



**NEL NOME DELLA SERENISSIMA REPUBBLICA DI SAN MARINO**

**Il Giudice per i rimedi straordinari  
in materia penale**

sciogliendo la riserva formulata nella pubblica udienza del 20 febbraio 2020;  
ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nel procedimento di revisione (iscritto nel Reg. unico n. 19/2019) nel  
procedimento penale n. 726 del 2013.

**--==00000==--**

**Svolgimento del processo**

- Letto l'atto depositato in cancelleria il 7 giugno 2019 con il quale gli avvocati Maria Selva del Foro di San Marino e Filippo Cocco del Foro di Rimini – nella loro qualità di difensori, giusta mandato allegato agli atti, del signor William Ambrogio Colombelli – hanno proposto *ricorso al Giudice dei rimedi straordinari in materia penale avverso la sentenza n. 26/2019 del Giudice delle appellazioni penali Prof. F. Caprioli dell'11 marzo 2019*, prospettando la violazione di un preteso diritto fondamentale della persona (*ne bis in idem* internazionale), e precisando che il ricorso è stato presentato *nei termini entro i quali è consentito il ricorso alla Corte europea*;

- Vista l'Ordinanza di questo Giudice del 31 agosto 2019 con la quale – rilevato che la competenza di questo Giudice appariva ancorata dalla Parte istante all'art. 200 del codice di procedura penale (quale ritenuta vivente nell'ordinamento di questa Serenissima Repubblica anche in virtù della giurisprudenza e, tenuto conto soprattutto, della sentenza n. 6 del 1° agosto 2007 del Collegio garante della costituzionalità delle norme, nonché dell'articolo 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) e constatato che il Collegio garante della Costituzionalità delle norme, con ordinanza n. 4 del 17 luglio 2019, aveva sollevato, davanti a se stesso, la questione di legittimità costituzionale, *per contrasto con l'art. 6 della CEDU, dell'art.200 del c.p.p. nella parte in cui non prevede come causa di revisione di sentenza penale il caso di sentenza emanata in contumacia in modo illegittimo* – veniva disposta la sospensione del procedimento di revisione, con rimessione dello stesso sul ruolo generale della Cancelleria, ritenendo che la decisione del Collegio garante potesse assumere rilevanza per la decisione del ricorso;

- Visto il Decreto di questo Giudice dell'8 gennaio 2020 con il quale, acquisita agli atti la sentenza n. 13 del 20 dicembre 2019 del Collegio garante della Costituzionalità delle norme e ritenuta la necessità di disporre l'integrazione del contraddittorio, veniva fissata per la discussione del processo l'udienza pubblica del 20 febbraio 2020;

- Visti gli articoli 1°, 3° comma e 15, 2° comma, della Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese; gli articoli 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; l'articolo 3 della legge costituzionale n. 144 del 30 ottobre 2003; gli articoli 200 e 201 del codice di procedura penale; l'articolo 6 della legge 17 giugno 2008 n. 93;

- Lette le sentenze n. 6 e 13, rispettivamente del 1° agosto 2007 e del 20 dicembre 2019 del Collegio garante della costituzionalità delle norme, e le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo rese nella sessione plenaria del 21 febbraio 1975, nel caso *Golder* e dalla Grande camera il 26 ottobre 2000, nel caso *Kudla*;

- Uditi, nella udienza pubblica del 20 febbraio 2020:

- i difensori del ricorrente, avv.to Maria Selva del Foro di San Marino e avv.to Filippo Cocco del Foro di Rimini, i quali, ai fini della competenza del Giudice, la riconoscono discendente oltre che dall'articolo 200 lett. d) del cod. proc. pen., anche dall'articolo 1

della Dichiarazione dei diritti, primo capoverso e, in sede di replica, l'avv.to Cocco ha precisato che il senso del ricorso al Giudice per i rimedi straordinari deve intendersi per violazione di principio internazionalmente riconosciuto, quale il *ne bis in idem*, direttamente applicabile dall'ordinamento sammarinese in ragione del suo ingresso per il tramite dell'articolo 1 della Dichiarazione dei diritti, primo capoverso e che non si tratta di contestazione circa la legittimità costituzionale di una norma;

- il Procuratore del Fisco, avv. Giorgia Ugolini, la quale ha chiesto che il Giudice per i rimedi straordinari dichiari irricevibile il ricorso con condanna al pagamento delle spese, precisando, in sede di replica, che la sentenza n. 13 del 2019 del Collegio Garante ha escluso la competenza in materia del Giudice per i rimedi straordinari.

### **Premesso**

1. Va pregiudizialmente esaminata la questione della ricevibilità della richiesta, premettendo che questo Giudice, con le sue sentenze n. 5 e n. 6 del corrente anno, ha già ritenuto e chiarito come l'onorevole Collegio garante della costituzionalità delle norme, con la sentenza n. 13 del 2019, abbia definitivamente consacrato il principio – già peraltro riconosciuto con la luminosa statuizione espressa nella sua sentenza n. 6 del 2007 – della sussistenza, per il tramite del rimedio straordinario del giudizio di revisione, di un diritto di accesso alla giustizia (*droit au juge – the right of access*) a favore di colui che, attraverso la prospettazione *dell'avvenuta violazione nel procedimento di un diritto fondamentale della persona*, abbia dedotto la sussistenza di una *ingiustizia sostanziale di una pronuncia giudiziaria definitiva contrastante con l'attuale coscienza dei diritti fondamentali della persona*<sup>1</sup>.

1.1. È stato al riguardo ritenuto come, mentre con la prima sentenza fosse stato reso esplicito che *nel sistema giuridico sammarinese l'unico mezzo per correggere l'eventuale ingiustizia sostanziale di una pronuncia giudiziaria definitiva, contrastante con l'attuale coscienza dei diritti fondamentali della persona, è costituito da un*

---

<sup>1</sup> Entrambe le sentenze sono state pronunciate all'udienza del 20 febbraio u.s. e sono state depositate lo stesso giorno.

*giudizio di rimedio straordinario che nel settore penale è fornito dall'istituto della revisione (punti 6 e 5), con la seconda decisione sia stato ulteriormente chiarito che l'ordinamento della Repubblica è dotato di strumenti ordinari, idonei ad eliminare tempestivamente le lesioni di diritti sanciti dalla CEDU: il che significa che l'ordinamento della Repubblica predispone istituzionalmente strumenti giurisdizionali ordinari per la realizzazione del "diritto ad un ricorso effettivo davanti a una istanza nazionale" così come sancito dall'articolo 13 della CEDU. E in effetti – ha concluso il Collegio – il ricorrente del caso di specie sottoposto al suo esame, ha potuto ricorrere al Giudice per i Rimedi Straordinari per ottenere una riparazione del suo diritto preteso leso (punto 2.10).*

In altri termini, il mero diritto di accesso alla giustizia – proclamato con riferimento ad ogni ipotesi di *ingiustizia sostanziale di una pronuncia giudiziaria definitiva contrastante con l'attuale coscienza dei diritti fondamentali della persona* (ex punti 5 e 6 della sentenza n. 6/2007) – viene attuato e completato dalla previsione per colui che lamenta *lesioni di diritti sanciti dalla CEDU, di poter ricorrere al Giudice per i Rimedi Straordinari per ottenere una riparazione del suo diritto preteso leso* (ex punto 2.10 della sentenza n. 13<sup>2</sup>).

---

<sup>2</sup> Al riguardo sembra opportuno sottolineare come al punto 2.9 della sentenza del Collegio Garante, si affermi – e tale affermazione non viene minimamente in discussione in questa sede (così come non viene in discussione il principio del primato della legge che essa sottende) – che *dalla sentenza 6/2007 di questo Collegio non si inferisce alcun fondamento alla competenza a disattendere la norma dell'art. 200, nemmeno al fine di provvedere urgentemente alla eliminazione di una ingiustizia sostanziale di notevole gravità, consistente nella violazione di uno dei diritti fondamentali della CEDU*. Ed invero, con questa sentenza l'onorevole Collegio garante formalmente dichiarò, come risulta dal dispositivo, *l'illegittimità costituzionale dell'articolo 200 del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede* – siccome aveva prospettato il giudice remittente – *tra i casi delle sentenze penali divenute definitive, quello in cui una sentenza sia stata pronunciata in base ad una norma successivamente dichiarata incostituzionale*. Sentenza, quindi, formalmente additiva con cui l'onorevole Collegio ha introdotto nell'ordinamento il denunciato *frammento normativo mancante* (non diversamente da quello che è ora avvenuto con la sentenza n. 13 del 2019, sempre con riferimento a tale articolo, *per la parte in cui non prevede come causa di revisione di una sentenza penale il caso della sentenza pronunciata in contumacia in modo illegittimo*). Sostanzialmente però, come risulta da entrambe le motivazioni, l'onorevole Collegio, una volta individuato il *frammento normativo mancante, la cd. lacuna dell'ordinamento*, ha indicato il *principio generale* – espresso con la formula “dell'ingiustizia sostanziale”

E risulta, quindi, chiarito che questo diritto di accesso – che si configura come preconditione sia del diritto ad una buona amministrazione della giustizia sia del diritto ad un giusto processo – concerne, come è ovvio, qualsivoglia procedimento giurisdizionale<sup>3</sup>.

---

– cui rifarsi nel riempire di contenuti la lacuna riscontrata (cfr. sul punto: *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio dell'11 giugno 2010 tra la Corte costituzionale italiana e quella di Ungheria, punto 2.5. *Le sentenze additive di principio*). In sostanza, entrambe le Decisioni si risolvono in una unica *Sentenza additiva di principio*, con la quale l'onorevole Collegio *instaura dunque un dialogo* (come è detto nel citato *Quaderno*) *non solo con il legislatore, chiamato a colmare il difetto di normazione, ma anche con i giudici, sui quali ricade, nelle more dell'intervento legislativo, il compito di dar seguito, nella concretezza dei rapporti giuridici, al principio enunciato nella decisione di illegittimità costituzionale* (cfr., sul punto, le sentenze n. 113 del 2011 e 88 del 2018 della Corte costituzionale italiana). In questa prospettiva – mentre va condivisa pienamente l'osservazione dell'onorevole Collegio, secondo cui *nulla vieta che il legislatore intervenga qualora ritenga di dover disciplinare di nuovo la materia dei rimedi straordinari, ovviamente purché in modo conforme sia alla "Dichiarazione dei diritti", sia alla CEDU* (cfr., punto 4.7.) – va osservato che, *nelle more dell'intervento legislativo*, e senza che in alcun modo venga in discussione (e tanto meno, venga *disattesa*) la norma di cui all'articolo 200 del codice di rito (e i casi ivi previsti), costituisce un preciso obbligo di questo giudice *comune quello di trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a sua disposizione* (così la sent. n. 88 del 2011 cit.), per dare attuazione a quel principio dell'intollerabilità, nell'ordinamento di questa Serenissima Repubblica, di qualsiasi ipotesi della ripetutamente citata *"ingiustizia sostanziale"*. E tale soluzione si impone in forza di quel principio della Preminenza del diritto (*prééminence du droit/Rule of Law*) contro l'arbitrio, il quale costituisce lo *spirto gentile* che, ispirando la riforma del 2002, ha fatto della splendida *Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'Ordinamento* di questa Serenissima Repubblica, una delle più avanzate e progressiste Carte costituzionali del mondo intero (sulla nozione di *Preminenza del diritto*, cfr., *infra*, note 3, 7, 8, 10, 21, 56, 61 e 62).

<sup>3</sup> È, invero, ovvio – nel senso che risulta evidente e senza possibilità di equivoci – che il diritto di accesso alla giustizia riguarda ogni procedimento (di cognizione ovvero di esecuzione; ordinario o straordinario) concernente una pretesa giurisdizionalmente tutelata dall'ordinamento. Per tale pretesa esiste un giudice e per tale pretesa sussiste per l'interessato il diritto di adire quel giudice. E con ciò resta soddisfatta l'esigenza di un *tribunale accessibile*. Resta l'esigenza – che in questa sede non interessa – di un *tribunale adeguato*. Ma non si può parlare di *buona amministrazione della giustizia* o di *giusto processo* (quali elementi di un *Tribunale adeguato*), se non si riconosca, quale espressione del principio della Preminenza del diritto (*prééminence du droit/Rule of Law*) il primordiale diritto di accesso al giudice (*droit au juge*), che è il solo che in questa sede interessa. Benché tale diritto non

---

risulti formalmente dal testo convenzionale, esso fu sancito dalla Corte europea sin dal glorioso caso *Golder* (21 febbraio 1975), come *un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 par 1* (§ 36: *the right of access constitutes an element which is inherent in the right stated by Article 6 para. 1*), basandosi essenzialmente sul principio di diritto internazionale che vieta il diniego di giustizia (*cfr.*, nel testo, *infra*, punto 2.1. lett. i). Grazie ad una interpretazione fondata sull'effetto utile del diritto ad un giusto processo ed al principio della *Preminenza del diritto* (*inerente non solo all'articolo 6, ma all'ensemble des articles de la Convention*), il principio (su cui, *cfr.*, *infra*, note 7, 8, 10, 21, 56, 61 e 62) fu poi esteso, tra l'altro, anche alle varie fasi dell'esecuzione, civile o penale, a partire dal caso *Hornsby* (sentenza della Grande camera del 19 marzo 1997). Orbene, al *diritto ad un processo* nel procedimento di cognizione l'onorevole Collegio Garante dedica l'intero punto 4.3 della motivazione in diritto (allorché esamina, in relazione al caso della sentenza contumaciale, il primo dei *quattro precetti rilevanti che si devono trarre dal § 1 dell'art. 6 della CEDU* preannunciati al punto 4.2.), premettendo che in ordine a tale *diritto ad un processo dinanzi ad un tribunale, si deve subito dire che questo diritto va inteso nella sua portata complessiva e nelle articolazioni strutturali del processo secondo quanto dispone il diritto processuale di uno Stato. Più precisamente – aggiunge l'onorevole Collegio – dire che un imputato ha diritto ad un processo significa che egli ha diritto che l'accusa formulata nei suoi confronti sia esaminata in un processo inteso nella sua tipicità di procedimento in contraddittorio davanti ad un giudice imparziale e nella sua estensione e complessiva articolazione in stati e gradi, tenuto conto delle norme processuali vigenti nello Stato nel quale tale accusa è stata formulata e dei relativi diritti che in tale Stato sono tutelati (per il processo penale) nei confronti di coloro che ricevono un'incolpazione, specificando, conclusivamente (ed all'esito di ampia motivazione cui, se del caso, opportunamente si rinvia), che la tutela giurisdizionale dei diritti dinanzi alla giurisdizione ordinaria si realizza con un processo che, nella sua interezza, tenuto conto del diritto processuale penale della Repubblica, si articolerà in un primo grado – dinanzi al Commissario della legge – e, in secondo grado, o grado di appello, dinanzi al Giudice di Appello: è, dunque, a questo processo, nella sua duplice e potenziale articolazione, che ha diritto una persona nei cui confronti venga formulata un'accusa penale perché ne venga esaminata la fondatezza, a norma dell'art. 16 § 1 della CEDU (id est: art. 6 § 1). A queste funzioni – puntualizza l'onorevole Collegio Garante – vanno aggiunte “le funzioni giurisdizionali in grado straordinario (...) assegnate al Giudice per i Rimedi straordinari” (art.2, quarto comma della legge costituzionale n. 144/2003, così come modificato dalla legge costituzionale n. 2/2011), che in questo specifico discorso non sono rilevanti. Ed effettivamente, ogni questione relativa all'adeguatezza del Tribunale non viene in discussione, in questo specifico discorso (e per i fini che in questa sede interessano), per l'Ufficio di questo Giudice, per il quale, invece, valgono – e sono rilevanti – le pertinenti osservazioni dell'onorevole Collegio in ordine all'accessibilità del Tribunale svolte al punto 2.10 della sentenza (*cfr.*, *supra*, punto 1.1 della motivazione) per la possibilità – riconosciuta a colui che nella fase esecutiva di un procedimento lamenti l'ingiustizia sostanziale di una pronuncia giudiziaria definitiva contrastante con l'attuale coscienza dei diritti fondamentali della persona – di ricorrere al Giudice per i*

1.2. Nel caso in esame il ricorrente prospetta la violazione del principio del *ne bis in idem* internazionale sotto il profilo che in ordine ai fatti a lui contestati – e per lo stesso titolo di reato (delitto di associazione per delinquere di cui al capo 5° dell'imputazione) e per i quali è intervenuta in San Marino sentenza di condanna definitiva (in data 20/11-18/12 2017 alla pena di anni due e mesi sei di prigionia) – sarebbe stato già giudicato in Italia con sentenza divenuta irrevocabile (sentenza del 3 febbraio 2014 – divenuta irrevocabile il successivo 29 marzo – del Gip presso il tribunale di Venezia di applicazione della pena su richiesta, nella misura di un anno e dieci mesi di reclusione, condizionalmente sospesa).

La prospettazione del ricorrente – nella misura in cui, ipotizzando la violazione di un diritto fondamentale della persona, deduce la sussistenza di una *ingiustizia sostanziale di una pronuncia giudiziaria definitiva contrastante con l'attuale coscienza dei diritti fondamentali della persona* – rende ricevibile l'istanza.

E ciò indipendentemente anche dalla previsione di *lesioni di diritti sanciti dalla CEDU*, posto che nel caso di specie, come ha giustamente affermato il Giudice dell'appello, *il principio del “ne bis in idem” internazionale non trova esplicito riconoscimento, dal momento che l'articolo 4 del VII Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea, firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984 (al quale San Marino ha aderito nel 1989), vieta la duplicazione dei giudizi solo all'interno di un medesimo Stato membro* (sent. cit. punto 2.3.<sup>4</sup>).

---

*Rimedi straordinari per ottenere una riparazione del suo diritto preteso leso. Accessibilità* che, giustamente l'onorevole Collegio rapporta all'articolo 13 della Convenzione europea, (per la *realizzazione*, come è ivi detto, del “*diritto ad un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale*”), in conformità del più recente orientamento della Corte di Strasburgo che, a partire dal caso *Kudla* (sentenza del 26 agosto 2000), ha completato e rafforzato il *nocciolo duro* dell'*accessibilità* costituito dal diritto di adire il giudice, riconosciuto sin dal caso *Golder* (sentenza del 21 febbraio 1975), mediante la previsione dell'*effettività* del diritto, garantendo un ricorso concreto ed effettivo dinanzi ad una autorità nazionale, a chiunque allegghi una violazione dei *diritti* e delle libertà salvaguardate dalla Convenzione. L'*accessibilità*, giova ripeterlo, costituisce manifestazione del principio della *Preminenza del diritto* che rende effettivo e concreto (e non astratto) il precetto normativo sancito dall'ordinamento con le sue fonti di produzione.

<sup>4</sup> Nel caso *E.G.M.*, la questione fu liquidata dall'allora vigente Commissione europea dei diritti dell'uomo, nella sua decisione sulla ricevibilità del 20 maggio 1994, con la

Ed, invero, l'indubbio principio di civiltà del divieto del *bis in idem* (sia sostanziale che processuale) quale diritto fondamentale della persona – già consacrato a livello nazionale dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 14.7) e dal 7° Protocollo aggiuntivo alla convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 4.1.) – ha trovato il suo concreto ed operativo riconoscimento a livello sovranazionale (sia pure a geometria variabile), quale effetto internazionale del giudicato interno, nelle Convenzioni elaborate dapprima nell'ambito del Consiglio d'Europa e successivamente, *vires acquirit eundo*, a livello comunitario e quindi dell'area Schengen ed infine di quella dell'Unione europea, con la Carta di Nizza, come meglio si chiarirà nel corso dell'esposizione.

2. Stabilito, quindi, che la richiesta è ricevibile e che, pertanto, nella specie sussiste per l'istante un diritto di accesso al giudice, va ora posto in evidenza che a tale diritto, a lui riconosciuto dall'Ordinamento di questa Serenissima Repubblica, corrisponde il dovere – incombente sul Giudice *extra ordinem* cui tale rimedio straordinario è stato da quello stesso Ordinamento affidato – di assicurare la risposta di garanzia dovuta e, per conseguenza, di esaminare il contenuto delle prospettate doglianze.

Questa è la strada indicata dall'onorevole Collegio garante il quale – escludendo in radice la rilevanza che in materia questo Giudice aveva attribuito, anche in ordine alla individuazione dei suoi poteri, all'articolo 13 della Convenzione europea – ha ammonito che, nel nostro Ordinamento, per *eliminare la lesione di un diritto fondamentale dell'uomo*, il rimedio principale è appunto quello dei rimedi straordinari in materia penale (art. 2, quarto comma della legge costituzionale n. 144/2003, modificato dalla legge costituzionale n. 2/2011) e, a seguire, se sussistono dubbi della costituzionalità delle norme da applicare per eliminare la lesione, il rimedio della verifica di costituzionalità ai sensi

---

lapidaria affermazione secondo cui *trattandosi di procedimenti penali in differenti Stati, il rispetto del principio "non bis in idem" non è garantito né dalla Convenzione (cf. n. 8945/79, dec, 13.12.83 D:R: 51 p. 272), né dall'articolo 4 del protocollo n. 7*. Questo orientamento fu confermato da successive Decisioni della Commissione (in caso *Gestra* del 16 gennaio 1995) o della Corte (in caso *Boheim* del 22 maggio 2007) ed infine, dalla sentenza della Corte (nel caso *Trabelsi* del 4 settembre 2014, § 164).



dell'art. 16, terzo comma, lett. a della "Dichiarazione", nonché dell'art. 13 della legge qualificata n. 55/2003 (sent. n. 13/2019, punto 2.10<sup>5</sup>).

2.1. La statuizione del Collegio assume un fondamentale rilievo per molteplici ragioni:

- i) anzitutto perché essa, in materia di salvaguardia dei diritti umani, impedisce che possa sussistere un *diniego di giustizia* in qualsiasi procedimento (sia esso ordinario ovvero straordinario) concernente una pretesa giurisdizionalmente tutelata dall'ordinamento, con particolare rilievo – per la parte che in questa sede interessa – anche alla fase intercorrente tra il momento del passaggio in giudicato interno di una sentenza e la scadenza del termine di sei mesi previsto per la presentazione alla Corte di Strasburgo di un eventuale ricorso, ai sensi dell'articolo 35 della Convenzione<sup>6</sup>. Per tal via è stato impedito che nei

---

<sup>5</sup> Al riguardo del citato articolo 13, nella sentenza l'onorevole Collegio premette che *la seconda delle fonti invocate dal giudice per i rimedi straordinari (per dare fondamento ad una competenza diretta ed immediata per la violazione dei diritti sanciti dalla CEDU) è appunto l'articolo 13 della CEDU con il successivo art. 35 (punto 2.7.), e dopo di aver chiarito che il rimedio principale è quello dei rimedi straordinari, che l'ordinamento della repubblica è dotato di strumenti ordinari idonei ad eliminare tempestivamente le lesioni di diritti sanciti dalla CEDU e che il ricorrente del caso di specie sottoposto al suo esame, ha potuto ricorrere al Giudice per i Rimedi Straordinari per ottenere una riparazione del suo diritto preteso leso, ha concluso ritenendo che il richiamo di cui all' art. 35 della CEDU non sembra rilevante, rivolto com'è tale articolo, a disciplinare i ricorsi alla Corte EDU, con la sanzione della sussidiarietà (punto 2.10). E di tale conclusione occorre doverosamente prendere atto.*

<sup>6</sup> Come è noto, il rispetto del predetto termine costituisce la preconditione che, ai sensi dell'articolo 35 della Convenzione, rende ricevibile il ricorso a Strasburgo. Non appare discutibile che – come dice la decisione del Giudice delle leggi e come è già stato ripetutamente ricordato (punto 2.10) – *l'ordinamento della Repubblica è dotato di strumenti ordinari, idonei ad eliminare tempestivamente le lesioni di diritti sanciti dalla CEDU: il che significa che l'ordinamento della Repubblica predispone istituzionalmente strumenti giurisdizionali ordinari per la realizzazione del "diritto ad un ricorso effettivo davanti a una istanza nazionale" così come sancito dall'articolo 13 della CEDU.* Ma sembra opportuno ribadire (pur limitando rigorosamente l'analisi alla sola parte che in questa sede interessa), che nel predetto termine l'unico strumento giurisdizionale idoneo esistente per le esigenze dell'indicato articolo 13 e per evitare la relativa violazione (esistenza di un giudice nazionale per la salvaguardia del *diritto a un ricorso effettivo* che possa tutelare i *diritti riconosciuti nella Convenzione che siano stati violati*), è quello straordinario

confronti dell'ordinamento della gloriosa e più antica Repubblica democratica del mondo possa essere ipotizzata la violazione di quel *principio di diritto internazionale che proibisce il diniego di giustizia e che integra uno dei principi fondamentali di diritto universalmente riconosciuti*<sup>7</sup>.

E non sembra superfluo ricordare che, come è noto, il diniego di giustizia può presentarsi sotto due forme sostanzialmente diverse: da un lato, quella concernente il diritto di accesso quale aspetto del diritto ad un tribunale garantito dall'articolo 6 § 1 della Convenzione – che *non si può neanche concepire senza la possibilità di accedere al tribunale* come ritenuto dalla Corte europea nel fondamentale arresto *Golder*<sup>8</sup> – e, dall'altro, quella relativa al diritto di accesso quale aspetto del diritto ad un ricorso effettivo dinanzi alle autorità nazionali per un preteso diritto convenzionale violato, garantito dall'articolo 13 della

---

della revisione, affidato ad un giudice *extra ordinem* (come lo stesso Collegio riconosce; *cfr.*, *supra* nota 2).

<sup>7</sup> L'espressione è testualmente contenuta nella sentenza, resa in seduta plenaria il 21 febbraio 1975 dalla Corte di Strasburgo nel caso *Golder*. Per concludere che il diritto di accesso è un aspetto del diritto garantito dall'articolo 6 § 1, che *non si può neanche concepire senza la possibilità di accedere al tribunale* (par. 34) la Corte si riferisce alle regole di interpretazione dei trattati enunciati nella Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 (ed in particolare nel paragrafo 3.c dell'articolo 31), ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civilizzate (articolo 38 § 1 c. dello Statuto della Corte internazionale di giustizia), nonché, come si è detto, ai principi di diritto universalmente riconosciuti (par. 35) e, soprattutto al principio della *Rule of Law*, ossia al principio della *Preminenza del diritto contro l'arbitrio* (sulla quale, *cfr. infra*, note 8, 10, 21, 56, 61, 62 e, *supra* note 2 e 3).

<sup>8</sup> Questa sentenza (*cfr.* la nota che precede e rinvii ivi contenuti) è considerata dalla dottrina unanime *un arresto fondatore* per il diritto ad un giusto processo, da una parte perché la Corte riconosce per la prima volta che l'articolo 6 § 1 consacra il diritto di accesso ad un tribunale e d'altra parte perché essa pone le basi di quei metodi di interpretazione costruttiva, che serviranno in seguito per arricchire il contenuto dell'articolo 6. La Corte di Strasburgo – dice Jean Pierre Marguénaud (*La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Paris, 2016, pag. 129) – appoggiandosi soprattutto su un principio di diritto internazionale che proibisce il diniego di giustizia, non si accontenta di un diritto di accesso puramente teorico: essa censura in effetti gli Stati che lasciano accumularsi gli ostacoli che impediscono che il diritto di accesso sia concreto ed effettivo. Ed è questa l'importanza fondamentale del principio della *Preminenza del diritto*, motore di sviluppo di una società democratica, effettivamente (e non in astratto) rispettosa dei diritti umani.

Convenzione, come ritenuto dalla Grande camera della Corte nella sentenza resa nel caso *Kudla*<sup>9</sup>.

- ii) in secondo luogo, e soprattutto, perché essa ha indicato l'iter della procedura nel senso che il ricorso al *rimedio della verifica di costituzionalità* deve essere esperito da questo Giudice – titolare riconosciuto dell'esclusivo *rimedio principale* – solo *a seguire, se sussistono dubbi della costituzionalità delle norme da applicare per eliminare la lesione* (punto 2.10 della motivazione in diritto);
- iii) ed infine, *last but not least*, perché essa ha eliminato ogni dubbio di carattere ordinamentale in ordine alla risposta di tipo sostanziale che – in un ordinamento democratico vivificato dal suo immanente ed ontologico principio della *Prééminence du droit/Rule of Law* (e

---

<sup>9</sup> La Grande camera della Corte europea con la sentenza *Kudla* del 26 ottobre 2000 ha chiarito che l'articolo 13 della Convenzione europea – proclamando *il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a una istanza nazionale* per la tutela dei diritti convenzionali violati – riafferma *il carattere sussidiario della protezione sovranazionale dei diritti dell'uomo rispetto a quello prioritario della tutela nazionale* (ivi, § 152). La stessa condizione - imposta dall'articolo 35 della Convenzione – del previo esaurimento delle vie di ricorso interno, conferma, secondo la Corte, che *la finalità dell'articolo 13 è quella di offrire un mezzo attraverso il quale i prevenuti possano riparare, a livello nazionale, la violazione dei loro diritti garantiti dalla Convenzione, prima di mettere in moto il meccanismo internazionale di denuncia davanti la Corte* (ivi, § 152). Da tali affermazioni, questo Giudice (a partire dal Decreto motivato n. 2 del 13-16 agosto 2016, in c. *Bacciocchi*) aveva tratto il corollario che la disposizione dell'articolo 13 della Convenzione – norma di immediata applicazione per essere la Convenzione parte integrante dell'ordinamento di San Marino – impone, quindi, che sia garantito un ricorso effettivo che consenta di *esaminare*, dinanzi ad una autorità nazionale, *il contenuto di un "grief défendable"* ("*arguable complaint*", nel testo inglese) *fondato sulla Convenzione e di accordare una adeguata riparazione al diritto che si assume violato* (ivi, § 157), ulteriormente specificando (*cfr.*, sentenza del 26 febbraio 2018, in c. *Travaglini*) che *il ricorso effettivo* richiesto dalla Convenzione è garantito nell'ordinamento di questa Serenissima Repubblica dal giudizio di revisione cui il Collegio garante ha riconosciuto la istituzionale competenza *ad esaminare il contenuto di un grief defendable* ed al quale l'articolo 13 della Convenzione attribuisce, comunque, il potere *di accordare una adeguata riparazione al diritto che si assume violato*. La validità di questo corollario è stata, come si è già visto (*cfr.*, *supra*, nota 5), radicalmente esclusa nella sentenza dell'onorevole Collegio (punto 2.10), che ha ricondotto la competenza di questo giudice nell'alveo dell'articolo 200 del codice di rito.

non da quello del mero *Primato della legge*) – è dovuta dal Giudice, posto che il diritto di accesso ad un Tribunale comprende non soltanto il diritto di ingaggiare una azione, ma anche il diritto ad una soluzione giurisdizionale della causa all’esito di una procedura rispettosa delle regole di un giusto processo<sup>10</sup>.

### Osserva

3. È necessario premettere che – come ha inequivocabilmente chiarito in punto di fatto la decisione impugnata – *l'imputazione di associazione per delinquere*, per la quale il Colombelli (unitamente ad altri appellanti) è stato giudicato e condannato in Italia, *risulta ampiamente sovrapponibile*

---

<sup>10</sup> Caso *Falie*, sentenza del 19 maggio 2015, § 25; caso *Kutic*, sentenza del 19 maggio 2015, § 22. Resta, infine, categoricamente, ed in radice, escluso il rischio, paventato nell’Ordinanza di rimessione (la n. 4 del 2019) dell’onorevole Collegio, in parziale diversa composizione, di *conseguenze sconvolgenti sul sistema costituzionale della Repubblica*, posto che tale risposta deve necessariamente essere contenuta nei solchi fissati dalla Riforma costituzionale del 2002 che, come ha ricordato la Sentenza, ha adottato la *soluzione di non devolvere agli organi del potere giudiziario la risoluzione delle questioni derivanti dai dubbi sulla conformità delle leggi alla carta costituzionale, lasciando loro l’obbligo di interpretare il diritto vigente in modo conforme alla “Dichiarazione”* (punto 2.4 della motivazione in diritto). Sulla distinzione tra *Preminenza del diritto* (*Rule of Law*) e *Primato della legge* sembra opportuno precisare che la *prééminence du droit* è l’espressione che i *Padri fondatori* della Convenzione europea utilizzarono per esprimere il concetto, proprio dei sistemi di *common law*, della *Rule of Law* (*Regno del diritto* o *Sovranità del diritto*), ossia della *regola di diritto* che deve essere rispettata da tutti e soprattutto da chi esercita il potere. Essa, immanente all’ordinamento e non discendente dalle Costituzioni, è svelata dal giudice nell’applicazione pratica. Nell’ordinamento del Consiglio d’ Europa (ma non in quello dell’Unione europea, retta dall’opposto principio del *Primato della legge*, secondo la piramide di Kelsen), la *Preminenza del diritto* è un dato normativo che, previsto nel Preambolo sia dello Statuto (firmato a Londra il 5 maggio 1949) sia della Convenzione europea, caratterizza e finalizza l’azione degli stati democratici rispettosi dei diritti fondamentali della persona. La Corte europea ha assunto questo principio a criterio interpretativo per assicurare effettività alle disposizioni convenzionali, verificando la *qualità della legge* con cui negli ordinamenti nazionali sono previste limitazioni ai diritti garantiti e realizzando l’antica ispirazione di Antigone di un diritto che temperi il *primato della legge* (*dura lex sed lex*) di Creonte (cfr., *supra* note 2, 3, 7 e 8, nonché *infra*, note 21, 56, 61 e 62).

*a quella oggetto di giudizio nel presente processo<sup>11</sup>, così come è del tutto pacifico che tale reato sia stato commesso anche in territorio sammarinese<sup>12</sup>.*

In tale situazione di fatto e nella prospettiva indicata dall'onorevole Collegio Garante – stabilita la sussistenza di un diritto di accesso e del correlativo dovere di questo Giudice – va ora posto in evidenza che, nel caso in esame, *non sussistono dubbi della costituzionalità delle norme da applicare per eliminare la lesione* e, non risultando, quindi esperibile, *a seguire, il rimedio della verifica di costituzionalità*, torna in uso – come dice l'onorevole Collegio Garante – *il rimedio principale*, che è appunto quello dei rimedi straordinari in materia penale<sup>13</sup>, con conseguente competenza di questo giudice ad esaminare la fondatezza della pretesa e ad adottare i provvedimenti conseguenziali.

Pretesa che, nel caso in esame (e senza poter purtroppo sgombrare il campo dal troppo e dal vano) si sostanzia, nell'individuare preliminarmente – con rigoroso riferimento alle fonti normative che si sono intrecciate tra loro sovrapponendosi nel tempo ed inserendo l'interprete, *novello e sprovveduto Teseo*, in un labirinto mutevole del

---

<sup>11</sup> Si legge, invero, al punto 2 della sentenza (fol. 13): *Gli appellanti Baita, Colombelli e Minutillo eccepiscono, in secondo luogo, la violazione del principio del “ne bis in idem” internazionale” per essere stati già giudicati in Italia per il medesimo fatto con sentenza divenuta irrevocabile. Al riguardo va premesso che nei confronti dei tre imputati, il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Venezia ha pronunciato in data 3 febbraio 2014 sentenza di applicazione della pena su richiesta (divenuta irrevocabile in data 29 marzo 2014) per un'imputazione di associazione per delinquere che risulta ampiamente sovrapponibile a quella oggetto di giudizio nel presente processo.*

<sup>12</sup> L'affermazione del Giudice di appello (punto 2.6., fol. 22) trova puntuale riscontro in entrambe le formulazioni dei capi di imputazione (foll. 3 e ss, per San Marino, fol. 14, per l'Italia).

<sup>13</sup> Cfr., sentenza Collegio Garante n. 13, punto 2.10. Nel ritenere che *non è esatto affermare* – come ha detto questo Giudice, *che non sussistono nell'ordinamento altri rimedi in grado di eliminare la lesione*, così osserva l'onorevole Collegio: *invero il rimedio principale è appunto quello dei rimedi straordinari in materia penale (art. 2, quarto comma, della legge costituzionale n. 144/2003, modificato dalla legge costituzionale n. 2/2011) e, a seguire, se sussistono dubbi della costituzionalità delle norme da applicare, per eliminare la lesione, il rimedio della verifica di costituzionalità ai sensi dell'art. 16, terzo comma, lett. a della “Dichiarazione”, nonché dell'art. 13 della legge qualificata n. 55/2003:*

*Minotauro, senza il filo di Arianna*<sup>14</sup> – l’eventuale effetto nazionale (sammarinese) di un giudicato reso in Italia per l’imputazione di un fatto-reato che risulti commesso anche in territorio sammarinese.

4. Ma, per dipanare una matassa normativa – che è di una complessità tale da apparire, anche in virtù di una incerta giurisprudenza, del tutto inestricabile, pur all’esito di un attento studio – e, soprattutto, per inquadrare la situazione nei suoi corretti termini, occorre sottolineare e dare il giusto rilievo all’affermazione contenuta nella sentenza impugnata, secondo cui la scelta di questa Serenissima Repubblica di non far parte della compagine dell’Unione europea, *non esclude, in verità, che nell’ordinamento sammarinese – più disponibile di quello italiano a recepire suggestioni normative sovranazionali, come risulta chiaramente dal disposto dell’art. 1 della Dichiarazione del 2002 – si possa ritenere operante, a determinate condizioni, il principio consacrato a livello eurounitario nell’art. 50 della Carta di Nizza*<sup>15</sup>, secondo cui, come è noto, *nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell’Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge*.

E giustamente in tale decisione, con espresso richiamo *alla stessa giurisprudenza del Giudice d’ Appello*<sup>16</sup>, viene rimarcato che ciò sarebbe doveroso allorché l’instaurazione di un secondo processo sul territorio di San Marino contrasterebbe, nel caso concreto, con “imperiose e basilari esigenze di giustizia”, consegnando esiti repressivi “profondamente ingiusti ed intollerabili” non “supportati, sotto il profilo dell’opportunità, da alcuna plausibile ragione” (Giud. App. Brunelli, 24 giugno 2013, Agostini).

*Ciò accadrebbe, in particolare – prosegue la sentenza impugnata – quando il fatto già giudicato all’estero, “si sia consumato interamente in*

---

<sup>14</sup> Il mito di Arianna e Teseo è sovente evocato in materia; cfr., V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; ma si leggono in dottrina commenti del tipo *senso di profondo disorientamento all’esito del faticoso percorso ricognitivo* o della *ricerca di un centro di gravità permanente* ovvero di un *baricentro per nulla stabile* o ancora di *immagine biblica dei babelici e simili*.

<sup>15</sup> Punto 2.6. della sentenza impugnata.

<sup>16</sup> Si tratta delle sentenze del giudice delle appellazioni Brunelli del 24 giugno 2013, Agostini; 8 gennaio 2015, *Matera*; 1° giugno 2016, *Staiano*. Cfr., la nota che segue.

*terra straniera”, essendo qui meno pregnante l’esigenza di preservare la giurisdizione del giudice sammarinese (non legata al “locus commissi delicti” ma alla sola cittadinanza del reo)<sup>17</sup>, ma tale soluzione non è praticabile affidandosi – come pretenderebbero gli appellanti – ad una pretesa e assai generica norma consuetudinaria di diritto internazionale, perché – statuisce la sentenza – quando “si tratta di abdicare radicalmente al principio di territorialità sul quale si accentra la pretesa punitiva dello Stato e dunque la sua sovranità, la materia, coinvolgendo il bilanciamento di opposte esigenze, è interamente rimessa alla regolamentazione convenzionale e alla pienezza formale della sua validità, tra cui si annovera anche il requisito della reciprocità (Giud. App. Brunelli, 1° giugno 2016, Staiano).*

Conclusivamente, la sentenza di appello ha ritenuto che *allorché il reato – come nel caso del presente giudizio – sia stato commesso anche in territorio sammarinese, non vi è motivo di ritenere, in difetto di specifici accordi convenzionali, che l’esercizio dell’azione penale incontri limiti derivanti dal rispetto del principio del “ne bis in idem” internazionale.*

5. L’ineccepibile impostazione della questione – in ordine alla individuazione di quelle *determinate condizioni che potrebbero far ritenere operante nell’ordinamento di questa Serenissima Repubblica il principio consacrato a livello eurounitario nell’art. 50 della Carta di Nizza* – impone (quanto alla sua soluzione), una non certo agevole preliminare riflessione sul valore, nell’ambito dell’Unione europea, di questo articolo della Carta nei suoi discorsi, e allo stato mai del tutto

---

<sup>17</sup> È doveroso riportare il prosieguo della motivazione, che è del seguente testuale tenore: *Tuttavia, è lo stesso Giudice d’Appello – in termini niente affatto contraddittori – a riconoscere che, al di fuori di questo specifico caso (e, principalmente, nell’ipotesi inversa in cui il reato si sia consumato interamente sul territorio della Repubblica), “la questione relativa al bilanciamento tra le esigenze di giustizia sottese al divieto del bis in idem e la pretesa punitiva di uno Stato nel territorio del quale è stato commesso un reato “non può trovare soluzione in forza di principi consuetudinari, ma deve essere risolta convenzionalmente”: solo una convenzione internazionale, infatti, “può stabilire se, a fronte di una sentenza emessa da un’autorità giudiziaria straniera per un fatto commesso al di fuori del suo territorio, lo Stato nel cui territorio è stato commesso il fatto debba riconoscere il ne bis in idem o possa procedere alla celebrazione di un nuovo processo, emettendo una nuova eventuale sentenza di condanna, salvo risolvere il “cumulo” in sede esecutiva (Giud., App. Brunelli, 8 gennaio 2015, Matera).*

chiariti, rapporti con l'articolo 55 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 1990 (CAAS).

È infatti noto come quest'ultima disposizione – contrariamente a quella della Carta, che consacra un diritto generale di carattere assoluto – preveda condizioni e, per il tramite della facoltà di riserve, limiti all'applicazione generalizzata del divieto del *bis in idem*.

E nell'ambito dei limiti – tesi alla tutela, secondo i casi, dei principi di territorialità o di personalità della giurisdizione – salvaguarda eccezioni e deroghe<sup>18</sup>.

Come è noto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), solennemente proclamata nel 2000, ha assunto valore giuridico cogente pari a quello dei trattati solo nel 2009 a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, laddove alla convenzione di Schengen (CAAS), entrata in vigore nel 1995, era stata, sin dal 1999 riconosciuta dal Trattato di Amsterdam valore di fonte di diritto europeo, sia pur secondario (in quanto derivato dai Trattati) dell'Unione europea.

---

<sup>18</sup> La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), meglio nota come Carta di Nizza, fu solennemente proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007, a Strasburgo. Ad essa l'articolo 6 del Trattato sull'unione europea quale modificato dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha attribuito il medesimo valore giuridico dei trattati. Con tale attribuzione si intendeva rafforzare il principio democratico e la tutela dei diritti fondamentali, tra i quali il divieto del *bis in idem*, che, stante l'intima correlazione con la libertà di circolazione, aveva trovato protezione dapprima nella Convenzione comunitaria di Bruxelles del 1987 (*infra*, nel testo, punto 9) e poi nella Convenzione di Schengen del 1990 (*infra*, nel testo, punto 9.2). A queste convenzioni, alle quali – unitamente a quello che si definisce l'*acquis* di Schengen – l'articolo 2 del Protocollo annesso al Trattato di Amsterdam (firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999 e che aveva determinato una *mutazione genetica del Terzo pilastro*, trasformando in sovranazionale il suo profilo intergovernativo), aveva riconosciuto fonte di diritto secondario (o derivato che dir si voglia), integrandoli nel quadro istituzionale e giuridico dell'Unione europea, e dando luogo a quell'antinomia allo stato non risolta dalla Corte di giustizia del Lussemburgo con la sentenza del 26 giugno 2016, *Kossowski* (la cosiddetta *non decisione*), su cui si erano inutilmente appuntate le speranze di chiarimenti da parte di molti interpreti, dopo le complesse conclusioni del compianto Avvocato generale Yves Bot.



Entrambe le disposizioni hanno, quindi, valore vincolante, ma quella di diritto secondario ha un campo di applicazione più articolato in termini di limitazioni (e di eccezioni alle limitazioni) al principio, il quale è, invece, seccamente cristallizzato e consacrato in termini generali nella fonte primaria, la quale, pur essendo sorta ed entrata in vigore successivamente, costituisce parametro di legittimità delle disposizioni della fonte derivata.

Questa storica antinomia testuale – che ha dato luogo ad un acceso e non sopito dibattito dottrinario sulla perdurante validità delle riserve nazionali e che costituisce fonte di confuse o incongruenti, ma comunque, discordanti e contraddittorie decisioni nazionali – costituisce un nodo ancora irrisolto sul quale la stessa Corte di giustizia non ha sinora fornito chiare indicazioni<sup>19</sup>.

6. Appare, pertanto necessario ripercorrere, con un *excursus* anche di carattere storico, il *tortuoso percorso labirintico* che ha determinato tale irriducibile antinomia, cercando di esaminare gli attuali limiti e gli eventuali ostacoli che il principio di territorialità della giurisdizione – richiamato e valorizzato nell'impugnata sentenza e che già il Guardasigilli Rocco nella sua celebre Relazione al Re sul codice di rito ancor oggi vigente in Italia, ravvisava come *uno dei massimi e più gelosi attributi della sovranità dello Stato*<sup>20</sup> – può (da solo o in uno a quello di

---

<sup>19</sup> Con la sentenza del 26 giugno 2016, *Kossowski* (la cosiddetta *non decisione*), su cui cfr., la nota che precede.

<sup>20</sup> Relazione per l'approvazione del testo definitivo del codice penale, in Gazzetta ufficiale n. 251 (straordinario) del 26 ottobre 1930, punto 9, ove veniva affermato che *quando l'ordine giuridico dello Stato sia stato violato mediante l'esecuzione anche parziale di un reato, non vi devono essere limiti o condizioni per l'esclusiva applicabilità della legge penale territoriale*. E tale affermazione era in linea con la dominante concezione strettamente nazionalista dell'attività giurisdizionale quale esercizio della sovranità. Va, al riguardo, ricordato come i sistemi di diritto penale della maggior parte degli Stati moderni, sia di *civil law* che di *common law*, siano stati dominati, dall'inizio del secolo XIX e fino agli anni '70 del secolo scorso (data dell'apertura alla firma a Strasburgo delle convenzioni ispirate dal rivoluzionario metodo di cooperazione giudiziaria internazionale per gestione comune del procedimento tra gli Stati più direttamente interessati al singolo episodio criminoso) da una concezione rigorosa del classico principio di sovranità statale, il quale da un lato esige che sia riconosciuta validità solo alle prescrizioni dello Stato e dall'altro riconosce che la legge penale può imperare solo là dove lo Stato ha la forza di imporsi. Ciascuno Stato, in effetti, si è ispirato – nel delineare il proprio complesso

personalità, attiva o passiva) ancor oggi frapponere alla straordinaria forza espansiva del principio del *ne bis in idem*, passato, negli ultimi settant'anni, da mera regola disciplinante l'autorità negativa della cosa giudicata sul piano nazionale, ad effetto nazionale del riconoscimento del giudicato penale straniero, a limite all'esercizio dell'*ius puniendi* in ambito comunitario, a strumento per assicurare la libertà di circolazione nell'area Schengen, a garanzia, infine, della persona, quale diritto fondamentale, assoluto ed inderogabile nell'Unione europea.

6.1. In tale prospettiva non appare del tutto superfluo ricordare come il divieto del doppio processo<sup>21</sup> – volutamente circoscritto ad una

---

normativo concernente l'applicazione della legge penale sostanziale e processuale nello spazio – principalmente ed essenzialmente al principio di territorialità per il quale, come è noto, la legge nazionale obbliga tutti coloro che si trovano sul territorio dello Stato e deve essere applicata, esclusivamente dalle autorità nazionali, a tutti coloro che, siano essi cittadini, stranieri o apolidi, abbiano ivi commesso un reato. Il principio di territorialità è stato, però, per lo più diversamente rafforzato con l'attribuzione di una ampia efficacia extraterritoriale alla propria legge penale. La rivendicazione gelosa dell'indipendenza dei sistemi nazionali – generalmente espressa con l'aforisma *chacun chez soi* – non ha però comportato l'adesione al principio *chacun pour soi*, espressione del rifiuto della cooperazione tra Stati. Il ricorso alle varie forme di cooperazione è stato, infatti, sempre inteso come un modo per poter riaffermare, al di là delle frontiere, il potere di coazione dello Stato, la sua potestà sovrana. Ciò spiega: a) come, tra le diverse forme di cooperazione giudiziaria, la più diffusa sia (specie nei Paesi di *common law*) quella dell'extradizione al fine di ripristinare le condizioni tipiche per l'esercizio della giurisdizione (cognitiva o esecutiva); b) come, all'ombra dell'extradizione, si siano sviluppate le varie e tradizionali forme di assistenza giudiziaria (rogatorie e altri atti di assistenza minore), che hanno sempre mirato a superare il principio della territorialità della giurisdizione; c) come, per i Paesi che lo conoscono (l'Italia), l'istituto del rinnovamento del giudizio sia risultato anch'esso legato ad una concezione che privilegia il momento nazionalistico della giurisdizione. Sul tema cfr., Vitaliano Esposito, voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniera*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXV, 1991, *fol.* 1; Id. voce *Estradizione*, *ivi*, vol. XIII.

<sup>21</sup> Il divieto della *double jeopardy* del diritto comune anglosassone, inteso quale diritto dell'incolpato di non vedere posta due volte in pericolo la sua vita o la sua persona per lo stesso reato è sovente riaffermata a livello costituzionale, pur se va segnalata una certa discrasia tra le affermazioni di principio e la realtà pratica di ciascun Paese. La stessa consacrazione del divieto nel V emendamento della Costituzione degli Stati Uniti e la susseguente affermazione della dottrina italiana, secondo cui tale principio costituirebbe un *pilastro* del diritto anglosassone, non trovano conferma puntuale in quei Paesi in cui la struttura federale consente la possibilità di due distinti processi, l'uno federale e l'altro statale. E' ben vero,

dimensione solo nazionale<sup>22</sup> – fosse stato dal Consiglio d'Europa delineato, nel 1984, come un diritto assoluto (assistito da garanzia giurisdizionale piena, anche a livello sovranazionale), con l'apertura alla firma, a Strasburgo, del 7° Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea.

Nessuna deroga ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione, neanche in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, è dal Protocollo autorizzato per questo diritto, che viene per tal modo ad essere allineato alle altre previsioni – quali quelle dell'articolo 2, diritto alla vita (salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra); dell'articolo 3, proibizione della tortura; dell'articolo 4 § 1, proibizione delle condizioni di schiavitù o di servitù; dell'articolo 7,

---

comunque, che la *double jeopardy rule* comporta negli ordinamenti interni la rigorosa applicazione dell'interruzione dell'azione penale (*power to stay the proceeding*), interpretandosi come un vero e proprio *abuso processuale* ogni ripresa di una azione penale già conclusa con sentenza passata in giudicato in quanto contraria al dovere di correttezza, ossia contraria a quel sentimento del giusto e dell'onesto – la *fairness* – che impregna i sistemi di *common law* e che costituisce l'essenza stessa del principio della *Prééminence du droit/Rule of Law*. Cfr., C. Wells, *Abuse of process, a practical approach*, London, 2006, pag. 240. E' interessante notare come la *Rule of Law* (e con essa la *double jeopardy*) già in *nuce* enunciata nella *Magna Charta libertatum* e transitata nel *Bill of Rights* del 1689 all'epoca della seconda *gloriosa rivoluzione* inglese (l'uno e l'altra ispirati da John Locke), pervenne nella Costituzione degli Stati Uniti d'America (influenzata da Gaetano Filangieri e Filippo Mazzei), all'esito della guerra di indipendenza. Ciò aveva consentito a Thomas Paine – autore dei famosi *best sellers* (*Common Sense* e *The Rights of Man*) con cui aveva dapprima infiammato alla rivolta i coloni americani contro la Madrepatria e poi invitato alla resistenza i rivoluzionari francesi (contro le idee, che poi prevalsero in Europa, del *Cicerone* britannico Edmond Burke, padre del moderno conservatorismo politico) – di affermare: *oggi in America il Sovrano è il Diritto. Come nei governi assoluti il sovrano è la legge, così nei paesi liberi la legge deve essere il sovrano e non ve ne deve essere alcun altro*. Il filo che lega la sovranità del diritto che si era imposta sul nuovo continente alla arroganza della Corona fu favorito da quella stessa suadente regola *no taxation without representation* che i baroni inglesi, in nome del popolo, avevano opposto, nel 1215, alle pretese di Re Giovanni, costringendolo a firmare la *Magna Charta*, primo documento nella storia che segna una limitazione del potere sovrano (su cui cfr., *infra*, nota 62).

<sup>22</sup> Nel Rapporto esplicativo che accompagna il Protocollo (Strasburgo, 1985, punto 27), i Padri fondatori tennero a precisare che la limitazione fu voluta perché altre convenzioni – quali quella di estradizione del 1957, quella sul valore internazionale delle sentenze penali del 1070 e quella sul trasferimento delle procedure repressive del 1972 – già regolavano l'applicazione del principio a livello internazionale

*nulla poena sine lege* – costituenti il cd. *nocciolo duro* dei diritti umani salvaguardati dalla Convenzione.

Si tratta di diritti intangibili (*noli me tangere*), che, nella loro qualità di componenti essenziali dell'ordine pubblico europeo, determinano delle obbligazioni assolute a carico degli Stati.

Veniva per tal modo realizzata, sia pur parzialmente, una antica aspirazione di civiltà dell'Europa occidentale, espressa, già nel 355 a.C. da Demostene, quando nell'orazione *adversus Leptinem* affermò οἱ νόμοι δ'οὐκ ἐῷσι δις πρὸς τὸν αὐτὸν περὶ τῶν αὐτῶν οὔτε δίκας οὔτ'εὐθύνας οὔτε διαδικασίαν οὔτ'ἄλλο τοιοῦτ'οὐδὲν εἶναι (le leggi vietano le stesse accuse due volte contro la stessa persona, che sia azione, inchiesta, domanda e altro simile<sup>23</sup>).

6.2. Nella stessa prospettiva non appare superfluo ricordare che la forza espansiva di questo diritto fondamentale – che nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea è stato consacrato nella Carta di Nizza in una dimensione tanto nazionale quanto transazionale – aveva trovato il suo motore propulsivo nell'intensa attività, svolta a partire dal 1956 all'interno del Consiglio d'Europa, dal glorioso *Comité européen pour les problèmes criminels*<sup>24</sup> ed era poi sfociata nell'adozione, per il tramite del Comitato dei Ministri, in quell'imponente *Corpus iuris*

---

<sup>23</sup> E che San Girolamo, nel quarto secolo d.C., rapporta alla giustizia divina, asserendo che Dio non punisce chi ha scontato i suoi peccati su questa terra. Si tratta, per la verità, di un ideale antico come il mondo civile e di cui si rinvergono tracce nella Bibbia e nel codice di Hammurabi (circa 1700 anni prima della nostra era), cfr., per le fonti, C.F. Stuckenberg, *Double Jeopardy and ne bis in idem in Common Law and Civil Law jurisdictions*, in D.K. Brown ed altri, *The Oxford handbook of Criminal Process*, Cap. XXI, New York, 2019; cfr., altresì, *infra*, nel testo, punto 12 e nota 62.

<sup>24</sup> Il Comitato fu istituito in conseguenza della Risoluzione (56) 13 sulla prevenzione del crimine ed il trattamento dei delinquenti, adottata il 10 giugno 1956 dal Comitato dei Ministri, organo intergovernativo deliberante del Consiglio d'Europa. La feconda attività del Comitato – risoltasi in ciò che molti ritengono il *tesoro meglio custodito d'Europa* (proprio per non essere stato pienamente attuata) – si trova riassunta nel mio scritto: *La giustizia penale tra patti internazionali a tutela dei diritti dell'uomo e l'azione del Comitato europeo per i problemi criminali del Consiglio d'Europa*, in *Diritto penale internazionale*, supplemento al n. 1-2 della rassegna *Il consiglio superiore della magistratura*, 1979, *fol.* 125-162. Sul tema mi permetto di rinviare al mio scritto, *Pour l'Histoire du Comité européen pour les problèmes criminels*, in *Cahiers de Défense sociale*, 1999, pp. 67-76.

(convenzioni, risoluzioni e raccomandazioni) non sempre, purtroppo, adeguatamente recepito a livello nazionale dai singoli Paesi e confusamente sovente trasfuso in precipitosi e spesso contraddittori provvedimenti comunitari, che hanno largamente contribuito all'attuale situazione di incertezza giuridica<sup>25</sup>.

È stato, invero, su impulso di questo mitico Comitato – cui va l'indiscutibile merito di avere elaborato una strategia globale tesa ad armonizzare le legislazioni nazionali concernenti il diritto e la procedura penale<sup>26</sup>, il diritto penitenziario<sup>27</sup> ed il contributo delle scienze ausiliarie

---

<sup>25</sup> Nell'ambito comunitario (ma al di fuori dei meccanismi formali della Comunità), tra il 1987 e il 1991, furono adottati, in materia di cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale, ben cinque convenzioni nelle quali vennero spesso rovinosamente trasfusi i principi elaborati, a livello e con rigore scientifico, dal Consiglio d'Europa nel settore. Il numero delle ratifiche è stato talmente basso che la maggior parte di queste convenzioni non sono entrate in vigore. *Cfr., infra*, nota 29.

<sup>26</sup> Gli strumenti elaborati dal Comitato e successivamente adottati dal Comitato dei Ministri (225 Convenzioni, oltre ad innumerevoli raccomandazioni, risoluzioni o rapporti) hanno dato luogo alla costituzione di un vero e proprio *diritto penale europeo*, che ricomprende sia il diritto sostanziale penale classico che il sistema sanzionatorio degli illeciti amministrativi, adottato da molti Paesi europei sulla falsariga del modello germanico delle *Ordnungswidrigkeiten* (violazioni delle prescrizioni semplici). L'uno e l'altro sistema sono stati riguardati con visione unitaria, in modo da assimilarli ai fini della cooperazione, ma, al contempo, da lasciar ciascun Paese libero di seguire le proprie scelte di politica criminale e il complesso normativo di carattere processuale che ne è derivato – trasfuso nelle convenzioni europee sinora adottate e che integrano la struttura di quello che può definirsi il *diritto processuale convenzionale europeo* – dà la possibilità ai singoli Stati di optare, secondo le esigenze, tra una richiesta di collaborazione di tipo classico ed una di tipo moderno (*cfr., infra*, punto 6.3 e relative note). Va segnalato che la scelta del legislatore italiano con la legge di depenalizzazione del 1981 (la 689) di inquadrare il sistema degli illeciti amministrativi sanzionati nell'ambito del sistema giuridico civile, non si è rilevata felice ai fini del soddisfacimento delle esigenze della cooperazione internazionale ed ha dato luogo alle aberranti conseguenze del cd. *sistema domestico del doppio binario sanzionatorio*, nonostante che nel corso dei lavori preparatori proprio su questo punto si fossero verificate le maggiori tensioni nel ristretto gruppo di lavoro (del quale lo scrivente faceva parte con l'indimenticabile Raffaele Bertoni), incaricato dal guardasigilli Bonifacio di predisporre il relativo testo.

<sup>27</sup> Va citata innanzi tutto la Risoluzione n. 5 del 1973 relativa all'insieme delle regole minime per il trattamento dei detenuti, che ha largamente ispirato la legislazione e le prassi di tutti i Paesi d'Europa. La prima Risoluzione in materia è la n. 2 del 1962 relativa ai diritti sociali, civili ed elettorali dei detenuti; cui fecero seguito numerose altre, tra cui vanno citate la n. 25 del 1966 sul trattamento di corta durata dei giovani

in materia<sup>28</sup> – che il Consiglio d'Europa fu in grado di tracciare le linee evolutive di quell'efficace sistema di cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale, che fu poi ripreso, ma mai compiutamente completato – dapprima nei due spazi concentrici di cui uno costituito nell'ambito dei 12 Paesi all'epoca aderenti alla Comunità economica europea e l'altro nella più ristretta sfera territoriale di quei Paesi che avevano aderito all'accordo originariamente sottoscritto a Schengen il 15 giugno 1985 – e successivamente nell'ambito dell'Unione europea in quello *spazio giudiziario europeo*, la cui creazione era stata auspicata sin dal 1976 da Presidente francese Valéry Giscard d'Estaing sin dal 1977<sup>29</sup>.

---

delinquenti minori di 21 anni, la n. 25 del 1975 sul lavoro penitenziario e la n. 2 del 1976 sul trattamento dei detenuti in detenzione di lunga durata.

<sup>28</sup> Il Comitato europeo era assistito da un organismo consultivo, il Comitato scientifico criminologico, che costituiva il centro motore di una serie di iniziative, tra cui le Conferenze, sistematicamente organizzate, dei Ministri della giustizia, dei direttori di istituti di ricerche criminologiche o dei direttori delle amministrazioni penitenziarie. I relativi lavori, tutti pubblicati, costituiscono, ancor oggi, una fonte inesauribile per ogni studio finalizzato all'azione o alla più rigorosa ricerca scientifica. Fra tutti va citato il grande Rapporto sulla decriminalizzazione, pubblicato nel 1980, e dovuto all'infaticabile impulso di Luch H.C. Hulsman, professore di diritto penale all'università di Rotterdam, massimo sostenitore del sistema abolizionista del diritto penale.

<sup>29</sup> La proposta di un *espace de liberté, de sécurité et de justice* (cominciando da *une convention d'extradition automatique*), fu lanciata, con felice espressione, dal Presidente in occasione del Consiglio europeo di Bruxelles del 5-6 dicembre 1977, nell'epoca particolarmente calda del terrorismo. A quel momento la cooperazione giudiziaria nell'ambito della Comunità europea non era prevista, dato che il Trattato di Roma prevedeva solo la cooperazione giudiziaria in diritto civile per la protezione delle persone e delle società (art. 200). Il nuovo impulso dato all'idea di uno *spazio senza frontiere interne* dall'Atto unico europeo del 1986 (con cui furono emendati i Trattati di Roma e che entrò in vigore il 1° luglio 1987) determinò una decisa accelerazione del processo di integrazione politica di cui la firma a Maastricht il 7 febbraio del 1992 del Trattato sull'Unione politica costituì una delle tappe più significative. In particolare dal 1987 al 1991 (con l'ausilio di un Segretariato formato anche da ex funzionari del Consiglio d'Europa) furono adottate cinque convenzioni che cercavano di semplificare il quadro normativo elaborato dal Consiglio d'Europa nel settore della cooperazione giudiziaria interstatuale. Di tali convenzioni, una mira alla semplificazione delle domande di estradizione (Accordo di Donostia-San Sebastiano del 29 maggio 1989), tre attuano forme di collaborazione per gestione comune del procedimento; Accordo di Bruxelles del 25 maggio 1987; sul trasferimento delle persone condannate; l'Accordo di Roma del 6 novembre 1990, sul trasferimento dei procedimenti penali; Convenzione di Bruxelles del 25 maggio 1987, sul riconoscimento internazionale del *ne bis in idem*), la maggior parte

6.3. Nel quadro di questa strategia, il Consiglio d'Europa – che pur aveva assicurato nel 1957 la tutela internazionale del divieto del *bis in idem* in materia di estradizione in una ottica prettamente nazionalista<sup>30</sup> – successivamente convinto che *uno dei più imperiosi principi del diritto penale moderno* per la tutela effettiva di questo diritto dell'imputato dovesse essere il riconoscimento della decisione giudiziaria straniera, ispirò la propria azione al passaggio da una concezione basata su di una *mutua assistenza* a quella fondata su di un *mutuo riconoscimento*<sup>31</sup>.

---

di queste forme di cooperazione verranno poi riprese nello spazio di Schengen – sorto in conseguenza della *fuga in avanti* che avevano effettuato cinque (Be.ne.lux, Francia, e Repubblica federale tedesca) dei 12 Stati allora aderenti alle Comunità con l'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 – confluendo nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS, firmata dai predetti cinque Stati il 19 giugno 1990 ) ed il 27 novembre dello stesso anno dall' Italia. Come si è già detto nel testo (*supra* punto 5) alle disposizioni dell'*acquis* della Convenzione di Schengen (CAAS), era stato, sin dal 1999 riconosciuto dal Trattato di Amsterdam valore di fonte di diritto secondario (in quanto derivato dai Trattati) dell'Unione europea. A partire dalle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, si è assistito, nel volgere di pochi anni, ad una trasmutazione di istituti secolari della cooperazione intergovernativa. Dall'extradizione si è passati alla consegna della persona basata sul mandato di arresto europeo; dalla commissione rogatoria all'ordine europeo di indagine penale; dalla convenzione sul trasferimento delle persone condannate ai nuovi meccanismi di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze di condanna, ai sensi della decisione-quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008, recepita in Italia con il d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161.

<sup>30</sup> La Convenzione (STE n. 24), aperta alla firma a Parigi il 13 dicembre 1957 e ratificato sia dall' Italia (6 agosto 1963) sia da San Marino (il 18 marzo 2009), con la prima frase dell'articolo 9, sotto il titolo *ne bis in idem*, sancisce, con carattere obbligatorio, che l'extradizione non sarà accordata quando l'individuo reclamato è stato definitivamente giudicato dalle autorità competenti della Parte richiesta per i fatti che motivano la domanda. La disposizione della seconda frase dell'articolo, la quale ha carattere facoltativo, prevede che l'extradizione potrà essere rifiutata se le autorità competenti della Parte richiesta hanno deciso di non aprire un procedimento penale o di chiuderne uno già avviato per gli stessi fatti.

<sup>31</sup> Il *manifesto* di questa nuova concezione si trova riassunta nel Rapporto sugli *Aspects de la valeur internationale des jugements répressifs* del Comitato europeo per i problemi criminali dovuto ai contributi del tedesco M.H. Grutzner, consigliere al Ministero federale della giustizia; dell'olandese M.L. Hulsman, professore all'Università di Rotterdam; dello svizzero C. Markees, capo della sezione di estradizione e assistenza giudiziaria della Divisione federale della polizia; del turco Nurullah Kunter, professore all'Università di Istanbul e dell'italiano Giuseppe Altavista, direttore generale al Ministero della giustizia, ai quali si deve poi l'elaborazione anche delle due fondamentali convenzioni in materia ed i successivi Rapporti esplicativi che accompagnano le stesse.

Nell'elaborare le nuove linee di una cooperazione giudiziaria che – superando il tradizionale metodo ancillare dell'assistenza giudiziaria, baluardo del mito della territorialità della giurisdizione (estradizione, rogatorie e tradizionali forme di assistenza minori) – potesse dar luogo, pur senza necessariamente infrangere quel mito, ad *una compenetrazione delle giurisdizioni*, per il tramite del moderno metodo della *gestione comune del procedimento*, il Consiglio partì dal presupposto – come fu espressamente chiarito nel Rapporto esplicativo che accompagna entrambe le Convenzioni con cui venne attuato questo nuovo metodo – che il riconoscimento dell'effetto *ne bis in idem* su di un piano superiore a quello nazionale *presuppone una certa fiducia nella giustizia resa da un ordinamento straniero; fiducia certamente esistente tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, ma non agevolmente riscontrabile nelle relazioni con altri Stati*<sup>32</sup>.

Per il perseguimento anche di questo conseguenziale effetto, l'istituto del riconoscimento di un *valore europeo al giudicato penale* costituì, quindi, uno degli obiettivi perseguiti sia dalla *Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi*, aperta alla firma a L'Aja il 28 maggio 1970,<sup>33</sup> sia dalla *Convenzione europea sulla trasmissione dei giudizi repressivi*, aperta alla firma a Strasburgo il 15 maggio 1972<sup>34</sup>.

Queste Convenzioni – basate sul rivoluzionario concetto della possibilità di una rinuncia, sia pur condizionata, alla giurisdizione – costituiscono il logico e necessario completamento di principi già sanciti in precedenti

---

<sup>32</sup> Cfr. nei rispettivi Rapporti esplicativi che accompagnano le convenzioni, la pag.48 della convenzione del 1970 e la pag. 61 di quella del 1972.

<sup>33</sup> La Convenzione (STE n. 70) è entrata in vigore il 30 marzo 1978, data in cui è stato raggiunto il deposito del terzo strumento di ratifica ed essa, allo stato lega, 23 dei 47 Stati attualmente aderenti al Consiglio d'Europa. San Marino, che aveva firmato l'11 dicembre 2001, ha depositato lo strumento di ratifica il 17 aprile 2002 e la Convenzione è entrata in vigore nei suoi confronti, a partire dal 18 luglio 2002: Per l'Italia, che pur aveva firmato il 4 febbraio 1971, la Convenzione non è ancora esecutiva non essendo stato depositato lo strumento di ratifica, nonostante che fosse intervenuta una legge (la n. 305 del 1977) di autorizzazione alla ratifica.

<sup>34</sup> La Convenzione (STE n. 73) è entrata in vigore il 26 luglio 1974, data in cui raggiunto il deposito del terzo strumento di ratifica ed essa, allo stato lega, 25 dei 47 Stati attualmente aderenti al Consiglio d'Europa. Né l'Italia, né la Repubblica di San Marino hanno firmato la Convenzione.



Convenzioni<sup>35</sup>, mirando a regolare, in maniera armonica, la prima, il riconoscimento formale, anche agli effetti dell'esecuzione delle pene principali, del giudicato penale straniero o della decisione amministrativa definitiva (per il relativo sistema sanzionatorio), e, la seconda, la trasmissione dell'esercizio dell'azione penale o del procedimento sanzionatorio amministrativo<sup>36</sup>.

Entrambe le Convenzioni – di carattere generale – disciplinano la garanzia del *ne bis in idem* quale effetto internazionale del giudicato reso in altro Stato membro, con una formulazione analoga (artt. 53-55, 35-37), sostanzialmente ripresa nelle successive convenzioni elaborate sia nell'ambito Comunitario che in quello di Schengen.

7. L'adesione da parte di San Marino alla Convenzione del 1970 – basata sulla facoltà di rinunciare all'esercizio della giurisdizione nella fase di esecuzione del giudicato penale interno ed accettata senza neanche

---

35. Si tratta della Convenzione europea per la sorveglianza delle persone condannate o liberate con la condizionale (STE n. 51) e della Convenzione europea per la repressione delle infrazioni stradali (STE n. 52), entrambe aperte alla firma, a Strasburgo, il 30 novembre 1964, data in cui può essere fissato in Europa l'inizio concreto di una cooperazione internazionale in materia penale secondo l'innovativo metodo della gestione comune del procedimento. La Repubblica di San Marino non ha firmato queste convenzioni. L'Italia ha ratificato, in data 21 maggio 1975, la prima Convenzione che, entrata in vigore il 22 agosto 1975 (proprio in conseguenza della ratifica italiana), lega allo stato 20 dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa. La seconda Convenzione (che è entrata in vigore il 18 luglio 1972, e che allo stato lega solo 5 Stati del Consiglio d'Europa) non è ancora esecutiva per l'Italia non essendo stato depositato lo strumento di ratifica, nonostante che fosse intervenuta una legge (la n. 484 del 1977) di autorizzazione alla ratifica. La resistenza maggiore si è manifestata in relazione all'istituto del trasferimento all'estero dell'esercizio dell'azione penale; istituto, peraltro, già conosciuto dall'ordinamento italiano specie per regolare rapporti di frontiera sulla falsariga della Convenzione internazionale per la navigazione del Reno, che risale al 1868 e dell'accordo franco-monegasco del 1912 (Convenzione italo-jugoslava del 1928 e Convenzione concernente le stazioni internazionali di Modane e Ventimiglia del 1952, etc.).

<sup>36</sup> In altri termini, il complesso sistema elaborato dà la possibilità allo Stato sul territorio del quale è stato commesso il fatto indesiderato dall'ordinamento (reato o illecito amministrativo) di scegliere tra la trasmissione ad altro Stato dell'esercizio, secondo i casi, dell'azione penale o di quella amministrativa, o la delega, a tale Stato, dell'esecuzione del giudicato penale o della decisione amministrativa definitiva.

avvalersi della possibilità di riserva prevista proprio in ordine al principio del *ne bis in idem* – conferma, senza alcuna ombra di dubbio, la *fiducia* che certamente nutre questa Serenissima Repubblica nei confronti di tutti gli altri Stati aderenti al Consiglio d'Europa e la sua maggiore disponibilità a *recepire suggestioni normative sovranazionali*.

Ed al contempo tale adesione offre – in relazione proprio al divieto del *bis in idem* e tenuto conto delle fonti normative del nostro diritto, ed eventualmente dell'apertura offerta anche dalle potenzialità espansive dell'articolo 1 della Dichiarazione dei diritti – un primo significativo elemento perché, come dice la sentenza di appello, *si possa ritenere operante, a determinate condizioni, il principio consacrato a livello eurounitario nell'art. 50 della Carta di Nizza*.

7.1. Ma la circostanza che, come si è visto, non sia allo stato possibile determinare, nell'ambito stesso dell'ordinamento dell'Unione europea, l'esatta operatività di queste *determinate condizioni*, stante la ritenuta irriducibile antinomia delle fonti normative, non impedisce di completare il *tortuoso percorso* evolutivo sinora seguito, restringendo l'esame delle fonti sovranazionali alla sola ipotesi che in questa sede interessa – che è quella in cui, oltre che in Italia (Paese di prima condanna), *il reato sia stato commesso*, come dice il giudice di appello *anche in territorio sammarinese* – al fine di acclarare quale sia la disciplina che oggi regoli un analogo rapporto intercorrente tra due Paesi dell'Unione europea.

In altri termini, abbandonata l'ambiziosa ipotesi di ricercare – all'interno del *labirinto* normativo – l'esistenza di una piattaforma di garanzie comune a tutti i Paesi, l'analisi viene ora, in ipotesi, ristretta ed accentrata solo sulla fattispecie ora indicata, al fine di valutare se la stessa possa o non rientrare, per i Paesi membri dell'Unione, nella sfera di tutela garantita dalla norma primaria di cui all'articolo 50 della Carta di Nizza<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> L'impossibilità dell'agevole individuazione di una piattaforma comune di garanzie assicurate è dovuta alla constatazione che, nell'ambito dell'Unione, alla solenne affermazione di un principio fondamentale – largamente riconosciuto come diritto della persona umana – corrisponde una applicazione internazionale condizionata, oltre che da interpretazioni divergenti nella definizione della portata del principio, da numerose restrizioni o eccezioni, che, sono previste, come meglio si vedrà nel corso dell'esposizione, sia dalla Convenzione di Bruxelles che da quella di Schengen.

7.2. Solo all'esito di tale analisi si potrà, quindi, concretamente riscontrare – sulla base ovviamente del sistema delle sole fonti normative sammarinesi, eventualmente valutate anche alla luce dell'articolo 1 della Dichiarazione dei diritti – la sussistenza o non di condizioni idonee a far ritenere *operante*, in relazione al caso di specie, *il principio consacrato a livello eurounitario nell'art. 50 della Carta di Nizza*.

8. Ed è questa la retta strada da seguire perché, nei rapporti tra l'Italia e San Marino, la soluzione del problema non può essere rinvenuta sul piano convenzionale, dal momento che – come pacificamente ricordato in costanti decisioni di questa Serenissima repubblica – *il principio del “ne bis in idem” internazionale, enunciato dall'articolo 53 della Convenzione europea sulla validità dei giudizi repressivi ratificata dalla Repubblica di San Marino con decreto del 26 febbraio 2002 n. 30, non può trovare applicazione in relazione alle sentenze pronunciate in Italia, perché la Repubblica italiana non ha provveduto al deposito dello strumento di ratifica di tale convenzione*<sup>38</sup>.

Restano, per la verità, imperscrutabili le ragioni per cui il Governo dello Stato italiano – uno dei Paesi fondatori del Consiglio d'Europa – abbia ritenuto di non dover dare esecuzione ad un trattato per il quale il Parlamento aveva autorizzato la ratifica, ritenendo evidentemente sussistere – non diversamente da quanto stimato dalle Autorità di questa Serenissima Repubblica – *quella fiducia nella giustizia certamente esistente tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, su cui era fondato il nuovo metodo di cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*<sup>39</sup>.

3. Ma, tornando ora all'esame del *tortuoso percorso* delle relazioni tra i Paesi oggi aderenti all'Unione europea, fu proprio la riconosciuta *fiducia*, unita a *comprensione e rispetto reciproci nelle decisioni giudiziarie*

---

<sup>38</sup> Cfr., sentenza n.1/2015, Giudice Brunelli, *Matera*; sentenza n. 86/2016, Giudice Brunelli, *Staiano*.

<sup>39</sup> Cfr., *supra*, punto 6.3. e note 33 e 34. La legge è la n. 305 del 16 maggio 1977 (in Suppl. ord. G.U. n. 163 del 16 giugno 1977). La situazione è del tutto analoga alla mancata ratifica della Convenzione europea per la repressione delle infrazioni stradali (cfr., *supra*, nota n. 29). La prassi è che in materia il Governo sia assolutamente libero. Esistono, infatti, vari trattati che non sono stati mai resi esecutivi ed al riguardo la dottrina italiana è nettamente divisa.

*straniere* – come è detto nel Preambolo del nuovo strumento internazionale – ciò che, nell’ambito della istituzionalizzata *Cooperazione politica europea*<sup>40</sup> indusse i 12 Stati allora aderenti alle Comunità europee, a firmare a Bruxelles, il 25 maggio 1987 la Convenzione *relativa all’applicazione del principio ne bis in idem*<sup>41</sup>.

È questa la prima ed unica convenzione interamente dedicata al principio del riconoscimento internazionale del divieto del doppio processo e con essa si intendeva porre – per il tramite di un accordo intergovernativo soggetto a ratifica – un limite all’esercizio indiscriminato dell’*ius puniendi* nell’ambito comunitario proprio per favorire le esigenze di credibilità di una più efficace e migliore cooperazione transnazionale per la lotta al crimine organizzato.

9.1. Ma, dalla lettura dell’articolo 1 della Convenzione (*una persona che sia stata giudicata ... non può essere sottoposta a procedimento penale etc.*) e dalla stessa tecnica normativa utilizzata – che è quella propria delle convenzioni con cui si riconoscono diritti fondamentali – risulta chiaramente che il divieto del doppio processo fu in pratica configurato non già (o non solo) come regola giuridica che gli Stati si impegnavano reciprocamente a far osservare dalle rispettive giurisdizioni, ma quale diritto della persona che ciascuno Stato si obbligava a rispettare nei suoi confronti e nei confronti della comunità internazionale<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Cfr., *supra*, nota 35. Il legislatore italiano fu, subito dopo quello di Danimarca, il primo a manifestare, con la legge n. 350 del 16 ottobre 1989, l’intenzione di ratificare la convenzione, i cui principi confluirono, poi, nella Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen (CAAS) del 1990, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 388 del 30 settembre 1993.

<sup>41</sup> Come è detto nel Preambolo della Convenzione tra gli Stati membri delle comunità europee che fu applicata in via provvisoria nei rapporti tra Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Paesi Bassi e Portogallo.

<sup>42</sup> Il *ne bis in idem* quale diritto della persona riconosciuto con efficacia *erga omnes*, si trova per la prima volta affermato in un saggio dello scrivente di commento alla Convenzione di Bruxelles del 1987 alla cui elaborazione aveva contribuito nella qualità di esperto designato dal Governo italiano), nel quale dopo di aver tracciato, fino alla Convenzione di applicazione dell’accordo di Schengen, il *tortuoso percorso* in questa sede riassunto, si perveniva sulla base di un complesso *iter* argomentativo (cui, se del caso, si rinvia) all’individuazione – quanto meno nei limiti delle regole minime accettate dall’Italia della comune piattaforma di garanzia – dell’esistenza di una norma consuetudinaria ormai entrata a parte del patrimonio giuridico di ogni Stato e come tale recepito nel Patto delle Nazioni Unite, con funzione meramente

Risultato, quindi, eccezionale sul piano del diritto internazionale – segnando il passaggio da una tradizione continentale del divieto del *bis in idem* quale effetto del giudicato penale a quella dei sistemi di *common law*, che nella *protection against double jeopardy* vedono una garanzia del *fair trial* – ma non certo esaltante nell’applicazione pratica, posto che per il tramite della facoltà di riserve – con cui veniva riconosciuto agli Stati membri la possibilità di salvaguardare sia il principio di territorialità, sia quello di personalità, attiva e passiva, della giurisdizione – risultarono in pratica completamente svuotate le buone intenzioni dei compilatori della Convenzione.

Ma risultato estremamente positivo per la soluzione del caso in esame poiché, come meglio si vedrà, esso consente di circoscrivere e salvaguardare – superando, per il tramite di una eccezione prevista dalla Convenzione stessa, anche la rete di protezione assicurata al principio di territorialità della giurisdizione con il gioco della facoltà di riserve ivi consentito – proprio l’ipotesi che in questa sede interessa, ossia quella in cui i fatti oggetto della sentenza straniera *siano avvenuti in parte sul territorio dello stato membro nel quale la sentenza è stata pronunciata*<sup>43</sup>.

---

ricognitiva di una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta e, quindi, per effetto dell’articolo 10 della Costituzione, di immediata applicazione nell’ordinamento italiano. Cfr., V. Esposito, *Ne bis in idem nazionale, comunitario, internazionale*, in L’evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di cassazione, Roma, 1993, pagg 309-335 (in particolare pag. 321); cfr., altresì, dello stesso autore, *Gli effetti internazionali della garanzia del be bis in idem nell’ambito comunitario*, in Documenti giustizia, 1992, pag. 476. Nello stesso senso; H.J. Bartsch (già capo della Divisione degli affari criminali del Consiglio d’ Europa), *Council of Europe ne bis in idem, the European perspective*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2002/3, pag. 1167 e ss.; J.L. De la Cuesta – A. Eser, *Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle “ne bis in idem”*, in *Rev. Int. Droit Penal*, 2001 pag. 756 e ss.; J.A.E. Vervaele, *Ne bis in idem: towards a trasnational principle in E.U.?*, in *Utrecht Law Review*, 2013, 9(4), pag. 211 e ss.

<sup>43</sup> La Convenzione, all’articolo 1, enuncia il principio del divieto ed all’articolo 2 prevede le possibili riserve, tra le quali quella a tutela del criterio della territorialità della giurisdizione, sancendo che la parte può dichiarare di non essere vincolata dall’articolo 1, *quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio, in tutto o in parte. In quest’ultimo caso* (ossia quando il fatto è avvenuto *in parte* su tale territorio) aggiunge la Convenzione, la riserva non è valida *se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio dello stato membro nel quale la sentenza è stata pronunciata*.

9.2. Il testo della Convenzione comunitaria fu integralmente trasfuso nella cosiddetta Convenzione di applicazione dell'Accordo firmato a Schengen il 19 giugno 1990 (CAAS<sup>44</sup>), la quale con modalità del tutto analoghe, mirava anch'essa a fissare un limite all'esercizio indiscriminato dell'*ius puniendi* per garantire la libera circolazione delle persone nel più ristretto ambito territoriale che si era venuto a creare in conseguenza della *fuga in avanti* di cinque Stati comunitari, desiderosi di *consentire all'Unione europea di trasformarsi più rapidamente in una area di libertà, di sicurezza e di giustizia*<sup>45</sup>.

Anche questa Convenzione – mentre consente, agli Stati, per il tramite sempre del suo meccanismo di accordo intergovernativo sottoposto a ratifica, la possibilità di tutelare in via generale il principio di territorialità o quello della personalità della giurisdizione – esclude anch'essa dall'ambito delle possibili riserve, proprio l'ipotesi che in questa sede interessa, ossia quella in cui i fatti oggetto della sentenza straniera *siano avvenuti in parte sul territorio dello stato membro nel quale la sentenza è stata pronunciata*.

---

<sup>44</sup> Anche questa Convenzione integra e semplifica i principali strumenti di cooperazione elaborati nel settore dal Consiglio d'Europa, regolando, in particolare l'assistenza giudiziaria in materia penale (artt- 48-53), il principio *ne bis in idem* (artt. 54-58), l'extradizione (artt. 59-66) e la trasmissione dell'esecuzione delle sentenze penali straniere (artt. 67-69).

<sup>45</sup> Gli Stati originari dell'Accordo firmato a Schengen il 14 giugno 1985, *relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni*, erano quelli dell'Unione economica del Benelux, Repubblica federale di Germania e Repubblica francese. La Convenzione di Schengen (meglio nota come Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen) tra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica francese, il Granducato di Lussemburgo e il Regno dei Paesi Bassi, *recante applicazione dell'accordo relativo all'eliminazione graduale delle frontiere comuni* fu firmata il 19 giugno 1990. I protocolli e gli accordi di adesioni a questi due strumenti furono firmati, con l'Italia a Parigi il 27 novembre 1990; con la Spagna ed il Portogallo a Bonn il 25 giugno 1991; con la Grecia a Madrid il 6 novembre 1992; con l'Austria a Bruxelles il 28 aprile 1995; con la Danimarca, Finlandia e Svezia a Lussemburgo il 19 dicembre 1996. L'Accordo e la Convenzione di Schengen, insieme agli accordi connessi e le norme adottate sulla base dei suddetti accordi, formano l'*acquis* di Schengen, che dal 1999 è integrato nel quadro istituzionale e giuridico dell'Unione europea, in virtù di un protocollo allegata al trattato di Amsterdam. Gli Stati che hanno aderito sono Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Islanda, Italia (legge n. 388 del 30 settembre 1993), Norvegia, Liechtenstein Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia e Svizzera.

In altri termini, a mente del combinato disposto dei suoi articoli 54 e 55, la Convenzione di Schengen – non diversamente da quanto statuito in quella comunitaria di Bruxelles – consente anch’essa, in via di eccezione alla facoltà delle riserve ivi previste, di enucleare, salvaguardandolo, il *nocciolo duro* della garanzia del *ne bis in idem*, nel senso, cioè, che *una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una parte contraente non può essere sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti in un’altra parte contraente* (ex art. 54), *se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata* (ex art. 55, lett. a, in fine<sup>46</sup>).

Dalla semplice lettura del testo convenzionale emerge, quindi, che l’ipotesi che interessa nel caso in esame – che è quella, giova ripeterlo, in cui *i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata* – fa parte dell’ossatura stessa del diritto riconosciuto: è, cioè, sottratta al gioco nazionale delle riserve ed integra, quindi, una disposizione del diritto europeo inderogabile e di immediata applicazione da parte del giudice europeo.

---

<sup>46</sup> Riepilogando: entrambe le Convenzioni (all’articolo 1, quella comunitaria, e all’articolo 54 quella dell’area Schengen), enunciano il principio del divieto ed all’articolo seguente (rispettivamente l’articolo 2 e l’articolo 55) prevedono le possibili riserve, tra le quali – per la parte che in questa sede interessa – quella a tutela del criterio della territorialità della giurisdizione, sancendo che la Parte può dichiarare di non essere vincolata dall’articolo 1, *quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio, in tutto o in parte. In quest’ultimo caso* (ossia quando il fatto è avvenuto *in parte* su tale territorio) aggiungono le Convenzioni, la riserva non è valida *se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio dello stato membro nel quale la sentenza è stata pronunciata*. Sembra opportuno riportare ancora una volta il testo di entrambe le disposizioni, che è del seguente tenore: Articolo 1 (54): *Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in uno Stato membro, non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un altro Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione o, secondo la legge dello Stato di condanna, non possa più essere eseguita*; Articolo 2 (55), 1. *Uno Stato membro può, al momento della ratifica, dell’accettazione o dell’approvazione della presente convenzione, dichiarare di non essere vincolato dall’articolo 1 in uno o più dei casi seguenti, a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio, in tutto o in parte. In questo ultimo caso questa eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio dello Stato membro nel quale la sentenza è stata pronunciata. Omissis,*

9.4. Questa aurea *regula iuris* – estranea alla tematica della perdurante validità delle riserve e per tale ragione sfuggente alla insoluta diatriba sulla vigenza delle limitazioni consentite agli Stati all'articolo 55 della Convenzione (CAAS<sup>47</sup>) – integra ora l'autentico cuore pulsante, il minimo comune denominatore del diritto fondamentale, generale e di carattere assoluto ed inderogabile, consacrato all'articolo 50 della Carta di Nizza<sup>48</sup>.

È questo il vero nucleo duro del divieto del *bis in idem* che, alla luce delle fonti europee, vincola al rispetto della relativa garanzia tutti gli Stati – e per essi tutti i giudici nazionali – facenti parte dell'Unione<sup>49</sup>.

Il diritto consacrato e garantito dall'articolo 50 della Carta ha, invero – nella sua dimensione tanto nazionale che transazionale – lo stesso valore di carattere assoluto e inderogabile che l'articolo 4 del Protocollo n. 7 ha nella sua dimensione nazionale, nel senso che, come chiarito nelle *Spiegazioni ufficiali della Carta*, questo diritto ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU e, va

---

<sup>47</sup> Al momento dell'entrata in vigore della Convenzione – nel 1995 – a questa disposizione non poteva riconoscersi alcun effetto diretto negli ordinamenti nazionali, non avendo la Convenzione – accordo multilaterale internazionale – alcuna idoneità ad integrare una *cooperazione rafforzata* all'interno dell'Unione Europea (e costituente fonte del diritto della stessa). Questo rafforzamento, però, avvenne nel 1999, quando la Convenzione – in uno al cosiddetto *acquis* di Schengen – fu integrata nel quadro *istituzionale e giuridico dell'Unione europea*, dal Protocollo allegato al trattato di Amsterdam, con il quale fu riconosciuta alla stessa valore di fonte di diritto, sia pur secondario (in quanto derivato dai Trattati) dell'Unione europea. Il nocciolo duro della garanzia del *ne bis in idem*, trova quindi da quella data applicazione negli ordinamenti nazionali senza alcun problema di negativa interferenza con l'articolo 50 della Carta di Nizza.

<sup>48</sup> Dalla perfetta integrazione della disposizione della norma secondaria in quella primaria del diritto europeo può ritenersi acclarato addirittura per *tabulas* – e travolgendo ogni questione sulla pretesa antinomia delle fonti – che, all'interno dell'Unione europea, il rischio di un doppio processo sia da ritenersi radicalmente escluso quando il *medesimo fatto storico* – costituente il nocciolo duro della garanzia assicurata – abbia formato oggetto di una decisione definitiva in un altro Stato di questo ordinamento.

<sup>49</sup> Naturalmente la condizione perché una qualsiasi disposizione della Carta possa essere invocata ed applicata davanti ad un giudice – nazionale o europeo – è che la controversia ricada nell' *ambito di attuazione del diritto dell'Unione* ai sensi dell'articolo 51 della Carta stessa. E nel caso in esame l'ambito di applicazione dell'articolo 50 della Carta concerne i suoi rapporti con l'art. 55 della CAAS, costituente fonte del diritto dell'Unione.



aggiunto, deve essere letto in conformità della relativa giurisprudenza di Strasburgo<sup>50</sup>.

Questo minimo comune denominatore della garanzia generale, assume, quindi, quel carattere di *primazia* sul diritto nazionale – tipico della normativa dell’Unione – con il conseguente *effetto diretto* sulle controversie, che in quell’ordinamento legittima, se del caso, la disapplicazione, da parte del giudice nazionale, di eventuali norme interne con esso contrastanti.

9.5. Ed una volta scorporata e salvaguardata l’aurea *regula* dalla diatriba dei non chiariti rapporti tra le due norme, non interessa neanche più riscontrare la condivisibilità o meno della conclusione cui perviene la dottrina secondo cui *con l’entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, al ne bis in idem può riconoscersi – oltre che lo “status di principio generale di diritto dell’Unione” – rilievo costituzionale nell’Unione medesima*, essendo sufficiente ritenere, come affermato dall’Avvocato generale Yves Bot dinanzi alla Corte del Lussemburgo, che il divieto del *bis in idem* integra un *diritto fondamentale insito nell’ordinamento di tutti gli Stati membri, in quanto principio intrinseco alla nozione di Stato di diritto ed espressamente sancito della Carta*<sup>51</sup>.

10.1 *Si vera sunt exposita* – dalla natura di diritto fondamentale, assoluto ed intangibile, riconosciuto al *principio intrinseco* all’ordinamento dello Stato – discende per il singolo Stato dell’Unione l’ovvio corollario dell’obbligo del rispetto di quel divieto, nel suo contenuto minimo ed essenziale, nei confronti non solo degli altri Paesi dell’Unione, ma anche di qualsiasi altro Stato aderente al Consiglio d’Europa<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Nelle *Spiegazioni ufficiali* della Carta – delle quali l’interprete deve “tener conto” ai sensi dell’articolo 6 § 1 TUE – viene chiarito in relazione all’articolo 50 che *per quanto riguarda le situazioni contemplate all’articolo 4 del protocollo n. 7*, Sul punto cfr. F. Viganò, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Diritto penale contemporaneo* 1/2016, *foll.*, 187 e ss.

<sup>51</sup> Cfr., Pasquale Costanzo, Lara Trucco, *il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in *Consulta online*, 2015. pag. 866. Le conclusioni sono quelle presentate dall’ Avvocato generale Yves Bot il 7 settembre 2010, in C-261/09, *Gaetano Mantello*.

<sup>52</sup> Questi tesi enunciata, come si è già detto, dallo dottrina circa trent’anni or sono (cfr. *supra*, la nota n. 42) non ha trovato seguito in Italia ed è in sostanza disattesa nella motivazione della sentenza impugnata, laddove – nel confutare le argomentazioni della difesa che aveva *stigmatizzato la disparità di trattamento tra*

10.2. Il nucleo essenziale della garanzia assicurata all'interno dell'Unione, deve, invero, essere necessariamente esteso a questi Stati, i quali – in uno alla comune affinità socio-giuridica, quale presupposto e condizione della Convenzione comunitaria e di quella dell'area di Schengen – presentano, per aver aderito allo Statuto del Consiglio d'Europa e per aver ratificato la Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentale, la comune caratteristica della

---

*l'ipotesi in cui concorra la giurisdizione di due Paesi dell'Unione Europea e l'ipotesi in cui risultino congiuntamente applicabili la legge penale di un Paese dell'Unione e la legge penale di San Marino – si legge che ciò non è che un portato, niente affatto irragionevole, della scelta di San Marino di non far parte della compagine eurocomunitaria (e, dal punto di vista del cittadino straniero, della scelta di commettere reati in cui non vige l'art. 50 della Carta di Nizza). Ed in precedenza, la sentenza indica le molteplici ragioni che inducono sicuramente a condividere il percorso argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione italiana (e le indicazioni provenienti dalla sentenza n. 69 del 1976 della Corte costituzionale; su cui, cfr., infra, nota 60) sulla necessità di uno specifico accordo pattizio, tra Italia e San Marino per ritenere operante il divieto di *bis in idem* internazionale ed avvalorando le considerazioni del giudice di primo grado in ordine al principio di reciprocità, sottolineando che se gli imputati del presente processo fossero stati preventivamente giudicati nella Repubblica di San Marino, nulla avrebbe impedito la celebrazione in Italia di un secondo processo a loro carico sul medesimo fatto (come è accaduto nei casi scrutinati da Cass., sez. I, 12 giugno 2014, Spaleciv., rv. 2605537-01 e Cass., Sez. I, 5 aprile 2013, rv. 256162-01, concernenti sentenze pronunciate in Paesi non appartenenti all'Unione Europea – rispettivamente Montenegro e Albania – in assenza di specifiche disposizioni convenzionali). Ma ciò risulterebbe illogico – prosegue la motivazione – ove si ritenesse preclusa, nell'ipotesi inversa, la celebrazione di un secondo giudizio nella Repubblica di San Marino: l'operatività della garanzia processuale non può farsi ragionevolmente dipendere dalla mera antecedenza cronologica di un giudizio rispetto all'altro. Al riguardo va serenamente osservato che la giurisprudenza delle più alte giurisdizioni italiane (così come di quella dei giudici del merito) costituisce un dato interessante, fonte di rispetto, ma al contempo di attenta riflessione essendo espressione di un ordinamento che – presentante anche un sistema delle fonti normative diverso da quello di San Marino (su cui cfr. infra, punto 12 del testo e note 62, 63) – appare ispirato dal principio del *Primato della legge* e non già a quello della *Preminenza del diritto* (su cui cfr. la nota che segue), specie in conseguenza dell'orientamento – dalla dottrina ritenuto *sovranista* o esempio di *resistenza* alla Corte di Strasburgo – espresso dalla Corte costituzionale, a partire dalle sentenze cd. *gemelle ma non monozigote* (n. 348 e 349 del 2007) e che ha trovato il suo zenit nella sentenza n. 49 del 2015 (con affermazione di un *predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*), anche se si sta assistendo ad una progressiva e sempre maggiore apertura al dialogo con la Corte di Strasburgo (sentenze nn. 149/18, 253/19, 32/20), con avvicinamento sul tema della prevedibilità del sistema penale al principio della *Preminenza del diritto*.*

democraticità del loro ordinamento, improntato al rispetto dei diritti umani ed animato dal principio della preminenza del diritto (*prééminence du droit/Rule of Law*) contro l'arbitrio<sup>53</sup>.

Tali Paesi offrono infine, l'ulteriore garanzia – verificata per il tramite dei previsti meccanismi di controllo e di monitoraggio – dell'esatto adempimento degli obblighi assunti in materia di rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali<sup>54</sup>.

10.3. Quest'ordine di idee appare sostanzialmente condiviso in un *obiter dictum* rinvenuto in un passaggio di una delle sentenze del Giudice delle appellazioni – citate nella decisione in questa sede posta in discussione – ove si afferma che, *in sintesi, la materia del divieto di sottoporre a giudizio una persona per il medesimo fatto per il quale è stata processata in via definitiva da qualsiasi autorità straniera e, in particolare, da quella di uno Stato come l'Italia con il quale si sono da lungo tempo instaurati reciproci rapporti di collaborazione internazionale, si sottrae alle valutazioni politiche proprie degli strumenti convenzionali e appartiene al novero dei diritti fondamentali dell'uomo, qualora la sentenza riguardi fatti non interamente commessi nel territorio della Repubblica di San Marino*<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup>. Sulla distinzione tra *Preminenza del diritto (Rule of Law)* e *Primato della legge*, cfr., *supra*, note 3, 7, 8, 10, 21 e, *infra*, note 56, 61, 62).

<sup>54</sup> Cfr., *supra* la nota 42 in relazione a mie precedenti contributi dottrinari, ove – con riferimento al contenuto minimo ed essenziale della *piattaforma comune della garanzia* previste dalla Convenzione di Bruxelles del 1987 e da quella di Schengen del 1990 ed integrata dal citato *nocciolo duro* della garanzia che risultò poi accettato da tutte le Parti contraenti all'una e all'altra Convenzione – venne sostenuto che l'effetto preclusivo non potesse essere ritenuto limitato, per forza convenzionale, ad uno *spazio economico uniforme* (comunitario o di Schengen), ma dovesse essere necessariamente estesa a tutti i Paesi aderenti al Consiglio d'Europa, che presentavano la comune caratteristica della democraticità e del rispetto delle regole di un giusto processo, ossia del rispetto di quegli stessi parametri di sostanziale affidabilità soggiacente alla valutazione convenzionale (e determinanti *fiducia, comprensione e rispetto reciproci*).

<sup>55</sup> La sentenza è la n. 86 del 2016 (Giud. App, Brunelli in c. *Staiano*) citata nella sentenza del Giudice di appello (*supra*, punto 4 e note 16 e 17). Appare doveroso riportare il prosieguo della proposizione sopra riportata, che è del seguente tenore: *mentre, all'opposto, in relazione a fatti interamente commessi nel territorio della Repubblica, poiché si tratta di abdicare radicalmente al principio di territorialità sul quale si incentra la pretesa punitiva dello Stato e dunque la sua sovranità, la stessa materia, coinvolgendo il bilanciamento di opposte esigenze, è interamente rimessa*

11. Ma la possibilità della conferma – sul piano giuridico ed in concreto – della vigenza e della piena operatività, in questa Serenissima Repubblica, della individuata *regula iuris* ci è fornita proprio dalla predetta valutazione – operata del citato Avvocato generale, sulla natura di *principio intrinseco all'ordinamento* del divieto – la quale, da un lato, indica all'interprete il percorso da seguire e, dall'altro, gli fornisce il filo per sortire dal labirinto normativo.

Su questa falsariga, non può, invero, in alcun modo sostenersi che un *principio intrinseco alla nozione di Stato di diritto insito nell'ordinamento di tutti gli Stati membri dell'Unione* – come dice l'Avvocato generale – non costituisca patrimonio genetico di questa *cellula esigua ma immortale della pacifica Europa*, il cui ordinamento veniva indicato – già nel *fervido voto* espresso da Piero Calamandrei in occasione dell'ingresso dei nuovi Capitani reggenti nell'ottobre del 1948 – quale esempio da prendere a modello in vista della costituzione degli auspicati Stati uniti d'Europa.

11.1. È noto che, la griglia per stabilire se oggi un ordinamento possa o non essere considerato – secondo i parametri fissati a Strasburgo dal Consiglio d'Europa – uno stato di diritto, è costituita dal triplice solco entro il quale si collocano la preminenza del diritto contro l'arbitrio (*prééminence du droit/Rule of Law*), la democrazia ed il rispetto dei diritti umani<sup>56</sup>.

---

*alla regolamentazione convenzionale e alla pienezza anche formale della sua validità, tra cui si annovera anche il requisito della reciprocità. Appare, altresì, doveroso riportare la premessa alle due predette proposizioni argomentative che consentono di comprendere ampiamente la filosofia che anima il diritto vivente in questa serenissima Repubblica in materia di ne bis in idem. Sulla questione – si legge in motivazione (fol. 3 e 4) – si richiama in questa sede quanto in precedenza stabilito con le sentenze in data 24 giugno 2013 nel procedimento penale n. 951/2010 e in data 8 gennaio 2015 nel procedimento penale n. 665/2009, da un lato, in ordine alla necessità per l'ordinamento sammarinese di rispettare il divieto di bis in idem nei confronti delle sentenze emesse dall'AG italiana in forza dei principi del diritto internazionale generale e, dall'altro, in ordine alla portata di tale principio. E la motivazione prosegue poi, secondo la proposizione sull'obiter dictum citato nel testo (in sintesi, la materia del divieto di sottoporre a giudizio una persona, etc.).*

<sup>56</sup> Ad avviso, invero, degli organi di tutela di Strasburgo – *Assemblea parlamentare, Comitato dei ministri e Corte europea dei diritti dell'uomo* – sussiste una interdipendenza tra queste tre nozioni. Non può, infatti, esserci democrazia senza Preminenza del diritto e rispetto dei diritti umani; non si può avere rispetto dei diritti umani senza democrazia e Preminenza del diritto; non può esservi Preminenza del

E nella più antica repubblica democratica del pianeta, il principio cardine della Preminenza del diritto – il rifiuto dell'arbitrio, espresso dal *fermo proposito di ripudiare ogni concezione totalitaria dello Stato* solennemente e con orgoglio riaffermato nel Preambolo della nostra splendida Dichiarazione dei diritti – è il valore che informa e pervade tutto l'ordinamento della Serenissima Repubblica<sup>57</sup>.

Valore, questo, che si lega, ai sensi del terzo e quarto comma della Dichiarazione, con la salvaguardia di quei diritti e libertà fondamentali enunciati nella Convenzione europea, che l'ordinamento sammarinese non si limita, come altrove avviene, a *riconoscere* e *garantire*, ma vuole che siano concretamente *attuati*, mediante la possibilità della diretta

---

diritto senza democrazia e rispetto dei diritti umani. Vanno, in particolare, ricordati il Rapporto adottato il 25-26 marzo 2011 dalla *Commissione di Venezia (Rapport sur la prééminence du droit/Report on the Rule of Law)*; la Risoluzione n. 1594 del 23 novembre 2007 dell'*Assemblée parlementaire*, con allegato Rapporto della Commissione delle questioni giuridiche e dei diritti dell'uomo; il Rapporto *Il Consiglio d'Europa e la Preminenza del diritto* del 21 novembre 2008 del *Comitato dei ministri* (CM(2008)170). I lavori del Consiglio d'Europa hanno trovato una mirabile sintesi nello storico discorso pronunciato il 22 settembre 2011 dinanzi al *Bundestag*, da Benedetto XVI in dura critica al concetto del *Primato della legge*. *Togli il diritto* – ha affermato il santo Padre, parafrasando sant'Agostino – *ed allora cosa distingue lo Stato da una grossa banda di briganti? Noi tedeschi abbiamo già sperimentato come il separarsi del potere dal diritto – il porsi del potere contro il diritto, il suo calpestare il diritto – abbia minacciato il mondo intero, spingendolo sull'orlo del precipizio*. Proprio di fronte al Parlamento della sua *Patria tedesca* – sono sue parole – il sommo Pontefice, ha esaminato i rapporti intercorrenti tra il diritto e la legge. Ed ha individuato nella giustizia il bene protetto dal diritto e nel rispetto della dignità della persona il fondamento del diritto. Ha ricordato che compito fondamentale del politico è quello di servire il diritto e di combattere l'ingiustizia. Ma ha sottolineato la difficoltà per il legislatore che una cosa giusta possa divenire, attraverso la legge, diritto vivente. Quel diritto che è fonte della giustizia in una società democratica. Nelle questioni fondamentali nelle quali è in gioco la dignità dell'uomo e dell'umanità, il consenso della maggioranza – Egli ha detto – non è, invero, sempre sufficiente per individuare i criteri di ciò che è giusto o sbagliato. *Ratzinger* critica duramente il positivismo giuridico, compiacendosi che, alla fine, questa teoria fosse stata ripudiata anche dal suo massimo alfiere, *Hans Kelsen*, all'età di 84 anni. E consolandosi – come dice – del fatto che *evidentemente a 84 anni si sia ancora in grado di pensare a qualcosa di ragionevole*.

<sup>57</sup> Cfr., *supra*, note 3, 10, 21, 53 e 56 e, *infra*, note 61 e 62.

applicazione delle relative disposizioni, le quali prevalgono, in caso di contrasto, sulla normativa interna anche successiva<sup>58</sup>.

11.2 In questa prospettiva – stabilito che il divieto del *bis in idem*, quale diritto fondamentale, salvaguardato dal principio della preminenza del diritto, costituisce oggi un *principio intrinseco* all'ordinamento della Serenissima Repubblica – non appare più indispensabile discutere sulla maggiore *disponibilità* di tale ordinamento *a recepire suggestioni normative sovranazionali*<sup>59</sup> o *sul rango di norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta* che al principio possa riconoscersi<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Salvo, ovviamente, la sussistenza di una eventuale questione di legittimità costituzionale. È da notare che quella esposta nel testo era anche l'orientamento seguito dalla Corte di cassazione italiana, fino al 2007. Orientamento che – emerso con una isolata e controversa decisione nel 1981 della 1° sezione penale (in c. *Iaglietti*, mass. uff. 154.630-154.636), e proseguito con la disapplicazione, nel 1993, di una norma penale (sez. 1<sup>a</sup>, in c. *Medrano*, mass. uff. 195.661), entrambe redatte dallo scrivente – aveva trovato i suoi momenti più significativi nelle decisioni della 1<sup>a</sup> Sezione penale del 20 aprile 1982 (in c. *Bonfanti*, mass. uff. 155.005-155.012), del 27 ottobre 1984 (in c. *Venditti*, mass. uff. 168.405-168.410) e delle Sezioni Unite penali del 23 novembre 1988 (in c. *Polo Castro*) e civili del 26 gennaio 2004 (nn. 1339, 1340 e 1341), nonché nella sentenza n. 28507 delle Sezioni Unite civili del 23 dicembre 2006, la quale aveva chiarito che *il giudice nazionale, in materia di diritti dell'uomo, è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo*. In sostanza le Sezioni Unite, penali e civili, avevano riconosciuto sia l'istituto dell'*applicabilità diretta* sia quello dell'*effetto diretto delle disposizioni* della Convenzione, interpretando in maniera sostanziale le disposizioni convenzionali alla luce del principio della *Preminenza del diritto*, come aveva fatto la 1<sup>a</sup> sezione penale dal 1981 al 1988 (vanno, in particolare, citate le sentenze n. 1942 del 3/6-3/7 1986, in c. G. e n. 32678 del 12/7-3/10 2006). Questo orientamento, però, è stato disatteso dalla Corte costituzionale, con le sue sentenze n. 348 e 349 del 2007 (le cosiddette sentenze *gemelle ma non monozigote*), ispirate al principio del *Primato della legge*, e con giurisprudenza sinora costante.

<sup>59</sup> Anche se, per la verità l'asserzione non sembra assolutamente discutibile, dato che il relativo livello di *disponibilità* è *ictu oculi* desumibile dalla omessa ratifica, da parte dell'Italia, dei due trattati del Consiglio d'Europa già esaminati in precedenza: ossia della Convenzione sul valore internazionale del giudicato penale del 1970 (firmata, da San Marino, l'11 dicembre 2001 e ratificata, prima ancora della modifica della Dichiarazione dei diritti, il 17 aprile 2002, con la quale, come si è visto, si può, in sede esecutiva, rinunciare alla giurisdizione, *cfr, supra*, punto 7) e del Protocollo aggiuntivo n. 16 (la cui ratifica è oggetto di forti discussioni in Italia, mentre San Marino è stato, il 16 febbraio 2015, il primo Paese a ratificarlo) con cui si riconosce la competenza della Corte europea ad emettere pareri consultivi in ordine a procedimenti in corso. E non sembra fuor di luogo ricordare – dato che il principio di eguaglianza è, unitamente a quello di effettività dei diritti, elemento costitutivo della

---

Preminenza del diritto – che quella che la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI) considera al riguardo la cartina di tornasole, è la situazione della ratifica del Protocollo aggiuntivo n. 12 che, come è noto, vieta ogni forma di discriminazione e che, aperto alla firma a Roma il 4 novembre 2000 (lo stesso luogo, palazzo Barberini, in cui cinquant'anni prima era stata firmata la Convenzione), è entrato in vigore il 1° febbraio 2005, data in cui fu raggiunto il decimo strumento di ratifica previsto. Orbene, San Marino è stato il terzo Paese a depositare lo strumento di ratifica (il 25 aprile 2003), mentre ufficialmente restano ancora inesplicabili (nonostante le assicurazioni al riguardo puntualmente fornite dal Governo nel corso delle periodiche visite dell'ECRI) le ragioni dell'omessa accettazione, a distanza oramai di vent'anni dall'apertura alla firma della Convenzione. In realtà, la portata dirompente dell'articolo 3 della Costituzione italiana (retaggio della Prolusione sulla *lotta per l'eguaglianza* all'Università di Pisa nel 1889 di Lodovico Mortara), pur assertivamente ritenuta *rafforzata* dalla Corte costituzionale con il suo collegamento all'articolo 2 della stessa Carta, è stata ricondotta nell'alveo dei diritti fondamentali salvaguardati dall'ordinamento (e quindi sostanzialmente a quelli protetti dall'articolo 14 della Convenzione europea) e non già, quindi, a tutti i i diritti dall'ordinamento stesso ritenuti tutelabili (*les droits justiciables*) come pretende il Protocollo, il quale, al suo articolo 1, vuole che *il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita e ogni altra condizione*. Con questa frase il protocollo esplicita i principi di non discriminazione e di eguaglianza, strettamente legati nel preambolo nel *principio fondamentale secondo il quale tutte le persone sono uguali innanzi alla legge ed hanno diritto alla stessa protezione da parte della legge*.

<sup>60</sup> Anche se, pur in questo caso – e come si è già accennato – a questa stessa conclusione, con riferimento all'ordinamento italiano, era pervenuto, lo scrivente nei già citati saggi (*cfr., supra*, note 42 e 52). La tesi ivi esposta – che non è stata mai considerata dalla giurisprudenza italiana – è implicitamente confutata nella sentenza impugnata con riferimento anche alla giurisprudenza costituzionale (punti 2.4. e 2.5.) e, in particolare, alla sentenza n. 69 del 1976, che aveva visto *come estensore Guido Astuti, insigne giudice sammarinese*. Si è già accennato al tema della obiettiva rilevanza che dovrebbe essere assegnata, per l'interprete di San Marino, alla giurisprudenza italiana (*supra*, punti 52 e 53). Ma sembra ora opportuno riportare il testo della citata sentenza (con la quale la Corte ribadì la legittimità costituzionale dell'articolo 11 del codice penale sul rinnovamento del giudizio), dopo di aver ribadito le note ed ancor attuali considerazioni sulla circostanza che *l'ordinamento italiano, come quelli della maggior parte degli Stati moderni, si ispira ai principi della territorialità ed obbligatorietà generale della legge penale*, così si esprime: *Questi principi, a cui si informano entrambe le disposizioni del primo e del secondo comma dell'art. 11, hanno una obbiettiva giustificazione nella disforme realtà della disciplina penale e processuale penale nei diversi ordinamenti giuridici positivi, nei quali "la valutazione sociale e politica dei fatti umani, in ispecie 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). Ed il Giudice delle leggi italiane, nel 1976, così proseguiva: Questa Corte, nella ricordata sentenza n. 48 del 1967, ebbe già a dichiarare che “ponendosi in una prospettiva ideale, che già trova fervide iniziative e convinti sostenitori, si può auspicare per il futuro l'avvento di una forma talmente progredita di società di Stati da rendere possibile, almeno per i fondamentali rapporti della vita, una certa unità di disciplina giuridica e con essa una unità, e una comune efficacia, di decisioni giudiziarie”. Ed è certo degna del migliore apprezzamento la sempre più chiara e sicura tendenza verso queste mete ideali di armonizzazione degli ordinamenti della giustizia penale, sostanziale e processuale, di cui offrono testimonianza le convenzioni internazionali dianzi ricordate, ed in particolare l'ultima dell'Aja del 1970. Si deve peraltro rilevare che alle enunciative di principio sull'efficacia delle sentenze penali straniere dovrebbero accompagnarsi, nell'assoluta mancanza di principi generali di diritto consuetudinario comunemente riconosciuti ed accettati, precise norme convenzionali regolatrici della competenza giurisdizionale dei diversi Stati in materia di repressione penale. In difetto di tali norme, e di criteri uniformi nella legislazione dei singoli Stati, appare evidente che non potrebbe ritenersi appagante, né sufficiente, il mero criterio temporale della prevenzione, collegata al fatto casuale che l'imputato si trovi in uno Stato o in un altro. Si può legge ancora questa considerazione: a giudizio di questa Corte, non appare nemmeno giustificata l'affermazione dell'ordinanza di remissione che la inosservanza del principio ne bis in idem, garanzia di processo giusto, lederebbe in ogni caso i diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti dall'art. 2 della Costituzione, e il diritto di difesa, sancito dall'art. 24. Le considerazioni già svolte consentono di escludere che quel principio, con riferimento all'efficacia delle sentenze penali straniere, debba 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. E deve essere infine riportato come si esprimeva ancora la ripetutamente citata sentenza n. 48 del 1967: Ben diversa tuttavia, pur nel suo continuo evolversi, si presenta la realtà attuale, dove la valutazione sociale e politica dei fatti umani, in ispecie nel campo penale, si manifesta con variazioni molteplici e spesso profonde da Stato a Stato. E ciò in conformità dei diversi interessi e dei variabili effetti e riflessi della condotta degli uomini in ciascuno di essi, 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 dello 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. Tali sentenze (del 1967 e 1976), espressione, come è testualmente detto, di valutazioni sociali e politiche della realtà di quei tempi con variazioni molteplici e spesso profonde da Stato a Stato (ed in un'epoca cui, va aggiunto, il tesoro meglio nascosto d'Europa non era stato ancora dissepolto) indicavano in una prospettiva ideale che già trova(va) fervide iniziative e convinti sostenitori, tale da rendere possibile, almeno per i fondamentali rapporti della vita, una certa disciplina giuridica e una comune efficacia di decisioni giudiziarie ed intravedevano una sempre più chiara e sicura tendenza verso queste mete ideali di armonizzazione degli ordinamenti della giustizia penale, sostanziale e processuale di cui offrono testimonianza le convenzioni internazionali, ed in particolare quella dell'Aja del 1970. E, sommessamente, non sembra realistico a queste mete ideali ancor oggi tendere in una prospettiva ideale, tenuto conto dei risultati medio tempore conseguiti da quelle che, oltre cinquant'anni or sono, erano mere, sia pur fervide iniziative della comunità internazionale. Appare, comunque, evidente il disagio della nobile Corte costituzionale italiana – custode di una Carta insorta dopo gli orrori di una guerra che aveva condotto il mondo sul baratro del precipizio ed aveva visto annientati i diritti più elementari della persona (quella senza i quali la vita civile non è degna di essere vissuta) – nel ritenere costituzionalmente legittimo un istituto (dalla dottrina ritenuto *perverso*), rimesso all'iniziativa del Ministro della giustizia, e legato ad una concezione – oggi rifiutata dalla comunità internazionale – che privilegiava il momento nazionalistico della giurisdizione (cfr., R. Bertoni, *Diritti umani e collaborazione internazionale nella lotta alla criminalità*, AA:VV, *Diritti dell'uomo e processo penale*, in *Giustizia e costituzione*, 1982, fasc. 2-3, fol. 109; O. Dominioni, *Riconoscimento di sentenze straniere e validità internazionale delle decisioni penali*, in *Diritto penale internazionale*, suppl. a il Consiglio superiore della magistratura, 1979, fol. 110; V. Esposito, voce *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXV, fol. 2). Ma ad onore della giurisprudenza italiana vanno scolpiti a sbalzo, – ove mai possibile – gli autentici squarci di luce che è dato intravedere nella decisione con cui la Corte di cassazione italiana, nel negare l'extradizione richiesta da un Paese aderente al Consiglio d'Europa ma non membro dell'Unione europea per un suo cittadino condannato da uno Stato dell'Unione, ha affermato che *l'inserimento del principio del ne bis in idem nella Carta di Nizza, tra i diritti fondamentali dell'Unione europea, può assicurargli il valore di principio generale nell'ambito del diritto europeo dell'Unione, ponendosi per i giudici nazionali come norma vincolante e funzionale alla realizzazione di uno spazio giudiziario in cui venga ridotto il rischio di conflitti di competenza* e, dopo di aver chiarito che questo è l'effetto del riconoscimento del valore vincolante della Carta dei diritti fondamentali (art. 6, par. 1 del TUE), ha ritenuto utile ricordare, a questo punto, che la Corte costituzionale già da tempo considera il “*ne bis in idem*” come un principio di civiltà giuridica, valorizzandone il ruolo di diritto dell'individuo e superando la sua originaria dimensione correlata al valore obiettivo del giudicato (v., da ultimo, Corte cost. n. 200 del 2015, n. 284 del 2003, n. 115 del 1987, n. 6 del 1976, n. 1 del

È, invece, necessario ricercare – dopo di aver stabilito se questo *principio* possa o non già ritenersi tradizionalmente *intrinseco* all’ordinamento – la via giuridica offerta all’interprete per valutare se, nel caso di specie, l’individuata *regula juris* faccia parte delle fonti del diritto sammarinese e sia dal Giudice direttamente applicabile.

Ora è noto che il Giudice di questa millenaria Repubblica non è né la *bouche de la loi* di montesquiana memoria, né la *bouche des lois*, (come pretendono quegli ordinamenti basati su una tutela cd. multilivello), ma è, da sempre, la *bouche du droit*.

È noto, invero, che questo diritto – basato sulle tradizionali fonti dell’ordinamento (Statuto, *reformationes*, *lodevoli consuetudini locali*, diritto comune) le quali oggi convivono anche con le norme, ad effetto diretto, della Convenzione europea – viene, nella sua applicazione pratica, ricostruito e svelato dal Giudice nel rispetto di specifici obblighi internazionali assunti in virtù del *Pacta sunt servanda* ed alla luce di *quel principio della Preminenza del diritto che* – come è stato incisivamente detto – *la Repubblica afferma con convinzione nella Dichiarazione dei diritti*<sup>61</sup>.

12. Anche in questo caso il filo da seguire è fornito dal compianto Avvocato generale della Corte di Lussemburgo che nelle sue conclusioni *nel noto caso non deciso dalla Corte*<sup>62</sup>, così delineò l’origine dell’istituto:

---

1973), peraltro in alcune sentenze ha evidenziato la “forza espansiva” di questo diritto, che è contraddistinto dalla natura di “garanzia personale” (Corte cost. n. 230 del 2004, n. 381 del 2006). Così Cass., sez. 5<sup>a</sup>, (Pres. Vincenzo Rotundo, est. Giorgio Fidelbo), cc. 15 novembre 2016 n. 54467, Resnely, (avv.ti Massimo Krogh e Nicola Canestrini), in Dir pen. cont. 4/2017, con nota I. Gittardi, *La miccia è accesa: la Corte di cassazione fa diretta applicazione dei principi della Carta di Nizza in materia di ne bis in idem*.

<sup>61</sup> Con il suo quarto comma, l’articolo 1 della Dichiarazione dei diritti, affermando in materia di diritti umani il canone fondamentale del *Pacta sunt servanda*, esprime il rifiuto dell’ordinamento al principio del *Primato della legge* (su cui, *infra*, nota 62) e la sua adesione a quello della *Preminenza del diritto contro l’arbitrio* (su cui, *supra*, nota 53) enunciato nel preambolo con il *fermo proposito di ripudiare ogni concezione totalitaria dello Stato*, in fedele esecuzione della disposizione, che la tradizione attribuisce al Santo, *relinquo vos liberos ab utroque homine*.

<sup>62</sup> Cfr., *supra*, punto 5, nota 19. La Corte risolse la questione senza affrontare la deduzione preliminare proposta dall’ Avvocato generale, la quale concerneva proprio

*Il fondamento storico primario del ne bis in idem, riconosciuto molto presto, è quello di tutelare l'individuo dall'arbitrio consistente nel giudicare una medesima persona più volte per lo stesso fatto qualificato diversamente. Le prime enunciazioni di principio risalgono all'epoca romana, in cui l'“interdictum” del pretore gli diede la forma espressiva conservata in seguito: “bis de eadem re ne sit actio”. Non si può*

---

il nodo irrisolto. L'avvenuta incorporazione della Convenzione (CAAS) nel diritto europeo, avrebbe dovuto comportare – sulla base delle regole sulla successione delle leggi nel rispetto del principio *Pacta sunt servanda* – l'esame della permanente validità delle riserve cui nessun Paese aveva formalmente rinunciato; esame cui presumibilmente la Corte si sottrasse per non porre in discussione il cardine del sistema comunitario (e poi dell'Unione), ossia il principio del *Primato del diritto europeo*, quale *ordine giuridico nuovo integrato nei sistemi giuridici degli stati membri, che si impone alle loro giurisdizioni* (come è detto nella sentenza *Costa contro Enel del 15 luglio 1964*). Questa primazia costituisce l'estrinsecazione sovranazionale di quel principio del *primato della legge* – espressione sovente della *ragion di Stato* giustificata dal brocardo, *dura lex, sed lex*, attribuito a Socrate (che per coerenza bevve la cicuta) – che ispira la maggior parte degli ordinamenti continentali di *civil law*. Questa concezione è rifiutata dagli ordinamenti di *common law*, ispirati dalla diversa ideologia della *Rule of law* – ossia della sovranità del diritto che convive, regola e protegge la stessa sovranità politica (*supra*, note 21, 53 e 61) – che si è storicamente imposta, a partire dal 1215, quando sul prato di *Runnymede*, nella Contea di *Surrey*, i baroni inglesi, a nome anche di tutti gli *uomini liberi del Regno* imposero al *Re Giovanni*, detto *senza terra* – ma che cercava di imporre onerose tasse – la *Magna Charta libertatum*. Toccata nei loro beni, i baroni si opposero, invocando violazione della regola *no taxation, without representation*, espressione del principio – consacrato nel codice di Giustiniano, ma già enunciato a Paolo e Ulpiano – del *quod omnes tangit, approbari debeat*, nucleo embrionale della Preminenza del diritto e della democrazia, quali l'una e l'altra vivono, attraverso l'affermazione dei principi del contraddittorio e della partecipazione politica. Il *Primato della legge* fu, però, sul continente solennemente riaffermato a Roma quello stesso anno dal IV Concilio lateranense convocato dal papa Innocenzo III – riconosciuto zenit assoluto del potere papale – che, tra l'altro, in nome della sovranità della Chiesa, annullò con una bolla pontificia la *Magna Charta* e segnò la più assoluta intransigenza verso la diversità di culto e di liturgia, di opinione, cultura e religione. Da un lato, quindi, Il Regno del diritto, che limita i poteri del sovrano, dall'altro il Regno del sovrano, che detta le leggi che vuole. Si è già accennato allo sviluppo della *Rule of Law* nel nuovo continente (cfr., *supra*, nota ), va ora detto che il concetto della *Rule of Law/prééminence du droit*, quale consacrata nella giurisprudenza della Corte europea, è stata largamente influenzata da quella elaborata dalla Corte di Karlsruhe, sulla base della fondamentale legge tedesca del 1949, che ha raccolto la moderna teoria tedesca della *Rechtsstaat*, ispirata dall'*Idea del diritto*, cui, secondo Immanuel Kant, lo Stato è subordinato. *Stato dei diritti*, quindi, in cui il potere dello Stato è limitato al fine di proteggere i cittadini dall'esercizio arbitrario dell'autorità.

*contestare che detto principio costituisca uno dei diritti fondamentali di fronte al potere giurisdizionale. Esso è diventato un principio essenziale del diritto penale.*

Evocato, quindi già all'epoca delle *legis actiones* in auge fino al secondo secolo a.C.; tramandato dalla *Institutio oratoria* di Quintiliano e dalle *Institutiones* di Gaio, il principio, di cui vi è traccia, attraverso Ulpiano, nel *Corpus Juris Civilis* (529-534 d.C.), penetra, attraverso il diritto romano giustiniano – con il complesso della interpretazione giurisprudenziale formatasi nel corso dei secoli per fini di elaborazione teorica e di applicazione pratica – nel diritto comune ancor oggi vigente in San Marino, quale fonte integrativa sussidiaria<sup>63</sup>.

12.1. Orbene, che il diniego del *bis in idem* sia storicamente e tradizionalmente un principio immanente all'ordinamento di questa Serenissima Repubblica – ed integrante, già nel tardo medioevo, una fonte sussidiaria del diritto – è in maniera autentica testimoniato da Bartolo da Sassoferrato, allorquando afferma *Absolutus non potest de eodem crimine accusari ab eodem vel ab alio, nisi fuerit ignorans et suam iniuriam persequatur*<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Quintiliano, *Institutio oratoria*, libro VII, cap. 6, par. 4 (dal cui passo in cui figura l'espressione *scriptum est*, l'origine del divieto è stata rapportata alla *lex XII tabularum*, risalente al V secolo a.C.); Gaio, *Institutiones*, 4, 108; Ulpiano, *Digesto*, 48.2.7.2; Giustiniano, *Codex*, libro 9, titolo 1. E' noto che per indicare cosa si debba intendere con la nozione di *diritto comune*, quale ancor oggi vigente in questa serenissima Repubblica, si fa usualmente riferimento all'espressione utilizzata da Vittorio Scialoja, nella sentenza da lui redatta il 12 agosto 1924 come *Giudice delle Appellazioni*, del seguente tenore: *il diritto comune non è il diritto romano giustiniano, ma quel diritto che si venne formando e svolgendo sulla base del diritto romano, del diritto canonico e della consuetudine, negli Stati più civili del continente europeo e in particolar modo in Italia. Esso deve ricercarsi negli scritti dei più autorevoli giureconsulti e nelle decisioni dei più rinomati Tribunali*. Nell'accentuare l'importanza della giurisprudenza quale fonte di produzione, in via di fatto, del diritto, Scialoja apparenza le radici dell'ordinamento di San Marino a quelle proprie degli ordinamenti di *common law*. A quegli ordinamenti *al di là dello Stato*, dominati dalla *Rule of Law/Preminenza del diritto*, dove la sostanza prevale sulla forma, dove il diritto si forma partendo dal basso per opera della giurisprudenza e non è imposta dall'alto, come nell'esempio della piramide di Kelsen, dello *Stato di diritto*, adottato da molti ordinamenti.

<sup>64</sup> *In secundum Digesti novi partem commentaria*, Venezia, 1581. *Si cui, Iisdem, tit. De Accusationibus, n. 1*: Vale, specifica Bartolo, non solo per l'*accusatio*, ma anche per l'*inquisitio*. Cfr., per ulteriori informazioni, M. Meccarelli, *Le categorie dottrinali della procedura e l'effettività della giustizia penale nel tardo medioevo*, in Chiffolleau, Gauvard, Zorzi, *Pratiques sociales* (n. 17), pag. 583, nota 25.

Dichiarando che *la persona assolta non può essere accusata del medesimo fatto criminoso dallo stesso ovvero da altro accusatore*, il *Monarcha iuris* attesta, con moderna e mirabile formula sintetica, il divieto del doppio processo come diritto fondamentale della persona ed il valore del principio, espressione della Preminenza del diritto, quale limite al potere (ed all'abuso) dell'organo inquisitorio-giudicante.<sup>65</sup>

E le parole di Bartolo, mentre confortano l'illuminante insegnamento della Relazione Astuti – secondo cui *il diritto comune ha sempre avuto e continua tuttora ad avere importanza fondamentale, come quello che costituisce la base e l'ossatura dell'intero ordinamento giuridico sammarinese* – dimostrano anche la singolare natura del Giudice di questa Serenissima Repubblica.

Ed invero, in questo peculiare sistema, in cui le tradizionali forme di interpretazione basate anche sui canoni del diritto comune si confrontano e fondono con i criteri di interpretazione evolutiva della Corte europea di Strasburgo, il giudice di San Marino, affermando la validità del divieto del *bis in idem*, non crea alcun diritto, ma – e ben perciò può definirsi giudice *sui generis* di *common law* – ricostruisce e svela, nel caso concreto, quel diritto che, nel rispetto del principio della *qualità della legge*, è immanente ad un ordinamento oggi ispirato all'attuazione dell'*ordine pubblico europeo* proveniente da Strasburgo<sup>66</sup>.

Ed oggi una delle regole certe di questo ordine giuridico europeo è, per quanto sopra esposto, quella del divieto del doppio processo *se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata*.

---

<sup>65</sup> L'attenzione al divieto nel medioevo è attestata nella *common law* dal dissenso – conclusosi sanguinosamente – dell'arcivescovo di Canterbury, Thomas Becket (poi dalla Chiesa santificato), con il re di Inghilterra Enrico II. L'arcivescovo (nel XII secolo), per sostenere la tesi secondo cui gli uomini di chiesa già processati da un tribunale ecclesiastico non avrebbero potuto essere nuovamente giudicati da un tribunale laico, aveva ripreso l'idea di San Girolamo (IV secolo) secondo cui Dio non giudicherebbe due volte per lo stesso peccato: *ne bis in idipsum*, chi salda il suo debito in questa vita non lo dovrà fare nuovamente nell'altra. Cfr., R. H. Helmholz *The jus commune in England*, Oxford, University Press, 2001, pag. 228.

<sup>66</sup> In tal senso cfr. le sentenze di questo Giudice: n. 1/2018 del 26 febbraio 2018 § 6.1; n. 6/2018 del 13 agosto 2018, § 5, nota 3 ed ivi citate.

Ed è con ammirazione – non disgiunta da devozione – che deve conclusivamente essere posto in evidenza come appaia addirittura stupefacente l’eccezione – *a meno che, non essendo stato reso edotto dell’accusa, non intenda tutelarsi da un’ingiuria arrecatagli* – con la quale Bartolo illumina, quale *Lucerna iuris*, squarciante con i suoi lampi persino le tenebre dell’avvenire, il carattere personalistico, individuale e giurisdizionalizzato, del diritto, spiegando e chiarendo che deve essere consentito alla persona, sia pure assolta, di reagire all’“ingiuria”, ossia ad una accusa, sul piano sostanziale infondata o infamante o calunniosa, nonché sul piano processuale a lui ignota, con susseguente violazione di uno dei fondamentali canoni del *fair trial*.

Di quello stesso canone, concernente un *caso di sentenza emanata in contumacia*, che ha dato origine alla decisione dell’onorevole Collegio garante in ordine alle attribuzioni giurisdizionali di questo Giudice per i rimedi straordinari.

13. Si impone, pertanto l’accoglimento della richiesta di revisione e, per l’effetto, revocata la sentenza n. 26/2019 del giudice di appello dell’11-14 marzo 2019, va annullata la sentenza del Commissario della legge del 20/11-18/12/2017 e va dichiarato di non doversi procedere nei confronti di William Ambrogio Colombelli perché l’azione penale non doveva essere proseguita per essere intervenuta in Italia – sugli stessi fatti per cui è stato instaurato in San Marino il procedimento penale n. 726/RNR dell’anno 2013 – in data 3 febbraio 2014 sentenza di applicazione della pena su richiesta, divenuta irrevocabile in data 29 marzo 2014 per fatti avvenuti in parte sul territorio italiano.

### **P. Q. M.**

Il Giudice per i rimedi straordinari in materia penale,

- visto l’articolo 201 del codice di procedura penale,
- definitivamente pronunciando ed ogni diversa e contraria istanza disattesa e reietta,
- così provvede:

accoglie la richiesta di revisione proposta con atto depositato in cancelleria il 7 giugno 2019 e, per l’effetto, revocata la sentenza n. 26/2019 del giudice di appello dell’11-14marzo 2019, annulla la sentenza del Commissario della legge del 20/11-18/12/2017 e dichiara di non doversi procedere nei confronti di William Ambrogio Colombelli perché l’azione penale non doveva essere proseguita.

## **Manda**

alla Cancelleria per le notifiche, per la comunicazione al signor  
Procuratore del Fisco e per gli ulteriori adempimenti di sua competenza.  
Agropoli - San Marino, 5 aprile 2020.

Il Giudice per i rimedi straordinari  
in materia penale

  
Vitaliano Esposito