerne i motivi di non esecuzione facoltativa elencati all'articolo 4, dalla giurisprudenza della Corte risulta che, nell'ambito della trasposizione della decisione quadro, gli Stati membri dispongono di un margine discrezionale restando liberi di trasporre o meno tali motivi nel loro diritto interno. Essi possono quindi scegliere di limitare le situazioni nelle quali l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare di eseguire un mandato d'arresto europeo, agevolando così la consegna delle persone ricercate.

Questa interpretazione dell'art. 4 punto 5 è confermata dal contesto nel quale si inserisce. Difatti, l'esecuzione del mandato d'arresto europeo costituisce il principio (art. 1 par. 2) e il rifiuto di esecuzione costituisce l'eccezione che, in quanto tale, deve essere oggetto di interpretazione restrittiva⁶⁹. Pertanto, una disposizione che tramuti la facoltà in un obbligo

⁶⁵ R. BARATTA, *Droits fondamentaux et "valeurs" dans le processus d'intégration européenne*, in *St. integr. eur.*, 2019, p. 300.

⁶⁶ I reati per cui è chiesta la consegna, che pure hanno un loro interesse peculiare sono: tentato omicidio volontario nei confronti della sua compagna, tentativo di assassinio della figlia minore della sua compagna, stupro della sua compagna, percosse e lesioni gravi nei confronti della sua compagna, sequestro volontario della sua compagna, sequestro volontario della figlia minore della sua compagna. Sentenza della Corte, *X*, cit., punto 14.

⁶⁷ La sentenza di condanna emessa in Iran riguardava i medesimi fatti ad eccezione del sequestro della compagna.

⁶⁸ La decisione quadro è stata recepita nel diritto dei Paesi Bassi dalla *Wet tot implementatie van het kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten van de Europese Unie* (legge che attua la decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri), del 29 aprile 2004 (Stb. 2004, n. 195), come modificata da ultimo dalla legge del 22 febbraio 2017 (Stb. 2017, n. 82).

⁶⁹ Sentenza della Corte, *X*, cit., punto 39. In tal senso vedi anche sentenza della Corte del 11 marzo 2020, causa C-314/18, *SF*, ECLI:EU:C:2020:191, punto 39; sentenza della Corte (Grande sezione) del 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, *LM*, ECLI:EU:C:2018:586, punto 41; sentenza della Corte del 15 ottobre 2019, C-128/18, *Dorobantu*, ECLI:EU:C:2019:857, punto 48; sentenza della Corte del 13 dicembre 2018, causa C-514/17, *Sut*, ECLI:EU:C:2018:1016, punto 28; sentenza della Corte del 10 agosto 2017, C-270/17 PPU, *Tupikas*, ECLI:EU:C:2017:628, punto 50.

di non esecuzione, trasforma anche l'eccezione costituita dal rifiuto di consegna in regola⁷⁰, impedendo al giudice dell'esecuzione di valutare caso per caso se vi possa essere un rischio di impunità della persona ricercata in ragione della diversità degli ordinamenti giuridici e delle procedure applicabili nei Paesi terzi⁷¹.

Se i rapporti tra Stati membri si basano sulla fiducia reciproca e quindi sulla presunzione del rispetto dei valori di cui all'art. 2 del TUE, salvo circostanze eccezionali⁷², per contro non si può presupporre una fiducia analoga nel sistema di giustizia penale dei Paesi terzi che non intrattengono rapporti privilegiati con l'Unione. In questa circostanza, secondo la Corte, è dunque necessaria una opportuna valutazione di ciascun caso di specie, al fine di verificare se occorra rifiutare l'esecuzione del m.a.e. con riguardo alle condizioni in cui la persona ricercata è stata giudicata ed eventualmente all'effettiva esecuzione della condanna emessa⁷³.

Tale interpretazione dell'art. 4, punto 5, della decisione quadro è conforme all'obiettivo di realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia di cui all'articolo 67, paragrafo 1, TFUE e si propone di consentire all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di garantire la certezza del diritto della persona ricercata, permettendo di tenere in considerazione il

⁷⁰ Sentenza della Corte, X, cit., par. 47. Dalla giurisprudenza della Corte risulta, invece, che nella trasposizione della decisione quadro 2002/584/GAI gli Stati membri dispongano di un margine di discrezionalità relativamente alla trasposizione (o meno) dei motivi di non esecuzione facoltativa elencati all'articolo 4. Nel senso che i legislatori degli Stati membri, conformemente al principio del reciproco riconoscimento sancito dall'art. 1 par. 2, possono scegliere di rafforzare il sistema di consegna delle persone ricercate limitando i motivi di rifiuto. In tal senso vedi sentenza della Corte (Grande sezione) del 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, ECLI:EU:C:2009:616, punti 58-61.

⁷¹ Tale argomentazione è articolata nelle Conclusioni dell'avvocato generale Gerard Hogan presentate il 15 aprile 2021, causa C-665/20 PPU, X, ECLI:EU:C:2021:303, punto 47, in cui si richiamano le conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 17 settembre 2020, causa C-488/19, *JR*, ECLI:EU:C:2020:738, punto 34.

⁷² Il riferimento al superamento della presunzione del rispetto dei diritti umani negli Stati membri in "circostanze eccezionali" è al parere 2/13 reso dalla Corte, in seduta plenaria, sul progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e alla giurisprudenza che da esso prende le mosse in materia di mandato d'arresto europeo. Corte di giustizia, seduta plenaria, parere 2/13, del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, in particolare punto 192. In tale parere, il giudice dell'Unione ha riconosciuto come, relativamente allo spazio di libertà sicurezza e giustizia, il principio di mutua fiducia imponga di «presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri [...] ma anche, salvo casi eccezionali, quella di verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione». Relativamente al m.a.e. la Grande sezione della Corte, nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, introduce un *test* di verifica a due livelli (c.d. *two-step test*) al fine di valutare la sussistenza di "circostanze eccezionali" qualora l'autorità giudiziaria dello Stato membro d'esecuzione disponga «di elementi che attestano un rischio concreto di trattamento inumano o degradante dei detenuti nello Stato membro emittente». Sentenza della Corte (Grande sezione) del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198, punto 88. Questa pronuncia inaugura un noto filone giurisprudenziale, che trova conferma e si dettaglia nella giurisprudenza successiva della Corte, estendendosi dal divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti al diritto ad un equo processo sancito dall'articolo 47, paragrafo 2, della Carta. Sul punto mi si permetta di rimandare a G. COLAVECCHIO, *Il rispetto dei diritti fondamentali nell'esecuzione del mandato d'arresto europeo: l'evoluzione del two-step test e il ruolo degli organismi di prevenzione della tortura*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 1302 ss. Sono, inoltre, pendenti dinanzi alla Corte dei casi sollevati con rinvio pregiudiziale dalla Corte costituzionale italiana con due ordinanze depositate il 18 novembre 2021 n. 216 e n. 217, e dalla sesta sezione della Corte di Cassazione con ordinanza del 14 gennaio 2022, che potrebbero ulteriormente estendere l'ambito di applicazione della c.d. dottrina delle circostanze eccezionali nell'esecuzione dei mandati d'arresto europei.

⁷³ Sentenza della Corte, X, cit. punto 55.

giudicato per gli stessi fatti formatosi nei suoi confronti in un paese terzo⁷⁴. Inoltre, la subordinazione all'effettiva esecuzione della condanna, o la circostanza che la stessa sia in corso di esecuzione o non possa più essere eseguita secondo le leggi del paese di condanna, concorre alla realizzazione dell'obiettivo perseguito dall'istituto del mandato d'arresto europeo che consiste nel prevenire l'impunità dei reati nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁷⁵.

La Corte, difatti, operando un parallelismo con la quasi identica formulazione degli artt. 4, punto 5, e 3, punto 2, della decisione quadro m.a.e., specifica che l'assenza di discrezionalità nell'esecuzione del mandato d'arresto europeo contenuta in questa seconda disposizione «deriva dal requisito del rispetto del principio del *ne bis in idem* sancito all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» il che «implica che una persona non può essere perseguita penalmente in uno Stato membro a causa di un reato per il quale è già stata assolta o condannata “nell'Unione”». Il fondamento della differenza di tali disposizioni è da ricercare proprio nella fiducia reciproca che, come sottolineato dal giudice dell'Unione nella sentenza *Kossowski*, sussiste anche tra gli Stati contraenti della CAAS nell'applicazione del principio del *ne bis in idem* contenuto nell'art. 54 di tale Convenzione⁷⁶.

Alcune considerazioni su quanto interpretato dalla Corte nel caso X sono dovute anche con riguardo all'effetto di una misura di clemenza concessa da un'autorità non giurisdizionale per ragioni che esulano da considerazioni obiettive di politica penale. Difatti, la condizione di esecuzione che lega il principio del *ne bis in idem* all'effettività dell'esecuzione della condanna, o comunque alla sua impossibilità di esecuzione sulla base del diritto interno del paese di condanna, non limita ulteriormente la causa dell'impossibilità di eseguire la pena, ad esempio, attraverso valutazioni circa l'autorità che ha concesso la misura, le motivazioni alla base della stessa o la gravità dei reati commessi dalle persone che ne hanno beneficiato.

Pertanto, secondo la Corte, non è possibile escludere l'amnistia o altre misure di clemenza dall'ambito di applicazione dell'articolo 4 punto 5⁷⁷, neanche alla luce della specifica attenzione del legislatore dell'Unione sull'adozione di tali misure tra i motivi di non esecuzione del m.a.e. (art. 3 punto 1).

Il giudice dell'Unione evidenzia in proposito la doppia valenza del principio del *ne bis in idem* contenuto nella decisione quadro, sottolineando, da un lato, la necessità di evitare situazioni di impunità delle persone condannate con una sentenza penale definitiva e, dall'altro, quella di garantire la certezza del diritto attraverso il rispetto delle decisioni definitive degli organi pubblici⁷⁸.

Invero, se la decisione quadro non esclude a priori il valore del giudicato formatosi nei paesi terzi, l'art. 4 punto 5 lascia – relativamente all'esecuzione del m.a.e. per gli stessi fatti per i quali il ricercato sia stato oggetto di una decisione definitiva in uno Stato terzo – un margine di discrezionalità al giudice dell'esecuzione che impone a quest'ultimo di operare un bilanciamento tra le esigenze di prevenzione dell'impunità e di lotta alla criminalità e la garanzia della certezza del diritto. Questo bilanciamento deve essere eseguito sempre al fine di perseguire l'obiettivo dell'Unione di divenire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁷⁹.

⁷⁴ *Ivi*, punto 56.

⁷⁵ *Ivi*, punto 57, vedi anche Corte di giustizia, *SF*, cit., punto 47 e, per analogia, sentenza del 27 maggio 2014, causa C-129/14 PPU, *Spasić*, ECLI:EU:C:2014:586, punto 77.

⁷⁶ Corte di giustizia, *Kossowski*, cit., punto 50.

⁷⁷ E analogamente, vista l'identica formulazione, dall'applicazione dell'articolo 3 punto 2 della decisione quadro 2002/584/GAI.

⁷⁸ Corte di giustizia, *X*, cit., par. 99.

⁷⁹ *Ivi*, par. 103.

6. Considerazioni conclusive

Il meccanismo di consegna semplificato istituito dalla decisione quadro 2002/584/GAI, fondato sul principio del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, a sua volta basato sulla mutua fiducia tra Stati membri, si è probabilmente rinforzato con il superamento della presunzione assoluta di rispetto equivalente dei diritti umani a partire dalla sentenza della Corte nella causa *Aranyosi e Căldăraru*. L'inesistenza di un motivo di non esecuzione legato alla tutela dei diritti umani, avrebbe, ad avviso di chi scrive, rischiato di compromettere il funzionamento complessivo del mandato d'arresto europeo, minando lo stesso spazio di libertà sicurezza e giustizia.

Un'effettiva tutela dei diritti umani solleva alcune criticità anche relativamente all'applicazione del principio del *ne bis in idem*, così come articolato nella decisione quadro. Difatti, nel Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo⁸⁰, relativamente alla valutazione da parte delle autorità giudiziarie emittenti dell'opportunità di mantenere il m.a.e. (punto 10.3), la Commissione europea specifica come la decisione quadro 2002/584/GAI non stabilisca un obbligo per lo Stato emittente di revoca del mandato d'arresto europeo qualora uno Stato membro ne abbia rifiutato l'esecuzione, in considerazione della possibilità che tale decisione giudiziaria sia eseguita in altri Stati membri. Pertanto, salvo il caso di una decisione autonoma di revoca dell'autorità giudiziaria emittente, il m.a.e. e la corrispondente segnalazione nel sistema d'informazione Schengen II (SIS II) rimangono validamente in essere.

Tale sistema comporta l'impossibilità del singolo, che abbia magari ottenuto in uno Stato membro una decisione di non esecuzione basata su una delle disposizioni relative al *ne bis in idem* (financo sul motivo di non esecuzione obbligatoria previsto dall'art. 3 punto 2), di usufruire di un ricorso effettivo avverso tale mantenimento, con la conseguente limitazione del suo diritto di libera circolazione nel territorio dell'Unione. Invero, varcando il confine di uno Stato membro diverso da quello che ha rifiutato l'esecuzione del m.a.e., quella persona potrebbe essere nuovamente posta in stato di arresto e doversi nuovamente opporre alla decisione di consegna, con tutte le ripercussioni negative sulla libertà personale dell'interessato e su tutti gli altri diritti fondamentali che verrebbero inevitabilmente compressi. Potenzialmente, la persona oggetto del m.a.e. che dovesse trovarsi in tale situazione potrebbe essere posta in stato di privazione della libertà in 26 Stati membri.

Sarebbe quindi opportuno intervenire per via legislativa al fine di riconoscere un effetto vincolante in tutta l'Unione alle decisioni di non esecuzione del mandato d'arresto europeo, o in subordine auspicare una pronuncia in tal senso del giudice dell'Unione, quantomeno rispetto ai motivi di non esecuzione legati al principio del *ne bis in idem* e alla tutela dei diritti umani in assenza di un cambiamento delle condizioni che hanno fatto rilevare le circostanze eccezionali di non esecuzione.

Appare difatti eccessivamente blanda e difficilmente azionabile la considerazione della Commissione circa i motivi legittimi che devono sempre giustificare l'esistenza del

⁸⁰ Comunicazione della Commissione - Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, (2017/C 335/01), in GUUE C 335, 6 novembre 2017, p. 1 ss.

m.a.e., includendo – nel decidere se mantenere il m.a.e. dopo che uno Stato membro ne abbia rifiutato l'esecuzione – una valutazione circa la proporzionalità e l'efficacia, che tenga conto delle circostanze del caso, della normativa interna e dell'Unione, in particolar modo dei diritti fondamentali e, con riguardo al principio del *ne bis in idem*, della probabilità che il motivo di non esecuzione sia applicato anche da altri Stati membri⁸¹.

Lo stesso Parlamento europeo, in una risoluzione del 20 gennaio 2021, sull'attuazione del mandato d'arresto europeo e delle procedure di consegna tra Stati membri – al fine di migliorare il funzionamento di tale strumento – chiede l'istituzione di un riesame periodico dei m.a.e. non eseguiti unitamente ad una valutazione circa l'opportunità di ritirarli, insieme alle segnalazioni corrispondenti del SIS II e di Interpol. In particolare, qualora il m.a.e. sia stato respinto per motivi obbligatori quali il principio del *ne bis in idem* la risoluzione si spinge a chiedere il ritiro dei m.a.e. e delle corrispondenti segnalazioni⁸².

In conclusione, seppure il principio del *ne bis in idem* transazionale nell'Unione europea sia una conquista non scontata, ma estremamente funzionale al processo di integrazione europeo, particolarmente per il perseguimento dell'obiettivo della creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, anche nell'ambito del mandato d'arresto europeo vi sono passi che vanno compiuti al duplice scopo di garantire le finalità alla base di tale principio: la protezione dell'individuo da multiple persecuzioni in conseguenza dell'esercizio del suo diritto alla libera circolazione e la certezza del diritto nello spazio di giustizia europeo.

ABSTRACT: *The implementation of the ne bis in idem principle in the context of the European arrest warrant*

The *ne bis in idem* principle within the European Union area of freedom, security and justice of the European Union is a transnational principle based on the principles of mutual recognition and mutual trust between Member States. In the context of EU judicial cooperation in criminal matters, the *ne bis in idem* also occurs as a reason for refusing the execution of some of the EU instruments based on the mutual recognition of judicial decision. In this contribution the A. analyses the functioning of the *ne bis in idem* principle in the Framework decision 2022/584/JHA on the European arrest warrant in the light of the Court of Justice case law, in particular with regard to the notion of *idem factum*, the relationship between the prohibition of *bis in idem* and “final decisions” in the execution and issuance of the EAW and the recognition of *res judicata* in third countries. Furthermore, the paper highlights the critical issues of the instruments related to the *ne bis in idem* principle, by formulating, in conclusion, an hypothesis for their overcoming *de iure condendo*.

⁸¹ *Ivi*, punto 10.3.

⁸² Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021 sull'attuazione del mandato d'arresto europeo e delle procedure di consegna tra Stati membri (2019/2207(INI)), GUUE C 456, 10 novembre 2021, p. 2 ss., par. 29.

IL *NE BIS IN IDEM* NEL DIRITTO EUROPEO DELLA CONCORRENZA: SEGNALI DI UNIFORMITÀ APPLICATIVA NELL'UNIONE?

MICHELE MESSINA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La rilevanza del *ne bis in idem* nell'applicazione delle norme poste a tutela della concorrenza nell'UE. – 3. (*segue*) Il criterio dell'"interesse giuridico tutelato" quale elemento distintivo dell'applicazione del principio al diritto UE della concorrenza. – 4. Le recenti pronunce della Corte di giustizia UE e il superamento (solo formale?) del criterio dell'"interesse giuridico tutelato" – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il *ne bis in idem* è stato lungamente applicato all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea¹ in quanto principio generale del diritto dell'UE². Lo stesso oggi ha ormai pienamente assunto lo *status* di diritto fondamentale, in virtù della sua previsione all'interno dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE³. Il riconoscimento del *ne bis in idem* a livello dell'Unione ha comportato un'estensione della portata della tutela oltre i confini nazionali degli Stati membri – come accade nel caso della garanzia prevista dalla CEDU⁴ – includendo anche quelle situazioni transfrontaliere, pur all'interno dell'UE. Il *ne bis in idem* si applica anche all'ambito di applicazione delle norme dell'Unione in materia di concorrenza, quindi degli artt. 101 e 102 TFUE, in funzione delle similitudini dei procedimenti ivi contemplati, ma soprattutto delle decisioni adottate dalla Commissione, in particolare quando la stessa impone delle sanzioni pecuniarie nei confronti dei destinatari, con i procedimenti e le decisioni tipiche della sfera penale. L'applicazione del principio in parola nel settore del diritto della concorrenza dell'Unione, tuttavia, non è stata sempre in linea con gli altri ambiti di applicazione all'interno dell'ordinamento UE, contribuendo a

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Messina.

¹ Sullo sviluppo del principio del *ne bis in idem* nel diritto UE, si vedano, *ex multis*, W.B. VAN BOCKEL (a cura di) *Ne bis in idem in EU Law*, Cambridge, 2016; e, C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Riv. int. dir. priv. proc.*, 2002, p. 923 ss.

² Sentenza della Corte del 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P *et al.*, *Limburgse Vinyl Maatschappij (LVM) et al. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2002:582, punto 59, in cui il giudice UE ha affermato l'applicazione del principio in parola in materia di concorrenza come derivante dall'art. 4, Protocollo n. 7 alla CEDU e implicante il divieto «che un'impresa venga condannata o perseguita un'altra volta per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione non impugnabile».

³ Occorre ricordare che la Carta dei diritti fondamentali dell'UE è divenuta vincolante l'1 dicembre 2009, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona che, nel modificare l'art. 6, par. 1, TUE, ha previsto che la Carta avesse lo stesso valore giuridico dei trattati.

⁴ Si veda, a tal riguardo, la tutela garantita dall'art. 4, Protocollo n. 7, allegato alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU).

rendere non particolarmente uniforme l'applicazione della regola del *ne bis in idem* nell'Unione.

Il presente scritto ripercorre brevemente le ragioni dell'applicazione del principio all'ambito del diritto della concorrenza dell'Unione, nonché della rilevanza dell'elemento che ha contribuito alla peculiarità della sua applicazione al settore in parola, ossia il criterio dell'"interesse giuridico tutelato" nell'individuazione dell'*idem factum*; nozione, quest'ultima, soggetta a diverse interpretazioni, che hanno fatto sorgere non pochi problemi applicativi⁵. Dopo la trattazione di tali aspetti peculiari dell'applicazione del *ne bis in idem* all'ambito del diritto della concorrenza, ci si concentra su alcune recenti pronunce della Corte di giustizia, con cui il giudice UE ha tentato di superare quelle differenze che hanno caratterizzato l'applicazione del *ne bis in idem* nel settore *antitrust*, assicurando così un'applicazione più uniforme del principio nell'intero ordinamento giuridico dell'UE, senza elementi distintivi tra i diversi settori interessati.

2. La rilevanza del principio nell'applicazione delle norme poste a tutela della concorrenza nell'UE

L'applicazione del principio del *ne bis in idem*, di derivazione marcatamente penalistica, al diritto della concorrenza, com'è noto, è dipesa dalla classificazione delle sanzioni *antitrust* come aventi carattere penale. Infatti, l'applicazione delle norme UE sulla concorrenza è stata da sempre caratterizzata da una tensione di base tra il carattere formalmente amministrativo del procedimento dinanzi alla Commissione, ulteriormente suffragato dall'espressa previsione dell'art. 23, par. 5, del regolamento 1/2003, che sancisce il carattere "non penale" delle sanzioni *antitrust*⁶, e la sostanza dei singoli casi, i quali, seppur in generale, presentano i caratteri tipici della disciplina penale⁷. Sotto questo profilo, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE non è stata particolarmente chiarificatrice e univoca, in quanto pur riconoscendo l'applicabilità "astratta" del rispetto dei diritti di difesa, sia durante il procedimento dinanzi alla Commissione, sia in sede di comminazione delle sanzioni⁸, ammettendo implicitamente la natura penale delle sanzioni *antitrust*, in altre occasioni tale natura non è stata affermata con altrettanta evidenza, quantomeno in un primo tempo⁹. La

⁵ Su tali problematiche, si veda, *ex multis*, P. DE PASQUALE, *Tutela dei diritti fondamentali: antinomie giurisprudenziali in materia di divieto di ne bis in idem*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 289 ss.

⁶ Per un'analisi approfondita delle ragioni che hanno determinato la previsione del carattere "non penale" delle sanzioni *antitrust*, si veda, C. SCHEPISI, *Sanzioni*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di) *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007, p. 267 ss., 305 ss.

⁷ Si veda, a tal riguardo, R. WESSELING, *Comment on Joined Cases C-238/99 P et al., LVM et al. v Commission*, in *Comm. M. Law Rev.*, 2004, p. 1141 ss.

⁸ Si veda, la sentenza della Corte del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, ECLI:EU:C:1979:36, punto 9, in cui il giudice UE ha affermato che: «il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento con cui possono essere inflitte sanzioni, specie ammende o penali di mora, costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che va osservato anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa».

⁹ A questo riguardo, il fatto che l'ammenda o la penali di mora potesse essere imposta solo nei confronti di imprese e mai di persone fisiche costituiva l'elemento centrale su cui si fondava il carattere amministrativo delle sanzioni; sebbene, con il tempo, la giurisprudenza del giudice dell'Unione è andata avvicinando le sanzioni *antitrust* a quelle penali, sostanzialmente equiparando le due categorie. Si vedano, C. SCHEPISI, *Sanzioni*, cit., p.

determinazione della natura penale o meno delle sanzioni *antitrust* è pertanto fondamentale per l'operatività del *ne bis in idem*, visto che il carattere puramente amministrativo di un'ammenda non preclude, ai sensi dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, una sua combinazione con una successiva sanzione penale nei confronti dei medesimi soggetti e sui medesimi fatti¹⁰. Tuttavia, ben presto, le tutele derivanti dalle disposizioni della CEDU sono apparse applicabili alle sanzioni *antitrust* UE, in virtù di una giurisprudenza sviluppatasi in ambito CEDU, che ha condotto a una dilatazione della nozione di materia "penale", assumendo un significato "autonomo" rispetto alle indicazioni fornite dagli ordinamenti nazionali, per quanto concerne la natura penale delle infrazioni, che assumerebbero solo un valore relativo¹¹. Così facendo, è ormai difficile, se non impossibile, negare che l'applicazione dei criteri indicati dalla giurisprudenza della Corte EDU conduca alla conclusione che i procedimenti ai sensi del regolamento 1/2003 – per mezzo dei quali la Commissione può adottare delle decisioni con cui constata una violazione degli articoli 101 o 102 TFUE, ordinandone la cessazione e, se del caso, imponendone delle ammende – integrino la determinazione di un'"accusa penale" ai sensi dell'art. 6 della CEDU¹². Di conseguenza, la disposizione dell'art. 23, par. 5, del regolamento 1/2003, che prevede il carattere "non penale" delle sanzioni *antitrust*, è andata assumendo un carattere sempre meno decisivo per il giudice dell'UE ai fini della determinazione della natura "penale" delle sanzioni in oggetto¹³. Le stesse considerazioni possono esprimersi anche con riguardo ai procedimenti nazionali in materia finalizzati all'imposizioni di ammende per la violazione degli artt. 101 o 102 TFUE¹⁴.

Dopo aver definito le premesse per la rilevanza del *ne bis in idem* nei procedimenti per l'applicazione delle norme UE in materia di concorrenza, uno degli ambiti che ha riscosso maggiore interesse, negli anni, ha riguardato l'applicazione del principio in parola nei rapporti tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti nazionali degli Stati membri¹⁵. La prima

306; C. KERSE, N. KHAN, *EC Antitrust Procedure*⁵, London, 2005, p. 362, 367 s.; A. JONES, B. SUFRIN, *EC Competition Law*², Oxford, 2004, p. 1118.

¹⁰ Si veda, la sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, punti 32-37, in cui il giudice UE ha affermato che per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse (a carattere amministrativo) e sanzioni penali fosse possibile ai sensi dell'art. 50 della Carta. Su tale aspetto, si veda anche, T. LOCK, *Comment to Article 50 CFR*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2019, p. 2235 ss., 2238.

¹¹ Si veda, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, in Serie A, n. 73, punti 50 e 52, in cui si afferma che il carattere penale o amministrativo di una sanzione non dipende dalla definizione datane da un testo normativo ma risulta invece da altri elementi, quali la gravità della sanzione, alle modalità di esecuzione e alle finalità repressive e dissuasive.

¹² A questo riguardo, il contributo decisivo è stato indubbiamente quello della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics c. Italia*, ricorso n. 43509/08, §§ 38-44, in cui la Corte europea è giunta alla conclusione che, tenuto conto dell'elevato valore delle sanzioni pecuniarie inflitte, le procedure *antitrust* possono essere qualificate come "accuse penali", ai sensi dell'art. 6 CEDU. Su tali aspetti, si veda anche, P. MANZINI, *Ammende antitrust e diritti fondamentali*, in *Dir. um. dir. int.*, 2015, p. 299 ss.

¹³ Per una trattazione approfondita di tali tematiche, sia permesso di rinviare a M. MESSINA, *Indagini preliminari e garanzie procedurali nel diritto antitrust europeo*, Padova, 2012, p. 93 ss., nonché p. 221 ss.

¹⁴ Si veda, W. P. J. WILS, *The Principle of Ne Bis In Idem*, in W. P. J. WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford e Portland, 2005, p. 93 ss., p. 95. A maggior ragione tali considerazioni si applicano anche ai procedimenti nazionali che applicano il diritto della concorrenza nazionale, come evidenziato dalla Corte EDU nella già ricordata sentenza *Menarini Diagnostics*.

¹⁵ Si tratta dell'ambito di maggiore interesse ai fini del funzionamento efficace della Rete europea delle autorità garanti della concorrenza, meglio conosciuta come *European Competition Network* (ECN), strumento di

procedura ad aver affrontato l'argomento dello svolgimento parallelo di procedimenti UE e nazionali, tuttavia, è riconducibile a un periodo piuttosto risalente rispetto all'operatività della c.d. *European Competition Network* (ECN) istituita con il regolamento 1/2003. Si tratta, infatti, della sentenza nella causa *Walt Wilhelm*, in cui la Corte di giustizia aveva sostenuto che la possibilità che un medesimo accordo fosse oggetto di due procedimenti paralleli, dinanzi alla Commissione, ai sensi dell'art. 101 TFUE, e dinanzi a un'autorità nazionale, in base alla normativa interna, non costituisca una violazione del principio del *ne bis in idem*, se si teneva conto delle differenze tra i due ordinamenti, che, in materia di intese, considererebbero le stesse sotto diversi aspetti, segnatamente il primo sotto il profilo degli ostacoli per il commercio tra gli Stati membri, mentre il secondo in un ambito più ristretto, ispirandosi a considerazioni proprie a ciascuno Stato¹⁶. Il giudice dell'Unione, nella stessa causa, dopo aver ammesso la possibilità di due procedimenti paralleli, aggiunse poi che, se ciò avesse implicato l'imposizione di una doppia sanzione pecuniaria, «un'esigenza generale di equità» avrebbe implicato che si tenesse conto, nella determinazione della seconda, delle decisioni sanzionatorie anteriori¹⁷. Nei primi decenni del processo di integrazione europea, anni in cui si colloca la sentenza *Walt Wilhelm*, era piuttosto comprensibile che la legislazione *antitrust* nazionale, laddove esistente, e quella allora comunitaria perseguissero obiettivi differenti, in ragione del graduale consolidamento dell'applicazione della normativa comunitaria sulla concorrenza, che solo dopo qualche decennio avrebbe esercitato quel ruolo di armonizzazione delle discipline *antitrust* degli Stati membri, culminato poi con l'adozione del regolamento 1/2003, che prevede espressamente, all'art. 3, l'applicazione parallela del diritto *antitrust* nazionale e del diritto della concorrenza dell'UE da parte delle autorità nazionali, sancendo così la piena diretta applicabilità degli artt. 101 e 102 TFUE.

3. (segue) *Il criterio dell'“interesse giuridico tutelato” quale elemento distintivo dell'applicazione del principio al diritto UE della concorrenza*

La Corte di giustizia, con riguardo alla rilevazione dell'*idem factum* ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* nell'ambito del diritto della concorrenza, nella sentenza *Aalborg Portland*, concernente un cartello nel settore del cemento, ha evidenziato una triplice condizione di identità dei fatti, unità del contravventore e unità dell'interesse giuridico tutelato, facendo divieto di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico¹⁸. Nella causa di specie, tuttavia, il giudice dell'Unione ha negato la sussistenza di una violazione del principio del *ne bis in idem*, in quanto la decisione della Commissione presentava un oggetto diverso rispetto a quello della pronuncia dell'autorità *antitrust* italiana, mancando così la

cooperazione tra la Commissione e le autorità *antitrust* nazionali degli Stati membri, istituito dal regolamento 1/2003 per gestire al meglio l'applicazione parallela della disciplina *antitrust* UE e nazionale da parte delle autorità coinvolte prevista dall'articolo 3 del regolamento in parola. Il principio del *ne bis in idem*, tuttavia, rileva anche in altri due ambiti, quale quello UE in senso stretto, quindi tra due procedimenti dinanzi alla Commissione, e quello concernente i rapporti tra ordinamento UE e ordinamenti nazionali di Paesi terzi.

¹⁶ Sentenza della Corte del 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Walt Wilhelm*, ECLI:EU:C:1969:4, punto 3.

¹⁷ *Ivi*, punto 11.

¹⁸ Sentenza della Corte del 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P *et al.*, *Aalborg Portland et al. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2004: 6, punto 338.

necessaria identità dei fatti¹⁹. La causa *Aalborg Portland* ha costituito comunque l'inizio del consolidamento di una linea di pensiero, che è andata formandosi in particolare tra gli Avvocati generali, tendente ad ammettere, in via generale, la presunzione dell'unicità del bene giuridico tutelato tra la normativa UE in materia di concorrenza e le discipline *antitrust* nazionali, ossia la tutela della concorrenza libera e aperta sul mercato a livello nazionale e UE²⁰. Infatti, anche nel caso in cui un'attività collusiva non travalicasse le frontiere di uno Stato membro, essa sarebbe comunque idonea a pregiudicare il libero gioco della concorrenza nel mercato interno²¹.

I dubbi sull'unicità dell'interesse giuridico tutelato sono apparsi in buona parte fugati dall'entrata in vigore del regolamento 1/2003, il quale, ai sensi dell'art. 3, par. 1, dispone che le autorità garanti della concorrenza nazionali, allorquando applicano la disciplina interna nei confronti di accordi o pratiche coperte dagli artt. 101 o 102 TFUE, saranno obbligate ad applicare anche queste ultime, rendendo così più evidente la rilevanza del *ne bis in idem*. In effetti, nell'Unione di oggi è più problematico riconoscere importanza agli interessi giuridici tutelati per stabilire la presenza dell'*idem*. Infatti, il diritto nazionale e quello dell'UE convergono sempre più e non appare più così netto affermare che il diritto della concorrenza nazionale e quello dell'Unione considerano un comportamento anticoncorrenziale sotto aspetti diversi²². Tuttavia, la Corte di giustizia, nella causa *Toshiba*, prima pronuncia di una certa rilevanza sul *ne bis in idem* dall'entrata in vigore del regolamento 1/2003, ha in qualche modo confermato i capisaldi della sentenza *Walt Wilhelm*. In particolare, il giudice dell'Unione ha affermato che le regole di concorrenza a livello europeo e nazionale considerano le pratiche restrittive sotto aspetti diversi e i loro ambiti di applicazione non coincidono²³. Sulla base di tali premesse, però, nella causa di specie, così come accaduto nel passato ma anche successivamente a tale pronuncia, la Corte di giustizia ha respinto la rilevanza del *ne bis in idem* ma non per mancanza di unicità del bene giuridico tutelato tra l'ordinamento UE e quello nazionale²⁴, quanto piuttosto per la mancanza dell'identità dei fatti tra la procedura nazionale e quella UE, con particolare riferimento al territorio e al periodo di riferimento.

¹⁹ *Ivi*, punti 339-340.

²⁰ Si vedano, le conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer dell'11 febbraio 2003, causa C-213/00 P, *Italcementi c. Commissione*, ECLI:EU:C:2003:84, punto 91, in cui ha affermato che: «Nel sistema di protezione della libera concorrenza non si può parlare, all'interno dell'Unione europea, di ambiti diversi, quello comunitario e quelli nazionali, come si trattasse di compartimenti stagni. Entrambi i settori sono orientati alla tutela di una concorrenza libera e aperta nel mercato comune, nella sua interezza, nel primo, e nei suoi vari componenti, nel secondo, ma la sostanza è la stessa. In tale materia, le legislazioni nazionali devono rappresentare la corretta trasposizione delle disposizioni contenute agli artt. [101 e 102 TFUE], come sviluppate dal diritto derivato».

²¹ *Ivi*, punto 94.

²² Si vedano, in tal senso, le conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl del 29 novembre 2018, causa C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń*, ECLI:EU:C:2018:976, par. 40.

²³ Sentenza della Corte del 14 febbraio 2012, causa C-17/10, *Toshiba Corporations et al.*, ECLI:EU:C:2012:72, punto 81. In tale occasione, il giudice UE ha anche affermato che ciò sarebbe corroborato dalla disposizione dell'articolo 16, paragrafo 2, del regolamento 1/2003, dalla quale risulta che le autorità *antitrust* nazionali conservano il loro potere di agire anche se la Commissione ha già essa stessa adottato una decisione. Secondo tale disposizione, le autorità nazionali possono intervenire posteriormente alla Commissione, essendo loro vietato di pronunciarsi solo in maniera contraria a una precedente decisione della Commissione. *Ibidem*, punto 85. Per un commento a tale pronuncia, si vedano, M. MESSINA, *The operation of ne bis in idem in the application of European Union competition law rules across the European Union: recent developments in the light of the Toshiba case*, in *ERA Forum*, 2012, p. 163 ss.; e, G. MONTI, *Managing decentralized antitrust enforcement: Toshiba*, in *Comm. M. Law Rev.*, 2014, p. 261 ss.

²⁴ Sentenza della Corte del 14 febbraio 2012, causa C-17/10, *Toshiba Corporations et al.*, cit., punti 98-99.

L'entrata in vigore del regolamento 1/2003 ha introdotto un profilo di sicuro interesse con riguardo all'applicazione del principio del *ne bis in idem* ai rapporti tra autorità *antitrust* nazionali e dell'UE, costituito dalla creazione della Rete europea delle autorità garanti della concorrenza, meglio nota come *European Competition Network* (ECN). Quest'ultima avrebbe dovuto essere in grado di limitare il fenomeno dell'imposizione di sanzioni multiple da parte della Commissione e delle autorità nazionali. Tuttavia, lo stesso regolamento ha introdotto un sistema di competenze parallele, che non fornisce dei precisi criteri di competenza, eccezion fatta per l'articolo 11, paragrafo 6, del regolamento 1/2003, in cui è previsto che l'avvio di un procedimento da parte della Commissione priva le autorità nazionali della concorrenza della competenza ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE. Per contro, però, la disposizione dell'art. 13 dello stesso regolamento non sembra garantire appieno la tutela del *ne bis in idem*, poiché il fatto che un'autorità si stia occupando di un caso costituisce per le altre autorità unicamente una mera facoltà di sospendere il procedimento o di respingere una denuncia. In assenza di un vero e proprio obbligo di sospensione o chiusura del procedimento, infatti, rimane ipotizzabile la possibilità di un doppio o plurimo procedimento con conseguente comminazione di un'altrettanta pluralità di sanzioni²⁵. La Commissione, a questo riguardo, ha cercato di ovviare fin da subito alla mancanza di precisi criteri di ripartizione delle competenze, attraverso l'adozione della Comunicazione sulla cooperazione nell'ambito della suddetta rete, in cui, nel fornire elementi interpretativi, ha indicato alcuni criteri riguardanti l'idoneità di un'autorità a trattare un determinato caso²⁶. Sulla base delle disposizioni in essa contenute, non solo non è escluso che più autorità si occupino del medesimo caso, ma anzi ne viene regolamentata l'azione, prevedendo dei meccanismi di coordinamento. In ogni caso, l'azione parallela di due o tre autorità *antitrust* nazionali potrebbe rivelarsi adeguata qualora un accordo o una pratica producano effetti sensibili principalmente nei rispettivi territori e l'azione di un'unica autorità nazionale non sia sufficiente a far cessare l'infrazione nel suo complesso e/o sanzionarla adeguatamente.

Il criterio dell'"interesse giuridico tutelato" ha costituito per decenni quell'elemento distintivo che caratterizza l'applicazione del principio del *ne bis in idem* nel settore *antitrust*, rispetto alle altre aree del diritto dell'Unione in cui rileva l'applicazione del principio in parola, come lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e il settore penale, ambiti in cui il criterio del bene giuridico da tutelare è risultato recessivo, rispetto agli altri due, nella valutazione del rispetto o meno del principio. Infatti, secondo un orientamento ormai consolidato della Corte di giustizia in materia penale, l'identità del reato deve essere intesa quale *idem* fattuale, ossia come insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro²⁷. Conseguentemente, l'identità di un'infrazione penale deve essere stabilita sulla base del duplice criterio della coincidenza dei fatti contestati e del contravventore, non attribuendo alcun rilievo alla qualificazione giuridica dei fatti e all'interesse giuridico tutelato. Quest'ultimo criterio, infatti, nel settore penale, creerebbe degli ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen, tanti quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati

²⁵ Per una trattazione più approfondita di tali tematiche, si vedano, M. MESSINA, *Indagini preliminari e garanzie procedurali nel diritto antitrust europeo*, cit., p. 234 s.; nonché, K. DEKEYSER, C. GAUER, *The New Enforcement System for Articles 81 and 82 and the Rights of Defence*, in B.E. HAWK (a cura di) *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, Huntington, 2005, p. 549 ss., 574 ss.

²⁶ Si veda, la Comunicazione della Commissione *sulla cooperazione nell'ambito della rete europea delle autorità garanti della concorrenza* del 27 aprile 2004, in GUUE, C 101 del 27 aprile 2004, p. 43.

²⁷ Si veda, la sentenza della Corte del 9 marzo 2006, causa C-436/04, *van Esbroeck*, ECLI:EU:C:2006:165, punto 36.

membri²⁸. Nell'applicazione del *ne bis in idem* ai procedimenti e alle decisioni concernenti il diritto della concorrenza dell'Unione, invece, la Corte di giustizia ha ripetutamente affermato che le regole di concorrenza a livello UE e nazionale considerano le pratiche restrittive sotto aspetti diversi, facendo sì che i loro ambiti di applicazione non coincidano²⁹, limitando così la sfera di applicazione del principio in parola. Così facendo, secondo il giudice dell'Unione, il *ne bis in idem* non rilevarebbe in una situazione in cui l'autorità nazionale della concorrenza applica in parallelo il diritto *antitrust* nazionale e le regole di concorrenza dell'Unione e sanziona un'impresa infliggendole un'ammenda per la violazione del diritto nazionale e una per l'inosservanza delle regole UE, nonostante le stesse siano previste nell'ambito di una medesima decisione³⁰. In quest'ultima circostanza, ossia allorché l'autorità nazionale della concorrenza decida di infliggere due diverse ammende nell'ambito di una stessa decisione, dovrà assicurarsi, però, che esse siano proporzionate alla natura dell'infrazione³¹. Tale filone giurisprudenziale, da cui il giudice dell'UE non ha voluto discostarsi nella sentenza *Powszechny Zakład Ubezpieczeń*, era stato ampiamente criticato dall'AG Wahl nelle sue conclusioni alla presente causa, in quanto un'interpretazione variabile del *ne bis in idem* a seconda del settore giuridico considerato nuocerebbe all'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Inoltre, sempre secondo l'AG Wahl, il solo fatto che la normativa in materia di concorrenza non rientri nella sfera del diritto penale *stricto sensu* o che le sanzioni nell'ambito del diritto della concorrenza debbano spiegare un effetto deterrente, e non punitivo come quelle penali in senso stretto, tale da garantire un'efficace tutela della concorrenza, non costituisce una ragione sufficiente per limitare la tutela di cui all'art. 50 della Carta nel settore in parola³². Infatti, una tutela efficace della concorrenza all'interno dell'UE, che tenga conto dei diritti delle imprese coinvolte, può essere raggiunta anche senza ricorrere al requisito dell'identità degli interessi giuridici tutelati. In base al duplice criterio dell'identità dei fatti e del contravventore, il *ne bis in idem* vieterebbe comunque che all'interno dell'Unione più autorità *antitrust* infliggano sanzioni per gli effetti anticoncorrenziali di una medesima azione con riferimento allo stesso territorio e allo stesso periodo all'interno dell'UE. Al contempo, però, nulla osterebbe a che più autorità perseguano o puniscano le limitazioni della concorrenza derivanti da una medesima condotta tenutasi in differenti territori o in differenti periodi, fermo restando, in ogni caso, il rispetto del requisito generale pronunciato nella sentenza *Walt Wilhelm*, secondo cui, nel determinare la sanzione da infliggere, deve comunque tenersi conto delle decisioni repressive anteriori³³.

²⁸ *Ivi*, punto 35.

²⁹ Si veda, la sentenza della Corte del 3 aprile 2019, causa C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń*, ECLI:EU:C:2019:283, punto 25.

³⁰ *Ivi*, punto 35.

³¹ *Ivi*, punto 38. Per un commento alla sentenza in oggetto, si veda, F. GALLARATI, *Antitrust e ne bis in idem: la Corte di giustizia rimanda la soluzione del problema*, in *DPCE online*, n. 3, 2019, p. 2231 ss.

³² Si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl del 29 novembre 2018, causa C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń*, cit., punto 46, in cui sono state pienamente condivise le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott dell'8 settembre 2011, causa C-17/10, *Toshiba Corporations et al.*, ECLI:EU:C:2011:552, punti 120-122.

³³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl del 29 novembre 2018, causa C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń*, cit., punto 48, in cui viene fatto espresso riferimento alle conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott dell'8 settembre 2011, causa C-17/10, *Toshiba Corporations et al.*, cit., punto 131. Per un commento alle conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl nella causa *Powszechny Zakład Ubezpieczeń*, si veda, A. ROSANÒ, E. SALMINI STURLI, *L'ultima legal suasion dell'AG Wahl in tema di ne bis in idem applicato alla concorrenza e un'occasione mancata per la Corte di giustizia*, in *Osservatorio europeo Dir. Un. Eur.*, giugno 2019, p. 1 ss.

I buoni propositi dei diversi Avvocati Generali susseguirsi negli anni – non ultimo l’Avvocato Generale Wahl nelle menzionate conclusioni del 2018 – sull’irrelevanza del terzo criterio dell’interesse giuridico tutelato nell’applicazione del *ne bis in idem* all’ambito del diritto della concorrenza nel mercato interno, per ragioni evidentemente legate alla necessità di garantire un’applicazione uniforme del principio in parola nell’Unione, sono stati in un certo senso ricondotti ancora una volta nell’alveo del filone giurisprudenziale prevalente nella successiva causa *Slovak Telekom*, la cui sentenza è stata pronunciata peraltro dalla sezione della Corte presieduta da Nils Wahl, transitato nel frattempo dalla funzione di avvocato generale a quella di giudice della Corte di giustizia³⁴. In tale occasione, infatti, è stata confermata la consolidata giurisprudenza UE sul soddisfacimento della condizione dell’*idem*, subordinata alla triplice condizione dell’identità dei fatti, del soggetto sanzionato e dell’interesse giuridico tutelato. Di conseguenza, nell’ambito del diritto UE della concorrenza, il principio del *ne bis in idem* continuerebbe a vietare di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito al fine di tutelare lo stesso bene giuridico³⁵. In un certo senso, però, se si analizzano i fatti sottesi alla causa *Slovak Telekom*, risulta piuttosto evidente che questi non fossero dei più idonei per ispirare uno slancio in avanti del giudice UE verso l’uniformazione dei criteri per l’applicazione del *ne bis in idem* nell’intera Unione. Infatti, nella causa di specie, il prerequisite dell’identità dei fatti non era soddisfatto in modo alquanto evidente, in quanto il procedimento condotto dall’autorità *antitrust* slovacca e quello della Commissione, nonché le decisioni adottate a seguito di tali procedimenti, riguardavano pratiche anticoncorrenziali commesse su mercati di prodotto distinti³⁶, non essendo quindi necessario, ancora una volta, ricorrere alla rilevanza o meno del terzo criterio dell’interesse giuridico tutelato.

La ricerca di criteri interpretativi uniformi per la rilevanza del *ne bis in idem* nell’intero ordinamento giuridico dell’Unione, individuando come punti cardine l’identità del fatto e del contravventore, prescindendo dall’identità dell’interesse giuridico tutelato, è sembrata a un certo punto favorita dalla sentenza *Menci*, che, ancorché non riguardante il settore della concorrenza, aveva affermato che un cumulo di procedimenti e di sanzioni di natura penale può essere giustificato allorché detti procedimenti e dette sanzioni riguardino scopi complementari vertenti su aspetti differenti della medesima condotta di reato interessata³⁷, e purché tale cumulo sia proporzionato, ossia non vada al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa.

4. Le recenti pronunce della Corte di giustizia UE e il superamento (solo formale?) del criterio dell’“interesse giuridico tutelato”

³⁴ Sentenza della Corte del 25 febbraio 2021, causa C-857/19, *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:139.

³⁵ *Ivi*, punto 43.

³⁶ *Ivi*, punti 45-46, in cui è stato evidenziato che gli abusi di posizione dominante rilevati dalla Commissione e dall’autorità *antitrust* nazionale coinvolta riguardavano mercati di prodotto differenti, nello specifico, quello dell’accesso all’ingrosso alla rete locale disaggregata e ad altri servizi di accesso alla banda larga, per la Commissione, e quelli all’ingrosso e al dettaglio dei servizi telefonici e dei servizi di accesso a internet a banda stretta per accesso commutato, per l’autorità nazionale.

³⁷ Sentenza della Corte del 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, punto 44. Sulla causa in oggetto, si veda, P. DE PASQUALE, *Note a margine delle conclusioni nel caso Menci: la storia del divieto del ne bis in idem non è ancora finita*, in *Osservatorio europeo Dir. Un. Eur.*, ottobre 2017, p. 1 ss.

Il contenuto della sentenza *Menci* ha dovuto però attendere comunque qualche anno prima di poter esercitare una qualche influenza anche al settore del diritto della concorrenza. In ogni caso, il merito di quest'ultima pronuncia del giudice UE è stato quello di spostare l'attenzione, ai fini della rilevanza del *ne bis in idem*, dalla nozione di *idem* e dai criteri ad essa legati, alla clausola generale di limitazione dei diritti, di cui all'art. 52, par. 1, della Carta, che, a pieno titolo, si applica anche al divieto di *bis in idem* previsto all'art. 50 della Carta stessa. In virtù di tale clausola, infatti, una limitazione del *ne bis in idem* può essere giustificata solo se essa è conforme al dettato dell'art. 52, par. 1, della Carta, ossia se tali limitazioni all'esercizio di diritti e libertà riconosciuti dalla Carta, come il *ne bis in idem*, siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di tali diritti e libertà e siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. In conseguenza delle precisazioni contenute nella sentenza *Menci*, quindi, è stato opportunamente affermato che la duplicazione di procedimenti e di sanzioni non andrebbe più esaminata in considerazione del significato attribuito al *bis* e all'*idem*, ma sulla base delle condizioni di deroga fissate in modo tassativo dall'art. 52, par. 1, della Carta³⁸.

L'occasione per uniformare i criteri per la rilevanza del *ne bis in idem* nell'intero ordinamento giuridico dell'UE si è avuta con due rinvii pregiudiziali³⁹ dinanzi alla Corte di giustizia concernenti lo specifico criterio dell'interesse giuridico tutelato nell'ambito di applicazione del principio in parola al settore *antitrust*, ormai da decenni fonte di divergenze nell'applicazione del *ne bis in idem* nei differenti ambiti del diritto dell'Unione. In entrambe le circostanze, tuttavia, la Grande Sezione della Corte di giustizia non ha fatto alcun riferimento al criterio dell'interesse giuridico tutelato, nonostante i quesiti specifici, concernenti il criterio in oggetto, rivolti soprattutto dal giudice del rinvio nella causa *Nordzucker*, affermando piuttosto che la portata della tutela conferita dall'art. 50 della Carta non possa variare da un settore all'altro del diritto dell'Unione⁴⁰.

Nella causa *bpost*, nello specifico, la Corte d'appello di Bruxelles chiedeva al giudice dell'Unione se il principio del *ne bis in idem* impedisse all'autorità nazionale della concorrenza di imporre un'ammenda per una violazione del diritto *antitrust* UE in una situazione in cui la stessa persona giuridica fosse già stata liberata in via definitiva da un'ammenda impostale dall'autorità nazionale di regolamentazione postale per una presunta violazione della normativa postale, con riferimento ai medesimi fatti o a fatti analoghi⁴¹. Nel rispondere al quesito posto dal giudice del rinvio, la Corte di giustizia, ricorrendo a una giurisprudenza ormai consolidata, ha premesso che il criterio rilevante ai fini della valutazione della sussistenza di un medesimo reato è quello dell'identità dei fatti materiali, da intendersi come un insieme di circostanze concrete derivanti da eventi che sono, in sostanza, gli stessi, in quanto coinvolgono lo stesso autore e sono inscindibilmente legati tra loro nel tempo e nello spazio. È a questo punto che il giudice UE, conformemente alla sentenza *Menci*, ha affermato che una limitazione del diritto fondamentale garantito dall'articolo 50 della Carta può essere giustificata sulla base dell'art. 52, par. 1, della Carta stessa, ossia deve essere prevista dalla

³⁸ A questo proposito, si veda, P. DE PASQUALE, *Uno, nessuno e centomila. I criteri di operatività del principio ne bis in idem*, in *Eurojus*, n. 2, 2022, p. 248 ss, 252.

³⁹ Il riferimento è alla sentenza della Corte del 22 marzo 2022, causa C-117/20, *bpost SA*, ECLI:EU:C:2022:202, e, alla sentenza della Corte del 22 marzo 2022, causa C-151/20, *Nordzucker AG*, ECLI:EU:C:2022:203.

⁴⁰ Sentenza della Corte del 22 marzo 2022, causa C-151/20, *Nordzucker AG*, cit., punto 40, e sentenza della Corte del 22 marzo 2022, causa C-117/20, *bpost SA*, cit., punto 35.

⁴¹ Sentenza della Corte del 22 marzo 2022, causa C-117/20, *bpost SA*, cit., punto 20.

legge, deve rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e deve essere necessaria e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui⁴². Sulla base di tali premesse, concernenti le condizioni per la limitazione dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*, sempre secondo la Corte di giustizia, per determinare se un cumulo di procedimenti e di sanzioni ai sensi di una normativa settoriale e del diritto della concorrenza rispondesse a un obiettivo di interesse generale, occorre constatare che le due normative in questione perseguissero obiettivi legittimi distinti; nella causa di specie, la liberalizzazione del mercato interno dei servizi postali, per la normativa settoriale, e la garanzia che la concorrenza non sia falsata in tale mercato, per le norme poste a tutela della concorrenza nell'UE. Pertanto, il fatto che due procedimenti perseguono obiettivi di interesse generale distinti, che è legittimo tutelare cumulativamente, può essere preso in considerazione quale fattore diretto a giustificare tale cumulo, a condizione però che tali procedimenti siano complementari, riguardino, quindi, scopi complementari vertenti su aspetti differenti della medesima condotta illecita⁴³. In effetti, nella causa *bpost*, il compito del giudice dell'Unione non presentava particolari criticità dal punto di vista della complementarità degli scopi delle due normative oggetto dei due procedimenti nazionali, l'una, riguardante la liberalizzazione del mercato dei servizi postali, l'altra, la tutela della concorrenza nel mercato di riferimento. Di conseguenza, la stessa Corte non ha avuto particolari difficoltà nell'affermare la non rilevanza del *ne bis in idem* nella causa di specie. In verità, la Corte avrebbe potuto concludere allo stesso modo anche se avesse fatto ricorso al tradizionale terzo criterio dell'interesse giuridico tutelato ai fini della constatazione dell'*idem factum*. Infatti, è indubbio che le due normative in oggetto perseguissero interessi giuridici differenti; tuttavia, il giudice dell'Unione ha optato per l'applicazione del criterio stabilito nella sentenza *Menci*⁴⁴.

La causa *Nordzucker* si basava, invece, su fatti differenti e aveva quale oggetto principale il quesito rivolto dalla Corte suprema austriaca, ossia se il terzo criterio previsto dalla giurisprudenza UE in materia di concorrenza, ai fini dell'applicabilità del principio del *ne bis in idem*, vale a dire la tutela del medesimo interesse giuridico tutelato, trovi applicazione anche quando le autorità garanti della concorrenza di due Stati membri sono chiamate ad applicare per la medesima fattispecie e in relazione alle medesime persone, unitamente a disposizioni nazionali, anche le medesime norme giuridiche di diritto UE. Il giudice del rinvio, in effetti, va anche oltre, chiedendo specificamente se, in caso di applicazione parallela del diritto della concorrenza europeo e nazionale, ci si trovi dinanzi al medesimo interesse giuridico tutelato⁴⁵. La Corte di giustizia, in tale occasione, nel rispondere che il principio di cui all'art. 50 della Carta non ostasse a che un'impresa fosse perseguita e sanzionata, in momenti differenti, da due autorità garanti della concorrenza di due diversi Stati membri per un'infrazione alla normativa UE e alle corrispondenti disposizioni di diritto nazionale in materia di concorrenza per un medesimo comportamento che ha avuto un oggetto o un effetto anticoncorrenziale sul territorio di entrambi gli Stati membri, ha affermato che, ai fini della non rilevanza del principio in parola, occorre che la decisione adottata dalla seconda autorità garante della concorrenza, quella austriaca nella causa di specie, non fosse fondata

⁴² *Ivi*, punto 41.

⁴³ *Ivi*, punti 49 e 50.

⁴⁴ P. DE PASQUALE, *Uno, nessuno e centomila. I criteri di operatività del principio ne bis in idem*, cit., p. 253. Si veda, a tal riguardo, anche, P. DE PASQUALE, *Finale di partita per il principio del ne bis in idem? Breve nota alle sentenze bpost e Nordzucker e a.*, in *BlogDUE*, 22 aprile 2022, p. 1 ss.

⁴⁵ Sentenza della Corte del 22 marzo 2022, causa C-151/20, *Nordzucker AG*, cit., punto 25

sulla constatazione di un oggetto o di un effetto anticoncorrenziale nel territorio del primo Stato membro. Così facendo, il giudice UE ha fatto intendere, come già fatto in passato, che la non applicazione del *ne bis in idem*, anche in tale occasione, non fosse riconducibile al diverso interesse giuridico tutelato dalle due normative in oggetto, quanto piuttosto alla mancanza dell'*idem factum*, riconducibile al differente territorio di riferimento dell'infrazione, quindi a un differente mercato geografico.

La sentenza *Nordzucker*, pertanto, non risulta particolarmente innovativa per quanto concerne il dispositivo finale – bisogna ammettere non dissimile da quelli affermati nelle già ricordate sentenze *Slovak Telekom* e, soprattutto, *Toshiba*. L'innovatività della sentenza *Nordzucker* è, invece, riconducibile alle motivazioni e alle considerazioni che hanno indotto il giudice UE a concludere nel senso della non rilevanza del principio del *ne bis in idem*. In tale occasione, infatti, la Corte di giustizia, come accaduto nella sentenza parallela nella causa *bpost*, ha esteso i criteri *Menci* alle fattispecie relative alla politica di concorrenza, rendendo così univoci e uniformi i parametri per l'operatività del principio del *ne bis in idem*⁴⁶. Conformemente alla giurisprudenza *Menci*, la Corte, nella sentenza *Nordzucker*, ha confermato che una limitazione del diritto fondamentale di cui all'art. 50 della Carta può essere giustificata sul fondamento dell'art. 52, par. 1, della stessa Carta. Nello specifico, le eventuali limitazioni devono essere necessarie e rispondere effettivamente a finalità di interesse generale⁴⁷, di conseguenza, la deroga al divieto di *bis in idem* deve rispettare, tra le altre, la condizione che il secondo procedimento persegua un obiettivo di interesse generale. In considerazione, quindi, dell'importanza attribuita a quest'ultimo obiettivo, un cumulo di procedimenti e di sanzioni può essere giustificato allorché detti procedimenti e dette sanzioni riguardino, in vista della realizzazione di tale obiettivo di interesse generale, scopi complementari vertenti su aspetti differenti della medesima condotta interessata⁴⁸. Qualora non fossero ravvisabili tali scopi complementari tra i due procedimenti e/o tra le due sanzioni, invece, un cumulo di questi ultimi non sarebbe giustificato ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta. In una siffatta circostanza, il principio del *ne bis in idem* opererebbe pertanto nella sua interezza.

Nell'analizzare parallelamente le due pronunce *bpost* e *Nordzucker* alla luce dell'applicazione dei criteri *Menci* all'ambito del diritto della concorrenza, emergono, tuttavia, delle interessanti considerazioni, se si tiene conto dei differenti fatti oggetto delle due pronunce parallele. Infatti, mentre nella sentenza *bpost* i due procedimenti coinvolti perseguivano piuttosto chiaramente differenti interessi generali, in particolare, la liberalizzazione dei servizi postali, per la normativa settoriale, e la tutela della concorrenza nel mercato di riferimento, per la normativa *antitrust*; nella sentenza *Nordzucker*, le due autorità garanti della concorrenza, quella tedesca e quella austriaca, apparivano perseguire lo stesso interesse generale, ossia garantire la libera concorrenza, facendo sì che il cumulo di procedimenti e di sanzioni potesse essere giustificato solo quando avessero riguardato scopi complementari vertenti su aspetti differenti della medesima condotta. Di conseguenza, bisognava verificare se nel primo procedimento l'autorità della concorrenza tedesca avesse inteso accertare l'esistenza del comportamento anticoncorrenziale anche con riferimento ai suoi effetti e conseguenze sul territorio di un altro Stato membro, come quello austriaco,

⁴⁶ Si veda, P. DE PASQUALE, *Uno, nessuno e centomila. I criteri di operatività del principio ne bis in idem*, cit., 254; unitamente a P. DE PASQUALE, *Finale di partita per il principio del ne bis in idem? Breve nota alle sentenze bpost e Nordzucker e a.*, cit., p. 5.

⁴⁷ Sentenza della Corte del 22 marzo 2022, causa C-151/20, *Nordzucker AG*, cit., punto 50.

⁴⁸ *Ivi*, punto 52, in cui viene fatto espresso richiamo alla sentenza della Corte del 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*, cit., punto 44.

oggetto per l'appunto del secondo procedimento condotto dall'autorità di concorrenza austriaca.

In base alle considerazioni che precedono, il criterio dell'individuazione di uno scopo complementare riguardante aspetti differenti della medesima condotta, ai fini dell'operatività della deroga al divieto di *bis in idem*, è stato ritenuto in un certo senso non del tutto dissimile dal precedente criterio del differente interesse giuridico tutelato. Infatti, lo stesso Avvocato Generale Bobek, nelle sue conclusioni alle cause in oggetto, ha affermato che quest'ultimo criterio, come una sorta di "camaleonte", sembrerebbe solo aver assunto colori diversi⁴⁹; evidentemente quelli della complementarietà degli scopi perseguiti, visto che, analizzando la giurisprudenza precedente, nulla vietava che gli interessi giuridici tutelati fossero comunque complementari, ancorché diversi, ai fini dell'operatività del *bis in idem*.

La ricerca dell'uniformità dei criteri per l'operatività dei limiti al divieto di *bis in idem* nei diversi settori del diritto UE, promossa dalla Corte di giustizia nelle due sentenze *bpost* e *Nordzucker*, non ha comunque risolto con chiarezza la questione, forse più importante, della differenza tra l'interesse generale – previsto dall'art. 52, par. 1, della Carta – e l'interesse giuridico da tutelare – storico terzo criterio per l'operatività del *ne bis in idem* nel diritto della concorrenza – destinata a generare problemi che solo la giurisprudenza a venire potrà risolvere. Ciò che è certo, invece, in seguito a un'applicazione più generalizzata della giurisprudenza *Menci* anche al settore della concorrenza, è che il principio di proporzionalità sembra assumere un'importanza sempre maggiore, ritenendolo soddisfatto se i procedimenti duplicati perseguono obiettivi di interesse generale distinti, che si pongono in un rapporto di stretta complementarietà soprattutto ai fini sanzionatori. Così facendo, il divieto di cui all'art. 50 della Carta diviene sempre più una tutela a posteriori contro il carattere sproporzionato delle sanzioni, rispetto a una garanzia che rileva *ex ante*.

5. Considerazioni conclusive

Sono trascorsi ormai dieci anni dalla pronuncia *Toshiba* – come già ricordato prima vera causa di una certa rilevanza sul *ne bis in idem* dopo l'entrata in funzione della Rete europea delle autorità garanti della concorrenza (ECN) disciplinata dal regolamento 1/2003 – con cui il giudice UE aveva confermato i criteri enunciati nella sentenza *Walt Wilhelm*. Criteri, in effetti, ulteriormente confermati anche dalla giurisprudenza UE successiva, eccezion fatta per i numerosi inviti in senso contrario degli avvocati generali, in quelle che si potrebbero definire delle "opinioni dissenzienti", a voler utilizzare un'espressione non certo propria dell'ordinamento dell'Unione. Trascorsi questi dieci anni dalla pronuncia della Grande sezione della Corte nella causa *Toshiba*, è indubbio che il giudice dell'Unione, nella stessa composizione in Grande sezione, abbia concretamente provato ad abbandonare la storica dicotomia di criteri, nel determinare l'operatività o meno del principio del *ne bis in idem*, tra il diritto della concorrenza e gli altri ambiti di applicazione dello stesso principio nell'ordinamento UE. In effetti, nella forma, si tratta di un'operazione riuscita per il giudice dell'Unione, che, nelle due sentenze *bpost* e *Nordzucker*, è sembrato ricondurre a unità i suddetti criteri, applicando al controverso settore *antitrust* quelli di cui alla sentenza *Menci*, a

⁴⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek del 2 settembre 2021, causa C-117/20, *bpost SA*, ECLI:EU:C:2021:680, punto 128.

loro volta riconducibili a quei limiti generali, all'esercizio dei diritti e delle libertà di cui alla Carta, previsti dall'art. 52, par. 1, della Carta stessa, applicabili quindi anche al diritto di cui all'art. 50 ivi previsto. Nella sostanza, invece, sarà la giurisprudenza della Corte di giustizia a doverci fornire dei chiarimenti. Infatti, a fronte di una scarsa applicazione in concreto del criterio dell'interesse giuridico tutelato nella giurisprudenza precedente, la deroga al divieto di *bis in idem* nel settore del diritto della concorrenza appare oggi poter rilevare con una maggiore frequenza grazie al "nuovo" criterio dell'interesse generale, che sembrerebbe potersi applicare con più semplicità, in funzione della sua portata che appare più ampia e che potrebbe far rientrare al suo interno, ai fini della deroga al divieto, anche quelle situazioni in cui i procedimenti e le sanzioni coinvolte riguardassero territori differenti; tra i motivi più ricorrenti, questi ultimi, di non rilevanza del *ne bis in idem* anche nella giurisprudenza precedente in materia. Resta da capire, però, come il giudice dell'Unione intenderà interpretare quegli "scopi complementari" riguardanti aspetti differenti della medesima condotta che contribuiscono alla realizzazione di quell'interesse generale necessario affinché possa operare la deroga al divieto di *bis in idem*. L'Avvocato Generale Bobek, con il suo "camaleonte", ci ha fatto capire che la ricerca dell'uniformità probabilmente abbia importato più il profilo formale che quello sostanziale dell'applicazione del principio in parola nei diversi settori del diritto UE. Rimane da vedere come la Corte di giustizia intenderà declinare nella sostanza una tale uniformità di applicazione del *ne bis in idem* nell'ordinamento dell'Unione, al momento, forse, solo formale.

ABSTRACT: *The Ne Bis in Idem in EU Competition Law: Is There Any Sign of Uniform Application in the Union?*

The *Ne Bis In Idem* applies to EU competition law procedures, therefore to the application of Articles 101 and 102 TFEU, because of their similarities, and in particular of the decisions adopted by the European Commission in particular when it imposes pecuniary sanctions against the addressees, to the criminal law sphere. The application of the principle in the field of EU competition law, however, has not always been in line with its application in other areas of the EU legal system, thus contributing to a non-uniform application of the *ne bis in idem* in the Union. The present article offers an overview of the most important case law of the EU Court of Justice on the application of the principle at stake in the area of EU competition law, focussing on that third element for the identification of the *idem factum*, namely the 'legal interest protected', which differentiated its application in that area of EU law as compared to the others. The last part of the article, nevertheless, focuses on two recent judgments of the EU Court of Justice whereby the Union judge tries to depart from its previous case law, by no longer requiring the third element above, but by constructing the limitations to the application of the *ne bis in idem* on the relevance of the traditional limitations to the application of the rights provided in the EU Charter of Fundamental Rights, as provided in Article 52, paragraph 1, therein, and in particular on that necessity to meet objectives of 'general interest'.