

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/10/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38687-il-concetto-di-medesimi-fatti-ai-fini-dell-operativit-del-ne-bis-in-idem>

Autore: Moregi Moreno

Il concetto di “medesimi fatti” ai fini dell’operatività del ne bis in idem

Il concetto di “medesimi fatti” ai fini dell’operatività del *ne bis in idem*

Moreno Moregi

Indice

Introduzione	3
1. Il divieto di <i>bis in idem</i> nazionale.....	4
2. Il divieto di <i>bis in idem</i> in ambito CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo	8
3. Il concetto di “medesimi fatti” applicato al concorso formale di reati nel diritto vivente nazionale	13
4. L’applicabilità della CEDU e dell’art. 4 Prot. VII nell’ordinamento nazionale	16
Bibliografia e indice giurisprudenziale.....	24

Introduzione

Il *ne bis in idem* è un principio che contribuisce alla tutela della certezza del diritto, all'economicità processuale e alla garanzia dell'individuo come diritto a non essere sottoposto a diversi giudizi o condanne per lo stesso fatto. E' rilevante stabilire la portata del *ne bis in idem* in tutti i livelli, visto che il principio è difformemente elaborato e inquadrato nella pluralità degli ordinamenti giuridici statuali e nelle svariate convenzioni pattizie che lo includono, al fine di comprendere l'attuale rischio di esser processati e condannati più volte per il medesimo fatto.

Scongiurare la proliferazione di azioni penali concomitanti e la ripetizione del giudizio già concluso con pronuncia definitiva risponde non solo ad una esigenza di coerenza dell'ordinamento, ma è ancor prima garanzia a tutela per l'individuo a non essere sottoposto a diverse persecuzioni in relazione allo stesso fatto-reato.

La portata del divieto di *bis in idem* è fortemente determinata dal concetto di "medesimi fatti" che diversamente interpretato implica una differente portata della tutela apprestata.

Il lavoro è stato strutturato in modo logico-deduttivo, tenendo in particolar modo conto della disciplina nazionale e di quella europea relativamente all'area CEDU.

1. Il divieto di *bis in idem* nazionale

Sono ragioni di certezza del diritto in senso oggettivo¹ e soggettivo², di economia processuale e di garanzia per l'imputato a non essere sottoposto diverse volte allo stesso procedimento penale per il medesimo fatto che giustificano l'esistenza del principio del *ne bis in idem*³ il quale vieta di procedere a carico della stessa persona quando sul medesimo fatto di reato sia già formata una pronuncia definitiva. Il divieto di un secondo giudizio può essere sancito nella forma sostanziale (operante nella fase procedimentale) o processuale (operante nella fase *post*-decisionale mediante la c.d. forza di giudicato)⁴ ed estrinsecarsi a livello nazionale, in ambito comunitario o sovranazionale (orizzontale o verticale a seconda che il *bis in idem* rilevi tra diverse giurisdizioni nazionali o tra queste ultime e una delle corti internazionali)⁵.

Il divieto di *bis in idem* nell'ordinamento italiano non trova esplicito riconoscimento nella Carta costituzionale anche se in dottrina e in giurisprudenza c'è chi ritiene che la mancata previsione sarebbe da considerarsi incompatibile con i caratteri salienti del "giusto processo", il quale «richiede non solo la rispondenza alle regole della ragionevole durata e della parità delle parti, ma sottende altresì il

¹ Come rispetto della pronuncia di un giudice da parte di tutti i soggetti appartenenti all'ordinamento giudiziario.

² Si vedano, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2011, p. 782; G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, 1963, p. 90.

³ Il tentativo di scongiurare che si svolga due volte un processo in relazione alla stessa persona per i medesimi fatti costituisce un'esigenza avvertita in ogni epoca: già nell'Antico Testamento si legge la frase *non iudicabit deus bis in id ipsum*; in epoca romana il principio costituiva una regola del processo per *legis actiones* indicata con la locuzione *rem actam agere o res acta est, actum est.*, successivamente documentata in una diversa forma, espressa con la locuzione *ne bis in idem* riferita al processo formulare; in F. ZUNICA, *Il principio del ne bis in idem: fondamento storico e limiti applicativi nel processo penale italiano*, in *Fides humanitas ius*, Vol. VIII, *Studi in onore di Luigi Labruna*, Editoriale scientifica, 2008, pp. 6145 ss.

⁴ V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, IV ed., Torino, 1972, p. 585.

⁵ L'esigenza di dare tutela alle ragioni che sottendono al *ne bis in idem* dovrebbero consentire di affermare la preclusione del giudicato operante sia verso le pronunce nazionali sia verso quelle sovranazionali; tuttavia è prevalente l'opinione di chi ritiene che non esistano le condizioni per assumere il principio a consuetudine internazionale, anche vista l'inclusione del *ne bis in idem* in accordi pattizi sovranazionali quale riprova dell'inesistenza del principio elevato a consuetudine e del fatto che gli Stati in quest'ambito debbano di volta in volta utilizzare strumenti pattizi.

diritto dell'imputato a non esser perseguito più di una volta per l'identico fatto»⁶. Ed infatti, secondo la Corte costituzionale, «l'esigenza di definitività e certezza delle decisioni penali sottesa al disposto dell'art. 649 c.p.p. costituisce un valore costituzionalmente protetto in quanto ricollegabile sia al diritto alla tutela giurisdizionale sia al principio della ragionevole durata del processo»⁷.

L'art. 649 c.p.p. che sancisce il divieto di *bis in idem* prevede che l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o con decreto penale divenuti irrevocabili⁸, non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto⁹, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze¹⁰, salvo il caso in cui il giudice dichiari, con sentenza l'estinzione del reato per morte dell'imputato, qualora successivamente si accerti che la morte era stata erroneamente dichiarata (art. 69 comma secondo c.p.p.) e il caso in cui il giudice dichiari, con provvedimento di archiviazione o con sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere la mancanza di una condizione di procedibilità, qualora successivamente, sopravvenga la condizione e la mancanza venga meno (art. 345 c.p.p.). Se ciò nonostante è di nuovo iniziato procedimento penale il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere enunciandone la causa nel dispositivo.

Dal giudicato deriva un "effetto vincolante" che impone agli altri giudici di ritenere "vero" il fatto accertato in relazione solo ed esclusivamente a quel soggetto e a quel fatto e un "effetto preclusivo"¹¹ o impeditivo, il quale comporta che l'imputato

⁶ Cfr., Cass. pen. sez. un., 28/06/2005, Donati in Guida dir., 2005, p 40 ss.; P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Zanichelli, 2004, p. 33 nota 22; P. MOSCARINI, *L'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato*, Cedam, 2005, p. 56 ss.

⁷ Corte Cost., ord. n. 501/2000; Corte Cost., sent. n. 129/2008.

⁸ Per irrevocabilità si intende la non impugnabilità del provvedimento emesso dal giudice con i mezzi ordinari, quali l'appello e il ricorso per cassazione, visto l'inutile decorso del termine per impugnare o l'esautorarsi di tutte le possibilità d'impugnazione ordinaria; va precisato dunque che, i provvedimenti irrevocabili sono impugnabili attraverso i mezzi straordinari, quali la revisione e il ricorso per cassazione per errore materiale o di fatto.

⁹ Considerato sotto il punto di vista soggettivo, come "identità" tra la persona nei confronti della quale si è già formato il giudicato e la persona che si vorrebbe sottoporre a procedimento penale e sotto il punto di vista oggettivo, come "medesimo fatto storico".

¹⁰ Ricomprende cioè sia le fattispecie in cui vi è un identico fatto storico, sia le fattispecie in cui il fatto storico è il medesimo ma è rappresentato differentemente.

¹¹ Occorre sottolineare, in relazione all'effetto preclusivo del giudicato, che «la giurisprudenza ha interpretato il ne bis in idem come un principio generale dell'intero sistema processuale e ha ritenuto precluso un secondo giudizio in relazione al medesimo fatto attribuito alla stessa persona anche in presenza di un processo ancora pendente e non definito con sentenza irrevocabile. In ogni caso è

prosciolto o condannato non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto¹².

In una prima fase l'applicazione del *ne bis in idem* è stata ricondotta alla semplice esistenza di decisioni giurisdizionali connotate dal requisito dell'irrevocabilità¹³. Tale indirizzo ha subito un'incrinatura quando è stato ritenuto che l'art. 649 c.p.p. esprime «un costante orientamento di sistema, dettato ad evitare duplicità di decisioni» e un «generale principio di *ne bis in idem* che tende innanzi tutto ad evitare che per lo stesso fatto reato si svolgano più procedimenti e si emettano più provvedimenti, l'uno indipendente dall'altro»¹⁴.

Tale filone interpretativo teso ad elevare il principio del *ne bis in idem* a regola immanente nel sistema è stato recepito dalla giurisprudenza che si è espressa sulla possibilità della pronuncia di non doversi procedere, nel senso della non

necessario che i due processi siano pendenti contemporaneamente, che siano stati instaurati ad iniziativa dello stesso ufficio del pubblico ministero, che non siano riconducibili nell'ambito dei confini di competenza e che siano stati devoluti, anche se in fasi o gradi diversi, alla cognizione di giudici appartenenti alla stessa sede giudiziaria», P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 920; Cass., sez. un., 28/06/2005, Donati, in Guida dir., 2005, cit., p. 40 ss.

¹² Il principio assume la denominazione latina di *ne bis in idem* negli ordinamenti processuali di tradizione continentale e la denominazione di divieto di *double jeopardy* negli ordinamenti processuali di tradizione angloamericana e sta a significare in estrema sintesi la regola in base alla quale nessuno può essere processato due volte per lo stesso fatto; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 915 ss.

¹³ L'esistenza di una pronuncia irrevocabile costituisce condizione tassativa e inderogabile per l'applicazione dell'art. 649 c.p.p., Cass. sez. III, 23 febbraio 2005, P.M. in Proc. Massa, rv. 230872.

¹⁴ Di qui si è consolidato un filone interpretativo uniformemente rivolto ad attribuire all'art. 649 c.p.p. una dimensione applicativa più ampia di quella che traspare dalla enunciazione letterale, essendo la disposizione strettamente correlata al principio generale dell'ordinamento processuale che vieta la duplicazione del processo contro la stessa persona per il medesimo fatto; cfr. Cass. sez. V, 10 luglio 1995, Pandolfo, in Cass. pen., 1996, 2611, rv. 202653; Cass. sez. VI, 11 febbraio 1999, Siragusa, rv. 212864; Cass. sez. VI, 25 febbraio 2002, P.G. in Proc. Sulsenti; Cass. sez. I, 30 aprile 2003, Morteo, rv. 225004; Cass. sez. VI, 18 novembre 2004, Fontana, rv. 230760; Cass. sez. III, 5 aprile 2005, P.G. in Proc. Chiarolini; la stessa giurisprudenza costituzionale nelle pronunce 318/2001 e 39/2002 individua un sincretismo tra il divieto di sottoposizione a nuovo giudizio sancito dall'articolo 649 c.p.p. e la formula d'improcedibilità dell'articolo 529 c.p.p., laddove questa sanziona un'interdizione all'esercizio dell'azione penale «l'azione penale non poteva essere iniziata o proseguita» a causa dell'avvenuta consumazione del potere punitivo nell'ambito di un precedente giudizio inerente al medesimo fatto-reato; ciò perché «la regola della declaratoria dell'effetto preclusivo, sub specie di sentenza di improcedibilità dell'azione penale, è da ritenere espressa in termini generali [...], dovendosi pertanto reputare ininfluyente che il nuovo codice, a differenza di quanto comunemente si affermava con riferimento a quello abrogato (art. 90 cod. proc. pen. del 1930), non consideri specificamente tale situazione nell'ambito dell'istituto del *ne bis in idem* (v. artt. 649, comma primo, e 648, comma primo, cod. proc. pen.)».

proponibilità dell'azione penale nelle ipotesi di litispendenza, ritenendo ammissibile la preclusione non attraverso la diretta applicazione della disposizione di cui all'art. 649 c.p.p. ma in virtù di un divieto più ampio – di cui tale norma è espressione – il quale, anche in assenza di un provvedimento irrevocabile, «rende la duplicazione dello stesso processo incompatibile con le strutture fondanti dell'ordinamento processuale e ne permette la rimozione con l'impiego dei rimedi enucleabili dal sistema» ed infatti, «l'art. 649 costituisce un singolo, specifico, punto di emersione del principio del ne bis in idem, che permea l'intero ordinamento dando linfa a un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica *regiudicanda*, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema. A tale divieto va attribuito, pertanto, il ruolo di principio generale dell'ordinamento dal quale, a norma del secondo comma dell'art. 12 delle Preleggi, il giudice non può prescindere quale necessario referente dell'interpretazione logico-sistematica»¹⁵.

¹⁵ Cass. Pen., sez. un, 28 giugno – 28 settembre 2005, n. 34655; così rispetto al decreto o all'ordinanza di archiviazione in difetto dell'autorizzazione alla riapertura delle indagini; la pronuncia di non luogo a procedere emessa ex art. 425 c.p.p. pur se non ricompresa fra quelle dell'art. 649 c.p.p. si ritiene impedisca ugualmente l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto contro la medesima persona ove in concreto manchino le condizioni per la sua revocabilità; se poi la sentenza è stata emessa per estinzione del reato l'effetto preclusivo è irreversibile e del tutto assimilabile a quello di cui all'art. 640 c.p.p., poiché non è possibile configurare neppure in via ipotetica la sopravvenienza di presupposti per un nuovo esercizio dell'azione penale; diversamente la sentenza di non doversi procedere pronunciata per mancanza della querela non impedisce l'esercizio di un secondo giudizio, qualora sia successivamente (ma tempestivamente) ritualmente proposta.

2. Il divieto di *bis in idem* in ambito CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo

Il principio del *ne bis in idem* è sancito a livello europeo (*latu sensu* inteso) dall'art. 4 Protocollo VII¹⁶ della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. CEDU)¹⁷ che al primo comma, statuisce il diritto a non essere perseguiti o condannati due volte dalla giurisdizione di uno Stato membro.

In una serie di pronunce la Corte europea dei diritti dell'uomo (c.d. Corte EDU) ha delineato le caratteristiche essenziali del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 del Prot. VII della Convenzione¹⁸ precisando che lo stesso non vieta la contemporanea

¹⁶ Adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984 e ratificato dall'Italia con la l. 98/1990; occorre aggiungere che la CEDU non ha ritenuto valida la riserva, ai sensi dell'art. 57 della Convenzione, espressa dall'Italia sugli artt. 2 e 4 del protocollo VII, in sede di ratifica dello stesso, secondo la quale le norme di tali articoli avrebbero dovuto trovare applicazione, nel proprio ordinamento interno, solo per gli illeciti che la legge italiana definisce penali; la Corte EDU ha ritenuto nulle tali riserve per violazione del citato art. 57, comma secondo, della Convenzione e cioè per mancanza di precisione e chiarezza della stessa, Corte EDU, sent. Grande Stevens c. Italia, 4 marzo 2014.

¹⁷ Firmata a Roma il 4 novembre 1950, ed entrata in vigore il 3 settembre 1953, ratificata dall'Italia attraverso la l. 848/1955.

¹⁸ Individuando la materia penale al fine di delimitare il campo di applicazione del *ne bis in idem* sancito dalla Convenzione, ritenendo a tal fine applicabili i criteri Engel, elaborati in una decisione del 1976, progressivamente affinati (da ultimo, con la decisione Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014), riassumibili nel considerare di natura penale la sanzione qualificata tale dal sistema giuridico dello Stato in cui l'illecito è contestato (tale indicazione ha solo valore formale e relativo poiché la Corte deve supervisionare sulla correttezza di tale qualificazione alla luce degli altri fattori indicativi del carattere "penale" dell'accusa), nel valutare la natura della violazione o dello scopo e gravità della sanzione ed il grado di severità della pena che rischia la persona interessata; criteri tra loro alternativi ma utilizzabili anche cumulativamente, se l'analisi separata di ognuno di essi non permettesse di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di un'accusa in materia penale; al fine dell'applicazione del *ne bis in idem* la Corte EDU, con la sent. Rosenquist c. Svezia del 2004 aveva escluso, dichiarando inammissibile il relativo ricorso, l'identità delle fattispecie nel caso di illeciti penali e illeciti amministrativi, sulla base di una valutazione delle fattispecie astratte (*legal characterisation*) poiché gli illeciti penali e quelli amministrativi divergevano per gli elementi costitutivi di essi e anche per il diverso elemento psicologico previsto; tale orientamento che portava ad escludere anche per l'ordinamento italiano il pericolo della violazione del *ne bis in idem*, subiva un mutamento con la sent. Sergey Zolotukin c. Russia del 10 febbraio 2009, resa dalla Grande Camera della Corte EDU; quest'ultima, ai fini dell'individuazione della stessa offesa (*same offence*), cioè dell'identità del fatto, non ritiene più che si debbano equiparare le fattispecie (penale e amministrativa) astratte, ma che occorra fare riferimento al fatto storico-naturalistico, a prescindere dagli altri elementi costitutivi delle fattispecie; cfr. Corte EDU, sent. Engel c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976; Corte EDU, sent. Ozturk c. Germania, 21 febbraio 1984; Corte

pendenza di procedimenti per lo stesso fatto, sanzionando soltanto la mancata interruzione degli altri nel momento in cui uno di essi sia divenuto definitivo e che il divieto convenzionale non trova applicazione nelle ipotesi di sanzioni inflitte da autorità diverse nell'ambito di procedimenti strettamente collegati dal punto di vista sostanziale e temporale¹⁹.

Ne consegue che il principio del *ne bis in idem* delineato dalla Convenzione opera subordinatamente a due requisiti: uno di carattere processuale richiedente la definitività della pronuncia²⁰, l'altro di carattere materiale richiedente sia l'identità tra soggetto giudicato e persona nei cui confronti si sta nuovamente procedendo²¹ (aspetto soggettivo) nonché l'identità tra i fatti giudicati e quelli nuovamente contestati (aspetto oggettivo).

In particolare l'esegesi del concetto di "medesimi fatti" può essere considerata da un punto di vista "normativo", con riferimento alla coincidenza tra gli elementi costitutivi degli illeciti contestati o sul piano "storico-naturalistico", verificando la sovrapposibilità tra i fatti oggetto della prima e della seconda contestazione.

L'adozione di medesimo fatto nella prima accezione, quella normativa, limita l'operatività della preclusione e di riflesso la tutela apprestata dal divieto di *bis in idem* atteso che non vi sarebbe medesimezza nel reato progressivo (es. percosse, lesioni, omicidio; giudicato per l'ultimo si potrebbe, contemporaneamente o nuovamente procedere per gli altri), nel delitto tentato poi consumato²² e nelle

EDU, sent. Lutz c. Germania, 25 agosto 1987; Corte EDU, sent. Lussila c. Finlandia, n. 73053/2001; Corte EDU, sent. Grande Stevens c. Italia, 4 marzo 2014.

¹⁹ Corte EDU, sent. Luky Dev c. Svezia, 27 novembre 2014; cfr. Corte EDU, sent. Sergey Zolotukhin c. Russia, 10 febbraio 2009; Corte EDU, sent. Nilsson c. Svezia, 13 dicembre 2005.

²⁰ Per pronuncia definitiva, ai sensi dell'art. 4 Prot. VII CEDU, deve intendersi la decisione per la quale le parti hanno esaurito tutti i mezzi di impugnazione ordinari previsti dall'ordinamento dello stato aderente; Corte EDU Sent. Franz Fischer c. Austria, 22 maggio 2001; Corte EDU, sent. Gradinger c. Austria, 23 ottobre 1995; l'art. 4 Prot. VII prevede che non sussista violazione del divieto di doppio giudizio nel caso in cui il procedimento sia riaperto per l'emersione di fatti o elementi nuovi o per un vizio della procedura: in questo caso, non viene celebrato un nuovo procedimento (*retrial*) e, dato che la CEDU non prevede il limite della revisione in *peius*, la riapertura del procedimento può astrattamente portare a una condanna dopo una pronuncia di archiviazione o una sentenza di non luogo a procedere, di assoluzione o a una condanna più mite già eseguita; cfr. Corte EDU, Sent. Nikitin c. Russia, 20 luglio 2004; Corte EDU, sent. Fadin c. Russia, 27 luglio 2006.

²¹ Il requisito è soddisfatto dall'identità tra la persona giudicata e la persona nuovamente sottoposta a giudizio, non rilevando l'identità delle persone offese dal reato; in S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 392.

²² F. CORDERO, *Procedura penale*, 2006, Giuffrè, 2006, pp. 1228 ss.

ipotesi di concorso formale di reati²³. Per converso interpretare il concetto di medesimo fatto nella seconda accezione, cioè quella storico-naturalistica, significa ampliare la portata preclusiva del *ne bis in idem*, garantendo maggiormente i cittadini, restando fedeli alla *ratio* della tutela del divieto in parola.

Ed è in questo quadro di garanzia che la Corte di Strasburgo, in relazione all'art. 4 del Prot. VII CEDU si è mossa, adottando in via esclusiva il criterio storico-naturalistico che ha progressivamente assunto i connotati del «diritto consolidato»²⁴. Nella pronuncia della Grande Camera nella causa Serguei Zolotukhine c. Russia del 10 febbraio 2009, la Corte EDU ha affermato che la preclusione prevista dalla CEDU, opera allorché il secondo processo sia fondato su «fatti identici» o «fatti sostanzialmente uguali» rispetto a quelli che già furono giudicati.

La Corte EDU ha dato atto di avere assunto in passato approcci diversi, ponendo l'enfasi in alcuni casi sull'identità dei fatti²⁵, in altri sulla possibilità che diversi reati derivanti la medesima condotta siano puniti in separati procedimenti²⁶, in altri ancora sull'esistenza di elementi essenziali comuni a differenti reati²⁷ e ritenendo

²³ Orbene, mentre nel caso del reato tentato poi consumato può scongiurarsi una duplicazione dell'addebito al soggetto agente mediante l'art. 56 primo comma c.p., secondo il quale si risponde del tentativo «se l'azione non si compie o l'evento non si verifica» e grazie alle teorie sull'antefatto ed il post-fatto non punibili che si riferiscono a quei reati costituenti «la normale premessa o il naturale sbocco di altri reati che secondo l'*id quod plerumque accidit* costituiscono il mezzo per realizzare un reato più grave oppure per conseguire lo scopo per cui fu commesso un più grave reato», nel caso del reato progressivo (*sub species* del reato complesso) la moltiplicazione dell'addebito è scongiurata oltre che dall'art. 84 primo comma del c.p., prevedendo che le disposizioni sul concorso di reati non si applicano «quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato», dall'art. 15 del c.p. mediante il criterio di specialità (teoria monista) o quello di assorbimento (teoria pluralista), in applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale. F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, ed. VIII, Cedam, pp. 493 ss.

²⁴ Cfr. Corte Cost., sent. n. 49/2015.

²⁵ Corte EDU, sent. Gradinger c. Austria, 23 ottobre 1995.

²⁶ Corte EDU, sent. Oliveira c. Svizzera, 30 luglio 1998; Corte EDU, sent. Goktan c. Francia, 2 luglio 2002; Corte EDU, sent. Gauthier c. Francia, 24 giugno 2003; Corte EDU, sent. Ongun c. Turchia, 10 ottobre 2006.

²⁷ Corte EDU, sent. Franz Fischer c. Austria, 29 maggio 2001, in cui è stato precisato che l'articolo 4 del protocollo n. VII consente l'esercizio dell'azione penale per vari reati derivanti da un unico atto criminale; tuttavia, sarebbe incompatibile con la disposizione se un soggetto venisse giudicato o punito di nuovo per reati che sono stati nominalmente diversificati, potendo la Corte esaminare se tali reati abbiano o meno i medesimi "elementi essenziali"; tale approccio è stato seguito nella sent. WF c. Austria del 30 maggio 2002 e nella sent. Sailer c. Austria, 6 giugno 2002; nella più recente sentenza Garretta c. Francia del 4 marzo 2008, la Corte ha stabilito che due reati presentino diversi "elementi essenziali" qualora sia diverso il disvalore penale ed i beni giuridici da essi protetti.

che la diversità di tali approcci generi un'incertezza giuridica incompatibile con il diritto fondamentale sancito dall'art. 4 Prot. VII, ha ritenuto opportuno fornire una precisa definizione di cosa debba intendersi per "*same offence*" ai fini della Convenzione.

Pertanto, la Corte ha stabilito che «l'articolo 4 del Protocollo n. VII debba essere inteso come divieto di perseguire e giudicare una persona per un secondo reato quando all'origine di questo vi siano fatti identici o fatti «sostanzialmente» uguali a quelli all'origine del primo reato. Questa garanzia entra in gioco in caso di avvio di un nuovo procedimento e di avvenuto passaggio in giudicato della precedente sentenza di assoluzione o condanna». La tutela preclusiva non è limitata a garantire il diritto a non essere punito due volte per lo stesso fatto, ma deve essere estesa al diritto a non essere perseguito o giudicato due volte, ribadendo che l'obiettivo è vietare la ripetizione di un procedimento penale allorquando si è in presenza di un precedente giudizio che si è già concluso con una decisione definitiva²⁸.

La Corte europea ha definito i contorni dell'ambito applicativo del principio del *ne bis in idem* sancito dalla CEDU e da tale opzione ermeneutica non si è più discostata.

Nella sentenza Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014, la Corte EDU, nuovamente richiamando la precedente pronuncia della Grande Camera, Serguei Zolotoukhine c. Russia, ha ulteriormente precisato che ai fini dell'accertamento della sussistenza del *bis in idem*, non si tratta di verificare se vi sia coincidenza tra gli «elementi costitutivi degli illeciti» ma se vi sia sovrapposibilità tra i fatti oggetto, rispettivamente, della prima e della seconda contestazione perché riconducibili alla «medesima condotta»; a tal fine «gli elementi del fascicolo comprenderanno ovviamente la decisione con la quale si è concluso il primo «procedimento penale» e la lista delle accuse mosse nei confronti del ricorrente nell'ambito del nuovo procedimento. Tali documenti includono ovviamente un'esposizione dei fatti relativi all'illecito per cui il ricorrente è stato già giudicato e una descrizione del secondo illecito di cui è accusato. Tali esposizioni costituiscono un utile punto di partenza, per l'esame da parte della Corte, per poter stabilire se i fatti oggetto dei due procedimenti sono identici o sono in sostanza gli stessi», la Corte osserva ancora che «dai principi enunciati nella causa Serguei Zolotoukhine risulta che la questione da definire non è quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti [...], siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti [...] fossero riconducibili alla stessa condotta».

²⁸ Corte EDU, sent. Serguei Zolotoukhine c. Russia, 10 febbraio 2009.

Sul *ne bis in idem* ex art. 4 Prot. VII operante solo dopo l'irrevocabilità della statuizione riguardante uno dei procedimenti pendenti rispetto all'altro si è recentemente pronunciata la Corte EDU, nella sentenza Butnaru et Bejan-Piser c. Romania del 23 giugno 2015, chiarendo che l'efficacia interdittiva si estende sino a precludere a monte l'instaurazione di un secondo processo e, solo come conseguenza ulteriore, la pronuncia di una seconda sentenza. La Corte EDU ha affermato che l'art. 4 Prot. VII costituisce una garanzia non solo a non essere «condannati» due volte ma anche a non essere «processati» due volte, e non avendo riguardo agli elementi costitutivi delle fattispecie oggetto di addebito ma valutando gli accadimenti come l'insieme delle circostanze fattuali inscindibilmente legate tra loro così come esse appaiono circostanziate nello spazio e nel tempo, originate dal medesimo comportamento, essendo irrilevante l'eventualità che i due procedimenti abbiano ad oggetto «elementi parzialmente differenti».

L'obiettivo del divieto del *bis in idem* previsto dalla CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, è quello di escludere la duplicazione di afflizioni punitive. L'ambito di tutela esige un unico procedimento (penale o amministrativo) ed un unico giudicato definitivo sul fatto storico, prescindendo da ulteriori violazioni astrattamente configurabili ma non concretamente contestate, così determinando fuori da tale prospettiva l'operatività della citata preclusione. Il *ne bis in idem* così elaborato è rispondente ad elevate esigenze di giustizia e di equità²⁹, di certezza del diritto e di economia processuale tendenti a limitare le moltiplicazioni processuali afflittive per il cittadino e dispendiose per lo stato.

²⁹ La pena ai sensi dell'art. 27 della Cost. e degli artt. 132 e ss. del c.p., ha finalità rieducative e preventive; non retributive.

3. Il concetto di “medesimi fatti” applicato al concorso formale di reati nel diritto vivente nazionale

Anche il divieto di *bis in idem* sancito a livello nazionale è stato oggetto di pronunce interpretative.

La nozione di “identità del fatto”, ai fini dell’operatività della preclusione di cui all’art. 649 c.p.p., è stata costantemente intesa dalla Cassazione quale coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta oggetto dei due processi. Il “medesimo fatto” sussiste ove vi sia «corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento e nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona»³⁰, delineandosi un ambito di applicazione limitato ai casi in cui si riscontri la coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato. E’ in questi termini, in quanto segnati dalla pronuncia delle Sezioni Unite, che l’art. 649 c.p.p. vive nell’ordinamento nazionale e si tratta di una affermazione netta e univoca a favore dell’*idem factum*, sebbene il fatto sia poi scomposto nella triade di condotta, nesso di causalità ed evento naturalistico. La condizione affinché tale *idem factum* sia compatibile con la consolidata giurisprudenza europea sul fatto storico è la ponderazione degli elementi indicati (condotta, evento, nesso causale) con esclusivo riferimento alla dimensione empirica escludendo ogni rilevanza in termini giuridici.

Tuttavia quando diverse previsioni normative considerano distinte situazioni tipiche, hanno diversa collocazione sistematica all’interno del codice penale e divergono con riferimento all’elemento soggettivo ovvero presentano differente «schema legale tipico» e diverso «contenuto costitutivo», possono presentarsi in concorso formale così realizzando il soggetto agente con un’unica azione più eventi penalmente rilevanti³¹. Pertanto non potrà invocarsi la violazione del *ne bis in idem* laddove la norma incriminatrice contempli un evento giuridico diverso da quello che fu oggetto della prima pronuncia, atteso che il «fatto» di cui all’art. 649, primo comma c.p.p., si identifica nell’elemento materiale del reato costituito da «condotta, evento e nesso causale» e attesa la non necessaria coincidenza tra fatto in senso naturalistico e fatto in senso giuridico nell’ipotesi di concorso formale di reati. La pronuncia irrevocabile formatasi con riguardo a uno di tali eventi non impedisce un nuovo procedimento per il reato in concorso formale avente per

³⁰ Cass. pen., sez. un., 28 giugno – 28 settembre 2005, n. 34655.

³¹ Cass. 10048/1993; Cass. 1648/1983.

oggetto, non il medesimo fatto ma quella parte di fatto in senso giuridico non contemplato dalla prima norma incriminatrice applicata caratterizzata dal diverso evento giuridico³². Ed infatti «sulla corrispondenza di tale regola a un orientamento costante della giurisprudenza di legittimità non vi sono dubbi, posto che essa è stata ininterrottamente applicata dall'entrata in vigore dell'art. 90 c.p.p. del 1930 fino ad oggi, anche dopo che a quest'ultima disposizione è subentrato l'art. 649 del nuovo c.p.p. La sola eccezione ammessa, al fine di prevenire un conflitto tra giudicati, è quella che la giurisprudenza ha ravvisato nel caso in cui il primo processo si è concluso con una pronuncia definitiva perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso»³³.

Pertanto quando più illeciti scaturiscono dalla medesima condotta realizzano un concorso formale di reati, i quali se contestati in procedimenti separati non determinano l'operatività del divieto del *bis in idem* ex art. 649 c.p.p. come interpretato dalla Cassazione, la quale (valuta l'*idem factum* alla stregua del reato considerato in tutti i suoi elementi costitutivi comprendendo condotta, evento e nesso causale) riconosce valore al solo fatto identico a quello all'origine del primo reato, determinando potenzialmente e nonostante l'irrevocabilità della statuizione sull'uno la pendenza sull'altro, in violazione del principio sancito dall'art. 4, Prot. VII, CEDU³⁴.

In linea astratta la circostanza che i reati concorrano formalmente non sembrerebbe interferire con l'area coperta dal dettato normativo dell'art. 649 c.p.p., posto che quest'ultima dovrebbe operare esclusivamente in riferimento al giudicato sul medesimo fatto, sia che esso integri un solo reato e sia che integri diverse fattispecie delittuose realizzate con unica azione od omissione. Tuttavia il diritto vivente ha saldato il profilo sostanziale implicato dal concorso formale dei reati ex art. 81 c.p. con quello processuale recato dal divieto di *bis in idem*, esonerando il giudice dall'indagare sulla identità empirica del fatto ai fini dell'applicabilità dell'art. 649 c.p.p., costruendo un divieto di *bis in idem* operante mediante profili di apprezzamento inerenti la dimensione giuridica che erano stati

³² Cass. 3116/1994; Cass. 6801/1994; Cass. 25141/2009; Cass. 18376/2013; Cass. 50310/2014.

³³ Corte Cost., Sent., n. 200/2016.

³⁴ G.I.P. Trib. di Torino, Ord. del 24 luglio 2015, «dichiara rilevante e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui limita l'applicazione del principio del *bis in idem* all'esistenza del medesimo "fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico" così come delineato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per violazione dell'art. 117 c. 1 Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU».

esclusi attraverso l'adesione ad una concezione rigorosamente naturalistica di condotta, nesso causale ed evento³⁵. Ed infatti «questa operazione, connaturata in modo del tutto legittimo al giudizio penalistico sul concorso formale di reati, e dalla quale dipende la celebrazione di un eventuale *simultaneus processus*, deve reputarsi sbarrata dall'art. 4 del Protocollo n. 7, perché segna l'abbandono dell'*idem factum* quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di *bis in idem*»³⁶.

A ben vedere, anche escludendo la normativa sovranazionale, il *ne bis in idem ex art. 649 c.p.p.* come interpretato dalla Corte di Cassazione appare incostituzionale in combinato disposto con l'art. 111 della Costituzione in quanto fare forzatamente riferimento - ai fini della operatività della preclusione del *bis in idem* - al "medesimo fatto" tenendo conto anche di indici giuridici e non meramente empirici, apre la strada alle duplicazioni processuali non solo in riferimento al doppio binario (penale e amministrativo) ma anche all'interno della stessa materia processual-penalistica violando il "giusto processo" che si caratterizza per essere "unico" (non a caso il singolare viene usato nell'art. 111 della Costituzione in tutto il suo dettato), la sua ragionevole durata e il diritto per l'accusato di essere nel più breve termine possibile informato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico.

Concludendo l'esistenza di un concorso formale tra i reati oggetto della *res iudicata* e della *res iudicanda* deve essere ritenuto un fattore ininfluenza ai fini della operatività dell'art. 649 c.p.p. in quanto il fatto (anche scomposto nella triade condotta, nesso causale ed evento) alla base del *bis in idem* deve essere sempre valutato nella sola dimensione empirica e mai giuridica.

³⁵ Corte Cost., sent. n. 200/2016.

³⁶ Corte Cost., sent. n. 200/2016.

4. L'applicabilità della CEDU e dell'art. 4 Prot. VII nell'ordinamento nazionale

Se la questione relativa all'interpretazione del concetto di "medesimi fatti" in relazione al concorso formale di reati trova soluzione con la recente sentenza 200 del 2016 della Corte Costituzionale, non altrettanto può chiaramente dirsi circa la diretta applicabilità della normativa CEDU ed in particolare dell'art. 4 del Prot. VII ad opera del giudice nazionale.

Il Parlamento europeo congiuntamente al Consiglio dell'Unione europea e alla Commissione hanno proclamato nel 2000 la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla quale il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha conferito il medesimo valore giuridico dei Trattati. Il Trattato di Lisbona ha altresì modificato l'articolo 6 del Trattato UE prevedendo in generale l'adesione dell'Unione alla CEDU e in particolare l'integrazione dei diritti fondamentali della CEDU nel diritto dell'Unione. Tuttavia, il Protocollo n. 8³⁷ subordina l'accordo di adesione alla soddisfazione di talune condizioni intese in particolare a garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione (competenze e attribuzioni delle istituzioni comunitarie) e del diritto comunitario.

L'estensione della CEDU nel diritto della UE poneva la questione se il giudice italiano potesse - per come stabilito dalla sentenza della Corte Cost. 170 del 1984 riguardo alle direttive auto esecutive e ai regolamenti comunitari - direttamente disapplicare le norme in contrasto con la CEDU oppure dovesse continuare a rispettare il procedimento previsto dalla Corte Costituzionale con la sentenza 348 del 2007, con la quale - premesso che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non crea un ordinamento giuridico sovranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti, «essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale [...] da cui derivano obblighi per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico in un sistema più vasto, da cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti [...] per tutte le autorità interne degli Stati membri» - la Consulta ha affermato che nel caso di contrasto tra la norma interna e quella della Convenzione, tale asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale per eventuale violazione dell'art. 117

³⁷ Relativo all'articolo 6 secondo comma del Trattato sull'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

primo comma della Costituzione - il quale impone al legislatore il rispetto nell'attività di produzione legislativa degli obblighi internazionali - di esclusiva competenza del giudice delle leggi.

Nella sentenza 80/2011 la Corte Costituzionale ha escluso che dalla enunciazione dei commi secondo e terzo dell'art. 6 del TUE potesse farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Costituzione e, con essa, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la Convenzione. L'art. 11 della Costituzione - secondo la Consulta - non può venire in considerazione rispetto alla CEDU non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale per un triplice ordine di ragioni. In primo luogo, «perché il Consiglio d'Europa, cui afferiscono il sistema di tutela dei diritti dell'uomo disciplinato dalla CEDU e l'attività interpretativa di quest'ultima da parte della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla Comunità europea (sentenza n. 349 del 2007)»; in secondo luogo, «perché, i principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alla CEDU, rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile» (atti comunitari, atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, e le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali). In terzo luogo perché «il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, non essendovi in questa materia una competenza comune attribuita alle (né esercitata dalle) istituzioni comunitarie, è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale (sentenza n. 349 del 2007)». Nella medesima sentenza 80/2011 la Consulta stabilisce che «le variazioni apportate al dettato normativo – e, in particolare, la sostituzione della locuzione «rispetta» (presente nel vecchio testo dell'art. 6 del Trattato) con l'espressione «fanno parte» – non sono, in effetti, tali da intaccare la validità di tale conclusione», rimanendo perciò valida la considerazione per cui i principi CEDU rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale. Tali asserzioni restano valide, secondo la Corte costituzionale, anche a quei diritti propri della CEDU che hanno trovato un “corrispondente” all'interno della Carta di Nizza, facendo leva sul comma primo dell'art. 6 del Trattato ove statuisce che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione

definite nei trattati», ulteriormente sulla Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona, ove si ribadisce 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 dell'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati» e da ultimo sull'art. 51 del medesimo Trattato di Lisbona ove stabilisce, al primo comma, che «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», recando al secondo comma una statuizione identica a quella della ricordata Dichiarazione n. 1.

Per quanto riportato la Corte costituzionale, «esclude, con ogni evidenza, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea» e «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». L'indirizzo richiamato è stato recentemente confermato dalla Corte di Cassazione che ha ribadito l'impossibilità, nelle materie in cui non sia applicabile il diritto dell'Unione, di far derivare la riferibilità della CEDU all'art. 11 Costituzione dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come “principi generali” del diritto comunitario³⁸.

La questione non è di poco conto poiché dalla soluzione deriva la possibilità o meno per i giudici nazionali di potere autonomamente disapplicare la norma interna e applicare quella CEDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

Attualmente, mancando un accordo sull'adesione dell'Unione alla CEDU, il sistema delle fonti rimane quello caratterizzato dalla compresenza di tre apparati di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo (sistema costituzionale nazionale, sistema CEDU, sistema UE), ciascuno con un proprio organo giurisdizionale di vertice (Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte di giustizia dell'Unione Europea). A seguito di una raccomandazione della Commissione il Consiglio ha adottato, il 4 giugno 2010, una decisione che autorizza l'avvio dei negoziati relativi a un accordo di adesione. La Commissione è stata designata quale

³⁸ Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2014, n. 43453.

mediatore e il 5 aprile 2013 i negoziati si sono concretizzati in un Progetto di accordo sull'adesione; in tale contesto la Commissione si è rivolta, in data 4 luglio 2013, alla Corte di giustizia per ottenere il suo parere in merito alla compatibilità del Progetto di accordo con il diritto dell'Unione. Secondo la Corte di Giustizia, pronunciatisi con parere sfavorevole in data 18 dicembre 2014, il Progetto di Accordo elaborato non prevede alcuna disposizione intesa ad assicurare il coordinamento tra la CEDU e la Carta, potendo incidere sull'equilibrio sul quale l'Unione si fonda nonché sull'autonomia del diritto dell'Unione³⁹.

Tanto premesso l'assetto non è stato modificato dall'art. 50 della Carta di Nizza che ha recepito l'art. 4 Prot. VII CEDU, con la conseguenza che il giudice non può ritenersi abilitato a disapplicare direttamente le norme interne ritenute incompatibili con la norma pattizia stessa⁴⁰. I giudici nazionali sono tenuti ad applicare il *ne bis in idem* come disciplinato dall'art. 4, Prot. VII della CEDU e interpretato dalla Corte EDU fatti salvi eventuali contrasti con la normativa interna, che - stante la natura di norma interposta della Convenzione - comportano l'impossibilità per il singolo giudice di disapplicare autonomamente la norma nazionale (se non sia ravvisabile una interpretazione convenzionalmente orientata) ed il dovere di adire la Corte costituzionale per la declaratoria di illegittimità della norma interna in contrasto con la norma convenzionale ex art. 117 primo della Costituzione.

Ed infatti nel contrasto dell'art. 4 Prot. VII CEDU con l'art. 649 c.p.p. non essendo ravvisabile un'interpretazione convenzionalmente orientabile di quest'ultimo visto l'indirizzo consolidato della Corte di Cassazione diretto ad uniformare l'unità ordinamentale (funzione nomofilattica) e ad elevare il significato obiettivo della norma in esame tanto che interpretarla diversamente «finirebbe per assegnare alla disposizione interna un significato "del tutto eccentrico" rispetto alla sua lettera e a come essa "vive" nell'ordinamento, compiendo un'operazione che la stessa Corte costituzionale ha censurato (cfr. sentenza n. 49/2015)»; si rendeva necessario il giudizio della Consulta sfociato poi nella sentenza 200 del 2016⁴¹.

Orbene se delle perplessità possono persistere sull'impossibilità per il giudice nazionale di applicare la normativa di cui all'art. 4 Prot. VII della CEDU anche disapplicando quella nazionale contrastante non altrettanto pacificamente potrà

³⁹ Corte di giustizia dell'Unione europea, COMUNICATO STAMPA n. 180/14 Lussemburgo, 18 dicembre 2014, in: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180it.pdf>

⁴⁰ Corte Cost., sent. 11 marzo 2011, n. 80.

⁴¹ G.I.P. Trib. di Torino, Ord. del 24 luglio 2015.

dirsi sul *ne bis in idem* previsto dall'art. 50 CDFUE⁴² (quale norma di diritto primario dell'Unione ex art. 6 terzo comma TUE, da ritenersi idonea a produrre effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri con carattere di primazia) a fronte del quale persiste il passaggio obbligato per la Corte costituzionale piuttosto che il potere del giudice nazionale di disapplicare autonomamente la normativa nazionale contrastante⁴³. Oltretutto il *ne bis in idem* lungi dall'essere materia estranea alla competenza eurocomunitaria⁴⁴. Ed infatti la Convenzione di

⁴² L'art. 52 comma terzo della CDFUE precisa che «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

⁴³ F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della carta?*, Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale 3-4/2014, pp. 232 ss.

⁴⁴ Il 28 maggio 1970 è stata firmata all'Aia la Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi, secondo la quale, una persona nei cui confronti è stata emanata una sentenza penale da uno dei Paesi aderenti, non può per quello stesso atto essere perseguita, condannata o soggetta a esecuzione di una pena in un altro Stato Contraente, nel caso in cui sia stata assolta, se la pena è stata eseguita o è in fase di esecuzione, o è soggetta a grazia o amnistia, o non può più essere eseguita a causa della prescrizione o, ancora, se il tribunale ha contestato la colpevolezza della persona senza imporre una pena (il riconoscimento della preclusione del giudicato straniero sarebbe una chimera se dipendesse da tale strumento normativo, viste le deroghe concesse e le poche ratifiche); miglior fortuna pare conoscere, a livello di ratifiche, la Convenzione europea relativa al trasferimento dei procedimenti penali, approvata a Strasburgo il 15 maggio 1972, firmata dall'Italia il 26 maggio 2000, ma da questa mai ratificata, la quale attraverso gli artt. 35, 36 e 37 riproduce in sostanza, riguardo al *ne bis in idem*, il contenuto previsto dagli artt. 49, 50 e 51 della Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi; successivamente, il 25 maggio 1987 è stata approvata a Bruxelles la Convenzione tra gli stati membri delle comunità europee relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem*, la quale, tenendo conto degli sviluppi verso la eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone tra gli Stati membri, desiderosi di estendere la loro cooperazione in materia penale sulla base di fiducia, comprensione e rispetto reciproci è convinta che il riconoscimento reciproco dell'effetto *ne bis in idem* alle decisioni giudiziarie straniere costituisca una concreta espressione di detta fiducia e rispetto, prevedendo che, una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in uno stato membro non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un altro Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato di condanna, non possa più essere eseguita (rispetto all'art. 49 della Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi, viene aggiunta l'applicabilità del *ne bis in idem* anche in riferimento all'ipotesi in cui la pena non possa più essere eseguita, ampliando così lo spazio di applicazione del divieto stesso); minor fortuna hanno in seguito, l'Accordo tra Stati membri sul trasferimento dei procedimenti penali, stipulato a Roma il 6 novembre 1990 e la Convenzione sull'esecuzione delle sentenze di condanna straniera, firmata a Bruxelles il 13 novembre 1991, entrambe contenenti normative in tema di *ne bis in idem* ma rimaste lettera morta, non essendo entrate in vigore in ragione dell'insufficiente numero di Stati ratificanti; il 19 giugno 1990 con l'approvazione della

applicazione dell'Accordo di Schengen (c.d. CAAS) all'art. 54, seppur a livello interstatale, stabilisce l'obbligatorietà del riconoscimento per le giurisdizioni nazionali delle decisioni definitive degli altri stati membri vietando la possibilità di procedere nuovamente per lo stesso fatto. Non è dato comprendere la negazione dell'automatismo in favore dell'art. 50 CDFUE in luogo del "sincretismo" sull'art. 54 CAAS e la sua diretta attuabilità⁴⁵.

Peraltro la diretta applicazione - non dell'art. 50 CDFUE - dell'art. 4 Prot. VII CEDU e la conseguente disapplicazione della normativa nazionale contrastante è stata intrapresa dal Tribunale di Asti nella Sentenza n. 717 del 10 aprile 2015, ove l'organo giudicante in una esemplare pronuncia ha interpretato analogicamente e conformemente alla CEDU l'art. 649 c.p.p., emettendo pronuncia di non luogo a procedere nei confronti dell'imputato perché ritenuto sanzionato mediante altro provvedimento amministrativo-tributario.

Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS), negli artt. 54 - 58, viene riprodotto il contenuto degli artt. 1 - 5 della Convenzione tra gli Stati membri delle comunità europee relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem*, con disposizioni sono vincolanti per tutti gli Stati membri dell'Unione, realizzandosi così una concreta attuazione del principio del *ne bis in idem* nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia .

⁴⁵ Con il Trattato di Amsterdam firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999, l'*acquis* di Schengen è integrato nell'Unione europea in virtù dell'art. 2 del Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea; sulla base di questo Protocollo il Consiglio ha adottato due decisioni (1999/435/CE e 1999/436/CE, pubblicate in G.U.C.E. il 10 luglio 1999 n. 176, p. 1 ss. e p. 17 ss.) che chiariscono l'*acquis* e precisano la base giuridica in riferimento a ciascuna delle disposizioni che lo compongono; grazie alla disciplina delle due decisioni la Corte di Giustizia ha acquisito la competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale anche sull'interpretazione delle norme della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, essendogli riconosciuta la competenza ad esprimersi, su richiesta dei giudici nazionali degli Stati che hanno accettato espressamente la competenza della stessa, circa la validità e l'interpretazione delle decisioni quadro, delle decisioni, e delle Convenzioni applicative in ambito di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale; da quanto emerge si può affermare che il *ne bis in idem* europeo è fondamentalmente disciplinato dalla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, negli artt. 54 - 58. I giudici nazionali hanno proposto diversi rinvii pregiudiziali riguardanti l'interpretazione dell'art. 54 e in particolare la Corte di giustizia ha colto le diverse occasioni per delineare le caratteristiche dei requisiti richiesti dall'art. 54 stesso per l'operatività del *ne bis in idem*, quali il concetto di "medesimi fatti" e di "decisione definitiva" idonea ad ottenere efficacia preclusiva; Corte giustizia, 9 marzo 2006, Esbroek, C-436/04; Corte giustizia, 28 settembre 2006, Straaten, C-150/05; Corte giustizia, 18 luglio 2007, Kraaijenbrink, C-367/05.; in G. DE AMICIS, *Il principio del ne bis in idem europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in Cass. pen., 2009, pp. 3162 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.; D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, in Dir. pen. e proc., n. 11, 2009, pp. 1417 ss.

Per quanto sin qui esposto, il G.I.P. presso il Tribunale di Torino, con ordinanza del 24 luglio 2015, ha rimesso alla Corte costituzionale, la questione di legittimità «dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo "farro giuridico", nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico"».

Attualmente, seguendo l'orientamento prevalente, sono passibili d'illegittimità costituzionale le norme penali e/o amministrative - sostanzialmente penali per la CEDU - quando entrambe puniscono lo stesso fatto. Nel caso della sentenza Grande Stevens c. Italia è accaduto che sia la norma amministrativa, sia quella penale siano state sottoposte al vaglio della Consulta⁴⁶.

Sotto altro aspetto, per dare esecuzione ad una sentenza - definitiva a norma dell'art. 44 della CEDU - che constatasse la violazione del *ne bis in idem* da parte delle istituzioni giurisdizionali o amministrative dello Stato italiano, la Corte EDU ha precisato che essendo le sue sentenze essenzialmente di natura dichiaratoria è lo Stato in causa a dover scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, i mezzi da utilizzare nel proprio ordinamento giuridico interno per adempiere al proprio obbligo rispetto all'art. 46 della Convenzione purché tali mezzi siano compatibili con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte⁴⁷.

Nel caso di sentenza penale di condanna divenuta definitiva, già oggi, è percorribile la strada della revisione della stessa alla luce della pronuncia della Corte costituzionale del 7 aprile 2011 n. 113 in cui è stata dichiarata «l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo I, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti

⁴⁶ La Corte di Cassazione, infatti, con ordinanza n. 1782/2015, della V sezione penale, depositata il 15 gennaio 2015, ritenuta, al contrario della sentenza del Tribunale di Brindisi del 17 ottobre 2014, non praticabile una interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p. (il quale, nel prevedere le ipotesi tassative di divieto di secondo giudizio, non contempla il caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione EDU e dei relativi protocolli, così l'ord. cit.) ne ha, se pure in via subordinata, denunciata la possibile incostituzionalità; la Sezione Tributaria Civile, a sua volta, con l'ord. 950/2015, depositata il 21 gennaio 2015, ha denunciato di illegittimità costituzionale le norme del TUF che avevano, nel caso Grande Stevens c. Italia, portato all'applicazione delle sanzioni amministrative.

⁴⁷ Corte EDU, sent. Grande Stevens c. Italia, cit.

dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo». Tale ultima soluzione non è invece praticabile nel caso di pronuncia definitiva del giudice tributario o civile, atteso che le norme sulla revocazione della sentenza civile e amministrativa non prevedono tra le ipotesi dalle stesse contemplate, quella appena menzionata, anche se al riguardo la recentissima Ordinanza n. 2 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, depositata il 4 marzo 2015, ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 del c.p.a., 395 e 396 c.p.c., in relazione agli artt. 117, primo comma, 111 e 24 della Costituzione nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 della CEDU, per conformarsi ad una pronuncia definitiva della Corte EDU.

Bibliografia e indice giurisprudenziale

- 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.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, 2006, Giuffrè, 2006.
- G. DE AMICIS, *Il principio del ne bis in idem europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in Cass. pen., 2009.
- D. DEL VESCOVO, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, in Dir. pen. e proc., n. 11, 2009.
- G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, 1963.
- P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Zanichelli, 2004
- G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2011.
- F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, ed. VIII, Cedam.
- V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, IV ed., Torino, 1972.
- P. MOSCARINI, *L'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato*, Cedam, 2005.
- P. TONINI, *Manuale di procedura penale*,
- S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della carta?*, Diritto penale contemporaneo, Rivista trimestrale 3-4/2014.
- F. ZUNICA, *Il principio del ne bis in idem: fondamento storico e limiti applicativi nel processo penale italiano*, in Fides humanitas ius, Vol. VIII, *Studi in onore di Luigi Labruna*, Editoriale scientifica, 2008.
- Corte di giustizia dell'Unione europea, Comunicato stampa n. 180/14 Lussemburgo, 18 dicembre 2014, in: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180it.pdf>.
- Corte Cost., sent. n. 200/2016.
- Corte Cost., sent. n. 49/2015.
- Corte Cost., sent. n. 80/2011.
- Corte Cost., sent. n. 129/2008.
- Corte Cost., sent. n. 348/2007.

Corte Cost., ord. n. 39/2002.
Corte Cost., ord. n. 318/2001.
Corte Cost., ord. n. 501/2000.
Corte EDU, sent. Butnaru et Bejan-Piser c. Romania, 23 giugno 2015.
Corte EDU, sent. Luky Dev c. Svezia, 27 novembre 2014.
Corte EDU, sent. Grande Stevens c. Italia, 4 marzo 2014.
Corte EDU, sent. Sergey Zolotukhin c. Russia, 10 febbraio 2009.
Corte EDU, sent. Garretta c. Francia del 4 marzo 2008.
Corte EDU, sent. Ongun c. Turchia, 10 ottobre 2006.
Corte EDU, sent. Fadin c. Russia del 27 luglio 2006.
Corte EDU, sent. Nilsson c. Svezia, 13 dicembre 2005.
Corte EDU, sent. Rosenquist c. Svezia del 2004.
Corte EDU, Sent. Nikitin c. Russia, 20 luglio 2004.
Corte EDU, sent. Gauthier c. Francia, 24 giugno 2003.
Corte EDU, sent. Goktan c. Francia, 2 luglio 2002.
Corte EDU, sent. Sailer c. Austria, 6 giugno 2002.
Corte EDU, sent. WF c. Austria, 30 maggio 2002.
Corte EDU, sent. Lussila c. Finlandia, n. 73053/2001.
Corte EDU, sent. Franz Fischer c. Austria del 29 maggio 2001.
Corte EDU, sent. Oliveira c. Svizzera, 30 luglio 1998.
Corte EDU, sent. Gradinger c. Austria, 23 ottobre 1995
Corte EDU, sent. Lutz c. Germania, 25 agosto 1987.
Corte EDU, sent. Ozturk c. Germania, 21 febbraio 1984.
Corte EDU, sent. Engel c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976.
Corte giustizia, sent. Kraaijenbrink, C-367/05, 18 luglio 2007.
Corte giustizia, sent. Straaten, C-150/05, 28 settembre 2006.
Corte giustizia, sent. Esbroek, C-436/04, 9 marzo 2006.
Cass. pen. sez. un, 28 giugno – 28 settembre 2005, n. 34655.
Cass. pen. sez. un., 28/06/2005, Donati in Guida dir., 2005.
Cass. pen. sez. V, ord. n. 1782/2015.
Cass. Sezione Tributaria Civile, ord. n. 950/2015.
Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2014, n. 43453.
Cass. 50310/2014.
Cass. 18376/2013.
Cass. 25141/2009.
Cass. sez. III, 5 aprile 2005, P.G. in Proc. Chiarolini.

Cass. sez. III, 23 febbraio 2005, P.M. in Proc. Massa, rv. 230872.

Cass. sez. VI, 18 novembre 2004, Fontana, rv. 230760.

Cass. sez. I, 30 aprile 2003, Morteo, rv. 225004.

Cass. sez. VI, 25 febbraio 2002, P.G. in Proc. Sulsenti.

Cass. sez. VI, 11 febbraio 1999, Siragusa, rv. 212864.

Cass. sez. V, 10 luglio 1995, Pandolfo, in Cass. pen., 1996, 2611, rv. 202653;

Cass. 10048/1993.

Cass. 3116/1994.

Cass. 6801/1994.

Cass. 1648/1983.

Ordinanza n. 2 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, depositata il 4 marzo 2015.

G.I.P. Trib. di Torino, Ord. del 24 luglio 2015.