

## QUESTIONI APERTE

---

### *Ne bis in idem*

#### La decisione

***Ne bis in idem* - Azione penale - Archiviazione - Istruzione dibattimentale - Motivazione - Decisione** (CEDU art. 50; CAAS, artt. 54 e 55).

«*Il principio del bis in idem deve essere interpretato nel senso che una decisione del pubblico ministero che pone fine all'azione penale e conclude definitivamente, salvo riapertura o annullamento, il procedimento di istruzione condotto nei confronti di una persona, senza che siano state irrogate sanzioni, non può essere considerata una decisione definitiva, ai sensi di tali articoli, qualora dalla motivazione di tale decisione risulti che il suddetto procedimento è stato chiuso senza che sia stata condotta un'istruzione approfondita, laddove la mancata audizione della vittima e di un eventuale testimone costituisce un indizio dell'assenza di un'istruzione siffatta.*»

CORTE GIUSTIZIA, GRANDE SEZIONE, 29 giugno 2016, Kossowski, Causa C-486/14.

#### *Ne bis in idem* internazionale.

#### **Il provvedimento di archiviazione non sempre chiude definitivamente il processo**

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. La questione pregiudiziale. - 3. Il principio del *ne bis in idem*. - 4. Il provvedimento di archiviazione. - 5. Conclusioni.

#### **1. Premessa**

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sulla interpretazione degli artt. 54 e 55 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (CAAS) del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen (Lussemburgo) il 19 giugno 1990 ed entrata in vigore il 26 marzo 1995, nonché dell'art. 50 e dell'art. 52, § 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tale domanda è stata proposta nell'ambito di un procedimento penale avviato in Germania a carico del sig. Piotr Kossowski, con la contestazione di aver commesso atti che integrano il reato di estorsione a fini di rapina sul territorio del suddetto Stato membro.

Il Tribunale regionale di Amburgo aveva, tuttavia, negato l'avvio del procedimento, reputando di ostacolo il principio del *ne bis in idem*, come applicato nello spazio Schengen. La procura di Kolobrzeg in Polonia, dove lo stesso soggetto era stato arrestato per altro reato, aveva già avviato nei suoi confronti

un procedimento istruttorio per i medesimi fatti e lo aveva definitivamente chiuso per mancanza di prove sufficienti. Tale decisione di chiusura del procedimento da parte della procura di Kolobrzeg era stata motivata dal fatto che il soggetto si era rifiutato di deporre e che la vittima e un testimone *de relato* risiedevano in Germania; non era pertanto, stato possibile sentirli durante il procedimento istruttorio e, di conseguenza, non era stato possibile verificare le affermazioni della vittima. Il tribunale regionale superiore di Amburgo chiedeva, quindi, alla Corte di Giustizia europea, di precisare la portata del principio del *ne bis in idem*, alla luce anche del fatto che in Polonia non era stato eseguito nessun altro accertamento a carico dell'indiziato.

Giova premettere come la locuzione *ne bis in idem*, corrisponda ad una antica formulazione latina che letteralmente significa: “divieto di fare due volte la stessa cosa che riguardi la medesima questione”.

Il principio era già conosciuto nel diritto romano; in particolare, già al tempo delle *legis actiones*, si parlava di *bis de eadem re ne sit actio*, per affermare che un diritto, una volta che fosse stato anche solo *in iudicium deductum* e, anche se non ancora *iudicatum*, non avrebbe più potuto costituire oggetto di un nuovo procedimento.

Certo, ben diverso è il discorso quando ci si trova di fronte ad una società multiforme, che si contraddistingue per un'accentuata frammentazione delle fonti normative, che non è certo quella primordiale dell'antica Roma.

L'rompere massiccio dell'Europa anche nel settore della giustizia penale costringe ad abbandonare consolidate certezze e a ragionare sulla base di nuovi modelli.

Queste problematiche si ambientano nell'idea di realizzare uno “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” comune che, a partire dal Trattato di Amsterdam, è stato inteso come “Spazio” giudiziario europeo, che non si sostituisce a quello dei territori nazionali, ma che vi si aggiunge, un po' come la cittadinanza europea si aggiunge a quella nazionale, per sottolineare l'appartenenza a un'entità politica comune<sup>1</sup>. Nel Trattato di Lisbona, addirittura, lo “Spazio” diventa, un obiettivo centrale dell'Unione. Si aprono così nuovi scenari.

Ciò significa che lo Stato non è più l'unico dispensatore di diritto, nemmeno quando si tratta di quella parte della giustizia, quella penale appunto. Il diritto processuale penale non è più solo quello contenuto nei codici nazionali, al contrario, esso, è destinato a non apparire più lo stesso nell'impatto con il diritto europeo.

---

<sup>1</sup> WEYEMBER, *Storia della cooperazione*, in *Manuale di Procedura penale europea*, a cura di Kostoris, Milano, 2015, 180.

Oggi, sicuramente non si sbaglia se si afferma che il principio del *ne bis in idem* rappresenta uno degli indicatori più evidenti della civiltà giuridica di un Paese.

Tradizionalmente, questo precetto era considerato operante esclusivamente nei rapporti giurisdizionali di carattere interno; di conseguenza, esso era destinato a trovare applicazione laddove una persona fosse sottoposta a più di un procedimento penale in relazione al medesimo fatto, dinanzi a differenti autorità giudiziarie nazionali.

È risaltante, tuttavia, l'aspirazione di un'affermazione dello stesso principio anche nei rapporti internazionali. La sua importanza in ambito europeo risulta di tutta evidenza se si considera che esso è visto come uno "strumento di obiettivi comunitari" e rappresenta indubbiamente una garanzia per la libera circolazione delle persone.

Certo non è stato facile adeguarlo alla molteplicità degli ordinamenti nazionali.

Il passaggio più significativo, è avvenuto con la Convenzione di Shengen il cui art. 54, già citato stabilisce che "una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa essere eseguita".

Ma v'è di più.

Funzionale all'effettività di tale disegno è stata altresì, l'affermazione del principio della libera circolazione delle decisioni penali, nell'ottica del mutuo riconoscimento.

Queste - si è detto - non diversamente dalle merci, altro non sono che il frutto di un procedimento di applicazione di normative; la decisione penale (al pari della merce) è l'«oggetto» che - se prodotto in conformità a tali norme - può circolare liberamente sul territorio comunitario<sup>2</sup>, presumendo perciò l'equivalenza delle legislazioni statali.

Apparentemente tale principio sembra non suscitare alcun problema se applicato alla circolazione delle sentenze dei giudici penali.

---

<sup>2</sup> Nell'ottica del mutuo riconoscimento, l'oggetto di questa libertà di circolazione quindi, non è tanto la decisione penale di per sé, come non lo è la merce, ma piuttosto la normativa in base alla quale la decisione stessa è stata prodotta, presumendo perciò di ritenere equivalenti le legislazioni nazionali. Nel senso che il mutuo riconoscimento investirebbe invece sia le decisioni sia le legislazioni in base alle quali tali decisioni sono state adottate. Cfr. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, 2006, 234.

Ma a mitigare gli slanci di ottimismo circa la formulazione rigoristica del *mutual recognition* prescelto dall'ordinamento sovranazionale vi è il dato insuperabile della disegualianza tra gli ordinamenti giuridici nazionali. In assenza di opportuni accorgimenti volti a promuovere il ravvicinamento delle legislazioni interne, è infatti difficile stabilire sino a che punto la reciproca fiducia<sup>3</sup> professata dagli Stati debba tollerare le diversità, anche più profonde, insite nei rispettivi sistemi normativi<sup>4</sup>.

Peraltro, non è azzardato sostenere che la preclusione del giudicato straniero costituisca l'espressione massima dei rapporti di vicendevole affidamento tra diverse autorità statali. Nel riconoscere efficacia preclusiva ad una precedente statuizione pronunciata all'estero, ciascuno Stato si affida incondizionatamente all'intero sistema di giustizia penale vigente nel Paese in cui è stato emesso il provvedimento sull'*idem factum*. In tal modo, recependo, integralmente, le scelte compiute dal "proprio *partner* fiduciario" in ordine sia all'*an* della rilevanza penale del fatto, sia al *quomodo* del suo accertamento<sup>5</sup>.

## 2. La questione pregiudiziale

Il giudice del rinvio si chiede, atteso che i fatti perseguiti dei due Paesi siano gli stessi, se, tenuto conto della decisione della procura distrettuale polacca, si possa considerare che l'accusato sia stato «giudicato con sentenza definitiva», ai sensi dell'articolo della CAAS, ovvero «assolto (...) a seguito di una sentenza penale definitiva», ai sensi dell'art. 50 della Carta. Questi, in verità, riteneva

---

<sup>3</sup> Si allude al fatto che il divario tra gli ordinamenti è ancora assai grande. Manca una omogenizzazione dei principi cardine. Ciononostante, in base alla teoria del mutuo riconoscimento, le differenze tra le legislazioni ora elencate, sebbene rilevanti, non legittimerebbero lo Stato di esecuzione a non riconoscere come valido il provvedimento straniero e a negarne gli effetti. Come è stato infatti efficacemente notato, «*mutual recognition is not only about admitting that we will accept a foreign decision as if it were our own, it is also about admitting that it might not fit with our own legal system*»<sup>3</sup>. Questa conclusione è stata fatta propria anche dalla Corte di Giustizia europea, la quale ha recentemente affermato che gli Stati membri devono, sulla base della fiducia reciproca esistente tra loro, riconoscere le rispettive decisioni rese in materia penale «anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse» CGCE, 11 febbraio 2003, n. 187, Gözütok e Brügge, in *Foro it.*, IV, 2003, 426. «Tale fiducia reciproca - aggiunge la Corte europea - esige che le autorità competenti interessate nel secondo Stato contraente accettino una decisione definitiva che è stata pronunciata sul territorio del primo Stato contraente, nei termini in cui essa è stata comunicata a tali autorità. Tuttavia, la suddetta fiducia reciproca può affermarsi solo qualora il secondo Stato contraente sia in grado di accertarsi, sulla base dei documenti trasmessi dal primo Stato contraente, che la decisione di cui trattasi adottata dalle autorità competenti di tale primo Stato costituisce effettivamente una decisione definitiva che contiene un esame della causa nel merito».

<sup>4</sup> DEL COCO, PISTOIA, *Stranieri e giustizia penale: problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Bari, 2014, 58 ss.

<sup>5</sup> DEL COCO, PISTOIA, *Stranieri e giustizia penale*, cit., 58 ss.

che il procedimento principale fosse diverso da quello all'origine della sentenza del 5 giugno 2014, M (C.398/12, EU:C:2014:1057), a causa dell'assenza di un'istruzione approfondita che avesse preceduto la decisione del 22 dicembre 2006 e che aveva posto fine al procedimento penale.

Detto in altri termini, si tratta di verificare se il provvedimento di archiviazione, sia munito a tutti gli effetti del carattere della giurisdizionalità e possa, pertanto, esplicitare l'efficacia propria del giudicato, d'accertamento e preclusivo.

L'archiviazione, si colloca sotto il profilo funzionale in un momento determinante del procedimento, ove si decide di adire o meno la giurisdizione. Laddove non v'è materia per il processo, essa rappresenta l'unica soluzione.

In questo modo si segna la fine della fase investigativa sancendo l'inutilità o, per meglio dire, la superfluità rispetto all'impianto accusatorio inizialmente abbozzato e ricostruito.

Al tempo stesso non è pacifico se, sussistendo una carenza probatoria in fase investigativa possa dirsi definitivamente chiuso il procedimento a carico dell'indiziato.

Tale teorica si espone alle obiezioni di chi ha sostenuto che gli elementi utilizzati in fase di indagine, non possono assurgere a fonte probatoria in senso stretto, collocandosi in una fase pre-processuale nel corso della quale è valutata la semplice doverosità di procedere all'imputazione: la richiesta di archiviazione - ben inteso - concerne la notizia di reato, non certo il fatto storico, elemento che degrada la tipologia del controllo sino a privarlo della sua natura giurisdizionale<sup>6</sup>.

Non si esclude certo, che l'archiviazione possa essere preceduta da investigazioni lunghe e complesse, ma è il contraddittorio tra i soggetti necessari del processo a elevare a momento giurisdizionale in senso stretto l'atto archiviativo, di per sé relegato in uno specifico momento antecedente al processo<sup>7</sup>.

Ebbene, come anticipato, nel caso che ci riguarda, la procura distrettuale di Kolobrzeg aveva deciso di rinunciare all'azione penale vista l'assenza di prove sufficienti a carico dell'accusato e l'impossibilità di eseguire una adeguata istruzione nel merito.

### **3. Il principio del *ne bis in idem*:**

È noto come, il principio del *ne bis in idem* operi subordinatamente a due requisiti: uno di carattere processuale, richiedente la definitività della pronun-

---

<sup>6</sup> BONSIGNORI, Archiviazione, in *Enc. Dir., Agg.*, I, Milano, 1997, 125.

<sup>7</sup> MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di Procedura Penale*, diretto da Ubertis, Voenà, Milano, 2012, 350.

cia, l'altro di carattere materiale richiedente sia l'identità tra soggetto giudicato e persona nei cui confronti si sta procedendo nonché l'identità tra i fatti giudicati e quelli nuovamente contestati.

Come premesso, risulta dalla lettura dell'art. 54 CAAS, che nessuno può essere sottoposto a procedimento penale in uno Stato contraente per i medesimi fatti per i quali sia stato già «giudicato con sentenza definitiva in un altro Stato contraente».

Di questo principio, la Corte europea ne ha definito i contorni e da tale opzione ermeneutica non se n'è più discostata. «La tutela preclusiva non è limitata a garantire il diritto a non essere punito due volte per lo stesso fatto, ma deve essere estesa al diritto a non essere perseguito o giudicato due volte, ribadendo che l'obiettivo è vietare la ripetizione di un procedimento penale allorquando si sia in presenza di un precedente giudizio che si è già concluso con una decisione definitiva»<sup>8</sup>.

Allo stesso tempo, si è chiarito che affinché una persona possa essere considerata «giudicata con sentenza definitiva» per i fatti che le sono addebitati, ai sensi di tale articolo, occorre, in primo luogo, che l'azione penale sia definitivamente estinta, e che l'esame di tale prima condizione sia svolto sulla base del diritto dello Stato contraente che ha pronunciato la decisione penale di cui trattasi. Infatti, una decisione che, secondo il diritto dello Stato contraente che ha avviato un procedimento penale a carico di una persona, non estingue definitivamente l'azione penale a livello nazionale, non può, in linea di principio, produrre l'effetto di costituire un ostacolo procedurale all'avvio o al proseguimento di un procedimento penale, per gli stessi fatti, a carico di tale persona in un altro Stato contraente<sup>9</sup>.

La definitività di un provvedimento, non va confusa con l'irrevocabilità. La prima implica «l'assenza di una necessità automatica di prosecuzione del processo»; la seconda definisce, «l'esaurimento della situazione giuridica processuale e che, si ricollega di regola al passaggio in giudicato delle sentenza»<sup>10</sup>.

Preziosa al riguardo, l'opera di esegesi della Corte di Giustizia dell'Unione, sovente chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale, a norma dell'art. 265 Trattato FUE (ex art. 234 Trattato CE) sull'esatta interpretazione del portato letterale e sistematico delle previsioni dettate in materia di *ne bis in idem* comunitario.

---

<sup>8</sup> Corte eur. dir. uomo, 10 febbraio 2009, Serguei Zolotukhine c. Russia.

<sup>9</sup> V., in tal senso, le sentenze del 22 dicembre 2008, Turansky, C-491/07, EU:C:2008:768, punto 36, nonché del 5 giugno 2014, M, C-398/12, EU:C:2014:1057, punti 32 e 36.

<sup>10</sup> Cass., Sez. I, 17 novembre 1975, Esposito, in *Cass. pen.*, 1977, 1173; Id., Sez. I, 13 giugno 1980, Di Mauro, *ivi*, 1981, 1570.

Con una serie di importanti pronunce, la Corte di Lussemburgo ha chiarito, in primo luogo che, nella nozione di “decisione finale” devono essere compresi anche i provvedimenti emessi a seguito di “mediazione penale”. Si tratta delle decisioni con le quali il pubblico ministero dispone la chiusura di un procedimento penale senza l'intervento di un giudice mediante un accordo con l'imputato ed a seguito dell'adempimento degli obblighi previsti dalla legge<sup>11</sup>.

Non può, invece, rientrare nel medesimo concetto, la decisione dell'autorità giudiziaria di uno Stato membro «che dichiara chiusa una causa dopo che il pubblico ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito»<sup>12</sup>.

In terzo luogo, il divieto di doppio processo opera anche nei casi di sentenze definitive di assoluzione per insufficienza di prove. Ed invero, secondo la Corte, non solo l'art. 54 CAAS non fa alcun riferimento al contenuto della sentenza passata in giudicato, ma nei casi di assoluzione per insufficienza probatoria la pronuncia giudiziale si fonda comunque su una valutazione nel merito dei fatti oggetto di giudizio<sup>13</sup>. Allo stesso tempo, il divieto del doppio giudizio trova applicazione anche nel caso di sentenza definitiva di assoluzione per prescrizione del reato che ha dato luogo al procedimento penale<sup>14</sup>.

Si tratta, a ben vedere, di una nozione diversa e più ampia di definitività, lontana dagli schemi e dalle categorie proprie dell'esperienza domestica.

Questa, in generale, presenta una inesauribile forza espansiva rispetto alle regole chiamate a svelarne l'operatività nei rispettivi ordinamenti nazionali<sup>15</sup>.

«Ciò perché, se da un lato, si vuole garantire che una persona già condannata e che abbia già scontato la sua pena o, se del caso, che sia stata definitivamente assolta in uno Stato contraente possa circolare all'interno dello spazio Schengen senza dover temere di essere perseguita per gli stessi fatti in un altro

<sup>11</sup> CGCE, 11 febbraio 2003, n. 187, Gözütok e Brügge, in *Foro it.*, IV, 2003, 426.

<sup>12</sup> CGCE, 10 marzo del 2005, n. 469, Miraglia, in *Cass. pen.*, 2005, 3165.

<sup>13</sup> CGCE, 28 settembre 2006, n. 150, Van Straaten, in *Guida dir.*, 2006, 44, 90.

<sup>14</sup> CGCE, 28 settembre 2006, n. 467, Gasparini, in *Guida dir.*, 2006, 44, 96.

<sup>15</sup> Il nostro ordinamento fa derivare l'effetto preclusivo del divieto del doppio giudizio dalla cosa giudicata, ossia al *dictum* divenuto definitivo e irrevocabile. Esso ha il duplice effetto di far diventare, da una parte, la sentenza incontestabile in giudizio ad opera delle parti; rispetto ad essa, queste, si vengono a trovare in una posizione in cui risultano essere prive di ulteriori poteri processuali per proseguire il processo o per instaurarne uno nuovo sul medesimo oggetto; dall'altro, comporta una preclusione: quella per lo stesso o qualsiasi altro giudice futuro di fronte al quale sia riproposto l' *idem factum* nei confronti dell' *eadem* persona a pronunciarsi sul merito; e inoltre, il dovere di determinati giudici di usarlo come regola del decidere».

Stato contraente, allo stesso tempo si vuole scongiurare il rischio di proteggere un sospettato dall'eventualità di doversi sottoporre ad ulteriori accertamenti, per gli stessi fatti, in più Stati contraenti»<sup>16</sup>.

«In tale ottica, l'interpretazione del carattere definitivo, ai sensi dell'art. 54 CAAS, di una decisione in materia penale di uno Stato membro deve essere condotta alla luce non solo della necessità di garantire la libera circolazione delle persone, ma anche della necessità di promuovere la prevenzione della criminalità e di lottare contro quest'ultima all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

#### 4. Il provvedimento di archiviazione

È noto come il procedimento penale, si caratterizzi per essere un'ordinata sequenza di norme, atti e situazioni soggettive in vista del risultato finale<sup>17</sup>. In questo contesto il giudice, il pubblico ministero e la stessa difesa, nell'ambito dei poteri e delle facoltà loro attribuiti dalla legge, formulano richieste, compiono scelte e adottano decisioni fondate su pregresse conoscenze in ordine a fatti rilevanti: si tratta di richieste, scelte e provvedimenti che risentono, ovviamente, del grado di completezza raggiunto dall'accertamento in ordine a quanto costituisce l'oggetto del processo<sup>18</sup>, e sono correlate al suo svolgersi progressivo. È la stessa «realità ontologicamente dinamica»<sup>19</sup> del processo a richiedere decisioni provvisorie, decisioni parziali o decisioni definitive ma anticipate.

In tal modo, il procedimento attraversa una serie di fasi intermedie in cui è spesso necessaria l'adozione di soluzioni interlocutorie o al contrario, definitive sul merito dell'imputazione, connesse ad accertamenti funzionalmente e qualitativamente non riconducibili agli *standards* di verifica ordinari.

Si tratta di decisioni da assumere allo stato degli atti, sulla base di accertamenti non sostenuti dalle garanzie processuali proprie del giudizio e, quindi, diverse rispetto a quelli che potrebbero essere gli accertamenti condotti nell'ambito del normale *iter* processuale.

Occorre, pertanto, imboccare un'altra strada e, chiedersi se l'archiviazione sia effettivamente idonea a generare cosa giudicata, nell'ottica di una applicazione sovranazionale del principio del *ne bis in idem*.

---

<sup>16</sup> Sentenza del 22 dicembre 2008, Turanky, C-491/07, EU:C:2008:768, punto 44.

<sup>17</sup> FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 819. A tale definizione rinvia TRANCHINA, *Il diritto processuale penale e il processo penale*, in *Diritto processuale penale*, Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, Milano, 2004, 30.

<sup>18</sup> Sul punto v. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 135.

<sup>19</sup> LORUSSO, *Provvedimento «allo stato degli atti» e processo penale di parti*, Milano, 1995, 117.

Non può sottacersi che il provvedimento di archiviazione veicola di per sé un contenuto di accertamento minimo ed essenziale: esso consiste nel ritenere la notizia di reato a seguito dell'approfondimento investigativo e allo stato degli atti, non meritevole di ulteriore vaglio giurisdizionale. Non v'è materiale d'accusa che giustifichi un supplemento di ricerca o, ancor più, il promuovimento dell'azione penale: il requirente è autorizzato a non agire<sup>20</sup>.

Si tratta di una valutazione ben circoscritta e ristretta che coniuga considerazioni di fatto e di diritto.

Riconoscere piena efficacia di cosa giudicata a questo accertamento, significherebbe farne dipendere conseguenze di non poco conto, conducendo l'archiviazione «sino al punto di non ritorno della metamorfosi in chiave giurisdizionale»<sup>21</sup>.

Una tale dinamica, peraltro, sovvertirebbe la stessa logica descritta dal legislatore negli artt. 50 e 54 CAAS, che di *decisione definitiva* parla e che fa pensare ad un accertamento compiuto nel merito.

Come è agevole comprendere, è solo nelle fasi successive all'esercizio dell'azione penale che si ha l'evoluzione degli elementi raccolti in fase di indagine, fino a diventare risultato di prova che consente il riconoscimento o meno della colpevolezza dell'imputato; di contro il provvedimento di archiviazione, seppure contenga in sé una decisione, prescinde, da una indagine approfondita di tutti gli elementi.

Il principio di completezza delle indagini e dell'istruttoria di merito, ivi svolta è minimo: quanto necessario ad assicurare, almeno in linea di principio, che il compendio delle prove raccolte e poste a sostegno dell'accusa non lasci approdare ad imputazione azzardate o prive di qualsiasi fondamento o che comunque manchino quei riscontri meritevoli di un approfondimento nel contraddittorio delle parti.

Come poter dunque, riconoscere natura preclusiva ai fini dell'operatività del divieto del doppio giudizio, ad un provvedimento di conclusione di istruzione come quello adottato dall'autorità polacca?

La soluzione è negli stessi artt. 327 e 328 del Kodeks postepowania karnego (codice di procedura penale), laddove si prevede espressamente la possibilità che un "provvedimento di istruzione definitivamente chiuso sia riavviato, con ordinanza della procura (...) nei confronti di una persona già oggetto di una procedura di istruzione in qualità di sospettato qualora emergano elementi di

---

<sup>20</sup> In materia, NORCIO, *L'autorizzazione ex art. 414 c.p.p., tra garantismo apparente e garantismo reale*, in *Cass. pen.*, 2001, 43.

<sup>21</sup> CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, 479.

fatto o di prova essenziali, che non erano noti durante il procedimento precedente (...); nonché, la possibilità che “la procura generale annulli un provvedimento definitivo di chiusura di un procedimento di istruzione nei confronti di una persona che è stata oggetto di un procedimenti di istruzione in qualità di sospettato qualora accerti che la chiusura del procedimento di istruzione era infondata (...)”.

Nell’un caso, si ammette che il materiale cognitivo sul quale si basa il provvedimento di archiviazione emesso allo stato degli atti, sia suscettibile di arricchimento e di evoluzione, sia sotto il profilo quantitativo, dovendosi prevedere la possibilità di integrazione del compendio probatorio, sia sotto il profilo qualitativo, essendo certamente quella pronuncia non fondata sulle garanzie tipiche del contraddittorio. Nell’altro è l’idoneità di elementi endogeni al processo che ne impongano una rilettura nell’ottica della fondatezza o meno della decisione adottata dall’autorità giudiziaria.

Se questo è vero, non v’è spazio, per costruire un “giudicato” idoneo ad impedire la celebrazione di un secondo giudizio sull’ *idem factum* e nei confronti dell’*eadem persona* dinanzi ad una autorità giudiziaria straniera.

Non soltanto.

Il co. 2 dell’art. 328 già citato, dispone che “decorsi sei mesi dal momento in cui la chiusura del procedimento di istruzione è diventata definitiva, la procura generale può annullare o riformare la decisione o la sua motivazione solo a favore del sospettato”.

È in tale piega che si annida la fondamentale distinzione nella struttura dell’accertamento compiuto dalla pubblica autorità polacca. La cristallizzazione in decisione definitiva di un provvedimento non più suscettibile di emenda se non in favore dell’indiziato, una volta trascorso il termine di sei mesi, impedisce l’indiscriminata riapertura del caso e un nuovo esercizio dell’azione penale per il medesimo fatto, nei confronti dello stesso imputato.

Solo in questa prospettiva, il provvedimento di archiviazione, è tale da spiegare i suoi effetti oltre il procedimento cui si riferiva, impendendo la possibilità di replicare l’accertamento sulla responsabilità anche a un giudice diverso investito della richiesta.

Tuttavia l’assunto per quanto sostenuto da argomenti di sicuro pregio, non è immune da margini di opinabilità. Il rispetto delle griglie processuali deve essere sempre finalizzato a contemperare gli interessi dell’accusa e del soggetto che si difende.

Non può certo dimenticarsi che con un provvedimento di archiviazione l’imputato non goda di alcun diritto al contraddittorio, preventivo o postumo. Ogni garanzia difensiva si suppone, sarà attivabile solo a seguito dell’apertura

del processo vero e proprio: indice che rende ancor più precaria una soluzione diversa.

Al riguardo, è la stessa Corte europea ad evidenziare che l'archiviazione, per avere valenza preclusiva ai fini del divieto del *bis in idem*, deve essere preceduta da una lunga, complessa e articolata istruttoria nel merito.

In altre parole, il giudice chiamato a pronunciarsi sull'inazione deve aver potuto "osservare" e vagliare attentamente l'ipotesi di addebito completa in tutti i suoi elementi essenziali alla luce della fattispecie concreta.

D'altronde quello che quest'oggi, mette in luce la sentenza della Corte di Giustizia è, ancora una volta, la prevalenza della sostanza sulla forma: l'interpretazione del carattere definitivo, ai sensi dell'art. 54 CAAS, di una decisione in materia penale di uno Stato membro deve essere condotta alla luce non solo della necessità di garantire la libera circolazione delle persone, ma anche della necessità di promuovere la prevenzione della criminalità e di lottare contro quest'ultima all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Di fronte a questa esigenza, la prima cede il passo alla seconda. «È considerato quanto precede, una decisione che pone fine al procedimento penale come quella di cui trattasi nella controversia principale, adottata in una situazione in cui il pubblico ministero non abbia proseguito l'azione penale per il solo motivo che l'accusato si era rifiutato di deporre e che la vittima e un testimone *de relato* risiedevano in Germania, di modo che non era stato possibile sentirli durante il procedimento d'istruzione e non era stato possibile verificare le indicazioni della vittima, senza che sia stata condotta un'istruzione più approfondita al fine di raccogliere ed esaminare elementi di prova, non costituisce una decisione che è stata preceduta da un esame svolto nel merito».

La presa di posizione della Corte europea vale, dunque, a chiarire come il generale principio di divieto del doppio giudizio non possieda esclusivamente forza in base alle scelte del legislatore interno ma vale anche ad orientare scelte funzionali alla creazione di un sistema integrato che miri alla realizzazione di un regime sicurezza, libertà e giustizia.

### **5. Conclusioni**

Per determinare se un provvedimento, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, costituisca una decisione che giudica definitivamente una persona, ai sensi dell'art. 54 della Convenzione, occorre accertarsi che essa sia stata pronunciata a seguito di un esame condotto nel merito della causa. «A tal riguardo, la mancata audizione della vittima e di un eventuale testimone

costituisce un indizio del fatto che nel procedimento penale non è stata condotta un'istruzione approfondita».

È proprio la necessità di una approfondita istruzione nel merito che attribuisce quel grado di autorevolezza al provvedimento di archiviazione e ne permette l'esplicazione della sua forza preclusiva.

La spiegazione è molto semplice.

Il carattere del processo penale, il quale si impersonifica nella figura dell'imputato, non è suscettibile di un *bis in idem* nemmeno travalicando i confini del territorio ove quella pronuncia è stata emanata.

Sotto questo profilo, la precisazione è quanto mai opportuna, giacché, l'assenza di una simile condizione finirebbe per arrecare un grave pregiudizio alle istanze di libertà (di circolazione) e di difesa dell'imputato.

Dal punto di vista teorico, *nulla quaestio*. Ma come anticipato, le esigenze in gioco sono molteplici. Prima tra tutte l'interesse di promuovere la prevenzione della criminalità e di lottare contro quest'ultima all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>22</sup>.

Ed è di questo che la Corte di Giustizia si fa portavoce.

Allo stesso tempo, occorre salvaguardare l'altro polo su cui è orientata la politica comunitaria: la libera circolazione delle persone e il mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali.

In un sistema così delineato, appare evidente che la ricerca di una europeizzazione della giustizia penale<sup>23</sup> a tutti i costi, lasci aperte molte crepe.

Così come pure, l'assimilazione "sfrenata" delle diversità cui si prestano le logiche statuali improntate al mutuo riconoscimento, potrebbe finire col pregiudicare il grado di tutela accordato al soggetto coinvolto nella vicenda processuale; con il rischio, al tempo stesso, che gli Stati più esigenti, pur di assecondare le finalità sottese al reciproco riconoscimento delle decisioni, finiscano per accontentarsi di *standards* difensivi anche minimali<sup>24</sup>. Se non altro perché dinanzi alla disomogenità strutturale degli ordinamenti processuali, la

---

<sup>22</sup> L'art. 3, paragrafo 2 del TUE precisa che «L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, che garantisce la libera circolazione delle persone, insieme a misure appropriate in materia di controllo delle frontiere esterne, d'asilo, d'immigrazione, oltre alla prevenzione della criminalità e la lotta contro questo fenomeno». Questo articolo, il quale mira a definire gli obiettivi principali perseguiti dall'UE, attribuisce una maggiore importanza alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG) rispetto al precedente trattato di Nizza, poiché ora questo obiettivo viene menzionato prima ancora della creazione di un mercato interno.

<sup>23</sup> In questi termini, TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 3 ss.

<sup>24</sup> Per tali rilievi, RAFARACI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel crogiuolo della Costituzione europea*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di Rafaraci, Milano, 2007, 13.

strada del “gioco al ribasso” sulle garanzie risulterebbe quella più facile da praticare<sup>25</sup>.

Dinanzi a tali inconvenienti, occorre ammettere come il principio del *ne bis in idem* europeo, stia subendo una vera e propria mutazione genetica. Da esigenza di giustizia cedevole alle “lusinghe” del potere sovrano degli Stati, a diritto inviolabile del cittadino europeo che, proprio per questo, non può tollerare blandi compromessi né, *a fortiori*, rigide eccezioni<sup>26</sup>. Senza tuttavia, escludere che lo stesso non è in grado di garantire di per sé alcuna ulteriore rassicurazione circa il livello di equità dei processi celebrati altrove.

**SABRINA CAPORALE**

---

<sup>25</sup> DEL COCO, PISTOIA, *Stranieri e giustizia penale: problemi di perseguibilità di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, cit., 58 ss.

<sup>26</sup> DEL COCO, PISTOIA, *Stranieri e giustizia penale: problemi di perseguibilità di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, cit., 58 ss.