

# **Verso un nuovo “volto” del ne bis in idem internazionale nell’Unione Europea?**

**Vozza, D.**

**Published PDF deposited in Coventry University’s Repository**

**Original citation:**

Vozza, D 2012, 'Verso un nuovo “volto” del ne bis in idem internazionale nell’Unione Europea?' *Diritto Penale Contemporaneo - Rivista Trimestrale*, vol. 2012, no. 2, pp. 143-153.

ISSN 2240-7618

Publisher: Associazione “Progetto giustizia penale

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. Creative Commons licence CC-BY-NC**

**Copyright © and Moral Rights are retained by the author(s) and/ or other copyright owners. A copy can be downloaded for personal non-commercial research or study, without prior permission or charge. This item cannot be reproduced or quoted extensively from without first obtaining permission in writing from the copyright holder(s). The content must not be changed in any way or sold commercially in any format or medium without the formal permission of the copyright holders.**

# Verso un nuovo “volto” del *ne bis in idem* internazionale nell’Unione europea?

Nota a Tribunale di Milano, Uff. Ind. Prel., ud. 6 luglio 2011

## MASSIME

L’art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali – a norma del 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 a legge – è disposizione direttamente applicabile nell’ordinamento interno in seguito all’incorporazione della Carta nel Trattato di Lisbona (art. 6 TUE).

L’articolo 7 della l. 30 settembre 1993, n. 388 di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Applicazione dell’Accordo di Schengen – con il quale l’Italia si è avvalsa della facoltà di dichiarare di non essere vincolata all’applicazione del principio del *ne bis in idem*, sancito dall’art. 54 della Convenzione medesima, nei casi indicati dal successivo art. 55 – è inapplicabile a far data dall’avvenuta incorporazione della Convenzione nell’Unione Europea ad opera del Trattato di Amsterdam. Ciò in quanto l’incorporazione della Convenzione di Applicazione dell’Accordo di Schengen nel Trattato di Amsterdam non ricomprende le eventuali dichiarazioni che gli Stati contraenti abbiano presentato in applicazione della Convenzione stessa, le quali, pertanto (in assenza di espressa rinnovazione) devono ritenersi non più operanti.

## SOMMARIO

1. *NE BIS IN IDEM* INTERNAZIONALE E UNIONE EUROPEA: UNA VICENDA PARADIGMATICA. – 2. I DIVERSI “VOLTI” DEL *NE BIS IN IDEM* E IL RISCHIO DI SOVRAPPOSIZIONE. – 3. L’ART. 50 CDFUE RICONOSCE UN *NE BIS IN IDEM* INTERNAZIONALE INDEROGABILE ED È DIRETTAMENTE APPLICABILE. – 4. (SEGUE) L’AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA CARTA: UNA QUESTIONE IRRISOLTA. – 5. L’ART. 7 L. N. 388 DEL 1993 NON È APPLICABILE A FAR DATA DALL’ENTRATA IN VIGORE DEL TRATTATO DI AMSTERDAM. – 6. NUOVI SCENARI APPLICATIVI.

## 1 NE BIS IN IDEM INTERNAZIONALE E UNIONE EUROPEA: UNA VICENDA PARADIGMATICA

La sentenza del Tribunale di Milano, Uff. Ind. Prel. (Giud. Curami), 6 luglio 2011, pubblicata, con relative massime, su questa *Rivista* il 17 gennaio 2012<sup>1</sup>, è degna di nota giacché, nel panorama giurisprudenziale italiano, costituisce una delle prime decisioni ad occuparsi, «dopo l’irruzione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea» (d’ora in avanti, CDFUE) «nell’attuale assetto delle fonti in materia penale»<sup>2</sup>, di taluni profili applicativi del *ne bis in idem* internazionale in seno all’Unione.

Com’è noto, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, dunque, della Carta, il

1. Tribunale di Milano, Uff. Indagini Preliminari, 6 luglio 2011, (sent.) Giud. Curami, *Il ne bis in idem tra accordi di Schengen e art. 50 della Carta dei diritti fondamentali: una importante sentenza del Tribunale di Milano sulla diretta applicabilità della CDFUE*, in questa *Rivista*.

2. L’espressione è di S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 147.

divieto di *bis in idem* internazionale ha un nuovo e ulteriore referente normativo costituito dall'art. 50 CDFUE in base al 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». Tale ultima previsione, tuttavia, divergendo sotto il profilo testuale dagli artt. 54 ss. CAAS<sup>3</sup>, ha dato vita a molteplici profili problematici<sup>4</sup>, tra cui merita senza dubbio di essere segnalata la questione relativa all'operatività delle deroghe al divieto fondate sui principi di territorialità e protezione: infatti, mentre gli artt. 54-55 CAAS legittimano in siffatte ipotesi, seppur in via derogatoria, il rinnovamento del giudizio per fatti già giudicati dalle autorità di altro Stato membro, l'art. 50 CDFUE sembra escludere qualsiasi deroga.

Intervenendo sulla *vexata quaestio*, il giudice di Milano ha dato un 'nuovo' volto al principio, giacché ha ritenuto che, per effetto dell'anzidetto *novum* giuridico, il principio del *ne bis in idem* internazionale nell'U.E. non sia più derogabile. Inoltre, nella specifica prospettiva dell'ordinamento giuridico italiano, è stato evidenziato che l'articolo 7 della l. 30 settembre 1993, n. 388, di ratifica ed esecuzione della CAAS, con il quale lo Stato italiano si è avvalso della facoltà di dichiarare di non essere vincolato all'applicazione del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 54 nelle ipotesi di cui all'art. 55, non sarebbe più applicabile a far data dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam.

Sullo sfondo di tale decisione aleggiavano peraltro importanti tematiche, quali la tutela multilivello dei diritti fondamentali, il rapporto tra le fonti eurounitarie e le fonti interne, la diretta applicabilità della CDFUE negli ordinamenti giuridici interni, le relazioni tra spazio giudiziario europeo e diritti fondamentali in seno all'Unione, nonché l'armonizzazione delle legislazioni penali e processuali nell'U.E.

Date queste premesse, è necessario porre immediatamente attenzione ai principali passaggi argomentativi della decisione, a cominciare dai profili di fatto.

Nel 1989, nel milanese, tre cittadini tedeschi, W. P., W. K. e W. G., e uno canadese, R. C., in concorso tra loro, commettevano, fra l'altro, un omicidio, ben noto alle cronache italiane.

Circa tre anni dopo, le autorità tedesche, sulla base delle dichiarazioni rese da W. P., procedevano nei confronti dello stesso e di W. G. – mentre W. K. si suicidava – per il reato di omicidio, pervenendo alla condanna di entrambi alla pena di cinque anni e sei mesi di reclusione, che scontavano regolarmente in Germania. Nessun procedimento veniva instaurato, invece, nei confronti di R. C. per mancanza di giurisdizione giacché, da un lato, questi era un cittadino canadese e, dall'altro lato, l'omicidio era avvenuto in Italia e neppure in parte in Germania.

In Italia, nel luglio 1994, il p.m. di Milano depositava, presso l'ufficio competente, la richiesta di rinvio a giudizio nei confronti di tutti gli autori per i reati di incendio

---

3. Al riguardo si v., tra tutti, N. GALANTINI, *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011; B. V. BOCKEL, *The Ne Bis in Idem Principle in EU law*, Amsterdam, 2010, pp. 57 ss. e 217 ss.; G. DE AMICIS, *Il principio del "ne bis in idem" europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 3162 ss.; D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, pp. 1413 ss.; 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. e proc. pen.*, 2008, pp. 1120 ss.; N. PLASTINA, *Il ne bis in idem ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen: la Cassazione si pronuncia ancora sui limiti al nuovo giudizio*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 1063 ss.; L. CORDÌ, *Il principio del ne bis in idem nella dimensione internazionale: profili generali e prospettive di valorizzazione nello spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia*, in *Ind. pen.*, 2007, pp. 761 ss.; R. LÖÖF, *54 CISA and the Principles of ne bis in idem*, in *EJC*, 2007, pp. 309 ss.; A. MANGIARACINA, *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello "spazio giudiziario europeo"*, in *Leg. pen.*, 2006, pp. 631 ss.; C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali dell'Unione europea*, Milano, 2006, pp. 73 ss.

4. Sulle relazioni tra gli artt. 54-55 CAAS e l'art. 50 CDFU, tra tutti, si v. S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, op. cit., pp. 175-178; C. BURCHARD-D. BRODOWSKI, *The Post-Lisbon Principle of Transnational Ne Bis in Idem: on the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement. Case note on Discript Court Aachen, Germany, (52 Ks 9/08 - "Boere")*, Decision of 8 December 2010, in *NJCEL*, 2010, 1, 3, pp. 310-327; G. DE AMICIS, *Il principio del ne bis in idem europeo nel contesto della cooperazione giudiziaria: primi orientamenti della corte di giustizia*, in *Giur. merito* 2009, 12, pp. 3179 ss.; ID., *Il principio del ne bis in idem europeo nell'interpretazione della corte di giustizia (Nota a Corte giust. Comunità europee, 22 dicembre 2008, n. 491/07, Turansky)*, loc. ult. cit.; C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali dell'Unione Europea*, cit., pp. 72 ss., 338 ss. e 398 ss.; ID., *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2002, pp. 958 ss.

aggravato, omicidio premeditato e sequestro di persona in danno di E. B. Nel corso delle indagini preliminari il giudice, su richiesta dell'accusa, emetteva delle ordinanze di custodia cautelare in carcere nei confronti di W. G. e W. P. Le ricerche, nel frattempo, continuavano nei confronti di R. C. Nel corso dell'udienza preliminare, nel 1995, le posizioni di W. G. e P. venivano stralciate giacché gli imputati risultavano detenuti in Germania in esecuzione di pena detentiva per lo stesso fatto di omicidio oggetto di procedimento penale in Italia. W. G. e P., dopo aver scontato la pena, venivano rilasciati rispettivamente nel 1996 e nel 1998.

Nel frattempo il p.m. italiano procedente acquisiva informazioni in ordine alle condanne inflitte agli imputati e alla loro effettiva esecuzione in Germania. Il giudice milanese revocava, per assenza di esigenze cautelari (e non sulla base del principio del *ne bis in idem*), le misure cautelari.

In seguito, W. G. e P. venivano citati per l'udienza preliminare da celebrarsi in Italia. I difensori di fiducia di entrambi gli imputati concludevano chiedendo che venisse emessa sentenza di non luogo a procedere per improcedibilità dell'azione sussistendo il *ne bis in idem* in relazione al reato di omicidio aggravato ed essendo maturata la prescrizione o dovendosi applicare il *ne bis in idem* in relazione agli altri reati contestati. Alla successiva udienza il p.m., aderendo all'eccezione preliminare avanzata dai difensori, chiedeva emettersi sentenza di non luogo a procedere in relazione al reato di omicidio aggravato per operatività del principio del *ne bis in idem*, con disapplicazione della norma interna di cui all'art. 7 l. n. 388 del 1993. Chiedeva, inoltre, che venisse emessa la sentenza di non luogo a procedere in relazione ai reati di incendio e sequestro di persona perché estinti per intervenuta prescrizione.

Il giudice, accogliendo le eccezioni di parte, pronunciava sentenza di non luogo a procedere nei confronti dei due imputati per tutti e tre i reati ascritti: per il reato di omicidio aggravato applicava il *ne bis in idem* internazionale; ritenendo gli altri illeciti, invece, prescritti.

Delineata la vicenda, si analizzeranno i principali passaggi argomentativi della motivazione e si affronteranno, in una prospettiva critica, almeno tre questioni, tra le molteplici che vengono in rilievo nella sentenza in commento: a) *in primis*, si metteranno a fuoco i rischi connessi a eventuali sovrapposizioni dei diversi 'volti' del *ne bis in idem*; b) in secondo luogo, si porrà attenzione, seppur per sommi capi, a una questione irrisolta nella sentenza, che attiene all'ambito di applicazione dell'art. 50 della Carta; c) e infine, si esaminerà, alla luce della dottrina, la tesi accolta dal giudice di merito nella decisione *de qua* in base alla quale l'art. 7 l. n. 388 del 1993 non si applica a far data dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam.

Nel decidere se rinnovare o meno il giudizio per il reato di omicidio aggravato già giudicato dalle autorità tedesche, il giudice ha ricostruito innanzitutto il quadro normativo in materia richiamando: a) l'art. 11 c.p. che, pur sancendo il rinnovamento del giudizio per fatti già giudicati all'estero, è attutito nella portata operativa, da un lato, «dall'art. 138 c.p. che prevede lo scomputo della pena sofferta all'estero» e, dall'altro lato, da altre statuizioni contenute in accordi internazionali; b) l'art. 649 c.p.p., che vieta un secondo processo per lo stesso fatto all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, alla luce della giurisprudenza di legittimità italiana; c) le norme che sgorgano da fonti pattizie internazionali che regolano il principio, quali le Carte internazionali per la protezione dei diritti dell'uomo (tra cui, gli artt. 4 Protocollo n. 7 allegato alla CEDU e 50 CDFUE), la normativa dell'Unione Europea (tra cui, gli artt. 54 ss. CAAS e 50 CDFUE), talune Convenzioni adottate in seno al Consiglio d'Europa e gli Statuti dei Tribunali Internazionali *ad hoc* e della Corte Penale Internazionale. A tal ultimo proposito il giudice ha rilevato che dall'analisi degli strumenti pattizi menzionati emerge «una tendenza alla costante limitazione dell'applicazione integrale del principio del *ne bis in idem*, che infatti subisce deroghe».

Pur dovendosi apprezzare l'articolata ricostruzione normativa, deve tuttavia evidenziarsi che nella sentenza in commento viene esclusivamente in rilievo la questione dell'operatività del divieto di *bis in idem* internazionale in seno all'Unione Europea in virtù del quale una persona già giudicata in uno Stato membro non può essere nuovamente processata per l'*idem factum* in altro Stato membro. Il giudicante, nel ricostruire, in generale, il quadro normativo di riferimento, correttamente parte dall'analisi dell'art. 11, comma 1, c.p. italiano, in base alla quale nel caso di reato commesso, interamente o in parte, nel territorio dello Stato *ex art. 6 c.p.*, «il cittadino o lo straniero è giudicato nello Stato anche se sia stato giudicato all'estero». Infatti, nel caso *de quo* il reato di omicidio aggravato è stato commesso da parte di cittadini tedeschi sul territorio italiano che, come anzidetto, sono stato già condannati dalle autorità tedesche ed hanno scontato la relativa pena in Germania. Il Codice Penale del 1930 sancisce pertanto un *bis in idem* internazionale (processuale) incondizionato fondato sul principio di territorialità. Il discorso sull'applicabilità dell'art. 11 c.p., ancorché muti – come a breve vedremo – nel contesto 'eurounitario', non sembra essere molto diverso, rispetto al passato, al di là qualche eccezione, oltre i confini dell'Europa, considerando pure che la Corte Costituzionale italiana non ha mosso ulteriori significativi passi dalla fine degli anni '60, allorché ritenne di non qualificare il divieto di *bis in idem* internazionale come principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto.

Se corretto è il punto di partenza, non condivisibile è, tuttavia, il successivo passo della motivazione in cui il giudicante rileva – in linea con quanto sostenuto peraltro da parte della dottrina – che un'«attenuazione» di quanto sancito dall'art. 11 c.p. è stabilita dall'art. 138 c.p. Tale ultima disposizione nel prevedere che, nel caso di rinnovamento del giudizio reso all'estero, deve essere scomputata la pena o la custodia cautelare già scontata al di là della frontiera statale, costituisce «in realtà un'applicazione del divieto di *bis in idem* "esecutivo" internazionale»<sup>5</sup>. Infatti, l'art. 138 c.p. operando nella fase esecutiva, non impedisce un secondo processo per lo stesso fatto, ma l'applicazione di molteplici sanzioni penali. Per comprendere bene la distinzione "pratica" appena fatta si può prendere in esame il caso in commento: qui, in teoria, ove fossero stati applicati dal giudice, in assenza di altri referenti normativi, soltanto gli artt. 11 e 138 c.p., gli imputati dovevano essere nuovamente giudicati dalle autorità giudiziarie italiane per il reato di omicidio aggravato, ma, nel caso in cui, all'esito del giudizio, il giudicante li avesse ritenuti colpevoli, avrebbe dovuto, in sentenza, scomputare dalla pena applicata quella già scontata dagli stessi in Germania. Evitando ulteriori approfondimenti teorici, è immediatamente percepibile che i due divieti menzionati operano su piani distinti dello stesso edificio.

Inoltre, per quanto condivisibilmente il giudice prenda in considerazione, al fine di rendere il quadro introduttivo completo, le disposizioni di fonte statale (art. 649 c.p.p.) e pattizia internazionale (art. 4, Protocollo n. 7 allegato alla CEDU) che sanciscono il divieto di un secondo giudizio all'interno dello stesso ordinamento giuridico, non vi è dubbio – come peraltro si evince dalla sentenza – che siffatte norme, così come peraltro l'art. 14 § 7 del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici, non hanno alcuna rilevanza diretta sul caso di specie, dovendosi, viceversa, ritenere rilevanti, tra tutte, gli artt. 54 ss. CAAS e l'art. 50 CDFUE.

A tal ultimo proposito, pur non mettendosi in dubbio che le interpretazioni accolte dalla giurisprudenza comunitaria e interna in ordine ai summenzionati artt. 54-55 CAAS (*ne bis in idem* internazionale nell'U.E.), da un lato, e dalla giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo rispettivamente sull'art. 649 c.p.p. italiano e sull'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU (*ne bis in idem* interno), dall'altro lato, sembrano convergere

---

5. Così N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem internazionale nel processo penale*, op. cit., p. 135. Per maggiori approfondimenti sulla distinzione tra *ne bis in idem* internazionale processuale ed esecutivo si v., tra tutti, M. PAGLIA, *Ne bis in idem internazionale e riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg., 2005, III, § 4; C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, cit., pp. 937 ss.

su più fronti e, in particolare, sulla definizione dell'*idem factum*, il divieto di *bis in idem* internazionale in seno all'Unione europea non può non essere distinto, anche al di là della diversa evoluzione storica, che non dovrebbe essere sottovalutata negli studi sul tema<sup>6</sup>, da quello interno: diverso, infatti, è il *locus* operativo in cui i due principi vengono ad operare (Unione Europea e Stato), differenti, al di là del nocciolo duro della garanzia soggettiva, sono talune *rationes* sottese alla previsione del divieto di un secondo giudizio in ambito interno ed europeo<sup>7</sup>, inevitabilmente distinte sono le problematiche connesse all'operatività del principio nell'ordinamento giuridico 'europeo' piuttosto che interno.

D'altra parte, tenendo conto del sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali dell'antico continente, che normalmente si articola in tre livelli, il principio del *ne bis in idem* internazionale – a differenza del divieto di *bis in idem* interno<sup>8</sup> – trova riconoscimento, nella prospettiva dell'ordinamento giuridico italiano, nella sola CDFUE, mentre nessuna tutela è, invece, prevista nell'ambito della Carta Costituzionale e della CEDU, almeno sino a quando la Corte Costituzionale e la Corte europea, su ulteriore stimolo degli operatori del diritto, non muteranno opinione. Ad un ridotto panorama di testi normativi di riferimento si accompagna un minor ventaglio di giurisdizioni in grado di decidere sull'applicazione del principio: infatti, sull'eventuale violazione di tale diritto non ha alcuna giurisdizione *ratione materiae* la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>9</sup>, perlomeno fino al momento in cui i giudici di Strasburgo non decideranno, anche in assenza di una espressa previsione, di invertire la rotta ritenendo di poter accertare la violazione del *ne bis in idem* internazionale. Dunque, chiudendo il cerchio, anche in tale specifica prospettiva, che potrebbe costituire l'oggetto di un ulteriore ed autonomo filone di indagine, emergono manifestamente delle distinzioni – troppo spesso sottovalutate – tra il *ne bis in idem* interno e internazionale.

Malgrado, dunque, parte della giurisprudenza di legittimità sembri esprimersi diversamente<sup>10</sup>, l'art. 54 CAAS non è completamente in linea con la previsione dell'art. 649 c.p.p. e le questioni interpretative che vengono sollevate in relazione a tali disposizioni, per quanto possano toccare aspetti simili, quali, ad esempio, l'individuazione del significato di identità soggettiva, di *idem factum* e definitività del giudizio, vanno impostate e risolte seguendo un diverso percorso argomentativo.

Sulla base di tali premesse, non è condivisibile la tesi accolta dal giudice nella sentenza

---

6. Nella prospettiva dell'ordinamento giuridico italiano si v., per il *ne bis in idem* interno, F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, pp. 17 ss., nonché F. CORDERO, *Procedura Penale*, Roma, 2000, pp. 1201 ss., mentre per il *ne bis in idem* internazionale, M. PAGLIA, *Ne bis in idem internazionale e riconoscimento di sentenze straniere*, in *Dig. Dis. Pen., Agg.*, 2005, III, pp. 927 ss.

7. Tra tutti 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*, cit., pp. 1120 ss.

8. Quanto detto, inoltre, non significa che non sussiste alcun legame tra il divieto di un secondo giudizio riconosciuto dall'art. 50 CDFUE e quello sancito nell'art. 4, Protocollo n. 7 allegato alla CEDU: infatti, la disposizione della Carta, oltre a sancire il *ne bis in idem* internazionale, sembra sancire altresì il divieto di *bis in idem* interno. D'altra parte, ma qui si dischiudono diversi scenari problematici, i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte, ai sensi dell'art. 6, comma 3, TFUE, del diritto dell'Unione in quanto principi generali. Ben più complesso è, infine, il discorso laddove si consideri l'adesione dell'U.E. alla CEDU. Su tale ultima tema, in generale, C. SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, op. cit., pp. 109 ss.

11. Il dialogo tra le Corti su tale principio, almeno per ora, non coinvolgendo – a differenza di quanto accade per altri diritti – la Corte europea dei diritti dell'uomo, che può pronunciarsi sulle sole eventuali violazioni del *ne bis in idem* interno, non può non considerarsi fortemente menomato. Malgrado ciò, va rammentato, tuttavia, che, il 10 febbraio 2009, la *Grande Chambre* della Corte EDU, nella storica sentenza *Zolotukhin c. Russia*, instaurando un dialogo 'universale' con altre Corti, si è pronunciata sulla prospettata violazione del *ne bis in idem* processuale interno sancito nell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, facendo ricorso, in ordine all'interpretazione dell'*idem factum*, anche all'orientamento accolto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'art. 54 CAAS. Per una sintesi della sentenza, pubblicata sul sito della Corte europea (<http://www.echr.coe.int>), v. *Cass. pen.*, 2009, pp. 2196-2197.

12. Criticabile è, ad esempio, quanto affermato da *Cass. Pen.*, sez. I, 2 febbraio 2005, n. 10426, commentata peraltro da G. DE AMICIS, *Osservazioni in tema di ne bis in idem europeo*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 989 ss., allorché ha evidenziato che «L'art. 54 è del tutto corrispondente alla norma interna italiana di riferimento e cioè all'art. 649 c.p.p. italiano in quanto entrambe le norme escludono la possibilità di un secondo giudizio, sia quindi in ambito italiano che in ambito europeo, qualora una persona sia stata «giudicata con sentenza definitiva per i medesimi fatti» da altro giudice italiano, nel caso di cui all'art. 649 c.p.p., ovvero da altra parte contraente, nel caso del giudice straniero. Non a caso l'istituto europeo viene denominato *ne bis in idem* internazionale proprio perché ripropone la stessa formulazione e le stesse questioni interpretative poste dalla norma corrispondente italiana, con la quale, come si è già rilevato, è del tutto in linea».



in commento nella parte in cui è stato rilevato che l'art. 649 c.p.p. «non contrasta» con l'art. 50 CDFUE<sup>11</sup>: nella prospettiva applicativa del *ne bis in idem* internazionale, una valutazione di compatibilità/incompatibilità tra le due norme citate è fuorviante poiché i rispettivi campi di applicazione e le problematiche da esse scaturenti sono diverse<sup>12</sup>.

In conclusione, deve constatarsi che, in alcuni casi, sono state sovrapposte diverse 'espressioni' del divieto di *bis in idem* che hanno indotto il giudice di merito ad effettuare delle affermazioni non condivisibili.

### 3

#### L'ART. 50 CDFUE RICONOSCE UN NE BIS IN IDEM INTERNAZIONALE INDEROGABILE ED È DIRETTAMENTE APPLICABILE

Dopo aver illustrato il quadro normativo di riferimento, il giudice ha messo a fuoco, da un lato, l'art. 54 CAAS che riconosce il divieto di *bis in idem* internazionale in seno all'Unione Europea e, dall'altro lato, le eccezioni all'operatività di tale principio sancite nell'art. 55 CAAS, tra cui rileva, in particolare, la deroga fondata sull'applicazione del principio di territorialità, di cui il legislatore italiano pur si è avvalso, attraverso la dichiarazione resa all'atto della ratifica, all'art. 7 l. 30 settembre 1993, n. 388, determinando così «l'inapplicabilità dell'art. 11 c.p. sul rinnovamento del giudizio *in idem* (...), fatte salve le citate deroghe». In virtù del citato art. 7 deve essere pertanto rinnovato il giudizio per l'*idem factum* in Italia qualora i fatti oggetto della sentenza straniera siano avvenuti sul territorio italiano in tutto o in parte (eccezione) e purché non siano stati commessi in parte sul territorio della Parte contraente – nella specie, la Germania – nel quale la sentenza è stata pronunciata (contro-eccezione)<sup>13</sup>.

Dopo aver sottolineato che gli Accordi di Schengen sono stati integrati, con il Trattato di Amsterdam, nel quadro istituzionale dell'Unione, e aver elencato una serie di dati normativi e giurisprudenziali europei dai quali si evince che «ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, una tensione verso il superamento di quei limiti che le autorità nazionali avevano posto al riconoscimento del (...) principio»<sup>14</sup> del *ne bis in idem* internazionale, il giudice ha individuato le novità generali introdotte dal Trattato di Lisbona che sono, da un lato, l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e, dall'altro lato, la costruzione di un diritto penale dell'Unione.

Nello specifico, inoltre, secondo il giudicante, per effetto dell'entrata in vigore della Carta è mutato il 'volto' del *ne bis in idem* in ambito europeo. Infatti, l'art. 50 CDFUE è una norma che sancisce l'inderogabilità del principio del *ne bis in idem* internazionale in seno all'Unione ed è altresì direttamente e immediatamente applicabile nell'ambito

13. Trib. Milano, Uff. Indagini Preliminari, 6 luglio 2011, (sent.) Giud. Curami, *cit.*, p. 19, evidenzia che «non vi è contrasto tra la normativa comunitaria entrata a far parte del nostro ordinamento con il Trattato di Lisbona e norme interne: ed infatti il divieto di un secondo giudizio per lo stesso medesimo fatto è un principio fondamentale riconosciuto dal nostro ordinamento interno nell'art. 649 c.p.p.».

14. Dunque, in ordine al *ne bis in idem* (processuale) internazionale viene in evidenza la relazione tra l'art. 11 c.p. e l'art. 50 CDFUE. Diversamente, in relazione al *ne bis in idem* (processuale) interno rileva il rapporto tra l'art. 649 c.p.p. e l'art. 50 CDFUE.

15. Per quanto concerne il *caso de quo*, in un passaggio argomentativo della motivazione si legge chiaramente che i fatti sono stati commessi dagli imputati tedeschi nel territorio italiano e neppure in parte in Germania (Trib. Milano, Uff. Ind. Prel., 6 luglio 2011, (sent.) Giud. Curami, *cit.*, p. 21).

16. A sostegno di tale soluzione Trib. Milano, Uff. Ind. Prel., 6 luglio 2011, (sent.) Giud. Curami, *cit.*, pp. 10-14, richiama: a) la giurisprudenza elaborata dalla Corte di Lussemburgo che ha dilatato, sulla base dei principi della reciproca fiducia tra gli Stati membri dell'Unione e del mutuo riconoscimento delle decisioni giurisdizionali, l'ambito di applicazione del principio sancito nell'art. 54 CAAS; b) il Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, ove è stato stabilito, al § 1.1., che «andrebbero riesaminate le possibilità di riserve previste all'articolo 55 di tale convenzione, segnatamente quelle che autorizzano uno Stato a dichiarare di non essere vincolato dal principio «*ne bis in idem*» quando «i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti ... in parte nel suo territorio ...»; c) la decisione quadro sul Mandato d'Arresto Europeo (d'ora in avanti MAE) che «ha introdotto un obbligo incondizionato di rifiutare la consegna nei casi di violazione del *ne bis in idem*, confermando la disciplina sostanziale del *ne bis in idem* contenuta nella convenzione di Schengen, ed escludendo che gli Stati membri possano non riconoscere il divieto del *bis in idem* attraverso le dichiarazioni unilaterali previste dall'art. 55 della Convenzione Schengen»; d) la Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'U.E. che, all'art. 9, par. 1, lett. c), prevede che «la competente autorità dello Stato di esecuzione può rifiutare il riconoscimento della sentenza e l'esecuzione della pena, quando quest'ultima "sarebbe in contrasto con il principio del *ne bis in idem*"»; e) la Decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali; f) talune conclusioni degli Avvocati Generali della Corte di Giustizia Europea soprattutto nella parte in cui è stato affermato, in nome della reciproca fiducia tra gli Stati membri, che il divieto di un secondo processo deve essere applicato da parte di uno Stato anche qualora dall'applicazione del diritto penale straniero potrebbero conseguire soluzioni diverse rispetto a quelle a cui condurrebbe il proprio diritto penale interno.

dell'ordinamento giuridico italiano. Tale disposizione, innanzitutto, è direttamente applicabile – anche alla luce della giurisprudenza costituzionale e comunitaria sulle fonti – poiché: *a)* ha origine in una fonte di rango primario che è vincolante per tutti gli Stati membri dal 1 dicembre 2009; *b)* in tale direzione si è già espressa parte della giurisprudenza di legittimità italiana; *c)* le violazioni della Carta possono dar origine all'apertura di una procedura d'infrazione ad opera della Commissione Europea. A sostegno della tesi dell'inderogabilità del principio soccorrono le Spiegazioni relative alla Carta. In base a tale strumento interpretativo, infatti, le eccezioni al *ne bis in idem* europeo sono disciplinate dalla clausola orizzontale dell'art. 52 § 1 CDFUE in virtù della quale: «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». D'altra parte, anche sulla base dell'art. 53 CDFUE, nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti ivi riconosciuti.

Ne consegue, dunque, che l'art. 7 l. n. 388 del 1993 – mediante il quale il legislatore italiano si è avvalso della possibilità di prevedere le deroghe sancite nell'art. 55 CAAS – non si applica dopo l'introduzione dell'art. 50 CDFUE, pur non essendo ancora scaduto il termine quinquennale di cui all'art. 10 § 3 del Protocollo n. 36 allegato al Trattato di Lisbona a cui è ancorata la cessazione degli effetti degli Accordi di Schengen<sup>15</sup>. Fra l'altro, dal momento che il principio del *ne bis in idem* europeo è ricompreso tra i principi fondamentali di cui all'art. 6 § 2 TUE, «non vi è (...) spazio (...) per una ultrattività delle norme derogatrici di cui all'art. 55 CAAS, contrastanti con uno dei principi fondamentali del diritto comunitario».

## 4

### (SEGUE) L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA CARTA: UNA QUESTIONE IRRISOLTA

Il giudice, nell'applicare direttamente l'art. 50 CDFUE, non si è interrogato – nonostante l'interessante passaggio argomentativo incentrato sull'art. 82 TFUE – sull'ambito di applicazione della Carta e, in particolare, sulla portata dell'art. 51 § 1 CDFUE ai sensi del quale le disposizioni della CDFUE «si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati»<sup>16</sup>.

Tale previsione, nella parte in cui «vincola gli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», è interpretabile, secondo autorevole dottrina pena-

15. D'altra parte, facendo «un passo indietro», il magistrato ha evidenziato che l'art. 50 CDFUE «non contrasta» con la norma interna («art. 649 c.p.p.») e comunitaria (art. 54 CAAS): «l'unica divergenza attiene la circostanza che l'Italia con legge, e con atto unilaterale (sia pure previsto dalla stessa normativa comunitaria – art. 54) aveva posto alcune deroghe rispetto alla piena operatività del principio in argomento (ex art. 7 L. 388/93). Tali deroghe non possono più ritenersi operative, per i motivi che sopra si sono esposti, dovendosi riconoscere al principio generale del divieto di azione *in idem* una portata generale».

16. Al § 2 è, inoltre, previsto che «La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati». D'altra parte, in tale prospettiva rilevano anche l'art. 6, comma 1, TUE in base al quale «Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati» e il punto n. 1 della Dichiarazione A relativa alla CDFUE, allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, ove è stato previsto che «La Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati». M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di dir. amm.*, 2010, 3, p. 222, rileva che «Curiosamente, dunque, il medesimo concetto risulta ribadito tre volte. Segno di serietà o segno di debolezza? Difficile indovinare. Certo è che la storia passata di organizzazioni federali come gli Stati Uniti e la storia passata delle stesse istituzioni europee narrano di una forza di pressione considerevole che i diritti tendono ad esplicitare sul riparto delle competenze, chiaramente a favore di un movimento centripeto. Solo un impegno serio con i principi del federalismo e della sussidiarietà potranno trasformare in argini reali principi così insistentemente ripetuti sulla carta, affinché non rimangano *une tigre de papier*».



listica<sup>17</sup>, in base a differenti letture che possono seguire tre direzioni ermeneutiche: minimalista, articolata ed estensiva. A ciascuna delle diverse impostazioni, a loro volta suscettibili di ulteriori snodi interpretativi, possono conseguire differenti soluzioni. Tralasciando, in questa sede di commento, le varie ricostruzioni dottrinali, deve porsi attenzione soprattutto al dato giurisprudenziale.

Dando uno sguardo al diritto 'vivente', la giurisprudenza 'eurounitaria'<sup>18</sup> e costituzionale italiana<sup>19</sup>, nell'operare una prima ed embrionale interpretazione dell'art. 51 § 1 CDFUE, ha ritenuto che le disposizioni della Carta rilevano solo in rapporto a fattispecie in cui il diritto dell'Unione è applicabile (c.d. *interpretazione tendenzialmente restrittiva*).

Per quanto concerne l'applicazione dell'art. 50 CDFUE alla luce del successivo art. 51, l'Avvocato Generale della Corte di Giustizia, di recente<sup>20</sup>, seppur in rapporto ad un diverso "volto" del principio, ha preso in considerazione quale parametro di riferimento dell'«attuazione del diritto europeo» la sanzione. Sviluppando tale tesi deve ritenersi che l'art. 50 CDFUE è applicabile laddove il fatto nuovamente giudicato sia punito in base ad una sanzione introdotta dal legislatore interno in attuazione di un obbligo imposto dal diritto europeo. In base a tale impostazione, il principio sancito nella Carta non è applicabile al caso *de quo* poiché il reato di omicidio è sanzionato negli ordinamenti giuridici interni (Italia e Germania) al di là di uno specifico obbligo sanzionatorio imposto dall'Unione.

Tra l'altro, in linea con quanto sostenuto in passato da parte della dottrina in relazione all'art. 54 CAAS, potrebbe prendersi come riferimento per l'applicazione dell'art. 50 CDFUE l'*idem factum*, che costituisce la componente sostanzialpenalistica del principio: la norma sarà di conseguenza applicabile laddove il fatto – per il quale si procede nuovamente – sia previsto quale reato da una norma interna con cui si è dato "attuazione" alla normativa europea<sup>21</sup>. Tuttavia, anche alla luce di tale orientamento, l'art. 50 CDFUE non potrebbe applicarsi al caso *de quo* poiché il reato di omicidio aggravato, per il quale ha proceduto l'autorità giudiziaria italiana, non costituisce un'attuazione del diritto europeo né tantomeno rappresenta una sfera di criminalità rispetto alla quale sussiste, allo stato attuale, una competenza dell'Unione.

Tali soluzioni, presentando diversi profili critici, tra cui merita di essere segnalata la problematica di un'applicazione differenziata e, dunque discriminatoria, di tale diritto fondamentale, non sembrano praticabili. Deve allora percorrersi una diversa strada interpretativa, in cui i passaggi logici sono i seguenti: a) in ordine all'interpretazione dell'ambito di applicazione dell'art. 51 CDFUE dovrebbe accogliersi, per non restringere eccessivamente la portata dei diritti fondamentali consacrati nella Carta, la tesi

---

17. S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, op. cit., 160-161.

18. Di recente, C-GE (C-256/11), 15 novembre 2011, *Dereci e altri*, § 71, ha stabilito che «le disposizioni della Carta si applicano, ai sensi dell'art. 51, n. 1, della medesima, agli Stati membri esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell'Unione. In virtù del n. 2 della medesima disposizione, la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati. Pertanto, la Corte è chiamata a interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione nei limiti delle competenze riconosciute a quest'ultima (v. sentenze McB., cit., punto 51, nonché 15 settembre 2011, cause riunite C-483/09 e C 1/10, Gueye e Salmerón Sánchez, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 69)».

21. Corte Cost., (dec.) 7 marzo 2011, (dep.) 11 marzo 2011, n. 80, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), § 5.5, ha escluso che «la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, Mariano) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, McB; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, Krasimir e altri). Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto».

22. Si v., al riguardo, le Conclusioni presentate dinanzi alla Corte di Giustizia Europea dall'Avv. Gen. Juliane Kokott, C-489/10, *Prokurator Generalny c. Łukasz Marcin Bonda*, il 15 dicembre 2011, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CC0489:IT:HTML>

23. In tal senso, seppur in relazione ad un diverso 'volto' del *ne bis in idem* consacrato nell'art. 50 CDFUE, l'Avv. Gen. Julian Kokott, C-489/10, 15 dicembre 2011, §§ 16-19, la quale si riferisce, per definire l'ambito di applicazione della norma, alle 'sanzioni' di fonte comunitaria. Tra l'altro, le conclusioni si segnalano per l'utilizzo dei c.d. criteri *Engel* – adottati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – relativi alla nozione autonoma di materia penale.

intermedia in base alla quale le norme della CDFUE vincolano gli Stati membri laddove sussista una «competenza» dell'Unione ex artt. 82 ss.<sup>24</sup>; b) l'art. 82 § 1 TFUE, dopo aver stabilito che «La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie», sancisce che il «Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure intese a: a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; b) prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri»; c) dunque, l'Unione Europea potrà introdurre – alla luce delle competenze attribuite ad essa dall'art. 82 TFUE – delle norme che regolano il divieto di *bis in idem* internazionale: siffatto principio, infatti, costituisce uno strumento di risoluzione *ex post* dei conflitti positivi di giurisdizione. Tra l'altro, con lo stesso viene riconosciuta altresì autorità negativa al giudicato penale straniero; d) d'altro canto, il potere delle istituzioni europee di introdurre norme processuali sul *ne bis in idem* internazionale non sembra limitato – in assenza di un'espressa previsione – alle «sfere di criminalità» di cui all'art. 83 TFUE; e) sussistendo, dunque, la competenza dell'Unione, il principio del *ne bis in idem* internazionale consacrato nell'art. 50 CDFUE non può non vincolare lo Stato al di là del tipo di reato o di sanzione che viene in rilievo nel caso specifico.

In ogni caso, pur accedendo alla tesi restrittiva, la Carta – per ora – dovrebbe ritenersi comunque applicabile laddove si faccia leva sulla natura processuale del principio, anziché sulla sola componente sostanziale (*idem factum*) o sanzionatoria: infatti, gli artt. 54 ss. CAAS, almeno fino a quando resteranno in vigore, costituiscono diritto derivato dell'Unione attuato trasversalmente nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano per effetto della legge di ratifica. L'Italia – e, in particolare, i giudici – saranno pertanto vincolati all'applicazione dell'art. 50 CDFUE nell'attuazione di tale diritto (processuale) dell'Unione.

In conclusione, pur se – in talune pagine dottrinali e giurisprudenziali – sembra profilarsi un'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione dell'art. 50 CDFUE, da cui dovrebbe scaturire l'inapplicabilità della norma della Carta – ma non degli artt. 54 ss. CAAS! (rispetto ai quali non opera un filtro analogo a quello dell'art. 51 CDFUE) – a casi simili a quello *de quo*, vi sono diverse ragioni logico-argomentative – certamente ulteriori e più pregnanti rispetto a quelle di carattere tecnico-giuridico indicate – che dovrebbero indurre ad adottare un'interpretazione estensiva dell'art. 50 CDFUE che, facendo leva sulla natura processuale del principio, svincoli l'applicazione del divieto dal tipo di fattispecie penale o di sanzione di riferimento ed attribuisca pertanto 'piena autonomia' al menzionato *corpus* di competenze e regole processuali.

## 5

### L'ART. 7 L. N. 388 DEL 1993 NON È APPLICABILE A FAR DATA DALL'ENTRATA IN VIGORE DEL TRATTATO DI AMSTERDAM

Nonostante il giudice, all'esito di un *iter* argomentativo davvero complesso e articolato, sia pervenuto alla conclusione che il *ne bis in idem* internazionale in ambito europeo non ammette più eccezioni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, adopera successivamente un diverso «argomento (...) dirimente» per risolvere la questione: l'art. 7 l. n. 388 del 1993, di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen – con la quale l'Italia si è avvalsa della facoltà di dichiarare di non essere vincolata all'applicazione del principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 della Convenzione medesima, nei casi indicati dal successivo art. 55 – è inapplicabile a far data dall'avvenuta incorporazione della Convenzione nell'Unione Europea ad opera del Trattato di Amsterdam. Ciò in quanto l'incorporazione della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen nel Trattato di

24. Ritiene preferibile tale tesi S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, op. cit., 160. L'A. evidenzia che «l'incidenza della Carta dovrebbe estendersi alle aree di competenza ripartita, oramai estremamente ampie, non solo nel diritto penale economico ma anche nel nucleo del diritto e della *procedura penale* per effetto degli artt. 82 ss. TFUE» (il corsivo è nostro).

Amsterdam non ricomprende le eventuali dichiarazioni che gli Stati contraenti abbiano presentato in applicazione della Convenzione stessa, le quali, pertanto, in assenza di espressa rinnovazione, devono ritenersi non più operanti.

Sul punto, tuttavia, sembra registrarsi un contrasto dottrinale. Parte della dottrina, che peraltro non si è occupata specificamente della questione, sembra aver accolto, così come si evince tra le righe delle note e degli articoli, la soluzione in base alla quale le deroghe di cui all'art. 7 l. n. 388 del 1993 sono ancora operanti. Dunque, alla luce di siffatto orientamento, il *ne bis in idem* internazionale di cui all'art. 54 CAAS non sarebbe applicabile dalle autorità giudiziarie italiane nel *caso de quo* giacché il fatto di omicidio aggravato, già giudicato in Germania, è stato commesso sul territorio italiano e neppure in parte sul territorio tedesco. Dunque, opera l'eccezione, ma non la contro-eccezione di cui all'art. 55 § 1, lett. a).

Secondo altra parte della dottrina italiana<sup>25</sup> e straniera<sup>24</sup>, che riceve un avallo da parte del Tribunale di Milano, e che sembra essere maggiormente condivisibile, le deroghe sancite nel summenzionato art. 7 non sono applicabili in seguito alle modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam. Infatti, partendo dal semplice presupposto che le dichiarazioni rese dagli Stati *ex art. 55 CAAS*, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, non sono state integrate nel quadro dell'Unione, non si può non pervenire alla conclusione che, in assenza di una ulteriore dichiarazione di volontà dello Stato, le deroghe al *ne bis in idem* non operano più. Dunque, alla luce di tale impostazione, la soluzione finale muta: il principio si applica senza eccezioni.

Risolta negativamente, alla luce di tale seconda impostazione, la questione dell'operatività delle deroghe fondate sul principio di territorialità, il giudice ha ritenuto sussistenti tutti i presupposti per l'applicazione del principio. Infatti, sotto il profilo processuale, i due imputati sono stati già condannati dalle autorità tedesche con una sentenza di merito passata in giudicato e la pena, inoltre, è stata eseguita interamente in Germania. Dal punto di vista sostanziale, non vi è dubbio che sussiste l'*idem factum* secondo l'accezione storico-naturalistica accolta nella giurisprudenza europea e altresì – come precisa il giudice – nella giurisprudenza di legittimità italiana in relazione all'art. 649 c.p.p. Infine – osserva il giudicante – non è necessario che il reato debba ricevere analogo o identico trattamento sanzionatorio nell'ordinamento italiano e in quello straniero: non ha pertanto alcuna rilevanza ai fini dell'applicazione del summenzionato principio il fatto che W. P. e G. siano stati condannati dai giudici tedeschi alla pena di cinque anni e sei mesi di reclusione, mentre il correo R. C. sia stato condannato dalle autorità giudiziarie italiane alla pena dell'ergastolo. D'altro canto, secondo il giudice, per quanto tale soluzione «possa destare turbamento» deve rammentarsi, in linea con le conclusioni dell'Avvocato Generale della C-GE nel caso *Bourquain*, che ognuno degli Stati membri deve accettare l'applicazione del diritto penale vigente negli altri, anche quando il proprio diritto condurrebbe a soluzioni diverse<sup>25</sup>.

All'esito di tale percorso argomentativo, il giudice ha pronunciato, in ordine al capo di imputazione per il reato di omicidio aggravato, sentenza di non luogo a procedere giacché entrambi gli imputati sono stati già giudicati per lo stesso fatto dalle autorità tedesche. I delitti di incendio doloso e sequestro di persona sono stati ritenuti prescritti.

25. In questi termini C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali dell'Unione Europea*, cit., p. 73, nt. 106.

26. F. LEIDENMÜHLER, *In merito all'integrazione dell'acquis di Schengen nel quadro dell'Unione Europea sull'esempio del principio del "ne bis in idem"*, in *Eur. Legal Forum*, 2002, p. 255.

27. In tale prospettiva vengono in rilievo tematiche complesse, come il rapporto tra *forum shopping* e confessione del reo, l'applicazione dell'ergastolo nell'ordinamento giuridico italiano, la fiducia tra gli Stati nelle sue multiformi sfaccettature, l'armonizzazione delle legislazioni penali e processuali, l'irilevanza del trattamento sanzionatorio nell'applicazione del *ne bis in idem* internazionale, e così via.

Nonostante i traguardi recenti<sup>26</sup>, il futuro applicativo del *ne bis in idem* internazionale in seno all'Unione Europea, per effetto del nuovo 'sisma' normativo generato dall'introduzione della Carta dei diritti fondamentali, è ancora da definire.

I nodi problematici, infatti, con i quali occorrerà confrontarsi, sono molteplici: vale la pena di ricordare, a mo' di esempio, oltre che i diversi profili controversi concernenti l'applicazione della Carta, altresì le tematiche relative all'operatività della c.d. condizione dell'esecuzione prevista espressamente dall'art. 54 CAAS e non, viceversa, dall'art. 50 CDFUE, le conseguenze connesse ad un'eventuale dichiarazione con la quale lo Stato italiano si avvalga nuovamente delle deroghe fondate sui principi di territorialità e protezione *ex art. 55 CAAS*, l'efficacia *ratione temporis* – per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – delle disposizioni di cui agli artt. 54 ss. CAAS, e così via.

Inoltre, non potrà non riflettersi, alla luce dell'art. 50 della Carta, anche sui presupposti applicativi, soggettivi e oggettivi, del principio. In ordine al primo profilo, occorrerà interrogarsi sull'applicazione del divieto consacrato nella Carta agli enti, giacché si registrano sempre più frequentemente delle duplicazioni di giudizi per gli illeciti da essi commessi che, oltre ad incidere sulla vita dell'ente stesso, sono peraltro di ostacolo alla libertà di stabilimento e alla costruzione effettiva di un mercato unico. Per quanto concerne, invece, il presupposto oggettivo e, in particolare, l'interpretazione dell'*idem factum*, non vi è dubbio che, laddove venga accolta un'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione dell'art. 50 CDFUE, che abbia quale parametro di riferimento l'*idem factum*, si verrebbe ad attribuire alla nozione di «medesimo fatto» una connotazione prevalentemente normativa giacché il giudice dovrà verificare, prima di applicare il divieto, se la fattispecie normativa in base alla quale è giudicato di nuovo un soggetto costituisca o meno “espressione” del diritto europeo.

Queste sono solo talune delle molteplici tematiche con le quali occorrerà confrontarsi con maggiore intensità nell'immediato futuro. In tale prospettiva, la costruzione del nuovo 'volto' del *ne bis in idem* internazionale nell'Unione Europea è affidata, ancor più del passato, alla sapiente ed equilibrata opera interpretativa dei giudici interni ed europei, che attraverso il loro attivismo alimentano da tempo il cammino europeo.

26. Sui traguardi v., tra tutti, N. GALANTINI, *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, loc. ult. cit. Per quanto concerne le prospettive, l'A.ce si sofferma, in particolare, sulla tematica della litispendenza e dei conflitti di giurisdizione. Sulla litispendenza internazionale, di recente, L. LUPARÀ, *Litispendenza internazionale e principio del “ne bis in idem”*, Milano, 2008.