

Il principio del *ne bis in idem* in europa

Parte prima**

1 CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE SULLA FENOMENOLOGIA DEL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM* TRA STORIA, DOGMATICA ED ATTUALITÀ

Nel sistema inquisitorio vigente negli Stati un tempo distesi sulla penisola italyca la mancata prova del fatto oggetto del giudizio genera assoluzioni fatalmente labili. *Actore non probante, reus absolvitur* ma solo *ab observantia iudicii*. L'imputato rimane così esposto all'alea di un nuovo processo laddove "*superveniant nova indicia*".¹ Lo consente la formula "*stantibus rebus prout stant*"

¹ CLARO, *Practica criminalis, totius criminalis iudicii ordinem et delictorum poenas complectens*, appendice a *Sententiarum receptarum liber quintus, in quo diversorum criminum materia*, 1568, quaestio LVII, 3; quaestio LXII, 2: "*Si vero non probat ipse suam innocentiam nisi per torturam, vel si non absunt indicia sufficientia ad torquendum, vel ad inponendam aliquem poenam extraordinariam, tunc absolvitur quidam, non tamen diffinitiva, sed stantibus rebus prout stant. Et hoc casu, si deinde superveniant nova indicia, de novo contra eum proceditur*"; FARINACCIO, *Praxis et Theorica criminalis*, 1609, I, 1, *de inquisitione, quaestio 1*, n. 51 per il quale: "*semel absolutus amplius molestari nequit*"; si veda, però, quaestio IV, *semel absolutus, seu condemnatus, quando possit super eadem delicto, de quo inquiritur fuit absolutus molestari et inquinari*, 4, 24, 28, 29: in caso di *sententia ab observatione iudicii* "*iterum inquiri e accusari potest*"; SAVELLI, *Practica universale etc.*, 1707, 21 ss., 217ss. Cfr., tuttavia, ZASIO, *Commentaria seu Lecturas (Digestum)*, 1550, III, 546, 77, secondo cui: "*iniquum est super crimine alicuius saepius inquiri, et nomine saepe fatigari*". Simili istituti germinano anche in Spagna (cfr., DIDACI COVARRUVIAS A LEIVA, *Libros variarum resolutionum*, I, I, 8), in Francia (cfr., IGNEUS, (FEU JEAN), *Repetitio legis contractus de regulis iuris*, 1510, § non alias, 180; REBUFFI, *Tractatum omnium pene sententiarum ac casus in quibus possint, tam interlocutoria quam diffinitiva revocari*, etc., 1574, 5, 118), e Germania con il nome di *Istanzenbindung* (cfr., SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtsplege*³, 1965, § 167).

(ovvero “*ex hactenus deductis vel alio non edocto*”) apposta accanto al dispositivo assolutorio qualora il giudice non possa ripetere la tortura o comminare la *poena extraordinaria*. L’assoluzione piena, decretata con il motivo “*absolvitur tanquam innocens: calumniatus es*” e propriamente idonea a costituire cosa giudicata, è epilogo assai raro. Pietro Cavallo, criminalista del XVII secolo, non ne conta alcuna nonostante avesse “consumato tutta la sua vita in affari penali”.² La prassi di apporre condizioni risolutive del giudicato non risparmia, del resto, neppure le pronunce di condanna, seguite dalla clausola “*salvo semper et reservato quod si praesens sententia erat in plus vel in minus quam requiritur ex forma statutorum redigimus*”.³ Regola solo in apparenza garantistica il cui utilizzo prelude, invero, quasi sempre ad una *reformatio in peius*. Laddove ricorrano i presupposti l’incaricato *ad eruendam veritatem* allestisce, così, un nuovo giudizio sullo stesso fatto a carico del medesimo imputato che nel frattempo “*demeure toutjours incerti et dubii status*”.⁴

La macchina processuale termina per somigliare così ad un epulone insaziabile, mossa dalla fobia di lasciare impunito l’ipotetico reo. L’assetto legale degli strumenti della repressione criminale riflette, difatti, la *Weltanschauung* che allora domina il

² Così SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, diretta da DEL GIUDICE, 1927, III, II, 542-543, da cui è mutuato il riferimento a CABALLO, *Resolutionum criminalium*, etc., 1672, casus 93, n. 18

³ BALDO, in VII, VIII, IX, X & XI *Codiis Libros Commentaria*, 1599, l. 5, cod. VII, 64.

⁴ MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel, ou principes généraux sur ces matieres, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royanne; avec un traité particulier des crimes*, 1757, 362ss., descrive così la condizione dell’esposto a “*le plus amplement informé*” (istituto risalente all’*Ordonnance criminelle* del 1670), *in reatu* a termine o a tempo indefinito (cfr., POUILLAIN DU PARC, *Principes du droit françois suivant les maximes de Bretagne*, XI, 116 citato da ESMEIN, *Historie de la procédure criminelle en France*, 1882, rist. 1969, 281).

continente europeo. Sullo sfondo è in gioco la *salus animarum*, finalità che esige nuovi giudizi *de eadem re* nel caso in cui il precedente non l'abbia soddisfatta. Da qui il ricorso a pronunce *sub condicione*, suggerito anche da ragioni più prosaiche: l'assoluzione *ex capite innocentiae* non consente l'esercizio del diritto di rivalsa del fisco sulle spese processuali, ammesso invece in caso di decisione dubitativa *pro nunc*.⁵ Disposizione che tradisce quella presunzione di colpevolezza da cui germina, del resto, la stessa *Verdachtsstrafe*, e che permea un sistema nient'affatto alieno dall'accanirsi contro il già giudicato.

Sono, al contrario, immuni da una simile *harassment* gli imputati negli ordinamenti di *common law*: li tutela il divieto di *double jeopardy*, la cui emersione è tradizionalmente fatta risalire alla celebre disputa tra Enrico II e Thomas Becket in ordine alla violazione della massima *Nemo bis in idipsum* da parte del *Clause III* della Costituzione di *Clarendon* del 1164.⁶ Sin dal XIII secolo il sistema inglese assegna alla persona precedentemente processata un *plea autrefois convict* o un *plea autrefois acquit*, da esperire, rispettivamente, in caso di precedente condanna od assoluzione. Tale è la via prescelta oltre Manica al fine di inibire un nuovo giudizio sul medesimo oggetto.

⁵ DE FRANCHIS, *Decisiones nouissimae sacri regii consilii Neapolitani caeteris alias impressis nunc primum additae*, 1594, 275; MARADEI, *Praxis universalis processus executivis*, 1721, II, II, nn. 22-25.

⁶ FRIEDLAND, *Double jeopardy*, 1969, 5ss., 326ss. Sul divieto di *double jeopardy*, cfr., *ex multis*: SIGLER, *A History of Double Jeopardy*, in *The American Journal of Legal History*, 1963, 283ss.; THOMAS, *Double Jeopardy: the History, the Law*, 1998; TANSEY, *The rule against double jeopardy: nemo debet bis vexari pro eadem causa*, in *Internationalisierung*, 2003, 115ss.; RUDSTEIN, *Double jeopardy: a reference to guide to the United States Constitution*, 2004. Appare singolare come la contesa tra Thomas Becker ed Enrico II sulla violazione della massima *Nemo bis in idipsum* non trovi menzione nelle opere letterarie di ELIOT, *Murder in the Cathedral*, 1935 e ANOUILH, *Becket, or the Honour of God*, 1959.

Allo stesso scopo, seppur in modo differente, mira la procedura penale moderna sorta sulle ceneri dell'antico rito inquisitorio. L'opzione parrebbe consistere nel mutuare dal diritto romano la massima *bis de eadem re non sit actio*, ma è opinione solo in parte corretta. Qui la *consumptio per litis contestationem* preclude nei *iudicia legitima* aventi ad oggetto una *obligatio* l'esercizio di una nuova azione sulla *res in iudicium deducta* pur se non ancora *iudicata*: ne consegue l'assorbimento del diritto sostanziale nel vincolo processuale definito da Gai 3, 180 "*litis contestatione teneri*", sintomatico di quell'intimo legame tra diritto e processo tipico del sistema pretorio romano, sagacemente accostato al moderno diritto penale dai fautori della teorica del *Materiellen Justizrecht*.⁷ Operante in tal caso *ipso iure*, l'effetto preclusivo necessita, al contrario, di un'apposita *exceptio rei iudicatae* nei *iudicia quae imperio continentur* o nei *iudicia legitima* in cui siano dedotte *actiones in rem* o *in factum* non essendo ivi asseribile una conversione del rapporto sostanziale nel processo.⁸ Nei sistemi continentali moderni il *ne bis in idem*

⁷ Si allude alla nota teorica elaborata da GOLDSCHMIDT, *Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht)*, in *Festgabe Hubler*, 1905, 850ss; ID., *Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht*, in *Festschrift der Berliner Juristenfakultät für Brunner*, 1914, 109ss.; ID., *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, 240ss.; ID., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, 1935, 26ss. Sull'analogia tra il diritto pretorio romano e il moderno diritto penale ravvisabile dal prisma del giudicato si veda, inoltre, ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, 1935, 29.

⁸ BETTI, *Diritto romano*, 1935, I, 602 parla di preclusione di un potere il cui esercizio costituisce, allo stesso tempo un onere, figura che pare doversi correttamente ricondurre nello spettro del potere, "*sub specie* di limite normativo all'esercizio di un diritto di cui si determinano le modalità" (BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, I°, 1987, 346; nello stesso senso: GUARNERI, *Sulla teoria generale del processo penale*, 1939, 175; MICHELI, *L'onere della prova*, 1942, 102ss GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, 1951, 21; IRTI, *Proprietà e impresa*, 1965, 20ss.; PELLIZZI, *Principi di diritto cartolare*, 1967,

assume eterogenee configurazioni normative: talora preclude *ab ovo* la contemporanea instaurazione di processi omologhi; in altri casi si limita ad impedire un nuovo giudizio su una *res* già oggetto di una pronuncia *transitata in rem iudicatam*.

Si realizza così l'esigenza pratica di inibire la reiterazione di un potere, erroneamente reputata in seguito dato immanente all'intero ordinamento giuridico espresso dall'adagio "*qua de re actum semel est, de ea re postea agi non potest*". Esemplari le elaborazioni in tema di rinnovazione del negozio giuridico asserenti l'invalidità dell'atto ripetitivo per avvenuta produzione del relativo effetto giuridico, materialmente inteso. Da identica

104, nt. 115). L'onere è, allora, oggetto del conferimento operato da una *regula juris*, il cui predicato di giuridicità risulta differente dal precetto di valutazione. Contrariamente al canone sostanziale, consistente in un giudizio su una condotta umana, la norma dinamica si risolve, difatti, nell'attribuzione al legittimato della possibilità di produrre modificazioni della realtà giuridica attraverso un atto normativo, appreso come "termine iniziale o intermedio di un processo di produzione giuridica destinato ad esaurirsi in una situazione finale di dovere" (CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, 1956, 199. Cfr., inoltre, MERKL, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Kelsen*, 1931, 280; ID., *Die lehre von der Rechtskraft*, in *WStwS*, XV, 2, 1923, 178 ss.; NAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 1948, 106ss.; PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, 1943, 37; CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 1951, 43ss.; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziario*, in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'ordinamento giudiziario ed altri saggi*, 1957, 26ss.). Ascritto, invece, al contegno giuridicamente doveroso, il "*prozessuale Verschulden*" perda di ogni distinzione dall'inadempimento ad un obbligo, a cui risulta necessariamente assimilato (KLEIN, *Die schuldhafte Partei handlung*, 1885, 59ss.; WEIL, *System der Verschuldensbegriffe*, 1905, 523ss.; KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, 1911, 219, 229ss., 241; NATOLI, *Il diritto soggettivo*, 1943, 23; CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità delle atti amministrativi*, 1950, 62). Esemplificativo il caso dei c.d. "oneri reali", ricondotti, al pari delle *obligationes propter rem*, nell'alveo delle prestazioni dovute dal titolare di un diritto reale (BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali ed obbligazioni propter rem*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XI, 3, 1984, 7ss., 117ss.).

“fallacia naturalistica”⁹ pare affetta la teorica dell’inefficacia relativa, rea di sottoporre la componente effettuale ad un indebito *trompe l’oeil*, violando il canone logico secondo cui l’effetto giuridico non può che esaurirsi nella sua realizzazione.¹⁰ Ne offre sicura testimonianza l’ipotesi delle pronunce costitutive, l’oggetto del cui accertamento non pare ravvisabile nel mero momento modificativo, fisiologicamente effimero, non potendosi limitare all’effetto richiesto dall’attore il crisma del relativo giudicato, insuscettibile di precludere rinnovazione dell’atto già annullato e reiterazione del giudizio di impugnativa (esclusa nel solo caso di identico *petitum*).¹¹ Si pensi all’esemplare paradigmatico, ancora *sub iudice*, costituito dalla rinnovazione di un atto di licenziamento, successiva al *dictum* giudiziale, in alcun modo inibita laddove la “*Rechtstrage*” della pronuncia venga circoscritta alla sola “*Antrag*” (entità squisitamente processuale slegata dalle figure sostanziali), dalla quale si estrae la “*Rechtsfolge*” che l’attore chieda al giudice di riconoscere.¹²

⁹ L’espressione è di GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *CI*, 2003, 2, 685. Cfr., inoltre, BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*², 2000, 286.

¹⁰ PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici autonomi*, in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, 1951, 655ss.

¹¹ Cfr., per tutti, MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, 1987, 191ss. e nt. 124-125. L’opposta opinioni si deve a KISCH, *Das wesen des Vergleichs zur Abwendung des Konkurses*, 1933, 42ss.; CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, 1936, 148; GRASSO, *La pronuncia d’ufficio*, I, 1967, 304ss., nt. 62; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, II, 1, 1980, 158 ss.

¹² Cfr., HENCKEL, *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß*, 1961, 31. Sul tema, cfr., *ex multis*, LUISSO, *Rinnovazione dell’atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, in *GC*, 1985, I, 559ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 324ss., alle cui indicazioni sulla letteratura di lingua tedesca sia consentito rinviare (nt. 62); VERDE, *I limiti oggettivi del giudicato nelle*

La constatazione consente di evincere l'effettiva natura dell'effetto giuridico, entità dinamica priva di alcun componente materiale, intimamente legata alla corrispettiva fattispecie (della quale, in tal modo, si consente di apprezzare il carattere eminentemente relativo), e concettualmente distinta dalla figura soggettiva, il cui esercizio, reiterabile nei limiti legali (soggettivi, temporali, modali, etc.) eventualmente previsti, legittima "la molteplice produzione di effetti di identico contenuto".¹³

Si vera sunt exposita, non pare correttamente asseribile la sussistenza di un *Grundsatz der Einmaligkeit*, da cui desumere la generale consunzione di un potere conseguente al suo esercizio. Né può quindi evocarsi il ricorso allo strumento di auto-integrazione del sistema denominato *analogia iuris*, qui motivato da istanze assiologiche piuttosto che da ragioni teoretiche.¹⁴ Ne fanno uso di recente le Sezioni unite penali secondo le quali il *ne bis in idem* esorbita dagli angusti confini entro cui la *littera legis* dell'art. 649 c.p.p. pare circoscriverlo: soluzione imposta a detta del Supremo Collegio da esigenze di ordine logico e sistematico da cui germina la categoria della preclusione, di cui si asserisce *per incidens* l'utilità nello scongiurare il realizzarsi di condotte

controversie di lavoro, in *Studi in memoria di Corrado Vocino*, 1996, 679ss.; CAPONI-PROTO PISANI, *Limiti oggettivi del giudicato nelle azioni di impugnazione del licenziamento*, in *FI*, 2001, I, 3692ss.; BUONCRISTIANI, *Tecnica procedimentale di formazione del licenziamento e tecnica impugnatoria: reiterazione del licenziamento, sottoposizione a condizione sospensiva e oggetto del giudicato*, in *RIDL*, 2003, II, 602ss.

¹³ TAVORMINA, *Unicità del comportamento, pluralità di doveri ed oggetto del processo*, in *RDP*, 2005, 60-61 (ma prima, cfr., *Id.*, *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione delle sentenze*, 1990, 145ss.; *Id.*, *Il processo come esecuzione forzata*, 2003, 49). *Contra*: SAUER, *Grundlagen des Prozessrecht*, 1919, 242ss., 475; ATTARDI, *Per una critica del concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, 6ss.; *Id.*, *Diritto processuale civile*³, 1999, 466.

¹⁴ BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, II, 1955, 849.

abusive da parte del titolare dell'azione.¹⁵ L'operare della preclusione rende però inane ogni valutazione di congruità sostanziale dell'atto, destinata a dissolversi nell'alveo della declaratoria formale di improcedibilità per contestuale litispendenza. Al contrario, la figura dell'abuso conserva una propria rilevanza in *subiecta materia* laddove si proceda ad un'auspicabile *derelictio* delle policrome preclusioni *ultra legem*, qui esplorabili solo *en abrégé*. Si allude, *in primis*, all'efficacia assegnata dalla Corte Costituzionale al provvedimento di archiviazione, omologa al giudicato *sub conditione* dell'antico proscioglimento istruttorio.¹⁶ Non minor rilievo assumono i sincretici fenomeni evocati dal sintagma giudicato cautelare, ora esteso alla decisione di appello *de libertate*, vincolante *rebus sic stantibus* in ordine alle questioni in fatto o in diritto già implicitamente od esplicitamente dedotte.¹⁷ Fattispecie rispetto alle quali non pare, del resto, potersi ricorrere neppure all'*argumentum a simili*, stante l'assenza di un'identità di *ratio* ("ubi eadem (congruens) ratio, ibi eadem dispositio")¹⁸ altrove reperibile.

¹⁵ Cass. S.U., 28 giugno 2005, Donati, in *Cass. pen.*, 2006, 28ss.

¹⁶ Corte Cost., 19 gennaio 1995, n. 27, in *GC*, 1995, 257, con nota di CARLI, *Archiviazione e giudicato sub conditione: rinasce il proscioglimento istruttorio?*. Cfr., inoltre, CAPRIOLI, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, in *RIDPP.*, 1995, 1382 ss.

¹⁷ Cass. S.U., 31 marzo 2004, Donelli, in *Cp*, 2004, 2476, con nota adesiva in parte *de qua* di SPAGNOLO, *I poteri cognitivi e decisori del tribunale della libertà investito dell'appello de libertate: i confini tra devolutum e novum*. Critico nei confronti della decisione MORELLI, *L'ammissibilità di nuovi elementi probatori a carico nell'appello de libertate*, in *Dpp*, 2005, 359 ss.

¹⁸ BETTI, *op. cit.*, 843 ss. Nel limitrofo settore del diritto processuale civile si assiste ad un tentativo di estensione delle preclusioni attraverso il ricorso all'*analogia legis* nel caso di cumulo processuale: la regola contenuta nell'art. 268, co. 2, pare, tuttavia, doversi riferire alla sola ipotesi di intervento adesivo dipendente ex art. 105, co. 2 c.p.c. In questo senso si veda, in ultimo, COMASTRI, *Osservazioni in tema di cumulo processuale e sistema delle preclusioni nel processo ordinario di cognizione*, in *RTDPC*, 2005, 905 ss.

L'allusione è al caso dell'accertamento principale non definitivo che può dirsi sorretto da un'efficacia preclusiva slegata dall'irrevocabilità formale della pronuncia. Il *ne bis in idem* è, infatti, effetto adiaforo agli esiti del giudizio non discendente dal giudicato formale ma riferibile altresì alla pronuncia non ancora *transitata in rem iudicatam*, non essendo la *res in iudicium deducta* ulteriormente alterabile nei processi di impugnazione.¹⁹ *Nihil obstat* ad un'anticipazione di simile prodotto del giudicato sostanziale, in seguito rimovibile laddove venga "eliminata la sentenza in quanto atto idoneo a concludere il giudizio, e quindi a porsi, sia pure sotto questo riguardo, quale *res iudicata*".²⁰

L'elaborazione condotta consente di scorgere in filigrana un assioma di indubbia valenza per il prosieguo delle presente indagine: le operazioni ermeneutiche, pur se talora motivate da pregevoli istanze garantistiche, non possono esecrare le ragioni della sintassi, nel cui *speculum* ogni fenomeno deve correttamente inserirsi. Esplorati *ab imis fundamentis* gli enunciati *in iure* appaiono, infatti, entità reciprocamente connesse, irriducibili a guisa delle monadi

¹⁹ Cfr. S. RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, 2004, 269 ss. Tra la dottrina meno recente: ANDRIOLI, *Il principio del ne bis in idem e la dottrina del processo*, in *Annali triestini di diritto economia e politica*, 1941, 270 ss.; FOSCHINI, *La litispendenza nel processo penale*, in *RIDPP.*, 1965, 26; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, 1983⁶, 584. *Contra*: ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, 1932, 530; LOZZI, "Giudicato (diritto penale)", in *Ed.*, XVIII, 1969, p. 917; BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, 4^a ed., 1975, 500; LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, 1985¹², 734; VANNINI-COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale*, 1986⁹, 513 ss.; CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., 1987, 1061 ss.; DE LUCA, "Giudicato, II) Diritto processuale penale", in *Eg.*, XV, 1989, 1. Nello stesso senso Corte Cost., 15 giugno 1976, n. 6, in *GC*, 1976, 35 ss. (con nota adesiva in parte *de qua* di Lozzi, *Legittimità costituzionale del "ne bis in idem"*, *ivi*, 1596 ss.), cui si deve il rigetto della questione di legittimità costituzionale sollevata da Trib. Venezia, 2 aprile 1974, pubblicata in *GC*, 1974, 2013 ss.

²⁰ S. RUGGERI, *op. cit.*, 338.

nel sistema leibniziano. Le esigenze equitative emergenti nella prassi non possono condurre ad un'inopportuna elefantiasi del *ne bis in idem*, in specie laddove ad omologhi effetti sia consentito pervenire attraverso il ricorso ad ulteriori strumenti. Si pensi alla portata effettuale della decisione di riesame sulla successiva vicenda cautelare, la cui unica incidenza pare registrarsi in ordine all'esatto adempimento dell'obbligo di motivazione imputato al giudice precedente.²¹ Fenomeno in alcun modo assimilabile alla *Sperrwirkung* discendente dal giudicato sostanziale, a nostro avviso aliena alla dimensione cautelare. L'indubbio malia del *ne bis in idem* non può legittimare la sovversione di principi ugualmente afferenti al sistema processuale vigente, in particolare se espressione del pari di un *Grundwert*, insuscettibile di cedere in ragione di un rapporto di supremazia assiologia.

2 REGOLE DI DIRITTO PENALE TRANSNAZIONALE, CONFLITTI DI GIURISDIZIONE E *NE BIS IN IDEM* INTERNAZIONALE

Le considerazioni sin qui svolte conservano peculiare valenza anche laddove si orienti il fuoco della lente speculativa sulla diversa edizione del principio *sub observatione* resa con il sintagma *ne bis in idem* internazionale. Tale formula designa l'efficacia preclusiva che un *dictum* giudiziale statuale esercita in diverso ordinamento ugualmente fornito di giurisdizione sulla vicenda oggetto del giudizio. Al conferimento di un simile potere provvede una regola di diritto penale internazionale o transnazionale, cui si deve

²¹ Si veda, in particolare, MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *DDP*, VIII, 1994, 96. Cfr., inoltre, BARGIS, *Procedimento de libertate e giudicato cautelare*, in *GazzG*, 1998, 42, 11; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 2004, 754.

l'intersezione tra giurisdizioni. I limiti territoriali della legge penale sono difatti liberamente determinabili dal legislatore statale, vincolato solo da talune "regole proibite" di diritto internazionale: lo afferma sin dal 1927 la celebre sentenza *Lotus*, condivisa *in parte de qua* dalla prevalente elaborazione dottrinale.²² I confini della

²² Cfr., PCIJ, 7 settembre 1927, *Lotus*, in *Publications of the permanent court of international justice*, series C, 13-II, The "Lotus case", Leyden, 1927. In dottrina si veda: CYBICHOWSKY, *Le compétence des tribunaux à raison d'infractions commises hors du territoire*, in *Recueil des Courts*, t. 12, 1926- II, 251ss.; BARBEY, *De l'application internationale de la règle "Non bis in idem" en matière répressive*, Lausanne, 1930, 73; ALLEGRI, *Il riconoscimento della sentenza penale straniera*, 1943, 4; CANSACCHI, *Cessione di territorio e giurisdizione penale*, in *Ap*, 1949, II, 527ss.; UBERTAZZI, *I limiti territoriali della giurisdizione e la condizione giuridica dei tribunali italiani nelle ex colonie*, in *Fp*, 1950, III, 1ss.; ZICCARDI, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, in *Ridp*, 1950, 462ss.; MORELLI, *Sull'universalità dell'ordinamento dello Stato*, in *RDP*, 1951, 9ss.; GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati. L'ambito di attività degli Stati*, 1956, 44ss.; CITARELLA, *Pretesi limiti di diritto internazionale. Sui limiti della giurisdizione dello Stato*, in *Rdint*, 1967, 737ss.; LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, 1972, 36; DOMINIONI, *La competenza giurisdizionale in materia di dirottamenti aerei*, in *Rp*, 1973, I, 515ss.; FELLER, *La résolution des conflits de juridiction en matière pénale*, in *RevIntdrP*, 1974, 537; LE CALVEZ, *Compétence législative et compétence judiciaire en droit pénal*, in *RevScCrimDrPenComp.*, 1980, 13ss. 337 ss.; DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé. Droit international publique et droit international privé*, Paris, 1997, 10ss.; DOMINIONI, *La competenza giurisdizionale in materia di dirottamenti aerei*, in *RP*, 1973, I, 515ss.; TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, 1973, 1973, 247ss.; REBUT, *Les effets des jugements répressifs*, in *Les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de L'Union Européenne*, Bruxelles, 2001, 171ss.; GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale degli Stati per crimini internazionali*, in *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di CASSESE, CHIAVARIO, DE FRANCESCO, 2005, 503ss.; SATGER, *Internationales und Europäischen Strafrecht*, Baden-Baden, 2005, 32ss.; AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, 2006, 1ss.; di MARTINO, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme penali transnazionali*, 2006, 68ss. Cfr, inoltre, Corte cost., 22 dicembre 1961, n. 67, in *GC*, 1961, 1251ss., con nota di BERNARDINI, *L'art. 10 Cost della Costituzione e i poteri dello Stato di bandiera sulle navi in mare libero*, 1253ss.; CoEDU, 12 dicembre 2001 relativa alla ricevibilità del ricorso 52207/1999, *Bancovik e altri c. Belgio e altri 16 Stati parti contraenti*, in *Recueil des arrêts et de décisions*, 2001-XII, 333ss., 59-61.

giurisdizione divengono, così, variabile dipendente da opzioni politico-criminali, tra le cui pieghe si dissimula, talora, l'esigenza di celebrare il magistero punitivo statale. Si spiega così la permanente valenza dell'impianto disegnato dalla sentenza *Lotus*, nient'affatto scalfito dai plurimi tentativi di apostasia sin qui condotti. Tra questi menzioniamo, ad esempio, la *Draft Resolution* allegata al *Final Report* della sessione milanese dello *Institut de droit international* (1993) per la quale "a State's jurisdiction is subject to international law": l'esercizio della giurisdizione statale necessita qui di un ragionevole titolo di legittimazione derivante dall'*ordre juridique international*, che il singolo Stato ha l'onere di provare.²³ Un singolare *revirement* dell'elaborazione sin qui accolta destinato ad infrangersi contro le opposte volizioni degli Stati "to leave things mostly as they are".²⁴

Allo stato dell'arte pare doversi ritenere prevalente la tesi di matrice positivista, nonostante tracce evidenti della diversa soluzione possano comunque reperirsi, ad esempio, nel settore relativo alla repressione dei crimini *iuris gentium*. Gli Stati conservano così margini rilevanti nella determinazione di proprie regole di diritto penale transnazionale, correttamente intese come

²³ Cfr., Bos, *The extraterritorial Jurisdiction of States (Preliminary Report e Final Report)*, in *Ybk Inst Int'l L*, 65, 1993, session of Milan, I, 14 (sulla quale si veda di recente TOMUSCHAT, *Universal criminal jurisdiction with respect to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes*, in *Ybk Inst Int'l*, 71, 2005, session of Cracovie, I, 213ss.). Successivamente si veda RIGAUX, *The extraterritorial Jurisdiction of States*, in *Ybk Inst Int'l*, 68, 1998, session of Berlin, I, 372ss., presentato alla sessione di Berlino (1999), e il Progetto di risoluzione (*rapporteur*: Rigaux) su *The extraterritorial Jurisdiction of States*, in *Ybk Inst. Int'l L*, 69, session of Vancouver, 2000-2001, 87ss. Simile soluzione muove da una nozione giuridica della sovranità, nel cui *speculum* si colgono tracce del cosmopolitismo kantiano. La distinzione tra modello groziano e modello kantiano si deve a WIGHT, in *International Theory – The Three traditions*, a cura di WIGHT e PORTER, 1991, 137ss., ed è poi ripresa da BULL, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, 1997, 24ss.

²⁴ Bos, *op. cit.*, 39.

“condizioni o [...] limiti per l’esercizio della giurisdizione sui fatti oggetto di valutazione in termini di illiceità da parte delle norme incriminative appartenenti all’ordinamento nazionale”.²⁵ Simili disposizioni non paiono potersi dipingere come limiti di diritto sostanziale alla potestà punitiva statale, ritenuta oggetto dell’accertamento giudiziale postulato dal processo di subiettivazione del precetto penale.²⁶ La nozione di potestà punitiva, cui si deve l’indubbio merito di segnare l’abbandono delle sincretiche figure di conio pandettistico involte nel c.d. “rapporto giuridico penale” (antropomorficamente inteso come una relazione tra Stato e suddito), non apporta difatti un contributo decisivo alla definizione dell’oggetto del giudizio, tramite necessario nel ciclo di qualificazione normativa. Nel settore penale “l’illecito da negazione del diritto, come appare da un punto di vista politico giuridico, diventa una condizione specifica del diritto e, solo così, un oggetto possibile della conoscenza giuridica”.²⁷ La potestà

²⁵ di MARTINO, *op. cit.*, 272, che alla nt. 106 richiama la posizione di BAUMANN-WEBER-MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2003, §7, Rn. 31.

²⁶ VASSALLI, *La potestà punitiva*, 1942, 101ss.; Id., *Potestà punitiva*, in *ED*, XXXIV, 1985, 793; Cfr. inoltre GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, 1947, 275ss.; Id., *Diritto processuale penale*, 126ss.; PETROCELLI, *Norma penale e situazioni soggettive*, in *RDPenit.*, 1941, 839ss.; Id., *Principi del diritto penale*, I, 1955, 166ss.; MORO, *La subiettivazione della norma penale*, 1942, *passim*.

²⁷ KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (trad. it. di Treves), 1952, ed. 2000, 67). Cfr., inoltre, Id., *Allgemeine Staatslehre*, in *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften*, 23 Bd., 1925, 79, nel quale si rinviene un’interessante analogia teologale riferita ad una nota teoria ortodossa: “*Die Theologie läßt Gott Böse zwar nicht unmittelbar, aber schließlich doch mittelbar wollen, nämlich als Bedingung der läuternden, an sich guten, weil die Gerechtigkeit realisierenden Strafe. So erscheint auch der vertieften Rechtstheorie das Unrecht nur als ein in der Rechtsordnung als Bedingung für der staatlichen Zwangsakt gesetzter Tatbestand, somit doch schließlich als ein Inhalt der Rechtsnorm, des rechtlichen Sollens, das den Willen des Staates darstellt, als ein Inhalt neben anderen als Bedingungen des Zwangsaktes gesetzten Tatbeständen*”. *Contra*: HÄGERSTRÖM, *Kelsen’s Theory of Law and State. A review of Kelsen’s Allgemeine Staatslehre*, (1925), in *Inquires into the nature of Law and Moral*, 1951, 270ss.

punitiva “può così bene essere riferita al giudice come allo Stato nel suo complesso”, differentemente dal “dovere pubblico funzionale” di darne esercizio, imputabile al solo organo giudiziario, cui si rivolge “il comando contenuto nella norma-sanzione”.²⁸

Pare allora evidente come “il potere di punire [...] preesist[a] alla realizzazione del singolo episodio di illecito penale ed all’accertamento che in ordine a quest’ultimo sia instaurato”, trovando la sua fattispecie costitutiva “nella pura e semplice posizione costituzionale dell’organo investito di giurisdizione penale, per cui gli effetti tipici della pronuncia che applica la sanzione si producono solo che ricorra il requisito della legittimazione dell’organo e sia stato posto in essere un atto collimante con un certo schema normativo”.²⁹ In tal modo, si rivela quel divario di valutazioni intercorrente tra procedimento giudiziale e pronuncia finale a questo congiunta da quello da *die thematische Bindung des Gerichts*.³⁰ Il procedimento giudiziale

²⁸ VASSALLI, *op. cit.*, 269 (il quale alla nota 4 afferma: “non sarebbe errato il dire che la potestà di punire è dello Stato e, per esso, del giudice, mentre il dovere di punire è del giudice soltanto”), 387.

²⁹ CORDERO, *Contributo allo studio dell’amnistia nel processo*, 1957, 18-19.

³⁰ EB. SCHMIDT, *LehrKommentar zur Strafprozessordnung und zum gerichtsverfassungsgesetz, I; Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrecht*, 1952, 148. Sul divario di valutazioni legali tra procedimento e pronuncia, cfr. CORDERO, *Riflessioni in tema di nullità assolute*, in *RIDPP*, 1958, 254-255: “l’uno adombra lo strumento inteso a costituire, attraverso un complesso gioco di situazioni soggettive, il dovere giurisdizionale; l’altra si identifica con un atto normativo che, anche se realizzato secondo modalità che configurano una condotta giuridicamente antidoverosa, consegue i suoi effetti”. Sulla forbida disputa afferente ai diversi criteri che presiedono alle rispettive valutazioni, si veda: BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, 177ss.; GOLDSCHMIDT, *Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb*, in *Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess*, XX, 3, 1910; ID., *Der prozess*, cit., 289 ss.; STEIN, *Grundfragen der Zwangsvollstreckung*, 1913, 18; SAX, *Das unrichtige Sachurteil als Zentralproblem der allgemeinen Prozessrechtslehre*, in *ZPP*, 1954, 23.

risulta comporsi di una serie di atti, la cui l'effettualità "mediata" si risolve nell'imputazione normativa di una situazione soggettiva riconducibile alla figura elementare del dovere, teleologicamente diretta a quell'autentico "*Prozeâziel*" costituito dal giudicato sostanziale. Questo discende però dalla sola fattispecie dell'atto finale a contenuto decisorio rispetto a cui la "legge di intrezza" postula un rapporto di inscindibilità.³¹ Il sorgere del giudicato decompone formalmente la sequenza, come se l'*Urteilsfinder* avesse buttato via la scala dopo esservi salito.³² Non diviene allora peregrina l'ipotesi di una provvedimento definitorio della controversia pur se antidoveroso, non essendo asseribile, come prima sottolineato, un principio di *Einmäßigkeit*.³³ Costatazione che risolve il controverso tema della sentenza ingiusta, oggetto di una forbita disputa, oramai inattuale, tra fautori della

³¹ CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, *Atti del processo*, 1938, 92 ss.; FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, 1941, 189 ss.; ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, 1969, 534 ss.

³² La suggestiva immagine del CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, 1981, 452, si riferisce a WITTGENSTEIN, *Tractatus logicus-philosophicus*, 1918, prop. 6.54. Eventuali difetti di taluno dei componenti non scalfiscono l'atto decisorio superante la soglia del giudicato formale, risultando, pertanto, entità giuridicamente irrilevanti. Superfluo, oltre che sintatticamente poco corretto, parlare di sanatoria. Cfr., CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *RIDP*, 1961, 684. *Contra*: CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, *Storia e legislazione*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, VI, 1965, 183ss.; CONSO, *Il concetto e la specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, 1955, 95ss.; *Id.*, *Questioni nuove di procedura penale*, I, 1959, 128; DENTI, "Nullità degli atti processuali civili", in *NNDI*, 1968, 469; BESSO, *La sentenza civile inesistente*, 1997, 23.

³³ SAUER, *op. cit.*, 578ss.; BELING, *Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege*, 1913, 7ss., 22ss. Si veda la penetrante proposizione del GOLDSCHMIDT, *Der prozess*, cit., 291-292, e nt. 1508 (per la critica nei confronti della concezione di HELLWIG, *System*, cit., I, § 145, II) per il quale "*Vielmehr ist die "Rechtmäßigkeit" ein processuale Betrachtungsweise ebenso fremdes Werturteil wie die "Rechtswidrigkeit"*"

concezione sostanziale e processuale della *res iudicata* civile. La possibile divergenza di valutazioni della medesima pronuncia giudiziale, operata alla stregua di norme strutturalmente differenti³⁴ priva di rilievo l'attribuzione di un'efficacia costitutiva al *dictum* giudiziale,³⁵ stante, inoltre, l'insussistenza di una situazione soggettiva antecedente alla pronuncia, precetto esclusivo in ordine alla punibilità di un fatto ipoteticamente enunciato dall'imputazione.³⁶ Il quesito relativo alla validità come "*echte Justizakt*"³⁷ di una sentenza della quale si asserisce la non conformità al precetto risulta ammissibile solo se ipotizzi la genesi di un'entità intermedia tra diritto e processo derivante dal processo di subiettivazione della norma. E' il caso della figura civilistica denominata *Anspruch*, "inutile duplicato di quel potere di comando che sorgerebbe in favore del soggetto sulla società in conseguenza della sintesi norma-soggetto in cui sarebbe rinchiusa tutta l'essenza del diritto soggettivo".³⁸

³⁴ CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, 1961, 61. Il rilievo consente di cogliere la gravità dell'imprecisione contenuta nell'art. 11⁵ del *Progetto di codice penale della Commissione Nordio*, secondo cui: "Non risponde per omesso impedimento chi è privo dei poteri giuridici di impedire l'evento che costituisce il reato commissivo". Sul punto, cfr., PAGLIARO, *Il reato nel progetto della commissione Nordio*, in *CP*, 2005, 5.

³⁵ Cfr., MENDELSSOHN BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, 1900, 303; PAGENSTECHE, *Zur lehre von der materiellen Rechtskraft*, 1905, 34, 72, 94, 302; JELLINEK (WALTER), *Der ferlehafte Staatsakt und seine Wirkungen*, 1908, 182ss.; NEUNER, *Die Dogmatische Bedeutung der materiellrechtlichen und prozessualen Rechtskrafttheorie*, *ZZP*, 54, 1929, 217; ALLORIO, *op. cit.*, 27ss.; VELLANI, *Appunti sulla natura di cosa giudicata*, 1958, 89ss., 104ss.

³⁶ Cfr., PAGENSTECHE, *Die praktische Bedeutung des Streits über das Wesen der Rechtskraft*, in *ZZP*, 37, 1912, 34.

³⁷ Il termine è mutuato da MERKL, *Prolegomena*, cit, 292.

³⁸ NATOLI, *Il diritto soggettivo*, 1943, 60. Diviene, allora, "non necessario circondare il diritto soggettivo di un alone protettivo (pretesa), che funga da ponte di passaggio tra il diritto e la eventuale attuazione della tutela predisposta dall'ordinamento giuridico, per il caso che l'equilibrio stabilito dalla norma

Pare esatto concludere come l'ipotesi della pronuncia ingiusta sia fenomeno estraneo alla dinamica delle situazioni giuridiche soggettive (segnate dall'imputazione ipotetica di una condotta in capo al soggetto destinatario del precetto) ma, al contrario, postuli la sussistenza di una valutazione effettuata sulle spoglie del giudizio di merito, destinata ad assumere effettiva rilevanza solo in presenza di uno specifico espediente normativo a tal fine preordinato.

L'excursus condotto consente di comprendere come i limiti territoriali della fattispecie penale non attengano alla "natura" della potestà punitiva ma al suo esercizio da parte dell'organo giurisdizionale cui simile dovere è conferito. Le regole di applicazione transnazionale delimitano la giurisdizione statale, costituendo una condizione di procedibilità, la cui eventuale assenza comporta l'obbligo del giudice di emettere un'assoluzione *ab observantia iudicii*. Al contrario, laddove il difetto di competenza giurisdizionale non venga rilevato anteriormente al raggiungimento della soglia del giudicato formale, la relativa pronuncia conserva comunque la propria validità formale, generando l'insieme di componenti effettuali ad essa riferibili. Tra questi un effetto preclusivo più ampio rispetto a quello discendente da una pronuncia a contenuto squisitamente processuale che si riduce all'accertamento negativo di un *Prozesshinderniss*, la cui mancanza importa il divieto di procedere o invalida *ab origine* la sequela processuale ipoteticamente instaurata.

venga ad essere turbato da un'attività contrastante col principio di necessità e regolarità che da essa promana" NATOLI, *op. loc. cit.* Cfr., inoltre, FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, 1957, 9ss. e 60ss.; PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, 1968, 50ss.; FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, 1970, 76.

L'astratta capacità preclusiva di tali decisioni non consente di asserirne sempre l'effettiva realizzazione. Il *ne bis in idem* postula l'esistenza di una *regula iuris* che ne celebri la vigenza. Lo notavamo nelle note introduttive della presente ricerca, avanzando le nostre obiezioni alle talora disinvolute operazioni ermeneutiche condotte *in subiecta materia*. Occorre una fonte giuridica abilitante l'atto a sortire un tale effetto. Vi potrebbe dar vita una disposizione interna: è il caso dell'articolo 68 c.p. olandese contenente una previsione generale del principio del *ne bis in idem* processuale relativa anche ai giudicati stranieri.³⁹ Si tratta tuttavia di un *unicum* nel diorama normativo europeo ancora segnato da una messe di soluzioni eterogenee.⁴⁰ In alcuni ordinamenti la presenza di un atto a contenuto decisorio emesso da autorità giurisdizionale straniera legittima la sola facoltà dell'organo titolare dell'azione penale di non darvi esercizio: l'allusione è all'espedito adottato, del pari, dal § 153 *b* della *Strafprozessordnung* tedesca, e dal § 34 dello *Strafgesetz* austriaco.⁴¹ Al contrario, parziale efficacia preclusiva viene riconosciuta al giudicato straniero da parte dell'art. 10, comma 3 del codice penale danese che inibisce l'esercizio

³⁹ BAUW, "Non bis in idem", in SWART-KLIP, *IntCrimLawNether.*, 1997, 75 ss.; KLIP-VAN DER WILT, *Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle ne bis in idem. National Report: The Netherlands*, in *IntRevPenLaw*, 2002, 1091 ss.

⁴⁰ Cfr. *The "non bis in idem" principle in criminal law in the EEC*, Report of Legal Affairs Comm. 20/2/1984 (doc. 1-1397/83), in *HR*, 1984, 391 ss.

⁴¹ Sul meno noto § 34 della *Strafprozessordnung* austriaca si veda: EPP, *Der Grundsatz "ne bis in idem" im internationalen Rechtsbereich*, *ÖJZ*, 1979, 36 ss.; EBENSPERGER, *Strafrechtliches "ne bis in idem" in Österreich unter besonderer Berücksichtigung internationalen Übereinkommen*, *ÖJZ*, 1999, 171 ss.; NEHM, *Zur rechtweite des "ne bis in idem"-Prinzip in § 54 SDÜ und den Möglichkeiten seiner Fortentwicklung im Rahmen der Europäischen Union*, in *Steininger-FS*, 2003, 369 ss.; STEIN, *Ein Meilenstein für das europäische "ne bis in idem"*, *NJW*, 2003, 1162 ss.

dell'azione in caso di proscioglimento dell'imputato da parte dello Stato del *locus commissi delicti*. Di analogo tenore l'art. 692 del *code de procédure pénale* francese che in caso di reato commesso all'estero da parte del cittadino prevede che “*aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger*”. Solo in parte dissimile la regola contenuta nell'art. 11, comma 2 c.p. italiano e nel cap. 1, par. 3 f. 1 del codice penale svedese che nel caso di esercizio della giurisdizione fondato su criteri di extraterritorialità ammettono un nuovo giudizio solo in seguito alla richiesta dell'autorità politica.

Il pur sommario ritratto offerto consente comunque di formulare una diagnosi di certa esattezza: il *ne bis in idem* internazionale è principio a cui le legislazioni nazionali offrono limitato ed eterogeneo riconoscimento. Varie le ragioni. I tradizionali *refrains* costituiti dal principio di sovranità territoriale o dall'indipendenza territoriale degli ordinamenti (segnalata in ambito processuale dal diverso deuteragonista, *a lato creditoris*, di quello che con nomenclatura oramai *dépassée* si definisce rapporto giuridico processuale⁴²) offrono vesti formali al sentimento di diffidenza tra Stati, dettato talora da autarchia politico-giuridica. Atteggiamento sorretto, in taluni casi, da motivazioni nient'affatto prive di fondamento. Sono tali, ad esempio, quelle notevoli differenze della normativa sostanziale, espressione del permanere di valori eterogenei che trovano nella società globalizzata il demiurgo di un endemico conflitto.

⁴² Cfr., in tal senso, TRAVERS, *Les effets internationaux des jugements répressifs*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit penal international de La Haye*, 1924, III, 460 ; FIORE, *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti*, II, 1877, 95. Sui motivi tradizionalmente addotti dai detrattori del *ne bis in idem* internazionale cfr. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem internazionale nel processo penale*, 1984, 4 ss.

Non si giunge a diverse conclusioni laddove si volga la specola della ricerca verso il diritto internazionale generale, dove non può dirsi ancora esistente una norma consuetudinaria che sancisca l'applicazione del *ne bis in idem* tra giurisdizioni statuali concorrenti. Né tale disposizione può ricercarsi tra quelli che l'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia definisce i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, stante il difetto di *diuturnitas*, qui consistente nel mancato o parziale riconoscimento del *ne bis in idem* internazionale nelle legislazioni interne.⁴³ Le argomentazioni (talora sorrette, invero,

⁴³ L'inesistenza di una norma di diritto internazionale che sancisca il *ne bis in idem* internazionale è asserita pur con varie motivazioni, da: FIORE, *op. cit.*, 115; DELOUME, *Principes généraux du droit international en matière criminelle*, 1882, 115; PEIRON, *De l'effect des jugements étrangers rendus en matière pénale*, 1885, 24; GIDEL, *De l'efficacité extraterritoriale des jugements répressifs*, 1905, 57; TRAVERS, *op. loc. cit.*; CYBICHOWSKY, *Le compétence des tribunaux*, cit., 286; BARBEY, *De l'application*, cit., 131; VENTURINI, *Il riconoscimento delle sentenze penali straniere*, in *RIDP*, 1940, 119; FITZMAURICE, *La portée extraterritoriale des sentences répressives étrangères*, in *AIDI*, 43, 1950, II, 278; LUTHER, *Profili internazionalistici in due recenti sentenze della corte costituzionale italiana. A proposito del ne bis in idem nel diritto penale internazionale*, in *RIDIPP*, 1968, 397ss.; PALAIA, *L'efficacia preclusiva delle sentenze penali straniere*, ivi, 1969, 727; DANAN, *La règle non bis in idem en droit pénal français*, 1971, 228; OEHLER, *Recognition of foreign penal judgments and their enforcement*, in BASSIOUNI, NANDA, *A Treatise on international criminal law*, 1973, II, 269; TREVES, *La giurisdizione*, cit., 249; GALANTINI, *Il principio*, cit., 263 ss.; FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della comunità europea*, in *RDInt*, 1991, 878ss.; DEAN, *Profili di un'indagine sul ne bis in idem estradizionale*, in *Rdp*, 1998, 56; PISANI, *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *RIDPP*, 1998, 710; BARATTA, *Ne bis in idem, diritto internazionale e valori costituzionali*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di F. Capotorti*, 1999, 27 (per il quale è, comunque "rilevabile in embrione un principio favorevole a tener conto del valore giuridico sotteso alla regola del *ne bis in idem*"); VERHOEVEN, *Vers un ordre répressif universel? Quelques observations*, in *AnnFrDirInt*, 1999, 70; VAN DER WINGAERT, *Les transformation du droit international pénal en réponse au défi de la criminalité organisée*, in *RevIDrPen*, 1999, 35ss; CARACCILO, *Dal*

da improbabili apodissi) addotte dai fautori del diverso orientamento sembrare tradire istanze garantistiche destinate tuttavia a non trovar albergo nell'attuale modello "groziano" delle relazioni internazionali (fondato su regole "che mirano ad assicurare la coesistenza e la cooperazione tra Stati sovrani, ciascuno dei quali agisce per la realizzazione dei propri interessi"),⁴⁴ in cui possono correttamente ravvisarsi, del resto, le matrici teoretiche della stessa sentenza *Lotus*.

Si tratta di una posizione adottata, del resto, dalla stessa giurisprudenza, risolta nell'asserire, pur con qualche fallacia argomentativa, il difetto della regola in parola nel diritto internazionale pubblico: è il caso della pronuncia n. 48/1967 della

diritto penale internazionale al diritto internazionale penale, 2000, 108; LOPEZ, *Not twice for the same: how the dual sovereignty doctrine is used to circumvent non bis in idem*, in *VardJourTransLaw*, 2000, II, 1263 ss.; SEGUIN, *The case for transferring territorial jurisdiction in the european union*, in *CrimLForum*, 2001, 256; STESENS, *Money Laundering. A new international Law enforcement Model*, 2001, 225; CHILDSTEIN, *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessorie*, 2003, 254ss.; VERVAELE, *Case Law*, in *CommMarRev*, 2004, 804; REBUT, Article II-110, in BURGORGUE-LARSEN, LEVADE, PICOD, *Traité établissant une Constitution pour l'europe. Partie II. Le Charte des droits fondamentaux de l'Union*, 2005, 631; VERVAELE, *The transnational ne bis in idem principle in EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights*, in *UtrLawRev.*, I, 2, 2005, 102; AMALFITANO, *Conflitti*, cit., 32ss. *Contra*: HELIÈ, *Traité de l'instruction criminelle*³, 1867, II, 651ss.; ORTOLAN, *Eléments du droit pénal*, 1885, 294 ss.; DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, 1928, 303ss.; Id., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 1947, n. 1533; ROUX, *L'entr'aide des Etat dans la lutte contre la criminalité*, in *Recueil des Cours*, 36, 1931, II, 153 ; ELSTRODT, *Das Anrechnung ind Erledigungsprinzip ne bis in idem in internationalen Strafrecht der Schweiz*, 1932, passim ; BOUZAT, *Les effets internationaux des jugements répressifs*, in *Cours des Hautes Etudes Internationales*, 1968-1969, 7 ; GIOVENE, "Giudicato", in *DDP*, V, 1991, 436, ESPOSITO, *Gli effetti internazionali della garanzia del ne bis in idem nell'ambito comunitario*, in *DocG*, 1992, 4-5, 475.

⁴⁴ Così CASSESE, *Diritto internazionale*, a cura di GAETA, 2003, 32.

Corte costituzionale,⁴⁵ che per tal ragione reputa l'art. 11, comma 1, c.p. non contrastante con l'art. 10 Cost. Motivazione evocata in parte *de qua* dalla successiva sentenza 69/1976, in un caso in cui il *dubium de legitimitate* verte, al contrario, sull'art. 11, comma 2, che il giudice *a quo* asserisce violare gli artt. 2, 10 comma 1, e 24, comma 2 Cost.⁴⁶ Di diverso avviso l'organo di legittimità costituzionale per il quale la preclusione derivante da giudicato straniero non pare neppure assurgere al rango di diritto fondamentale dell'individuo, esposto pertanto al rischio di un nuovo processo. Le ragioni di un simile diniego sono rinvenute dalla Consulta nel mancato riconoscimento dell'efficacia preclusiva delle sentenze straniere da parte delle convenzioni internazionali. A detta della Corte simile principio non si rinviene nel disposto dell'art. 14, comma 7 PIDCP, limitato ai soli rapporti tra decisioni giudiziarie emesse da un unico Stato.⁴⁷ Soluzione invero non imposta dal tenore letterale della formula, aliena dall'ancorare il *ne bis in idem* al solo provvedimento interno, al contrario di quanto operato dall'art. 4 del 7° Protocollo addizionale

⁴⁵ Corte Cost. 18 aprile 1967, n. 48, in GC, 1967, 299, con osservazione di CHIAVARIO, *La compatibilità del bis in idem previsto dall'art. 11 comma primo c.p. con il "diritto internazionale generalmente riconosciuto"*;

⁴⁶ Corte Cost., 8 aprile 1976, n. 69, in GC, 1976, 432 ss.

⁴⁷ Tale interpretazione dell'art. 14, comma 7 PIDCP è accolta anche da United Nations Organization - Human Rights Committee, A.P. vs Italy, Communication no. 204/1986 (2 novembre 1987), UN Doc. CCPR/C/31/D/204/1986, § 7.3; *contra*: CHIAVARIO, *Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionale sui diritti civili e politici*, in RIDPP, 1978, 496; Id., *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, 1984, 250ss.; GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem*, cit. 199; EAD, *Ne bis in idem e double jeopardy come diritto della persona*, in Giust. e Cost., 1982, 88. Sull'art. 4 del 7° Protocollo aggiuntivo alla CEDU si veda, per tutti, SPANGHER, *sub art. 4 Prot. 7°*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 2001, 957ss. Il limite operativo della disposizione in parola è evidenziato anche da Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif relatif au Protocole n. 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 1985, 13.

alla CEDU (1990). Né pare pienamente condivisibile la ferma declaratoria di insussistenza della violazione del diritto di difesa, destinato, in talune ipotesi di reiterazione del giudizio da parte di un diverso ordinamento, a dissolversi in un mero simulacro formale. Del tutto inconferente, infine, il riferimento alla disciplina relativa al rapporto tra *ne bis in idem* e concorso formale di reati, non potendosi il diritto di difesa dirsi inficiato dalla fisiologica limitazione oggettiva del giudicato, circoscritto al solo fatto oggetto del processo.

Trascorrono poco più di venti anni quando la Corte Costituzionale torna con profitto sull'argomento:⁴⁸ nonostante la regola del *ne bis in idem* paia lontano dal costituire una norma di diritto internazionale generale non può negarsi, secondo la Corte, come questa sia oramai divenuta "principio tendenziale cui si ispira oggi l'ordinamento internazionale, risponde[n]te, del resto, a evidenti ragioni di garanzia del singolo di fronte alle concorrenti potestà punitive degli Stati". L'enunciato contiene due predicati di indubbia esattezza. Che il principio del *ne bis in idem* costituisca una garanzia fondamentale dell'individuo è asserzione da tempo ripetuta dalla più accorta dottrina. Liti indefinitivamente giudicabili privano l'individuo della *Rechtssicherheit*, rendendo inane ogni affidamento (meritevole di tutela) generato da una pronuncia *transitata in rem iudicatam*. La moderna procedura penale riesuma, così, stilemi erroneamente riferiti alla sola epoca inquisitoria. Appena mezzo secolo fa, il Carnelutti usa motivi teologal-positivistici per allestire una similitudine tra pena del reo e terapia dell'infermo, al fine di abiurare il valore del giudicato nel processo penale.⁴⁹ Il mutato paradigma culturale del processo penale impone

⁴⁸ Corte Cost. 3 marzo 1997, n. 58, in GC, 1997, 597ss.

⁴⁹ CARNELUTTI, *Contro il giudicato penale*, in RDP, 1951, 294. *Contra*: ALLORIO, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi*, 1957, 68ss.

di non consentire che alle pretese statuali ispirate solo da ragioni di autarchia punitiva si immoli quella funzione liberale che gli ordinamenti interni correttamente assegnano al giudicato penale.

Tale esigenza trova parziale riconoscimento nel complesso reticolato di interazioni che connotano il sistema dei rapporti tra le giurisdizioni statuali e quelle dei Tribunali internazionali istituiti per la repressione dei *crimina iuris gentium*. In questo peculiare settore del diritto internazionale si assiste, difatti, al progressivo consolidamento della c.d. concezione giuridica della sovranità secondo la quale compete al diritto internazionale l'attribuzione degli ambiti di competenza delle giurisdizioni statuali.⁵⁰ Si tratta di una teorica di chiara matrice kantiana, ripresa, *ex plurimis*, sia dal Tribunale Militare Internazionale di Norimberga nel caso *Göring*, che dalla Corte distrettuale di Gerusalemme nel caso *Eichmann*.⁵¹ Tracce di tale concezione compaiono così tanto negli Statuti dei Tribunali *ad hoc* per la *ex* Jugoslavia e per il Ruanda, quanto nello statuto della Corte penale internazionale che, in modo pressoché consequenziale, realizzano, pur con espedienti eterogenei, una significativa valorizzazione del principio del *ne bis in idem*. L'efficacia preclusiva della pronuncia emessa da uno dei due tribunali *ad hoc* spiega i propri effetti negli ordinamenti interni, inibendo una nuova azione sulla *res in iudicium deducta*. Non identico valore pare assumere l'eventuale decisione statale, incapace di schiudere l'effetto del *ne bis in idem* nei casi in cui il fatto sia qualificato come reato comune o il procedimento sia

⁵⁰ Così SCELLE, *Précis du droit des gentes – Principes et systématique*, I, 1932, 94ss. Su tale concezione si veda KOSKENNIEMI, *The politics of International Law*, in *European Journal of International Law*, 1990, I, 4ss. Si veda anche *retro* nt. 21.

⁵¹ La pronuncia del Tribunale di Norimberga si trova in *Trial of the major war criminals before the International military Tribunals*, 1947, I, 223. La sentenza relativa al caso Eichmann si può leggere in <http://www.nizkor.org>.

affetto da parzialità o negligenza o sia strumentale ad eludere la giurisdizione del Tribunale.

Diverso il sistema elaborato dallo Statuto della Corte penale internazionale, segnato dal principio di complementarità delle giurisdizioni. *In primis*, osserviamo (alla luce delle considerazioni precedentemente svolte sul rapporto tra potere e dovere punitivo) come l'eventuale sentenza di condanna della Corte emessa nell'esercizio del proprio potere sussidiario precluda l'azione giudiziaria degli Stati, inibendo qualsiasi *bis in idem*. La pronuncia di proscioglimento motivata dalla mancata realizzazione dell'illecito internazionale per difetto di quell'elemento specializzante incidente sulla dimensione oggettiva del reato postula un'implicita declaratoria di difetto di giurisdizione per l'eventuale reato comune integrato dal fatto oggetto del processo. Possibile allora l'esercizio dell'azione penale da parte del singolo Stato, consentita dalla diversa portata effettuale assunta dalla sentenza. Laddove invece la pronuncia statale sopraggiunga alla decisione della Corte, questa conserva il potere di giudicare *de eadem re* solo nelle ipotesi in cui il procedimento nazionale mirasse a sottrarre l'individuo alla responsabilità penale per i crimini contemplati nello Statuto ovvero fosse condotto in modo non indipendente ed imparziale, ma in modo incompatibile con il fine di perseguire l'autore dell'illecito.⁵²

⁵² Nell'art. 20, comma 3, lett. b) dello Statuto della CPI sembra risuonare l'eco dell'antico aforisma del BECCARLA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, XXI, per il quale: "La persuasione di non trovare un palmo di terra che perdoni ai vari delitti, sarebbe un mezzo efficientissimo per prevenirli". Sul principio del *ne bis in idem* negli Statuti dei Tribunali *ad hoc* e della Corte penale internazionale, si veda: TALLGREN, *Artiche 20*, in TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, 419ss.; BARATTA, op. cit., 14ss.; VAN DER WYNGAERT-ONGENA, *Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty*, in CASSESE-GAETA-JONES, *The Rome statute of the International Criminal Court*, 2002, 705ss.; CAMPANELLA, *Il ne bis in idem nella giustizia penale internazionale: riflessioni su un principio in itinere*, in *Problemi attuali*, cit., 258ss.

3 ESIGENZE DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E *NE BIS IN IDEM* NELLO SCENARIO EUROPEO

Lo scenario sin qui descritto suscita l'esatta impressione che, almeno in ordine al principio del *ne bis in idem*, la sovranità statale conservi la tradizionale immagine assunta sin dai Trattati di Westfalia. L'effetto preclusivo della pronuncia giudiziale si circonda, difatti, entro i confini della giurisdizione a cui l'organo emittente afferisce.⁵³ Solo in rari casi differenti autorità giurisdizionali sembrano proclivi a riconoscere l'efficacia dell'altrui *dictum* giudiziale.

La diagnosi conosce significative smentite laddove si proceda ad un'accurata esplorazione di quello spazio europeo di sicurezza,

⁵³ L'assetto descritto somiglia al sistema delle *quaestiones perpetuae* del diritto romano tardo repubblicano, fondato, come noto, non sulla determinazione delle varie fattispecie sostanziali ma sul diverso ambito di competenza giurisdizionale delle diverse corti. La regola *de eadem re ne bis agatur*, di cui vi è traccia ad esempio nella l. 56 delle *Tabulae Bembinae* (“[*Quei ex h.l. condemnatus*] *aut apsolutus erit, quom eo [h.] l., nisei quod post ea fecerit, aut nisei quod praevaricationis causa factum erit, au[t] nisei de litibus*] *aestimandis aut nisei de sancitione houisce legis, actio nei es[to ...]*”) osta all'instaurazione di ulteriori processi sul medesimo fatto ma solo davanti alla medesima *quaestio*. Al contrario, dove lo stesso segmento del reale investa la giurisdizione di un'altra *quaestio*, il divieto non trova applicazione. Lo conferma Cic., *Verr.*, II, 3, 36, 83: “*Utrum imprudentis a sociis abstulit an turpius meretrici dedita an improbius populo Romano ademit an audacius tabulas publicas commutavit? Ex horum severitate te ulla vis eripiet aut ulla largitio? Non eripiet. Sed si eripuerit, non intellegis haec quae iam dudum loquor ad aliam quaestionem atque ad peculatus iudicium pertinere?*”. In dottrina cfr.: GEIB, *Geschichte des römischen Kriminalprocess bis zum Tode Justinians*, 1842, 177ss.; LABOULEYE, *Essai sur les lois criminelles des romains concernant la responsabilité des magistrats*, 1845, 188; GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's time*, 1901, 418ss.; BAUMAN, *The crimen maiestatis in the Roman Republic and Augustian principate*, 1967, 86; JONES, *The criminal courts of the Roman Republic and principate*, 1972, 79; VENTURINI, *Studi sul crimen maiestatis*, 1979, 399ss. *Contra*: REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis Remo*, 1844, 252ss.; FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, 1899, 227; ID., *Esposizione storica e dottrinale del diritto romano*, in *EDP*, a cura di PESSINA, 1905, 133ss.

libertà e giustizia in cui il principio del *ne bis in idem* pare assumere, al contrario, peculiare valenza. All'edificazione di un diverso assetto legale concorrono svariate *rationes*. La prospettiva di una *civitas maxima* trova terreno ben più fertile nella regione europea: motivi geo-politici (dietro ai quali si dissimula talora la mano invisibile dell'economia) rendono più agevole l'opera di cablaggio di ordinamenti giuridici, le cui radici affondano nella comune tradizione romanistica. Sorge, in seguito, l'esigenza di redigere un catalogo di diritti fondamentali paragonabile, *mutatis mutandis*, ai *Doppelfunktionelle Handlungen* del Niese.

I diritti fondamentali assolvono, difatti, una duplice funzione. Da un lato mirano a realizzare quella vocazione cosmopolita che attraverso il loro riconoscimento conduca a quel *Weltbürgerrecht* auspicato già da Kant. Al filosofo di Königsberg si deve, come noto, la prima compiuta proposta di superamento della tradizionale dicotomia diritto statale/diritto internazionale, perseguita mediante l'imputazione di situazioni soggettive di cui l'individuo sia titolare in quanto *cives mundi*.⁵⁴ Un compendio teoretico di

⁵⁴ KANT, *Zur ewigen Frieden*, 1795, trad. it. *Per la pace perpetua: un progetto filosofico e altri scritti*, 1983, 23, in cui l'Autore sviluppa intuizioni già espresse nelle *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* del 1784. Secondo RICUPERATI, *ad vocem "Cosmopolitismo"*, in BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, *Dizionario di politica*, 1991, 245, precedente teorico del diritto cosmopolita sarebbe il WOLFF che lo stesso Kant nel capitolo finale della sua *Critica della ragion pura*, trad. it., 1949, considerò il campione dell'uso dogmatico della ragione, opponendolo ad Hume paladino dell'uso scettico. Il contributo del Wolff all'opera di unificazione del soggetto di diritto pare, tuttavia, limitarsi al solo utilizzo di categorie logico-formali, e non all'elaborazione di ideologie riformatrici dettate dalla ragion pratica. Come rivela il VON VOLTELINI, *Die naturrechtliche Lehre und die Reformen des 18. Jahrhunderts*, in *Historische Jarbuch*, 1910, 65ss., il metodo del Wolff sembra strumentale tanto all'opera di accentramento della monarchia prussiana, quanto alla politica conservatrice invalsa dopo il compimento della riforma di Federico II, come prova il rilievo da questo assunto attraverso l'opera del Darjes (cfr., DARJES, *Erste Gründe der Cameralwissenschaft*, 1756; ID., *Einleitung in des Freyerrn von Bielefeld Lehrbegriff der Staatsklugheit*, 1764), nella nuova scienza dello Stato denominata cameralistica.

formidabile portata euristica non privo di rilevanti influenze sulle successive speculazioni di scrittori come, ad esempio, Rawls e Habermas.⁵⁵ Né minor importanza paiono assumere le riflessioni kantiane nei recenti studi sulla democrazia cosmopolita,⁵⁶ nelle quali si adopera, tra l'altro, una rivisitazione della tradizionale nozione di cittadinanza, non più raffigurabile al pari del giuspositivismo organicista come "*Staatangehörigkeit*".⁵⁷

Sollecitazioni qui solo in parte riferibili che di certo concorrono a realizzare l'intento eurocosmopolita (*europaweltbürgerlich*) attraverso l'insieme di quei diritti fondamentali che segnano il collante dell'intero patrimonio costituzionale europeo. Si tratta,

⁵⁵ Cfr., RAWLS, *The law of peoples*, in SHUTE-HURLEY, *On human rights: The Oxford amnesty Lectures*, 1993, 41ss.; HABERMAS, *Die Einbeziehung des Andern*, 1996; ID., *Kants Idee des ewigen Frieden. Aus dem historische Abstand von 200 Jahren*, in *Kritische Justiz*, 1995, 293ss.; ID., *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*, 1998; in ultimo ID., *Il progetto kantiano di costituzionalizzare il diritto internazionale ha ancora una possibilità*, in *Micromega*, 2006, 5, 133ss.

⁵⁶ Cfr., per tutti, HELD, *Democracy and the global order: from the modern State to Cosmopolitan Governance*, 1995, spec 225ss.; ANDERSON (ed.), *Transnational democracy: political spaces and border crossings*, 2004.

⁵⁷ *Angehörigkeit* è difatti vocabolo con il quale si descrive, tra l'altro, quel rapporto organico un tempo esistente in formazioni sociali come la famiglia (*Familienangehörigkeit*) o la stirpe (*Stammenangehörigkeit*), reputato non più idoneo a descrivere il legame tra la persona fisica e un'entità politica, che autorevole dottrina tende ora a fondare sulla cultura: cfr., HÄBERLE, *Die Europäische Verfassungsstaatlichkeit, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1995, 302ss.; ID., *La cittadinanza come tema di una dottrina europea della Costituzione*, in *RDCost*, 1997, 37ss., che utilizza il termine *Staatbürgerschaft* (adattamento del francese *citoyen* nel 1789 da Wieland) già utilizzato dallo stesso Kant. Sul rapporto tra diritto e cultura si veda dello stesso Autore: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982, trad. it, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, 2001; ID., *Rechtsvergleichung in Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992; ID., *Europäische Rechtskultur*, 1994; ID., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1996; ID., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, 2003; ID., *Rechts-Wissenschaft als Lebensform*, in *Jahrbuch öff. Rechts*, 2004, 155ss.).

del resto, di un'operazione già condotta dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee sin dai primi anni sessanta che in tal modo "ha servito egregiamente la causa dell'integrazione", riuscendo allo stesso tempo a "sdrammatizza[re] almeno in parte il problema della costituzione, in quanto riferibile a un ordinamento fondato non solo sui trattati, ma anche sul riconoscimento di tradizioni costituzionali in grado di svolgere la funzione dei principi e delle regole fondamentali di un paese a costituzione non scritta".⁵⁸ Un'impresa successivamente agevolata dal processo di codificazione delle situazioni soggettive tutelate che, pur non operando una sorta di metafisica transustanziazione dei diritti, segnano tappe comunque decisive nella definizione dei *Grundwerte*. Talora certo l'opera somiglia alla nottola di Minerva, strumento ricognitivo del già esistente ugualmente utile laddove circoscrive figura dai contorni umbratili. Pur ridotto ad un prodotto crepuscolare, il *corpus* normativo redatto non costituisce però uno sforzo inane. L'effetto utile consta nel suo inserirsi nell'articolata trama delle fonti, con conseguenze che la storia delle codificazioni costituzionali insegna essere nient'affatto innocue.

Vi è poi un'ulteriore ofelimità, sconosciuta *aliunde*, che il sistema europeo lucra da simili carte. L'allusione è alla loro attitudine a incidere nel metabolismo giuridico dell'Unione, segnando in modo irreversibile l'*acquis communautaire*. E' il caso, ad esempio, del Trattato che istituisce una Costituzione per

⁵⁸ COSÌ, PINELLI, *Le tradizioni costituzionali comuni ai popoli europei tra apprendimento e virtù trasformative*, in *GiorStCost.*, 2006, 2, 11. Cfr, inoltre, HABERMAS, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, 2002, 146ss.; PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, 2002, 180-181. Tra le prime pronunce della CGCE si veda: 12/11/1969, in c-29/1969 *Stauder*; 17/11/1970, in c-11/1970 *Internazionale Handelsgesellschaft*; 14/5/1974, in c-4/1973 *Nold*, reperibili all'indirizzo <http://www.curia.europa.eu>.

l'Europa che, nonostante la *débàche* referendaria, ha *quodammodo* concorso all'inserzione nell'*acquis* di un'ulteriore metanorma finalizzata a presiedere alle relazioni tra ordinamenti.⁵⁹ l'intero diritto dell'Unione va ora sottoposto ad un *opus* di composizione sistematica con i principi discendenti dall'identità nazionali dei singoli Stati desumibile dalle loro strutture costituzionali. Già assunto dall'Unione con l'art. 6 § 3 del Trattato UE, tale obbligo trova ora un preciso referente per la valutazione del suo esatto adempimento in quelle disposizioni costituzionali in cui si riflette il precipitato culturale di ciascuno Stato. L'art. I-5 del Trattato costituzionale realizza, così, un preciso contrappunto⁶⁰ alla supremazia del diritto dell'Unione, segnando, del pari, l'abbandono della risalente dicotomia *primauté* vs controlimiti.⁶¹ Vi prende il posto una prospettiva fisiologicamente dinamica nella quale norme comunitarie e norme nazionali interagiscono allo scopo di garantire il miglior standard di tutela dei diritti umani individuato dagli organi a tal opera preordinati.⁶² Sono tali, del pari, la Corte di Giustizia e le

⁵⁹ Così A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in STAJANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, 2006, 827ss.; ID., *Trattato costituzionale e prospettive di riordino del sistema delle fonti europee e nazionali al bivio tra separazione ed integrazione*, in GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, 2006, 216ss.

⁶⁰ Cfr., POIARES MADURO, *Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action*, in WALZER (ed), *Sovereignty in transition*, 2003, 501ss.

⁶¹ Cfr., CELOTTO-GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: Primauté vs controlimiti*, in *RIDPC*, 2004, 1309ss.; Si veda inoltre: PAUL CASSIA, *L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes*, in *Jurisclasseur – Europe*, n. 12, Dec. 2004, 12ss.; CARTABIA, *Unità nella diversità: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *DUE*, 2005, 3, 592 ss.

⁶² Sui vari criteri della *better law* o del *maximum standard* si veda BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, 2004, 78ss.

Corti Costituzionali dei Paesi membri, non potendosi oramai asserire l'esistenza di un unico titolare della ricerca dei valori. I diritti umani vivono ora, difatti, in una dimensione dialettica tra non più contraddittori che esige non una lite tra caparbi ma un concorso operoso nella tessitura della trama assiologica in cui germoglia il processo di integrazione europea.⁶³ Tale è il *punctum coniunctionis* (quell'unità nella diversità che costituisce il motto dell'Unione) che segue al *principium individuationis* ugualmente operato dagli artt. I-5 e I-6 del Trattato Costituzionale, che vedono nei diritti fondamentali ciò che in termini hegeliani può dirsi essere al contempo il veicolo di riconoscimento di un'Autocoscienza ed il superamento dell'opposizione con l'Altro da sé.

Uno dei terreni elettivi del dialogo prefigurato è di certo costituito dallo spazio di sicurezza libertà e giustizia, che l'art. III-257 del Trattato costituzionale vuole doversi realizzare “nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti e tradizioni giuridici degli Stati membri”.⁶⁴ Questi conservano, nell'ambito della cooperazione giudiziaria, la facoltà di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone, pur in presenza di una legge quadro europea sul tema. Si consentono, così, eterogenei standard di garanzie, capaci di incidere non senza rilievo nell'applicazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni posto a fondamento della cooperazione giudiziaria

⁶³ L'individuazione del custode delle strutture costituzionali europee è tema che desta motivate preoccupazione. Cfr. già ALONSO GARCIA, intervento al seminario svoltosi presso la Università Carlos III di Madrid, il 5-7 settembre 2004, *The national Constitutional Reflections of the European Union Constitutional Reform*, richiamato da CARTABIA, *Unità*, cit., 594, nt.23. Sul tema si veda A. RUGGERI, *Trattato costituzionale*, cit., 846ss.

⁶⁴ Sul significato di tale disposizione si veda Nascimbene, Introduzione, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo e garanzie*

penale.⁶⁵ Pare, del resto, provato che in tale settore ambizioni europee e timori nazionali instaurino una convivenza non sempre agevole. Ne offrono sicura testimonianza, ad esempio, le pronunce del Tribunale costituzionale polacco e del *Bundesverfassungsgericht* tedesco entrambe aventi ad oggetto le rispettive legislazioni interne di attuazione della decisione quadro 13 giugno 2002 GAI/584 relativa al mandato di arresto europeo. Le censure involgono, nel primo caso, il solo art. 606 t §1 del codice di procedura penale polacco (nell'edizione dovuta alla legge del 16 marzo 2004), dichiarato illegittimo nella parte in cui consente la consegna di cittadini polacchi, inibita dall'art. 55 del disposto costituzionale. Soluzione poco consentanea agli auspici della cooperazione se non soccorresse un insperato *deus ex machina* a differirne gli effetti: il giudice di legittimità costituzionale ricorre all'art. 190 Cost., che consente la perdurante applicazione delle legge incostituzionale per un tempo massimo di 18 mesi. Vi è tempo per una riforma del testo costituzionale, omologa a quella già effettuata dalla Lettonia (art. 98), che mutando il parametro elida gli effetti del giudicato.⁶⁶

Più problematica la vicenda tedesca: la *Verfassungsbeschwerde* sollevata da un cittadino tedesco-siriano di cui l'*Audencia Nacional*

⁶⁵ Cfr., in tal senso, NASCIMBENE, *Prefazione*, in AA.VV. (a cura di PEDRAZZI), *Mandato di arresto europeo e garanzie della persona*, 2004, XI; MARZADURI, *Tutela dei diritti fondamentali e disciplina del mandato di arresto europeo: spunti problematici sui contenuti delle disposizioni introduttive delle legge n. 69 del 2005*, in *IP*, 2005, 898-899; . Sulle previsioni del Trattato costituzionale evocate nel testo, si veda, per tutti, BARGIS, *Costituzione per l'Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *RIDPP*, 2005, 157ss.

⁶⁶ La sentenza 11 maggio 2005, n. K. 18/04 del Tribunale costituzionale polacco è reperibile in www.statewatch.org. Tra i commenti in lingua italiana si veda: SAWICKI, *Incostituzionale ma efficace: il mandato di arresto europeo e la Costituzione polacca*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; BALBO, *I sistemi giurisdizionali nazionali di fronte al mandato di arresto europeo*, in www.giurcost.org; SIMEONI, *La Corte Costituzionale polacca, il mandato di arresto europeo e la sentenza sul trattato di adesione all'UE*, in *QuadC*, 2005, 894ss.

di Madrid chiede la consegna conduce alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'intera legge di attuazione del mandato di arresto europeo, inserita nella parte VIII della legge generale sulla collaborazione internazionale (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen*). La pronuncia procede attraverso una sequela di argomentazioni non *in toto* condivisibili ma segnate da robusta impostazione sistematica.⁶⁷ La possibilità di estradizione di cittadini tedeschi in un paese membro dell'Unione europea, consentita dall'art. 16 *Abs. 2 GG* solo nella misura in cui siano osservati i principi dello Stato di diritto, non segna una destatuazione dell'ordinamento stante l'inidoneità del concetto derivato di *Unionsbürgerschaft* di rimuovere la nozione di cittadinanza in cui si salda l'intimo legame tra l'individuo e il proprio ordinamento giuridico. Spetta a quest'ultimo garantire l'affidamento del cittadino nella non punibilità di una condotta lecitamente realizzata nel territorio dello Stato (*maßgeblicher Inlandesbezug*).⁶⁸ Il procedimento di *Bewilligung*, oramai interamente ricondotto nella prospettiva giurisdizionale,⁶⁹ deve allora scongiurare perniciosi effetti di diritto

⁶⁷ La sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, 2BvR 2236/2004 del 18 luglio 2005 (Darkanzali) si può leggere in www.bundesverfassungsgericht.de. Su tale pronuncia si veda, in particolari per i profili non oggetto di disamina nel testo: ALESS. DI MARTINO, *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sul mandato di arresto europeo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; PALERMO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul mandato di arresto europeo*, in *QuadC*, 2005, 897ss.; WOELK, *Parlare a nuora perché suocera intenda: il BverfG dichiara incostituzionale la legge di attuazione tedesca del mandato di arresto europeo*, in *DPCE*, 2006, 160ss.; di MARTINO, *La frontiera*, cit., 283 ss.

⁶⁸ Sul ruolo che la tutela dell'affidamento gioca nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* in caso di retroattività della legge non penale si veda, MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, in *Id.*, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all' "alternanza"*, 2001, 21ss.

⁶⁹ Sulla natura giurisdizionale del procedimento di estradizione si veda già MARZADURI, *Libertà personale e garanzie giurisdizionali nel procedimento di estradizione passiva*, 1993, 184ss., e *Id.*, *Tutela dei diritti*, cit., 889ss, e nt. 7.

sostanziale, quali la violazione del principio di irretroattività della norma penale. Situazione aliena ai casi in cui il reato presenti prevalenti collegamenti esterni (*maßgeblicher Auslandsbezug*), riprodotta, tuttavia, nelle ipotesi in cui il comportamento criminoso sia compiuto in tutto o in parte in territorio tedesco, ma l'evento si produca *aliunde*. In tali eventualità svolge un ruolo essenziale la disposizione contenuta nell'art. 4 n. 7 lett. a) della decisione quadro, a detta della Corte non valorizzata dal legislatore tedesco come strumento di ponderazione delle confliggenti esigenze di repressione e garanzia emergenti in simili specie.

Lacune che la Corte ravvisa anche in ordine alla mancata inserzione nel novero dei motivi ostativi alla consegna delle situazioni di litispendenza (art. 4 n. 2 della decisione quadro) o di archiviazione o definizione del giudizio nella fase delle indagini preliminari (art. 4 n. 3 della decisione quadro). Una proposizione che nel suo enunciato finale pare misconoscere la pronuncia emessa in data 11 febbraio 2003 con la quale la Corte di Giustizia delle Comunità europee estende l'art. 54 della Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen alle procedure di estinzione dell'azione penale disposte dal pubblico ministero a seguito dell'adempimento di talune obbligazioni da parte dell'imputato.⁷⁰ Che la legge tedesca escluda l'applicazione del *ne bis in idem* c.d. estradizionale in caso di ricorso alle procedure degli artt. 153-bis e 153, n. 1 della *Strafprozessordnung* è, del resto, affermazione che si infrange contro le esatte obiezioni sistematiche espresse nel *Sondervotum* dai giudici Lübke-Wolff e Gerhard. Gli stessi che imputano al *Bundesverfassungsgericht* di voler inviare, attraverso i moniti al legislatore tedesco, segnali "oscuri" e

⁷⁰ Cfr. CCCE, 11/11/2003, *Oberlandesgericht e Rechtbank van eerste aanleg c. Gözütok e Brügge*, in *Cp* 2003, 1688ss., con nota di SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo (Unione europea)*.

“ambigui” alla Corte di Giustizia, rinunciando ad una “collaborazione costruttiva” in forza di una monistica valutazione della prospettiva nazionale (§§ 159, 189).

Aleggia lo spettro di una *rentrée* della nota disputa tra le due corti che tocca il diapason con le note pronunce *Solange I* del 1973 e *Maastricht* di vent’anni successiva, quasi fosse già archiviato l’indirizzo espresso nel caso del *Bananen-Markordnung*.⁷¹ E non manca chi⁷² vi coglie delle avvisaglie nel *Görgülü-Beschluß*: ispirato nella ricostruzione dei rapporti tra ordinamenti al dualismo classico di marca triepeliana, il *Bundesverfassungsgericht* ammette la possibilità del giudice tedesco di discostarsi da una pronuncia delle Corte europea dei diritti dell’uomo laddove non riesca un’interpretazione metodologicamente sostenibile con le regole e la giurisprudenza della Cedu, e tale sia l’unica via per impedire una violazione dei diritti fondamentali.⁷³ L’operazione coinvolge fattispecie

⁷¹ Cfr.: BVerfGe 37, 271ss., ord. 29/5/1974 (*Solange I*); BVerfGe, 89, 115 ss, sent. 19/10/1993 (*Maastricht*); BVerfGe, 102, 147ss., sent. 7/7/2002 (*Bananen-Markordnung*) che evoca l’indirizzo già espresso in BVerfGe, 73, 339ss., ord. 22/10/1986 (*Solange II*).

⁷² WOELK, *Parlare a nuora perché suocera intenda*, cit., 166

⁷³ 2BVerfGe 1481/04 del 14/10/2004, in *JZ*, 2004, 1171ss. Su tale decisione si veda CREMER, *Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen*, in *EuGRZ*, 2004, 683ss.; PERNICE, *BverfG, EGMR und die rechtsgemeinschaft*, in *EuZWR*, 2004, 705; MAYER-LADEWIG, PETZOLD, *Die bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR*, in *NJW*, 2005, 15ss.; HARTWIG, *Much Ado about Human Rights: The federal Constitutional Court confronts the european court of human rights I and II*, in *German Law Journal*, 5, 2005, KLEIN, *Anmerkung*, in *JZ*, 2005, 1176. In lingua italiana si veda: PALERMO, *Il Bundesverfassungsgericht e la teoria selettiva dei controlimiti*, in *QuadC*, 2005, 181ss.; ALESS. DI MARTINO, *L’efficacia delle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo nel diritto tedesco: il significato del Görgülü- Beschluß per una tutela multilivello dei diritti*, *DPCE*, 2006, 911ss. che opportunamente sottolinea come il Tribunale costituzionale faccia slittare “i termini del problema (dai limiti) della *res iudicata* della sentenza europea all’efficacia in generale della giurisprudenza di Strasburgo nel diritto tedesco, modificando [...] lo stesso *thema decidendum*”.

convergenti in quelle “relazioni multipolari di diritti fondamentali” reperibili in particolare nel diritto privato, e suscettibili di dar luogo ad un “sistema parziale del diritto interno e bilanciato nelle conseguenze giuridiche” E’ il caso del diritto di famiglia, degli stranieri e della personalità. Riferimento, quest’ultimo, che svela il risentimento covato dal Tribunale costituzionale tedesco nei confronti della Corte europea dei diritti dell’uomo per la nota vicenda *Von Hannover c. Germania*.⁷⁴

Anche in tal caso si assiste, allora, a quella che i filosofi chiamano l’eterogenesi dei fini o astuzia della ragione. Il *Bundesverfassungsgericht* parla ad organi nazionali (legislatore o giudici) perché le Corti intendano. Non è, forse, casuale che la pronuncia sulla legge di attuazione del mandato di arresto europeo segua di soli 32 giorni la sentenza sul caso Pupino con la quale si afferma l’obbligo del giudice nazionale di interpretare le norme interne secondo la lettera e lo scopo delle decisioni quadro.⁷⁵ Ne sembrano tener conto, ad esempio, le prime pronunce della Corte di Cassazione italiana relative all’art. 17, comma 4 della legge di attuazione della decisione quadro sul mandato di arresto, che limitano la verifica dei gravi indizi di colpevolezza all’accertamento dell’esistenza di un “compendio indiziario che l’autorità giudiziaria

⁷⁴ Si veda Corte europea dei diritti dell’uomo, 24 giugno 2004, n. 59329/00, che risolve il contrasto tra diritto alla riservatezza e diritto alla cronaca in modo difforme rispetto a 1 BVerfGE 758/97 ordinanza del 26 aprile 2001. Identica opinione a quella da noi espressa è sostenuta da: CREMER, *op. cit.*, 683; HARTWIG, *op. cit.*, 5; PALERMO, *op. cit.*, 182; ALESS. DI MARTINO, *op. cit.*, 925.

⁷⁵ Cfr. CGCE, 16/6/2005, C-105, Pupino, in *DPP*, 1178ss. Sugli effetti della sentenza Pupino, si veda: FABBRICATORE, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell’efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *DPP*, 2006, 640ss.; MANES, *L’incidenza delle decisioni quadro sull’interpretazione in materia penale: Profili di diritto sostanziale*, in *Cp*, 2006, 1150ss.; APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell’Unione europea dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Pupino in materia di incidente probatorio*, *ivi*, 1165ss.

emittente ha ritenuto seriamente evocativo di un fatto reato commesso dalla persona di cui si chiede la consegna”.⁷⁶ L’esegesi conforme al diritto comunitario parrebbe preludere al riconoscimento di ipotesi di *Drittwirkung* di atti del Terzo pilastro. La soluzione adottata segnala, invero, l’attuale prevalenza epistemologica dell’arsene ermeneutico, meglio confacente per duttilità ed efficacia al nuovo sistema giuridico europeo. Un ordine dagli stilemi medioevali, esposto, come si dirà in seguito, al rischio che la tirannia del diritto vivente soverchi l’intero sistema, come suggerisce un’analisi disincantata della giurisprudenza più o meno recente. La conformità alle fonti derivanti da organismi sopranazionali deve incontrare, al contrario, fisiologiche barriere nei casi in cui si corra l’alea di una lesione alle travi che reggono l’intero ordito giuridico. Una resistenza che, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, non somiglia più, se non mossa da ragioni di mera autarchia giuridico-politica, alla ribellione di Prometeo agli dei. Le garanzie giuridiche (soggettive ed oggettive) non sono esclusivo appannaggio di alcuno ma l’oggetto di un necessario esercizio dialettico finalizzato alla definizione delle eventuali gerarchie assiologiche.⁷⁷

⁷⁶ Cfr., Cass. sez. fer., 13 settembre 2005, Hussain Osman; Cass. VI, 23 settembre 2005, Ilie Petre. Su tali pronunce si veda: SELVAGGI, *Mandato di arresto europeo e gravi indizi di colpevolezza*, in *CP*, 2005, 3769ss.; APRILE, *Note a margine delle prime pronunce della Cassazione in tema di mandato di arresto europeo: dubbi esegetici e tentativi di sistemazione logico sistematica della materia*, *ivi*, 2006, 2516ss.

⁷⁷ Sulla nozione di gerarchia assiologia cfr., per tutti, GUASTINI, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, 1993, 42ss. Sul rapporto tra valori, principi ed attività ermeneutica si veda, in ultimo, la recente raccolta di scritti contenuta in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2005, dedicato al tema “Valori, principi, regole”, ed in particolare ai lavori di VIOLA, *Conflitto di identità e conflitti di valori*, 61ss.; ALEXY, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, 97ss.; HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L’esempio della dignità umana*, 125ss.; BONGIOVANNI, *Principi come valori o*

Alla luce di tali riflessioni si comprende come l'edificio giuridico europeo costituisca un *humus* assai fertile per antiche e nuove istanze di tutela dei diritti fondamentali. Questi non costituiscono costanti ontologiche, ma risultano al contrario entità ontiche dipendenti dal momento storico. Necessaria allora un'opera di costante manutenzione del loro catalogo, in cui convergono situazioni giuridiche soggettive di marca processuale un tempo aliene a compilazioni di tal fatta. E' il caso del principio del *ne bis in idem* il cui valore è per alcuni ordinamenti continentali acquisizione relativamente recente. Nella dimensione transnazionale europea la regola *de qua* emerge neppure quarant'anni orsono ancora per opera della giurisprudenza ad ulteriore conferma di come le palingenesi giuridiche coincidano talora con un singolare eterno ritorno.⁷⁸

come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale, 177ss.; DE CARVALHO DANTAS, *Un approccio alla dinamica dell'applicazione di regole e principi*, 209ss.; COSTANZO, *L'ingranaggio normativo*, 219ss.; BERTI, *Ermeneutica e processualità nella trasformazione dei principi e dei valori universali in regole degli ordinamenti positivi*, 255ss.; SALDAÒA, *Regole e principi. L'origine e il contenuto morale dei principi giuridici delle regulae iuris*, 305ss. Cfr., inoltre, VIOLA, *Regole e principi*, in VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, 1999, 366ss., cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁷⁸ Cfr., CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, 1954, 410 ss., 453 ss.; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, 1979, 41-65; GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, 1995, 29 ss., 223 ss.; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, 2001, 15ss, 43ss., 71ss.; ID., *Unità giuridica europea: un Medioevo prossimo futuro*, in *Quaderni fiorentini* (2002), n. 31, 2003, 29 ss.; RIONDATO, *Sull'arcipelago neo-medievale del diritto penale della Comunità e dell'Unione europea. In margine al Corpus Juris per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione*, in PICOTTI, (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, 1999, 97 ss., 102 ss.; DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione di diritto penale economico*, in CP, 2003, 1816ss.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, 2004, 154ss. V. anche retro § 3.1, in fine.

L'occasione dell'intervento è offerta dalla instaurazione in ordine al medesimo fatto di plurimi procedimenti amministrativi diretti a punire pratiche restrittive della concorrenza:⁷⁹ materia extrapenale, dunque, ma ugualmente rilevante per la nostra ricerca. Viene negata l'operatività del principio del *ne bis in idem* tra ordinamenti distinti, ma è asserzione che piuttosto che costituire l'esito di disquisizioni di teoria generale mira a conservare la pretesa punitiva della Comunità in un caso in cui sia il procedimento interno ad essere previamente definito. Situazione che non impedisce alla Corte di esigere una conformità del giudicato interno al *decisum* della Commissione imposta dal c.d. effetto utile che si pone a salvaguardia della *primauté* comunitaria. Residua un'unica concessione dal sapore garantistico che consta nell'imputazione della sanzione precedentemente inflitta alla successiva, al pari di quanto previsto, ad esempio, dall'art. 138 c.p. italiano. Una regola spesso resa dalle letterature scientifiche con l'aulico sintagma *ne bis in idem* esecutivo, di cui, al contrario dell'omologo c.d. processuale, si riconosce oramai la valenza di regola di diritto internazionale generalmente riconosciuta. Non così per l'avvocato generale nella lite *Boenringer Mannheim c. Commissione*, che nelle sue conclusioni dubita persino dell'esistenza di un criterio di imputazione valevole anche nel settore delle sanzioni amministrative.⁸⁰

⁷⁹ Si veda, Corte di giustizia delle Comunità europee, 13 febbraio 1969, in causa 14/68 *Walt Wilhelm c. Bundeskartellamt*, reperibile all'indirizzo <http://www.curia.europa.eu>. Su tale pronuncia si veda: SCHEMERS, *Non bis in idem*, in *Du droit international au droit de l'integration*, 1987, 606, 609; COLETTE-BASECOZ, *Une conséquence de la nature pénale au niveau des garanties procédurales: l'application du principe ne bis in idem*, in TULKENS, BOSLY, *La justice et l'Europe: travaux du XVI journées d'études juridiques organisées par le département de criminologie et de droit pénal*, 1996, 466ss.; SCHEMERS, *Non bis in idem*, in *Du droit international au droit de l'integration*, 1987, 606, 609.

⁸⁰ Vedi le conclusioni dell'Avvocato generale MAYRAS in c. 45/69, 15 luglio 1970, *Boenringer Mannheim c. Commissione*, in *Raccolta* 1972, 1281ss.

Il paradigma muta nel settore penale dove la regola del *ne bis in idem* trova progressiva affermazione per opera del diritto internazionale pattizio. Le convenzioni involgono in specie il c.d. *ne bis in idem* estradizionale, oggetto di precipuo approfondimento nel prosieguo della ricerca. Qui la trattazione intende, viceversa, vertere sulle ipotesi di riconoscimento dell'efficacia preclusiva di un *dictum* giudiziale statuale in diverso ordinamento giuridico. Situazioni sorrette da più vigorosa componente effettuale, in quanto realmente idonee ed inibire l'esercizio di una nuova azione in ordine ad una vicenda penale che passata attraverso il prisma del giudizio operato da altra giurisdizione ha già acquisito il proprio predicato di giuridicità. Questa ripone il proprio carattere eidetico proprio nell'efficacia giuridica⁸¹ che, nel caso di un fatto penalmente rilevante, non può apprezzarsi se non in funzione dell'accertamento giudiziale, "termine medio, che si frappone tra la immagine esangue calata nella norma e l'atto precettivo, rivestito di una sua concreta dimensione, con cui è definito in termini di diritto il caso singolo *hic et nunc* determinato".⁸²

L'esigenza di conferire valore *ultra limes* al giudicato trova sostegno in importanti sedi istituzionali. Già nel marzo 1984, il Parlamento europeo approva una risoluzione avente ad oggetto l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'interno della Comunità europea.⁸³ La regola, si legge nella motivazione ad essa allegata, "poggia su due presupposti tra loro fondamentali, [...], la libertà individuale da un lato e, dall'altro, la *vis rei judicatae*

⁸¹ *Retro* § 4. Cfr., inoltre, FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, 1941, 13ss., 19, ID., "Efficacia giuridica", in *ED*, XIV, 1965, 435.

⁸² Così CORDERO, *Il giudizio d'onore*, 1959, 235, nt. 66.

⁸³ Risoluzione del 16 marzo 1984, in *GUCE*, n. C 104 del 16 aprile 1984, 133ss., originata dal noto caso "Barletta", emigrante italiano condannato sia in Germania che in Italia per uxoricidio. Sulla vicenda: PISANI, *Dal Parlamento europeo: verso il ne bis in idem internazionale*, in *Ip*, 1984, 602ss.

come elemento di pace sociale”. Si riconosce come casi indefinitamente giudicabili mutino la lite in un focolaio cronico, intollerabile per alcun corpo sociale.⁸⁴ Del pari si celebra la peculiare valenza garantistica del principio del *ne bis in idem*, espediente finalizzato a sottrarre l’individuo ad una “teoricamente illimitata possibilità di persecuzione penale e, quindi, all’arbitrio incondizionato dell’organo punitivo”,⁸⁵ quale che sia la sua giurisdizione di appartenenza. Rivivono così elaborazioni di chiara matrice illuministica recepiti già della letteratura giuridica del XIX secolo, e fatti propri dall’Istituto di diritto internazionale penale che in una sua risoluzione espressa nella sessione di Monaco di Baviera del 1883 auspica un’estesa applicazione della regola *de qua*.⁸⁶ Desiderio espresso poco più di cento anni più tardi dal Parlamento europeo, che a tal fine, invita i Paesi membri ad una rapida ratifica delle convenzione in materia elaborate dal Consiglio d’Europa.

Tra queste occorre soffermare l’indagine sull’atto relativo alla validità internazionale dei giudizi repressivi, datato 1970, e sull’omologo inerente al trasferimento delle cause penali di due anni successivo.⁸⁷ Il primo racchiude la materia nella sua Parte III – sezione 1 (art. 53-55), fornendo una disciplina, emendabile in molte sue parti, ma comunque da apprezzare per l’epoca della sua redazione. Si prevede l’impossibilità di un nuovo giudizio per lo stesso fatto già oggetto di un “giudizio penale europeo”, inteso dall’art. 1, comma 1, lett. a) come ogni decisione finale emessa

⁸⁴ CORDERO, *Riti e sapienza*, cit., 604-605.

⁸⁵ DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, 1963, 90, nt. 34.

⁸⁶ Si veda la risoluzione dell’istituto di diritto penale datata 7 settembre 1883 in *Annuaire de l’Institut de droit international*, VII, 1883-1885, 158.

⁸⁷ Cfr. Convenzione europea sulla validità internazionali dei giudicati penali firmata a l’Aja il 28 maggio 1978 ed entrata in vigore il 26 luglio 1974; Convenzione sul trasferimento delle procedure penali aperta alla firma a Strasburgo il 15 maggio 1972 ed entrata in vigore il 30 marzo 1978.

da un giudice penale di uno Stato parte della convenzione, così definita secondo il proprio diritto interno. L'effetto preclusivo discende da ogni pronuncia di assoluzione o di condanna, purchè in quest'ultimo caso la sanzione sia stata eseguita o sia in corso di esecuzione, oppure non sia stata scontata per l'intervento di un provvedimento di grazia o amnistia o per prescrizione della pena. Nient'affatto prive di rilievo le eccezioni previste che inficiano di certo l'effettività della disposizione: il *bis in idem* è ammesso laddove l'imputato o la persona offesa sia un soggetto pubblico, o pubblico sia il bene oggetto della lesione. Locuzione che sostituisce la più generale formula "atti diretti contro l'interesse dello Stato", reputata troppo comprensiva e vaga, perché idonea, ad esempio, a comprendere "le offese contro un gran numero di disposizioni relative al commercio previste nella legislazione speciale nazionale".⁸⁸ Non risulta inoltre obbligato a riconoscere il giudicato straniero lo Stato nel cui territorio trovi sede il *locus commissi delicti*, salvo che abbia già chiesto il trasferimento del procedimento. A queste deroghe si aggiunga le possibilità per lo Stato membro di apporre riserva ai sensi dell'art. 61, comma 1 della Convenzione, escludendo l'applicazione di una delle due sezioni della Parte III (All. 1 lett. f). Il riconoscimento della preclusione da giudicato straniero sarebbe ancora una chimera se dipendesse da tale strumento normativo, vigente da 32 anni ma ratificato da soli 19 paesi su 46.

Apparente miglior fortuna pare conoscere la convenzione relativa al trasferimento delle procedura penali, che dal 1978 conta 23 ratifiche. Mancano al pari della precedente le adesioni degli Stati principali, ancora riluttanti ad abdicare all'esercizio della proprie pretese punitive in favore di altro Paese dotato di *Stellvertrede Strafrechtsplege*. La sentenza penale da questo

⁸⁸ Si veda l' *Explanatory Report*, consultabile in www.conventions.coe.int, 50.

emessa termina per spiegare efficacia preclusiva come previsto dalla disciplina contenuta nella Parte V del Trattato (artt. 35-36), del tutto identica, in parte *de qua*, alle già esplorate disposizioni della convenzione del 1970, salvi i peculiari vincoli per lo Stato richiedente la *poursuite*.⁸⁹ Vi si aggiunge un ulteriore elemento di stringente attualità consistente nella predisposizione di congegni di attribuzione esclusiva della competenza giurisdizionale finalizzati a prevenire il concorso di decisioni provenienti da Paesi differenti. Una congerie di meccanismi limitata come di frequente⁹⁰ ai soli conflitti positivi di giurisdizione. Si consente allo Stato competente di rinunciare o desistere dall'esercizio dell'azione penale, o trasmettere la *poursuite* in caso di contestuale esercizio dell'azione da parte di altro Paese membro della convenzione. In caso contrario, occorre instaurare un dialogo tra le parti finalizzato all'individuazione del competente esclusivo, avendo riguardo ai criteri fissati dall'art. 8. Nonostante lo scarso successo ottenuta merita encomio il tentativo di creazione di quelle "briglie dei cavalieri erranti",⁹¹ oggetto di taluni tra i principali sforzi della recente politica del diritto dell'Unione.

Non riscontrano notevole successo neppure le convenzioni stipulate tra Stati membri della Comunità sul modello degli accordi precedentemente esaminati. La più nota tra queste è di certo la

⁸⁹ Un esauriente esposizione dei tratti salienti della disciplina in esame può leggersi in GALANTINI, *Il ne bis in idem*, cit., 217 ss.

⁹⁰ Invero, il problema del coordinamento "si pone – nella sua dimensione generale collegata alla devoluzione ai singoli Stati della decisione se e come esercitare la propria *Strafbefugnis* - in termini identici – anche se non praticamente equipollenti, nel caso di conflitti negativi" così, di MARTINO, *La frontiera*, cit., 287, il quale cita ad esempio il caso Ocalan sul quale si veda: PISILLO MAZZESCHI, *Il caso Ocalan; A) Profili di diritto internazionale*, in *DPP*, 1999, 364ss.; ANTONINI: *Il caso Ocalan; B) profili di diritto interno*, ivi, 370ss.;

⁹¹ L'espressione è del di MARTINO, *La frontiera*, cit., 284, e si riferisce alla nota metafora del BRUSA, citata *retro* alla nt. 47.

convenzione relativa all'applicazione del principio del *ne bis in idem* datata 25 maggio 1987,⁹² il cui art. 1 stabilisce che “una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in uno stato membro non [possa] essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un altro Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in esecuzione attualmente o, secondo la legge dello stato di condanna non possa più essere eseguita”. L'ambito applicativo del divieto pare *prima facie* più esteso rispetto all'archetipo costituito dalla convenzione del 1970: manca un'indicazione tassativa dei casi di estinzione della pena che comporta, quindi, l'operare del principio “anche in ipotesi non rigidamente predeterminate”.⁹³ L'impressione trova conferma dalla disamina dell'art. 2 della Convenzione dedicato al vero *punctum dolens* della normativa di matrice internazionale. Si allude alla disciplina delle eccezioni che la disposizione in esame subordina alla previa dichiarazione degli Stati da presentare in sede di ratifica, accettazione o approvazione della convenzione. Si predilige un'opzione diversa da quella accolta nell'art. 53 della Convenzione del 1970, non priva di effetti di rilievo. Si pensi all'impossibilità per uno Stato di avanzare nuove eccezioni, pur

⁹² Sulla convenzione di Bruxelles (il cui ordine di esecuzione è contenuto nella l. 16 ottobre 1989, n. 350, in G.U. n. 253 del 28 ottobre 1989) si veda: GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, 1989, 30ss.; GIARDA, *Inaugurata la stagione delle novellae al codex di p.p.*, in *Cg.*, 1990, 16ss.; ESPOSITO, *Gli effetti internazionali*, cit., 1992, 472ss.

⁹³ Così AMALFITANO, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *Rdipp*, 2002, 947, secondo la quale il richiamo generico alla legge dello Stato di condanna “testimonia una maggior fiducia nei confronti dei sistemi stranieri e [...] può considerarsi, quindi, la prima espressione di apertura al principio del mutuo riconoscimento delle legislazioni penali degli Stati membri, sia pur ancora a livello embrionale”.

se motivate dalla logica della reciprocità. L'innovazione sembra inoltre funzionale ad un'esigenza di certezza del diritto soddisfatta dalla preventiva determinazione delle eccezioni, meglio formulate, tra l'altro, rispetto al testo della convenzione sulla validità internazionale dei giudizi repressivi. Si prevede, *in primis*, che lo Stato possa dirsi non vincolato dalla regola del comma 1 nel caso in cui i fatti oggetto della sentenza straniera siano avvenuti in tutto o in parte sul proprio territorio. Al contrario, laddove il fatto abbia dimensione transnazionale, il divieto del *ne bis in idem* non risulta derogabile. Può invece ugualmente procedersi nel caso di reati contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali dello Stato membro individuati da questo con apposita dichiarazione (sono tali, secondo l'art. 3, comma 2 della l. 16 ottobre 1989, n. 350, i delitti contro la personalità dello Stato), o di reati commessi da un pubblico ufficiale di tal Stato membro in violazione dei propri doveri di ufficio. Chiude l'articolo 2 la previsione del comma 4 che esclude l'applicazione delle eccezioni dove il Paese che intenda avvalersene abbia richiesto l'instaurazione del procedimento nello Stato di condanna o abbia ad esso concesso l'extradizione della persona imputata.⁹⁴ Di rilievo, infine, la disposizione contenuta nell'art. 4 dove si allestisce un sistema di scambio di informazioni finalizzato ad evitare inopportune duplicazione del medesimo processo.

L'atto normativo *in tabula* rappresenta pertanto un'evoluzione significativa nonostante l'esiguo numero di ratifiche intervenute che ne ha impedito l'entrata in vigore. Secondo l'art. 6 § 3 lo strumento si applica però nella relazioni tra Stati *partners* che lo

⁹⁴ Su tali previsioni si veda GRASSO, *La cooperazione penale in materia penale tra gli Stati membri delle Comunità europee*, in *FI*, 1987, IV, 462.

abbiano consentito con apposita dichiarazione.⁹⁵ Risultato comunque importante se si pensa anche alla minor fortuna che la sorte riserva ad altre due delle cinque convenzioni stipulate nel corso del Consiglio europeo del 1987, del pari contenenti normative in tema di *ne bis in idem*. L'accordo tra Stati membri sul trasferimento dei procedimenti penali e la convenzione sull'esecuzione delle sentenze di condanna straniera sono da tempo lettera morta senza speranza alcuna di risuscitare.⁹⁶ Neppure l'Italia, tradizionalmente proclive all'ingresso nel proprio ordinamento di fonti di matrice internazionale, non si adopra mai per la ratifica di tali convenzioni.

⁹⁵ Tra questi Italia, Danimarca, Francia, Germania, Olanda, Austria, Belgio, Irlanda, Portogallo: un cospicuo numero di importanti Paesi del continente europeo vincolati ai precetti qui succintamente esposti, pur con significative riserve (le si legga in PISANI-MOSCONI-VIGONI, *Codice delle convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, 2004, 974ss.). Cfr., Cass. V, 16 marzo 1993, Alfonsetti, che dichiara l'inapplicabilità *pro tempore* della convenzione nei rapporti tra Italia e Germania, aderente alla convenzione solo il 14 dicembre 1998.

⁹⁶ Il primo degli accordi menzionati è stipulato a Roma il 6 novembre 1990 e risulta ratificato dalla Francia (3 maggio 1993) e dal Portogallo (11 ottobre 1995). La seconda convenzione è firmata a Bruxelles il 13 novembre 1991 e ratificata da Germania (10 settembre 1997), Olanda (17 novembre 1993) e Svezia (9 febbraio 1994). Il testo di tali atti può leggersi in PISANI-MOSCONI-VIGONI, *op. cit.*, 983ss., 989ss.