

**NE BIS IN IDEM INTERNAZIONALE E RINNOVAMENTO DEL GIUDIZIO.  
IL PROBLEMA DELLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELLE  
PERSONE FISICHE E DEGLI ENTI COLLETTIVI\***

di Francesco Centonze

(Professore ordinario di diritto penale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore)

SOMMARIO. 1. Pretese punitive nazionali e tutela dei diritti fondamentali delle persone fisiche e degli enti collettivi: la necessità di un giusto equilibrio; 2. Ripetizione del giudizio e responsabilità delle persone fisiche e giuridiche nella giurisprudenza italiana; 3. Il problema della tenuta costituzionale dell'art. 11 Cp e dell'art. 4 d.lgs. n. 231/2001; 4. La valorizzazione del *ne bis in idem* nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e dei giudici di legittimità; 5. Rinnovo del giudizio *in idem* e principio di proporzionalità: verso l'incostituzionalità dell'art. 11 Cp; 6. Proposte per una necessaria riforma della disciplina sul rinnovo del giudizio per le persone fisiche; 7. Il problema della litispendenza internazionale; 8. *Ne bis in idem* e responsabilità delle persone giuridiche per reati commessi in tutto o in parte all'estero.

1. La definizione dei limiti della giurisdizione dei singoli ordinamenti nazionali e il fenomeno dell'«*overlapping jurisdiction*» rappresentano temi sempre più centrali nell'applicazione di svariate norme penali nel nostro ordinamento.

Le ragioni di tale centralità sono riconducibili ad articolati «accadimenti socio-giuridici»: la diffusione di fattispecie criminose di natura internazionale, l'emergere di sempre maggiori difficoltà, rispetto a tali crimini, nella precisa individuazione del luogo di consumazione dell'illecito, «l'omogeneizzazione delle figure criminose nel quadro internazionale»<sup>1</sup>.

D'altra parte, «non è certo necessario uno studio criminologico per comprendere che commettere un crimine con aspetti internazionali non è più un'eccezione al giorno d'oggi» e quindi «tale "internazionalizzazione" del crimine, che

---

\* Ringrazio gli amici Bruno Nascimbene, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Donato Voza e Pierpaolo Astorina per aver letto e commentato le precedenti versioni di questo scritto.

<sup>1</sup> L. Luparia, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Milano 2012, 13 ss. Ampiamente sul punto anche E. M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Milano 2012, 508 ss.

porta alla giurisdizione parallela di diversi Stati, aumenta il pericolo che l'autore del reato sia perseguito e punito più volte»<sup>2</sup>.

Si pensi, tra gli altri, al riciclaggio, al terrorismo internazionale, ai crimini di guerra, alla repressione della corruzione internazionale, al traffico di organi o persone. Sono solo alcuni tra gli illeciti per i quali costantemente si pone, anche nel nostro sistema giuridico, la questione di una sovrapposizione tra giurisdizioni concorrenti e quindi un persistente «conflitto» tra l'esigenza di preservare il divieto di *bis in idem*, «quale prerogativa fondamentale della persona volta ad assicurare la certezza del diritto e della giurisdizione sul piano internazionale, e il soddisfacimento delle diverse pretese di sovranità territoriale scaturenti dal convergere su uno stesso fatto di concorrenti competenze giurisdizionali fondate sulle fattispecie di reato di natura extraterritoriale»<sup>3</sup>.

Il punto, come si vedrà, è proprio quello di trovare un giusto equilibrio tra la tutela per il tramite del diritto penale di interessi ritenuti rilevanti dall'ordinamento nazionale e l'inevitabile pregiudizio che scaturisce, per i diritti della persona fisica e dell'ente collettivo, da un nuovo procedimento penale per il medesimo fatto.

Il problema è che il nostro ordinamento – che pure riconosce il divieto di *bis in idem*, con le parole della Consulta, come un «principio di civiltà giuridica», «immanente alla funzione ordinante cui la Carta ha dato vita», «collegato in via generale» agli artt. 24 e 111 Cost.<sup>4</sup> – permette una persistente violazione di tale principio in una vasta area della giurisdizione penale. Secondo il concorde orientamento giurisprudenziale infatti solo nell'area Schengen, o comunque in presenza di accordi internazionali, risulta applicabile il divieto di secondo giudizio a carico di una persona fisica per lo stesso fatto<sup>5</sup>, mentre, secondo la Suprema Corte, «nell'ordinamento

<sup>2</sup> D. Voulgaris, *Transnationales „ne bis in idem“ zwischen staatlicher Schutz- und Achtungspflicht*, Berlino 2016, 154. La questione viene in rilievo con riguardo al principio del *ne bis in idem* nella sua dimensione più ampia, ovvero come preclusivo, rispetto alla medesima persona e agli stessi fatti, non solo dell'avvio di un nuovo processo in presenza di una pronuncia irrevocabile, ma anche del simultaneo concorso di più procedimenti penali (la c.d. *litispendenza internazionale*). Non vi è dubbio, infatti, che già la litispendenza abbia «una spiccata capacità lesiva di diritti soggettivi e di valori fondamentali dell'accertamento penale che vanno ben oltre la messa in pericolo della semplice certezza del diritto e l'intaccamento delle prerogative del soggetto che ha visto divenire esecutivo nei suoi confronti un determinato provvedimento giurisdizionale», così L. Luparia, *Bis de eadem re ne sit actio: premesse per uno studio sulla litispendenza penale internazionale*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Milano 2010, 340; M. Bontempelli, *La Litispendenza penale*, Milano 2017, 52 ss.

<sup>3</sup> N. Galantini, *Evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, in *DPP* 2005, 1567 ss. Sul coordinamento delle pretese punitive, A. Di Martino, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Torino 2006, 249 ss.

<sup>4</sup> C. cost., 21.7.2016 n. 200 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>5</sup> Per un quadro di sintesi, N. Galantini, *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, in *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, a cura di T. Rafaraci, Milano 2011, 231 ss. Sui complessi rapporti tra l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali

italiano non vige il principio del *ne bis in idem* internazionale» e quindi «la sentenza penale emessa in un Paese extra-europeo non impedisce il rinnovamento del giudizio in Italia per lo stesso fatto», secondo la ormai assai risalente disciplina dell'art. 11 Cp<sup>6</sup>.

Come meglio si vedrà, quando il reato è stato commesso *anche* nel nostro Paese non esistono criteri di valutazione sulla effettiva necessità di far prevalere l'esercizio della potestà punitiva *in idem* rispetto al principio di civiltà giuridica che intende scongiurare il secondo giudizio: in assenza di un accordo internazionale, e a prescindere dalla tipologia dell'illecito, dall'effettività del procedimento e dall'adeguatezza della sanzione irrogata a seguito del processo svoltosi all'estero, si deve procedere alla rinnovazione del giudizio in Italia (art. 11, co. 1, Cp). L'avvio del secondo giudizio esige invece la richiesta del Ministro della Giustizia nei casi di reato commesso all'estero (art. 11, co. 2, Cp).

È d'altra parte opinione diffusa che manchi una disposizione di diritto internazionale generalmente riconosciuto, espressione del principio del *ne bis in idem* che «vieti di intraprendere nuovi giudizi o imponga l'interruzione di procedimenti pendenti a carico di chi, per gli stessi fatti, sia già stato giudicato all'estero con sentenza definitiva»<sup>7</sup>.

Anzi, guardando al diritto internazionale si è costretti a concludere che «il cammino di progressiva limitazione delle potestà statuali non ha generato effetti dirompenti. La congerie di previsioni pattizie e la progressiva stratificazione di soluzioni settoriali hanno reso, negli anni, difficile, se non addirittura inefficace, la tutela delle istanze individuali»<sup>8</sup>. Il risultato è che in mancanza di una norma di diritto internazionale, i singoli Stati finiscono per regolare «l'ambito di applicazione delle rispettive leggi secondo i principi ritenuti più opportuni» e ciò «porta a moltiplicare le situazioni conflittuali, i casi cioè di doppie o plurime incriminazioni e di doppi o plurimi giudizi secondo le leggi penali di Stati diversi»<sup>9</sup>.

Questi esiti, nel nostro Paese, sono agevolati, rispetto alle persone fisiche e giuridiche, dalla tradizionale «palese forza espansiva» della giurisdizione italiana. È infatti punito secondo la legge italiana, ai sensi dell'art. 6 Cp, «il reato da chiunque

dell'Unione europea e gli artt. 54 ss. della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, tra gli altri, D. Vozza, *Verso un nuovo "volto" del ne bis in idem internazionale nell'Unione Europea?* in *DPenCont*, 2012, 2, 143 ss.

<sup>6</sup> Cass. 9.5.2018 n. 24795 in *CP* 2019, 2, 726.

<sup>7</sup> C. Amalfitano, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione Europea*, Milano 2006, 31 ss. Per una visione d'insieme sul principio del *ne bis in idem* nelle varie fonti di diritto internazionale, B. Nascimbene, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2.5.2018.

<sup>8</sup> E. M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 510 ss.

<sup>9</sup> F. Mantovani, *Diritto Penale*, Padova 2011, 913 ss.

commesso nel nostro territorio quando vi abbia avuto luogo anche solo una parte dell'azione od omissione, oppure si sia verificato l'evento»<sup>10</sup>.

Non è il caso poi di indugiare sull'ampiezza con cui la giurisprudenza italiana interpreta l'art. 6, co. 2, Cp nell'ipotesi di concorso di persone: per usare le parole della Suprema Corte, vale «il consolidato e unanime orientamento interpretativo, secondo cui [...] il reato è da ritenersi commesso nel territorio dello Stato, anche nel caso in cui sia stata posta in essere qualsiasi attività di partecipazione ad opera di qualsiasi dei concorrenti, a nulla rilevando che tale attività parziale non rivesta di per se carattere di illiceità, dovendo la stessa essere intesa in senso naturalistico e quindi come qualsiasi frammento di un unico e inscindibile percorso criminoso»<sup>11</sup>.

Persino le recenti riforme del nostro Paese in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniera non hanno mutato il quadro<sup>12</sup>, rappresentando piuttosto «una promessa mancata» rispetto a «un definitivo assetto al *ne bis in idem* internazionale»: a ben guardare «le norme sembrano manifestare il disinteresse verso le sorti del soggetto nei cui confronti è stata emessa la sentenza estera, esposto alla sua esecuzione e nel contempo non garantito da una duplicazione processuale qualora sia già in corso in Italia un procedimento o sussista un giudicato *in idem*»<sup>13</sup>.

Anche per l'ente collettivo si pone, come accennato, il problema di definire un corretto bilanciamento tra l'esigenza di esercitare la sovranità punitiva a tutela degli interessi pregiudicati dalla criminalità d'impresa e la necessità di prevenire irragionevoli sacrifici dei diritti dell'ente collettivo<sup>14</sup>: la tendenza espansiva della

<sup>10</sup> M. Romano, *Commentario sistematico. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano 2006, 244.

<sup>11</sup> Tra le molte sentenze conformi, Cass. 22.12.2010 n. 12675 in *Pluris*. L'ampia «forza espansiva» del criterio territoriale non esaurisce peraltro la possibilità di affermare la giurisdizione italiana, la quale potrà estendersi anche ai fatti commessi (integralmente) fuori dal territorio nazionale alle condizioni previste dagli artt. 7, 8, 9 e 10 Cp. L'esegesi della normativa citata permette di sistematizzare nel modo che segue le condizioni – tutte necessarie – alle quali è subordinata la perseguibilità in Italia dei reati commessi per intero all'estero: a) l'autore del fatto si trovi sul territorio italiano; b) non sia stata concessa la sua estradizione; c) vi sia stata richiesta in tal senso da parte del Ministro della giustizia; d) il delitto sia stato commesso a danno delle Comunità europee o di uno Stato estero o straniero; e) infine, nel caso di delitto commesso dallo straniero (integralmente all'estero), è necessario che per il delitto commesso sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni.

<sup>12</sup> Mi riferisco al d. lgs. 3.10.2017 n. 149, recante «Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniera».

<sup>13</sup> N. Galantini, *Sentenze penali e trasferimento dei procedimenti penali nella riforma dei rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in *RIDPP* 2018, 607.

<sup>14</sup> Nell'ottica di un necessario coordinamento internazionale deve anche essere considerata la tenuta della strategia politico-criminale incentrata sull'autocontrollo finalizzato alla prevenzione dell'illegalità d'impresa. In particolare, vari ordinamenti incentivano l'emersione degli illeciti e la cooperazione con l'autorità giudiziaria attraverso l'offerta di benefici premiali: il rischio di subire in diversi Paesi una moltiplicazione dei procedimenti *in idem* a seguito di una trasparente ammissione di illeciti organizzativi può allora indurre le persone giuridiche a rinunciare al *self reporting*, celando le carenze organizzative manifestate dall'ente e le condotte criminose generate da soggetti riconducibili alla *societas*. Con riferimento, ad esempio, alla corruzione internazionale, tra gli altri, R. W. Tarun, P. Tomczak, *A Proposal for a United States Department of Justice Foreign Corrupt Practices*

giurisdizione nazionale per il tramite dell'art. 6 Cp (che inevitabilmente "trascina" la responsabilità da reato della persona giuridica), l'assenza, nel d.lgs. 231/2001, di una esplicita disposizione preclusiva di un secondo giudizio per reati commessi anche in Italia e il mancato riconoscimento di un generale principio di *ne bis in idem* internazionale favoriscono nel nostro Paese la reiterazione, sempre e comunque, del giudizio già avviato e magari concluso all'estero con evidenti conseguenze negative per la persona giuridica oggetto di plurime misure afflittive.

Ma procediamo con ordine.

Ripercorrerò innanzitutto la giurisprudenza italiana sul *ne bis in idem* internazionale (§ 2), esaminando poi la risalente giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha legittimato il granitico disconoscimento di una preclusione a un nuovo giudizio derivante da un giudicato estero (§ 3). Analizzerò quindi alcune recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità e di costituzionalità che hanno ampiamente rivalutato il significato e l'importanza del principio del *ne bis in idem* (quantomeno) nell'ambito interno (§ 4). Valorizzando il principio di proporzionalità, quale argine alle istanze punitive dello Stato, sosterrò l'incompatibilità dell'art. 11 Cp con i diritti garantiti dalla Carta costituzionale (§ 5) e formulerò alcune proposte di riforma dello stesso (§§ 6-7). Infine, dopo un breve accenno alla litispendenza internazionale, problema inscindibilmente connesso alla ripetibilità del giudizio in Italia (§ 8), esaminerò la disciplina del *ne bis in idem* internazionale rispetto alla responsabilità da reato degli enti (§ 9).

2. La Suprema Corte, come si accennava, affronta periodicamente il problema dell'applicazione dell'art. 11 Cp per fatti già giudicati da Paesi stranieri: nel riconoscere che l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen «ha determinato la inapplicabilità dell'art. 11 c.p. sul rinnovamento del giudizio *in idem*, avendo la disposizione istituito uno spazio giudiziario europeo», nega, in modo sistematico, la valenza di un generale principio di *ne bis in idem* internazionale<sup>15</sup>.

---

*Leniency Policy*, in 47 *Am. Crim. L. Rev.*, 2010, 153 ss.; C. Dunn, *Can't They Cooperate?*, in *Corporate Counsel*, 1.3.2012: «The potential for double jeopardy may also deter companies from coming forward to disclose bribery violations in the first place if an admission in one jurisdiction, rather than helping to close a matter, only exposes a company to further liability elsewhere»; E. K. Spahn, *Multijurisdictional Bribery Law Enforcement: The OECD Anti-Bribery Convention*, in 53 *Va. J. Int'l. L.*, 2012, 30.

<sup>15</sup> Così N. Galantini, *Il ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo: tra guardi e prospettive*. Testo della relazione al Workshop dell'Osservatorio permanente sulla criminalità organizzata su "La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'UE dopo il Trattato di Lisbona", Siracusa, 23-24 aprile 2010. Il testo è leggibile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22.2.2011. Più recentemente, E. Aprile, *Il principio del ne bis in idem internazionale*, in *Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di A. Marandola, Milano 2018, 371 ss.



In particolare, può considerarsi unanime l'indirizzo della giurisprudenza che legittima un nuovo giudizio per un medesimo fatto, già oggetto di una pronuncia da parte di un'autorità di uno Stato estero, nel caso in cui con quest'ultimo l'Italia non abbia concluso un trattato internazionale che precluda la ripetizione del giudizio.

In particolare, è frequente l'affermazione secondo cui in assenza di uno specifico trattato tra Italia e Stato estero, «il processo celebrato all'estero nei confronti del cittadino ovvero [...] di imputato straniero non preclude la rinnovazione del giudizio in Italia per gli stessi fatti, in quanto nell'ordinamento giuridico italiano non vige il principio del "ne bis in idem" internazionale, prevedendo l'art. 11 c.p., comma 1, la rinnovazione del giudizio nei casi indicati dall'art. 6 c.p.». Ciò perché, secondo la Corte di Cassazione, il principio del *ne bis in idem* internazionale non può considerarsi «principio generale di diritto riconducibile alla categoria delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto, oggetto di ricezione automatica ai sensi dell'art. 10 Cost.»<sup>16</sup>.

In forza di tali assunti – nel caso oggetto della sentenza citata – la Suprema Corte ha annullato la sentenza di proscioglimento emessa nei confronti di un cittadino montenegrino accusato d'omicidio e già giudicato, per il medesimo fatto, da un tribunale del Montenegro.

Le pronunce – tanto di legittimità, quanto di merito – che negano l'esistenza del principio *ne bis in idem* internazionale sono ricorrenti: è ormai possibile un ideale "giro del mondo".

Si può iniziare, ad esempio, dalla Bosnia: in particolare, la Corte di Cassazione – in relazione al caso di un ufficiale dell'esercito bosniaco già giudicato in patria per l'omicidio di tre volontari italiani nel corso del conflitto balcanico – ha ricordato che «non sussiste alcun obbligo di diritto internazionale consuetudinario, cui lo Stato italiano debba conformarsi a mente dell'art. 10 Cost., comma 1, che imponga l'applicazione del principio del *ne bis in idem* in campo internazionale», rilevando in conclusione che «poiché nell'ordinamento italiano non vige il principio del *ne bis in idem* internazionale, la sentenza penale emessa in un Paese extra-Europeo non impedisce il rinnovamento del giudizio in Italia per lo stesso fatto [...] sicché il pregresso riconoscimento della sentenza penale straniera sullo stesso fatto - eventualmente richiesto dal Ministro della giustizia nel caso in cui non esista trattato di estradizione con lo Stato estero ex art. 12 c.p., comma 2, - non preclude il possibile esercizio dell'azione penale in Italia»<sup>17</sup>.

I medesimi principi erano già stati affermati in una più risalente sentenza della Suprema Corte relativa all'omicidio commesso da un cittadino italiano in Sudafrica e

<sup>16</sup> Cass. 12.6.2014 n. 29664 in *D&G* 2014.

<sup>17</sup> Cass. 9.5.2018 n. 24795 in *CP* 2019, 2, 726.

già giudicato dalle autorità di tale Paese. In particolare, la Corte di Cassazione ricordava che «il rinnovamento del giudizio nei confronti del cittadino o dello straniero per reati commessi all'estero, previsto dall'art. 11 c.p., è espressione di una precisa scelta di politica legislativa fondata sul principio di sovranità e di universalità della legge penale», sicché «a norma dell'art. 11 c.p., nell'ordinamento giuridico italiano non vige il principio del "ne bis in idem" internazionale e, dunque, il processo celebrato all'estero nei confronti del cittadino italiano non preclude la rinnovazione del giudizio in Italia per lo stesso fatto»<sup>18</sup>.

Anche rispetto all'Argentina le conclusioni non sono diverse: una recente pronuncia della Suprema Corte – oltre a rilevare la non identità dei fatti già giudicati dalle autorità argentine rispetto alla contestazione di associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti (art. 74 d.P.R. 309/1990) – ha ritenuto comunque irrilevante la presunta violazione del *ne bis in idem*, ricordando che il «processo celebrato all'estero nei confronti del cittadino non preclude la rinnovazione del giudizio in Italia per gli stessi fatti, in quanto nell'ordinamento giuridico italiano non vige il principio del ne bis in idem internazionale, prevedendo l'art. 11 c.p., comma 1 la rinnovazione del giudizio nei casi indicati dall'art. 6 cod. pen., cioè quando l'azione o omissione che costituisce il reato è avvenuta in tutto o in parte nel territorio dello Stato»<sup>19</sup>.

Analoghi rilievi sono stati esposti, seppur sinteticamente, in riferimento al caso di un soggetto imputato in Italia per traffico di stupefacenti, contestazione già oggetto di sentenza definitiva da parte di un tribunale peruviano<sup>20</sup>.

Ancora, sempre con motivazioni assai succinte, è stata esclusa l'operatività del *ne bis in idem* nel caso di un soggetto imputato per associazione mafiosa (art. 416-bis Cp) già condannato dalla Corte Distrettuale di New York per il delitto di «conspiracy»<sup>21</sup>.

L'indirizzo ermeneutico in esame è condiviso anche dalla giurisprudenza di merito.

In particolare, la Corte d'Assise di Lecce – chiamata a decidere su un caso di omicidio volontario già oggetto di una sentenza delle autorità messicane – ha ricordato che «poiché nell'ordinamento italiano non vige il principio del *ne bis in idem* internazionale, la sentenza penale emessa in un paese extraeuropeo non impedisce la rinnovazione del giudizio in Italia per lo stesso fatto»<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Cass. 5.2.2004 n. 12953 in *RP* 2004, 620.

<sup>19</sup> Cass. 27.9.2013 n. 41818 in *DeJure*.

<sup>20</sup> Cass. 26.3.2014 n. 36293 in *DeJure*.

<sup>21</sup> Cass. 27.3.2014 n. 37416 in *CEDCass*, m. 262205.

<sup>22</sup> Ass. Lecce, 15.12.2016 in *CP* 2017, 12, 4526 con nota di G. De Salvatore, *L'incidenza degli "atti atipici di tortura" sul ragionamento del giudice penale: riflessioni a margine di una pronuncia della Corte d'assise di Lecce*.

Infine – tornando a giurisdizioni più prossime (almeno geograficamente) all'Italia – sono frequenti i casi in cui l'operatività del principio del *ne bis in idem* internazionale è negata in riferimento a casi già giudicati dalla giurisdizione albanese.

Ad esempio – in una vicenda relativa al caso di un cittadino albanese già giudicato da un tribunale del suo Paese – la Suprema Corte ha ribadito «l'orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di questa Corte secondo il quale in caso di reato commesso nel territorio nazionale da un cittadino appartenente ad uno Stato con cui non vigono accordi idonei a derogare alla disciplina dell'art. 11 cod. pen., il processo celebrato in quello Stato non preclude la rinnovazione del giudizio in Italia per i medesimi fatti, non essendo il principio del "*ne bis in idem*" principio generale del diritto internazionale, come tale applicabile nell'ordinamento interno»<sup>23</sup>.

Insomma, il dato cruciale è che secondo la giurisprudenza italiana è legittimo un *bis in idem* rispetto a giudizi definitivi realizzati, per stare alle sole pronunce citate, in Albania, Argentina, Bosnia, Messico, Montenegro, Perù, Stati Uniti e Sud Africa.

La casistica relativa alle persone giuridiche è invece (comprensibilmente) piuttosto scarna.

Degno di nota, anche per le argomentazioni (piuttosto sbrigative) della Suprema Corte, è un recente caso di corruzione internazionale.

Si tratta della vicenda del consorzio TSKJ, ritenuto responsabile del pagamento di tangenti a funzionari pubblici nigeriani per la realizzazione di impianti di liquefazione del gas naturale nel Paese africano<sup>24</sup>.

La componente italiana del consorzio ha concluso un *Deferred Prosecution Agreement* con il Dipartimento di Giustizia americano, pagando una rilevante sanzione pecuniaria, nonché un accordo con la *Securities and Exchange Commission*, nell'ambito del quale ha dovuto versare un'ulteriore somma a titolo di confisca del profitto. Importante precisare che gli Stati Uniti non avevano in quel caso giurisdizione sulle persone fisiche, ma solo sugli enti considerati «*issuers*» ai sensi del FCPA. In

---

<sup>23</sup> E ancora, scrive il Collegio, «deve negarsi che il divieto di celebrazione di un nuovo giudizio possa considerarsi, rispetto alle sentenze straniere, un principio generale di diritto riconducibile alla categoria delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, oggetto di ricezione automatica ai sensi dell'art. 10 Cost., dovendo piuttosto essere oggetto di regolamentazione di natura pattizia tra gli Stati. Pertanto, in difetto di accordi idonei a derogare alla disciplina di cui all'art. 11, comma 1, cod. pen. [...], norma giudicata conforme ai precetti costituzionali (C. cost., n. 48 del 18.4.1967 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)), la sentenza pronunciata nei confronti di un cittadino straniero in uno Stato, col quale non sia stato stipulato un accordo di tale natura, non impedisce la celebrazione di altro giudizio per gli stessi fatti da parte dell'autorità giudiziaria italiana. Ed è quanto si verifica nei rapporti tra Italia ed Albania, Paesi che, pur aderendo entrambi alla CEDU, non hanno mai concluso un accordo bilaterale che disciplini l'applicazione reciproca del divieto di bis in idem», cfr. Cass. 21.5.2019 n. 33564 in *RDInt*, 2020, 1, 234. Sempre in riferimento ai rapporti tra giurisdizione italiana e albanese, cfr. Cass. 6.12.2016 n. 3315 in *CP*, 2017, 7-08, 2833.

<sup>24</sup> A. T. Bulovsky, *Promoting Predictability in Business: Solutions for Overlapping Liability in International Anti-Corruption Enforcement*, in 40 *Mich. J. Int'l L.* 2019, 549 ss.



Nigeria, la *Economic and Financial Crime Commission* ha chiuso un accordo che prevedeva l'applicazione di una sanzione di 30 milioni di dollari. In Italia, da ultimo, la società è stata condannata, come vedremo tra un momento, in via definitiva dalla Corte di Cassazione<sup>25</sup>. Il medesimo episodio corruttivo ha dato luogo all'esercizio dell'azione penale in diversi Paesi e alla comminazione di plurime misure sanzionatorie: non a caso, dunque, è oggi considerato «*the most flagrant example of these "carbon copy" prosecutions*» in materia di corruzione internazionale<sup>26</sup>.

Entriamo nel dettaglio della pronuncia di legittimità.

Scorrendo le motivazioni della Suprema Corte, si apprende che il ricorrente aveva dedotto «la violazione del divieto del bis in idem e delle convenzioni internazionali, per inosservanza ed erronea applicazione del D.lgs. n. 231 del 2001, art. 4, la inosservanza del D.lgs. n. 231 del 2001, art. 34 e dell'art. 649 cod. proc. pen., nonché la motivazione apparente e contraddittoria: per i medesimi fatti per la società coinvolta il processo si è già concluso in Nigeria, come documentato in atti (l'accordo concluso tra tale società e le autorità giudiziarie nigeriane per la definizione del processo riguardava tutte le società ad essa collegate, controllanti o controllate), così come negli Stati Uniti d'America, con conseguente applicabilità degli artt. 4 e 34 cit., articolo quest'ultimo che richiama tutte le disposizioni del codice di rito penale e quindi anche l'art. 649 c.p.p., come tra l'altro discende anche dall'art. 35 dello stesso D.lgs.»<sup>27</sup>.

In questo modo vengono sintetizzate le doglianze difensive.

Di segno contrario le motivazioni del Collegio, per il quale gli «accordi raggiunti in Nigeria e negli Stati Uniti d'America per la definizione dei processi penali avviati in tali Stati non precludono la rinnovazione del giudizio in Italia per i medesimi fatti. In relazione a questi Paesi non vige infatti alcun obbligo pattizio che impedisca l'esercizio della giurisdizione italiana. Tale obbligo non sussiste non solo per il perseguimento degli illeciti previsti dal D.Lgs. n. 231 del 2001, ma neppure in relazione ai reati ad essi connessi»<sup>28</sup>.

Il principio è chiaro: anche rispetto alla responsabilità da reato degli enti non sussiste, in assenza di obblighi pattizi, alcun limite alla rinnovazione del giudizio. La giurisprudenza, in definitiva, attraverso l'applicazione dell'art. 6 Cp attrae nell'orbita della giurisdizione italiana gli enti collettivi i cui esponenti hanno realizzato condotte

---

<sup>25</sup> Cass. 12.2.2016 n. 11442 in *DPP* 2016, 10, 1320 ss., con nota di V. Mongillo *La repressione della corruzione internazionale: costanti criminologiche e questioni applicative*.

<sup>26</sup> A. T. Bulovsky, *op. cit.*, 550 s. Il caso è citato anche da Pieth, *Overview of the jurisdictional principles*, in *The OECD Convention on Bribery: A Commentary* a cura di M. Pieth, L. A. Low, P. J. Cullen, 286, nt. 136, il quale ritiene che teoricamente vi sarebbero state almeno 10 giurisdizioni competenti sulla vicenda. Per un'illustrazione di altri casi, J. Holtmeier, *Cross-Border Corruption Enforcement: A Case for Measured Coordination Among Multiple Enforcement Authorities*, in *84 Fordham L. Rev.* 2015, 495.

<sup>27</sup> Cass. 12.2.2016 n. 11442, cit.

<sup>28</sup> Cass. 12.2.2016 n. 11442, cit.

che solo in via marginale hanno lambito il nostro Paese. L'ampia concezione territoriale rende dunque il reato "commesso" in Italia e quindi non operativa la garanzia del divieto di doppio giudizio ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 231/2001 (interpretato invece in chiave restrittiva, sul punto *infra*, § 9).

Per concludere sul punto, la realizzazione di un *bis in idem* rispetto a un giudizio già celebrato *all'estero* costituisce – a differenza di una pronuncia irrevocabile *interna* che comporta il divieto di un secondo giudizio ai sensi dell'art. 649 Cpp – un risultato imposto dallo stesso ordinamento, «espressione di una precisa scelta di politica legislativa fondata sul principio di sovranità e di universalità della legge penale, alla cui stregua nella Relazione del Guardasigilli al vigente codice penale è precisato che "in niun caso e per nessun titolo può essere riconosciuta alla sentenza del giudice straniero efficacia preclusiva all'applicazione della legge italiana e quindi all'esercizio della nostra giurisdizione" (Rel. I, 42)»<sup>29</sup>.

Nel nostro ordinamento, quindi, «il principio dell'ubiquità tende a riportare nell'ambito del territorio dello Stato il maggior numero di reati possibili e la tendenza repressiva universalistica porta a un'ampia dilatazione della sfera di applicazione delle nostre leggi penali». Dal punto di vista processuale poi, «il nostro codice risolve il problema nei termini nazionalistici, e non collaborativi, del rinnovamento del giudizio e della irrilevanza delle sentenze penali straniere»<sup>30</sup>.

Tale scelta legislativa rimane oggi ancora in vita, sebbene temperata da una rete di accordi internazionali. Come ha scritto di recente Bruno Nascimbene, «la pretesa punitiva è connessa ad una sovranità che lo Stato è restio a cedere o limitare, e dunque a fare oggetto di una collaborazione internazionale che deve avere come presupposto una reciproca fiducia fra sistemi giurisdizionali. Solo la collaborazione (fondata sulla fiducia) può evitare conflitti di giurisdizione e contrasti di giudicato, riconoscendo a una decisione penale, alla sanzione comminata in altro Stato, la stessa efficacia di una decisione o sanzione interna dello Stato»<sup>31</sup>.

Si tratta allora di comprendere se sia compatibile con la nostra Carta Costituzionale, con riferimento ai reati commessi anche nel territorio dello Stato, un automatico rinnovamento del giudizio penale *in idem* in tutti i casi in cui tale reciproca fiducia non sia, per qualsiasi ragione, cristallizzata in un accordo internazionale.

In realtà, è ormai tempo di riconoscere che la posizione del nostro ordinamento, rispetto ai casi esaminati, si pone in contrasto – nella sua propensione a privilegiare sempre e comunque le pretese dello Stato – con la Carta costituzionale, con l'ampio

<sup>29</sup> Cass. 5.2.2004 n. 162, in *CP* 2004, 11, 3570 ss., con nota di J.P. Pierini. Sul punto poi, M. Pisani, *Francesco Carrara e il ne bis in idem internazionale*, in *RDInt* 2005, 1022 ss.

<sup>30</sup> F. Mantovani, *op. cit.*, 914.

<sup>31</sup> B. Nascimbene, *op. cit.*, 5.

riconoscimento del divieto di *bis in idem* rispetto al giudicato interno e, *last but not least*, con i principi fondamentali riconosciuti dalla comunità internazionale.

Il problema, come anticipato, è provare a comporre un assetto armonico dei diversi interessi in gioco che, assumendo come regola la tutela di diritti individuali pregiudicati dal *bis in idem*, lasci spazio, in casi eccezionali, alle ragioni delle pretese punitive nazionali.

È il momento insomma di costruire – anticipo una delle principali conclusioni di questo scritto – una nuova regola del rinnovamento del giudizio *in idem* superando il vecchio arnese dell'art. 11 Cp e la previsione, nata già obsoleta, dell'art. 4 d.lgs. n. 231/2001.

3. Non è certo il caso di indugiare in questa sede sul fatto che il principio dell'art. 11 Cp si ponga, come scrive di recente Novella Galantini, tra gli studiosi che più attenzione ha dedicato al problema che ci occupa, «in totale distonia con il sistema pattizio attuale, internazionale ed eurounitario»<sup>32</sup>. A prescindere dal tormentato percorso verso il riconoscimento della natura di diritto internazionale consuetudinario del principio, è ormai patrimonio comune il «progressivo irrobustimento del novero degli strumenti pattizi che espressamente fanno riferimento al divieto di doppio processo»<sup>33</sup>. Non tornerò dunque sul punto.

Vorrei invece soffermare subito l'attenzione sulla tenuta costituzionale dell'art. 11 Cp.

In anni ormai lontani, la questione di legittimità dell'art. 11 Cp è stata più volte posta all'attenzione della Corte costituzionale<sup>34</sup>, che ha sempre ritenuto la piena conformità della norma ai canoni della Carta fondamentale. Vale la pena in proposito ricordare le argomentazioni salienti svolte dalla Consulta in una pronuncia del 1976, la quale, con riferimento all'art. 11, co. 1, Cp, contiene, a sua volta, ampie citazioni della precedente sentenza n. 48 del 1967 (che invece aveva ad oggetto l'art. 11, co. 2, Cp).

Rilevava la Corte come «il divieto del *bis in idem* con riferimento alle sentenze pronunciate all'estero non ha il valore di principio comune alla generalità degli ordinamenti statuali moderni, e non può pertanto considerarsi come una delle “norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”, a cui l'ordinamento italiano si conforma giusta il disposto dell'art. 10 della Costituzione».

---

<sup>32</sup> N. Galantini, *Sentenze penali e trasferimento dei procedimenti penali nella riforma dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., 607; si veda anche Luparia, *La litispendenza internazionale*, cit., 51 ss.

<sup>33</sup> L. Luparia, *La litispendenza internazionale*, cit., 60 ss.

<sup>34</sup> N. Galantini, *Il principio del “ne bis in idem” internazionale nel processo penale*, Milano 1984, 129 ss.

Secondo la Corte poi «l'ordinamento italiano, come quelli della maggior parte degli Stati moderni, si ispira ai principi della territorialità ed obbligatorietà generale della legge penale»; sostiene inoltre che «le disposizioni del primo e del secondo comma dell'art. 11, hanno una obbiettiva giustificazione nella difforme realtà della disciplina penale e processuale penale nei diversi ordinamenti giuridici positivi, nei quali «la valutazione sociale e politica dei fatti umani, in specie nel campo penale, si manifesta con variazioni molteplici e spesso profonde da Stato a Stato», con la conseguente tendenza a mantenere come regola, nell'autonomia dei singoli ordinamenti, il principio della territorialità. «Una efficacia preclusiva della sentenza penale in campo internazionale presupporrebbe d'altronde, oltre la già rilevata identità di riflessi sociali e politici, anche una assai larga uniformità di previsione delle varie fattispecie penali, e una pressoché identica valutazione, nella coscienza dei popoli, delle varie forme delittuose e della entità e pericolosità della delinquenza in ciascuno Stato: condizioni che non sussistono o non sussistono in misura adeguata. Il che spiega e dà fondamento attuale al permanere del principio della territorialità nelle varie legislazioni» (sentenza n. 48 del 1967)».

Ancora, la Corte Costituzionale osservava che il principio del *ne bis in idem* non sarebbe in contrasto con il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost.: detto principio infatti, con riferimento all'efficacia delle sentenze penali straniere, non dovrebbe essere «riconosciuto come inerente ai diritti inviolabili della persona umana in base alla Convenzione europea del 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848. Non sembra nemmeno possibile» - continuava la Consulta - «considerare detto principio quale espressione di una insopprimibile esigenza di giustizia, in senso assoluto, sì da ravvisare nella sua inapplicabilità in determinate situazioni una violazione della garanzia costituzionale del diritto di difesa. [...] Le disposizioni dell'articolo 11, primo e secondo comma, del codice penale contengono solo una circoscritta deroga al principio processuale nei riguardi delle sentenze straniere concernenti determinate ipotesi di reati più rilevanti e, per i reati commessi all'estero, con l'ulteriore garanzia della richiesta di procedimento da parte del Ministro per la giustizia; mentre l'art. 138 dello stesso codice limita opportunamente gli effetti sostanziali di tale deroga, prescrivendo il computo della eventuale carcerazione preventiva o della pena già scontata all'estero»<sup>35</sup>.

Come si vede, la Corte Costituzionale poggiava le proprie conclusioni a favore del rinnovamento del giudizio anche in presenza di un *bis in idem*, fondamentalmente, su tre argomentazioni: innanzitutto, sulla «difforme realtà della disciplina penale e processuale penale nei diversi ordinamenti giuridici positivi»; in secondo luogo, sul

<sup>35</sup> C. cost., 8.4.1976 n. 69 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

fatto che l'«efficacia preclusiva della sentenza penale in campo internazionale» frustrerebbe l'autonoma valutazione da parte del nostro ordinamento dei fatti meritevoli di sanzione penale; infine, sulla compatibilità del principio codificato nell'art. 11 Cp con il diritto di difesa dell'imputato.

Prima di entrare nella critica di questa giurisprudenza è bene riconoscere che la Consulta non è di certo isolata nel sostegno a tali posizioni.

La Corte costituzionale federale tedesca, tra le altre, ha più volte ribadito che le pronunce straniere non possono precludere un nuovo procedimento penale in Germania<sup>36</sup> e, nello stesso senso, si è pronunciata la Corte Suprema americana per la quale «la Costituzione degli Stati Uniti non ha accolto la dottrina dell'*international double jeopardy*»<sup>37</sup> e anzi, come afferma di recente, valorizzando la dottrina della *dual sovereignty*, «a crime against two sovereigns constitutes two offenses because each sovereign has an interest to vindicate»<sup>38</sup>.

Il punto cruciale, da mettere subito in evidenza, è che nel pensiero della Consulta, cui si è conformata fino ad oggi la giurisprudenza italiana di legittimità e di merito, i «principi della territorialità ed obligatorietà generale della legge penale», e quindi l'interesse dello Stato a perseguire con il tramite del diritto penale finalità di tutela di beni giuridici, si impongono in maniera assoluta, senza eccezioni e a prescindere dalla ricorrenza di variabili che possono rendere in concreto non più necessario, rispetto alle predette finalità, l'esercizio della potestà punitiva.

Lo stesso ordine di problemi, possiamo anticiparlo, presenta la disciplina della responsabilità da reato delle persone giuridiche che prevede in modo netto il divieto di doppio giudizio per gli illeciti commessi integralmente all'estero (art. 4 del d.lgs. n. 231/2001), ma tace rispetto al rinnovamento del giudizio in Italia per fatti commessi anche nel nostro Paese.

Tale ultima questione sarà affrontata a tempo debito (*infra*, § 9). Al momento è opportuno evidenziare che la necessaria ponderazione degli interessi in gioco, riduttivamente sminuiti dalla risalente giurisprudenza della Consulta, è invece oggi il cuore delle argomentazioni della stessa Corte con riferimento al *ne bis in idem* domestico.

<sup>36</sup> Da ultimo, BVerfG, 2 BvR 38/06, 4.12.2007, in cui si afferma, riprendendo la pronuncia BVerfG, 2 BvM 2/86 vom 31.03.1987, che «Ein Grundsatz ne bis in idem mit zwischenstaatlicher Geltung hat sich auch in der Zeit nach 1987 weder als Völkergewohnheitsrecht noch als allgemeiner Rechtsgrundsatz verfestigt».

<sup>37</sup> Si veda, in particolare, *U.S. v. Martin*, 574 F.2d 1359, 1360 (5th Cir. 1978).

<sup>38</sup> *Gamble v. United States*, 139 S. Ct. 1960 (2019) disponibile sul sito internet della *Supreme Court* statunitense: [https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-646\\_d18e.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-646_d18e.pdf)



4. Lasciamo la parola alla Consulta nel caso c.d. Eternit del 2016: «È il caso però di sottolineare che nell'ordinamento nazionale non si può avere un soddisfacimento di pretese punitive che non sia contenuto nelle forme del giusto processo, ovvero che non si renda compatibile con il fascio delle garanzie processuali attribuite all'imputato. Né il principio di obbligatorietà dell'azione penale, né la rilevanza costituzionale dei beni giuridici che sono stati offesi, cui le parti private si sono ampiamente riferite, possono rendere giusto, e quindi conforme a Costituzione, un processo che abbia violato i diritti fondamentali, e costituzionalmente rilevanti, della persona che vi è soggetta. Tra questi non può non annoverarsi il "principio di civiltà giuridica, oltre che di generalissima applicazione" (ordinanza n. 150 del 1995) espresso dal divieto di *bis in idem*, grazie al quale giunge un tempo in cui, formatosi il giudicato, l'individuo è sottratto alla spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto. In caso contrario, il contatto con l'apparato repressivo dello Stato, potenzialmente continuo, proietterebbe l'ombra della precarietà nel godimento delle libertà connesse allo sviluppo della personalità individuale, che si pone, invece, al centro dell'ordinamento costituzionale (sentenza n. 1 del 1969; in seguito, sentenza n. 219 del 2008)».

E ancora, nel ricondurre il principio del *ne bis in idem* agli artt. 24 e 111 Cost., così si esprime il Collegio: «Benché non riconosciuto espressamente dalla lettera della Costituzione, tale principio è infatti immanente alla funzione ordinante cui la Carta ha dato vita, perché non è compatibile con tale funzione dell'ordinamento giuridico una normativa nel cui ambito la medesima situazione giuridica possa divenire oggetto di statuizioni giurisdizionali in perpetuo divenire. Nel diritto penale, questa Corte ha da tempo arricchito la forza del divieto, proiettandolo da una dimensione correlata al valore obiettivo del giudicato (sentenze n. 6 e n. 69 del 1976, n. 1 del 1973 e n. 48 del 1967) fino a investire la sfera dei diritti dell'individuo, in quanto "principio di civiltà giuridica" (ordinanza n. 150 del 1995; inoltre, sentenze n. 284 del 2003 e n. 115 del 1987), oltretutto dotato di "forza espansiva" (sentenza n. 230 del 2004), e contraddistinto dalla natura di "garanzia" personale (sentenza n. 381 del 2006)»<sup>39</sup>.

Insomma, la Consulta si pone nel solco delle precedenti pronunce con cui «ha progressivamente arricchito la forza del divieto, proiettandolo da una dimensione di tutela del valore obiettivo del giudicato (*res judicata pro veritate habetur*) alla dimensione di diritto fondamentale dell'individuo, quale principio di civiltà giuridica, dotato di forza espansiva e contraddistinto dalla natura di garanzia personale»<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> C. cost., 21.7.2016 n. 200 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 Cpp nella parte in cui limitava l'applicazione del principio all'esistenza del *medesimo fatto giuridico*, invece che – conformemente alla consolidata giurisprudenza della Corte Edu relativamente all'art. 4 Prot. 7 Cedu – all'esistenza del *medesimo fatto storico*.

<sup>40</sup> R. Calò, *Divieto di doppio processo. La dimensione costituzionale del divieto di doppio processo*, in *GI* 2016, 10, 2240 ss.

Evidente il cambio di passo della Corte.

La chiave di volta è oggi, rispetto al *bis in idem* interno, il necessario bilanciamento tra il «soddisfacimento delle pretese punitive» dello Stato e il «giusto processo», «il fascio delle garanzie processuali attribuite all'imputato», i «diritti fondamentali, e costituzionalmente rilevanti, della persona».

Si badi, la pronuncia della Corte Costituzionale appena citata si colloca nel contesto di un deciso riconoscimento dell'ampiezza del principio del *ne bis in idem* rispetto all'applicabilità dell'art. 649 Cpp. Così, tra le altre, un'importante sentenza delle Sezioni Unite ha esteso il divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto anche ai casi in cui sia intervenuta, nell'ordinamento italiano, una sentenza non ancora irrevocabile. Chiamate a esprimersi sul meccanismo di risoluzione delle situazioni di litispendenza, non riconducibili all'ambito dei conflitti di competenza di cui all'art. 28 Cpp, le Sezioni Unite hanno affermato, nel solco anche della precedente giurisprudenza costituzionale<sup>41</sup>, che l'art. 649 Cpp rappresenta in realtà «l'espressione di un principio più ampio, che, anche in assenza di una sentenza irrevocabile, rende la duplicazione dello stesso processo incompatibile con le strutture fondanti dell'ordinamento processuale e ne permette la rimozione con l'impiego dei rimedi enucleabili dal sistema»<sup>42</sup>.

Non si tratta, secondo i giudici di legittimità, di ricorrere ad una «applicazione diretta» dell'art. 649 Cpp, «la cui configurazione normativa risulta tracciata in confini ben precisi e delimitati», ma di far leva «su un principio che la trascende ed è collocato a monte della stessa, corrispondendo l'art. 649 Cpp ad una delle plurime specificazioni di una direttiva generale alla quale è conformato tutto il sistema processuale». Insomma, per la Suprema Corte, la norma «costituisce un singolo, specifico, punto di

<sup>41</sup> Secondo C. cost., 27.7.2001 n. 318 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), non competerebbe alla Consulta «indicare la norma processuale da applicare al caso di specie, né stabilire se, nell'ipotesi di precedente sentenza di condanna per il medesimo fatto non ancora passata in giudicato, debba aversi riguardo a quanto disposto dall'art. 649 c.p.p. o se, in ossequio ad una accezione più piena del principio *ne bis in idem*, tale che in esso sia compreso il divieto di sottoporre a procedimento penale una stessa persona più di una volta per il medesimo fatto, debba trovare applicazione l'art. 529 c.p.p., la cui operatività non è limitata, secondo quanto questa Corte ha già chiarito nella sentenza n. 27 del 1995, ai casi di difetto delle condizioni di procedibilità espressamente enumerate nel Titolo III del Libro V del codice di procedura penale, ma può essere ragionevolmente estesa fino a comprendere tutte le ipotesi in cui per quel medesimo fatto l'azione penale non avrebbe potuto essere coltivata in un separato procedimento perché già iniziata in un altro». Ancora la Corte costituzionale, in una pronuncia di poco successiva sull'art. 34 Cpp ha osservato che «è da escludersi che il giudice possa essere chiamato a pronunciarsi una seconda volta sull'ipotesi accusatoria in vista dell'apertura di un nuovo giudizio, e ciò sia che debba aversi riguardo a quanto disposto dall'art. 649 c.p.p., sia che trovi applicazione il principio del *ne bis in idem* in un'accezione più ampia di quella risultante dal predetto art. 649 e tale da impedire l'eventualità di procedimenti simultanei, rendendo applicabile, anche in tal caso, l'art. 529 c.p.p., la cui previsione possa ragionevolmente estendersi a comprendere le ipotesi in cui l'azione penale non abbia da avere corso in un procedimento perché già promossa in un altro», cfr. C. cost., 6.3.2002 n. 39 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>42</sup> Cass. S.U. 28.6.2005 n. 34655 in *D&G*, 2005, 40, 82.

emersione del principio del *ne bis in idem*, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema. A tale divieto va attribuito, pertanto, il ruolo di principio generale dell'ordinamento dal quale, a norma del secondo comma dell'art. 12 delle Preleggi, il giudice non può prescindere quale necessario referente dell'interpretazione logico – sistematica».

In proposito, la Suprema Corte, nel ritenere il *ne bis in idem* «regola costitutiva [...] di un *diritto civile e politico dell'individuo*», non manca di valorizzare, tra l'altro, la previsione dell'art. 111 Cost., disposizione che, «nella sua impronta tipicamente accusatoria, richiede non solo la rispondenza alle regole della ragionevole durata del processo e della parità delle parti, ma sottende altresì, in armonia con le principali fonti normative internazionali [...], il diritto dell'imputato a non essere perseguito più di una volta per l'identico fatto. È evidente, inoltre, che un sistema, che non riconoscesse al divieto del *bis in idem* il carattere di principio generale dell'ordinamento potrebbe dischiudere la via a prassi anomale ed a condotte qualificabili come vero e proprio “abuso del processo”, perché idonee a vulnerare la regola dell'immediatezza e della concentrazione della formazione della prova in contraddittorio, rendendo possibile un uso strumentale del potere di azione per finalità inconciliabili con la legalità e l'ordine processuali»<sup>43</sup>.

Nel provare a dare una sintetica chiave di lettura della più recente giurisprudenza della Consulta e della Suprema Corte, mi pare di poter dire che l'argomentazione sia sempre (almeno implicitamente) condotta mediante il canone della proporzione, quel principio che, in senso generale, «veicola la preoccupazione garantistica di evitare arbitri o eccessi punitivi, a protezione della fondamentali libertà individuali»<sup>44</sup>. Le Corti, in altre parole, valutano la «proporzione d'impatto», sulle prerogative dell'individuo, di un giudizio *in idem* e concludono che un tale giudizio è

---

<sup>43</sup> D'altra parte, rileva la dottrina a sostegno della decisione delle Sezioni Unite, se «il divieto di *bis in idem* mira ad adempiere la essenziale funzione garantistica di impedire che un soggetto sia sottoposto ad un secondo procedimento penale per lo stesso fatto, allora poco importa quale sia lo stato di avanzamento del processo avviato per primo: in ogni caso si pone l'esigenza di evitare al cittadino di subire il “costo umano” connesso ad una multipla persecuzione penale. In tale ottica, sarebbe davvero irragionevole imporre all'imputato di attendere il giudicato formale prima di porre rimedio alla duplicazione di processi a suo carico; così come sarebbe irragionevole assicurargli un rimedio solo allorché la litispendenza sia determinata da questioni di competenza e non anche nel caso – indice di una situazione ancor più patologica – in cui i processi pendano dinanzi alla medesima sede giurisdizionale», così P. Troisi, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in DPP 2006, 731. Sulla rilevanza del principio anche in ambito internazionale quale principio ispiratore dell'ordinamento, cfr. E. Aprile, *op. cit.*, 376 s.

<sup>44</sup> G. Fiandaca, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in CP 2017, 13 ss.

tendenzialmente da scongiurare considerati i pregiudizi per valori fondamentali tutelati dalla nostra Carta costituzionale<sup>45</sup>.

In effetti, come scrive Francesco Palazzo, la proporzione, oltre a essere principio di giustizia nel rapporto tra reato e pena, viene anche «a svolgere una netta funzione di garanzia della persona nei confronti del potere pubblico e – per quanto segnatamente c’interessa – del potere punitivo statale. Più in particolare, la proporzione è lo strumento operativo, per dir così, della teoria e della pratica dei diritti fondamentali nello Stato di diritto: nel senso, cioè, che essa per un verso postula la preminenza dei diritti fondamentali rispetto alle esigenze della “ragion di Stato” e, per l’altro, conseguentemente, funge da misura di legittimità sostanziale dell’eventuale sacrificio cui i diritti possono soggiacere»<sup>46</sup>.

Possiamo dunque senz’altro concludere che «il giudizio di proporzionalità, pur non espressamente contemplato dalla Costituzione, possa essere ritenuto implicito, contribuendo a definire il tasso di equità dei processi ex art. 111 c. 1, e risultando sovrapponibile al giudizio di ragionevolezza adottato dalla Corte Costituzionale per sindacare la correttezza dei bilanciamenti legislativi»<sup>47</sup>.

Ecco, il canone della proporzione, come garanzia, guida il complesso bilanciamento tra la “ragion di Stato”, da un lato, e il sacrificio dei diritti individuali pregiudicati da un nuovo procedimento penale per il medesimo fatto, facendo chiaramente propendere – nella giurisprudenza della Consulta – per la tutela dell’individuo in ragione di un’ampia rete di principi costituzionali irragionevolmente violati dal *bis in idem*.

Naturalmente, e lo si vedrà nel prossimo paragrafo, anche la proporzione come canone di valutazione del carico sanzionatorio viene in rilievo nel misurare gli esiti

<sup>45</sup> Di «proporzione di impatto» parla, in un più ricco studio sulla *extrema ratio*, C. E. Paliero, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?*, in *RIDPP* 2018, 1447 ss.

<sup>46</sup> F. Palazzo, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in AA. VV., *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Mantova 2017, 314. Anche V. Manes, *Il controllo di costituzionalità e il congedo dalle “rime obbligate”: il difficile equilibrio tra legalità e proporzionalità*, in corso di pubblicazione, per il quale «la valorizzazione del principio di proporzionalità rappresenta una risorsa preziosa, meritevole di essere sondata, ancora e più, in tutta le ulteriori potenzialità che tale canone offre: non solo, dunque, sul fronte dell’equilibrio tra precetto e sanzione – in ordine cioè al *quantum* della sanzione – ma prima e più in alto sul versante della legittimità stessa del precetto – ossia sull’*an* dell’intervento penale –, dove l’opzione punitiva di divieto o comando deve essere verificata, anzitutto, a misura dell’impatto sui diritti fondamentali che la stessa inevitabilmente incide e comprime, sino a poterne “congelare” – direttamente o indirettamente – il godimento (*c.d. chilling effect*)». Sul principio di proporzione, nella letteratura processualistica, tra gli altri, M. Caianello, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *DPenCont* 2014, 148, per il quale «la proporzionalità può essere considerata un corollario della inviolabilità di certe prerogative individuali tutelate dalla Costituzione che tipicamente, anche se non esclusivamente, sono poste in tensione nell’alveo del procedimento penale».

<sup>47</sup> M. Daniele, *Habeas Corpus. Manipolazioni di una garanzia*, Padova 2017, 23.

afflittivi di un giudizio *in idem*: un nuovo processo è da considerarsi già, e a prescindere dall'esito e dall'eventuale intervento dei criteri dell'art. 138 Cp, un'ulteriore pena.

Bisogna allora chiedersi se vi siano ragioni che richiedano di adottare un corredo argomentativo differente con riferimento al *ne bis in idem* internazionale: «la forza del divieto», per usare le parole della Consulta, nella dimensione nazionale perde vigore se fondata su un giudizio già svolto in un altro Paese? Può quel principio, «immanente alla funzione ordinante cui la Carta ha dato vita», essere affievolito in considerazione del Paese di provenienza del primo giudizio?

Si tratta in definitiva di capire se il canone della proporzione possa condurre a valutazioni differenti rispetto al rinnovamento del giudizio ai sensi dell'art. 11 Cp e quindi se le eventuali persistenti ragioni di un nuovo giudizio *in idem* non possano essere tutelate adeguatamente in modo meno lesivo rispetto ai diritti della persona.

Proviamo quindi a ragionare, secondo la logica della proporzione, pesando le ragioni dello *ius puniendi* rispetto all'impatto sulle prerogative individuali<sup>48</sup>.

5. Si è già accennato che la principale ragione che «impedisce l'adozione di un divieto di doppia persecuzione transnazionale è la diffidenza di molti Stati nei confronti dei sistemi giuridici stranieri» che potrebbero non assicurare la difesa di interessi della collettività nazionale. Se venisse riconosciuto in via generale un principio di *ne bis in idem* transnazionale, il secondo Stato precedente dovrebbe, a scatola chiusa, «accettare l'esito di un procedimento penale magari non in linea con i propri "standard" di diritto penale»<sup>49</sup>.

D'altra parte, se guardiamo al nostro Paese, il principio del rinnovamento del giudizio *in idem* si fondava, nella sua impostazione originaria, sulla necessità di garantire «la difesa delle condizioni essenziali di esistenza della società e dello Stato», compito «essenziale alla sovranità dello Stato» che «non può subire alcuna limitazione, nemmeno indiretta, quale potrebbe derivare dall'attività giurisdizionale di uno Stato estero, il che è quanto dire dall'esercizio della sovranità di un altro Stato»<sup>50</sup>.

Una tale diffidenza rispetto alla giustizia penale esercitata in altri Paesi, quindi, ha origini risalenti: è ascrivibile all'obiettivo di una «rigorosa autodifesa, espressione di quella concezione dello Stato da cui nacque il vigente Codice» ed anche, nei suoi contenuti più estremi, a un certo «tipo di Stato», che si sente «portatore della verità

---

<sup>48</sup> Si veda, proprio nella logica del bilanciamento tra *Rechtsgüterschutz* e *Grundrechtsbeachtung* con riguardo al divieto di *bis in idem* internazionale, diffusamente D. Voulgaris, *op. cit.*, 68 ss.

<sup>49</sup> D. Voulgaris, *op. cit.*, 189.

<sup>50</sup> *Relazione ministeriale sul progetto del Codice Penale*, I, 91.



assoluta», uno Stato «totalitario» che in quanto tale «postula la sfiducia negli altri Stati, con la duplice conseguenza di una ampia efficacia extraterritoriale della propria legge e di una non collaborazione internazionale»<sup>51</sup>.

Insomma, come rileva Stefano Manacorda, si tratta di una norma «espressione di una vocazione universalistica e autarchica del tutto superata»<sup>52</sup>.

Oggi, in un contesto storico e politico radicalmente mutato, il rinnovamento del giudizio ha perso ogni fondamento di stampo autoritario: «l'autorità non è più il fondamento di nulla, ma il semplice ausilio materiale della tutela giuridica dei valori»<sup>53</sup>. Il doppio giudizio rimane invece poggiato sull'assunto, sempre più fragile, della tendenziale sfiducia verso la giurisdizione di Paesi terzi.

È quello che, con altre parole, scriveva la già citata Corte Costituzionale qualche decennio orsono: la difforme realtà della disciplina punitiva nei diversi ordinamenti giuridici positivi, frutto di divergenti prospettive sociali e politiche, imporrebbe di conservare, come regola, l'autonomia dei singoli ordinamenti.

Di certo però non è più sostenibile, tra le ragioni della diffidenza, l'argomento, accolto come abbiamo visto dalla risalente giurisprudenza costituzionale, per il quale vi sarebbe una spiccata disomogeneità tra i diversi Paesi nelle strategie di contrasto alla criminalità.

È chiarissimo sul punto Luca Luparia, il quale evidenzia «l'accentuato fenomeno di omogeneizzazione delle figure criminose nel quadro internazionale». Tale fenomeno si sostanzierebbe «in una tendenziale compresenza di medesime tipologie di reato all'interno dei diversi sistemi nazionali e, in taluni casi, di similari impostazioni definitorie della fattispecie concreta». E ancora: «convenzioni internazionali, direttive emanate da organismi sovraordinati ad alcune aree di aggregazione politico-economica, studi comparativi diffusi in maniera capillare, codici modello assurti a parametro degli innesti legislativi ed elaborazioni frutto di gruppi di ricerca a composizione internazionale hanno, infatti, ora obbligato ora indotto i diversi Stati a intraprendere l'edificazione di una sorta di "nocciolo duro" comune in materia di *ius criminale* che finisce col rendere sporadiche le tradizionali ipotesi di lacune

---

<sup>51</sup> F. Mantovani, *Diritto Penale*, cit., 914.

<sup>52</sup> S. Manacorda, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri d'imputazione*, in *RIDPP* 2012, 91.

<sup>53</sup> G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *RDCos*, 1996, 74, secondo il quale «l'avvento di una Costituzione fondata sulla sovranità dei valori ha fatto sparire dall'universo giuridico corrispondente l'antica idea [...] che la libertà si possa salvare sacrificandola temporaneamente. Se libertà e autorità devono integrarsi in una comunità bene ordinata, principio di libertà e principio di autorità sono reciprocamente contraddittori, perché appartengono a tipi storici di ordinamento radicalmente eterogenei. La libertà ha bisogno dell'autorità, ma solo come sostegno per resistere a eventuali attacchi. L'autorità non è più il fondamento di nulla, ma il semplice ausilio materiale della tutela giuridica dei valori».

punitiva e sempre più effettivo uno *status* di uniformità». La conclusione è netta: oggi è «sempre meno necessaria l'attivazione degli Stati per evitare isole di impunità»<sup>54</sup>.

Un esempio per tutti, la corruzione internazionale: si può ancora affermare, ad esempio, che rispetto a una condanna intervenuta negli Stati Uniti per un caso di corruzione internazionale non vi sia tra il nostro Paese e l'ordinamento statunitense – per riprendere le parole della Consulta – una «identica valutazione, nella coscienza dei popoli, delle varie forme delittuose e della entità e pericolosità della delinquenza»? Tutt'altro: proprio rispetto agli Stati Uniti – per continuare nell'esemplificazione – ci si trova al cospetto di un Paese che è stato precursore nella creazione di una specifica normativa di contrasto alla corruzione internazionale.

È evidente, dunque, che quella che la Corte definiva quasi cinquant'anni fa la «difforme realtà della disciplina penale e processuale penale nei diversi ordinamenti giuridici positivi» non può considerarsi più la regola, quanto semmai un'eccezione da valutarsi, come vedremo, caso per caso. In questo lungo arco temporale la cooperazione internazionale ha senz'altro avuto una significativa evoluzione.

Quale residua funzione quindi può giustificare oggi, nel mutato contesto costituzionale e internazionale, un rinnovamento del giudizio *in idem*?

Non può invocarsi il riferimento a una generica «sovranità» dello Stato. Il «termine sovranità è un termine profondamente incrostato di ideologie, di aspettative e profondamente privo di un significato suo proprio [...] ha un significato giuridico assai poco preciso»<sup>55</sup>. Un concetto che ha ormai compiuto la sua «parabola»<sup>56</sup>. In ogni caso, un qualche principio di sovranità potrebbe semmai essere richiamato nella regolamentazione dei rapporti interstatali, mentre non può giustificare interventi dello Stato sui diritti fondamentali dell'individuo<sup>57</sup>.

L'unico obiettivo del rinnovamento del giudizio può semmai essere la salvaguardia, attraverso l'intervento punitivo, di interessi che non sono stati adeguatamente garantiti mediante il processo penale condotto nel Paese estero e che, si ritiene, non possano essere tutelati in maniera ugualmente efficace con strumenti extra penalistici: in altri termini, l'ordinamento giuridico non è in condizione di rinunciare, *a priori*, a reiterare il giudizio penale poiché l'esercizio della potestà punitiva da parte di altri Paesi potrebbe non essere adeguato alle finalità di protezione di interessi ritenuti rilevanti nell'ordinamento italiano.

Il problema nel nostro Paese è che il doppio giudizio, nei casi di reati commessi anche nel territorio dello Stato, è imposto – senza alcun vaglio specifico – dal codice

<sup>54</sup> L. Luparia, *La litispendenza internazionale*, cit., 18 ss.

<sup>55</sup> R. Bin, *La sovranità nazionale e la sua erosione*, in *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, a cura di A. Pugiotto, Napoli 2013, 370 ss.

<sup>56</sup> G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *RDCos*, 1996, 74.

<sup>57</sup> D. Voulgaris, *op. cit.*, 182 ss.

penale, mentre per i reati commessi integralmente all'estero si prevede una non meglio precisata richiesta del Ministro della Giustizia. Per l'art. 11, co. 1, Cp, dunque, l'ordinamento presume la necessità di un tale secondo procedimento. È proprio una tale presunzione, che non consente una valutazione contraria rispetto al caso di specie, a generare oggi la «spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto» (sono parole, già ricordate, della Corte Costituzionale) ampiamente praticate, come abbiamo visto, dalla nostra giurisprudenza.

È il caso allora di spendere qualche parola, nell'ottica del giudizio di proporzione e dunque della legittimità dell'intervento punitivo, in merito all'evidente e profondo impatto di tali previsioni normative sulle prerogative costituzionali «del singolo di fronte alle concorrenti potestà punitive degli Stati» (sempre nel lessico della Consulta).

Basteranno brevi cenni.

Un primo profilo attiene alla possibilità che l'imputato già processato (e magari condannato) in un altro Paese, già solo *fronteggiando* un nuovo procedimento in Italia – e magari anche *espiando*, nei limiti dell'art. 138 Cp, la ipotetica conseguente sanzione aggiuntiva – finisca per patire un irragionevole carico afflittivo. Cruciale risulta, in questa prospettiva, il peso di ulteriori sofferenze psicologiche e fisiche e di oneri economici legati a un successivo giudizio<sup>58</sup>.

In altri termini, l'impatto sui diritti individuali prescinde dalla detrazione, nella fase esecutiva, della pena già scontata all'estero: è piuttosto «un problema di proporzione fra le esigenze del *law enforcement* penalistico e i costi del processo intesi come incidenza su diritti di persone coinvolte». Il processo penale infatti «incide su libertà in via di principio "inviolabili": libertà personale, segretezza delle comunicazioni, sfere private. Produce sofferenze, comporta costi certi: economici, esistenziali, sociali. I benefici sono incerti»<sup>59</sup>. Appare dunque quanto mai appropriato

<sup>58</sup> È piuttosto condivisa, negli scritti sul divieto di *bis in idem*, «l'idea del processo, già in sé e per sé, come uno 'stigma' e un pregiudizio nei confronti di chi dovrà subirlo, come confermano, del resto – è persino superfluo ricordarlo – anche le conseguenze in termini di riprovazione sociale connesse alla percezione del fenomeno a livello massmediatico, e alle sue deprecabili amplificazioni», così, di recente, G. De Francesco, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 24.7.2015, 13. Nello stesso senso, tra gli altri, M. Fletcher, *The problem of multiple criminal prosecutions: building an effective EU response*, in *Yearbook of European Law*, 26, Glasgow 2007: «Additional burdens for the defendant include the duplicated costs of legal representation, coercive measures to the person and property, and psychological burdens associated with the extended procedures and absence of finality». Si veda anche I. Erdei, *Lead Article: Cumulative Convictions In International Criminal Law: Reconsideration Of A Seemingly Settled Issue*, in 34 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 2011, 317 ss.: «The doctrine of double jeopardy is intended to protect an accused from the anxiety, cost, and embarrassment of repeated prosecutions as well as prevent the risk that repeated kicks at the proverbial can could eventually make any innocent person seem guilty».

<sup>59</sup> D. Pulitanò, *Relazione di sintesi*, in *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, a cura di G. Dodaro, E. M. Mancuso, Milano 2018, 254.

parlare di un «diritto alla singolarità di persecuzione»<sup>60</sup>, a prescindere dagli esiti e dalle conseguenze sanzionatorie dei giudizi *in idem*.

Ecco perché da più parti si mette in luce un vero e proprio «diritto alla *quiete penalistica*, come momento di equilibrio nel bilanciamento dei contrapposti interessi costituzionali»<sup>61</sup>: rispetto a un giudizio *in idem* l'interesse statale all'accertamento del reato dovrebbe «lasciare spazio al contrapposto diritto dell'accusato, anch'esso costituzionalmente tutelato come diritto fondamentale della persona, di non permanere in uno stato di perenne assoggettamento alla giurisdizione»<sup>62</sup>.

Una parola deve essere spesa anche rispetto al diritto di difesa, sminuito dalla risalente giurisprudenza della Consulta e correttamente rivitalizzato nelle più recenti pronunce sul *bis in idem*: difficile d'altronde non vedere una violazione del diritto di difesa, anche in rapporto alla parità delle parti imposta dall'art. 111 Cost., perpetrata tramite giudizio *in idem*.

L'avvio di un secondo giudizio, seppure in un diverso Paese, potrebbe infatti fornire, come rileva anche la dottrina statunitense, un notevole vantaggio all'accusa, che porterebbe in giudizio l'imputato «dopo che qualcun altro ha già fatto la stessa cosa e perciò beneficiando di tutti gli errori fatti dal primo inquirente. Il pubblico ministero può infatti analizzare le strategie accusatorie già praticate nel primo processo [...] e utilizzare le prove scoperte e discusse nel precedente processo»<sup>63</sup>. Osservava in proposito assai efficacemente l'allora *Justice Brennan*, in una vicenda di *double jeopardy* interna all'ordinamento statunitense, come provochi un senso di profonda «inquietudine» il consentire che un altro *prosecutor* «tappi le falle» dell'accusa nel secondo giudizio<sup>64</sup>.

Pare davvero di poter dire che l'aggravio punitivo derivante da un nuovo processo nei casi esaminati rischia di essere irragionevole rispetto alla situazione in cui si trova il soggetto che beneficia del *ne bis in idem* per un fatto commesso solo sul territorio nazionale o comunque in Paesi con i quali l'Italia ha creato, per via pattizia, un legame di fiducia. È sempre una presunzione a regolare l'avvio di un secondo giudizio: nel primo caso si presume che l'ordinamento straniero non sia meritevole di fiducia e dunque che il giudizio debba essere rinnovato perché non si hanno garanzie *a priori* sul fatto che quel giudizio abbia realizzato le istanze punitive nazionali; mentre

<sup>60</sup> L. Luparia, *La litispendenza internazionale*, cit., 81.

<sup>61</sup> M. D'Orazi, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Padova 2003, 162.

<sup>62</sup> E. M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 42.

<sup>63</sup> E. M. Cranman, *The Dual Sovereignty Exception To Double Jeopardy: A Champion Of Justice Or A Violation Of A Fundamental Right?* in 14 *Emory Int'l L. Rev.* 2000, 1659 ss.; R. Matz, *Dual Sovereignty And The Double Jeopardy Clause: If At First You Don't Convict, Try, Try Again*, in 24 *Fordham Urb. L.J.* 1997, 353 ss.

<sup>64</sup> *Ashe v. Swenson*, 397 U.S. 436, 459 (1970): «One must experience a sense of uneasiness with any double-jeopardy standard that would allow the State this second chance to plug up the holes in its case».

nel secondo caso si presume che il primo giudizio, a prescindere dal caso di specie, abbia correttamente adempiuto alle finalità repressive prefigurate dall'ordinamento italiano.

Dal punto di vista dei principi fondamentali, però, non vi è ragione per cui la garanzia non debba operare rispetto a ogni cittadino a prescindere dalla presunzione che opera per il Paese che ha promosso il primo giudizio<sup>65</sup>.

Proviamo allora a trarre qualche conclusione.

Il divieto di doppio giudizio è un diritto fondamentale dell'individuo, tutelato da svariate norme costituzionali e operante, nella sua massima espansione, rispetto a giudizi *in idem* (interni e internazionali).

Con riguardo ai procedimenti avviati in un Paese "non vincolato dalla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e del suo *acquis*" o comunque al di fuori del diritto internazionale pattizio, lo Stato italiano presume che non siano stati tutelati adeguatamente gli interessi presidiati dall'apparato penalistico interno e dunque, tramite l'art. 11, co. 1, Cp, impone, per i reati commessi anche nel territorio dello Stato, di dover procedere – sempre e comunque, e quindi a prescindere dal fatto che magari il Paese del primo giudizio abbia o meno adeguatamente soddisfatto le istanze punitive del nostro ordinamento – a un nuovo giudizio *in idem*.

In virtù di tale presunzione assoluta, e dunque anche in assenza di un concreto obiettivo di tutela da raggiungere mediante il nuovo processo, può essere gravemente pregiudicata la sfera dei diritti individuali.

Il giudizio di proporzionalità non può quindi che condurre – in assenza di una riforma dell'art. 11, co. 1, Cp – a un nuovo scrutinio di legittimità costituzionale della norma per contrasto con gli articoli 24, 27, 111 Cost.<sup>66</sup>

In sintesi, la disposizione risulta innanzitutto in contrasto con il diritto di difesa dell'imputato (art. 24, co. 2 e 3, Cost.), obbligandolo a sostenere, inderogabilmente, una duplicazione delle limitazioni alle proprie libertà e dei costi per la rappresentanza in giudizio in relazione a due distinti processi, aventi ad oggetto il medesimo fatto storico, innanzi a due giurisdizioni.

La duplicazione dei giudizi comporta poi una violazione dei principi del giusto processo fissati dall'art. 111 Cost., disposizione che – come ha precisato la Suprema Corte – «sottende altresì, in armonia con le principali fonti normative internazionali

---

<sup>65</sup> C. Van Den Wyngaert, G. Stessens, *The international non bis in idem principle: resolving some of the unanswered questions*, in 48 *Int'l Comp. L. Q.*, 1999, 781 s.: «as far as an individual is concerned, it matters little whether or not a second prosecution or judgment takes place in the same jurisdiction as the first».

<sup>66</sup> Sull'articolazione del *petitum* e sulla progettazione della questione di legittimità costituzionale, V. Manes, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019, 382 ss.



[...], il diritto dell'imputato a non essere perseguito più di una volta per l'identico fatto»<sup>67</sup>.

Inoltre, la celebrazione di un nuovo processo pone a serio rischio la parità delle armi tra le parti (art. 111, co. 2, Cost.), in quanto l'accusa si trova nella posizione di poter emendare gli errori del precedente procedimento estero al fine di addivenire a una sentenza di condanna.

A ciò si aggiunge – a ben vedere – il rischio che il giudice non si trovi in una posizione di «*neutralità gnoseologica*», postulato dell'imparzialità e terzietà del giudice<sup>68</sup>, rispetto alla vicenda, essendo ben possibile che egli sia a conoscenza – e risulti quindi influenzato – dell'esito del precedente giudizio estero (con potenziale lesione, peraltro, anche della presunzione di innocenza di cui all'art. 27 Cost.).

Risulta pregiudicato, infine, il diritto alla ragionevole durata del processo (art. 111, co. 2, Cost.), essendo l'imputato costretto a subire un ulteriore accertamento anche dopo la pronuncia di una sentenza irrevocabile nei suoi confronti.

Analoga questione di costituzionalità dovrebbe coinvolgere l'art. 11, co. 2, Cp: del resto, non si vede perché la mera richiesta del Ministro della Giustizia – autorità politica, peraltro, non caratterizzata dai caratteri dell'imparzialità e terzietà – possa “mondare” la ripetizione del giudizio dalle menzionate violazioni dei diritti della persona e dei principi del giusto processo.

6. Affrontato il contrasto dell'art. 11 Cp con i principi costituzionali, come interpretati e valorizzati dalla stessa Corte nelle più recenti pronunce ricordate (v. *supra* § 5), è necessario ora esplorare la prospettiva di una riforma legislativa che possa rimuovere dal nostro ordinamento il principio del rinnovamento automatico del giudizio<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Cass. S.U. 28.6.2005 n. 34655 in *D&G*, 2005, 40, 82.

<sup>68</sup> Sul tema G. Ubertis, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Milano 2017, 146, secondo il quale «tale neutralità metodologica, richiesta al giudice chiamato a svolgere la propria attività dopo il promovimento dell'azione penale, impone che egli, soggettivamente e oggettivamente imparziale, sia in primo luogo esente da ogni condizionamento pre-giudiziale che gli possa provenire dall'aver conosciuto preventivamente da una sola delle parti».

<sup>69</sup> Si veda invece sul punto, N. Galantini, *Sentenze penali e trasferimento dei procedimenti penali nella riforma dei rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, cit., 607 per la quale si dovrebbero «mantenere le norme sulla giurisdizione extraterritoriale (art. 6-10 c.p.), [...] per evitare forme di impunità gratuite e che non necessariamente portano alla violazione del divieto a fronte delle nuove modalità di trasferimento dei procedimenti», mentre l'art. 11 Cp «dovrebbe penetrare in una sorta di oblio applicativo generato dalla attribuzione al *ne bis in idem* della natura di “principio tendenziale cui si ispira oggi l'ordinamento internazionale”, anche se non generalmente riconosciuto, ma comunque inserito, ameno sul piano interno, tra i diritti civili e politici dell'individuo».

È chiaro infatti che, come rileva la Corte Costituzionale a proposito del non dissimile sistema del doppio binario, è il legislatore a dover individuare le soluzioni «per porre rimedio alle frizioni» che tale assetto «genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU»<sup>70</sup>.

Si tratta di una riforma ineludibile che, considerata la radicale evoluzione della cultura giuridica negli ultimi decenni, dovrebbe muovere dal contrasto dell'attuale formulazione dell'art. 11 Cp con i diritti fondamentali dell'individuo e i principi del giusto processo e dalla necessità di individuare le ipotesi in cui consentire la ripetizione del giudizio nella prospettiva di una più efficace tutela, per il tramite del diritto penale, di beni rilevanti per il nostro ordinamento.

Vediamo le diverse possibili soluzioni normative rispetto alle persone fisiche (il tema verrà poi affrontato anche con riferimento agli enti collettivi, *infra*, § 9).

Sgombriamo il campo dalla soluzione che si presenta come più drastica, ossia quella di precludere sempre un nuovo giudizio a fronte di una sentenza irrevocabile pronunciata in un altro Paese.

Tra gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione Europea, ad esempio, «quello olandese ricollega ai giudicati stranieri efficacia preclusiva piena analoga a quella correlata ai giudicati interni. Una sentenza penale straniera, caratterizzata dalla definitività e dall'esecutività nell'ordinamento di origine, impedisce l'instaurarsi di un nuovo procedimento penale contro lo stesso soggetto e per gli stessi fatti nei Paesi Bassi; ciò, addirittura, anche nell'ipotesi in cui i giudici di questo Stato risultassero competenti, sulla base del principio di territorialità a perseguire il colpevole già giudicato all'estero. L'art. 68 del codice penale olandese sancisce, infatti, l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* sia ai giudicati nazionali sia a quelli stranieri, indipendentemente dal luogo di commissione dell'illecito»<sup>71</sup>.

Una tale prospettiva avrebbe il vantaggio di tutelare in maniera incondizionata i diritti individuali pregiudicati da un secondo giudizio e di sottrarre la decisione sulla meritevolezza di un procedimento *in idem* alla discrezionalità politica o giudiziaria.

Con riguardo al nostro ordinamento e al problema del *bis in idem* internazionale, si tratterebbe di una soluzione portatrice di potenziali vuoti di tutela: pensiamo, ad esempio a reati lesivi di interessi particolarmente rilevanti per l'ordinamento italiano archiviati magari dopo accertamenti superficiali dell'autorità giudiziaria straniera. O ancora, a illeciti puniti, nel Paese straniero, con sanzioni del tutto disomogenee rispetto alle previsioni della legge italiana. Insomma, proprio nell'ottica di un

<sup>70</sup> C. cost., 2.3.2018 n. 43 in *RDInt* 2018, 2, 651, con riferimento anche a C. cost., 12.5.2016 n. 102 in *RDInt* 2016, 3, 957.

<sup>71</sup> C. Amalfitano, *Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo*, in *RDIntPP* 2002, 931 ss. Sul punto, diffusamente, A. Klip, H. van der Wilt, *Non bis in idem. Report for the Netherlands*, in 73 *Revue internationale de droit pénal* 2002, 1091 ss..

necessario bilanciamento di interessi potrebbe essere opportuno, in casi del tutto eccezionali, ricorrere a un secondo giudizio nella prospettiva di una migliore tutela di beni rilevanti.

La preclusione assoluta di un secondo giudizio rischierebbe poi di favorire una sorta di *forum shopping*: l'autore del reato potrebbe cercare di farsi processare nel Paese in cui, per il crimine commesso, sono previste le pene "più favorevoli" così frustrando gli obiettivi di prevenzione attraverso l'applicazione della legge penale italiana<sup>72</sup>.

Meglio allora adottare una soluzione che possa consentire, mantenendo la tendenziale inderogabilità del principio, di apprezzare, nel caso concreto, i diversi interessi in gioco.

È bene essere chiari: pur nella diversità di contesto, il principio generale dovrebbe essere quello illustrato nell'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque nel caso *A e B contro Norvegia* del 15.11.2016: «*ne bis in idem is a non-derogable right and therefore States enjoy no margin of appreciation*» e quindi la protezione del *ne bis in idem*, inderogabile, «non deve essere lasciata alla discrezionalità degli Stati».

Si tratta a questo punto di concretizzare, sempre *de iure condendo*, i criteri che possano, in via eccezionale, consentire un secondo giudizio *in idem* nel nostro Paese a seguito della pronuncia definitiva in un altro ordinamento (con il quale non sussista alcun accordo internazionale in materia).

La soluzione potrebbe trarre spunto dalla più recente formulazione dell'art. 746-*quater* Cpp in materia di «trasferimento di procedimenti penali all'estero»: anche in questo caso il meccanismo di cooperazione costituisce «una sorta di "cessione" della giurisdizione in favore dell'autorità di altro Stato», trattandosi dell'ipotesi nella quale è ancora «pendente un procedimento penale per gli stessi fatti»<sup>73</sup>. In tale circostanza, il Pubblico Ministero adotta le proprie determinazioni in merito al trasferimento del procedimento all'estero, a seguito delle consultazioni con l'Autorità straniera altresì competente, e le comunica al Ministro della Giustizia che decide se eventualmente bloccare il trasferimento del procedimento «quando sono compromessi la sicurezza, la sovranità o altri interessi essenziali dello Stato» (art. 746-*quater*, co. 2, Cpp).

A seguito delle consultazioni con l'Autorità procedente nel Paese straniero, la giurisdizione italiana può dunque cedere il passo, proprio al fine di tutelare i diritti individuali pregiudicati dalla litispendenza e da un potenziale *bis in idem*. Nell'opera di bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, l'ordinamento autorizza invece il

<sup>72</sup> D. Voulgaris, *op. cit.*, 192.

<sup>73</sup> G. De Amicis, *Lineamenti della riforma del libro XI*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 19.4.2019, 26.

doppio giudizio, e mette in conto una duplicazione degli esiti afflittivi, solo quando il trasferimento possa pregiudicare interessi essenziali dello Stato.

Ebbene, una riformulazione dell'art. 11 Cp potrebbe trarre qualche indicazione da questa normativa, limitandone però la vaghezza lessicale e l'ampiezza dei criteri che devono guidare la decisione del Ministro<sup>74</sup>.

Il doppio giudizio dovrebbe quindi essere il risultato di una scelta politica<sup>75</sup>, quella del Ministro, ancorata a parametri afferrabili: si è già visto (*supra*, § 5), peraltro, come il termine «sovranità», frequentemente utilizzato nelle norme di cooperazione internazionale, sia indeterminato e privo di un significato specifico, mentre formule generiche come «altri interessi essenziali dello Stato» non sembrano davvero appropriate per regolamentare provvedimenti che possono avere effetti così invasivi sui diritti individuali.

Più concreto il riferimento alla «sicurezza» dello Stato che una risalente sentenza della Corte Costituzionale definisce come «interesse dello Stato comunità alla propria integrità territoriale, indipendenza e – al limite – alla stessa sua sopravvivenza»<sup>76</sup>. Sicurezza dunque come bene di rilievo costituzionale, oggetto di tutela da parte degli apparati dello Stato, e come limite ad alcuni diritti fondamentali (artt. 14, 16, 17 e 41 Cost.)<sup>77</sup>.

La richiesta del Ministro della Giustizia di una rinnovazione del giudizio dunque potrebbe innanzitutto essere fondata su ragioni di sicurezza dello Stato.

Accanto a tale ipotesi potrebbero essere individuati ulteriori criteri incentrati sul riscontro della «fiducia» verso l'amministrazione della giustizia nello Stato estero e, più in particolare, sulla «comunanza minima di valori o di norme penali simili o armonizzate» e quindi sulla verifica della sostanziale conformità all'ordimento italiano del procedimento e dell'esito del precedente giudizio. In altri termini, il doppio processo potrebbe essere conseguenza di una concreta e motivata diffidenza verso l'attività giudiziaria svoltasi all'estero che renderebbe necessario, nell'ottica di una tutela di beni giudici per il tramite di un intervento penalistico prevedibile e proporzionato, svolgere un nuovo giudizio nel nostro Paese. Solo in tal caso il

---

<sup>74</sup> Si tratta tuttavia di criteri che ricorrono in diverse fattispecie di cooperazione internazionale: sicurezza, sovranità o altri interessi essenziali dello Stato sono i parametri del giudizio del Ministro anche in tema di estradizioni, rogatorie e trasferimento di procedimenti all'estero (cfr. artt. 697, co. 1-bis, 720, co. 3, 723, co. 3, 727, 746-*quater* Cpp).

<sup>75</sup> Già la Commissione di riforma del codice penale presieduta da Carlo Federico Grosso, come si ricorderà, aveva previsto, con riguardo ai reati parzialmente commessi nel territorio dello Stato, di rinnovare il giudizio solo a richiesta del Ministro della Giustizia.

<sup>76</sup> C. cost., 14.4.1976 n. 82 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>77</sup> T.F. Giupponi, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna 2008, *passim*.

«bilanciamento fra interesse dello Stato e tutela del singolo» dovrebbe essere risolto a favore del primo<sup>78</sup>.

In questa prospettiva, verrebbe ad esempio in rilievo la necessità di garantire una risposta sanzionatoria proporzionata alla luce degli standard punitivi in vigore nell'ordinamento italiano e dunque ritenuti adeguati dal legislatore per raggiungere le finalità di tutela mediante l'intervento penalistico: l'irrogazione di una pena significativamente inferiore a quella in concreto applicabile per gli stessi fatti nel nostro ordinamento porterebbe l'autorità politica a considerare la rilevanza dello scostamento rispetto alle finalità che l'ordinamento intende perseguire con la sanzione penale.

Il testo potrebbe suonare così: «Nel caso indicato nell'articolo 6, e salvo quanto stabilito in trattati internazionali in vigore per l'Italia, il cittadino o lo straniero, che sia stato giudicato all'estero, non può essere giudicato nuovamente nello Stato, salvo che la rinnovazione del giudizio sia richiesta dal Ministro della Giustizia quando ricorrono motivate ragioni di sicurezza dello Stato oppure quando lo svolgimento o l'esito del processo estero siano contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

Il principio del *ne bis in idem* precluderebbe dunque nel nostro ordinamento – come regola generale – una rinnovazione del giudizio. Solo in casi eccezionali il Ministro della Giustizia potrebbe richiedere un secondo giudizio: il pregiudizio per l'interesse alla sicurezza dello Stato e il contrasto del procedimento straniero con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano sarebbero le uniche ipotesi in cui potrebbe aprirsi lo spazio per un nuovo giudizio nel nostro Paese.

Infine, in una necessaria riforma dell'art. 11 Cp, non dovrebbe essere trascurato un intervento sul testo dell'attuale secondo comma, prevedendo che la legge penale italiana non si applichi nel caso di reato integralmente commesso all'estero e giudicato in via definitiva in un altro Paese (con la sola precisazione che, in caso di condanna, la pena deve essere stata per intero eseguita o prescritta)<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Le citazioni sono parole di B. Nascimbene, *op. cit.*, 5.

<sup>79</sup> Degno di nota è in proposito il lavoro della Commissione di riforma del codice penale presieduta da Carlo Federico Grosso con riguardo al rinnovamento del giudizio per i reati commessi *fuori* dal territorio dello Stato: nella riforma dell'art. 11, co. 2, Cp – secondo la Commissione – si dovrebbe guardare alle disposizioni di «quasi tutti i codici penali europei», i quali «prevedono che le sentenze definitive rese da autorità giurisdizionali straniere e, in caso di condanna, l'esecuzione o la prescrizione della pena, operano come limite all'esercizio dell'azione penale per reati commessi all'estero», così la *Relazione preliminare della Commissione*, 12.9.2000. La Commissione Grosso aveva dunque recepito tale «radicato orientamento» prevedendo (nell'art. 11 co. 1 del Progetto) che «la legge penale italiana non trova applicazione [...] quando l'agente documenti che, per il medesimo fatto, è già stato giudicato in via definitiva nel Paese in cui esso è stato commesso e, in caso di condanna, che la pena è stata per intero eseguita o si è prescritta», si veda sul punto, *Relazione al "Progetto preliminare di riforma del codice penale" - Parte generale*, in *RIDPP* 2001, 587.



7. La necessità di uno sguardo d'insieme al problema del *ne bis in idem* e della litispendenza internazionale è stata già ricordato nell'esordio di questo scritto. Non sarebbe d'altronde ragionevole giungere, come proposto, a una rivisitazione della norma che impone un secondo giudizio nel nostro ordinamento e ammettere la possibilità di coltivare procedimenti paralleli in giurisdizioni diverse.

Rimarrebbe immutato, in tal caso, il rischio di moltiplicare le «limitazioni di diritti ed interessi [...] con un incremento di oneri dal punto di vista psicologico nonché dei costi e della complessità della rappresentanza in giudizio»<sup>80</sup>. Per non considerare poi le «perdite di tempo e risorse delle autorità competenti interessate»<sup>81</sup>.

Si impone dunque, come dirò tra un momento, la necessità di un intervento normativo.

Utile, in proposito, prendere le mosse dall'insufficiente portata riformatrice del d.lgs. n. 149/2017, con cui è stato introdotto nel Libro XI del codice di rito il Titolo IV-bis, rubricato "*Trasferimento dei procedimenti penali*"<sup>82</sup> (art. 10 del Decreto): una disciplina di carattere residuale, che trova applicazione, da una parte, al di fuori dei rapporti tra gli Stati Membri, dall'altra, solo ed esclusivamente nel caso in cui il trasferimento di procedimenti sia espressamente previsto da una convenzione internazionale<sup>83</sup>. E ciò comunque, con il limite che «il trasferimento del procedimento penale o la sua assunzione sono disposti fino a quando non sia esercitata l'azione penale».

Ebbene, nell'ottica di un superamento di ogni automatismo nella rinnovazione del giudizio, tale riforma è chiaramente insufficiente: se si muove dalla necessità di non permettere, salvo casi eccezionali, un nuovo giudizio *in idem* non risulta coerente mantenere un sistema processuale che, di fatto, consente la celebrazione di procedimenti paralleli per lo stesso fatto.

Innanzitutto, tale eventualità renderebbe intollerabile il rischio del pregiudizio dei diritti individuali di libertà che la previsione del divieto di *bis in idem* intende evitare. In secondo luogo, la sentenza straniera emessa nel procedimento parallelo potrebbe finire per rendere improcedibile un giudizio italiano dopo un "inutile" (a quel

<sup>80</sup> Libro Verde della Commissione Europea sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali del 23.12.2005, 3.

<sup>81</sup> DQ 2009/948/GAI del 30.11.2009, considerando 4.

<sup>82</sup> Per un quadro della disciplina cfr. Paolucci, *Trasferimento dei procedimenti penali*, in *Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di A. Marandola, Milano 2018, 334 ss.; G. De Amicis, *op. cit.*

<sup>83</sup> La disciplina dettata dal Titolo VI-bis del codice di rito si applica quindi parallelamente al d.lgs. n. 29 del 2016, che invece si occupa della litispendenza in ambito europeo, cfr. N. Galantini, *Sentenze penali e trasferimento dei procedimenti penali nella riforma dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, cit., 601.

punto) compressione dei diritti individuali e un dispendio di risorse dell'amministrazione della giustizia.

Meglio allora prevedere, nel caso in cui sia stato già avviato il giudizio nel Paese straniero, una sospensione del procedimento in attesa della sentenza da parte dell'autorità giurisdizionale estera e quindi della verifica della sussistenza delle condizioni per un secondo giudizio.

D'altronde, il codice di rito riconosce dei casi di sospensione del procedimento penale a tutela dei diritti dell'imputato: l'art. 71 Cpp, ad esempio, prevede l'obbligo di sospensione del procedimento nel caso di incapacità dell'imputato, mentre in caso di assenza della persona sottoposta al giudizio è l'art. 420-*quater*, co. 2, Cpp, a favorire la partecipazione dell'imputato al processo (e il pieno esercizio del diritto di difesa)<sup>84</sup>.

Al fine di evitare una stasi del procedimento per un periodo di tempo indeterminato, si dovrebbe introdurre un meccanismo di verifica periodica dello stato del giudizio estero.

Una volta intervenuta la decisione da parte dell'autorità straniera, si aprirebbe la fase di valutazione della sussistenza dei criteri per una rinnovazione del giudizio (su cui *supra* § 7). In caso di valutazione positiva sulla ricorrenza di presupposti per avviare il secondo giudizio, l'autorità giudiziaria dovrebbe poter revocare l'ordinanza di sospensione e dare corso al procedimento.

8. Il problema dell'applicabilità del *ne bis in idem* internazionale nell'ordinamento italiano si pone in maniera parzialmente diversa rispetto alla responsabilità degli enti collettivi.

Come si è già accennato, infatti, l'art. 4 del d.lgs. n. 231 del 2001 prevede che «nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto».

La norma introduce pertanto il principio del *ne bis in idem* per i reati commessi (integralmente) *all'estero* da un apicale o da un soggetto sottoposto: una regola differente da quella in vigore per le persone fisiche (art. 11, co. 2, Cp), dal momento che la giurisdizione italiana dovrà «arrestarsi qualora lo Stato estero stia procedendo contro l'ente ritenuto responsabile, ovviamente sul presupposto, necessario, che lo

---

<sup>84</sup> Non dovrebbe essere comunque preclusa una decisione di proscioglimento da parte del giudice italiano anche in caso di pendenza di un procedimento estero. Tale disposizione sarebbe coerente con quanto previsto dall'art. 71 Cpp e dall'art. 420-*quater*, co. 2, Cpp, che – nel caso di incapacità o assenza dell'imputato – prevedono la sospensione del processo «sempre che non debba essere pronunciata una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere».

Stato dove è stato commesso il reato abbia una normativa sulla responsabilità delle persone giuridiche e che il giudice italiano abbia conoscenza che per il medesimo fatto procede altra autorità straniera»<sup>85</sup>.

Si badi al fatto, di grande rilievo, che il d.lgs. n. 231/2001 sposa una nozione ampia del principio del *ne bis in idem*, comprensiva non solo della preclusione di un nuovo processo in Italia a seguito di una *res judicata* estera, ma anche della rinuncia alla potestà punitiva qualora un procedimento sia stato già attivato in una giurisdizione concorrente: in altre parole, la norma «non condiziona la punibilità per i reati commessi all'estero alla esistenza del giudicato o del giudizio, ma contiene un espresso riferimento al dato procedimentale, nel senso che il principio opera anche solo in presenza di un procedimento avviato. [...] Di conseguenza, dinanzi alla dimostrazione che nei confronti dell'ente è stato avviato un procedimento nello Stato estero il giudice italiano dovrà pronunciare una sentenza di non doversi procedere, quindi una sentenza processuale»<sup>86</sup>.

Sotto un diverso profilo, l'ampia formulazione della disposizione dovrebbe consentire «l'operatività della garanzia del divieto di sottoporre l'ente a nuovo processo in Italia anche nel caso in cui lo Stato estero preveda una forma di responsabilità non avente natura penale, ma interamente amministrativa, come ad esempio potrebbe avvenire nei rapporti con la Germania»<sup>87</sup>.

Quanto detto vale naturalmente solo con riguardo ai reati commessi *esclusivamente* all'estero, a quelle condotte criminose cioè che non hanno lambito il territorio nazionale.

Qualora invece – e si tratta forse del caso più frequente – il reato sia stato commesso in Italia, in tutto o in parte ai sensi dell'art. 6, co. 2, Cp, si pongono, in relazione agli enti, una serie di notevoli problemi interpretativi.

Il decreto è infatti muto rispetto a tali ipotesi e l'art. 34 – che sulle «*disposizioni processuali applicabili*» nel procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, rinvia alle norme dello stesso d.lgs. n. 231/2001 e alle disposizioni, «in quanto compatibili», del solo «codice di procedura penale» – sembra, in maniera esplicita, precludere l'integrazione di norme collocate nel codice penale e dunque del principio della fungibilità della pena sancito dall'art. 138 Cp con riferimento all'art. 11

<sup>85</sup> G. Fidelbo, *Il problema della responsabilità delle società italiane per i reati commessi all'estero*, in *Jus* 2011, 259. Si tratta di una norma, dettata dalla «costante attenzione dell'Italia ai profili di cooperazione internazionale (resi talvolta difficili dalla sovrapposizione delle azioni punitive da parte dei diversi Stati, soprattutto quando, come in Italia, vige il principio di obbligatorietà delle stesse)», con la quale il legislatore del nostro Paese ha inteso «apporre uno sbarramento alla perseguibilità dell'illecito commesso dall'ente nei casi in cui nei suoi confronti già proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto», *Relazione ministeriale al d. lgs. n. 231/2001*, § 3.1.

<sup>86</sup> G. Fidelbo, *op. cit.*, 259.

<sup>87</sup> G. Fidelbo, *op. cit.*, 260.

Cp sulla rinnovazione del giudizio: il rischio dunque è che, reati commessi *anche* all'estero possano generare procedimenti penali paralleli contro l'ente senza neanche la possibilità, in caso di plurime condanne, di un computo in Italia della pena irrogata all'estero.

Eppure plurime fonti normative impongono, proprio rispetto alle persone giuridiche, la tutela del divieto di *bis in idem* nazionale o rispetto a procedimenti avviati o conclusi in un'altra giurisdizione europea.

Degno di rilievo è innanzitutto l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che nel prevedere la garanzia del divieto di *bis in idem* transnazionale si riferisce a "chiunque"<sup>88</sup>, includendo la persona giuridica dai soggetti tutelati. Anche l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen applica la garanzia del *ne bis in idem* transnazionale a ogni «persona», quindi anche alla persona giuridica. Gli articoli 4 Prot. 7 e 34 della Cedu poi estendono alla persona giuridica il divieto di un secondo giudizio rispetto a un altro procedimento interno<sup>89</sup>. L'applicabilità del divieto di *bis in idem* (interno) anche alle persone giuridiche sembra d'altra parte essere stata riconosciuta (seppur implicitamente) dalla Corte di giustizia UE che ha escluso la violazione del divieto di *bis in idem*, conformemente a quanto riconosciuto dalla Corte EDU, in relazione al «fatto di infliggere sia sanzioni tributarie (...) qualora le sanzioni di cui trattasi riguardino persone, fisiche o giuridiche, giuridicamente distinte»<sup>90</sup>.

Ecco perché in dottrina si afferma che il principio del *ne bis in idem* è «un diritto fondamentale che non è più connesso esclusivamente alle giurisdizioni di ciascuno Stato membro; esso crea dunque diritti soggettivi per i cittadini della UE e per le persone giuridiche entro l'UE»<sup>91</sup>, «una garanzia di *due process*, la quale vale, quindi, anche per le persone giuridiche e che presuppone il rispetto effettivo dei diritti fondamentali»<sup>92</sup>.

Rispetto al nostro ordinamento dunque, come scrive Varraso, «nel caso in cui in relazione al medesimo fatto di reato (solo in parte commesso al di fuori del

<sup>88</sup> S. Manacorda, *op. cit.*, 91 ss.

<sup>89</sup> E d'altra parte ai sensi dell'art. 34 Cedu una controversia può essere instaurata da una persona fisica e da una persona giuridica (a condizione che non si tratti di un "organizzazione statale") e anche uno Stato membro qualora in caso di violazione da parte dello Stato di uno dei diritti e delle garanzie riconosciuti dalla Convenzione o dai suoi protocolli (ovviamente previo esaurimento delle vie di ricorso interne nazionali). Per costante interpretazione giurisprudenziale, la legittimazione attiva delle persone giuridiche (così come degli Stati) è riconosciuta anche nel caso di violazione di diritti umani non strettamente attinenti a diritti economici. Per quel che qui interessa, tra le altre, la nota sentenza *Grande Stevens c. Italia* ha riconosciuto una violazione del principio di *ne bis in idem sostanziale* (art. 4 Prot. 7 Cedu) in relazione a 3 persone fisiche e 2 persone giuridiche.

<sup>90</sup> C. G.UE 5.4.2017, *Orsi* (C-217/15) e *Baldetti* (C-350/15).

<sup>91</sup> J. A.E. Vervaele, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *RIDPP* 2014, 32 ss.

<sup>92</sup> G. Varraso, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milano 2012, 120.

territorio) e alla medesima persona giuridica vi sia stato un accertamento, anche non definitivo, per lo meno dinanzi ad altra autorità giudiziaria europea», si configurerebbe, «un'improcedibilità originaria o sopravvenuta nei confronti dell'ente che impone, a seconda delle fasi, un decreto di archiviazione, una sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento»<sup>93</sup>.

Il problema rimane tuttavia per i casi di litispendenza e *ne bis in idem* in presenza di un procedimento avviato (e magari concluso) fuori dai paesi aderenti alla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen.

Ipotesi tutt'altro che teorica.

Si pensi al già citato caso c.d. Saipem (*supra*, § 3). Nonostante la definizione dei procedimenti in Nigeria e negli Stati Uniti, l'autorità giudiziaria italiana ha rinnovato il giudizio per i medesimi fatti: il terzo procedimento a carico della società per la stessa vicenda.

È evidente che tali esiti non possono dirsi conformi ai principi del nostro ordinamento già ricordati (artt. 3, 24, 27, 111 Cost.) che assicurano tutela anche alle persone giuridiche: con l'ulteriore aggravio dell'assenza di una norma, come l'art. 138 Cp, che quantomeno consente, rispetto alle persone fisiche, di contenere gli esiti sanzionatori. Chiara poi, e rilevante dal punto di vista dell'art. 3 Cost., l'irragionevolezza della scelta del legislatore che non prevede per le persone giuridiche, a differenza delle persone fisiche, una regola per scongiurare conseguenze afflittive sproporzionate.

Deve dunque accogliersi con favore la suggestiva proposta di Giorgio Fidelbo per il quale la disciplina dell'art. 4 dovrebbe essere «considerata alla stregua di un principio generale valido per tutti i reati che siano stati commessi dall'ente all'estero, anche se solo in parte e, per questo, rientranti nelle previsioni di cui all'art. 6 c.p. Questa interpretazione trae conforto dalla stessa collocazione del citato art. 4 nella sezione del decreto legislativo dedicata ai principi generali e, soprattutto, dalla considerazione che, almeno all'interno dell'Unione europea, è ormai presente la tendenza al riconoscimento del *ne bis in idem*»<sup>94</sup>.

In ogni caso, e nella stessa direzione, andrebbe introdotta una modifica legislativa allo stesso art. 4 nel solco delle proposte di riforma dell'art. 11 Cp già ricordate: anche rispetto agli enti collettivi si pone il problema di effettuare un bilanciamento di interessi secondo la logica della proporzione d'impatto sui diritti della persona giuridica.

---

<sup>93</sup> G. Varraso, *op. cit.*, 124.

<sup>94</sup> G. Fidelbo, *op. cit.*, 262.



Si potrebbe pensare a un nuovo comma dell'art. 4 costruito secondo le già ricordate indicazioni e in armonia con quanto previsto in una eventuale modifica del codice penale.

Una possibile formulazione avrebbe il seguente tenore: «3. Nel caso indicato nell'articolo 6 del codice penale, e salvo quanto stabilito in trattati internazionali in vigore per l'Italia, l'ente, che sia stato giudicato all'estero, è giudicato nuovamente nello Stato a richiesta del Ministro della Giustizia quando siano compromessi la sicurezza dello Stato oppure quando lo svolgimento o l'esito del processo estero siano contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

In assenza di una riforma in questa direzione non vi sarebbe alternativa alla declaratoria di incostituzionalità, per contrasto con le ricordate norme costituzionali (*supra*, § 6), dell'art. 4 d.lgs. 231/2001.

