

NE BIS IN IDEM, DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO EUROPEO (*)

di Bruno Nascimbene

SOMMARIO: 1. Il principio, le sue origini. – 2. Il contenuto del principio e la sua *ratio*. – 3. I profili di diritto internazionale: a) generale; b) pattizio. – 4. Il *ne bis in idem* processuale e a) l'orientamento della Corte costituzionale e b) l'orientamento della Corte di Cassazione sulla sua rilevanza nel diritto internazionale. – 5. Il *ne bis in idem* esecutivo. – 6. Il *ne bis in idem* "internazionale" (nei rapporti fra Stati) e "interno" (all'interno dello Stato). – 7. Lo *ius puniendi* dello Stato e le convenzioni internazionali. Alcuni esempi. – 8. La cooperazione internazionale e la tutela del singolo. Le convenzioni europee e l'*acquis* di Schengen. – 9. a) Il principio *ne bis in idem* e la Carta dei diritti fondamentali UE. b) Corte di giustizia, Corte EDU e Corte costituzionale a confronto.

1. Il principio, le sue origini.

Ad alcuni profili del principio del *ne bis in idem* sono dedicate le considerazioni che seguono, con l'obiettivo di rivisitare, fra i diversi livelli (o piani) in cui assume rilievo, quello internazionale, al fine di meglio comprenderne l'origine, le influenze sugli altri livelli (o piani), come quello europeo ("comunitario" ovvero di diritto UE) e quello nazionale, ma anche le differenze, i tratti comuni, l'evoluzione stessa del principio¹.

(*) Il contributo riproduce, con modifiche e integrazioni, la relazione svolta al convegno "Il principio del *ne bis in idem* tra diritto interno, diritto dell'Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo" (Roma, Corte di Cassazione, 4-6 ottobre 2017).

¹ Sul principio *ne bis in idem* e il diritto internazionale la letteratura è assai vasta: fra i molti contributi (con riguardo anche al diritto europeo) cfr. C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 923 ss., (ivi ampi riferimenti) e della stessa, con R. D'AMBROSIO, *Commento all'art. 50 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. In precedenza, N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem nel processo penale*, Milano, 1984; R. BARATTA, *Ne bis in idem, diritto internazionale e valori costituzionali*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di F. Capotorti*, Milano, 1999, p. 3 ss.; C. VAN DER WYNGAERT-G. STESSENS, *The international non bis in idem principle: resolving some of unanswered questions*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1999, p. 779 ss. Cfr. pure B. VAN BOCKEL, *The Ne bis in idem Principle in Eu Law*, Leiden, 2010. Per contributi sul tema, pubblicati in *eurojus*, cfr. C. AMALFITANO, *Ne bis in idem tra Carta dei diritti fondamentali e convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen*, 2014, e della stessa *Derogabilità del principio del ne bis in idem sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione?*, 2015; B. NASCIBENE, *Autorità amministrative indipendenti e sanzioni "penali". Un'occasione di confronto fra CEDU e diritto UE*, 2014; cfr. anche V. MEZZOLLA, *Prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione in ambito penale: l'ordinamento italiano dà attuazione alla decisione quadro 2009/948/GAI*, 2016. Per una rassegna della giurisprudenza italiana, cfr. [Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea. Relazione di orientamento](#)

Le sentenze della Corte di giustizia del 20 marzo 2018 (nelle cause C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate*; cause riunite C-596/16 e C-597/16 *Di Puma e Consob* confermano l'intreccio dei livelli (o piani) diversi².

Un rilievo preliminare riguarda la "storia" del principio *ne bis in idem* racchiusa, invero, in un brocardo latino di antiche origini.

Ci si limita ad alcuni riferimenti, contenuti in studi dedicati al tema specifico. Tracce del principio sarebbero rinvenibili nell'orazione di Demostene *Adversus Leptinem* (355 a.C.) e nel *Corpus iuris civilis* giustiniano (529-534 d.C.), mentre la prima enunciazione di un principio equivalente nella *Common law* risalirebbe alla disputa, nel XII secolo, fra l'arcivescovo di Canterbury Thomas Becket e il re Enrico II, il primo sostenendo che i chierici condannati dalle corti ecclesiastiche erano esenti da ulteriori punizioni da parte dei giudici del re. I giudici del re, invero, iniziarono ad applicare tale massima come principio di diritto. Becket, d'altra parte, si sarebbe ispirato a San Girolamo (391 d.C.) secondo il quale "Dio non giudica due volte per la stessa offesa". Il principio, in epoca medievale (XIV secolo), fu affermato da Bartolo da Sassoferrato e, in epoca moderna, è affermato nella Costituzione di molti Paesi (è ritenuto una delle conquiste di maggior valore del costituzionalismo di matrice liberal democratica), oltre che in vari strumenti di diritto internazionale³.

[dell'Ufficio del Massimario penale della Corte di Cassazione n. 26/2017](#), in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2017. Strumenti internazionali rilevanti (oltre a quanto si dirà oltre) sono le Convenzioni di Ginevra III e IV (artt. 86 e 117, comma 3), il Protocollo addizionale del 1997 concernente la protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali (art. 75, comma 4, lett. h); la Convenzione degli Stati partecipanti alla Nato (art. VI), la Convenzione americana sui diritti umani (art. 8, comma 4).

² Le sentenze sono, rispettivamente, in EU:C:2018:197; EU:C:2018:193; EU:C:2018:192. Per un primo commento si vedano i rilievi di N. RECCHIA *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di ne bis in idem*, in *eurojus*; A GALLUCCIO, [La Grande sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2018, p. 286 ss. Sul rinvio alla Corte di giustizia nelle predette cause e sul tema in esame, cfr. i vari contributi di F. VIGANÒ, [Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia](#), in *Dir. pen. cont.*, 28 settembre 2015; ID., [A Never-Ending Story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato](#), in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2016; ID., [Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate](#), in *Dir. pen. cont.*, 28 novembre 2016. Sui profili di diritto UE cfr. pure il par. 9.

³ Per una breve rassegna, anche delle norme costituzionali, cfr. P COSTANZO-L. TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in www.consultaonline.it; per riferimenti si vedano le conclusioni dell'avvocato generale Sharpston, causa C-467/04, *Gasparini e altri*, EU:C:2006:406, punto 72, note 56-60; cfr. inoltre L. MINGARDO, *Bis de eadem re ne sit actio*, in *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione*, a cura di P. Moro, Milano, 2013, p. 177 ss. Per riferimenti a Bartolo (l'affermazione è contenuta in *secundam Digesti novi partem commentaria*, Venezia, 1585), M. MECCARELLI, *Le categorie dottrinali della procedura e l'effettività della giustizia penale nel tardo medioevo*, accessibile a questo [link](#), nota 25.

2. Il contenuto del principio e la sua *ratio*.

Il principio si esprime o declina *a)* nel divieto di instaurare nuovo o nuovi procedimenti *in idem* sugli stessi fatti o circostanze già oggetto del precedente giudizio; *b)* nell'obbligo di "chiudere" quelli pendenti (*in idem*); *c)* nell'obbligo di riconoscere effetti negativi ad una precedente sentenza penale (*in idem*).

Come ha affermato il Parlamento europeo in uno dei primi atti che riguardano il tema, e come si ribadisce nella giurisprudenza della Corte di giustizia, "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". Il principio "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". Si intende, insomma, assicurare la certezza del diritto, l'equo processo, la proporzionalità della pena rispetto all'offesa⁴.

La *ratio* del principio è comune ai diversi profili per i quali può essere oggetto di esame: non solo per il profilo europeo, ma anche, e ancor prima, per quello internazionale e per quello nazionale.

3. I profili di diritto internazionale: *a)* generale; *b)* pattizio.

Per i profili di diritto internazionale si deve distinguere fra il diritto internazionale generale e quello pattizio.

a) Al primo, come è noto, il nostro ordinamento si adegua in virtù dell'art. 10 Cost., ai sensi del quale esso "si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute" senza necessità che venga adottato alcuno strumento specifico (un adattamento, dunque, automatico e continuo).

Come ebbe a dire la Corte costituzionale nella sentenza 22 ottobre 2014, n. 238 sui controlimiti alle norme sulle immunità degli Stati dalla giurisdizione per crimini internazionali, interpretando l'art. 10, spetta alla Corte costituzionale accertare se una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, così "come interpretata nell'ordinamento internazionale, possa entrare nell'ordinamento costituzionale, in quanto non contrastante con principi fondamentali e diritti inviolabili" (punto 3.4; la norma consuetudinaria ha rango equivalente a quella costituzionale, in virtù del rinvio di cui all'art. 10). Nella specie, l'interpretazione era fornita dalla Corte internazionale di giustizia e il contrasto all'esame della Corte cost. riguardava gli artt. 2 e 24, "inestricabilmente connessi", sulla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali. L'illegittimità è stata ritenuta con riferimento a quelle norme che imponevano al

⁴ Cfr. 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; le conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle cause riunite *Gözütok e Brügger*, C-187/01 e C-385-01, EU: C: 2002:516, punti 48-57 (*ivi* riferimenti).

giudice italiano l'obbligo di negare la propria giurisdizione nelle cause di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità e l'obbligo di adeguarsi a una pronuncia della Corte internazionale nella parte in cui prevede tale imposizione (art. 5 legge 14.1.2013, n. 5 di ratifica ed esecuzione della Convenzione delle NU sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni; art. 1 legge 17.8.1957, n. 848, esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a S. Francisco il 26 giugno 1945, limitatamente all'art. 94 circa l'obbligo di conformarsi alle pronunce della Corte internazionale). Mentre queste norme convenzionali sono entrate nel nostro ordinamento con le leggi ricordate, e ne viene dichiarata l'illegittimità, la norma consuetudinaria sull'immunità non è entrata nel nostro ordinamento: "non opera", insomma, "il rinvio di cui al primo comma dell'art. 10 Cost. [...] la parte della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con i predetti principi fondamentali [sulla tutela giurisdizionale] non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto". La questione di costituzionalità è stata ritenuta non fondata perché la norma internazionale cui il nostro ordinamento si è conformato "non comprende" l'immunità giurisdizionale per i "danni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità lesivi di diritti inviolabili della persona, i quali risultano per ciò stesso non privi della necessaria tutela legislativa", offerta dalle norme costituzionali (punto 3.5.). I principi fondamentali dell'ordinamento, fra cui quello della tutela giurisdizionale, costituiscono un limite all'ingresso delle norme internazionali, sono elementi identificativi e irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, di guisa che la norma internazionale, per la parte confliggente con i principi supremi, non sacrificabili, non entra nel nostro ordinamento, essendosi attivato, in via automatica, il controlimita posto da tale ordinamento.

b) Al diritto internazionale pattizio il nostro ordinamento si adegua, come è noto, mediante un atto che, nella maggior parte dei casi, è una legge di autorizzazione del Parlamento alla ratifica da parte del Presidente della Repubblica e un ordine di esecuzione, contenuto nella legge (gli accordi in forma semplificata non sono sottoposti ad autorizzazione parlamentare, impegnando il Governo fin dal momento della firma). Norme rilevanti applicabili sono gli artt. 80, 87 Costituzione, nonché l'art. 117 che obbliga Stato e regioni ad esercitare la potestà legislativa nel rispetto, oltre che della Costituzione, "dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". La norma, afferma Corte cost., in particolare l'espressione "obblighi internazionali", "si riferisce alle norme internazionali convenzionali anche diverse da quelle comprese nella previsione degli artt. 10 e 11", colmando "la lacuna prima esistente quanto alle norme che al livello costituzionale garantiscono l'osservanza degli obblighi internazionali pattizi", con la conseguenza che "il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale [...] si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost." (in questi termini, riferendosi alla CEDU, Corte cost., 26.11.2009, n. 311, punto 6, ricordando le sentenze 348 e 349/2007).

4. Il *ne bis in idem* processuale e a) l'orientamento della Corte costituzionale e b) l'orientamento della Corte di cassazione sulla sua rilevanza nel diritto internazionale.

Il divieto del duplice procedimento penale o *ne bis in idem* processuale non è previsto da una norma di diritto internazionale generale, diversamente dal *ne bis in idem* esecutivo, che comporta la deduzione, dalla seconda pena comminata, della prima, già inflitta o scontata in base al precedente giudizio.

Nel primo caso si afferma l'esercizio della potestà punitiva dello Stato, quale espressione della sua sovranità, che gli consente di esercitare la giurisdizione penale anche in ipotesi di illecito commesso all'estero ovvero per fatti che prescindono dal luogo di commissione o dalla cittadinanza dell'autore, lo Stato essendo libero di determinare i titoli di giurisdizione. La pretesa punitiva è connessa ad una sovranità che lo Stato è restio a cedere o limitare, e dunque a fare oggetto di una collaborazione internazionale che deve avere come presupposto una reciproca fiducia fra sistemi giurisdizionali. Solo la collaborazione (fondata sulla fiducia) può evitare conflitti di giurisdizione e contrasti di giudicato, riconoscendo a una decisione penale, alla sanzione comminata in altro Stato, la stessa efficacia di una decisione o sanzione interna dello Stato. Si riconoscerebbero, dunque, limiti all'esercizio di competenze sovrane; si riconoscerebbe efficacia ad una decisione straniera precludendo l'instaurarsi di un nuovo giudizio, a carico dello stesso soggetto, per lo stesso fatto, e quindi garantendo al reo, sul piano internazionale, l'esenzione dalla duplicità di giudizi che gli è garantita sul piano nazionale.

a) La Corte costituzionale si è pronunciata in proposito esaminando profili di legittimità dell'art. 705 cod. proc. pen. in materia di estradizione (divieto di estradizione se è pendente un procedimento penale per lo stesso fatto) e dell'art. 11 cod. pen. sul rinnovamento del giudizio per reati commessi nello Stato anche se il cittadino o lo straniero è già stato giudicato all'estero. Il principio di territorialità, afferma la Corte, è proprio dei "codici penali della generalità degli Stati"; corrisponde a una "autonomia dei singoli ordinamenti", ove "la evoluzione sociale e politica dei fatti umani, in specie nel campo penale, si manifesta con variazioni molteplici e spesso profonde da Stato a Stato [...] in conformità dei diversi interessi e dei variabili effetti e riflessi della condotta degli uomini in ciascuno di essi" (sentenza 18.4.1967, n. 48).

Pur auspicando una forma di collaborazione fra Stati che porti a una unità e a una comune efficacia di decisioni giudiziarie, la Corte, in epoca successiva, conferma il proprio orientamento, escludendo che il principio del *ne bis in idem* sia riconducibile alla categoria delle norme generalmente riconosciute. Ne trae, proprio, conferma dal fatto che solo in epoca più recente il principio è "divenuto oggetto di accordi internazionali, e che la sua affermazione anche in via convenzionale ha finora incontrato difficoltà molteplici, pur nell'applicazione circoscritta alle sentenze in materia penale" (sentenza 8.4.1976, n. 69, punto 3). Vengono ricordati in proposito alcuni strumenti internazionali, quali il Patto internazionale sui diritti civili e politici (del 1966), il cui art. 14 si riferisce al *ne bis in idem* interno di un medesimo Stato; la CEDU (del 1950) e il Protocollo addizionale (del 1952) che non lo prevedono,

diversamente dal Protocollo n. 7 (del 1984, all'epoca non esistente); la Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale (del 1959; non lo prevede, diversamente dalla Convenzione europea sul valore internazionale delle sentenze penali, del 1970, che tuttavia riconosce, sotto precise condizioni e riserve, *ex art. 53*, l'efficacia preclusiva del giudizio svoltosi in uno degli Stati contraenti).

In epoca relativamente più recente, pronunciandosi sulla regola introdotta dal nuovo codice di procedura penale sul divieto di estradizione quando è pendente un procedimento per lo stesso fatto ai sensi dell'art. 705 (1° comma, ultima parte) "in omaggio al principio *ne bis in idem*", la Corte ha nuovamente confermato l'inesistenza della norma di diritto consuetudinario, con una apertura, tuttavia, significativa: "pur non essendo ancora assunto a regola di diritto internazionale generale [...] né essendo accolto senza riserve nelle convenzioni internazionali che ad esso si riferiscono" (quale la Convenzione di Bruxelles del 1967 fra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del principio "*ne bis in idem*") "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" (sentenza 4.4.1997, n. 58; la Convenzione che veniva in rilievo era quella europea di estradizione del 1957, che peraltro lascia allo Stato la facoltà di concedere o negare l'extradizione in pendenza di procedimento penale, l'art. 705 cod. proc. pen. avendo scelto l'ipotesi del diniego).

b) L'orientamento della Corte costituzionale è confermato dalla Corte di Cassazione, che sottolinea la natura di "principio tendenziale cui si ispira l'ordinamento internazionale", escludendone la riconducibilità all'art. 10 Cost. È fatto proprio da convenzioni internazionali come quella di Schengen, ma vale solo per gli Stati che sono contraenti della Convenzione⁵. Un'ampia disamina del principio è compiuta anche con riferimento alle fonti di diritto UE e alla giurisprudenza della Corte di giustizia, venendo negata l'extradizione ai sensi dell'art. 705 cod. proc. pen. sia perché la sentenza di condanna, nella specie tedesca, ha in sostanza gli stessi effetti di una sentenza italiana e, quindi, opera il *ne bis in idem* a favore del cittadino turco di cui la Turchia reclamava l'extradizione, sia perché questa violerebbe i diritti fondamentali della persona (equo processo, pericolo di trattamento disumano e degradante in carcere), considerata la situazione generale in quel Paese. La sentenza va ricordata non solo per la valutazione della costruzione progressiva di uno spazio giudiziario europeo in cui il *ne bis in idem* assume una speciale connotazione, ma anche per la riconducibilità del principio, previsto nell'art. 649 cod. proc. pen., a norme della Costituzione, quali gli artt. 24 e 111, pur non essendo espressamente contemplato dalla stessa. È, come ha affermato la Corte cost. n. 200/2016, un principio di civiltà giuridica, ovvero, come ha affermato Cass. S.U., un principio generale dell'ordinamento,

⁵ Cass., Sez. I, 8.7.2014, n. 29664; può essere nuovamente processato in Italia, *ex art. 11 cod. pen.*, il cittadino del Montenegro già processato e condannato, in quel Paese, per un reato commesso in Italia. Nello stesso senso, Cass., IV, 23.1.2017, n. 3315 (nella specie, si richiama la sentenza cit. e Corte Cost. n. 48/1967, sottolineando la mancanza di un accordo fra Italia e Albania, idoneo a derogare all'art. 11 cod. pen.).

funzionale alle esigenze di razionalità e funzionalità del sistema, da cui il giudice non può prescindere nell'attività interpretativa⁶.

5. Il *ne bis in idem* esecutivo.

A ragioni di umanità, di giustizia e legate alla rieducatività delle pene si rifanno le legislazioni nazionali e le convenzioni internazionali che prevedono la deducibilità della pena già inflitta o scontata in un altro Stato (*ne bis in idem* esecutivo). Vi è un limite, insomma, non già all'esercizio della giurisdizione, ma all'esecuzione della sentenza nazionale.

Il consenso formatosi, fra gli Stati, sul principio del *ne bis in idem* esecutivo fa ritenere che esso appartenga alle norme di diritto consuetudinario. Di esse sarebbe, peraltro, espressione l'art. 138 cod. pen. (pena e custodia cautelare per reati commessi all'estero vengono computate e, quindi, detratte da quelle nazionali), le convenzioni internazionali promosse dal Consiglio d'Europa sulla validità internazionale dei giudizi repressivi (del 1970, art. 54) e sulla trasmissione delle procedure repressive (del 1972, art. 36), la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (CAAS del 1990, art. 56)⁷.

6. Il *ne bis in idem* "internazionale" (nei rapporti fra Stati) e "interno" (all'interno dello Stato).

Il *ne bis in idem* pattizio presenta delle distinzioni, a seconda che riguardi situazioni a) fra Stati o b) all'interno dello Stato, e che si tratti di convenzioni multilaterali o bilaterali.

Esempi della prima fattispecie (*ne bis in idem* internazionale) sono le già ricordate convenzioni europee sull'efficacia internazionale delle sentenze penali (artt. 53-55), sul trasferimento delle procedure penali (artt. 35-37), la CAAS (art. 56), lo Statuto della Corte penale internazionale (art. 20)⁸.

Esempi della seconda fattispecie (*ne bis in idem* interno) sono strumenti umanitari quali il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 14, par. 7), che è inteso, anche secondo una decisione del Comitato del Patto, come principio operativo

⁶ Cass., 6^a, 21.12.2016, n. 54467, che ricorda, in particolare, l'orientamento della Corte cost., e S.U., 28.9.2005, n. 34655; viene ricordata pure Cass. 29664/2014 cit.

⁷ Si ricordano sul *ne bis in idem* processuale anche le norme vigenti in Belgio, Danimarca, Grecia: cfr. C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem*, cit., p. 938; *ivi*, p. 937 i riferimenti in dottrina. Sulle "ragioni di giustizia" cfr. Corte cost. n. 48/1967 cit. Le convenzioni ricordate prevedono, comunque, anche il *ne bis in idem* processuale (cfr. anche la nota successiva).

⁸ Il ricorso al *ne bis in idem* esecutivo è previsto quando non si sia potuto fare ricorso al *ne bis in idem* processuale (ipotesi di deroga, art. 53 della Convenzione del 1970; art. 35 della Convenzione del 1972; art. 54 della CAAS). Su alcuni degli strumenti internazionali maggiormente rilevanti cfr. la nota 1 *in fine*.

nell'ambito di un solo Stato, non già nei rapporti fra Stati⁹; il Protocollo n. 7 alla CEDU, art. 4¹⁰.

7. Lo *ius puniendi* dello Stato e le convenzioni internazionali. Alcuni esempi.

Il principio di territorialità, la soddisfazione delle pretese punitive nazionali, piuttosto che le esigenze di giustizia individuale, risultano, ancora, prevalenti se non è previsto diversamente da norme convenzionali. Poche, e di limitato rilievo, sono le norme convenzionali contenute in accordi bilaterali conclusi dal nostro Paese. Si ricordano a) l'accordo con il Marocco di reciproca assistenza giudiziaria, *exequatur* delle sentenze, ed estradizione del 12.2.1971 (art. 35, divieto di estradizione se nello Stato richiesto si è formato il giudicato sui reati per i quali è richiesto); b) il trattato con la Thailandia di cooperazione per l'esecuzione delle sentenze penali del 28.2.1984 (art. II, par. 5, divieto di trasferimento se il condannato ha un procedimento penale in corso, per lo stesso reato, nello Stato trasferente); c) l'accordo con Cuba per l'esecuzione delle sentenze penali del 9.6.1988 (art. 10, divieto di trasferimento se a carico della persona, in relazione agli stessi fatti che hanno causato la condanna, esistono nello Stato di esecuzione un procedimento penale o una sentenza passata in giudicato); d) il trattato con il Messico in materia di assistenza giudiziaria penale del 28.7.2011 (art. 3, par. 1 e, rifiuto di assistenza giudiziaria se nei confronti della persona contro cui si procede è già stata emessa una sentenza definitiva per lo stesso fatto dallo Stato richiesto).

Il principio, e quindi il limite, all'esercizio dello *ius puniendi*, non opera, in virtù di una norma nazionale, nei rapporti fra gli Stati o fra le giurisdizioni nazionali: eccezionale è la previsione in tal senso nel diritto nazionale dei Paesi Bassi, art. 68 cod. pen. che applica il principio *ne bis in idem* sia ai giudicati nazionali, sia a quelli stranieri, indipendentemente dal luogo di commissione dell'illecito. Se manca la reciproca fiducia fra gli Stati ovvero una comunanza minima di valori (come è quella su cui si fonda l'art. 2 TUE, dedicato ai "valori della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze") o di norme penali simili o armonizzate che contribuirebbe all'eliminazione dei conflitti di giurisdizione e al riconoscimento dell'operatività, sul piano internazionale, del *ne bis in idem*, il bilanciamento fra interesse dello Stato e tutela del singolo risulterà a favore del primo.

⁹ La norma così dispone: "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". Sul caso ricordato cfr. la decisione 2.11.1987, *A.P. c. Italia*, comunicazione n. 204/86, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2, p. 67 (1990).

¹⁰ La norma così dispone: "Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato".

8. La cooperazione internazionale e la tutela del singolo. Le singole convenzioni europee e l'*acquis* di Schengen.

La cooperazione fra gli Stati e l'integrazione fra gli stessi può modificare tale rapporto, far prevalere il *ne bis in idem* e, quindi, la tutela del singolo, altrimenti soggetto ad una duplicità di procedimenti e di sanzioni. È alla fine degli anni ottanta che si verifica una inversione di tendenza, rispetto alla tradizionale cooperazione internazionale, nell'ambito degli Stati membri dell'Unione (allora Comunità) europea.

La tutela del singolo viene considerata, in tale contesto, nelle sue strette connessioni con le libertà garantite dal diritto comunitario, quella di circolazione in particolare, che è a sua volta connessa con la realizzazione di uno spazio economico effettivamente integrato. Nella risoluzione del 1984, già ricordata, il PE auspica che gli Stati membri ratifichino le convenzioni promosse dal Consiglio d'Europa, abrogino le norme nazionali contrastanti con il principio del *ne bis in idem* o lo prevedano nelle legislazioni nazionali¹¹. Gli Stati membri adottano, dunque, una varietà di convenzioni in materia penale: esse rappresentano un'anticipazione della cooperazione giudiziaria penale introdotta nel diritto UE dal Trattato di Maastricht (del 7.2.1992, titolo VI, art. K ss. Trattato UE, poi divenuto, con il Trattato di Amsterdam, 2.10.1997, Titolo VI, art. 29 ss.) e la prima realizzazione dello spazio giudiziario europeo, "consacrato" nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere (15-16.10. 1999)¹².

La convenzione fra gli Stati membri del 1987 è relativa all'applicazione del principio *ne bis in idem* e, anche se ratificata soltanto da cinque Stati (fra i quali il nostro), assume come fondamento la necessità di estendere la "cooperazione in materia penale sulla base di fiducia, comprensione e rispetto reciproci", cui appartiene "il riconoscimento reciproco dell'effetto *ne bis in idem* alle decisioni giudiziarie straniere"¹³.

¹¹ Cfr. la risoluzione del PE del 16.3.1984 cit., punti 6-8, 11 e 12.

¹² Si vedano le conclusioni, soprattutto i punti 33-37 sulla cooperazione in materia giudiziaria penale; successivamente, sul reciproco riconoscimento, cfr. la comunicazione della Commissione COM (2000) 495 del 26.7.2000 e il programma di misure sull'attuazione del principio in GUCE C 12 del 15.1.2001. Sulla cooperazione giudiziaria penale e sullo spazio cfr. fra gli altri, nel passato, H. LABAYLE, *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Rev. trim. droit. eur.*, 1997, p. 813 ss.; A. WEYEMBERGH, *Le principe ne bis in idem, pierre d'achoppement de l'espace pénal européen*, in *Cahiers droit. eur.*; B. NASCIBENE, voce *Cooperazione di polizia e giudiziaria penale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. II, Milano, 2006, p. 1497 ss. e dello stesso *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Il Trattato di Lisbona: due anni di applicazione*, Napoli, 2013, p. 239 ss. Sugli orientamenti della Corte di giustizia cfr. T. RAFARACI, *The principle of non bis in idem in the jurisprudence of the European Court of Justice*, in S. BRAUM-A. WEYEMBERGH (eds). *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2009, p. 93 ss.

¹³ Cfr. in questi termini il preambolo alla Convenzione, che peraltro ha, come modello, quello della Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi del 1970. Gli Stati che hanno ratificato la Convenzione sono, oltre al nostro, Danimarca, Francia, Paesi Bassi, Portogallo. Sulle convenzioni concluse fra gli Stati membri cfr. gli autori cit. alla nota 1, spec. C. AMALFITANO, *Dal ne bis in idem cit.*, p. 945.

La CAAS (spec. artt. 54-56) si ispira e riproduce, sostanzialmente, le disposizioni della Convenzione di Bruxelles. La CAAS viene poi incorporata nel quadro istituzionale dell'Unione, in virtù del Protocollo n. 2 sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione europea, introdotto dal Trattato di Amsterdam e divenuto, a seguito del Trattato di Lisbona (2007, in vigore dal 2009), Protocollo n. 19. L'incorporazione dell'*acquis* trasforma la cooperazione intergovernativa in integrazione, confermando lo stretto nesso con la libera circolazione delle persone: libertà fondamentale che non può essere ostacolata dal rischio che una persona subisca un nuovo giudizio, per gli stessi fatti, in un altro Stato membro¹⁴.

9. a) Il principio *ne bis in idem* e la Carta dei diritti fondamentali UE; b) Corte di Giustizia, Corte EDU e Corte costituzionale a confronto.

a) Il principio del *ne bis in idem*, in epoca più recente, è contenuto nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (del 7.12.2000, Nizza; adattata il 12.12.2007, Strasburgo) che, in virtù delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, ha effetti vincolanti al pari dei Trattati UE e TFUE, ex art. 6, par. 1 Trattato UE ("ha lo stesso valore giuridico dei Trattati"). Essa è dunque diritto primario e rappresenta la forma più evoluta di protezione poiché la tutela disposta vale sia nell'ordinamento nazionale di ogni Stato membro, sia nei rapporti fra gli ordinamenti nazionali, diversamente dall'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, che si applica solo all'interno della giurisdizione di uno Stato membro. Come si afferma nella "Spiegazione" relativa all'art. 50 (le spiegazioni cui fa riferimento la Carta devono essere tenute "in debito conto" quando si interpretano ed applicano i diritti, libertà e principi della Carta, ai sensi dell'art. 6, par. 1 cit., ma anche dell'art. 52, par. 7 Carta) l'applicazione del principio corrisponde all'*acquis* comunitario, e precisamente alla CAAS (artt. 54-58), alla sentenza della Corte di giustizia, già ricordata, *Gözütok e Brügger*, alle norme contenute in altre convenzioni comunitarie (art. 7 della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, art. 10 della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione). Per quanto riguarda l'applicazione del principio all'interno di uno Stato membro, il diritto garantito (precisa la "Spiegazione") ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU, e quindi dal Protocollo n. 7, in conformità alla clausola orizzontale di salvaguardia contenuta nell'art. 52, par. 3.¹⁵

Limite all'applicazione del principio è l'ambito materiale, l'art. 51, par. 1 prevedendo che la Carta si applica a istituzioni, organi e organismi dell'Unione e agli Stati "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". La Corte, peraltro, nella

¹⁴ Il Protocollo (afferma il preambolo) concorre a promuovere l'integrazione europea, a "sviluppare l'*acquis* per contribuire alla realizzazione dell'obiettivo di offrire ai cittadini dell'Unione uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, senza frontiere interne".

¹⁵ Dispone la norma che qualora la Carta "contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti" dalla CEDU, "il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione"; la norma "non preclude", comunque, "che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

sentenza *Åkerberg Fransson* ha fornito un'interpretazione estensiva dell'obbligo del giudice di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, compresa la Carta. Distinguendo i rapporti fra la CEDU e il diritto nazionale (non disciplinati dal diritto UE) e quelli fra la Carta e il diritto nazionale, la Corte precisa l'obbligo del giudice nazionale di garantire "la piena efficacia" delle norme UE, "disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa qualsiasi disposizione della legislazione nazionale, anche posteriore"¹⁶. È vero che l'art. 50 opera con riguardo a procedimenti e sanzioni che hanno natura penale, ma, accogliendo l'interpretazione della Corte EDU, ammette che gli Stati applichino il *ne bis in idem* anche nel caso in cui la sanzione comminata (*in idem*) nel contesto di un procedimento amministrativo abbia natura "sostanzialmente" penale¹⁷ in linea dunque con i noti criteri Engel elaborati dalla Corte EDU¹⁸. Come afferma la Corte di giustizia (sentenza *Bonda*), richiamando espressamente la Corte EDU, il carattere penale di una sanzione va valutato in base a) alla qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, b) alla natura dell'illecito, c) alla natura e severità della sanzione¹⁹. Se viene applicata una sanzione tributaria e, poi, una sanzione penale con riferimento alla medesima violazione (per esempio in materia di IVA), il divieto di *ne bis in idem* non opera se la prima ha natura tributaria e la seconda ha natura penale, spettando al giudice nazionale verificarne la natura secondo i criteri indicati dalla Corte EDU, recepiti dalla Corte UE. Quando il giudice applica le sanzioni tributarie e quelle, distinte, di natura penale, applica gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a condizione che "tale applicazione non comprometta il livello di tutela offerta dalla Carta, come interpretato dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione"²⁰.

b) La giurisprudenza della Corte di giustizia "si combina" con quella della Corte EDU. Una combinazione o comune orientamento si può ritenere sussistente anche fra la Corte costituzionale e la Corte EDU quando la prima (sentenza n. 200/2016), conformandosi alla valutazione dello "stesso fatto" nella sua realtà naturalistica (*idem factum*, non già in relazione alla diversa qualificazione giuridica,

¹⁶ Sentenza 26.2.2013, causa C-617/10, EU: C:2013:105, punti 44-46. Richiamano detta sentenza le sentenze *Menci*, *Garlsson Real Estate*, *Di Puma* e *Consob* cit., rispettivamente punti 18, 22-23, 25-26; 24, 27-28, 33; 43.

¹⁷ Sentenza *Åkerberg Fransson* cit., punti 35-37, richiamando la sentenza della stessa Corte, 5.6.2012, causa C-489/10, *Bonda*, EU:C:2012:319, punti 33-45. Cfr. anche, per un rinvio ai principi affermati in dette sentenze, le sentenze cit. alla nota precedente.

¹⁸ Sulla valutazione in concreto dei fatti, non già confrontando le astratte fattispecie legali, Corte EDU, 10.2.2009, *Zolotukhine c. Russia*, §82; 4.3.2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, §224. Sul successivo orientamento della Corte, cfr. la sentenza 15.11.2016, GC, *A e B c. Norvegia*; 18.5.2017, *Jøhannesson e a. c. Islanda*. Per alcuni rilievi F. VIGANÒ, [La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari](#), in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016 e ID., [Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2017, p. 392 ss. Sulle conseguenze di tale, più recente orientamento nella giurisprudenza italiana, e per i riflessi su quello della Corte UE cfr. poco oltre, b).

¹⁹ Sentenza *Bonda* cit., punto 37. Sulle caratteristiche qui ricordate cfr. anche le sentenze cit. alla nota 16.

²⁰ Sentenza *Åkerberg Fransson* cit., punto 29, richiamato dal punto 36 ove si precisa che il giudice nazionale, se considera il cumulo fra sanzioni tributarie e penali contrario agli standard nazionali, deve tuttavia garantire che "le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive". L'orientamento è confermato dalle sentenze *Menci*, *Garlsson Real Estate*, *Di Puma* cit. alla nota 16.

ovvero *idem* legale), ritiene illegittimo l'art. 649 cod. proc. pen. nell'interpretazione giurisprudenziale ("diritto vivente") che esclude l'applicabilità della norma nel caso di concorso formale di reati²¹. Lo "stesso fatto" può dare luogo a un concorso formale di reati, ma la pluralità di reati è riconducibile a un *idem* se la valutazione è, in sostanza, quella, concreta e sostanziale, che compirebbe la Corte EDU. Di questa Corte viene richiamata, in particolare, la sentenza *Zolotukhine c. Russia*, che ha "consolidato" la giurisprudenza europea nel senso che la medesimezza del fatto si apprezza alla luce delle circostanze fattuali concrete, indissolubilmente legale nel tempo e nello spazio²². Di qui l'illegittimità, appunto, della norma "nella parte in cui secondo il diritto vivente esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che esiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza irrevocabile [*res iudicata*] e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale [*res iudicanda*]"²³.

Il c.d. dialogo fra le Corti, come appare evidente, si fa sempre più stretto²⁴.

Il più recente orientamento della Corte EDU (*A e B c. Norvegia* cit.), che richiede la presenza di un legame sostanziale e temporale tra due fatti perché sussista un *idem*²⁵ (con la conseguenza che non vi è lesione del *ne bis in idem* quando i fatti presentano tale legame) è stato ritenuto determinante dalla Corte cost. (24.1.2018, n. 43) per restituire gli atti al giudice rimettente per un nuovo esame della questione di costituzionalità dell'art. 649 cod. proc. pen., per contrasto con l'art. 117, comma 1 e con l'art. 4 Protocollo n. 7 nell'interpretazione fornita dalla Corte EDU (*ius superveniens* è stato ritenuto l'orientamento espresso, appunto, nella sentenza *A e B c. Norvegia* cit.)²⁶.

Critiche a tale orientamento sono state rivolte dall'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle cause *Menci, Garlsson Real Estate, Di Puma e Consob* citt. che, sembra utile ricordare, nascono da rinvii pregiudiziali italiani, sussistendo dubbi sulla compatibilità del sistema nazionale del "doppio binario" penale-amministrativo con

²¹ Corte cost. 21.7.2016, n. 200, c.d. processo *Eternit bis*. L'art. 649 cod. proc. pen. è dichiarato illegittimo per contrasto con l'art. 117 Cost., in riferimento all'art. 4 Protocollo n. 7. Ritiene la Corte che "Costituzione e CEDU si saldano dunque nella garanzia che la persona già giudicata in via definitiva in un processo penale non possa trovarsi imputata per il medesimo fatto storico". Alla definizione di fatto storico, precisa la Corte, concorrono non solo la condotta dell'imputato, ma anche l'evento e il nesso causale.

²² Corte cost. 200/2016 cit., par. 4. Sulla sentenza *Zolotukhine c. Russia*, cfr. la nota 18.

²³ Per alcuni rilievi cfr. 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 *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016; P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 60 ss.

²⁴ Sul dialogo fra Corti, F. VIGANÒ, [Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni](#), in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2016, e dello stesso, sull'orientamento della Corte EDU, *La Grande Camera*, cit. e *Una nuova sentenza*, cit.; G. DE AMICIS-P. GAETA, *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 476, ss.

²⁵ Cfr. sul più recente orientamento della Corte EDU la nota 18.

²⁶ Cfr. per rilievi in proposito 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.*, fasc. 3/2018, p. 324 ss.; sulle conseguenze del più recente orientamento cfr. anche Cass., Sez. III, 14.2.2018, n. 6993 e i rilievi di 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.*, fasc. 3/2018, p. 270 ss.

l'art. 50 Carta. Il criterio del legame sostanziale e temporale, osserva l'avvocato generale, è impreciso e indeterminato, lasciando in grave incertezza il giudice nazionale²⁷.

La Corte di giustizia, con la sentenza *Menci*, in particolare, precisa che, ai sensi dell'art. 52, par. 3 Carta, i diritti previsti dall'art. 50 devono tenere conto dell'art. 4 Protocollo n. 7 ai fini dell'interpretazione dell'art. 50 Carta, e quindi dell'interpretazione fornita dalla Corte EDU. La sentenza *A e B c. Norvegia*, tuttavia, ritiene sussistente l'*idem*, come si è detto, in presenza di quel criterio del "nesso temporale e materiale sufficientemente stretto", che è diverso dai requisiti individuati dalla Carta, così come interpretata dalla Corte UE. Afferma dunque la Corte che i requisiti di cui all'art. 50, in combinato disposto con l'art. 52, par. 1 "assicurano un livello di tutela del principio del *ne bis in idem* che non incide su quello garantito dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, quale interpretato" dalla Corte EDU²⁸. La necessità di coordinamento fra i due diversi "binari" sanzionatori è risolta dalla Corte sulla base dei requisiti che essa indica, fra i quali non rientra il discusso criterio prima ricordato. Al giudice nazionale è comunque devoluto il non facile compito di verificare, caso per caso, la sussistenza dei requisiti e, quindi, del cumulo²⁹. Il dialogo, insomma, continua.

²⁷ Su queste critiche, che sottolineano la necessità di fornire al giudice nazionale, a seguito di rinvio pregiudiziale, un minimo di certezza e prevedibilità, si vedano i riferimenti alla nota 2.

²⁸ Cfr. la sentenza *Menci* cit., punti 60-62.

²⁹ Per un richiamo al compito del giudice nazionale si vedano le sentenze *Menci*, punti 27, 32, 44, 51, 57, 59, 64; *Garlsson Real Estate*, punti 53, 61.