

IL PRINCIPIO EUROPEO DEL *NE BIS IN IDEM* TRA DIMENSIONE INTERNA E INTERNAZIONALE

Brevi riflessioni alla luce della sentenza della Corte di giustizia Spasic

Nicola Recchia

ABSTRACT

Il contributo verte sul versante transnazionale del principio del *ne bis in idem*, andando ad analizzare la recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e, in particolare, la sentenza nel caso *Spasic*. Al centro dell'indagine è il rapporto tra la condizione di esecuzione di cui all'articolo 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Il *ne bis in idem* transnazionale nelle fonti eurounitarie. – 3. La questione della vigenza della c.d. condizione di esecuzione. – 4. La conformità dell'art. 54 della CAAS all'art. 52, par. 1° della Carta. – 5. La decisione della Corte di giustizia nel caso *Spasic*. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Introduzione.

Il principio del *ne bis in idem* rappresenta senza dubbio uno degli argomenti attualmente più dibattuti sia nella riflessione scientifica che nella prassi giudiziaria, soprattutto in conseguenza di alcune oramai note sentenze delle due Corti europee¹.

Invero, di recente, è stata molto esplorata dalla nostra dottrina la dimensione interna di tale principio, da tempo consacrata nell'ordinamento giuridico di molti Stati europei² e all'interno di fonti sovranazionali³, che attiene al divieto di un doppio procedimento penale per lo stesso fatto dinanzi alle autorità giudiziarie di un medesimo Stato. Meno centrale nel dibattito è stata la dimensione transnazionale del principio, che concerne sì il divieto di un doppio procedimento penale per il medesimo fatto, ma in questo caso dinanzi ad autorità giudiziarie di Stati diversi, nonostante in tempi recenti siano intervenute decisioni altrettanto importanti della Corte di giustizia del Lussemburgo⁴. Nel presente contributo, dunque, si vuole concentrare l'attenzione proprio su tale dimensione del principio del *ne bis in idem*, esaminando in particolare le questioni esaminate di recente dalla Corte di giustizia.

È necessario distinguere con chiarezza, sin d'ora, i due versanti del *ne bis in idem*.

In primo luogo, occorre osservare, in ordine ai diversi interessi in bilanciamento, che nella dimensione transnazionale vengono in considerazione questioni di sovranità statale del tutto estranee alla dimensione interna del principio. Infatti, non può che rappresentare una notevole ingerenza nella sovranità di uno Stato il divieto di esercitare la sua pretesa punitiva nei confronti di un soggetto sulla base della sua già avvenuta consunzione ad opera di un diverso Stato. Il *ne bis in idem* transnazionale opera, dunque, di fatto, come uno strumento di riparto delle giurisdizioni nazionali⁵.

In secondo luogo, bisogna distinguere con altrettanta chiarezza tra fonti che contemplano soltanto la dimensione interna del principio, fonti che riguardino soltanto la dimensione transnazionale e fonti che riconoscano entrambe le dimensioni del *ne bis in idem*. Contemplano la sola dimensione interna, ad esempio, l'articolo 14, comma 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (1966) e l'articolo 4 del settimo protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (1984), con la decisiva conseguenza della mancanza, in tale ambito, di qualsiasi competenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il riconoscimento del solo versante transazionale del principio è invece presente nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni del 19 giugno 1990 (d'ora innanzi CAAS). Tale convenzione internazionale dava attuazione pratica all'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985, teso a favorire la libertà di circolazione dei cittadini degli Stati aderenti attraverso la graduale eliminazione dei controlli alle frontiere interne. È parso ovvio in quel contesto che la mancata previsione di tale garanzia processual-penalistica avrebbe rappresentato un sicuro ostacolo al raggiungimento della prefissa finalità di favorire la libertà di circolazione dei cittadini, poiché il passaggio da uno Stato all'altro avrebbe al contempo comportato il rischio di subire un nuovo procedimento ed una nuova sanzione per fatti per i quali già si era subito un primo processo in un diverso Stato⁶.

¹ Il riferimento è da un lato alla sentenza della Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013 nella causa C-617/10, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*, e dall'altro alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*; Sez. IV, 20 maggio 2014, *Nykanen c. Finlandia*; Sez. V, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*.

² Talvolta all'interno dei codici penali nazionali (come ad esempio in Olanda, Russia e Slovenia) e più di sovente all'interno dei codici di rito nazionali (è il caso dell'Italia, ma anche in Austria, Belgio, Francia, Grecia, Polonia, Romania, Spagna e Ungheria). In taluni casi il principio del *ne bis in idem* è anche sancito a livello costituzionale (così in Germania, Russia, Slovenia e Svizzera).

³ Da ultimo l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (2001), ma prima l'articolo 4 del settimo protocollo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (1984) e l'articolo 14, comma 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (1966).

⁴ Ci si riferisce in particolare alle sentenze Corte giust. UE, Grande Sezione, 27 maggio 2014 nella causa C-129/14, *Spasic* e Corte giust. UE, Sez. IV, 5 giugno 2014 nella causa C-398/12, *Procura della Repubblica contro M.*

⁵ V. sul punto 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, 1120 ss., 1222 s.; K. ECKSTEIN, *Grund und Grenzen transnationalen Schutzes vor mehrfacher Strafverfolgung in Europa*, in *ZStW*, 2012, 490 ss., 499; S. FEE JAGLA, *Auf dem Weg zu einem zwischenstaatlichen ne bis in idem im Rahmen der Europäischen Union*, Frankfurt am Main, 2007, 29 ss.; A. ESER, *Konkurrierende nationale und transnationale Strafverfolgung – Zur Sicherung von „ne bis in idem“ und zur Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten*, in U. SIEBER E AL. (a cura di), *Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, 2011, 557 ss., 563.

⁶ Per un'approfondita ricostruzione di tale Convenzione, anche con riferimento ai lavori preparatori, cfr. R.M. KNIEBÜHLER, *Transnationales „ne bis in idem“*, Berlin, 2005, 169 ss.

È necessario notare, in vista delle questioni che saranno tra poco esaminate, che la CAAS, originariamente atto di diritto internazionale pattizio, è stata in seguito incorporata all'interno del diritto eurounitario, al pari dell'Accordo di Schengen e di tutti gli accordi connessi nonché delle norme attuative (c.d. *Acquis* di Schengen), in virtù del Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea allegato al Trattato di Amsterdam del 1997, che, in particolare, demandava ad una decisione del Consiglio l'individuazione della "base giuridica di ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l'*acquis* di Schengen". Ciò è avvenuto con la Decisione 1999/436/CE del Consiglio del 20 maggio 1999, che ha individuato, per quanto di nostro interesse, negli artt. 34 e 31 del Trattato sull'Unione europea la base giuridica per gli articoli 54-58 relativi al *ne bis in idem* della CAAS⁷.

Di grandissima portata simbolica, prima ancora che pratica, è, infine, il riconoscimento di entrambe le dimensioni del *ne bis in idem* ad opera dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora innanzi la Carta), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, alla quale deve riconoscersi, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea nel vigente testo modificato dal Trattato di Lisbona, lo stesso valore giuridico dei trattati.

2.

Il *ne bis in idem* transnazionale nelle fonti eurounitarie.

La tutela del cittadino rispetto ad una possibile duplicazione di procedimenti o di condanne per il medesimo fatto da parte di più Stati membri dell'Unione europea è dunque affidata, da un lato, all'art. 54 CAAS e, dall'altro, all'art. 50 della Carta. Laddove si operi un confronto testuale di tali norme è facile osservare come, al di là della formulazione volutamente più ampia presente nella Carta, tesa a ricomprendere sia la dimensione interna sia la dimensione transnazionale-orizzontale del principio, esse siano quasi del tutto sovrapponibili. In particolare, l'art. 50 riprende ineludibilmente i caratteri strutturali tipici dell'enunciazione di tale principio: la medesimezza dei fatti contestati (*idem*) e la duplicità di procedimenti penali (*bis*). Su entrambi questi controversi elementi vale per l'art. 50 della Carta la vasta giurisprudenza della Corte di giustizia UE formatasi in relazione all'art. 54 CAAS, la quale ha nel tempo adempiuto ad un'indispensabile opera di specificazione di un così ampio dato testuale, che è oramai patrimonio di riflessione consolidato nella giurisprudenza e nella dottrina italiana⁸. Una giurisprudenza che ha finito per influenzare e per farsi influenzare dalla giurisprudenza della Corte EDU rispetto all'articolo 4 del settimo protocollo alla CEDU che, pur riferendosi alla sola dimensione interna del principio, deve confrontarsi sicuramente con i medesimi elementi strutturali dell'*idem* e del *bis*⁹.

Se dunque le norme di cui agli articoli 54 della CAAS e 50 della Carta sono per la gran parte sovrapponibili, profili di particolare complessità pongono proprio i limitati elementi di diversità tra le due norme. In particolare, nella lettera dell'art. 50 della Carta non vi è più cenno alla c.d. condizione di esecuzione, cioè alla subordinazione dell'operare della garanzia in esame alla condizione che la pena sia stata eseguita, sia effettivamente in corso di esecuzione o non possa più essere eseguita secondo la legge dello Stato di condanna, condizione che era al contrario prevista dalla norma della CAAS¹⁰. Altro profilo di problematicità è dato dalle ipotesi facoltative di non applicazione della garanzia del *ne bis in idem* previste nell'art. 55 CAAS, le

⁷ Cfr. FEE JAGLA, *Auf dem Weg zu einem zwischenstaatlichen ne bis in idem im Rahmen der Europäischen Union*, cit., 93 ss., sulla rilevantissima questione se conseguenza dell'incorporazione della CAAS all'interno del diritto eurounitario sia la necessità di abbandonare le norme sull'interpretazione delle convenzioni internazionali e di utilizzare le diverse modalità interpretative proprie del diritto eurounitario.

⁸ Cfr., *ex multis*, 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*, cit., 1148 ss.; G. DE AMICIS, *Il principio del "ne bis in idem" europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2009, 3162 ss.; E. SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1692 ss.; T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 621 ss.; M. PIAZZA-A. PISAPIA, *Riflessioni sul principio del ne bis in idem alla luce delle recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2013, 2372 ss.

⁹ Constata l'esistenza di queste reciproche influenze anche J.A.E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, in *Utrecht Law Review*, 2013, 211 ss., 222 s.; ID., *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 32 ss., 52 ss.

¹⁰ Sull'interpretazione, perlopiù restrittiva, data dalla Corte di giustizia a queste tre varianti della condizione di esecuzione cfr., *ex multis*, S. FEE JAGLA, *Auf dem Weg zu einem zwischenstaatlichen ne bis in idem im Rahmen der Europäischen Union*, cit., 106 ss.; H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, 2013, 199 ss.; ID., *International and European Criminal Law*, München, 2012, 140 ss.

quali non trovano alcun riscontro nella formulazione del principio contenuta nella Carta. Tali questioni problematiche, postesi solo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e solo parzialmente chiarite dalla Corte di giustizia, hanno trovato nella dottrina e nella giurisprudenza italiana un'attenzione minore, anche perché, a differenza di altri ordinamenti¹¹, di rado si sono posti nella prassi italiana casi pratici la cui decisione coinvolgeva direttamente questi profili.

È indispensabile, in via preliminare, verificare se la questione possa in astratto porsi e, quindi, se e quando sia possibile applicare l'art. 50 della Carta assieme all'art. 54 della CAAS. Laddove infatti dovesse escludersi già in astratto l'applicabilità della Carta, troverebbe applicazione direttamente ed esclusivamente l'art. 54 della CAAS e verrebbe a svuotarsi di significato il problema del rapporto tra tali norme. Come è noto, la Carta stessa disciplina al suo articolo 51 il proprio ambito di applicazione, prevedendo al par. 1° che essa si applichi agli Stati membri "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". Tale criterio atto a delimitare l'ambito di applicazione della Carta si presta, tuttavia, ad una serie di differenti interpretazioni, più o meno restrittive, sulle quali non è possibile tornare in questa sede¹², ma è interessante evidenziare che proprio una questione concernente il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 della Carta ha consentito alla Corte di giustizia di iniziare a prendere posizione in ordine all'interpretazione dell'articolo 51 della Carta, con la già citata sentenza nel caso *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson* del 26 febbraio 2013¹³. Tralasciando qualsiasi analisi di questa dibattuta sentenza, qui interessa solo sottolineare che il caso trattato atteneva al principio del *ne bis in idem* nella sua dimensione interna, rispetto alla quale è chiaro che si pongano delicati problemi interpretativi circa l'applicabilità della Carta. Pur prescindendo dall'interpretazione fortemente estensiva sposata dalla Corte di giustizia in questa prima decisione in materia, molto più semplice appare, invece, a nostro sommo avviso, la questione dell'applicabilità della Carta nei casi di *ne bis in idem* transnazionale. In tutti questi casi, infatti, il giudice interno applica in via diretta ed immediata l'art. 54 della CAAS, ovvero un atto normativo squisitamente eurounitario, acquisendo con ciò l'obbligo di interpretare questo alla luce della Carta¹⁴. Non fondata appare, pertanto, qualsiasi impostazione tendente a decidere sull'applicabilità della Carta nei casi di *ne bis in idem* transnazionale sulla base delle norme penali oggetto nel caso di specie, ritenendo dunque che la Carta verrebbe ad applicarsi soltanto laddove i due procedimenti abbiano ad oggetto norme penali di derivazione eurounitaria¹⁵.

3.

La questione della vigenza della c.d. condizione di esecuzione.

Partendo dalla questione della c.d. condizione di esecuzione, si è osservato come tale elemento sia pacificamente assente dal dato testuale dell'art. 50 della Carta. Come precedentemente osservato, essendo equiparata per esplicita previsione dell'art. 6 del TUE ai trattati, la Carta è fonte giuridica eurounitaria di rango primario; al contrario, la CAAS si configura, a seguito del Trattato di Amsterdam, come fonte giuridica di rango secondario, vigente in conformità ad una base giuridica di rango primario contenuta nei trattati. È stato pertanto sostenuto sulla base del rapporto di gerarchia tra le due norme che l'art. 54 CAAS, o quantomeno la limitazione al principio del *ne bis in idem* data dalla condizione di esecuzione, dovesse ritenersi

¹¹ In particolare il tema ha suscitato ampio dibattito in Germania sulla base di due casi decisi dalle autorità giudiziarie di quel Paese: LG München I, Sent. del 11.08.2009 - 1 Ks 115 Js 10394/07, confermata dalla prima sezione del BGH, Sent. del 25.10.2010 - 1 StR 57/10, in *BGHSt* 56, 11; LG Aachen, Sent. del 23.03.2010 - 52 Ks 9/08, in *StV*, 2010, 237 ss., confermata dalla seconda sezione del BGH, Sent. del 01.12.2010 - 2 StR 420/10, in *JurionRS* 2010, 29570 e, a seguito di *Verfassungsbeschwerde*, dal BVerfG, Sent. 2 BvR 148/11 del 15.12.2011.

¹² Si rinvia pertanto a M. BOROWSKY, *Art. 51*, in J. MEYER (a cura di), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2014, in particolare Rn. 24-30b.

¹³ Su tale importantissima sentenza si veda S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte. Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3, 2013, 247 ss.; D. 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*, cit., 295 s.

¹⁴ Concordi H. SATZGER, *Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ*, in H. SATZGER E AL. (a cura di), *StPO Kommentar*, Köln, 2014, 2238, Rn. 8; Id., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, cit., 195; C. BURCHARD-D. BRODOWSKI, *Art. 50 Charta der Grundrechte der Europäischen Union und das europäische ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon*, in *StV*, 2010, 179 ss., 181 s.; Id., *The Post-Lisbon Principle of Transnational Ne Bis In Idem: on the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement*, in *NJECJL*, 2010, 310 ss., 317.

¹⁵ Così, seppur precedentemente alla sentenza *Fransson*, M. HEGER, *Das europäische Doppelbestrafungsverbot aus Art. 50 GRC*, in R. ESSER E AL. (a cura di), *Festschrift für Hans-Heiner Kühne*, Heidelberg, 2013, 565 ss., 569 ss.

implicitamente abrogato in virtù dell'entrata in vigore della Carta¹⁶. La mancata previsione di una condizione di esecuzione all'interno della Carta sarebbe un chiaro indice della volontà del legislatore eurounitario di eliminarla¹⁷.

Tale chiara ricostruzione dei rapporti tra le due norme pare confliggere, tuttavia, con le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (2007/C 303/02), elaborate sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione che aveva redatto la Carta, alle quali, pur non attribuendosi lo stesso valore della Carta, si riconosce un ruolo privilegiato di ausilio nell'interpretazione delle disposizioni ivi contenute, come formalmente previsto dallo stesso art. 52, par. 7, che invita i giudici dell'Unione e degli Stati membri a tenere nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della Carta. Nelle spiegazioni relative all'art. 50, infatti, si fa chiaro riferimento agli artt. 54-58 della CAAS, enunciando testualmente che "le eccezioni, molto limitate, per le quali dette convenzioni consentono agli Stati membri di derogare alla regola «ne bis in idem» sono disciplinate dalla clausola orizzontale dell'articolo 52, paragrafo 1, sulle limitazioni". A ben vedere, la condizione di esecuzione di cui all'art. 54 della CAAS è coesistente alla stessa descrizione del principio, essendo prevista all'interno della medesima norma, rispetto a tutti gli Stati contraenti e in via obbligatoria, e pertanto mal si presta ad essere definita come un'eccezione al principio, termine che rimanda, invece, senza dubbio piuttosto all'art. 55 della CAAS, le cui ipotesi sono appunto facoltativamente azionabili dai singoli Stati e del tutto slegate dalla definizione generale del principio. Oggetto di dibattito nella dottrina è, dunque, se il termine 'eccezioni' sia stato utilizzato in senso tecnico, con ciò riferendosi esclusivamente all'art. 55 della CAAS¹⁸, o se, anche in virtù dell'esplicito richiamo all'art. 54 della CAAS, esso debba intendersi in senso atecnico e quindi comprensivo altresì della condizione di esecuzione¹⁹. Anche laddove si accedesse a quest'ultima interpretazione, vi è chi sottolinea, tuttavia, che, dato il mancato valore normativo delle Spiegazioni, alle quali si riconosce mero valore interpretativo, esse non varrebbero a superare il chiaro dato letterale dell'art. 50 della Carta che non prevede alcuna condizione di esecuzione²⁰.

Il rinvio delle Spiegazioni relative all'art. 50 della Carta all'art. 52, par. 1° della stessa pare suggerire, *in primis* alla dottrina e alla giurisprudenza tedesca, il tipico schema dei diritti fondamentali sistematizzato dal *Bundesverfassungsgericht* e dalla corrispondente dottrina costituzionalistica: da un lato una previsione volutamente ampia del principio di natura "costituzionale" (l'art. 50 della Carta), dall'altro una previsione specificatrice/applicatrice del principio di natura "subcostituzionale" (l'art. 54 della CAAS) ed infine una norma, esplicita o implicita, di natura costituzionale che chiarisca a quali condizioni la norma applicativa può limitare il diritto fondamentale (l'art. 52, par. 1° della Carta). Volendo utilizzare il lessico costituzionalistico tedesco, l'art. 50 della Carta rappresenterebbe un *Grundrecht*, l'art. 54 della CAAS prevedrebbe uno *Schranke* e l'art. 52, par. 1° della Carta si configurerebbe come la norma sugli

¹⁶ In questo senso A. ESER, *Konkurrierende nationale und transnationale Strafverfolgung – Zur Sicherung von „ne bis in idem“ und zur Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten*, cit., 574; ID., *Art. 50*, in J. MEYER (a cura di), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2014, Rn. 14; J. STALBERG, *Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta*, Frankfurt am Main, 2013, 171 ss.; J. VOGEL, *Internationales und europäisches ne bis in idem*, cit., 890; I.G. ANAGNOSTOPOULOS, *Ne bis in idem in der Europäischen Union: Offene Fragen*, in F. HERZOG-U. NEUMANN (a cura di), *Festschrift für Wienfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, 1121 ss.1137; S. SWOBODA, *Paying the Debts – Late Nazi Trials before German Courts*, in *JICJ*, 2011, 243 ss., 263; M. HEGER, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon*, in *ZIS*, 2009, 406 ss., 408; ID., *Die Auswirkungen des europäischen Doppelstrafverbots auf die deutsche Strafrechtsprechung*, in *HRRS*, 2008, 413 ss., 414 s.; M. BÖSE, *Die transnationale Geltung des Grundsatzes »ne bis in idem« und das »Vollstreckungselement«*, in *GA*, 2011, 504 ss., 511; ID., *Der Rechtsstaat am Abgrund? – Zur Skandalisierung des EU-Geldsanktionengesetzes*, in *ZIS*, 2010, 607 ss., 612; R. MERKEL-J. SCHEINFELD, *Ne bis in idem in der Europäischen Union – zum Streit um das »Vollstreckungselement«*, in *ZIS*, 2012, 206 ss., 208 ss.; W. SCHOMBURG-I. SUOMINEN-PICHT, *Verbot der mehrfachen Strafverfolgung, Kompetenzkonflikte und Verfahrenstransfer*, in *NJW*, 2012, 1190 ss., 1191.

¹⁷ Così J. STALBERG, *Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta*, cit., 172; W. SCHOMBURG-I. SUOMINEN-PICHT, *Verbot der mehrfachen Strafverfolgung, Kompetenzkonflikte und Verfahrenstransfer*, cit., 1191.

¹⁸ Per tale lettura M. BÖSE, *Die transnationale Geltung des Grundsatzes »ne bis in idem« und das »Vollstreckungselement«*, cit., 506; R. MERKEL-J. SCHEINFELD, *Ne bis in idem in der Europäischen Union*, cit., 209; N. NESTLER, *Das Ende des Vollstreckungselements im (teil-)europäischen Doppelstrafverbot?*, in *HRRS*, 2013, 337 ss., 339; F. WALTHER, *Zur Verschränkung von Strafprozess-, Europa- und Verfassungsrecht*, in *ZJS*, 2013, 16 ss., 19; J. STALBERG, *Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta*, cit., 172 s.

¹⁹ Così implicitamente tutti gli autori citati *infra*, nota 21.

²⁰ Così F. MEYER, *Transnationaler ne-bis-in-idem-Schutz nach der GRC*, in *HRRS*, 2014, 270 ss., 272; N. NESTLER, *Das Ende des Vollstreckungselements*, cit., 339; J. STALBERG, *Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta*, cit., 173.

*Schranken-Schranken*²¹.

Tale costruzione è certamente complicata, ad una prima analisi, dal rovesciato ordine cronologico nel quale il principio e la sua norma applicativa sono venuti ad esistenza, essendo infatti abituati all'emanazione della norma applicativa solo successivamente al riconoscimento costituzionale del principio²². Se questa annotazione vale a mettere in guardia circa il pericolo di interpretare la norma costituzionale alla luce della previgente norma subcostituzionale e a richiamare, al contrario, la necessità di un'interpretazione di quest'ultima alla luce del diritto fondamentale sancito nella fonte sovraordinata²³, essa non vale certamente a smontare la poc'anzi descritta costruzione dei rapporti tra le norme di cui agli artt. 50 e 52, par. 1° della Carta e 54 della CAAS.

4. La conformità dell'art. 54 della CAAS all'art. 52, par. 1° della Carta.

La questione della vigenza della condizione di esecuzione in seguito all'entrata in vigore della Carta va impostata, pertanto, in termini di conformità o meno della limitazione da essa prevista al principio del *ne bis in idem* rispetto all'art. 52, par. 1° della Carta.

Come è noto, tale disposizione prevede che qualsiasi limitazione all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta debba sottostare a tre condizioni: l'essere prevista dalla legge, il rispetto del contenuto essenziale del diritto o della libertà e il rispetto del principio di proporzionalità.

Nel caso in esame non pare problematica la sussunzione sotto il concetto di previsione di legge, sebbene la sua ricostruzione non paia di così semplice momento, posto che la limitazione è prevista da una Convenzione internazionale successivamente incorporata nel diritto eurounitario per effetto della succitata decisione del Consiglio dell'Unione europea.

Parimenti di facile accertamento sembra il rispetto da parte della condizione di esecuzione prevista dall'art. 54 della CAAS del contenuto essenziale del principio del *ne bis in idem*, poiché tale condizione opera nel senso di escludere alcuni casi dall'ambito applicativo del principio, ponendo chiaramente un problema di proporzionalità, e non nel senso di un generale depotenziamento del principio che potrebbe in ipotesi giungere fino alla soppressione del suo nucleo centrale di garanzia.

Decisiva appare dunque la questione del rispetto da parte dell'art. 54 della CAAS del principio di proporzionalità previsto dall'art. 52, par. 1° della Carta. Primo elemento da verificare sulla base del test di proporzionalità proprio delle Corti dei diritti è la sussistenza di un fine legittimo prefisso dalla norma. La condizione di esecuzione è stata certamente prevista nella CAAS, anche sulla base di una consolidata tradizione in questo senso negli ordinamenti che già riconoscevano una portata transnazionale del *ne bis in idem*²⁴, al fine di impedire che potesse giovare della garanzia del *ne bis in idem* anche il soggetto che avesse usufruito della libertà di movimento da uno Stato all'altro della Convenzione proprio per evitare di scontare la pena irrogatagli nello Stato di provenienza (c.d. *forum fleeing*). Infatti, nel caso di fuga da uno

²¹ Su tale impostazione si sono basati tutti gli arresti giurisprudenziali sopra richiamati, v. nota 11. Seguono tale impostazione nella dottrina H. SATZGER, *Auf dem Weg zu einer „europäischen Rechtskraft“?*, in M. HEINRICH E AL. (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Klaus Roxin*, Berlin, 2011, 1515 ss., 1523 s.; ID., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, cit., 195 s.; ID., *International and European Criminal Law*, cit., 136; ID., *Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ*, cit., 2239, Rn. 10; C. BURCHARD-D. BRODOWSKI, *Art. 50 Charta der Grundrechte der Europäischen Union und das europäische ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon*, cit., 183; ID., *The Post-Lisbon Principle of Transnational Ne Bis In Idem: on the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement*, cit., 317 s.; K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, München, 2014, 547; B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, cit., 476 s.; ID., *Europäisches Strafrecht: Transnationales Doppelstrafungsverbot. Verhältnis von Art. 54 SDÜ zu Art. 50 GRCh*, in JuS, 2014, 845 ss., 846 s.; T. HACKNER, *Das teileuropäische Doppelverfolgungsverbot insbesondere in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union*, in NSTz, 2011, 425 ss., 429; M. MANSDÖRFER, *Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht*, Berlin, 2004, 242.

²² Così H. SATZGER, *Auf dem Weg zu einer „europäischen Rechtskraft“?*, cit., 1524.

²³ Come ricordato da H. SATZGER, *Auf dem Weg zu einer „europäischen Rechtskraft“?*, cit., 1522 s.; C. BURCHARD-D. BRODOWSKI, *Art. 50 Charta der Grundrechte der Europäischen Union und das europäische ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon*, cit., 181; ID., *The Post-Lisbon Principle of Transnational Ne Bis In Idem: on the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement*, cit., 318.

²⁴ Sulla condizione di esecuzione e sul suo scopo all'interno di alcuni ordinamenti nazionali già prima della CAAS, v. la ricostruzione di N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Milano, 1984, 15 ss.

Stato all'altro a seguito della condanna ma prima dell'esecuzione della pena, il soggetto, da un lato, avrebbe evitato di scontare la pena inflittagli e, dall'altro, non avrebbe dovuto temere un nuovo procedimento nel nuovo Stato in virtù del principio del *ne bis in idem*²⁵. La condizione di esecuzione sarebbe da leggere, in altri termini, come tesa ad evitare una prevedibile forma di abuso del diritto. Tale scopo prefissato dalla norma pare trovare una copertura "costituzionale" negli stessi Trattati, laddove si riconosce che "l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia [...] insieme a misure appropriate per quanto concerne [...] la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima" (art. 3, par. 2 TUE) e che "l'Unione si adopera per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta alla criminalità [...]" (art. 67, par. 3 TFUE). La condizione di esecuzione, impedendo la creazione di spazi giuridici di impunità in caso di fughe transfrontaliere, contribuisce certamente all'obiettivo eurounitario della lotta alla criminalità e della garanzia di un elevato livello di sicurezza.

Posta la legittimità dello scopo sotteso alla norma in esame, deve verificarsi se essa sia idonea a raggiungere lo scopo prefissato. Anche tale passaggio del giudizio di proporzionalità non sembra porre particolari difficoltà, posto che la norma, prevedendo la possibilità di un nuovo procedimento nello Stato in cui viene a trovarsi il soggetto, preclude a questo di garantirsi l'impunità per mezzo della semplice fuga transfrontaliera.

Il passaggio del giudizio di proporzionalità più controverso è certamente quello della necessità di una simile limitazione del diritto sancito dalla Carta al fine di raggiungere il fine prefissato. Si deve a questo proposito considerare se l'ordinamento eurounitario offra altri strumenti agli Stati membri, affinché essi possano ottenere il medesimo risultato, nel nostro caso, come detto, quello di evitare spazi di impunità. Da questo punto di vista, la situazione appare radicalmente mutata rispetto a solo due decenni fa, quando nel 1990 si firmava la CAAS. La cooperazione giudiziaria in materia penale all'interno dell'Unione Europea ha visto, invero, un moltiplicarsi di strumenti attraverso i quali è possibile una più semplice risoluzione dei casi di fuga transfrontaliera per i quali la CAAS escogitava lo strumento della condizione di esecuzione. Il riferimento è precipuamente, ma non solo²⁶, alle possibilità dischiuse dalla Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. Lo Stato di condanna potrebbe, sulla base di tale decisione, richiedere allo Stato nel quale si trova il soggetto che non ha espiato la pena, di procedere alla consegna dello stesso, sulla base di un mandato d'arresto europeo, così che la pena definitivamente irrogata possa essere concretamente eseguita²⁷. Una tale risoluzione della vicenda sarebbe più conveniente per lo Stato nella cui giurisdizione si trova il reo, poiché eviterebbe in tal modo i costi organizzativi ed economici necessari per un nuovo processo, e sarebbe più conveniente anche per il reo, poiché anch'egli eviterebbe i costi derivanti da un nuovo procedimento e il rischio di una condanna dagli effetti più gravi nei suoi confronti.

A ben vedere, il mandato di arresto europeo, così come gli altri strumenti eventualmente azionabili, sono allo stato attuale tutt'altro che vicini ad un'applicazione generalizzata e indiscriminata da parte degli Stati dell'Unione europea, così che non potrebbero escludersi casi nei quali difetti la possibilità una tale risoluzione alternativa delle ipotesi di fuga transfrontaliera

²⁵ Su tale ricostruzione del fine della condizione di esecuzione vi è sostanziale accordo in dottrina, cfr., tra i tanti, la chiara ricostruzione di H. SATZGER, *Auf dem Weg zu einer „europäischen Rechtskraft“?*, cit., 1520.

²⁶ Accanto a tale strumento sarebbero utilizzabili altresì la Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, la Decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, la Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie.

²⁷ Tali strumenti renderebbero non più necessaria la condizione di esecuzione secondo J. STALBERG, *Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta*, cit., 175 ss.; M. BÖSE, *Die transnationale Geltung des Grundsatzes »ne bis in idem« und das »Vollstreckungselement«*, cit., 508 s.; J. LELIEUR, *'Transnationalising' Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty*, in *Utrecht Law Review*, 2013, 208; F. WALTHER, *Zur Verschränkung von Strafprozess-, Europa- und Verfassungsrecht*, cit., 20.

rispetto allo strumento offerto dalla condizione di esecuzione²⁸. In particolare è necessario osservare che l'impiego del mandato d'arresto europeo e gli altri strumenti richiamati sono soggetti a specifici limiti edittali, in alcuni casi al requisito della doppia incriminabilità e ad ipotesi di rifiuto variamente configurate. Oltretutto, una risoluzione alternativa di tali casi per mezzo di tali strumenti presuppone in ogni caso che lo Stato di condanna si attivi per l'esecuzione della pena da esso comminata, il che, se certo può apparire scontato per qualsiasi Stato membro dell'Unione europea, non è tuttavia in alcun modo obbligatorio sulla base del diritto eurounitario, cosicché non sarebbe in alcun modo sanzionabile l'inerzia dello Stato di condanna. La conclusione alla quale sembra, pertanto, di doversi pervenire allo stato attuale dell'ordinamento eurounitario è quella che la condizione di esecuzione rimane ancora strumento necessario ad assicurare l'eliminazione di qualsiasi spazio di impunità all'interno dell'Unione europea, sottolineando naturalmente che tale conclusione è intrinsecamente provvisoria e superabile laddove vi sia un mutamento normativo dei possibili strumenti alternativi di risoluzione dei casi suddetti²⁹.

L'ultimo fondamentale passaggio del giudizio di proporzionalità è la verifica della c.d. proporzionalità in senso stretto della norma. È necessario verificare se la norma che limiti il diritto fondamentale, pur essendo idonea e necessaria a raggiungere un fine legittimo riconosciuto dall'ordinamento, si ponga ciononostante in rapporto di sproporzione rispetto alla lesione del principio fondamentale, cosicché l'ordinamento debba scegliere tra il certo sacrificio di due interessi quello meno rilevante. Venendo alla questione in esame, è anzitutto opportuno notare che il giudizio di proporzionalità in senso stretto della norma è, forse ancor di più che rispetto alla necessità, un giudizio che vale soltanto *hinc et nunc*, essendo frutto di un bilanciamento che può essere messo continuamente in discussione dall'evolversi del quadro normativo e finanche politico-fattuale eurounitario.

Non desta stupore, data l'intrinseca complessità di ogni bilanciamento, che molto distanti siano state in proposito le opinioni espresse in dottrina. Da un lato, infatti, si è osservato che l'obiettivo europeo della costruzione di uno spazio giuridico comune non può non rappresentare un cambiamento di paradigma nella protezione del diritto fondamentale del singolo al *ne bis in idem*, cosicché nel passaggio dalla CAAS alla Carta il pur legittimo scopo della condizione di esecuzione imporrebbe al singolo un sacrificio troppo gravoso nel godimento della libertà di circolazione e del diritto al *ne bis in idem*³⁰. Lo spazio giuridico comune non tollerebbe più, al pari dello spazio statale, un condizionamento del principio in esame all'esecuzione o meno della pena: all'interno dell'Unione europea verrebbe di fatto a mancare la stessa caratterizzazione transnazionale del *ne bis in idem*, che invece vivrebbe nella sua dimensione interna, semplicemente all'interno del più vasto territorio eurounitario³¹. In quest'ottica non potrebbe risolversi a svantaggio del singolo qualsivoglia problema di armonizzazione ancora sussistente

²⁸ Cfr. H. SATZGER, *Auf dem Weg zu einer „europäischen Rechtskraft“?*, cit., 1522 s.; Id., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, cit., 194 s.; Id., *International and European Criminal Law*, cit., 135; C. BURCHARD-D. BRODOWSKI, *Art. 50 Charta der Grundrechte der Europäischen Union und das europäische ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon*, cit., 184 s.; Id., *The Post-Lisbon Principle of Transnational Ne Bis In Idem: on the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement*, cit., 323 s.; A. KOCH-V. DORN, *Verurteilung eines ehemaligen SS-Mannes vor dem Hintergrund deutschen und europäischen Rechts – Reichweite des transnationalen Doppelbestrafungsverbots*, cit., 694; B. VAN BOCKEL, *The Ne Bis In Idem Principle in EU Law*, *Alphen aan den Rijn*, 2010, 235.

²⁹ Molto chiari sul punto H. SATZGER, *Auf dem Weg zu einer „europäischen Rechtskraft“?*, cit., 1522, 1532 s.; Id., *Art. 50 GRCh, Art. 54 SDÜ*, cit., 2239; M. MANSDÖRFER, *Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht*, cit., 242; C. BURCHARD-D. BRODOWSKI, *Art. 50 Charta der Grundrechte der Europäischen Union und das europäische ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon*, cit., 184; Id., *The Post-Lisbon Principle of Transnational Ne Bis In Idem: on the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement*, cit., 322 s. Nello stesso senso N. NESTLER, *Das Ende des Vollstreckungselements im (teil-)europäischen Doppelbestrafungsverbot?*, cit., 344.

³⁰ M. BÖSE, *Die transnationale Geltung des Grundsatzes »ne bis in idem« und das »Vollstreckungselement«*, cit., 511, riconduce tale cambiamento di paradigma anche al riconoscimento nel diritto primario dell'Unione europea del principio del mutuo riconoscimento. Simili argomenti in R. MERKEL-J. SCHEINFELD, *Ne bis in idem in der Europäischen Union*, cit., 210; S. SWOBODA, *Paying the Debts – Late Nazi Trials before German Courts*, cit., 263; M. HEGER, *Die Auswirkungen des europäischen Doppelbestrafungsverbots auf die deutsche Strafrechtsprechung*, cit., 415. In questo senso pare propendere anche J.A.E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, cit., 227; Id., *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in cit., 62.

³¹ Con grande enfasi J. LELIEUR, *Transnationalising 'Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty*, cit., 208, che conseguentemente propone di non utilizzare più l'aggettivo transnazionale ma europeo. Di uno spazio "quasi-domestico" parla invece S. SWOBODA, *Paying the Debts – Late Nazi Trials before German Courts*, cit., 263. Così anche W. SCHOMBURG-I. SUOMINEN-PICHT, *Verbot der mehrfachen Strafverfolgung, Kompetenzkonflikte und Verfahrenstransfer*, 1191. Si comprende solo da questo punto di vista l'utilizzo nella ricostruzione della questione interpretativa riguardante l'art. 50 della Carta e l'art. 55 della CAAS dell'articolo 4 del Protocollo 7 alla CEDU e alla corrispettiva giurisprudenza della Corte di Strasburgo, così M. BÖSE, *Die transnationale Geltung des Grundsatzes »ne bis in idem« und das »Vollstreckungselement«*, cit., 506 s.

a livello di cooperazione giudiziaria europea³².

In una diversa prospettiva, non sarebbe ancora in linea con il quadro normativo europeo riconoscere un'identità tra spazio statale e spazio comune europeo e, di conseguenza, una valenza interna del *ne bis in idem* nell'ambito eurounitario. Il livello di integrazione raggiunto dagli Stati, proprio sulla base dell'esistenza di casi nei quali la fuga transfrontaliera garantirebbe l'impunità, mostra chiaramente come non siano ancora mature le condizioni per rinunciare allo strumento della condizione di esecuzione, senza una non proporzionata caduta di efficienza del sistema sanzionatorio³³.

Invero, si potrebbe a ragione argomentare circa il confinamento della condizione di esecuzione al solo nucleo duro di casi nei quali non è possibile giungere in maniera alternativa all'esecuzione della sanzione, mentre sarebbe necessario riconoscere un obbligo in capo agli Stati di previa cooperazione in vista dell'esecuzione della prima sentenza di condanna, confinando dunque l'ipotesi del secondo procedimento ad *extrema ratio* riconosciuta dall'ordinamento³⁴. Sarebbe, quindi, prospettabile un obbligo di spiccare un mandato d'arresto europeo nei casi in cui questo sia possibile o di attivazione delle altre misure anzidette sempre laddove possibile, così come un obbligo di comunicazione e di cooperazione tra le autorità giudiziarie dei diversi Stati membri laddove l'indagato ponga una questione di *ne bis in idem* transnazionale. In altri termini, potrebbe riconoscersi all'indagato un diritto, qualora giuridicamente possibile nel caso di specie, all'esecuzione della prima condanna³⁵.

5.

La decisione della Corte di giustizia nel caso *Spasic*.

Sulla problematica questione della vigenza della condizione di esecuzione dell'art. 55 della CAAS si è potuta di recente pronunciare la Corte di giustizia con la già citata sentenza nel caso *Spasic*, su un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dell'*Oberlandesgericht Nürnberg* (Germania) del 19 marzo 2014.

Il procedimento principale riguardava un fatto di truffa commesso da un cittadino serbo, Zoran Spasic, a Milano nel 2009 ai danni di un cittadino tedesco. Per tale reato l'imputato era stato condannato in contumacia dal Tribunale di Milano, con sentenza passata in giudicato nel 2012, alla pena di un anno di reclusione e di euro ottocento di multa. Per lo stesso fatto, l'imputato era in stato di arresto e sottoposto a processo penale dinanzi all'autorità giudiziaria tedesca, avendo egli adempiuto solo nelle more del processo tedesco al pagamento della sanzione pecuniaria comminata in Italia e comunque non avendo mai espriato la pena carceraria. Dinanzi all'istanza dell'imputato di valersi nel procedimento tedesco del principio del *ne bis in idem* come riconosciuto dall'art. 50 della Carta, l'OLG Nürnberg, quale giudice di ultima istanza tedesco, chiedeva alla Corte, con la prima questione pregiudiziale, di esprimersi sulla vigenza della condizione di esecuzione di cui all'art. 55 della CAAS successivamente all'entrata in vigore dell'art. 50 della Carta, e, con la seconda questione pregiudiziale, se l'espiazione della sola pena pecuniaria, laddove comminata congiuntamente ad una pena detentiva, potesse integrare la condizione di esecuzione di cui all'art. 55 della CAAS.

È forse il caso di partire, per ragioni di comodità, dalla seconda questione pregiudiziale che è agevolmente risolta dalla Corte, in linea con le conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen, nel senso che la condizione di esecuzione è soddisfatta, nel caso in cui la condanna preveda due pene irrogate congiuntamente, soltanto laddove siano state eseguite o siano in

³² In questo senso J. STALBERG, *Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta*, cit., 176 ss.; F. MEYER, *Transnationaler ne-bis-in-idem-Schutz nach der GRC*, cit., 277 s., il quale osserva, più in generale, che l'applicazione del principio del *ne bis in idem* non può in alcun caso dipendere dall'impegno o al contrario dall'indifferenza o dalla negligenza dello Stato di condanna.

³³ Con le medesime argomentazioni suesposte in tema di necessità, v. nota 28.

³⁴ In questo senso C. SAFFERLING, *Internationales Strafrecht*, Berlin-Heidelberg, 2011, 517 s.; C. BURCHARD-D. BRODOWSKI, *Art. 50 Charta der Grundrechte der Europäischen Union und das europäische ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon*, cit., 185; ID., *The Post-Lisbon Principle of Transnational Ne Bis In Idem: on the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement*, cit., 324; J. VOGEL, *Europäisches "ne bis in idem" – Alte und neue Fragen nach dem Vertrag von Lissabon*, in *StRR*, 2011, 135 ss., 137.

³⁵ Così, seppur come possibile sviluppo futuro, C. BURCHARD-D. BRODOWSKI, *Art. 50 Charta der Grundrechte der Europäischen Union und das europäische ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon*, cit., 185; ID., *The Post-Lisbon Principle of Transnational Ne Bis In Idem: on the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement*, cit., 324 s.

corso di esecuzione o non possano essere eseguite entrambe le pene³⁶.

Profili di gran lunga più problematici involge naturalmente la prima questione pregiudiziale sottoposta all'attenzione della Corte di giustizia. Punto di partenza della Corte è la costruzione della condizione di esecuzione dell'art. 55 della CAAS come limite al diritto fondamentale sancito dall'art. 50 della Carta, da sottoporre quindi al giudizio di proporzionalità di cui all'art. 52, par. 1° della Carta. La Corte, dunque, fa propria la costruzione avanzata da parte della dottrina³⁷ in ordine ai rapporti tra art. 54 della CAAS e art. 50 della Carta³⁸, sbarazzando anzitutto il campo dall'ipotesi di una mera abrogazione della condizione di esecuzione sulla base della successiva entrata in vigore della fonte subordinata rappresentata dalla Carta, come sostenuto da altra parte della dottrina³⁹ e come ipotizzato nelle stesse conclusioni dell'Avvocato generale⁴⁰. Di grande interesse appare il diverso percorso argomentativo seguito dall'Avvocato generale, il quale ha valorizzato molto l'art. 4 del Protocollo 7 alla CEDU e la giurisprudenza della Corte EDU su questa disposizione⁴¹, nonostante "contrariamente all'articolo 54 della CAAS, l'articolo 4 del protocollo n. 7 non si applica ai rapporti transfrontalieri, ma il suo ambito di applicazione è rigorosamente limitato alle situazioni interne di uno Stato"⁴². Tale iter argomentativo è allora frutto di una nuova prospettiva tendente ad eliminare all'interno dello spazio di libertà, giustizia e sicurezza comune europeo la stessa dimensione sovranazionale del principio, ridefinendo piuttosto l'elemento spaziale di applicazione: non più i singoli territori statuali ma un unico territorio europeo⁴³.

Cruciale diviene allora il giudizio di conformità della limitazione prevista dall'art. 54 della CAAS rispetto all'art. 52, par. 1° della Carta. La Corte, sul punto in linea con le conclusioni dell'Avvocato generale⁴⁴, ritiene integrati i requisiti della previsione legale della limitazione e del rispetto da parte della stessa del contenuto essenziale del principio⁴⁵. Di non altrettanto semplice soluzione è la questione della proporzionalità della limitazione prevista dall'art. 54 della CAAS. La Corte riconosce, al pari dell'Avvocato generale⁴⁶, sia la legittimità dello scopo della limitazione sia l'idoneità di tale limitazione a raggiungerlo⁴⁷. Elemento di differenziazione delle posizioni della Corte e dell'Avvocato generale è, invece, il carattere necessario di tale limitazione e, in un medesimo contesto argomentativo, anche la questione della proporzionalità in senso stretto della stessa. Secondo l'Avvocato generale, l'ordinamento eurounitario disporrebbe oramai di altri strumenti giuridici, meno intrusivi per il destinatario, idonei al raggiungimento dello scopo prefissato, ossia quello di evitare spazi di impunità per coloro che si sottraggano fraudolentemente all'esecuzione di una pena per mezzo di una fuga transfrontaliera, così da rendere non soddisfatto il requisito della necessità della limitazione⁴⁸. Tuttavia occorre osservare come l'Avvocato generale arrivi comunque a riconoscere la vigenza della condizione di esecuzione "qualora i provvedimenti applicabili sulla base del diritto dell'Unione non siano sufficienti ad impedire l'impunità", demandando al giudice nazionale il compito di "determinare se quest'ultima ipotesi ricorra nel caso in esame"⁴⁹. Di diverso avviso è la Corte di giustizia, la quale ha correttamente osservato che l'ordinamento eurounitario offre certamente strumenti impiegabili per raggiungere il medesimo obiettivo di eliminazione di spazi di impunità a livello europeo, ma che essi sono, da un lato, soggetti a precise limitazioni, in termini di entità della pena, di clausole di doppia incriminazione o di necessario consenso dell'imputato, e, dall'altro, soggetti in ultima istanza ad una decisione facoltativa dello Stato di condanna, sul quale non è enucleabile nel diritto eurounitario alcun obbligo di assicurare

³⁶ V. Corte giust. UE, *Spasic*, cit., §§ 75-85; Presa di posizione dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen, 2 maggio 2014, nella Causa C-129/14, *Spasic*, §§ 111-125.

³⁷ Vedi *supra* nota 21.

³⁸ Corte giust. UE, *Spasic*, cit., §§ 54-56.

³⁹ Vedi *supra* nota 16.

⁴⁰ Presa di posizione dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen, cit., §§ 65-73.

⁴¹ *Ivi*, §§ 61-64.

⁴² *Ivi*, § 53.

⁴³ *Ivi*, § 69, in linea con alcune posizioni già viste presenti in dottrina, cfr. *supra* nota 31.

⁴⁴ *Ivi*, §§ 86-90.

⁴⁵ Corte giust. UE, *Spasic*, cit., §§ 57-59.

⁴⁶ Presa di posizione dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen, cit., §§ 92-96.

⁴⁷ Corte giust. UE, *Spasic*, cit., §§ 60-64.

⁴⁸ Presa di posizione dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen, cit., §§ 97-103.

⁴⁹ *Ivi*, § 110.

l'esecuzione effettiva delle sanzioni risultanti da tale sentenza⁵⁰. La Corte di giustizia ritiene dunque, sulla base di tali considerazioni, la limitazione al principio del *ne bis in idem* apportata dalla condizione di esecuzione come necessaria e proporzionata al fine di evitare che possano sussistere nell'Unione europea spazi di impunità⁵¹.

6. Riflessioni conclusive.

La Corte di giustizia coglie, dunque, di sorpresa la gran parte della dottrina, che aveva con certezza preconizzato un suo intervento teso ad eliminare la condizione di esecuzione, con ciò ponendosi nel solco delle precedenti decisioni in materia di *ne bis in idem*, nelle quali si aveva sempre prediletto un'interpretazione estensiva delle condizioni applicative e, quindi, più favorevole ai rei⁵². È necessario sottolineare come nel bilanciamento la Corte abbia ritenuto di far prevalere questioni tutto sommato ancorate ad esigenze di sovranità degli Stati rispetto alla possibilità di imprimere un'ulteriore accelerazione sul processo di costruzione di uno spazio giuridico comune europeo, anche a costo, come spesso fatto, di sostituire all'*Ist-Zustand* del processo di integrazione europea un *Soll-Zustand* tutto proiettato nel futuro⁵³. Da questo punto di vista, tale sentenza potrebbe forse rappresentare una prima piccola incrinatura nell'orientamento "politico" della Corte⁵⁴.

Se pare salda la costruzione dei rapporti tra le norme operata dalla Corte, è soprattutto il giudizio di proporzionalità da questa effettuato ad aver sollevato le maggiori perplessità. Si è rimproverata alla Corte, in particolare, una disattenta valutazione del controinteresse in bilanciamento, dovendosi intendere il termine "sicurezza" del costituendo spazio giuridico europeo non solo in termini di assenza di criminalità, come in maniera preponderante nella visione della Corte, ma anche in termini di sicurezza del singolo in ordine alla sua situazione giuridica a seguito di una prima condanna⁵⁵. Secondo un diverso percorso argomentativo, ma dai risultati convergenti, causa del cattivo bilanciamento sarebbe la visione della Corte orientata univocamente alla sicurezza e completamente dimentica degli ulteriori valori di giustizia e libertà richiamati dall'art. 67, par. 3 TFUE⁵⁶.

Pur non condividendo tali critiche e ritenendo ragionevole ed opportuno un mantenimento della condizione di esecuzione come clausola di garanzia a chiusura del sistema dinanzi a possibili casi di impunità, ci si sarebbe probabilmente potuti attendere dalla Corte maggiore coraggio nell'affermazione di precisi obblighi di cooperazione a carico degli Stati finalizzati ad escludere la necessità di un secondo processo o di un correlativo diritto dell'imputato ad ottenere l'esecuzione della prima sentenza, secondo linee argomentative già sviluppatasi in dottrina⁵⁷ e in qualche modo condivise anche nelle conclusioni dell'Avvocato generale. In linea con le argomentazioni sostenute dalla Commissione dinanzi alla Corte, l'Avvocato generale invitava la Corte a dare un'interpretazione *grundrechtsfreundlich* degli articoli 10-12 della decisione quadro 2009/948⁵⁸, sancendo un preciso obbligo di cooperazione tra gli Stati anche a seguito di una decisione definitiva in uno di essi⁵⁹. Finanche dal punto di vista lessicale appare, a nostro sommo avviso, un po' timida la posizione della Corte in relazione alle

⁵⁰ Molto critico sul punto F. MEYER, *Transnationaler ne-bis-in-idem-Schutz nach der GRC*, cit., 277.

⁵¹ Corte giust. UE, *Spasic*, cit., §§ 65-74.

⁵² Certi di un tale esito dinanzi alla Corte di giustizia S. SWOBODA, *Paying the Debts – Late Nazi Trials before German Courts*, cit, 266 s.; F. WALTHER, *Zur Verschränkung von Strafprozess-, Europa- und Verfassungsrecht*, cit., 19 s.

⁵³ Proprio un eccesso di interpretazione in chiave di *Realpolitik* si era rimproverato a chi, già prima della decisione della Corte di giustizia, aveva difeso l'immutata necessità della condizione di esecuzione, v. F. MEYER, *Transnationaler ne-bis-in-idem-Schutz nach der GRC*, cit., 277; F. WALTHER, *Zur Verschränkung von Strafprozess-, Europa- und Verfassungsrecht*, cit., 20.

⁵⁴ Cfr. le riflessioni molto critiche di F. MEYER, *Transnationaler ne-bis-in-idem-Schutz nach der GRC*, cit., 278 s.

⁵⁵ In questo senso B. WEISSER, *Anmerkung zu EuGH (Große Kammer), Urt. v. 27.5.2014 – C-129/14 PPU*, in *ZJS*, 2014, 589 ss., 593.

⁵⁶ Cfr. le riflessioni fortemente critiche sul mutato atteggiamento della Corte di F. MEYER, *Transnationaler ne-bis-in-idem-Schutz nach der GRC*, cit., 272 ss.

⁵⁷ Vedi *supra* nota 35.

⁵⁸ Decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, il cui art. 10 è rubricato appunto "obbligo di procedere a consultazioni dirette".

⁵⁹ Presa di posizione dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen, cit., §§ 108-109.

possibili forme di cooperazione tra gli Stati interessati⁶⁰, laddove questa si limita ad osservare che: “nell’ambito dell’applicazione concreta della condizione di esecuzione di cui all’articolo 54 della CAAS ad un caso specifico, non si può escludere che, in base all’articolo 4, paragrafo 3, TUE e agli strumenti giuridici di diritto derivato dell’Unione in materia penale menzionati dalla Commissione, i giudici nazionali competenti si contattino e avviino consultazioni al fine di verificare se esista un’ineffettiva intenzione, da parte dello Stato membro della prima condanna, di procedere all’esecuzione delle sanzioni inflitte”⁶¹.

⁶⁰ Ancora critico sul punto F. MEYER, *Transnationaler ne-bis-in-idem-Schutz nach der GRC*, cit., 277, il quale intravede proprio in questo aspetto il punto di maggiore debolezza della decisione, osservando come l’imputato divenga metaforicamente una palla di gioco in balia degli Stati.

⁶¹ Corte giust. UE, *Spasic*, cit., § 73.