



ULTIMI MATERIALI INSERITI →

NOVITA' LEGISLATIVE E GIURISPRUDENZIALI →

OSSERVATORIO SOVRANAZIONALE →

PAPERS →

OTHER LANGUAGES →

5 Luglio 2016

Nuova pronuncia della Corte di giustizia sul ne bis in idem: un chiarimento sulla nozione di "sentenza definitiva" e un'occasione persa per definire lo status delle riserve ex art. 55 CAAS

Nota a CGUE, Grande Sezione, 29 giugno 2016, Kossowski, C-486/14

[Pietro Bernardoni]

Per leggere il testo della sentenza in commento, [clicca qui](#).Per leggere il testo delle conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale Yves Bot, [clicca qui](#).

1. Con la recentissima sentenza in esame, la Corte di giustizia si confronta con un duplice quesito, proposto dal Tribunale regionale superiore di Amburgo (*Hanseatisches Oberlandsgericht*), in merito al *ne bis in idem* disciplinato dagli artt. 54 e 55 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (CAAS) e dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (CDFUE).

In particolare: con la prima questione il giudice del rinvio chiede alla Corte di pronunciarsi sulla **persistente validità delle riserve** apposte dagli Stati ai sensi dell'art. 55 par. 1 lett. a) CAAS a seguito dell'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione e alla luce dell'art. 52 della Carta. Con la seconda, egli sottopone alla Corte una domanda circa la **nozione di "sentenza definitiva" ai sensi degli artt. 54 CAAS e 50 CDFUE**.

2. Prima di inoltrarci in una breve analisi della decisione, è opportuno ricostruire i **fatti** oggetto del procedimento principale.

Al sig. Kossowski viene contestata dalla Procura di Amburgo un'estorsione aggravata ai fini di rapina, commessa in Amburgo il 2 ottobre 2005. Il procedimento da cui scaturisce il rinvio pregiudiziale, però, aveva avuto inizio solo nel marzo del 2014, in quanto poco dopo il fatto l'accusato era fuggito in Polonia, dove era stato arrestato in esecuzione di una condanna precedentemente pronunciata nei suoi confronti da un giudice polacco. Il p.m. distrettuale di Kołobrzeg aveva altresì iniziato un procedimento istruttorio a titolo di estorsione aggravata per i fatti del 2 ottobre 2005, nel corso del quale aveva chiesto alla Procura di Amburgo di trasmettere copia del fascicolo delle indagini, trasmissione poi avvenuta nell'agosto 2006.

A causa della carenza di elementi di prova, nel 2008 il p.m. distrettuale di Kołobrzeg aveva chiuso il procedimento con un **provvedimento di archiviazione**, nella cui motivazione aveva evidenziato come le dichiarazioni dell'accusato fossero insufficienti per sostenere l'accusa in giudizio, oltre che parzialmente imprecise e contraddittorie, sottolineando come non fosse stato possibile verificarle dal momento che la vittima e l'unico testimone risiedevano in Germania.

Tale decisione era stata comunicata alla procura di Amburgo, la quale aveva emesso un mandato di arresto europeo nei confronti del Kossowski, alla cui esecuzione le autorità polacche avevano però opposto un rifiuto proprio sulla base della decisione di archiviazione del p.m. di Kołobrzeg, ormai definitiva ai sensi della legge polacca[1].

Nel febbraio 2014 il sig. Kossowski era stato arrestato a Berlino. Il p.m. di Amburgo ne aveva quindi chiesto il rinvio a giudizio per il fatto del 2005, ma la sua richiesta era stata rigettata sulla base dell'art. 54 CAAS, da parte del Tribunale regionale di Amburgo, che aveva anche revocato il m.a.e. a carico del Kossowski ponendo fine alla sua custodia cautelare. Il p.m. aveva tuttavia proposto appello contro tale decisione davanti all'*Hanseatisches Oberlandesgericht* di Amburgo, che aveva quindi formulato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia che è all'origine della presente sentenza..

3. Due, dunque, i quesiti sottoposti alla Corte di giustizia dall'*Oberlandsgericht*:

Scienza

Economia

Società

Documenti correlati

16 Maggio 2016 | Francesco Viganò

Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni

27 Novembre 2015 | Irene Gittardi
Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU

28 Settembre 2015 | Francesco Viganò

Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia

8 Maggio 2015 | Marco Scoletta
Omesso versamento delle ritenute d'imposta e violazione del ne bis in idem: la Corte di Giustizia dichiara la propria incompetenza

5 Febbraio 2015 | Giulia Giacomelli
Ne bis in idem profiles in EU criminal law (TESI DI LAUREA)

30 Giugno 2014 | Francesco Viganò

Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)

23 Giugno 2014 |
Il principio del ne bis in idem tra giurisprudenza europea e diritto interno (sentenza Corte Edu del 4 marzo 2014, Grande Stevens c/Italia)

29 Maggio 2014 |
La relazione dell'Ufficio del Massimario della Cassazione sulle ricadute della sentenza della corte EDU Grande Stevens c. Italia in tema di ne bis in idem

28 Aprile 2014 | Donato Vozza
Non luogo a procedere e ne bis in idem nell'Unione europea: l'Avvocato Generale opta per il connubio

15 Aprile 2013 | Donato Vozza
I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea

1 Febbraio 2013 |



2015
 DIRITTO PENALE
 CONTEMPORANEO
 RIVISTA TRIMESTRALE

VAI ALLA RIVISTA

Materie:

reato e pene

delitti e contravvenzioni del c.p.

legislazione penale speciale

processo penale

processo penale minorile

ordinamento penitenziario

misure di prevenzione

giudice di pace

responsabilità degli enti

criminologia

- se le **riserve** formulate dagli Stati Membri ai sensi dell'art. 55 par. 1 lett. a) CAAS siano **ancora valide**, dopo l'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione, e se siano compatibili con gli artt. 50 e 52 della Carta.

- in caso di soluzione negativa della prima questione, **se il provvedimento emesso dal p.m. con cui si chiude l'istruttoria senza rinvio a giudizio costituisca "sentenza definitiva" idonea a fondare la preclusione del *ne bis in idem***, pur se con il provvedimento medesimo non siano state irrogate sanzioni e nel corso del procedimento non sia stata condotta un'istruzione approfondita.

La questione più interessante è certamente la prima, che per la prima volta pone la Corte di fronte al problema della persistente validità e compatibilità con il diritto UE delle riserve originariamente apposte al regime di Schengen[2]. Ed infatti è su tale questione che si concentra soprattutto l'Avvocato generale, il quale dedica ad essa ben 44 degli 84 punti di cui si compongono le sue Conclusioni.

Nonostante ciò, i giudici scelgono di invertire l'ordine delle questioni, e di analizzare dapprima la nozione di "sentenza definitiva". Tale strategia non è d'altronde illogica: dalla definizione di questo concetto infatti dipende la sussistenza del *bis* che fa scattare la preclusione di cui agli artt. 54 CAAS e 50 CDFUE; ove il *bis* non sussista, l'operatività o meno delle eccezioni risulta irrilevante.

4. La Corte muove dunque dal concetto di "**sentenza definitiva**" ai fini del *ne bis in idem*. Sul punto, la giurisprudenza della Corte è ormai consolidata, e ad essa fanno riferimento tanto l'A.G. quanto la Sentenza[3]. Tale giurisprudenza ha individuato un duplice criterio di definizione della nozione: da un lato si richiede che il provvedimento conclusivo del giudizio sia **definitivo ai sensi della legge nazionale**[4]; dall'altro, per evitare che l'applicazione troppo rigorosa del criterio formale possa portare a violazioni della *ratio* del principio, la Corte fa riferimento ad un criterio sostanziale, e richiede che il provvedimento conclusivo del primo procedimento contenga un "**esame condotto nel merito della causa**"[5].

La decisione in esame non si discosta dai criteri appena enunciati: dopo aver verificato che, per il diritto polacco, "la decisione della procura distrettuale di Kołobrzeg che pone fine al procedimento penale estingue definitivamente l'azione penale"[6], **la Corte risolve il caso facendo leva sul criterio sostanziale**[7]. I giudici evidenziano ancora una volta come l'esigenza di una decisione che analizzi il merito della causa sia conforme alla *ratio* di evitare che il *ne bis in idem*, da strumento di garanzia della certezza del diritto e del diritto alla libera circolazione, si trasformi in un meccanismo idoneo a "proteggere un sospettato dall'eventualità di doversi sottoporre ad ulteriori accertamenti"[8]. Quindi, valutando la motivazione del provvedimento del p.m. polacco, i giudici sottolineano come **non si possa ritenere che nel corso del procedimento da questi svolto sia stato effettuato un esame del merito**: il provvedimento infatti dichiara il non luogo a procedere sulla base di una situazione di insufficienza probatoria, la quale deriva semplicemente dalle deposizioni incomplete e parzialmente contraddittorie dell'imputato, senza che fossero stati sentiti la vittima e l'unico testimone noto del fatto o che fosse stata svolta "un'istruzione più approfondita al fine di raccogliere ed esaminare elementi di prova"[9]. Pertanto, la Corte si pronuncia per la non definitività del provvedimento conclusivo del primo giudizio e ritiene di conseguenza che **non operi il principio del *ne bis in idem***.

5. A questo punto non è più necessaria la soluzione della prima questione pregiudiziale, che resta così priva di risposta.

Il che spiace, perché la **questione dei rapporti tra artt. 54 e 55 CAAS e art. 50 della Carta di Nizza-Strasburgo** rappresentava il tema di maggior rilievo sistematico sottoposto al vaglio dei giudici europei nel caso di specie. Una questione, del resto, che non è affatto sconosciuta alle giurisprudenze nazionali, e che è stata oggetto di attenzione da parte della dottrina[10].

5.1 Cerchiamo di ricostruire i termini essenziali del problema.

Con l'integrazione dell'*acquis* di Schengen nel diritto UE (Trattato di Amsterdam) e l'attribuzione alla Carta dello "stesso valore giuridico dei Trattati" (Art. 6 TUE come modificato dal Trattato di Lisbona), la CAAS e la Carta sono entrate a far parte del medesimo ordinamento giuridico a due gradi diversi dello stesso. La **Carta**, infatti, costituisce **diritto primario** dell'Unione, mentre la **Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen** fa parte del **diritto derivato**; da ciò consegue che **le disposizioni della prima sono parametro di legittimità delle norme contenute nella seconda**.

Dal confronto degli artt. 54 ss. CAAS con l'art. 50 della Carta emergono una serie di **differenze**; i primi infatti sono più specifici, e di conseguenza di applicazione più limitata[11]: operano solo tra gli Stati

Sentenza di non luogo a procedere e ne bis in idem

25 Ottobre 2012 | Paolo De Martino
Una peculiare applicazione del canone del ne bis in idem nella fase esecutiva

14 Settembre 2012 |
Ancora su estradizione e ne bis in idem

3 Maggio 2012 | Donato Vozza
Verso un nuovo del ne bis in idem internazionale nell'Unione Europea?

17 Gennaio 2012 |
Il ne bis in idem tra accordi di Schengen e art. 50 della Carta dei diritti fondamentali: una importante sentenza del Tribunale di Milano sulla diretta applicabilità della CDFUE

22 Febbraio 2011 | Novella Galantini
Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive

13 Gennaio 2011 |
Trib. Reggio Calabria, sez. I, 13.1.2011 (dep. 11.2.2011), Pres. Costabile, Est.. Minniti (sull'inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore, nonché sul ne bis in idem a livello comunitario)

Membri e non anche all'interno del singolo Stato, richiedono il requisito dell'esecuzione-inseguibilità della sentenza definitiva di condanna[12], consentono deroghe più ampie. All'opposto, la Carta sembrerebbe proporre una nozione più restrittiva di *idem factum*, facendo riferimento al concetto di "reato" invece che ai "medesimi fatti"[13].

In ogni caso, l'**ampiezza delle deroghe consentite** al principio costituisce certamente la questione su cui si registrano le maggiori divergenze interpretative. L'**art. 55 par. 1 lett. a) CAAS** consente, in particolare, ad uno Stato firmatario della Convenzione stessa di escludere l'operatività dell'art. 54 "quando i **fatti** oggetto della sentenza sono **avvenuti nel suo territorio in tutto o in parte**"[14]. L'esclusione però non può operare qualora i fatti siano avvenuti in parte nel territorio dello Stato in cui è stata pronunciata la prima sentenza[15].

Ora, non è chiaro se l'incorporazione dell'*acquis* di Schengen abbia comportato l'automatica inclusione nel diritto UE anche delle riserve operate in precedenza, così come non è chiaro come si relazionino tra loro l'art. 55 CAAS (che consente di derogare all'art. 54) e l'art. 52 par. 1 della Carta (che disciplina il regime delle limitazioni consentite ai diritti fondamentali garantiti dalla stessa, tra cui il *ne bis in idem* ex art. 50), tenendo presente che quest'ultimo prevale sul precedente in quanto diritto primario.

5.2 Sul punto, particolarmente interessanti appaiono le considerazioni dell'Avvocato Generale Bot, sulle quali la Corte - come si è detto - non ha preso posizione, ma che conviene qui rapidamente ripercorrere.

Punto di partenza delle sue considerazioni è che dall'integrazione dell'*acquis* di Schengen operata con il trattato di Amsterdam discenderebbe l'**incorporazione nel diritto dell'Unione anche delle riserve fondate sull'art. 55 CAAS[16]**, sicché **il problema da valutare risiederebbe esclusivamente nella compatibilità di queste ultime con le disposizioni della Carta[17]**.

Per valutare dunque la compatibilità dell'art. 55 CAAS con l'art. 50 CDFUE, l'A.G. analizza la *ratio* del divieto di secondo giudizio nel contesto dello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia"[18], la cui creazione rappresenta l'obiettivo perseguito dal legislatore europeo mediante l'integrazione della CAAS nel diritto dell'Unione. Egli afferma che in tale contesto **il *ne bis in idem* costituisce un aspetto del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie degli altri Stati Membri**, il quale rappresenta a sua volta il fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale. A detta dell'Avvocato Generale, la Corte di Giustizia con la sua giurisprudenza avrebbe trasformato il principio del mutuo riconoscimento (e con esso il *ne bis in idem*) nel **presupposto per la creazione di quella "fiducia reciproca"** necessaria all'istituzione e al mantenimento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia[19]. Se così è, l'**applicazione del principio di territorialità** della legge penale, consentita dalla riserva ex art. 55 par. 1 lett. a) della CAAS **avrebbe "l'effetto di svuotare del suo contenuto il principio del *ne bis in idem*"**. Pertanto tale riserva non sarebbe più compatibile con il diritto dell'Unione, e secondo l'A.G. "dev'essere dichiarata invalida"[20].

D'altra parte, l'A.G. si chiede se una riserva fondata sulla territorialità della legge penale, come quella qui discussa, sia "giustificata dalla **necessità di attribuire a siffatta riserva un effetto utile** che vada nel senso di soddisfare un interesse superiore che non costituisca un effetto contrario all'elaborazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia"[21].

Il governo tedesco, infatti, aveva prospettato in udienza la possibilità che la riserva ex art. 55 par. 1 lett. a) fosse necessaria sotto questo profilo: ad esempio, la Germania avrebbe dovuto poter invocare la riserva del principio di territorialità nel caso in cui un individuo di nazionalità non tedesca, che avesse commesso in Germania un reato violento ispirato all'apologia del nazismo, fosse stato condannato nel suo paese di origine per tale reato, ma non per il delitto di apologia del nazismo, fattispecie tipica del solo diritto penale tedesco.

L'A.G. replica a tale argomento affermando che in un caso del genere si potrebbe ritenere che **non sussista l'elemento dell'*idem***, secondo l'interpretazione che ne fornisce la Corte[22]. In particolare egli fa leva sul concetto di "oggetto" dei fatti di reato, che considera lo strumento tecnico idoneo a differenziare sul piano fattuale la condotta violenta, che costituisce l'oggetto del reato già sanzionato, dal movente di apologia del nazismo, che è lo specifico oggetto del corrispondente reato[23].

Sulla base di tale ragionamento, l'A.G. conclude che **"la riserva di cui all'art. 55 par. 1 lett. a) della CAAS non è effettivamente più necessaria [...]** poiché [...] la giurisprudenza della Corte e la Carta consentono di garantire il rispetto della differenza sostanziale tra i reati"[24].

6. Certamente non è questa la sede per approfondire ulteriormente la

complessa questione del rapporto tra la Carta e la CAAS: resta solo il fatto che con la decisione in esame la Corte di Giustizia da un lato si mantiene nel solco della nozione autonoma di *ne bis in idem* che va costruendo da lungo tempo[25], ma dall'altro perde un'occasione per fare chiarezza sui limiti entro cui è consentito derogarvi. Al riguardo, la complessa argomentazione dell'Avvocato Generale va ad inserirsi nel dibattito aperto sul tema, ma non è certamente in grado di porre un punto fermo, come sarebbe invece avvenuto se la Corte si fosse pronunciata al riguardo.

[1] La pronuncia aveva ottenuto lo *status* di decisione definitiva a seguito del decorso del termine di sette giorni dalla notifica senza che fosse impugnata.

[2] Ad affermarlo è l'A.G. Yves Bot nel primo punto delle sue Conclusioni, presentate il 15 dicembre 2015.

[3] Entrambi richiamano prevalentemente decisioni piuttosto recenti, ma i principi che la Corte applica erano in effetti già contenuti in buona parte nella sent. CGUE, *Gözütok e Brügge*, C-187/01 e C-385/01, 11 febbraio 2003. Secondo B. Van Bockel, *The Ne Bis In Principle in EU Law*, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 157, tale pronuncia costituisce addirittura il primo caso di applicazione del *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 54 CAAS nonché il primo rinvio pregiudiziale relativo all'*acquis* di Schengen.

[4] CGUE, Sez. VI, *Turanský*, C-491/07, 22 dicembre 2008, parr. 36 e 40. In quel caso, si trattava di un provvedimento di archiviazione emesso da un organo di polizia, inidoneo ad ottenere lo *status* di cosa giudicata anche all'interno dello Stato Membro di riferimento (nel caso di specie, la Repubblica slovacca).

[5] Una prima affermazione "embrionale" di tale principio è già contenuta in CGUE, *Gözütok e Brügge*, cit., par. 29, dove la Corte afferma l'idoneità ex art. 54 CAAS di accordi stra-giudiziali definiti dal solo Pubblico Ministero ad estinguere il reato con effetti preclusivi ai fini del *ne bis in idem*; e questo in quanto una "procedura di tale tipo [...] colpisce il comportamento illecito contestato all'imputato". È solo con la sent. CGUE, sez. V, *Miraglia*, C-469/03, 10 marzo 2005, parr. 30-34, che il principio viene esplicitamente affermato e ne viene individuato il fondamento nella *ratio* dell'art. 54 CAAS.

[6] Par. 36 della Sentenza annotata.

[7] Possiamo segnalare come, nei punti 69 ss. delle Conclusioni, l'A.G. esprima delle considerazioni sostanzialmente analoghe a quelle effettuate dalla Corte in sede di decisione. Egli aggiunge un ulteriore argomento, fondato sull'esigenza di garantire i diritti fondamentali della vittima di reato, che non viene ripreso espressamente dalla Corte; si può forse ritenere che i giudici considerino tale garanzia un corollario implicito dell'esigenza di evitare che il *ne bis in idem* si trasformi in uno strumento di sostanziale impunità per l'accusato.

[8] Par. 45 della sentenza annotata; si veda inoltre il par. 47, dove la nozione di definitività della sentenza viene collegata, oltre che alla "necessità di garantire la libera circolazione delle persone", anche a quella di "promuovere la prevenzione della criminalità e di lottare contro quest'ultima all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

[9] Non sorprende che l'analisi della Grande Sezione si incentri sull'incompletezza dell'istruttoria: nella sent. CGUE, Sez. IV, *M*, C-398/12, 5 giugno 2014, infatti, la Corte si era trovata di fronte ad un caso molto simile, ma aveva deciso per l'operatività della preclusione ex art. 54 CAAS; dalla lettura della pronuncia si evince che l'idoneità a costituire "sentenza definitiva", ai sensi di tale norma, di un provvedimento di non luogo a procedere per insufficienza probatoria emesso da un p.m. dipende dal fatto che esso sia stato adottato a seguito di un'istruttoria completa ed approfondita.

[10] Si vedano, *ex multis*, le considerazioni svolte al riguardo in M. Castellaneta, *Sub art. 50 CDFUE*, in F. Pocar - M. C. Baruffi, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., Padova, 2014, p. 1785, e in A. Iermano, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato ex art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, in A. Di Stasi (a cura di), *Spazio europeo e diritti di giustizia*, Padova, 2014, pp. 308-312.

[11] C. Amalfitano, *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2012, fasc. 11, p. 3891: "La formulazione [dell'art. 50 della Carta], diversamente da quella dei sopra citati articoli della CAAS, è più sintetica e "perentoria" e, di conseguenza, la sua portata appare decisamente più ampia". Tale affermazione viene ripresa in modo letterale in A. Iermano, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte*, cit., p. 309.

[12] Su tale aspetto dei rapporti tra l'art. 54 CAAS e l'art. 50 CDFUE si veda la sent. CGUE, Grande Sezione, *Zoran Spasic*, C-129/14 PPU, 27 maggio 2014, parr. 51 ss.

[13] Questa differenza terminologica non ha tuttavia impedito alla Corte di continuare a fare applicazione della nozione "storico-naturalistica" di *idem* elaborata nella giurisprudenza *Van Esbroek* in relazione all'art. 54 CAAS. Per un'analisi di tale nozione, si veda R. Calò, *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, fasc. III, pp. 1148 ss.;

[14] Facoltà esercitata, tra gli altri, da Germania e Italia.

[15] Di fatto, con questa clausola gli Stati sottoscrittori della CAAS hanno voluto conservare la possibilità di far salvo il principio di territorialità della legge penale. L'art. 55 prevede poi altre due ipotesi che possono essere coperte da riserva: b) i reati contro la sicurezza o contro altri interessi essenziali della Parte contraente che esercita la riserva e c) i reati commessi da pubblico ufficiale in violazione dei suoi doveri d'ufficio. Il par. 2 dell'art. 55 impone poi agli Stati che effettuino la dichiarazione di cui alla lettera b) di "precisare le categorie di reati per le quali tale eccezione può essere applicata".

[16] In dottrina, la medesima posizione si rinviene in J. Tomkin, *Sub art. 50*, in S. Peers - T. Hervey - S. Kennet - A. Ward (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, 2014, p. 1408; l'A., pur non esprimendosi sulla questione, inserisce l'art. 55 CAAS tra le "*Limitations and Derogations*" all'art. 50 della Carta, ammettendone così implicitamente la validità e la compatibilità con l'art. 50; nella stessa direzione sembra orientarsi anche S. Manacorda, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 177, il quale auspica al proposito una riforma dell'art. 11 c.p. al fine di rendere più evidenti i limiti che derivano alla giurisdizione penale italiana dagli obblighi internazionali.

[17] Su questo punto la giurisprudenza di merito italiana ha adottato una posizione differente: si vedano le sentenze G.i.p. Trib. Milano, 6 luglio 2011, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3889 ss e Trib. Reggio Calabria, Sez. I pen., 13 gennaio 2011, *Danila*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it. In esse, i giudici affermano la sopravvenuta inefficacia dell'art. 55 CAAS e fanno diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE; per l'analisi di tali decisioni, anche in senso critico, si vedano C. Amalfitano, *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. mer.*, 2012, fasc. 7-8; D. Voza, *Verso un "nuovo" volto del ne bis in idem internazionale nell'Unione europea?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, fasc. 2/2012, pp. 143 ss.; J. A. E. Vervaele, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, fasc. I, trad. a cura di A. Boldrini, pp. 59-62. Oltre a far riferimento alla sentenza milanese, Vervaele riporta anche una sentenza della Corte Suprema della Repubblica Ellenica (*Areopag*), del 9 giugno 2011, n. 1/2011, che, in seduta plenaria, ha raggiunto le medesime conclusioni del G.i.p. di Milano.

[18] Mantenendosi nel solco della giurisprudenza consolidata della Corte (CGUE, sez. II, *Van Esbroek*, C-436/04, 9 marzo 2006, par. 33; CGUE, *Van Straaten*, C-150/05, 28 settembre 2006, par. 57; par. 44 della Sentenza in esame), l'A.G. individua la *ratio* del *ne bis in idem* da un lato nella certezza del diritto e nella tutela del singolo dall'arbitrio persecutorio, dall'altro nella garanzia della libertà di circolazione.

[19] A sostegno della sua affermazione, l'A.G. riporta il punto 33 della sent. CGUE, *Gözütok e Brügge*, C-187/01 e C-385/01, 11 febbraio 2003.

[20] Entrambi i virgolettati sono contenuti nel punto 48 delle Conclusioni.

[21] Punto 49 delle Conclusioni. Parrebbe, ma questa parte delle Conclusioni non brilla per chiarezza, che l'A.G. intenda qui analizzare se la riserva ex art. 55 par. 1 lett. a) CAAS possa in qualche modo essere ricondotta nell'alveo dell'art. 52 par. 1 CDFUE. Quest'ultimo infatti consente di apporre "limitazioni all'esercizio dei diritti" garantiti dalla Carta ad una serie di condizioni: 1) espressa previsione legislativa; 2) rispetto del contenuto essenziale dei diritti stessi; 3) perseguimento di "finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione" o dell'"esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui"; 4) necessità della riserva per il perseguimento di detto scopo; 5) proporzionalità della limitazione al fine perseguito.

[22] In particolare, l'A.G. richiama le sentenze CGUE, *Kraaijenbrink*, C-367/05, 18 luglio 2007 e CGUE, *Mantello*, C-261/09, 16 novembre 2010. In particolare, in *Kraaijenbrink*, parr. 26-27, la Corte afferma: "l'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'art. 54 CAAS è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro. Per determinare se esista un tale insieme di circostanze concrete, i giudici nazionali competenti devono accertare se i fatti materiali dei due procedimenti costituiscano un insieme di fatti inscindibilmente collegati del tempo, nello spazio, nonché *per oggetto*" [corsivo aggiunto].

[23] In realtà, sembra che l'A.G. operi un'interpretazione del concetto di *idem* non in linea con quella della Corte di Giustizia e, a partire dal caso *Zolotukhin*, anche della Corte EDU. Egli infatti argomenta la sua tesi facendo riferimento al criterio "storico-naturalistico" dell'identità dei fatti materiali (punto 55), ma poi afferma che valorizzando l'elemento dell'"oggetto" del reato è possibile ritenere "fatto diverso" dal comportamento violento il movente che spinge l'autore del comportamento stesso (punti 61-63). Nel caso CGUE, *Kraaijenbrink*, C-367/05, 18 luglio 2007, che è l'unico in cui compare il riferimento al criterio dell'unità dei fatti per tempo, spazio e oggetto, tale elemento serviva a valutare la sussistenza dell'*idem* in relazione al caso di più reati realizzati in esecuzione del medesimo disegno criminoso; l'A.G. al contrario lo utilizza per scindere un elemento del fatto - quello psicologico dello scopo perseguito dal suo autore - dagli altri che lo compongono. In questo modo però, in sostanza, finisce per tornare ad una definizione "giuridico-formale" del concetto di *idem*, fondata sul confronto tra fattispecie astratte, che si scontra frontalmente con lo sviluppo giurisprudenziale europeo degli ultimi anni e che contrasta con quell'obiettivo di "fiducia reciproca" tra ordinamenti che la CGUE intende realizzare anche mediante l'istituto del *ne bis in idem*.

[24] Punto 67 delle Conclusioni.

[25] Si veda ancora, al riguardo, G. De Amicis, *Il principio del ne bis in idem europeo nel contesto della cooperazione giudiziaria: primi orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Giur. mer.*, 2009, fasc. 12.

Allegato non disponibile



Condividi

Tweet



Lascia il tuo commento...

Aggiungi il tuo commento o trackback dal tuo sito.
Puoi anche iscriverti a questi commenti via RSS.

inserisci

[PROCESSI IN DIRETTA](#)

[TESI DI LAUREA](#)

[SCHEDE BIBLIOGRAFICHE](#)

[LINKS](#)

[AUTORI](#)

[Credits](#) | [Contatti](#) | [Webmaster](#) |



Subscribe to DPC

Via Serbelloni, 1 | 20122 MILANO (MI) | Telefono: 0289283000 | Fax: 0289283026 | redazione@penalecontemporaneo.it |
Editore Luca Santa Maria | Direttore Responsabile Francesco Viganò | Copyright © 2010 Diritto Penale Contemporaneo