

Il principio del *ne bis in idem* in europa

Lorenzo Cordi*

Parte seconda

Abstract: Il saggio affronta il tema del *ne bis in idem* internazionale, sintagma con il quale si designa l'efficacia preclusiva che un provvedimento giudiziale emanato dall'organo giurisdizionale di un determinato Paese assume in diverso ordinamento statale. L'introduzione si sofferma innanzitutto sull'emersione storica del principio del *ne bis in idem* negli ordinamenti europei, cercando di cogliere inoltre profili dogmatici e risvolti di stringente attualità della figura. Si delinea poi l'attuale scenario internazionale dove ancora persistono resistenze notevoli all'affermazione della regola come norma di diritto internazionale generale. Del pari, si sottolineano gli sviluppi relativi in particolare all'esperienza dei tribunali internazionali e del c.d. spazio giuridico europeo. Tale disamina procede *ab imis*: si tracciano i principali sviluppi normativi che segnano la creazione di uno spazio giuridico europeo il cui collante risiede nella tutela dei diritti fondamentali. Aspetto che assume peculiare rilievo nel c.d. terzo pilastro dove si asserisce l'esistenza di una dialettica tra i vari custodi del patrimonio di valori su cui si fonda la regione europea. Nel catalogo dei principi converge anche il *ne bis in idem* che attraverso una graduale evoluzione normativa e giurisprudenziale assurge a diritto fondamentale dell'individuo, ricavabile da un generale

* *Perfezionando in diritto e procedura penale presso la Scuola Superiore di Studi Universitari e Perfezionamento Sant'Anna di Pisa.*

principio di affidamento che salvaguardia la posizione giuridica del già processato. L'indagine cerca inoltre di sottolineare i limiti necessari della regola ravvisati nel possibile abuso consistente nella scelta di un forum *conveniens* e nel rispetto delle regole del giusto processo che altrimenti mutano il principio nell'indebito riconoscimento di un giudicato iniquo. Il saggio si chiude con l'osservazione dell'atteggiarsi della regola sul piano della cooperazione giudiziaria, con peculiare riguardo per il mandato di arresti europeo, strumento di recente conio che consegna un'edizione del *ne bis in idem* assai distante dalla tradizionale dimensione estradizionale del principi.

Parole chiave: Ne bis in idem internazionale – Processo penale – spazio giudiziario europeo- cooperazione giudiziaria in materia penale – efficacia delle decisioni penali – mandato di arresto europeo.

4 EMERSIONE E VALORE DEL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* NELLO SPAZIO EUROPEO DI SICUREZZA, LIBERTÀ E GIUSTIZIA

La sin qui resistibile ascesa del principio del *ne bis in idem* non segna una virata nelle direttrici della normativa europea. Al contrario, si assiste ad una frequente emersione carsica del divieto per quella che si definisce “una sorta di costante di politica penale comunitaria”¹. Questi gli esemplari sintomatici. In primo luogo, l'art. 7 della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea (c.d. “PIF”) del 26 luglio 1995, omologo all'art. 2 della Convenzione del 1987 ed evocato dall'art. 7, comma 2, del primo protocollo addizionale del 1997. Dello stesso tenore

¹ Così PISANI, *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, I, 2005, 568, testo del rapporto presentato al XVII congresso internazionale dell'AIDP, sessione di Berlino, giugno 2003.

l'art. 10 della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione del 27 settembre 1997. Elaborata anch'essa in base all'art. K. 3 del Trattato sull'Unione europea, tale convenzione è ratificata dall'Italia, al pari della precedente, con l. 29 settembre 2000, n. 300². In ultimo risultano perfettamente sovrapponibili alle precedenti le regole contenute nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di *Schengen* del 1990 il cui *acquis* è come noto oramai parte del diritto comunitario. L'integrazione si deve al Protocollo allegato al Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 che conferisce natura comunitaria a disposizioni un tempo affidate alla cooperazione intergovernativa e che ora possono definirsi, nella teogonica *Stufenbau*, atti di *Rechtsanwendung* del Titolo IV o VI del Trattato UE. La "ventilation" si deve alla decisione n. 1999/436 CE che il Consiglio adotta sulla base dell'art. 2 n. 1, comma 2 del Protocollo. Convergono nella seconda categoria gli art. 54 e 58 della Convenzione Schengen i cui fondamenti normativi divengono allora gli artt. 31 e 34 del Trattato UE.

Ne deriva una serie di effetti di certa portata, tra i quali l'assegnazione alla Corte di Giustizia della competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale: viene esteso il meccanismo di "opt-in" già usato prima di Amsterdam, oltre che per l'accordo *Europol*, proprio per la convenzione "PIF" e per quella relativa alla lotta contro la corruzione nella quale siano coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione. La Corte di Giustizia diviene così competente a "pronunciarsi in via

² Il *Rapport explicatif* a quest'ultima convenzione (v. G.U.C.E., C 391 del 15 dicembre 1998, 10) spiega come il principio del *ne bis in idem* "rivesta un'importanza del tutto particolare nei casi di reati in cui possono essere chiamati a pronunciarsi gli organi giurisdizionali di più Stati membri e qualora non sia stato possibile centralizzare l'azione in un unico Stato membro".

pregiudiziale sulla validità o l'interpretazione delle decisioni quadro e delle decisioni, sull'interpretazioni di convenzioni stabilite ai sensi del [titolo VI] e sulle misure di applicazione delle stesse", seppur alle condizioni dettate dall'art. 35 Trattato UE. *Ex alios*, occorre una dichiarazione di accettazione della competenze della Corte da parte dei singoli Stati, nella quale si precisino gli organi cui tale facoltà sia concessa.

Evento che il tempo dirà fausto: consente la formazione di una giurisprudenza ancora esigua nei numeri ma feconda negli spunti. Sotto la lente poniamo alcune decisioni, nelle cui trame argomentative si colgono frammenti utili per la composizione del mosaico. La prima reca la data per qualcuno epocale³ dell'11 febbraio 2003 ed origina dai due ricorsi che l'*Oberlandesgericht Köln* e il *Rechtbank van eerste te Veurne* depositano nel 2001. I quesiti vertono sull'operatività del divieto di *bis in idem* in caso di definizione del procedimento mediante una transazione tra le parti estintiva dell'azione penale. Esprime parere positivo l'Avvocato generale che giudica inammissibile l'esercizio reiterato dello *ius puniendi*⁴, pur se la pronuncia germi da una

³ SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo*, in *Dpp* 2003, 906 ritiene la decisione equiparabile per importanza alla nota "*Cassis de Dijon*" (20 febbraio 1979, c. 120/1978, *Rewe Zentral AG*, in *Raccolta*, 1979, 1979, 649ss.), sinonimo di libera circolazione delle merci. Gli estremi della pronuncia in esame sono riportati *retro* nt. 72

⁴ Si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER reperibili in www.curia.europa.eu. Alla nota 13 si cita, al pari di quanto già fatto da ORTOLAN, *Eléments*, cit., 294, un passo dell'opera di CERVANTES, *El ingenioso caballero Don Quijote de la Mancha*, (II parte, cap. X, *De lo que más le avino a Don Quijote con el vizcaino y peligro en que se vio con una turba de yangüeses*). Nell'episodio Sancho Pansa diffida il suo signore dal compiere un atto di vendetta, parlando con quella che Nietzsche definisce "apollinea determinatezza e chiarezza" (NIETZSCHE, *La nascita della tragedia*, in *Opere*, a cura di COLLI-MONTINARI, III, I, 1972, trad. it. di GIAMETTA): "La signoria vostra consideri, signor Don Chisciotte, che se il cavaliere ha eseguito il suo ordine di andare a presentarsi alla mia padrona, Dulcinea del Tobaso, avrà già

procedura transattiva, del pari suscettibile di generare taluni degli effetti del giudicato⁵. Eseggesi che si dice imposta dai valori che sorreggono il principio del *ne bis in idem*, garanzia individuale e strumento di capitale importanza nella realizzazione di uno spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia che intenda fondarsi sul mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie. L'art. 54 della Convenzione applicativa di Schengen troverebbe pertanto applicazione anche ai casi di estinzione dell'azione penale successiva ad un giudizio che vincoli l'imputato all'adempimento di condizioni di carattere sanzionatorio e non pregiudichi l'esercizio di eventuali azioni civili. Dello stesso avviso la Corte di giustizia che approda alla medesima conclusione pur attraverso un ragionamento meno esteso. Per l'organo di legittimità europea non importa che manchi l'intervento di un organo giurisdizionale, non essendovi indicazione contraria nell'art. 54 della Convenzione Schengen. Né l'operare di tale disposizione pare subordinato "al ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri nel settore delle procedure di estinzione dell'azione penale". Al contrario, il principio poggia sulla reciproca fiducia tra Stati, presupposto essenziale per la creazione di quello spazio giudiziario comune auspicata dallo stesso Trattato di Amsterdam. E' in quest'area che si compie quell'attesa, ed a tratti insperata, valorizzazione del principio del *ne bis in idem* che sorregge anche decisioni transattive⁶. Sono esclusi i provvedimenti

adempito il suo dovere e non merita altra pena, tranne che non commetta un nuovo delitto". Persuaso dal suo scudiero, Don Chisciotte risponde: "Le tue osservazioni e le tue parole sono assai giuste [...]; e pertanto annullo il giuramento per quanto si riferisce al prendermi di lui nuova vendetta".

⁵ Parla di relatività della cosa giudicata, S. RUGGERI, *Giudicato*, cit., 260ss.

⁶ Numerosi i commenti alla pronuncia *in tabula*, cui si rinvia per una più analitica disamina: CALIGIURI, *L'applicazione del principio ne bis in idem in diritto comunitario: a margine della sentenza Gözütok e Brügge*, in *Rdipp*, 2003, 867ss.; CIAMPI, *La nozione europea di "persona giudicata con sentenza definitiva" e le "condanne patteggiate"*, in *CG*, 2003, 662ss.; FLETCHER, *Some*

di archiviazione previsti dal c.p.p. italiano⁷, secondo gli argomenti spesi nelle considerazioni da cui muove la presente indagine. Evidente come l'art. 54 della Convenzione Schengen non si applichi neppure alle decisioni che chiudano un procedimento sul presupposto di una litispendenza internazionale. La soluzione opposta genera un'empasse difficilmente solubile che muta la garanzia in una riserva di impunità⁸.

Un contributo nient'affatto anodino viene poi fornito in ordine alla definizione del concetto di "idem" da tempo *sub iudice*. Vi provvedono due recenti pronunce, entrambe fondate sul presupposto che la regola sia principio immanente all'edificando spazio giudiziario europeo⁹. Si precisa correttamente come la

developments to the ne bis in idem principle in the European Union: Criminal proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus Brügge, in *The modern Law rev.*, 2003, 769ss.; INGRAVALLO, *Il ne bis in idem nel processo penale secondo una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *DUE*, 2003, 497ss.; PATRONE, *Il principio del ne bis in idem davanti alla Corte di Giustizia*, in *QC*, 2003, 1692ss.; RÜBENSTAHL-KRÄMER, *Das Doppelstrafungsverbot nach dem Schengener Durchführungsübereinkommen*, in *Eur. Law rep.*, 2003, 180ss.; STEIN, *Ein Meilenstein für das Europäische "ne bis in idem"*, in *NjW*, 2003, 384ss.; SELVAGGI, *La procedura che estingue l'azione penale esclude il nuovo giudizio di un altro Stato europeo*, in *GD*, 2003, 106ss.; Id., *Il principio*, cit.

⁷ Cfr., SELVAGGI, *La procedura*, cit., 106; Id., *Il principio*, 1602; GALANTINI, *L'evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, reperibile in www.csm.it, 5, che salvano l'archiviazione per tenuità del fatto disposta dal giudice di pace.

⁸ CGCE, 10 marzo 2005, C-469/2003, Miraglia, reperibile in <http://curia.europa.eu>.

⁹ CGCE, 9 marzo 2006, C-436/2003, Van Esbroeck, reperibile in <http://curia.europa.eu>. Il primo dei due quesiti pregiudiziali affrontati dalla Corte verte sull'operatività del principio del *ne bis in idem* che la Corte afferma vigente anche se solo nello Stato contraente il cui giudice sia successivamente adito la Convenzione sia resa esecutiva. Sul punto l'Avvocato generale elabora riflessioni confuse, asserendo l'applicabilità del *favor rei* stante la natura di diritto soggettivo del divieto non qualificabile come regola processuale (cfr., Avv. Gen RIUZ-JARABO COLOMER, Conclusioni in C-436/2003, punti 27-34).

qualificazione giudica sia entità adiafora ai fini della valutazione dell'identità del fatto, inteso come l'avvenimento materiale che la pronuncia muta da *res iudicanda* in *iudicata*. Né conta l'eterogeneità del bene giudico tutelato dalla fattispecie incriminatrice che è, del resto, dato di diritto sostanziale alieno alla regola processuale autonoma quanto a finalità, presupposti, sfera operativa¹⁰. I rilievi valgono pur laddove, al pari degli artt. 14 PIDCP e 4 del 7° Protocollo alla CEDU, e contrariamente da quanto affermato dalla Corte, si parli non di "fatto" ma di "reato": vocabolo da intendersi come episodio del reale variamente riconducibile nelle effigie di una fattispecie penale. *En passant* notiamo come l'esatta opinione poggi su un *arrière-pensée* che pare opportuno disvelare: la fisiologica corrispondenza tra oggetto del giudicato e *Streitgegenstand* conduce ad individuare l'oggetto dell'accertamento penale in un fatto e non nell'effetto giuridico da esso derivante tradizionalmente reso con il sintagma "dovere punitivo"¹¹. Il predicato di giuridicità della pronuncia, espresso sulle cadenze di quel "ritmo sillogistico" in cui l'avvenimento rilevante *sub specie iuris* si ritiene esaurirsi¹², si rivolge al segmento del reale descritto nell'imputazione, irriducibile pertanto a presupposto dell'accertamento. L'opinione contraria realizza

¹⁰ Sul ruolo del bene giuridico nelle regole di diritto penale transnazionale si veda, inoltre, di MARTINO, *La frontiera*, cit., 255ss. Si vedano, sul punto, le sempre valide riflessioni di DE FRANCESCO, *Il concetto di fatto nella previsione bilaterale e nel principio del ne bis in idem*, IP, 1981, 623ss. Sulla nozione di fatto vedi infra § 6, testo e note.

¹¹ La tesi risale ad ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, cit. 117 nt. 189; CORDERO, *Le situazioni*, cit., 146; ID., *Contributo*, cit., 18ss.; ID., *Digressione sul giudicato in tema d'indulto*, in RIDPP, 1959, 298, nt. 8; DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., 175ss.; LOZZI, "Giudicato (diritto penale)", cit., 917; ID., *Profili di un'indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, 1974, 10.

¹² CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dogmatica nella figura di qualificazione giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, 1963, 17.

un'opera di delegittimazione giuridica e sociale della sentenza penale declassata ad un fatto giuridico di cui lo stesso *ne bis in idem* costituisce effetto secondario. Viceversa, la teorica patrocinata conduce al riconoscimento di una *Feststellungswirkung* anche al *dictum* giudiziale penale non meno idoneo della sentenza civile a quell'efficacia di accertamento, di cui del resto vi sono evidenti tracce nelle disposizioni che consentono la *Reflexwirkung* del giudicato penale nei processi civili ed amministrativi¹³.

Esaurita tal breve divagazione sistematica, può tornarsi alla disamina della giurisprudenza europea. Notiamo come la nozione di *idem* offerta dalla Corte di Giustizia trovi conferma in una sentenza di poco successiva generata dal ricorso del *Rechtsbank* di *Hertogenbosch*, città natale del pittore *Hieronymus van Aeken*, noto con lo pseudonimo di *Bosch*¹⁴. Anche in tal caso i procedimenti nazionali vertono sull'esportazione ed importazione di stupefacenti considerati medesimi fatti ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di Schengen. Valutazione che, come la Corte precisa, spetta in via definitiva ai giudici nazionali, onerati di valutare se "i fatti materiali di cui trattasi costituiscano un insieme di fatti inscindibilmente collegati nel tempo, nello spazio nonché per oggetto". Di notevole rilievo poi la seconda delle questioni

¹³ Cfr. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, 2000, 293; (la quale rinvia per la dottrina tedesca a GRUNSKY, *Zur Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft im Strafprozess*, in *Festschrift Kern*, 1968, 237ss.; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, 1968, 391 ss.; POHLE, *Über die Rechtskraft im Zivil und Strafprozess*, in *Juristische Blätter*, 1957, 118ss.); MARZADURI, "Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)", in *Ed*, VI Agg., 2002, 919, e *Riflessioni minime sul "giusto processo" penale*, in AA.VV., *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, 2004, 283ss. (ma precedentemente MARZADURI, "Questioni pregiudiziali: b) diritto processuale penale", in *Ed*, XXXVIII, 1987, 111ss.); S. RUGGERI, *Giudicato*, cit., 269.

¹⁴ Corte di Giustizia delle comunità europee, 28 settembre 2006, C-150/2005, *Van Staaaten*, reperibile in <http://curia.europa.eu>.

pregiudiziali relativa all'operatività dell'art. 54 in caso di precedente assoluzione dubitativa. Questione che evoca quelle esperienze del passato richiamate nell'*incipit* del nostro lavoro, utili nel suggerire come una soluzione negativa termini per privare l'individuo di quella *Rechtssicherheit* che il divieto intende preservare. La pronuncia *transitata in rem iudicatam* somiglia così all'assoluzione apparente che altro pittore, comparsa dell'incubo Kafkiano, propone a Josef K.: un provvedimento inidoneo ad ostacolare ad un nuovo arresto eseguito anche appena dopo la prima sentenza; "alla seconda assoluzione segue il terzo arresto, alla terza assoluzione il quarto arresto e così via"¹⁵. Consapevole dei valori in gioco, la Corte di Giustizia definisce simili decisioni ugualmente dotate di efficacia preclusiva, come impongono i principi di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento. Vi aggiungiamo la presunzione di non colpevolezza¹⁶, che inibisce dall'assegnare lo stigma del sospetto a chi lucra un'assoluzione con formula dubitativa o motivata da intervenuta prescrizione¹⁷. Valgono per quest'ultima

¹⁵ KAFKA, *Il processo*, (trad. it. Anita Raja), 1995, 146, richiamato anche da CORDERO, *Riti e sapienza*, cit., 596.

¹⁶ La concezione cronologicamente anteriore intende il principio di non colpevolezza come "espressione di un fenomeno psicologico destinato a produrre i propri effetti sul magistrato in procinto di avviare un procedimento nei confronti di un determinato soggetto, nonché sul giudice che si appresta ad emettere" (l'efficace sintesi è di ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA. VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, 2000, 129). Espressione di una sofferta maturazione culturale la concezione normativa "affonda le sue radici nello Stato di diritto e ha un fondamento essenzialmente politico. Sotto questo profilo la presunzione di non colpevolezza acquista il significato di un limite che lo Stato pone al proprio potere di punire" (ancora ORLANDI, *op. cit.*, 132). Sulle tali concezioni si veda: KRAUß, *Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren*, in MÜLLER-DIETZ, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, 153 ss.

¹⁷ Corte di Giustizia delle comunità europee, 28 settembre 2006, C- 467/2004, Gasparini, reperibile in <http://curia.europa.eu>

ipotesi argomenti già noti: è oramai dato acquisito che la preclusione sia effetto del giudizio irrelato dai suoi esiti. Ai fini della formazione di tale componente del giudicato sostanziale rileva il solo esaurirsi del giudizio, pur anche in un “amorfo dovere di non procedere”¹⁸ essendo non punibile l’ipotetico reato. Su questo, che *a fortiori* riveste le spoglie di oggetto del giudizio, incide la prescrizione che è inutile definire fatto estintivo del dovere punitivo, “se quest’ultimo fosse effettivamente sorto”¹⁹, trattandosi invece di fatto giuridico ad efficacia sostanziale che di tale dovere preclude la genesi.

Il diorama tracciato della giurisprudenza sin qui formatasi offre singolare conferma a considerazioni generali già spese: nell’arcipelago neo-medievale europeo spetta agli organi giurisdizionali riesumare dettami normativi a lungo solo confinati nelle teche delle raccolte giuridiche. Un giudice-rapsodo²⁰, alla cui opera si deve l’effettivo mutamento del divieto del *bis in idem* in *acquis de droit de l’Union* come auspicato nell’*explication* annessa all’art. 50 della *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne*. Porto d’approdo della navigazione intrapresa è l’inserzione del principio nel catalogo dei *Grundwerte* su cui si fonda l’integrazione europea. Trova così attuazione *in parte de qua* quel principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie che l’art. III-270 del Trattato costituzionale pone a fondamento della cooperazione giudiziaria nell’Unione. L’ordito normativo vigente pare appiglio bastante per celebrare la valenza anche nell’ambito processuale del principio immanente alla civiltà europea di tutela dell’affidamento

¹⁸ CORDERO, *Contributo*, cit., 43 nt. 76.

¹⁹ CORDERO, *op. cit.*, 40.

²⁰ VOGLIOTTI, *La rhapsodie: fécondité d’une métaphore littéraire pour reposer l’écriture juridique contemporaine*, in *Reveu interdisciplinaire d’études juridique*, 2001, 141ss.; Id., *De l’auther au “rhapsode” ou retour de l’oralité dans le droit contemporaine*, ivi, 2003, 81ss.

(e per estensione il principio di buona fede), norma verticale di integrazione del policromo sistema delle fonti europeo. Un valore trascendente creato dal diritto romano ed oramai patrimonio del pensiero giuridico occidentale²¹, destinato pertanto a resistere alla tirannica metamorfosi degli assetti costituzionali. “*Demokratie vergeht, Vertrauen Besteht*”²²: “c’era prima delle attuali costituzioni democratiche e, probabilmente ci sarà anche in futuro, qualunque sia l’assetto costituzionale che si daranno gli Stati che affondano le loro radici nel diritto romano”²³.

Inteso in tale accezione il principio fornisce un formidabile strumento di integrazione che non everte in alcun modo il principio di legalità²⁴ senza sfociare, al contempo, nella visione legalistica

²¹ Si veda FREZZA, *Buona fede e diritto romano*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, 1985, 83, il quale nota come: “la buona fede è valore [...] Ora il valore è un trascendente, il quale tante volte diventa concreto, quante volte l’esperienza lo fa non nascere, ma lo manifesta; e se così è, tutte le volte che noi introdurremo nell’area della tecnica giuridica il criterio della buona fede, non illudiamoci di aver tecnicizzato la buona fede; la buona fede, come valore, rimane trascendente non tecnicizzabile; rimane un *primum*: e questo *primum* ha una valenza di cui il vecchio Q.M. Scevola diceva: “... *manat latissimae*...”: per cui, se ci mettessimo sul terreno della presenza di un valore, naturalmente impallidiscono le distinzioni [...] fra, p. es., diritto privato e diritto pubblico, e soprattutto, diritto interno e diritto internazionale”. Sulle origini romanistiche del principio si veda: FREZZA, *Fides bona*, in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, 1975, 3ss; ora in *Scritti*, III, 2000, 661ss.; ID., *A proposito di fides e bona fides come valore normativo in Roma nei rapporti tra ordinamento interno ed internazionale*, in *Studia et documenta Historiae et Juris*, 1991, 297, ora in *Scritti*, cit., III, 197ss.

²² Così LEISNER, modificando una celebre frase di Otto Mayer, intervento al dibattito successivo alle relazioni di KISKER e PÜTTNER, *Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehree*, 1973, 259

²³ MERUSI, *Introduzione*, in *Buona fede e affidamento*, cit., 9

²⁴ NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole di correttezza*, in *BBTCred*, 1961, I, 172. Secondo MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, 1995, *passim*, la tutela dell’affidamento

patrocinata da chi individua nella certezza dei rapporti giuridici un tratto caratterizzante del c.d. *Rechtsstaat*. Sullo sfondo di tale opposizione si celebra una contesa tra due opposte idee della codificazione e, conseguentemente, del ruolo del giudice nello Stato moderno. Da un lato, v'è chi ritiene che i principi del diritto romano comune sopravvivano alla codificazione, integrando, attraverso l'opera ermeneutica dell'organo giudicante, il sistema delle fonti. Sul versante opposto alberga chi elide ogni legame tra il diritto moderno e la tradizione di matrice romana. La funzione del giudice si esaurisce allora nell'identificazione dei principi che il forcipe ermeneutico consente di estrarre dal diritto legislativo. Un atteggiamento mosso dall'eterna fobia di un'interpretazione che utilizzi le clausole generali come veicolo di produzione del diritto slegata dal dato legale²⁵, al pari di quanto già sostenuto dagli esponenti del *Freirechtsbewegung*. L'alea è quella di annichilire la legalità cedendo il passo al dispotismo del gius-dicente di turno. Tramonta così quella divisione dei poteri che da Montesquieu regge i rapporti tra le componenti dello Stato moderno, preservandolo

consentirebbe la ponderazione di interessi non legalmente tipizzati nel procedimento amministrativo. Ricostruzioni del genere urtano però con il principio di legalità. Ne pare consapevole CATALANO, *L'abuso del processo*, 2004, 84, che afferma l'impossibilità di trasporre sul terreno del processo penale la raffinata concezione dell'abuso del diritto elaborata da BUSNELLI-NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, 1998, 77ss., fondata su un criterio relazionale di bilanciamento degli interessi in conflitto: "l'attribuzione al giudice del potere ulteriore di affermare il carattere abusivo di comportamenti immuni da deviazioni funzionali, sulla base di un riscontro, nel caso concreto, di una sproporzione tra l'interesse leso e l'interesse realizzato dal titolare di un potere processuale si verrebbe a tradurre in una frattura difficilmente componibile con il principio di legalità processuale".

²⁵ Sul tema si vedano le acute riflessioni di OHLY, *Generalklauseln und Richterrecht*, in *ArcCivPrax.*, 2001, 1ss. Sul ruolo del giudice nel contesto attuale cfr.: FIANDACA, *Il giudice tra giustizia e democrazia nella società complessa*, in *Id.*, *Il diritto penale tra legge e giudice*, 2002, 21ss.; ALLARD-GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, 2005, passim

dalle prevedibili derive cui conducono gli usurpanti²⁶. Un rischio tutt'altro che peregrino nel nuovo ordine giuridico medioevale europeo nel quale “il giudice da semplice corifeo, diviene autentico deuteragonista del legislatore”, onerato, “già nell'individuazione della fattispecie astratta [di] comporre le tessere sconnesse di un mosaico policromo, ed utilizzare strumenti del diritto internazionale e comunitario direttamente applicabili, e doverosamente attingibili, perché le stesse corti sopranazionali si impongono, ormai, come giurisdizioni immediatamente vincolanti”²⁷.

Né è esemplare sintomatico il principio di diritto che in data 3 ottobre 2006 la Corte di Cassazione italiana consegna agli annali: “nel pronunciare su una richiesta di restituzione nel termine per appellare proposta da un condannato dopo che il suo ricorso è stato accolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il giudice è tenuto a conformarsi alle decisioni di detta Corte, con cui è stato riconosciuto che il processo celebrato *in absentia* è stato non equo: di talchè il diritto al nuovo processo non può essere negato escludendo la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea, ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848, né invocando l'autorità del pregresso giudicato formatosi in ordine alla ritualità del giudizio contumaciale in base alla normativa del codice di procedura penale”²⁸.

²⁶ Lo riconosce anche YEVGENYI SMOLETSEV, presidente della Corte Suprema dell'ex Unione Sovietica, citato da KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, 1996, 496ss.

²⁷ Così, MANES, *op. cit.*, 1163, che mutua l'immagine del giudice-rapsodo elaborata dal Vogliotti (v. *retro* nt. 116).

²⁸ Cfr.: Cass., I, 3 ottobre 2006, CatBerro; Cass. I, 3 ottobre 2006, Somogyi; Cass. I, 1 dicembre 2006, Dorigo; Trib. Roma, 25 settembre 2006, Bracci. Si veda, inoltre, l'ordinanza di legittimità costituzionale che la Corte di appello di Bologna solleva in data 31 marzo 2006 in relazione all'art. 630 c.p.p. italiano, ora iscritta al n. 337 del registro ordinanze. Il tema involge una pluralità di tematiche irriperibili entro i confini della presente ricerca. Si rinvia, pertanto, a: DRZEMCZEWSKI, *L'exécution des décisions dans le cadre de la Convention Européenne des droits de l'homme*,

La giurisprudenza conferisce a sé l'obbligo di elidere l'irrefragabilità della *res iudicata* laddove lo impongano esigenze di tutela dell'individuo. Inutile attendere l'intervento del legislatore o le eventuali addizioni della Consulta, dove pende una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla corte di Appello di Bologna in data 15 marzo 2006 e relativa all'art. 630 lett. a) c.p.p. reputato incostituzionale "nella parte in cui esclude, dai casi di revisione, l'impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza definitiva della Corte europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per contrasto con gli artt. 3, 10, 27 Cost.". Ricompare il tema della sentenza ingiusta alla cui rescissione il giudice risulta legittimato pur in assenza di un'indicazione legale che ne indichi casi, condizioni, limiti. Il pregevole intento di dare effettività al "diritto di difendersi impugnando, il quale, in ossequio alla logica euristica del controllo, acquista valor ancor più pregante se posto in relazione alla fase *post rem iudicatum*"²⁹ non pare, difatti, poter prescindere dall'inserzione di uno specifico espediente a tal fine preordinato, che non scordi di operare il necessario coordinamento con il sistema.

I surrogati ermeneutici, pur non inediti nello scenario europeo³⁰, espongono l'ordinamento a squilibri maggiori dei vantaggi che si intendono così perseguire. Le pur motivate finalità contingenti non debbono avallare il ricorso ora solo *in*

in *Société française pour le droit international* (cur.), *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, 1998, 243ss.; SACCUCCI, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella Convenzione europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. int.*, 2002, 644ss.; PIRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, 2004, 92ss.

²⁹ CONSOLO, *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, 1989, 117.

³⁰ Si veda la rassegna delineata da SACCUCCI, *op. cit.*, 652ss.

favorabilibus ad operazioni esegetiche slegate dal principio di legalità ed immemori delle esperienze storiche non a caso richiamate nell'*incipit* del presente lavoro: quello stesso passato suggerisce che in futuro nulla potrebbe ostare a che simili eccezioni, una volta introdotti nella dinamica del diritto, divengano utilizzabili anche *in odiosis*, come con amara ironia era solito dire il Pufendorf³¹. La storia dei sistemi penali svela come il processo sia sovente strumento inopportuno piegato alle esigenze di repressione degli *excepta delicta* che affliggono ogni epoca. Già nel 1631 Friederich von Spee, gesuita confessore delle presunti streghe, diffida senza successo i principi tedeschi dall'utilizzo di procedure dettate per delitti eccezionali che spesso finiscono per confinare la legalità in simulacri inaccettabili³², magari per cedere alle imperanti pretese punitive avverso il "nemico" di turno³³.

Gli attentati alla legalità sono allora i rischi maggiori che corre un sistema positivo. L'interpretazione giuridica, in quanto atto del volere, è esposto all'alea di divenire patologicamente creativa del diritto. Ed è allora dietro il velo delle proposizioni giudiziarie mutate in leggi che si nasconde, come per Kelsen, lo sguardo della Gorgone del Potere, o persino la tragedia della

³¹ Analoghi timori esprime SGUBBI, *Discorso sopra lo stato presente del diritto penale. Fisionomia e trasformazioni di categorie*, lezione tenuta il 9 novembre 2006 presso la SSSUP Sant'Anna di Pisa

³² VON SPEE, *Cautio criminalis*, ovvero *Dei processi alle streghe*, (1631), ed. it. 1986 a cura di A. Foa, trad. di M. Timi.

³³ Sia consentito rinviare sul punto, anche per le indicazioni bibliografiche, al nostro lavoro *Diritto alla privacy ed acquisizione di tabulati telefonici: repressione e garanzia nel crocevia tra Consulta e legislatore*, in corso di pubblicazione su Dpp, 2007. L'attentato al principio di legalità coinvolge anche il problema della responsabilità amministrativa come sottolinea MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in Id., *I sentieri interrotti della legalità*, 2007, 161ss.

guerra, come amaramente sosteneva Padre Laberthonnière³⁴. Non mancano, tuttavia, i rimedi che in alcun modo risiedono nella *rentrée* di un feticismo legalistico, impraticabile nello spazio europeo. Al contrario, questo esige autorità giurisdizionali che attraverso quell'uso sintatticamente rigoroso dei principi, cui si è alluso nell'*incipit* della ricerca, compongano la legalità "sostanziale", proiettandola al di là dello spazio e del tempo del diritto formalmente vigente. Il divieto del *ne bis in idem* varca così i limiti territoriali dei singoli Stati collocati in quello spazio comune, innanzitutto di civiltà giuridica, in cui deve trovare compiuta tutela la *Rechtssircherheit* generata da una pronuncia giudiziale *transitata in rem iudicatam*. Lo stesso aspira inoltre a resistere alle contingenti ansie storico-politiche che spesso paiono inficiare il processo di integrazione europea. Attitudini generali di un principio che, come si avrà modo di constatare, proprio nel momento della cooperazione non possono che tradursi in opzioni inesorabilmente concrete.

5 ECCEZIONI AL RICONOSCIMENTO DEL PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale consente di elevare il *ne bis in idem* a principio generale del diritto europeo. Permane il problema dei limiti e delle eccezioni opponibili alla regola. Argomento nient'affatto secondario: non è raro, in specie nella dimensione internazionale, che deroghe notevoli siano apposte a

³⁴ Cfr., rispettivamente KELSEN, in *Die Gleichheit vor dem Gesetz in sinne des art. 109 der R. V.*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, 3, 1927, 56, la cui *Stufenbau* non è che un tentativo di "positivizzare le religioni o oggettivizzare la Metafisica" (così, VOLPE, *Il costituzionalismo del novecento*, 2000, 151. Padre LABERTHONNIÈRE, *Ouvres de Laberthonnière. Critique de la notion de souveraineté de la loi*, 1947, (citato da SCHMITT, *Il problema della legalità*, in Id., *Le categorie del politico*, 1972, 279) affermò: "la massima: è la legge, non si distingue affatto nella sostanza dalla massima: è la guerra".

latere di disposizioni di principio, decretandone il *Götzen-Dämmerung*. Il fenomeno non è alieno al caso di specie. Ne è consapevole la stessa Unione europea che pone l'esigenza al numero 1 del "Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali"³⁵. Incondizionata valenza al divieto sembra dare, del resto, l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione, ora riprodotto nell'art. II-110 della Costituzione europea. Nella stessa direzione si muove il *Corpus iuris* contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, il cui art. 23, comma 2, lett. b) prevede che "nessuno p[ossa] essere perseguito o condannato penalmente in uno Stato membro per uno dei reati sopra definiti (artt. 1-8) per il quale egli sia già stato assolto o condannato con sentenza definitiva, in qualsiasi Stato membro dell'Unione"³⁶. Il divieto si dice corollario necessario del principio di territorialità europea relativo ai reati previsti dagli artt. 1-8 del *Corpus iuris* 2000, necessitante di una regola che "impon[ga] ad ogni autorità nazionale incaricata delle indagini o dell'azione penale ed ad ogni giurisdizione penale dell'Unione l'obbligo di riconoscere valore

³⁵ Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, in GUCE, n. C 12 del 15 gennaio 2001, 12.

³⁶ La letteratura sulla Convenzione del 1997 e, in specie, sul *Corpus iuris* è vastissima. Tra i numerosi contributi in lingua italiana si veda: GRASSO, *Le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Rtdpe*, 1995, 1181ss.; ID, *Il "Corpus iuris" e le prospettive di formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Verso uno Spazio giudiziario europeo*, 1997, 1ss. Si vedano, inoltre, i saggi contenuti nei volumi collettanei curati da GRASSO, *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, 2000; RUGGIERI, *La giustizia penale nella Convenzione. La tutela degli interessi finanziari e dell'ambiente nell'Unione europea*, 2003; GRASSO e SICURELLA, *Il Corpus iuris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, 2003; BARGIS-NOSENGO, *Corpus iuris, pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale*, 2003; PICOTTI, *Il Corpus iuris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, 2004; MOCCIA, *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico europeo*, 2004.

di giudicato alle sentenze penali degli altri organi giurisdizionali europei che riguardino gli stessi reati o gli stessi fatti”³⁷.

Svapora il requisito dell’esecutività della pronuncia di condanna. Del pari, vengono meno quelle eccezioni che in passato inficiano l’effettività della regola. Profili, in verità, eterogenei che non sarebbe corretto assimilare. Occorrono soluzioni differenziate e non indebite assimilazioni come quella cui condurrebbe l’asserzione del carattere vincolante dell’art. 50 della Carta di Nizza. Che tale atto normativo non sia solo una dichiarazione politica ma formidabile strumento ermeneutico è dato che non si intende contestare: la Carta è difatti “parte dell’iconografia dell’integrazione europea, contribuendo sia all’identità che all’identificazione con l’Europa”³⁸. Le disposizioni in essa contenute si applicano però agli Stati membri esclusivamente in ordine all’esecuzione³⁹. Lo dispone l’art. 51, comma 1, ora mutuato dall’art. II-111 della Costituzione europea. Risultano pertanto immuni le regole che delimitano la pretesa punitiva statale, non

³⁷ Si leggano le considerazioni riportate in DELMAS MARTY-VERVAELE (eds), *L’attuazione del Corpus iuris negli Stati membri*, reperibile in <http://ec.europa.eu>, 8 e 23, dove si afferma che la regola “tiene conto delle tendenze attuali della dottrina penalistica”. Il riferimento è alla raccomandazione n. 4 dell’AIDP secondo cui il principio del *ne bis in idem* “dovrebbe essere considerato come un diritto dell’uomo che si applica anche a livello internazionale e transnazionale”.

³⁸ WEILER, *Human rights, Constitutionalism and Integration: iconography and fetishism*, in *Int’L LF*, 2001, 227, 232. Lo stesso autore (Id., *The Constitution of Europe*, 2000, 343) considera, inoltre, la Carta dei diritti fondamentali veicolo di affermazione e tutela dell’identità locale dalla profonda ansietà moderna e postmoderna dell’appartenenza europea. Sul significato della Carta di Nizza all’interno di una teoria dell’interpretazione: A. RUGGERI, *Carta europea dei diritti dell’uomo e integrazione ordinamentale, dal punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale (notazioni introduttive)*, in Id., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, VI, 2, 290ss.

³⁹ AMALFITANO, *Dal ne bis in idem*, cit., 958ss.; EAD., *Conflitti di giurisdizione*, cit., 343ss.

essendosi ancora affermata una concezione giuridica della sovranità capace di sovvertire ataviche concettualizzazioni.

Né pare esatto argomentare dalla *littera legis* l'illegittimità di disposizioni di diritto derivato che introducano deroghe al divieto del *bis in idem* purchè in ossequio al principio di proporzionalità. L'operazione è ammessa dagli artt. 52, comma 1 della Carta di Nizza, e II-112, comma 1, della Costituzione europea, secondo i quali: "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui". Disposizioni che correttamente traducono i rapporti tra precetto costituzionale ed eccezione da atto derivato, in quanto il *Gebundenheit* tra le due fonti consente ambiti di intervento variamente estesi⁴⁰. Il limite risiede nella ragionevolezza, vincolo per l'artefice del disposto normativo e parametro per l'interprete che, in un gioco di mutue implicazioni tra attività ermeneutica e bilanciamento⁴¹, ricerca i valori e compone

⁴⁰ L'assunto è una corretta applicazione della *Stufenbau* normativistica, valida anche per l'edificio normativo europeo. Sul punto, molto chiaramente VOLPE, *op.cit.*, 155: "Dalla struttura gerarchica dell'edificio Kelseniano delle fonti deriva che, delle due componenti caratterizzanti l'atto normativo, la creazione/produzione (*Rechtsschöpfung*) e l'applicazione/riproduzione (*Rechtsanwendung*), si rafforza – discendendo i gradi – l'incidenza della seconda e si restringe l'area in cui la prima può spaziare, poiché l'attività di chi opera ai "livelli più bassi" è circoscritta da cornici normative (costituite da ogni grado superiore) sempre più numerose e dettagliate. Per il legislatore che è sottoposto soltanto alle prescrizioni della Costituzione, il vincolo giuridico (*Gebundenheit*) è relativamente lento e la possibilità di decisione creativa corrispondentemente ampie; nei gradi più bassi (per esempio nelle sentenze e negli atti amministrativi) il rapporto libertà/vincolo si inverte".

⁴¹ Cfr., A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, relazione al convegno "I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale", organizzato dalla Società italiana degli studiosi del diritto civile, Capri, 18-20 aprile 2006.

le eventuali gerarchie. Un *opus* squisitamente dialettico non esauribile nella solipsistica valutazione di un solo organo ma in quel “gioco linguistico” con cui si cimentano i plurimi custodi del patrimonio costituzionale. Dalla *derelectio* “*primateu* –controlimiti” emerge un nuovo *game*, gioco governato dai canoni imposti dal principio di legalità piuttosto che inammissibile *play*, fenomeno ludico spontaneo alieno alla preventiva definizione delle regole. Proprio la dinamica del gioco, spesso accostata all’universo normativo, offre esaustiva rappresentazione al metodo euristico attraverso cui organi che l’attuale assetto costituzionale non vuole più assillati dalle ansie dell’agonismo, scovano l’enunciato prevalente. Il rapporto regola – eccezione termina, allora, per calibrarsi sulla dialettica in ordine ai valori che giustificano l’affermazione o la deroga al *ne bis in idem*.

Si tratta evidentemente di un processo *in fieri* segnato dai possibili futuri sviluppi del diritto dell’Unione. Rilievo che non priva di stimoli la disamina dei possibili limiti al divieto, il cui intento non è quello di operare una sorta di divinazione attraverso la quale si identifichi *ex ante* il contenuto della disciplina *de iure condendo*, ma, al contrario, mira ad estrarre principi idonei ad orientare l’opera dell’interprete o, nei migliori auspici, a suggerire percorsi univoci al legislatore. Tale esercizio investe, *in primis*, il tema relativo alla necessaria esecuzione, qui intesa come concreta attuazione della *lex specialis* imposta dalla pronuncia di condanna, astrattamente reputabile requisito esorbitante rispetto alla preclusione processuale, destinata a formarsi quali che siano le sorti del comando dettato dal *dictum* giudiziale. Esecuzione e preclusione sono difatti nozioni distinte non sovrapposte dai legislatori nazionali, scervi dall’inserire tale elemento nelle fattispecie normative regolanti la formazione del *ne bis in idem*. L’apollineo rigore concettuale cede però di fronte a considerazioni di altra natura che sorreggono l’opposta soluzione. L’attivazione

della sanzione pare imporsi al fine di evitare che l'esistenza di un precedente giudicato divenga mero pretesto al fine di eludere la giurisdizione di altro Stato: sarebbe affetto da sostanziale incongruità l'atto generante efficacia preclusiva transnazionale ma privo della principale manifestazione effettuale interna consistente nella sua messa in esecuzione. Inoltre, costituirebbe violazione del principio di buona fede che governa le relazioni tra soggetti del diritto internazionale la condotta di uno Stato opponente ad altro l'esistenza di una pronuncia di condanna *in idem*, ma dallo stesso non eseguita⁴². Non pare allora privo di giustificazioni il requisito dell'esecutorietà che continua a comparire, ad esempio, nell'art. 54 della Convenzione di applicazione Schengen il quale, in caso di condanna, subordina l'operare del divieto al fatto che la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge della parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita⁴³. Formulazione del tutto identica

⁴² Sulla buona fede nel diritto internazionale cfr.: CONFORTI, *Buona fede e diritto internazionale*, in *Il principio di buona fede*, cit., 87ss. Tra gli Autori che ritengono corretto il requisito dell'esecutorietà, cfr.: GALANTINI, *Il principio*, cit., 16ss.; FARINELLI, *Sull'applicazione*, cit., 892ss.; VAN DEN WYNGAET-STESSENS, *The International*, cit., 799. Possibilista verso un riconoscimento incondizionato del principio sembra essere AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione*, cit., 344ss.

⁴³ La Corte di Giustizia delle Comunità europee nel procedimento C-288/2005, *Staatwalschaft Ausburg vs. Jürgen Kretzinger* è chiamata a stabilire se la pena possa dirsi eseguita o in corso di esecuzione nel caso in cui: " (a) l'imputato sia stato condannato ad una pena detentiva la cui esecuzione sia stata poi condizionalmente sospesa; (b) l'imputato sia stato per un breve periodo arrestato e/o sottoposto a custodia cautelare, e di tale detenzione si debba tener conto nel computo della pena da scontare a titolo definitivo". Vi è poi un ulteriore quesito di peculiare rilievo relativo all'incidenza della decisione quadro sul mandato di arresto europeo nella definizione del concetto di *enforcement* contenuto nell'art. 54 della Convenzione applicativa *Schengen*. Sui punti evocati si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale SHARPSTON, §§ 41-75 reperibili in www.curia.europa.eu, il quale, in ordine al primo quesito, osserva: "*A custodial sentence, the enforcement of which has been suspended provided that, during a*

compare nell'art. 3, comma 1, n. 2 della Decisione quadro sul mandato di arresto europeo (riprodotta senza modifiche nell'art. 18, comma 1, lett. m) della legge italiana di attuazione), che il *considerandum* n. 6 indica come prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio del riconoscimento reciproco, fondamento della cooperazione giudiziaria. L'esecutorietà della condanna non può dirsi quindi requisito che frusti le aspirazioni dello spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia, ma limitazione ragionevole al mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

Del resto, pur laddove il riferimento scompaia dall'effigie normativa, il dato dell'esecutorietà non necessariamente risulterebbe privato di rilievo. La mancata esecuzione di una pronuncia di

fixed period of time, the offender respects certain conditions set in accordance with the law of the State in which judgment was given, is a penalty that has been enforced or is actually in the process of being enforced within the meaning of Article 54 of the CISA and, provided the other conditions under that provision are met, gives rise to the application of the principle of ne bis in idem enshrined in that article". Quanto, poi, alla seconda questione l'Avvocato generale conclude, dicendo che: "*Periods spent by a defendant in police custody and/or on remand pending trial in one Member State are not to be considered as a penalty that has been enforced or that is actually in the process of being enforced for the purposes of Article 54 of the CISA, unless those periods are at least equal to any term of imprisonment imposed by the sentence finally disposing of the trial in relation to which the defendant has been in police custody or in remand".* In ordine poi al rapporto tra l'art. 54 della Convenzione di applicazione Schengen e le disposizioni relative al mandato di arresto europeo si sottolinea che: "*1) The concept of enforcement for the purposes of Article 54 of the CISA is not affected by the fact that a Member State in which a defendant has been sentenced by a final and binding judgment under national law may at any time issue a European arrest warrant for the surrender of that defendant so as to enforce that sentence under the Council Framework Decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States; 2) The concept of enforcement for the purposes of Article 54 of the CISA is not affected by the fact that, under Article 5(1) of the Framework Decision, the judicial authorities of the executing Member State are not required automatically to execute a European arrest warrant issued to enforce sentence imposed upon conviction after a trial in absentia".*

condanna potrebbe risultare elemento sintomatico di natura oggettiva di una condotta abusiva volto ad eludere la *Strafanspruch* avanzata da una diversa giurisdizione statale. Atteggiamento che segna la lesione di quella fiducia reciproca tra Stati che si dice fondare la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'edificando spazio di libertà, sicurezza e giustizia: è il caso, ad esempio, del *considerandum* n. 10 della decisione quadro 2002/584/GAI secondo cui "il meccanismo del mandato d'arresto europeo si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri". Disposizione dai contenuti omologhi compare nell'art. 4, comma 1 della Costituzione Americana che contiene la "*Full Faith and Credit Clause*" di cui la stessa "*Extradiction Clause*" prevista dal comma successivo costituisce un'applicazione particolare⁴⁴. Alcun affidamento potrebbe nella concretezza dei casi riservarsi nei confronti di un *dictum* giudiziale ignorato dalle stesse autorità dello Stato di emissione. Si fa salvo l'ipotesi in cui quest'ultime offrano fondate garanzie di prestare esecuzione alla pronuncia, idonee a ritenere integrata la preclusione processuale. Laddove il difetto di esecuzione permanga, *nihil obstat* all'instaurazione di un nuovo processo.

I rilievi sopra avanzati paiono suscettibili di ulteriori sviluppi. La mancata esecuzione della pronuncia non è l'unica ipotesi

⁴⁴ L'art.4, comma 1, dispone: "*Full faith and credit shall be give in each State to the public Acts, Records and Judicial Proceedings of every State. And the Congress may by general Laws prescribe the manner in which Acts, Records, and the proceedings shall be proved, and the effect thereof*". L'art.4, comma 2, contenente la Extradition Clause prevede: "*A person charged in any State with treason, felony or other crime, who shall flee from justice, and be found in another State, shall on demand of the executive authority of the State from which he fled, be delivered up, to be removed to the State having jurisdiction of the crime*". Che la *extradition clause* sia applicazione della *Full faith and credit clause* è affermato da: *Michigan vs Doran*, 439 U.S. 282 (1978); *Billinger v. Commissioner of Police of the city of New York*, 245 U.S., 128 (1917). Di recente, si veda: PASQUERO, *Il mutuo riconoscimento delle decisioni penale nel mandato d'arresto europeo e nella rendition statunitense*, in *Ridpp*. 2005, 959ss.

astrattamente idonea a costituire un abuso finalizzato ad un'indebita fuga dalla giurisdizione, altrimenti possibile in uno spazio giuridico che non segna la sintesi dei vari sistemi statuali in un ordinamento unitario. Permangono rilevanti differenze tra le normative, in specie penali, degli Stati membri. Piuttosto che un'armonizzazione delle discipline si punta ad un mutuo riconoscimento delle decisioni emesse alla stregua di fattispecie sostanziali talora assai diverse. L'*hysteron proteron* finisce per incidere sull'effettività della varie forme di cooperazione, con effetti non diversi da quelli registrabili nei rapporti giurisdizionali con autorità diverse delle europee⁴⁵. Normative policrome terminano per suggerire ai suoi abili conoscitori di schivare il *forum non conveniens*, realizzando la condotta *aliunde*. Condotta, evento, disegno criminoso, etc. risultano in simili situazioni elementi equiprobabili; non così il *locus commissi delicti* la cui scelta è dettata dal differente quadro legale vigente in quella porzione territoriale. In casi del genere l'eventuale riconoscimento del *ne bis in idem* si traduce in un inopportuno ossequio ad un giudizio strumentale ad eludere la pretesa punitiva statale. Situazione che, in ultima analisi, segna l'ennesima disincantata "decostruzione" del principio di legalità (e dei valori ad esso sottesi) inibendo, attraverso un'indebita abdicazione dall'esercizio di un potere legalmente conferito, che la giurisdizione *ad ultimum finem per suam operationem pertingit*⁴⁶.

Questione assai delicata: è in gioco, da un lato, il principio di legalità secondo quanto appena esposto; dall'altro il principio del giudice naturale, correttamente individuato nel giudice del *locus commissi delicti*. Accezione che offre rilievo alla formula anche

⁴⁵ Sulla cooperazione come riavvicinamento delle legislazioni nazionali si veda AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione*, cit., 165ss., cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁴⁶ Cfr., MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *QuadC.*, 2, 2006, 273 ss., da cui sono tratte le citazioni presenti nel testo.

nella dimensione transnazionale nonostante la mancata esplicita menzione nell'aggettivo "naturale" nei testi di riferimento⁴⁷. Non lo stesso può dirsi se si asserisce la sinonimia tra "naturalità" e "precostituzione" al pari di quanto sostenuto da autorevole dottrina sul piano interno⁴⁸. Trasposta sul piano internazionale la nozione di naturalità patrocinata comporta due corollari. Il primo attiene alla prevalenza del principio di territorialità sugli ulteriori criteri

⁴⁷ PANZAVOLTA, *Il giudice naturale nell'ordinamento europeo: presente e futuro*, in AA.VV., a cura di COPPETTA, *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, 2005, 143. La mancata indicazione della naturalità del giudice, con riferimento all'art. 47 della Carta di Nizza (riprodotto nell'art. II-107 della Costituzione europea), è fatta notare da D'AMICO, *sub art. 47*, in AA.VV., a cura di BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, 2001, 325. Cfr., anche ROMBOLI, *La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull'art. 47*, in *RassDPE*, 2003, 29.

⁴⁸ PIZZORUSSO, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in *Rtdpc.*, 1975, 6ss.; ID., "Giudice naturale", in *Eg*, 1989, 5 dell'estratto; ROMBOLI, *Il giudice naturale. Studio sul significato e sulla portata del principio nell'ordinamento costituzionale italiano*, 1981, 113ss. *Contra*: CORDERO, *Connessione e giudice naturale*, in AA.VV., *Connessioni di procedimenti e conflitti di competenze*, 1976, 54; ALFIERI, "Giudice naturale", *Ddp*, V, 1991, 451; CAPRIOLI, *Precostituzione, naturalità ed imparzialità del giudice nella disciplina della rimessione dei processi*, in *Cp*, 2002, 2599. Il tema del rapporto tra giudice naturale e competenza risulta attuale, viste le proposte di modifica avanzate dal d.d.l. recante "Disposizioni per l'accelerazione e la razionalizzazione del processo penale, nonché in materia di prescrizione dei reati, recidive a criteri di ragguglio tra pene detentive e pene pecuniarie", reperibile in www.giustizia.it. Il riferimento è in particolare al sistema di regolamento preventivo di competenza, slegato dal procedimento principale il quale non subisce alcuna sospensione. Gli atti probatori eventualmente compiuti dal giudice incompetente non perdono valore ma secondo la nuova formulazione dell'art. 190-bis c.p.p. sono interamente utilizzabili. Soluzione imposta da una lettura invero scorretta del principio di ragionevole durata del processo dove Kronos finisce per soverchiare Dike. Dallo stesso motivo pare ispirata la riscrittura dell'art. 23 del c.p.p. che impone la trasmissione degli atti non più al pubblico ministero ma al giudice ritenuto competente, con smentita di una soluzione che implicitamente segnava l'inutilizzabilità degli atti precedentemente compiuti. In ultimo, sembra ledere il principio di naturalità del giudice la riforma dell'art. 16 c.p.p. nella parte in cui, in relazione ai reati associativi, assegna la competenza, apre destinata a consentire il radicarsi della competenza sulla base dell'intervenuta prima iscrizione nel registro delle notizie di reato.

di collegamento tra fatto e giurisdizione. Il secondo, la cui trattazione si rinvia al successivo paragrafo, attiene al legame con il divieto di estradizione di un soggetto autore di un fatto di reato “con sostanziale e decisivo collegamento al territorio nazionale” (*maßgeblicher Inlandsbezug*) secondo il sintagma utilizzato dalla Corte Costituzionale tedesca nella nota pronuncia sulla legge di attuazione del mandato di arresto europeo⁴⁹.

Quanto al primo punto occorre, *in apicibus*, osservare come il criterio di territorialità non può dirsi principio assoluto di diritto internazionale, né può confondersi con la sovranità territoriale⁵⁰. Lo si desume dall’apparato argomentativo che sorregge la sentenza *Lotus*, mutuato dalla prevalente dottrina e giurisprudenza: gli Stati permangono liberi nella determinazione dell’ambito di efficacia della legge penale. Né in astratto può elaborarsi una gerarchia tra i vari criteri: l’esercizio territoriale della giurisdizione segna la soccombenza di eventuali procedimenti legati al fatto da diversa *Nexus rule* non in ragione di una pretesa sovraordinazione, ma per via del raggiungimento di un giudicato, effettivo criterio di coordinamento indipendente dal fondamento della pretesa punitiva⁵¹. Pur nel caso in cui l’argomentazione voglia poggiare sull’interesse statale alla punizione⁵², si è lungi dall’approdare alla conclusione obbligata secondo cui i criteri della territorialità e della difesa debbano risultare prevalenti. “Proprio il riferimento all’interesse dello Stato alla punizione, espresso dal criterio di collegamento, non può essere inteso in astratto, ma deve essere necessariamente correlato al fatto, rispetto al quale opera, per

⁴⁹ Si veda *retro* § 3.

⁵⁰ BENVENUTI, *Sui limiti internazionali della giurisdizione penale*, in *Rdi*, 1974, 241.

⁵¹ THOMAS, *Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung: Vom nationalen zum internationalen ne bis in idem*, 2002

⁵² FELLER, *La resolution des conflits des jurisdiction en matière pénale*, in *RintDP*, 1974, 560.

l'appunto il collegamento: ed allora è possibile non soltanto (a) che il principio più funzionale alla repressione sia diverso da quello territoriale o della difesa, ma addirittura che (b) nessuno dei principi in gioco possa, isolato dagli altri, avere la prevalenza, e l'effettività della previsione dipenda, piuttosto, soltanto dal loro contemporaneo operare secondo il contenuto di ciascuno; così come, d'altra parte è possibile (c) che siano stabiliti criteri di collegamento effettivamente incentrati sull'esercizio della giurisdizione da parte dello Stato territoriale⁵³. Dove il criterio discrezionale sia l'interesse statale l'opzione preferibile dipende, quindi, dalla tipologia di reato coinvolta nel singolo procedimento. Non è un caso che nell'art. 26 del Corpus iuris 2000, il criterio non compaia tra quelli fondanti "la giurisdizione più appropriata nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia". La logica efficientista che muove il progetto in tema di repressione degli illeciti finanziari ai danni dell'Unione europea ne consiglia di diversi: prevale la giurisdizione dello Stato dove si trovi la maggior parte delle prove, o dove risieda o abbia la nazionalità l'imputato (o il maggior numero di imputati), o, infine, il fatto criminoso abbia generato maggior impatto sul sistema economico.

Ad una diversa conclusione può giungersi, come si vedrà, dove la naturalità del giudice sia principio legato ad ulteriori esigenze garantistiche che segnano la prevalenza del giudice del *locus commissi delicti*. Al di là di tale ipotesi la regola non pare forse potersi ricomprendere nel patrimonio costituzionale europeo⁵⁴ nonostante risulti comunque capace di incidere nella selezione dei criteri volti alla composizione di eventuali conflitti di giurisdizione. Non gode però di un diritto al giudice naturale l'autore di un fatto di reato, la cui scelta del *locus commissi delicti* sia dipesa dal desiderio

⁵³ di MARTINO, *La frontiera*, cit., 91.

⁵⁴ PANZAVOLTA, *Il giudice naturale*, cit., 144.

di garantirsi una sostanziale impunità. Condotta necessariamente sorretta dal requisito della volontarietà, e plasticamente raffigurabile come fuga pretestuosa dal tavolo del gioco processuale⁵⁵. Sarebbe

⁵⁵ Sul rapporto tra abuso del processo e teoria dei giochi si veda l'acuta indagine di CATALANO, *L'abuso*, cit., 114ss., la quale sottolinea come "l'eziopatogenesi dell'abuso processuale, riconducibile alla valorizzazione del ruolo delle parti, contiene indicazioni di ordine terapeutico che rimandano a quel principio di autoreponsabilità delle parti qualificante il rito accusatorio, suscettibile di trovare attuazione attraverso una rete di oneri e di disincentivi prima che attraverso specifiche sanzioni processuali". Sul concetto di onere, cfr., retro nt.9. La figura assume contorni inediti nel sistema elaborato dal Goldschmidt, in cui ogni atto mutando la "*Urteilsprognose*", accresce o sminuisce le *Gelegenheiten* della parte di far propria la contesa. Qui viene meno il dualismo tra situazione giuridica, "corrisponde[n]te ad una considerazione dinamica del soggetto, nel suo atteggiarsi in una concreta relazione giuridica", e posizione giuridica, viceversa riferita ad una valutazione "statica" del soggetto, "*Zurechnungsendpunkt*" di diritti ed obblighi, risalente all'opposizione tra "*Materiellrechtliche (statische) Rechtsbetrachtungsweise*" e "*prozessuale Rechtsbetrachtungsweise*". Tale dicotomia postula la sussistenza di un unico destinatario del precetto normativo, individuato nell'organo giudicante, onerato di commisurare la propria prestazione al precetto di diritto sostanziale (GOLDSCHMIDT, *Zwei Beiträge*, cit., 109ss.; ID., *Materielles Justizrecht*, cit., 850ss.; ID., *Der Prozess*, cit., 243ss., e nt. 1327 relativa al diritto penale). Imputato al solo *Richter* l'unico dovere di condotta asseribile, simmetricamente opposto alla "*Rechtsschutzanspruch*", diritti ed obblighi delle parti finiscono per variare, rispettivamente, in "*eine Aussicht auf etwas*", ossia aspettative all'evento favorevole, ed oneri, intesi come "*die Nötigung durch Vornahme einer Prozesshandlungen einen prozessualen Nachteil, in letzter Linie ein ungünstiges Urteil abzuwenden*" (GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, 252, 335ss). Questo è distinto in onere "perfetto", denominato "*vollkommene*", il cui inadempimento "*einen Rechtsnachteil mit Notwendigkeit nach sich zieht*" (GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, 361), ed onere imperfetto, sussistente laddove siano possibili atti muniti della medesima equivalenza causale, suscettibili di colmare l'inerzia dell'interessato (cfr., GOLDSCHMIDT, *op. loc. cit.*: "*minder vollkommene ist eine Last, wenn die Verhängung des Versäumnisnachteils vom richterlichen Ermessen Abhängt, mag es dazu eines Antrages bedürfen [...] oder nicht. Völlig unvollkommen kann eine prozessuale Last nicht sein. Denn wenn ein Unterlassen für den Unterlassenden prozessuale Rechtsnachteile weder zur Folge hat noch haben kann, so liegt eine prozessuale Last überhaupt nicht vor*"). Ne consegue la metamorfosi dei relativi atti processuali, distinti in "*Erwirkungs-*" e "*Bewirkungshandlungen*", e rappresentati come mere *condictio iuris*, il cui avverarsi pone l'obbligo pubblicistico del giudice di adempiere la prestazione di servizi giudiziari.

persino paradossale riconoscere in tali ipotesi la garanzia di un giudice invero non naturale, ma prescelto dall'imputato allo scopo di schivare il *forum non conveniens*. Si tratta di casi di abuso del processo, figura assai nota alla prassi e alla legislazione internazionale. Si pensi, ad esempio, all'art. 10 dello Statuto del Tribunale internazionale penale per la ex Jugoslavia che esclude il riconoscimento della preclusione processuale da giudicato proveniente da altra giurisdizione dove i procedimenti penali nazionali "*were designed to shield the accused from international criminal responsibility*". Formulazione del tutto identica compare nell'art. 9 dello Statuto del Tribunale internazionale penale per il Rwanda, e sostanzialmente omologa nell'art. 20 dello Statuto della Corte penale internazionale al fine di assicurare l'intervento della giurisdizione internazionale nell'eterogenea gamma di casi in cui il precedente giudicato sia solo pretesto elusivo della stessa.

Il principio pare mutuabile nello spazio europeo di sicurezza libertà e giustizia, dove il divieto del *ne bis in idem* poggia su quella *Rechtssircherheit* non strumentalmente evocabile in situazioni che, esplorate *ab imis*, si rivelano teleologicamente dirette a svilirla. Un accertamento che deve esigersi particolarmente rigoroso affinché il mero sospetto non divenga veicolo per misconoscere senza giusta causa il precedente giudicato, con conseguente vanificazioni dei valori di garanzia del divieto sin qui affermati. Solo laddove l'autorità precedente fornisca sufficienti elementi di verifica del realizzato intento elusivo l'organo giurisdizionale può consentire la prosecuzione del procedimento eventualmente instaurato.

Un accertamento assai attento rigoroso pare doversi effettuare nell'ulteriore ipotesi in cui può affermarsi la non applicazione del divieto. Si allude al caso di un giudizio emesso da altro Stato al termine di un procedimento alieno dai quei canoni con i quali è tradizionalmente descritta la formula del *due process of law*. Infatti,

non pare doversi venerare per dirla con il Brusa⁵⁶ un giudicato prodotto da un non equo processo, limite intrinseco a quella libera circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo. Qui la giustizia mette le ali ai calzari come nel quadro che il pittore del processo kafkiano è intento a realizzare. Ed è identico il rischio attuale a quello avvertito da Josef K che ammonisce: “la giustizia deve stare ferma, se no la bilancia oscilla e non è possibile una sentenza giusta”. Allora la realtà offre un’immagine che non ricorda più la dea della giustizia, ma neanche quella della vittoria, ma assume piuttosto l’aspetto della Dea della caccia⁵⁷.

Il mancato rispetto dei canoni del giusto processo costituisce un limite alla cooperazione già presente in taluni testi ufficiali. E’ il caso del *considerandum* n. 12 della decisione quadro sul mandato di arresto europeo che impone il rispetto dei diritti fondamentali sanciti dall’art. 6 del trattato sull’Unione e contenuti nella Carta di Nizza. Tali diritti costituiscono, come in precedenza affermato, il *punctum coniunctionis* dell’integrazione europea, la meta di un percorso attuato attraverso quella dialettica in cui risiede, in ultima analisi, il carattere eidetico della democrazia⁵⁸. Ciò consente di disconoscere l’efficacia preclusiva di un giudicato emesso ad esito di un processo ingiusto. Nozione, oramai, sufficientemente definita dalla giurisprudenza della corte europea dei diritti dell’uomo e delle singoli corti costituzionali, utilmente esplorabile a tal fine.

⁵⁶ BRUSA, *Prolegomeni al diritto penale*, 1888, 392, paragona lo Stato ad un cavaliere errante “per imporre altrui di venerare la giustizia nazionale”.

⁵⁷ KAFKA, *Mil processo*, cit., 134-135. L’immagine è mutuata da di MARTINO, “Mandato di arresto europeo: un passo (ormai) breve verso la tirannide o un passo (ancora) lungo verso sicurezza e libertà?” - corso accademico presso la SSSUP Sant’Anna Pisa - a.a. 2006.

⁵⁸ LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Rtdp*, 1956, 393ss.; v. anche MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, 2000, passim.

Simile ricognizione non implica tuttavia l'immediata assegnazione di rilevanza ai contenuti scoperti. La violazione di una delle regole del giusto processo non si traduce automaticamente nella facoltà dello Stato del pari possidente competenza giurisdizionale di disconoscere il precedente giudicato. Il diritto al giusto processo deve qui apprezzarsi in ordine ai profili essenziali che connotano la nozione: imparzialità e terzietà del giudice, effettiva tutela del diritto di difesa, parità con l'organo dell'accusa. Il rischio di un'accezione ampia del concetto di giusto processo è quella di vanificare il divieto del *ne bis in idem* anche solo laddove si riconosca un differente livello di trattamento dei diritti. Situazione che connota la maggioranza dei casi, essendo ancora lontana l'uniformità dei sistemi processuali europei, aspetto ancora eccessivamente trascurato dalla politica del diritto dell'Unione. Né potrebbe escludersi che dietro l'usbergo di un diverso riconoscimento dei diritti processuali si dissimolino diffidenze ataviche ed istanze di autarchia politico-giuridica, orientate all'apertura di un nuovo procedimento. Il catalogo della garanzie del giusto processo da considerarsi risulta allora persino più ristretto del già limitato elenco che si valorizza in tema di limiti alla consegna in caso di mandato di arresto europeo o altra procedura estradizionale. Nel caso *sub observatione* l'asserita violazione di una delle regole del giusto processo comporta il venir meno della *Rechtssicherheit* comunque raggiunta con il precedente giudicato. L'eccezione a quello che si è definito principio generale valente nello spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia si giustifica solo in casi di violazioni sufficientemente gravi da reputare necessaria una nuova "partita" stavolta rispettosa delle regole che connotano l'accertamento giudiziale penale.

Il verificarsi dell'ipotesi *de qua* prelude ad un eventuale conflitto di giudicati. Possibile, difatti, che il nuovo processo conduca ad esiti diversi da quelli già raggiunti dal precedente

giudizio. In tal caso, la *Natur der sache* vuole che sia data prevalenza al giudicato derivante dal processo condotto secondo le regole del *due process of law*. La soluzione del conflitto tra le giurisdizioni si affida qui alla “qualità” del processo attraverso cui l’affermazione dell’ordinamento nel caso concreto si è attuata. Giurisdizione, azione, processo e giudicato non sono che varie facce di una realtà unitaria e fisiologicamente dinamica in cui si esaurisce la nozione di giurisdizione⁵⁹. Il punto di riferimento è quello che Satta definisce il caso concreto, possibile oggetto di una pluralità di processi celebrati da organi di diverse giurisdizioni. E’ già noto come le regole di diritto penale transnazionale non siano che condizioni o limiti per l’esercizio della giurisdizione su episodi del reale riconducibili all’effigie di una fattispecie penale appartenente ad un dato ordinamento. Un eventuale conflitto può allora risolversi su questo piano per mezzo di uno dei vari modelli compositivi applicabili⁶⁰. Diversamente la soluzione può provenire dal diverso criterio della litispendenza, il cui momento di riferimento non è che l’esercizio dell’azione. In tal caso, si ha un’anticipazione della preclusione del *ne bis in idem*, che altrimenti necessita del raggiungimento della soglia del giudicato formale. In ultimo può essere, come nel caso di specie, il processo a costituire il criterio per stabilire quale ordinamento trovi attuazione nel caso concreto che costituisce lo *Streitgegenstand* che lega il giudizio al suo prodotto, il giudicato sostanziale⁶¹. Dove il processo

⁵⁹ Satta, “Giurisdizione (nozione generale)”, in *Ed*, 1970, 216ss.

⁶⁰ Sui vari modelli compositivi si la classificazione operata dal di Martino, *La frontiera*, cit., 286ss. L’argomento è oggetto del *Libro verde sui conflitti di giurisdizione e sul principio del ne bis in idem nei procedimenti penali* del 23 dicembre 2005, le cui sorti non sono agevolmente pronosticabili.

⁶¹ Si postula, così, la coincidenza tra oggetto del giudizio e oggetto del giudicato, al pari di quanto costantemente affermato dalla dottrina processualciviltistica. Cfr.: Hellwig, *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, I, 1912, 792-793; Chiovenda, *Principi del diritto processuale civile*, 1928, 917; Lent, *Die*

successivamente instaurato risulti al contrario del precedente celebrato secondo le regole del giusto processo, sarà il giudizio da

Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess, 1916 (rist. 1970), II, 9ss.; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata civile*, 1935, 139; NIKISCH, *Zivilprozessrecht*², 1952, 414; SEGNI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Sciajola e Branca, 1960, 282ss., 346ss.; ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, 1958, 50ss.; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, 1959, 294, 297; PUGLIESE, “*Giudicato civile (diritto vigente)*”, in *Ed.*, XVIII, 1969, 862; BAUMGÄRTEL, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *Juristische Schulung*, 14, 1974, 70; GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*², 1974, 26; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, 1979, 996; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, I, 1980, 107ss.; LIEBMAN, “*Giudicato civile*”, in *EG.*, 1983, 12; *Id.*, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 1980, 430; MENCHINI, *I limiti*, cit., 9ss. Non manca nella dottrina tedesca una tendenza ad autonomizzare il concetto di *Entscheidungsgegenstand* rispetto a quello di *Streitgegenstand*: l’allusione è all’orientamento che limita l’efficacia del giudicato ai soli fatti allegati, escludendo, pertanto, i fatti che, benché deducibili, non siano stati fatti valere (SCHWAB, *Der Streitgegenstand in Zivilprozess*, 1954, 148ss.; *Id.*, *Die Bedeutung der Entscheidungsgründe*, in *Festschrift für Bötticher*, 1970, 321 ss., ripreso da BROX, *Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess*, in *Juristische Schulung*, 1962, 121ss.; JAUERNIG, *Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand*, 1967, 60ss.; RIMMELSPACHER, *Materialrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandprobleme in Zivilprozess*, 1970, 228 ss.; POHLE, *Einleitung a Kommentar zur ZPO Stein-Jonas-Pohle*, 1972, I, 23ss.; SCHUMANN-LEIPOLD, *Kommentar zur ZPO*, cit., sub § 322, 1323-1324; SCHUMANN, *Einleitung a Kommentar zur ZPO Stein-Jonas-Schumann*, 1984, 168. Va precisato come l’oggetto del giudizio sia intimamente connesso alla struttura del processo, ed in particolare dall’adozione del *Mündliche Verhandlung* e o di quell’*Eventualmaxime*, che permea il processo civile tedesco dopo il *jüngster Reichsabschied* del 1654 (WACH, *Mündlichkeit und Schriftlichkeit*, in *Vorträge über die Rechts-civilprozessordnung*, 1896, 20ss.; HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, 1903, 13). L’*Eventualmaxime* postula una rigida scansione dell’*ordo iudiciarius*, nella quale l’insorgere di una nuova fase segna la preclusione degli atti afferenti alla precedente (WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 1878, 967ss.; BLOMEYER, *Zivilprozess-Erkenntnisverfahren*, 1963, 97; SEGNI, *Il principio di eventualità e la riforma del processo civile*, in *Scritti giuridici*, I, 1965, 348ss.; SCHULTE, *Die Entwicklung der Eventualmaxime*, 1980, 8; LUISO, *Principio di eventualità e principio della trattazione orale*, in *Scritti in onore di Fazzalari*,

questo formato a risultare prevalente. Non si tratta qui di evocare regole variamente riconducibili al *favor rei*, viceversa utilizzabili dove la tavola sinottica ospiti due giudizi entrambi condotti nel rispetto dei principi essenziali sopra tracciati. Stiamo postulando la violazione grave di garanzie oggettive e soggettive della giurisdizione, situazione che, al contempo, esclude il riferimento al *favor rei* e mira a preservare da usi disinvolti dell'eccezione finalizzati ad una *reformatio in peius*⁶². Nello spazio giuridico

1993, 207ss.). Nuove allegazioni delle parti all'interno di una medesima fase sono possibili solo se gli atti siano legati da un nesso di consequenzialità. Rimane, al contrario, precluso il compimento di atti processuali concorrenti con altra difesa di medesimo valore ("*gleichwertigen*") precedentemente esperita dalla parte. L'atto introduttivo del processo diviene, allora, l'unico veicolo di introduzione del *Klagtatsachen* e del relativo *tatsächlicher Prozeßstoff*, determinando "*die immutable Urteilsgrundlage*" reso intangibile dal divieto di *variatio causae* ("*Klagänderungsverbot*"). (WACH, *Handbuch des deutschen Civilprocess*, 1885, 132.) circoscritto al singolo fatto costitutivo allegato dall'attore con la domanda. L'oggetto del giudizio sfuma, così, nella mera *Rechtsfrage* inerente alla possibilità che "in base ad un certo accadimento storico, possa essere accordata all'attore la tutela richiesta e, soltanto in via mediata, sulla esistenza o meno, in capo a questo, di una situazione soggettiva sostanziale" (MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 202; SCHMIDT, *Die Klagänderung*, 1888, 154). Profondamente diversa, al contrario, la struttura di un processo in cui compare la *mündliche Verhandlung*. Adottato dalla ZPO sin dal 1877 sul modello del *Code de procédure civile* francese, il principio della trattazione orale consente la successiva allegazione di fatti concorrenti con quelli precedentemente introdotti dalla medesima parte. L'atto introduttivo come la difesa del convenuto rappresentano un mero *vorberaites Schriftsatz*, volto semplicemente ad individuare l'oggetto del processo che muta immediatamente nella situazione soggettiva sostanziale ipoteticamente asserita con la domanda. Ne deriva un deciso ridimensionamento del ruolo del fatto costitutivo, rilevante nei soli limiti in cui emerga come indispensabile elemento di individuazione della situazione sostanziale oggetto del relativo giudicato, i cui confini si estendono all'intera gamma dei fatti dedotti e deducibili nel processo.

⁶² Implicita conferma della validità di una simile impostazione può ricavarsi, *mutatis mutandis*, da Cass. s.u., 11 aprile 2006, Maddaloni, sulla quale sia consentito rinviare al nostro lavoro *Divieto di reformatio in peius*, in *Studium iuris*, 2007, I, 93-94.

comune europeo deve necessariamente asserirsi la prevalenza dei valori garantistici su ogni ulteriore esigenza. I canoni del giusto processo divengono, in tal modo, condizione e limiti per un'effettiva integrazione processuale europea: da un lato, valore fondante il processo di armonizzazione della disciplina; dall'altra la *condicio sine qua non* pare potersi procedere alle varie forme di cooperazione tra i Paesi distesi nel territorio dell'Unione. Nelle valutazioni effettuate dagli organi a tal fine preordinati si inserisce una dato assiologico che prevale rispetto a soluzioni meramente formalistiche: l'affermazione dell'ordinamento dipende dalle regole processuali da questo predisposto al fine di comporre il giudizio, nel settore penale fisiologico prisma nel procedimento di qualificazione normativa di un episodio del reale. Ciò esclude il riconoscimento di una delle principali manifestazioni del giudicato sostanziale se proveniente da giudizio valutato iniquo secondo i parametri prima indicati. L'intimo legame tra giudizio e giudicato si colora di un'ulteriore tinta imposta dall'esigenza di tutela delle situazioni soggettive processuali. Nel caso in cui il processo non risulti ossequioso di tale regole, si elide la componente effettuale del relativo dictum giudiziale, inidoneo ad aspirare al riconoscimento in uno spazio giudiziario che trova nella tutela dei diritti il proprio principio di ragione sufficiente.

6 *NE BIS IN IDEM* ESTRADIZIONALE: IL CASO DEL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO

Le talora labirintiche trame sin qui narrate non esauriscono, tuttavia, l'intera vicenda scientifica della divieto del *ne bis in idem* internazionale. L'*excursus* riserva un ultimo capitolo oggi al crocevia tra tradizione ed innovazione. Si allude al c.d. *ne bis in idem* estradizionale, sintagma da tempo invalso nel linguaggio giuridico per indicare la mancata consegna della persona richiesta

motivata dalla sussistenza di un precedente giudicato *de eadem re*. Una definizione che segnala lo iato tra la funzione che il riferimento al *ne bis in idem* parrebbe assegnare all'istituto e il suo effettivo operare: l'esistenza di un giudizio sull'omologo fatti mira qui semplicemente "a frustare la nuova azione penale dello Stato richiedente sul piano delle concrete possibilità di eseguire la sentenza"⁶³. Niente osta all'esercizio di una nuova azione da parte dello Stato richiedente, salvo che per il ricorrere di condizioni accidentali. Sono tali, ad esempio, la necessaria presenza dell'imputato nel territorio nazionale per l'attivazione del procedimento o l'impossibilità di celebrare un giudizio *in absentia*. Elementi che sul piano solo fattuale impediscono l'instaurazione del nuovo giudizio, non potendosi neppure immaginare la loro adesione ad una fattispecie complessa a formazione progressiva. Al contrario, siamo in presenza di due distinti effetti giuridici che postulano fattispecie normative autonome. Se richiesta come condizione di procedibilità, la mancata presenza del reo nel territorio dello Stato preclude l'instaurazione del giudizio indipendentemente dalla sussistenza del precedente giudicato. Del pari, il previo giudizio potrebbe non inibire la celebrazione di un omologo, a prescindere dalla presenza del soggetto nel territorio dello Stato titolare della pretesa punitiva. L'esistenza di una decisione definitiva *in idem* è solo una "garanzia effimera"⁶⁴ che mira solo ad escludere la consegna del richiesto. Ne è consapevole la dottrina prevalente, risolta nell'imputare l'effetto alla mancanza di una regola di diritto internazionale generale che celebri la vigenza del *ne bis in idem* internazionale⁶⁵. Proprio

⁶³ AMODIO-DOMINIONI, *L'estradizione e il problema del ne bis in idem*, in *RDMatr.*, 1968, 365.

⁶⁴ DEAN, *Profili di un indagine sul ne bis in idem estradizionale*, in *Rdp*, 1998, 58.

⁶⁵ L'opinione pare corretta anche nelle premesse sistematiche: evita l'indebita assimilazione delle decisioni relative alla cooperazione giudiziaria agli atti che,

“la mancanza [...] di una regola generalmente riconosciuta che estenda, oltre i confini del diritto interno, l’operatività del divieto del doppio processo, esalta le pur limitate attitudini funzionali del principio del *ne bis in idem* estradizionale, il quale finisce per costituire l’unica vera forma di garanzia contro il rischio di plurime persecuzioni in campo internazionale”⁶⁶.

E’ quanto avviene durante la vigenza della Convenzione di estradizione del 1957, esemplare paradigmatico e stipite di numerosi atti internazionali in materia approntati nel vecchio continente. La *sedes materiae* risiede nell’art. 9 che inibisce l’extradizione laddove “l’individuo reclamato [sia] stato definitivamente giudicato dalle autorità competenti della Parte richiesta per i fatti che motivano la domanda”. Necessario che la sentenza abbia raggiunto quell’*UrteilformalKraft*, resa con il *nomen* cosa giudicata formale. Non vi approda la sentenza contumaciale che il *Rapporto esplicativo alla Convenzione* non considera un *définitivement jugé*⁶⁷, mutuando in parte un’impostazione del sistema processuale penale francese dove l’eventuale condanna *in absentia* diviene irrevocabile solo dopo la scadenza del termine di prescrizione della pena inflitta o in caso di decesso del condannato⁶⁸. Solo facoltativo il rifiuto dettato dalla decisione delle autorità dello Stato richiesto di “non aprire un perseguimento penale o di chiuderne uno già avviato per gli stessi fatti”. Dizione comprensiva di provvedimenti dalla varia portata effettuale: archiviazione, non luogo a procedere, sentenze di rito.

al contrario, ostacolano l’esercizio della giurisdizione, indissolubili in un’indistinta notte “*worin, wie man zu sagen plehgt, alle Küne schwarz sind*” (la celebre formula è di G. W. F. HEGEL, *System der Wissenschaft. Erster Teil. Phänomenologie des Geistes*, introduzione).

⁶⁶ DEAN, *op. loc. cit.*

⁶⁷ Cfr., MARCHETTI (a cura di), *La Convenzione europea di estradizione*, 1990, 297.

⁶⁸ UBERTIS, *Dibattimento senza imputato e tutela del diritto di difesa*, 1984, 235.

La disciplina sin qui scarna viene poi arricchita dall'art. 2 del protocollo addizionale datato 15 ottobre 1975 che aggiunge altri tre paragrafi all'articolo 9, sino ad allora monocefalo. Si esclude l'extradizione di un individuo assolto in uno Stato terzo ma parte Contraente della Convenzione. In caso di condanna, la consegna non ha luogo se la pena viene per intero eseguita, o la condanna è oggetto di grazia o amnistia, o, infine, il giudice constata la colpevolezza dell'autore del reato senza pronunciare una sanzione. Regola non valida dove l'imputato o la persona lesa rivestano un carattere pubblico, o il fatto sia commesso, in tutto o in parte, sul territorio dello Stato richiedente o in un luogo a questo assimilato. Si precisa, in ultimo, come tale normativa non pregiudichi "l'applicazione di disposizioni nazionali più estese concernenti l'effetto *ne bis in idem* conferito alle decisioni giudiziarie pronunciate all'estero".

La mancata *remise* del soggetto motivata da un precedente giudicato è ipotesi contemplata inoltre nella decisione quadro 13 giugno 2002 GAI/584, relativa al mandato di arresto europeo, sulla quale si intende incentrare il rimanente della presente indagine. Si tratta secondo il menzionato *considerandum* n. 6 della "prima concretizzazione" di quel principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie che il Consiglio europeo e il Trattato costituzionale (art. III-270, comma 1) individuano come fondamento della cooperazione giudiziaria. L'atto è pertanto strumentale all'obiettivo dell'Unione di divenire uno spazio giuridico unitario, al cui approdo concorre l'abolizione delle procedure estradizionali. Al loro posto si inserisce un modello che si vuole assai diverso dai sistemi invalsi nel passato, benché ancora distante dai modelli più evoluti. E' il caso della *rendition* nordamericana che incarna un procedimento di consegna "puro", non ancora accolto (in specie per via della normativa di attuazione) nella regione europea⁶⁹. Non

⁶⁹ PASQUERO, *Il mutuo riconoscimento*, cit., 959ss.

mancono però importanti soluzioni di continuità. *Ex multis*, rammentiamo la giurisdizionalizzazione dell'intero procedimento, il mancato controllo sulla fondatezza della domanda, l'abbandono dei tradizionali motivi di rifiuto legati al carattere politico del reato, alla cittadinanza dell'estraddando o al requisito della doppia incriminazione. Tal ultima innovazione rappresenta la "falange oplitica" dell'intero istituto consentendo la consegna senza verifica alcuna della previsione bilaterale di un fatto comunque riconducibile ad una delle 32 "categorie di valutazione del contesto d'offensività a sostrato *lato sensu* criminologico" indicate dall'art. 2 DQ⁷⁰. Si supera pur parzialmente la necessità di una duplice corrispondenza del fatto alle fattispecie normative dei paesi coinvolti nel sinallagma estradizionale. *Rectius*: si impone che il fatto oggetto del mandato di arresto europeo integri una fattispecie normativa prevista dall'ordinamento dello Stato emittente, e sia comunque ascrivibile ad una delle fenomenologie criminose evocate nella lista. Un effetto notevole anche sul piano sistematico, stante l'approdo ad una duplice accezione del concetto di fatto, inteso nella sua dimensione astratta-normativa nel primo caso⁷¹, naturalistico-descrittiva nella seconda delle verifiche effettuate⁷².

Il concetto di fatto assume così sembianze già note alle indagini effettuate sul principio del *ne bis in idem*. Tema di

⁷⁰Le parole virgolettate appartengono a di MARTINO, sub art. 7, in AA.VV. (diretto da CHIAVARIO-DE FRANCESCO-MANZIONE-MARZADURI), *Il mandato di arresto europeo. Commento alla l. 22 aprile 2005*, n. 69, 2006, 124.

⁷¹DE FRANCESCO, *Il concetto di fatto*, cit., 634, per il quale in materia estradizionale ciò che assume effettivo rilievo è "che il fatto costituisca reato in virtù di quei medesimi elementi che integrano una fattispecie penale nello Stato che domanda l'estraddizione".

⁷²di MARTINO, *op. cit.*, 137. Soluzione consequenziale all'assioma che correttamente esclude le categorie dell'art. 2, comma 2, dal *genus* fattispecie penale (di MARTINO, *op. cit.*, 125, e ivi bibliografia citata).

non poco rilievo qui esplorabile solo *en abrégé*. La pur breve trattazione pianificata non prescinde dal segnalare il divario di valutazioni, da cui deriva il diverso ambito operativo, ricorrente tra diritto e processo, sintomatici della proteiforme natura del divieto⁷³. Si tratta di un dato oramai acquisito nell'elaborazione dottrinale, al contrario non ancora concorde sull'esatto significato della nozione di "fatto". Simbolo anamorfico⁷⁴ destinato ad assumere differente fisionomia a seconda della specola giuridica dalla quale lo si osserva. Né unitaria è la rappresentazione offerta all'interno di una sola branca del diritto: è il caso della procedura penale dove la figura oscilla da un'immagine a forti tinte naturalistiche (come nell'*Aufassung des Lebens* che autorevole dottrina dipinge immune da notazioni legali⁷⁵) a rappresentazioni di stampo normativo di varia fattura. Il tema si interseca con la definizione dell'oggetto del processo, già da noi individuato in un fatto e non più in un effetto (il c.d. dovere punitivo), variabile dipendente dalla

⁷³ CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, 1955, 101ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, 1966, 394ss.; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, 1961, 62ss.; PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale. Contributo allo studio del concorso apparente di norme*, 1997, 31ss.; CORDERO, *Procedura penale*, 2006, 1223. Sottolineano l'esistenza, comunque, di uno stretto legame tra i due principi: COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, 1969, 322ss.; DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, in *Rpp*, 1960, 187; ID., *I limiti soggettivi*, cit., 73ss.; LOZZI, *Profili di un'indagine*, cit., 1974, 57ss.

⁷⁴ Cfr.: PUCHTA, *Pandekten*, 1886, 71-74; SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, I, trad. it. SCIAJOLA, § 104; CROME, *System des deutsche bürgerlichen Rechts*, I, 1900, 318; von TUHR, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1900, I, 3-142; MANIGK, *Über Rechtswirkungen und Juristische Tatsachen*, in *JJ*, 1905, XLIX, 461; CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, in *Annali Macerata*, 1929, 393ss.; MAIORCA, *"Fatto giuridico - Fattispecie"*, in *NNDI*, VII, 1957, 111ss.

⁷⁵ EB. SCHMIDT, *LehrKommentar*, I, cit., 131.

struttura⁷⁶ e, secondo impostazioni risalenti, dallo scopo del processo. L'elemento finalistico è però dato ultroneo, come svelato dimostrato da una pregevole dottrina, risoluta nell'affermare che il giudizio non ha scopo alcuno se non in sé⁷⁷, ed ossia in quell'operazione riflessiva

⁷⁶ Sulle variazioni del tema nel diritto processuale civile, cfr. *retro* nt. 158. In Italia l'argomento assume peculiare rilievo, in ultimo, all'indomani della l. 26 novembre 1990, n. 353. Pare aderire all'*Eventualmaxime* la stessa relazione ACONE-LIPARI al Senato (punto 6.2.) richiamata da COSTANTINO, in TARZIA-CIPRIANI, *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, 1992, 73ss.; BOSCO, *La riforma del processo civile*, 1990, 31ss.; CAPPONI, in VACCARELLA-CAPPONI-CECCHIELLA, *Il processo dopo le riforme*, 1992, 94ss. Asseriscono la necessità di giungere ad una rapida decisione del processo attraverso la fissazione definitiva *in limine litis* di ogni punto controverso: GRASSO, *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 716; OBERTO, *Il giudizio di primo grado dopo la riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 315; CECCHIELLA, *Contraddittorio e preclusioni*, in *GC*, 1991, II, 448ss, nella cui speculazione risuona l'eco dell'interpretazione dell'art. 420, comma. 1, prima parte, c.p.c., fornita dal FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, 1975, 129. Si ispira, invece, al principio della trattazione orale quella parte della dottrina che, valorizzando la dialettica processuale, ammette la possibilità per le parti di allegare ulteriori fatti, pur non connessi da un legame di dipendenze della difesa (CONSOLO, *Un codice di procedura civile seminuovo*, in *Giur. it.*, IV, 434; ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, 1991, 73; DI NANNI, in DI NANNI-VERDE, *Codice di procedura civile*, 1991, 79ss.; FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione e la novella del 1990*, 1991, 20, 58; ORIANI, *L'eccezione di merito nei provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, V, 29ss.; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, 1991, 228ss.; TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, 1991, 90ss.; CENTARO, *Commento alla riforma del codice di procedura civile*, 1992, 92ss.; LUISO, *op. cit.*, 224). Si tempera, così, l'eccessivo rigore delle preclusioni il cui verificarsi finisce, così, per essere subordinato all'effettiva realizzazione del contraddittorio tra le parti (CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, I, 1965, 339ss.; REDENTI, *Sul nuovo progetto del codice di procedura civile*, in *Id.*, *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, I, 1962, 742ss.). Opinione da noi condivisa in quanto meglio aderente al sistema normativo (anche a seguito delle note riforme del 2005) e capace di enfatizzare lo sviluppo dialettico del giudizio senza comportare una nefasta diluizione dell'attività processuale nel tempo.

⁷⁷ SATTA, *Il mistero del processo*, in *Id.*, *Il mistero del processo*, 1994, 23ss.

che segna la vicenda epistemologica con cui l'*Urteilsfindung* si impadronisce dell' "altro da sè". Rivelano non solo condotta, nesso causale, evento, condizione di punibilità, offesa, ma il *thema decidendum* comprende anche tempo, luogo, forma, strumento, oggetto materiale, qualifica del soggetto nei c.d. reati propri, ecc.⁷⁸. Un'indagine storiografica orientata dalla fattispecie che si ipotizza violata destinata a terminare in un rapporto di imputazione giuridica tra entità comunque eterogenee. Esaurito il momento del giudizio l'area di valutazione dell'identità del fatto finalizzata all'applicazione del *ne bis in idem* si riduce alle dimensioni essenziali, identificati nella condotta tenuta dal soggetto, "nocciolo della figura criminosa e [...] oggetto del giudizio di illiceità"⁷⁹. Pare questa la soluzione preferibile nonostante non manchino percorsi alternativi: dalle elaborazioni che riducono il fatto all'accadimento storico, al pari di quanto pare ora sostenere la Corte di giustizia della comunità europee, alla rappresentazione del reale effettuata dal giudice nella c.d. fattispecie giudiziaria⁸⁰.

⁷⁸ CORDERO, *Considerazioni sul principio di identità del fatto*, in *Ridpp*, 1958, 940.

⁷⁹ CORDERO, *op.cit.*, 943.

⁸⁰ Per il primo orientamento cfr., nella dottrina italiana, ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, 1935, 553ss.; FLORIDIA, *Divieto del ne bis in idem e concorso formale di reati*, in *Temi*, 1975, 588ss.; SABATINI, *Principi di diritto processuale penale italiano*, 1931, 463ss. Il secondo indirizzo si deve, tra gli altri, a: DE LUCA, *Concorso*, cit., 187; ID., *I limiti soggettivi*, cit., 73ss.; LOZZI, *Profili di un'indagine*, cit., 39ss. Si vedano, sul punto, le sempre valide riflessioni di DE FRANCESCO, *Il concetto di fatto nella previsione bilaterale e nel principio del ne bis in idem*, *IP*, 1981, 623ss. Sulla nozione di "idem" si veda anche: VAN DEN WYNGAET-STESSENS, *The International non bis in idem principle: resolving some of the unanswered questions*, in *ICLQ*, 1999, 788ss.; VAN DER WILT, *The European arrest warrant and the principle ne bis in idem*, in AA.VV. (eds. BLEKXTOON-BALLEGOOLJ, *Handbook of the european arrest warrant*, 2005, 111ss.; ROSBAUD, *Die Voradentscheidung des EuGH in Fall Van Esbroeck*, in *ÖJZ*, 2006, 669ss.

Si comprende come i limiti oggettivi del giudicato varino a seconda della teorica prescelta: un'opzione che spetta ai singoli ordinamenti salvo laddove esista un atto internazionale che imponga un'edizione comune. Prospettiva cui pare mirare il *Libro verde sui conflitti di giurisdizione e sul principio del ne bis in idem nei procedimenti penali* del 23 dicembre 2005. *En attend*, il compito spetta alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, sin qui spesso investita del problema, in specie in caso di crimini transnazionali. Esemplare l'ipotesi dell'importazione/esportazione di sostanze stupefacenti che suggerisce alla Corte di incentrare la verifica di identità valutando se i fatti siano "inscindibilmente collegati nel tempo, nello spazio nonché per oggetto". Allo stesso risultato giunge la Corte Suprema olandese riferendosi alla condotta tenuta dai già imputati⁸¹. Indicazioni certo perfezionabili ma comunque idonei ad inibire che la valutazione di identità del fatto sfoci in una surrettizia *rentrée* della verifica della previsione bilaterale, fisiologicamente estranea al meccanismo del *ne bis in idem*.

Tale esigenza si enfatizza proprio in relazione al meccanismo del mandato di arresto europeo dove il divieto compare già nell'art. 3, comma 2, DQ (riprodotto dall'art. 18, comma 1, lett. *m*) della legge italiana di attuazione). Si obbliga l'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione a non dare esecuzione al mandato se in base ad informazioni in suo possesso risulti che la persona ricercata sia stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro. In caso di condanna occorre anche qui che la sanzione sia applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna. L'inciso traduce quell'esigenza di effettività che come spiegato evita dinieghi abusivi. Il dato nuovo consta nell'area di operatività del divieto che involge le pronunce sorrette dal

⁸¹ Supreme Court, 13 dicembre 1994, *NJ*, 1995, 252.

giudicato formale emesse in qualsiasi Stato membro. Conseguenza necessaria della dimensione transnazionale oramai assunta dal *ne bis in idem* nello spazio giudiziario europeo. La mancata consegna deve ritenersi atto necessario, essendo persino precluso l'esercizio dell'azione penale. Un diniego che nella prassi rappresenta il veicolo di affermazione del *ne bis in idem* processuale per opera dell'omologo c.d. estradizionale, nonostante la diversa fonte abilitante l'effetto. L'ofelimità lucrata dal già imputato consta qui non solo nella non consegna allo Stato richiedente, ma nella segnalazione della causa ostativa all'esercizio della nuova azione valevole al di là dei soggetti coinvolti nella procedimento estradizionale. Due regole distinte, destinate però ad interagire garantendo quanto meno nell'area europea tutela all'affidamento ingenerato da un precedente *dictum* giudiziale. Si saldano così distinti profili tradizionalmente ricondotti alla regola del *ne bis in idem*. L'operazione di cablaggio sistematico ha effetti notevoli, trasponendo sul piano della cooperazione principi e limiti affermati in ordine alla preclusione internazionale. La consegna non ha luogo dove esista una preclusione processuale, fonte dell'impedimento ad un nuovo giudizio. Contrariamente al passato il diniego prelude al doveroso riconoscimento da parte dello Stato richiedente dell'impossibilità di celebrare comunque il nuovo giudizio, salvo laddove ricorrano quelle ipotesi che consentono di disconoscere il precedente accertamento.

Ancora assai distante da simili approdi pare la disciplina della litispendenza contemplata dall'art. 4, comma 2 DQ, e resa motivo obbligatorio di non esecuzione del mandato dall'art. 18, comma 2, lett. o) della legge italiana. Il diniego concerne la sola ipotesi in cui nello Stato di esecuzione sia in corso un procedimento *de eadem re*. Al contrario, la consegna si dice obbligatoria se la richiesta miri all'esecuzione della sanzione:

fisiologica applicazione dell'effetto preclusivo della sentenza emessa nello Stato richiedente che segna la chiusura del nuovo procedimento ed impone l'esecuzione del mandato. Non sortisce lo stesso effetto il procedimento già vigente ma non ancora definito.

Limiti che non sembrano valere nell'ipotesi di sentenza non ancora sorretta dal requisito dell'irrevocabilità formale, stante l'immodificabilità della *res in iudicium deducta* nei processi di impugnazione. Può allora operarsi un'anticipazione della preclusione da giudicato sostanziale, comunque alieno agli esiti dei successivi giudizi. Un effetto rimovibile solo in caso di caducazione formale della sentenza che proietta l'imputato nelle incerte regioni della litispendenza tra giudizi penali⁸². Già sul piano interno l'argomento genera soluzioni eterogenee dirette a reagire al comprensibile *horror vacui* che assale l'osservatore. Si evocano meccanismi eterogenei come il conflitto di competenza o la riunione dei processi, oppure si ricorre a categorie di conio ermeneutico di dubbia validità scientifica. E' il caso della già menzionata pronuncia con la quale le Sezioni unite asseriscono l'esistenza di una figura generale di consumazione-preclusione idonea a colmare le aree di non operatività degli ulteriori strumenti⁸³.

I percorsi intrapresi nell'elaborazione italiana, già di per sé non immuni da emende, non paiono *de plano* trasferibili sul terreno

⁸² Si veda sul tema *retro* § 1. In dottrina cfr. già le amare riflessioni di FOSCHINI, *La litispendenza nel processo penale*, in *RIDPP*, 1965, 19ss. Appena nove anni più tardi T. Venezia, 2 aprile 1974, pubblicata in *GC*, 1974, 2013 ss., solleva senza successo una questione di legittimità costituzionale dell'art. 90 c.p.p. (v. *retro* nt 20).

⁸³ Cass.S.U., 28 giugno 2006, Donato, cit. Sui meccanismi indicati nel testo si veda (anche per le indicazioni giurisprudenziali): GROSSO, *Continuazione di reati e processo penale tra dogma e riforma*, in *GP*, 1989, III, 606ss., Id., *L'udienza preliminare*, 1991, 128ss.; S. RUGGERI, *Giudicato penale*, cit., 295ss.

della litispendenza internazionale. Qui mancano criteri definiti che costringono, così, i *praticiens* al casuismo giuridico⁸⁴. Il rischio di abusi pare assai elevato. Ne è consapevole la Repubblica ellenica che, dopo le prime pronunce sull'art. 54 della Convenzione di applicazione *Schengen*, intraprende un'iniziativa *ad hoc*⁸⁵. La soluzione della litispendenza si affida qui allo Stato che "meglio garantisce la corretta amministrazione della giustizia", definita secondo un elenco che non traduce però una gerarchia. Prevale la giurisdizione del Paese: *a)* nel cui territorio viene commesso il reato; *b)* di cui l'autore dell'illecito penale è cittadino o residente; *c)* a cui appartengono le vittime; *d)* in cui l'autore dell'illecito penale viene trovato. Apre e chiude l'elenco un requisito di natura oggettiva; nel mezzo due riferimenti a condizioni soggettive delle persone coinvolte nei procedimenti penali. Criteri che compaiono anche nel *Libro Verde* del 2005 che enumera, inoltre, gli interessi dello Stato ed altri parametri relativi all'efficacia e alla celerità del procedimento.

Allo stato non pare agevole presagire gli scenari che il futuro riserva. L'intervento normativo è però improcrastinabile. Non soddisfa affatto l'affidar la giurisdizione al *primum movens*. Al contrario, occorre un accurato *opus* di composizione che individui criteri, procedimento e soluzioni degli eventuali conflitti. Il fine è l'anticipazione dell'effetto preclusivo che sottragga l'imputato dall'alea di procedimenti multipli *in idem* in attesa di una sentenza

⁸⁴ Si veda, ad esempio, la richiesta di archiviazione formulata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bolzano in data 6 ottobre 2004 e il relativo decreto del g.i.p. del suddetto Tribunale emesso in data 22 dicembre 2004, i cui dispositivi sono riprodotti in *Cp*, 2006, 3359ss., con nota di GALANTINI, *Commento alla soluzione di un caso di litispendenza internazionale*.

⁸⁵ Cfr., *Iniziativa della repubblica ellenica in vista dell'adozione della decisione quadro del consiglio sull'applicazione del principio "ne bis in idem"*, in GUUE, 26 aprile 2003, C 100/24-27. Si veda AMALFITANO, *Conflitti*, cit., 266ss.

passata in giudicato: *principiis obsta, sero medicina paratur cum mala per longas convaluere moras*⁸⁶. In questa direzione muovono gli atti prima menzionati, accomunati dal rivolgere peculiare attenzione al criterio della territorialità, *nexus rule* non necessariamente prevalente come si è inteso dimostrare nel precedente paragrafo. Tale regola è persino inattuale in un'epoca che dissolve i tradizionali confini della dimensione umana, proiettandola in spazi inediti⁸⁷. Fenomeno che non risparmia il complesso dei formanti dell'intera esperienza penalistica⁸⁸. L'irresistibile ascesa del processo di delegittimazione del territorio non conduce ancora al definitivo crepuscolo. Permangono valori capaci pur indirettamente di ancorare ad uno spazio statale la pretesa punitiva escludendone di ulteriori. Si pensi all'articolo 4, comma 7, lett. *a*) e *b*) che individua possibili motivi di rifiuto alla consegna nell'ipotesi di commissione del fatto (in tutto o in parte) nel territorio dello Stato richiesto, o al di fuori del territorio dello Stato emittente qualora la legge del Paese di esecuzione non contenga regole omologhe di applicazione extraterritoriale del diritto penale. L'ordito normativo postula qui l'esistenza di una previsione bilaterale del fatto. In tal caso il diniego prelude alla soluzione dell'eventuale conflitto astratto o concreto tra giurisdizioni: prevale lo stato del *locus commissi delicti* il cui giudice è il "naturalmente" competente. Lo impone quella che correttamente si dice una "regola di tendenziale corrispondenza del processo al territorio di commissione del

⁸⁶ OVIDIO, *Rimedia amoris*, V, 91.

⁸⁷ Cfr., ROMANO, *Globalizzazione e spazio nel diritto*, in *RIFD*, 2001, 202ss.; IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, 2001; GALGANO, *La globalizzazione nello spazio del diritto*, 2005.

⁸⁸ di MARTINO, *La frontiera*, cit., 5; DE FRANCESCO, *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali*, in *DPP*, 2003, 5.

fatto”, dettata non da ragioni di autarchia giuridica ma da motivi garantistici⁸⁹. Dove il fatto oggetto dell’ipotetico processo presenti evidenti legami con il luogo della sua commissione (*maßgeblicher Inlandesbezug*), deve risultare prevalente il criterio di territorialità. In tal caso lo spazio serve a preservare l’affidamento dell’individuo nel tempo, scongiurando la possibile applicazione retroattiva della legge penale. Il *topos* del processo diviene così baluardo di tutela dell’affidamento sulla liceità di una condotta nel *locus* e nel *tempus commissi delicti*. Un rilievo che proietta la regola al di là della soluzione del conflitto concreto di giurisdizione e la colloca nell’alveo dei limiti intrinseci alla cooperazione giudiziale in ogni ipotesi in cui questa possa tradursi in un lesione della *Rechtssircherheit*. La tutela dell’affidamento impone così coordinate spazio-temporali destinate ad integrare il diritto positivo, enfatizzando la portata dell’art. 4, comma 1, n. 7 DQ, al pari di quanto affettuato dal *Bundesverfassungsgericht* nella nota pronuncia del luglio 2005⁹⁰. Nei casi de *quibus* spetta allo Stato nel cui territorio il fatto si è realizzato compiere la valutazione di liceità alla stregua del proprio ordinamento. Per converso, la qualificazione che altro Stato intenderebbe offrire viene preclusa da quella *Rechtssircherheit* posta tra i valori a fondamento di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia pensabile solo se rispettoso dei diritti fondamentali. Tale è difatti la finalità ed il limite interno della cooperazione giudiziaria europea, l’effettivo presidio alla metamorfosi di tali strumenti in arnesi idonei a realizzare un *Unwerthung aller Werthe* componenti il patrimonio costituzionale comune.

⁸⁹ di MARTINO, *La frontiera*, cit., 281.

⁹⁰ Cfr. *retro*, § 3. Sul diverso tempo della legge e della buona fede si veda MERUSI, *La certezza dell’azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Id.*, *Sentieri interrotti della legalità*, 2007, 50ss.

In ultimo, è doveroso soffermare l'attenzione su due ulteriori previsioni in cui compare *in nuce* il divieto del *bis in idem*. Ragioni espositive suggeriscono la disamina preventiva dell'art. 4, comma 1, n. 5 DQ, riservando al prosieguo dell'elaborato l'esegesi del disposto contenuto nell'art. 4, comma 1, n. 3. La prima di tali regole riproduce il disposto dell'art. 3, comma 1, n. 2 da cui diverge per l'eterogenea titolarità della pronuncia definitiva. Lo Stato emittente è qui paese estraneo allo spazio europeo. Differenza che giustifica il diverso trattamento normativo: in tal caso il diniego è solo facoltativamente prevedibile dallo Stato, immediato riflesso dell'assenza di una regola di diritto internazionale generale che sancisca una preclusione in situazioni *de quibus*. Ricompaiono i limiti del principio del *ne bis in idem* internazionale prima denunciati. L'eventuale diniego, ove previsto, non prelude al riconoscimento di una preclusione alla nuova azione da parte dello Stato richiedente. Possibili plurime persecuzioni *in eadem re*, espressioni dell'automatica prevalenza di un *Gemeinwohl*, non privo di venature euro-autartiche, sulla *Rechtsicherheit*. Tale meccanismo normativo scorda però come la configurazione del *ne bis in idem* come regola di tutela dell'individuo immanente alla civiltà suggerisca maggior meditazione. Non si tratta di riconoscere ogni giudizio proveniente da Stati terzi, al contrario esautorabile dove ricorrano i limiti al divieto del *bis in idem* anche qui utilmente evocabili. E' necessario un bilanciamento che giustifichi l'eventuale ulteriore esercizio di altra pretesa punitiva. Laddove tale ragioni manchino, a prevalere sarà l'affidamento che la decisione emessa ingenera nell'individuo; condizione necessaria affinché l'Europa possa candidarsi come promotrice di un più ampio riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale, lontano dalle diffidenze del passato ma al contempo non esente da ragionevoli eccezioni.

Un diverso problema è poi posto dall'art. 4, comma 1, n. 3 DQ che assegna la possibilità agli Stati di prevedere la non esecuzione del mandato laddove le proprie autorità giudiziarie abbiano deciso per il reato *de quo* di non esercitare l'azione penale o di porvi fine, oppure nel caso in cui la persona abbia "formato oggetto in uno Stato membro di una sentenza definitiva per gli stessi fatti che osta all'esercizio di ulteriori azioni". Nell'alveo normativo convergono ipotesi eterogenee stante la varietà dei provvedimenti decisori rinvenibile sul piano europeo. *In primis*, le sole archiviazioni non solutorie della contesa processuale. Lo impone una lettura coordinata con le interpretazioni dell'art. 54 della Convenzione di applicazione Schengen fornita dalla Corte di Giustizia delle comunità europee che riconduce le decisioni di estinzione dell'azione penale derivanti da procedura transattiva nell'art. 3, comma 1, n. 2 DQ. Sarebbe paradossale, in caso di mancata trasposizione del motivo di cui all'art. 4, comma 1, n. 3, consegnare l'individuo ad uno Stato la cui pretesa punitiva risulta comunque preclusa. Provvedimenti di tal fatta escludono la consegna pur se l'atto non derivi da autorità giurisdizionale dello Stato di esecuzione. Restano fuori le decisioni di archiviazione non dotate di quella *Sperrwirkung* che altrimenti le trapianta nella sfera operativa dell'art. 3, comma 1, n. 2 DQ, ma è esegesi che ripugna alla sintassi: l'inserzione del motivo di diniego nell'atto di attuazione statale finisce per negare la consegna in casi in cui l'azione non è comunque preclusa.

E' invece diversa l'efficacia di quelle decisioni giurisdizionali passibili di risoluzioni dove sopravvengano nuove prove. E' quanto avviene, del resto, nel caso dell'art. 18, comma 1, lett. o), della legge italiana di attuazione che esclude la consegna in caso di sentenza di non luogo a procedere, salvo dove sussistano i presupposti per la revoca. Classica ipotesi di sentenza allo stato

degli atti⁹¹, non munita, pur se definitiva, di efficacia di accertamento ma comunque idonea a generare un limitato effetto preclusivo innegabile vista anche l'attuale edizione dell'udienza preliminare. Tale effetto inibisce l'esercizio dell'azione penale. L'apposita menzione è forse superflua trattandosi di caso già entrante nell'art. 18, comma 1, lett. *m*), riferibile a sentenze dello stesso tipo emesso in altro paese europeo. In tal caso, l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione finisce per risultare onerata di stabilire l'eventuale idoneità allo scopo del compendio probatorio esibito dallo Stato richiedente. Situazione che apparirebbe un *hors d'oeuvre* nella logica tradizionale dei procedimenti estradizionali, ma che è fisiologica conseguenza della dimensione transnazionale progressivamente acquisita dal *ne bis in idem* e forse sottovalutata persino dal legislatore europeo del 2002.

Il problema non è estraneo del resto neppure alle pronunce cui tradizionalmente si lega il *ne bis in idem*. L'eventuale richiesta di consegna potrebbe risultare finalizzata alla celebrazione di un giudizio sussecutivo un'impugnazione straordinaria o, persino, all'esecuzione della sentenza ivi emessa. La revisione *in peius* è ipotesi comune in alcuni ordinamenti europei: è il caso, ad esempio, del § 362 del *Stafprozessordnung* tedesco o del *retrial of a previous acquittal* previsto dalle §§ 75ss.

⁹¹ Su tale categoria, cfr.: JAEGER, *La sentenza di rigetto della domanda allo stato degli atti*, *Rdp*, 1927, II, 338ss.; SATTA, *Sentenza allo stato degli atti*, *RDComm*, 1934, II, 325ss.; ID., *Un singolare caso di sentenza allo stato degli atti*, *GI*, 1960, I, 693; NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, rist. 1968, 84ss.; CRISTIANI, *Considerazioni sul provvedimento allo stato degli atti nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di P. Nuvolone*, 1991, III, 155ss.; LORUSSO, *Provvedimenti "allo stato degli atti" e processo penale di parti*, 1995, passim; DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, 2005, 190ss.

dell'inglese *Criminal Justice Act 2003*⁹². Diversa la disciplina vigente, *ex multis*, in Olanda, Belgio, Italia (salvo le note eccezioni). Gli assetti eterogenei traducono ideologie spesso contrapposte. Dove il fine del processo si identifichi nell'accertamento della verità, l'intervento dello Stato nella sfera individuale, magari dissimulato in asserite pretese etiche, non cede al limite del giudicato. Le apologie della giustizia tecnicamente perfetta non tollerano deroghe né ostacoli al raggiungimento del fine. Dietro nuove spoglie si celano idee antiche disposte ad immolare la libertà del già assolto pur di apparire intenti a comporre ditirambi ad un'improbabile giustizia. L'opzione assiologicamente preferibile pare quella che esclude *reformationes in peius post rem iudicatam*, ammettendo solo revisioni miranti all'assoluzione dell'ingiustamente condannato imposte dalla volontà di non tradurre la venerazione del giudicato nell'opera di un inflessibile custode che sempre preclude all'individuo l'accesso alla *Gesetz*⁹³. Tale sembra l'*optimum* garantistico da suggerire *de iure condendo* ai modelli processuali europei. Operazione non agevole, trattandosi di scelte di valore spesso compresse dalle mai paghe pretese di un'autorità non ancora rassegnata alla fine del gioco. L'ordinamento conferisce a sé il compito di inseguire una certezza (intesa come aderenza al reale), il cui solo effetto certo è la vanificazione dell'affidamento dell'individuo, e così, della sua libertà. Fobie d'impunità, *Feindstrafrecht*, asserite virtù terapeutiche della pena esigono giudicati agilmente risolubili in spregio a quella funzione squisitamente liberale che 120 anni or sono Francesco Carrara

⁹² SCHOMBURG, *Cuncurrent National and international Criminal Jurisdiction and the principle of ne bis in idem. Report of Germany*, in *RIDP*, 2004, 7ss. Sul sistema inglese si veda anche per ulteriori riferimenti bibliografici MANGIARACINA, *La revisione contra reum nell'ordinamento inglese*, in *Lp*, 2006, 311.

⁹³ KAFKA, *op. cit.*, 193ss.

assegna alla rejudicata penale⁹⁴. Tragico destino del diritto penale, dove anche sulle novità celebrate come vere palingenesi normative aleggiano le fosche ombre erroneamente relegate nel passato sol perché talora sapientemente mascherate. Tale consapevolezza deve guidare nella disamina degli attuali e successivi sviluppi della regola del *ne bis in idem*, profonda garanzia di libertà. Occorre un'indomita vigilanza affinché i fasti del nuovo spazio europeo non si traducano in una intollerabile teofagia: al sedicente scopo di inseguire la sicurezza o la giustizia si finisce solo per sacrificare la libertà.

⁹⁴ CARRARA, *Della rejudicata in criminale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, VII, 1877, 277ss.

