



[IL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM IN AMBITO INTERNO ED INTERNAZIONALE]

No ©copyright - 2009 Avv. Nicola Canestrini - Studio legale Canestrini.

*Riproduzione libera se senza scopo di lucro, citando l'autore e la fonte www.canestrinilex.it,
senza modificare i testi stessi (cd. "fair use"). Non costituisce attività di consulenza legale.*

Come noto, il divieto di un secondo giudizio per lo stesso **medesimo** fatto¹ è un principio fondamentale riconosciuto tanto dal nostro ordinamento interno nell'art. 649 c.p.p.², quanto dall'*acquis* comunitario.

Infatti, dal dettato stesso dell'art. 54 della Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen (ratificato con l. 388/1993; in prosieguo, CAAS³) discende che **nessuno può essere sottoposto a procedimento penale in uno Stato membro per i medesimi fatti per i quali è stato già “giudicato con sentenza definitiva” in un altro Stato membro.**

L'estensione del principio è stata oggetto di interpretazioni contrastanti, sia in ambito nazionale che in quello europeo.

Come è noto, l'art. 696 c.p.p. sancisce il cd. principio di sussidiarietà, secondo il quale in materia di rapporti con autorità giurisdizionali straniere, le fonti consuetudinarie e pattizie prevalgono sulla normativa intera alla quale va riconosciuto unicamente valore integrativo e suppletivo; ed ancora, nella previsione contenuta nell'art. 739 c.p.p. secondo cui qualora una sentenza straniera sia stata riconosciuta in Italia ai fini della sua esecuzione, nel nostro stato non può essere iniziato nei confronti del soggetto già condannato all'estero un nuovo procedimento penale per lo stesso fatto “*neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o le circostanze*”, con la formulazione letterale che chiaramente evoca l'art. 649 c.p.p. Come è intuitivo, la preclusione che ne consegue è espressione del divieto del principio di divieto di bis in diem internazionale, che si pone come valore atto ad ispirare istituti completamente nuovi nella tradizione giuridica italiana poiché esclude che una persona condannata con una sentenza riconosciuta possa essere estradata all'estero o sottoposta a procedimento penale per lo

¹ Nel caso di cui ci si occupava, un cittadino austriaco era stato accusato di un reato commesso nei confronti di una cittadina tedesca su territorio italiano: si erano aperti due procedimenti per il medesimo fatto reato (essendoci identità di tutti gli elementi costitutivi del reato: condotta, evento, nesso causale), uno tedesco ed uno italiano. Se però l'indagato era stato destinatario di un provvedimento di archiviazione nel procedimento tedesco ex § 170/2 del codice penale tedesco, in Italia veniva raggiunto dall'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

² Una recentissima pronuncia della Corte di Cassazione ha dato seguito ad un orientamento minoritario (cfr. Cass. Pen, sez. V, 10 luglio 1995) espressosi nel senso di un'interpretazione estensiva del dettato di cui all'art. 649 c.p.p.. La Corte di Cassazione ha inteso applicabile la disposizione di cui all'art. 649 c.p.p. anche in caso di sentenza non ancora definitiva, andando oltre il tenore letterale della norma formulando in questo modo il principio di diritto: “*Le situazioni di litispendenza, non riconducibili nell'ambito dei conflitti di competenza di cui all'art. 28 c.p.p., devono essere risolte dichiarando nel secondo processo, pur in mancanza di una sentenza irrevocabile, l'improvvisabilità dell'azione penale in applicazione della preclusione fondata sul principio generale del ne bis in idem, semprechè i due processi abbiano ad oggetto il medesimo fatto attribuito alla stessa persona, siano stati instaurati ad iniziativa dello stesso ufficio del pubblico ministero o siano devoluti, anche se in fasi o in gradi diversi, alla cognizione di giudici della stessa sede giudiziaria*” (Cass. Sez. Unite, n. 34655, 29 settembre, 2005).

³ L'art. 54 dispone che «[u]na 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». Cf. peraltro l'art. 55 sulle eventuali riserve apposte.

stesso fatto anche se diversamente qualificato ponendosi “**a chiusura del sistema quale baluardo contro possibili abusi**”⁴.

In ambito nazionale, l'applicazione del divieto del bis in idem è stata a lungo rigorosamente subordinata all'esistenza di decisioni giurisdizionali connotate dal requisito dell'irrevocabilità. Anche recentemente è stato ribadito che l'esistenza di una *sentenza irrevocabile* costituisce condizione tassativa ed inderogabile per l'applicazione dell'art. 649 (Cass., Sez. III, 23 febbraio 2005, P.M. in proc. Massa, rv. 230872)⁵.

La compattezza di tale indirizzo ha subito una prima incrinatura, quando è stato ritenuto che, se è vero che il testo dell'art. 649 c.p.p. collega il divieto di un secondo giudizio alla pronuncia di una sentenza o di un decreto penale divenuti irrevocabili, ciò non significa, tuttavia, che fino a quando non sia stata pronunciata una sentenza irrevocabile possano legittimamente svolgersi nei confronti della stessa persona e per lo stesso fatto più procedimenti penali, giacché l'art. 649, al pari delle norme sui conflitti positivi di competenza e dell'art. 669, esprime “**un costante orientamento di sistema, dettato ad evitare duplicità di decisioni**” e un “**generale principio di *ne bis in idem* che tende innanzi tutto ad evitare che per lo stesso fatto reato si svolgano più procedimenti e si emettano più provvedimenti, l'uno indipendente dall'altro**” (Cass. Sez. V, 10 luglio 1995, Pandolfo, in Cass. pen., 1996, 2611, rv. 202653)⁶.

La decisione appena ricordata ha dato l'avvio ad un consistente filone interpretativo uniformemente rivolto ad attribuire all'art. 649 una dimensione applicativa più ampia di quella che traspare dalla enunciazione letterale, essendo la disposizione strettamente correlata al principio generale dell'ordinamento processuale che vieta la duplicazione del processo contro la stessa persona per il medesimo fatto (Cass., Sez. VI, 11 febbraio 1999, Siragusa, rv. 212864; Sez. VI, 25 febbraio 2002, P.G. in proc. Sulsenti; Sez. I, 30 aprile 2003, Morteo, rv. 225004; Sez. VI, 18 novembre 2004, Fontana, rv. 230760; Sez. III, 5 aprile 2005, P.G. in proc. Chiarolini)⁷.

La stessa giurisprudenza costituzionale ha indicato una possibilità di ritenere sussistente una “*accezione più piena del principio del ne bis in idem*”, rilevando come l'operatività del principio di cui all'art. 529 c.p.p. possa essere estesa fino a “*comprendere tutte le ipotesi in cui per quel medesimo fatto l'azione penale non avrebbe potuto essere coltivata in un separato procedimento perché già iniziata in un altro*”⁸.

⁴ Quanto precede e la citazione di GAITO sono tratti da S. Astarita, *Ne bis in idem tra rimedi sanzionatori interni e spirito europeo*, 147, in AA.VV. (curr. A. Gaito), *Procedura penale e garanzie europee* Utet, Milano 2008.

⁵ In simile contesto interpretativo è stata dichiarata manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 97 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale di detta disposizione, nella parte in cui prevede il divieto di un secondo giudizio solo in caso di sentenza passata in giudicato (Cass., Sez. III, 23 gennaio 1996, Castellano, rv. 207105).

⁶ Tale sentenza è stata seguita da Cass., VI, 18 novembre 2004, F., CED Cass. 230760, Cass., VI, 25 febbraio 2002, Sulsenti, in Cass. pen., 2003, 3861, Cass., VI, 11 febbraio 1999, Siragusa, ivi, 2000, 399, ma anche, per la giurisprudenza di merito, GIP Milano, 16 febbraio 1999, in Foro ambr., 1999, 3300: tutte queste pronunce hanno in particolare rilevato l'impossibilità, in pendenza di appello, di iniziare un nuovo procedimento penale contro la medesima persona ed il medesimo fatto, emettendo ordinanza coercitiva. Cfr. anche infra nel testo.

⁷ Cfr. nota 10.

⁸ Corte Costituzionale, sentenza 318/2001, che precisamente statuisce quanto segue: “*non compete a questa Corte indicare la norma processuale da applicare al caso di specie, nè stabilire se, nell'ipotesi di precedente*

Tale filone interpretativo è stato recepito con l'innovativa sentenza delle S.U. penali che si sono espresse favorevolmente circa **l'ammissibilità della pronuncia di non doversi procedere per impromovibilità dell'azione penale nelle ipotesi di litispendenza** (Cassazione Penale, Sez. U, 28 giugno – 28 settembre 2005, n. 34655, anche per i rilievi che precedono), ritenendo ammissibile la pronuncia di una sentenza di non doversi procedere per impromovibilità dell'azione penale non attraverso la diretta applicazione della disposizione di cui all'art. 649 c.p.p., ma appunto in virtù di un **principio più ampio** – di cui tale norma è espressione – il quale, anche in assenza di un provvedimento irrevocabile, **“rende la duplicazione dello stesso processo incompatibile con le strutture fondanti dell'ordinamento processuale e ne permette la rimozione con l'impiego dei rimedi enucleabili dal sistema”**.

Si noti che secondo un filone giurisprudenziale oramai consolidato, e ricordato nella citata sentenza a Sezioni Unite della Cassazione penale n. 34655/05, la preclusione del "ne bis in idem" giustifica la dichiarazione di impromovibilità dell'azione penale anche in presenza di **provvedimenti decisori diversi da quelli indicati nell'art. 649 c.p.p.**, come il decreto di archiviazione seguito da riapertura delle indagini da parte dello stesso pubblico ministero senza l'autorizzazione del giudice prescritta dall'art. 414 (Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 27, cit. in nota 12.; Cass., Sez. Un., 22 marzo 2000, Finocchiaro, rv. 216004) e la sentenza di non luogo a procedere in assenza del provvedimento di revoca ex art. 434 (Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 27, cit., e 17 giugno 1997, n. 206.; Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, Romeo, rv. 215411).

Insomma: **“(...) l'art. 649 costituisce un singolo, specifico, punto di emersione del principio del ne bis in idem, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema. A tale divieto va attribuito, pertanto, il ruolo di principio generale dell'ordinamento dal quale, a norma del secondo comma dell'art. 12 delle Preleggi, il giudice non può prescindere quale necessario referente dell'interpretazione logico-sistematica.”**⁹

sentenza di condanna per il medesimo fatto non ancora passata in giudicato, debba aversi riguardo a quanto disposto dall'art. 649 cod. proc. pen. o se, in ossequio ad una accezione più piena del principio ne bis in idem, tale che in esso sia compreso il divieto di sottoporre a procedimento penale una stessa persona più di una volta per il medesimo fatto, debba trovare applicazione l'art. 529 cod. proc. pen., la cui operatività non è limitata, secondo quanto questa Corte ha già chiarito nella sentenza n. 27 del 1995, ai casi di difetto delle condizioni di procedibilità espressamente enumerate nel Titolo III del Libro V del codice di procedura penale, ma può essere ragionevolmente estesa fino a comprendere tutte le ipotesi in cui per quel medesimo fatto l'azione penale non avrebbe potuto essere coltivata in un separato procedimento perchè già iniziata in un altro”.

⁹ Si riporta per intero il passo della sentenza SS.UU. 34655/05 citata: *“Mette conto, però, osservare che, al di fuori dell'area del diritto penale sostanziale per il quale vigono il principio costituzionale di stretta legalità e la riserva assoluta di legge (art. 25, comma 2, Cost.), la mancanza di una esplicita disposizione non può fare considerare esaurito il compito dell'interprete, il quale, prima di optare per una conclusione di “non liquet” o di negare l'esistenza di una norma, ha il dovere di sperimentare tutti gli altri strumenti ermeneutici dei quali dispone, verificando, in particolare, la praticabilità della via additata dall'art. 12, comma 2, delle Disposizioni sulla legge in generale, a norma del quale “se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”*. E sul metodo dell'indagine interpretativa in mancanza di un'esplicita disposizione di legge le

Migliore dottrina¹⁰ ha rilevato al proposito come esista nel nostro ordinamento processuale un **principio garantistico generale volto a tutelare l'individuo dai rischi connessi alla possibilità di una duplicazione a suo carico di processi penale per il medesimo fatto**, come riconosciuto anche dalla sentenza 34655/05 SS.UU. citata: tale principio troverebbe vari riconoscimenti positivi, diversificati a seconda della “*intensità dell'effetto preclusivo*”, adducendo diversi esempi di manifestazione del principio suddetto al di fuori dalla nozione di giudicato, quali

- ✓ la sentenza di non doversi procedere in assenza di condizione di procedibilità fino alla sopravvenienza della medesima (a prescindere dalla impugnabilità di detta sentenza!)
- ✓ la sentenza di non luogo a procedere non revocata,
- ✓ il decreto o ordinanza di archiviazione in difetto autorizzazione alla riapertura delle indagini,
- ✓ il cd. *ne bis in idem* cautelare a seguito di ordinanze cautelari terminative dei giudizi impugnatori,
- ✓ ordinanze della magistratura di sorveglianza / giudice dell'esecuzione
- ✓ ...

Se dunque è innegabile come il disposto di cui all'art. 649 c.p.p. codifichi una particolare forma del principio, il cd. \ *ne bis in idem* da giudicato, che esprime il massimo effetto preclusivo, “*ciò non esclude che possa esistere un ne bis in idem derivante da procedimenti diversi dalle sentenze “irrevocabili”*”¹¹.

Sezioni Unite di questa Corte hanno precisato che il silenzio del legislatore, di per sé solo, non ha valore concludente, nel senso che non equivale a certa regola di esclusione, per la semplice, ma evidente, ragione che nella ricostruzione della reale portata di una legge il fatto pretermesso non è affermato nè escluso e che, stante il valore non univoco di quel silenzio, compito indeclinabile dell'interprete è quello di attribuire, caso per caso, alla omessa menzione del fatto il significato più coerente con la ratio legis, con il contesto normativo delineato dal sistema e con gli interessi tutelati ed i fini effettivamente perseguiti (Cass., Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina ed altro, rv. 210199).

*Così individuate le coordinate dell'operazione ermeneutica, deve porsi in risalto che dalla giurisprudenza che ha dato vita all'indirizzo favorevole ad una lettura estensiva dell'art. 649 c.p.p. traspare inequivocamente che la declaratoria di impromovibilità dell'azione penale, pur in assenza di una decisione irrevocabile, è stata giustificata non attraverso l'applicazione diretta della predetta disposizione, la cui configurazione normativa risulta tracciata in confini ben precisi e delimitati, ma facendo leva, invece, su un principio che la trascende ed è collocato a monte della stessa, corrispondendo l'art. 649 ad una delle plurime specificazioni di una direttiva generale alla quale è conformato tutto il sistema processuale. Si è voluto, cioè, significare che l'art. 649 costituisce un singolo, specifico, punto di emersione del principio del *ne bis in idem*, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema. A tale divieto va attribuito, pertanto, il ruolo di principio generale dell'ordinamento dal quale, a norma del secondo comma dell'art. 12 delle Preleggi, il giudice non può prescindere quale necessario referente dell'interpretazione logico-sistematica.*

¹⁰ Paolo Troisi, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in *Diritto penale e processo*, 6/2006, .p. 719 ss. Cfr. altresì Novella Galantini, *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3474 ss., che sottolinea la ragioni per le quali il principio del *ne bis in idem* debba costituire principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto.

¹¹ Troisi, cit., 726.

Anche in ambito europeo la medesima linea interpretativa non apre affatto sconosciuta, seppur con una accezione diversa: la Corte di giustizia CE, in data 11 febbraio 2003, con sentenza n. 187 ha stabilito come *“il principio del “ne bis in idem”, sancito dall’art. 54 della convenzione di applicazione dell’accordo di Schengen 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, firmata a Schengen il 19 giugno 1990, si applica anche nell’ambito di procedure di estinzione dell’azione penale, in forza delle quali il p.m. 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 p.m.”* (Gozutok e altro, in Foro it. 2003, IV, 426).

Ancora: *“L’art. 54 della convenzione applicativa dell’Accordo di Schengen ha lo scopo di evitare che una persona, per il fatto di esercitare il suo diritto alla libera circolazione, sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati membri. L’art. 54 si applica anche nell’ambito di procedure di estinzione dell’azione penale (come a seguito di patteggiamento o comunque di accordo con la pubblica accusa) in forza delle quali il p.m. 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, in particolare ha versato una somma di denaro stabilita dal p.m.”* (Corte giustizia CE, 11 febbraio 2003, n. 187; Huseiyn e altro, in Cass. pen. 2003, 1688 nota di Selvaggi, e in Riv. dir. internaz. priv. e proc. 2003, 553)¹².

¹² In tema si segnalano le seguenti sentenze: sentenza 11 febbraio 2003, C-187/01 e C 385/01, **Gözütok e Bruegge**, che afferma che *«il principio del ne bis in idem, sancito dall’art. 54 della Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen 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, firmata a Schengen il 19 giugno 1990, si applica anche nell’ambito di procedure di estinzione dell’azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali, in forza delle quali il pubblico ministero di uno Stato membro chiude, senza l’intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato dopo che l’imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro, stabilita dal pubblico ministero»*.

In altre parole, il carattere della definitività dell’azione penale è stato riconosciuto ad una decisione di carattere extra giudiziario pronunciata da soggetto diverso rispetto all’autorità giudiziaria, in quanto comportava una implicita decisione di colpevolezza nel merito. Come è stato acutamente osservato dai commentatori della sentenza: *«in pressoché ciascuno degli ordinamenti penali degli Stati membri (l’unica eccezione è costituita dalla Grecia), si indica con il termine di transazione un procedimento in cui, previa autorizzazione di legge, il pubblico ministero può rinunciare - e in alcuni sistemi, senza che intervenga una pronuncia giudiziaria - a proseguire nell’esercizio dell’azione penale a carico di un individuo, dopo il versamento al pubblico erario di una somma di denaro o il soddisfacimento di altre condizioni; con la premessa, ben inteso, che nel caso in cui l’imputato non accetta la proposta rivoltagli, l’iter giudiziario e sanzionatorio seguirà il suo corso ordinario. Si tratta di un procedimento che, nonostante la natura bilaterale, si caratterizza per il fatto che lo Stato vi assume una posizione di preminenza. Tuttavia, questo modo di amministrare la giustizia penale non si applica a tutte le categorie di reati, ma solo nei confronti di quelli per i quali la condanna sociale è meno severa e la cui repressione non richiede l’attivazione dell’apparato punitivo dello Stato in tutta la sua intensità né, di conseguenza, la piena applicazione delle garanzie offerte dal processo penale mediante l’intervento di un giudice. Questa caratteristica fa sì che l’imputato, senza essere necessariamente sottoposto ad un procedimento giudiziario, riconosca la propria colpa, in modo esplicito o implicito...Il fatto che nella transazione sia assente la figura del giudice che esercita il potere giurisdizionale non comporta una “degiurisdizionalizzazione” tale da far sì che la relativa decisione non risponda ai criteri di cui all’art. 54 della CAAS... La Corte ha pertanto affermato che l’art. 54 della CAAS si applica alla transazione penale se e in quanto quest’ultima costituisce una procedura attraverso cui lo Stato esercita lo ius puniendi; comporta la formulazione di un giudizio definitivo implicito in merito alla condotta dell’imputato »* .

Per converso, la decisione della CGCE 11 marzo 2005 nel procedimento C-469/03, **Filomeno Mario Miraglia**, ha asserito che «*il principio ne bis in idem, sancito dall'art. 54 della 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, firmata a Schengen il 19 giugno 1990, non si applica ad 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*».

Ed ancora, CGCE 28 settembre 2006 Causa C-467/04, Francesco Gasparini, secondo cui «*il principio ne bis in idem, sancito all'art. 54 della 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, firmata il 19 giugno 1990 a Schengen, si applica ad una decisione di un giudice di uno Stato contraente, pronunciata in seguito all'esercizio di un'azione penale, con cui un imputato viene definitivamente assolto in ragione della prescrizione del reato che ha dato luogo al procedimento penale*».

Si ricordi poi, la sentenza CGCE 28 settembre 2006 C-150/05, **Jean Leon Van Straaten**, secondo cui: «*il principio del ne bis in idem, sancito all'art. 54 della detta convenzione, trova applicazione ad una decisione dell'autorità giudiziaria di uno Stato contraente con cui un imputato è definitivamente assolto per insufficienza di prove*». E ciò 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*».

Ai fini della presente memoria risulta essere di rilievo la sentenza della CGCE 11 dicembre 2008 Causa C-297/07 **Klaus Bourquain**. In tale arresto si è giunti ad affermare che il principio "ne bis in idem", sancito dall'art. 54 della Convenzione d'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, firmata a Schengen (Lussemburgo) il 19 giugno 1990, si applica ad 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 (processo contumaciale francese per cui, se la persona condannata in contumacia compariva prima che la pena sia estinta per prescrizione, detta pena non viene eseguita ma viene avviato un nuovo procedimento in presenza dell'imputato; peraltro nel caso di specie era intervenuta anche una legge di amnistia ed era intervenuta prescrizione del reato; il secondo procedimento era stato aperto in Germania). Il carattere definitivo è affermato dalla CGCE anche in tale ove si trattava di una sentenza pronunciata in contumacia, che conferiva la possibilità di apertura del procedimento nei confronti del condannato successivamente comparso. Tuttavia, tale possibilità di apertura non è considerata dirimente dalla Corte europea, in aderenza al non celato obiettivo di garantire la libera circolazione nel territorio europeo, diritto che verrebbe svilito o lesa ove la definitività di una decisione penale venisse fatta dipendere dalle particolarità dei vari ordinamenti giuridici. Infine, la sentenza CGCE 22 dicembre 2008 Causa C-491/07 **Vladimir Turansky**. In tale occasione si è affermato che «*il principio ne bis in idem, sancito dall'art. 54 della 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, firmata a Schengen (Lussemburgo) il 19 giugno 1990, non si applica ad una decisione mediante la quale un'autorità di uno Stato contraente, al termine di un esame nel merito della causa sottoposta, dispone, in una fase precedente all'incriminazione di una persona sospettata di aver commesso un reato, la sospensione del procedimento penale, qualora detta decisione di sospensione, secondo il diritto nazionale di tale Stato, non estingua definitivamente l'azione penale e non costituisca quindi un ostacolo a nuovi procedimenti penali, per gli stessi fatti, in detto Stato*».

In questo arresto si sottolinea che il mero vaglio nel merito della controversia non integra per ciò solo il carattere di definitività del provvedimento, visto che è necessario che la questione sia munita di una certa stabilità, idonea a costituire ostacolo a nuovi procedimenti penali per gli stessi fatti nello Stato. Stabilità che non sussiste ove la decisione sia presa, come nel caso Turansky, in una fase precedente all'incriminazione di una persona sospettata di aver commesso un reato (nella fattispecie concreta l'ufficiale di p.g. slovacco aveva avviato un procedimento penale per fatti denunciati senza però al contempo incriminare una determinata

I principi adottati in ambito nazionale sulla estensione del principio del *ne bis in idem* anche alla litispendenza, unitamente a quelli recepiti in sede europea sulla non necessarietà di una “sentenza definitiva”, meriterebbero una rinnovata riflessione sulla portata pratica del principio¹³.

Nell’ambito del comune spazio di libertà sicurezza e giustizia appare infatti inevitabile l’occorrenza di interpretare estensivamente quanto statuito dalla CAAS ampliando l’ambito di operatività del principio del *ne bis in idem* diretto ad evitare, da un lato, che venga processata in uno Stato dell’Unione una persona già giudicata per il medesimo fatto in altro Stato membro, dall’altro lato, il fenomeno della litispendenza, ossia il conflitto tra giurisdizioni procedenti contro la stessa persona per il medesimo fatto prima che si formi il giudicato¹⁴.

La necessità di dilatare i confini del divieto del *bis in idem* trova infatti fondamento nel principio di reciproca fiducia tra gli stati membri dell’Unione e in quello di mutuo riconoscimento delle decisioni giurisdizionali, già affermato in numerosi e recenti atti dell’Unione (circolazione della prova; sanzioni non detentive; assistenza giudiziaria in materia penale ecc.). La *ratio* di una valutazione ermeneutica che, per certi versi, può essere ritenuta audace, in considerazione del fatto che interpreta estensivamente il dato letterale della norma, trova la propria fonte giustificativa nell’esigenza di **evitare duplicità di decisioni e pronunce tra loro contrastanti**^{15 16}.

Orbene, occorre rilevare che, una procedura mediante la quale il pubblico ministero, legittimato ad amministrare la giustizia dall’ordinamento giuridico nazionale competente,

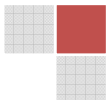
persona, ed il signor Turansky veniva sentito solo come testimone, la Procura generale della Repubblica Slovacca, disponeva la sospensione del procedimento poiché l’atto non costituiva reato).

¹³ E' il caso di richiamare quanto già deciso dalla Corte di Cassazione con le sentenze n. 10426 del 2.2.2005 secondo la quale: "*Il principio del ne bis in idem internazionale, sancito dalla L. 30 settembre 1993, n. 388, art. 54 di ratifica di adesione dell'Italia all'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, opera, nel diritto interno, solo in presenza di una sentenza o di un decreto penale divenuti irrevocabili. Ne consegue che non può essere considerato preclusivo del giudizio in Italia per i medesimi fatti il decreto di archiviazione emesso dall'autorità giudiziaria tedesca che, in base ad entrambi gli ordinamenti, non è in alcun modo equiparabile alla sentenza - intesa come provvedimento che definisce il giudizio con efficacia di giudicato di condanna o di assoluzione - costituente l'unico fatto impeditivo di un secondo giudizio in un altro Stato in ordine agli stessi fatti*" (cfr. anche Cassazione penale, sez. V, 11 novembre 2008, n. 7687. Vedi anche: Cass. pen. n. 7385 del 2007, Cass. pen., sez. VI, 22 settembre 2004 n. 44830, Cass. pen., sez. I, 3 giugno 2004 n. 28299, Cass. pen. n. 5617 del 1994, Cass. pen. n. 1373 del 1993; in senso conforme: Cass. pen., sez. V, 2 febbraio 2005 n. 10426, Cass. pen., sez. VI, 14 febbraio 1997 n. 626, Cass. pen. n. 567 del 1994).

¹⁴ Per una chiave di lettura innovativa del principio in esame: cfr. Corte di Giustizia 11 febbraio 2003 già citata.

¹⁵ In ordine alla costante enunciazione di questo principio Cfr. Corte Cost., n. 27 del 1995, Corte Cost., 39 2002, Cass., sez. VI, 11 febbraio 1999.

¹⁶ Cfr. sempre in tema di accordi internazionali che codificano il *Ne bis in idem*: VI Convenzione tra gli Stati partecipanti al trattato NATO firmato a Londra il 19 giugno 1954; artt. 53,54, 55 Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi dell’Aja dd. 28 maggio 1970; il VII Protocollo applicativo della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali concluso a Strasburgo il 22 novembre 1984; Risoluzione del Consiglio d’Europa sull’applicazione del *ne bis in idem* in materia penale del 16 marzo 1984; Convenzione europea sul *ne bis in idem* firmata a Bruxelles il 25 maggio 1987; art. 50 della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000,; art. 3/1 n. 2 e art. 4/1 n. 3 seconda parte; Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002 sul mandato d’arresto europeo.



decida di chiudere i procedimenti penali a carico dell'imputato **per infondatezza della notizia di reato**, debba essere considerata "definitiva", per esigenze logico sistematiche (non soltanto di economia processuale) che coinvolgono il sistema di amministrazione della giustizia penale a livello Europeo.

Pertanto, appare evidente che, una dimensione applicativa più ampia di quella che traspare dalla enunciazione letterale dell'art. 54 della CAAS risulti più in sintonia con l'instaurando sistema di **collaborazione e assistenza giudiziaria** tra stati dell'Unione, volto a fare in modo che, in un'ottica di necessaria realizzazione di un sistema di giustizia transfrontaliero, non si verificchino reiterazioni di procedimenti e/o decisioni sull'identica reigiudicanda.

Il principio del *ne bis in idem* che, come più volte sottolineato, ha lo scopo di evitare che una persona, per il fatto di **esercitare il suo diritto alla libera circolazione**, sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti nel territorio di più Stati membri, si deve, applicare anche alle pronunce di archiviazione, in funzione della sua stessa *ratio*. Infatti, gli effetti di siffatta procedura, **in assenza di un'espressa indicazione contraria nell'art. 54**, dovrebbero essere considerati sufficienti a consentire l'applicazione del principio del *ne bis in idem* previsto da questa disposizione, anche se la procedura stessa non comporta l'intervento di alcun giudice e la decisione adottata in esito alla medesima non ha la forma di una sentenza.

Peraltro, 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 Convenzione di applicazione di quest'ultimo, subordina l'applicazione dell'art. 54 all'armonizzazione o, quanto meno, al ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri nel settore delle procedure di esercizio/estinzione dell'azione penale.

Infine, il principio del *ne bis in idem* implica necessariamente che esista **una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetti l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri**, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse. Se fosse altrimenti, non si ravviserebbe alcuna ragione giustificativa dell'istituzione di un sistema di amministrazione della giustizia penale a livello Europeo.

