

N. 12396/92 RG N.R.
N. 3531/94 RG G.I.P.



Tribunale di Milano
Ufficio del Giudice per le indagini preliminari

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del popolo italiano

Il giudice per le indagini preliminari Dr.ssa Micaela Serena Curami ha pronunciato la seguente sentenza nel procedimento contro **WALZ Gordon, nato il 25.11.1967 a Karlsruhe (Germania), res. 65232 Taunusstein-Hambach, Chattenpfad 30, dom. ex art. 169 c. 1 c.p.p. in Italia presso lo studio dei difensori di fiducia, libero CONTUMACE**

WALZ Peter, nato il 25.7.1945 a Karlsruhe (Germania), res. 76133 Karlsruhe, Kairesallee 61 dom. ex art. 169 c. 1 c.p.p. in Italia presso lo studio dei difensori di fiducia, libero CONTUMACE

entrambi difesi di fiducia dall'avv. Salvatore Scuto e dall'avv. Alessandro Pistochini del foro di Milano

I M P U T A T I

a) del delitto p.p. dagli artt. 110, 423, 61 n. 2 c.p., perchè in concorso tra loro [e con WALZ Klaus, deceduto e Rhoudius Clemente - separatamente giudicato] , di comune concerto e con apporti causali anche distinti, e, comunque convergenti, dopo aver portato in aperta campagna la vettura BMW con targa francese 8662WF06, la cospargevano di benzina e quindi appiccavano il fuoco alla stessa, così incendiandola pressoché integralmente.

Con l'aggravante dell'aver commesso il fatto al fine di conseguire l'impunità dallo stesso, avendo agito allo scopo di simulare un incidente stradale in danno del proprietario della vettura Evio Burulli.

Fatto accertato in Cornaredo (MI) nella notte tra l'8 ed il 9 marzo 1989.

b) del delitto p.p. dagli artt. 110, 575, 577 nn. 2 e 3, 81 cpv, 605 c.p. perché, agendo in concorso tra di loro [e con WALZ Klaus, deceduto e Rhoudius Clemente - separatamente giudicato], di comune concerto e con apporti causali anche distinti e, comunque, convergenti, dopo avere somministrato una sostanza tossica, ovvero un farmaco idoneo ad assopire Evio Burulli, allorché costui si trovava in Milano nell'abitazione del Walz Peter, e, comunque vincendo ogni sua eventuale resistenza conducevano lo stesso Burulli in aperta campagna, nella zona di Cornaredo - Albairate utilizzando due vetture del Walz Peter e la vettura del Burulli (già menzionata al capo a), trascinarono costui all'interno della sua vettura, cosparsa di benzina, al pari del corpo

del Burulli ed appiccavano il fuoco. Successivamente allorché Burulli riprendeva i sensi e tentava la fuga, lo bloccavano ingaggiando una colluttazione e quindi, ridotto all'impotenza lo chiudevano dentro il bagagliaio della vettura BMW appartenente al Walz Peter, per condurlo così nei pressi di Albairate ove, estrattolo dal bagagliaio e dopo aver tentato invano di soffocarlo e strangolarlo (fatto riferibile al deceduto Walz Klaus), lo colpivano ripetutamente al capo, al torace e in altre parti del corpo, utilizzando un cd. crick (fatto commesso dal Rhoudius) e così ne cagionavano la morte.

Con le aggravanti dell'aver commesso il fatto con premeditazione e con uso di sostanze venefiche, ovvero con altro mezzo insidioso idoneo ad indurre perdita di conoscenza

Fatti commessi in Milano, Cornaredo ed Albairate. Evento verificatosi in Albairate, nella notte tra l'8 e il 9 marzo 1989.

La persona offesa:

VENTURELLI Beatrice, in qualità di moglie di BURULLI Evio - deceduto -

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Pubblico Ministero: chiede emettersi sentenza di non luogo a procedere in relazione al reato di omicidio aggravato per operatività del principio del ne bis in idem, con disapplicazione della norma interna di cui all'art. 7 L. 388/93; chiede emettersi sentenza di non luogo a procedere in relazione ai reati di incendio e sequestro di persona perché estinti per intervenuta prescrizione.

Difesa degli imputati : eccepiscono in relazione al capo b) l'esistenza di un ne bis in idem con la sentenza tedesca ed eccepiscono la prescrizione o il ne bis in idem in relazione al capo a). Chiedono emettersi sentenza di n.l.p. per improcedibilità dell'azione per ne bis in idem

MOTIVI DELLA DECISIONE

Svolgimento del processo

Il 1° luglio 1994 il P.M. presso la Procura della repubblica di Milano depositava presso questo ufficio GIP, la richiesta di rinvio a giudizio nei confronti di Rhoudius Clemente, WALZ Gordon e WALZ Peter, per i reati di incendio aggravato, omicidio premeditato e sequestro di persona in danno di Elvio Burulli, commessi in Milano,

Cornaredo ed Albairate tra l'8 ed il 9.3.1989.

Nel corso delle indagini preliminari il GIP aveva emesso, in data 26.9.1992, ordinanza di custodia cautelare in carcere nei confronti di WALZ Gordon ed il 17.3.1993 analogo provvedimento restrittivo a carico di WALZ Peter Michael. Le misure non erano eseguite e la procedura di estensione delle ricerche in campo internazionale era tuttavia attivata per il solo titolo custodiale a carico di Walz Gordon.

In sede di udienza preliminare in data 13.1.1995, la posizione di WALZ Gordon e WALZ Peter veniva stralciata in quanto gli imputati risultavano "detenuti nella Repubblica federale Tedesca in esecuzione di pena detentiva".

In particolare gli stessi risultavano essere stati condannati, per gli stessi fatti - concorso in omicidio di Elvio Burulli- , dalla Corte d'Assise del Tribunale di Karlsruhe con sentenza 1.2.1994 che veniva acquisita agli atti.

Con comunicazione 12.2.2008 la Direzione centrale della Polizia Criminale - Servizi per la Cooperazione Internazionale di Polizia - del Ministero dell'Interno comunicava alla Procura della Repubblica procedente, di avere avuto conoscenza dal collaterale organo tedesco che WALZ Gordon era stato controllato dalla stazione di Polizia di Bad Schwalbach il 7.2.08, ma non era stato tratto in arresto.

Su richiesta di questo Giudice, le autorità tedesche comunicavano gli attuali indirizzi ove gli imputati risiedevano; nel frattempo il P.M. procedente acquisiva informazioni in ordine alle condanne inflitte agli imputati, e alla loro effettiva esecuzione.

Dalla documentazione acquisita, emergeva quindi che i due imputati, erano stati condannati alla pena di anni 5 mesi 6 di reclusione dalla Corte d'Assise del Tribunale di Karlsruhe per il reato di concorso in omicidio di Elvio Burulli; che la sentenza era passata in giudicato sin dal 1.2.1994, "a seguito della rinuncia all'impugnazione da parte degli imputati e del Procuratore"; che infine i prevenuti avevano scontato la pena in Germania ed erano stati definitivamente liberati rispettivamente in data 9.8.1996 WALZ GORDON e in data 3.9.1998 WALZ PETER.

Il P.M. avanzava quindi richiesta di revoca delle misure cautelari emesse a carico degli imputati, richiesta che, con ordinanza resa da questo Giudice il 22.7.2010, veniva accolta¹.

¹ Si riporta la motivazione dell'ordinanza di revoca delle misure cautelari emesse nei confronti degli imputati:

WALZ Gordon e WALZ Peter risultano attualmente imputati per i reati di incendio aggravato, omicidio premeditato e sequestro di persona in danno di Elvio Burulli, commessi in Milano, Cornaredo ed Albairate tra l'8 ed il 9.3.1989.

La posizione dei predetti fu stralciata dall'originario procedimento 16164/90 RGNR; 19193/90 RGGIP (iscritto anche a carico di Rhoudius Clemente) all'udienza preliminare in data 13.1.1995, in quanto i due imputati risultavano detenuti in Germania perché condannati, per gli stessi fatti, dalla Corte d'Assise del Tribunale di Karlsruhe.

I due imputati hanno finito di scontare, in relazione quindi al medesimo fatto per il quale oggi si procede, la pena in Germania rispettivamente in data 9.8.1996 WALZ GORDON e in data 3.9.1998 WALZ PETER.

In tale caso tuttavia non opera il principio di cui all' art. 54 della Convenzione di Shengen (cd ne bis in idem

Avuta quindi conoscenza del domicilio in Germania di Walz Gordon e Walz Peter, veniva fissata udienza preliminare.

Gli imputati, residenti all'estero, nominavano difensori di fiducia gli avvocati Salvatore Scuto e Alessandro Pistochini del foro di Milano.

All'udienza in data 10.6.2011 i difensori di fiducia di entrambi gli imputati concludevano chiedendo emettersi sentenza di non luogo a procedere per improcedibilità dell'azione per ne bis in idem in relazione al capo b), ed eccependo la prescrizione o il ne bis in idem in relazione al capo a).

Alla successiva udienza in data 6.7.2011 il P.M. aderiva all'eccezione preliminare avanzata dai difensori e chiedeva emettersi sentenza di non luogo a procedere in relazione al reato di omicidio aggravato per operatività del principio del ne bis in idem, con disapplicazione della norma interna di cui all'art. 7 L. 388/93; chiedeva emettersi sentenza di non luogo a procedere in relazione ai reati di incendio e sequestro di persona perché estinti per intervenuta prescrizione.

IL FATTO

internazionale); detto principio infatti trova un limite di applicazione proprio in ordine a reati di particolare gravità quali quelli per cui si procede ai sensi dell' art. 7 legge 388/93 (legge di recepimento dell' accordo di Shengen).

Dalla documentazione già presente in atti e da quella successivamente acquisita dal P.M. risulta che nel corso del processo di primo grado a carico di Rhoudius Clemente, Peter Waltz ha reso dichiarazioni ampiamente confessorie – con lo stesso atteggiamento collaborativo tenuto, fin dal suo arresto, con l'Autorità Giudiziaria tedesca – e ha deposto al processo in Italia all' udienza del 12.7.1995 senza che a suo tempo venisse eseguita nei suoi confronti l'ordinanza di custodia cautelare che pure risultava pendente.

Il P.M. assumeva informazioni dall' Ufficio Investigativo federale Tedesco, tramite la divisione Sirene del Ministero di Giustizia, da cui risulta che WALZ GORDON e WALZ PETER, dopo l'espiazione della pena sono sempre stati regolarmente residenti in Germania; dopo la scarcerazione WALZ PETER ha mantenuto una condotta di vita regolare,, mentre WALZ GORDON è stato condannato nel 2001 ad una pena di 4 anni di reclusione per truffe e falsificazione di denaro commessi fino all' ottobre 1992.

Alla luce degli elementi sopra riportati ritiene questo Giudice che la misura cautelare ancora oggi esecutiva debba essere revocata per essere venute meno le esigenze cautelari sottese alla stessa.

Va innanzitutto considerata la risalenza nel tempo dei fatti, che risultano commessi più di 20 anni fa; deve inoltre sul punto essere tenuto in debito conto, ai limitati fini cautelari, anche la circostanza che gli odierni imputati sono già stati giudicati nel loro paese per il medesimo fatto oggi addebitato.

Inoltre il comportamento serbato sia durante il processo che successivamente induce a ritenere cessate le esigenze specialpreventive legate al pericolo di reiterazione delle medesime condotte criminose.

Quanto al pericolo di fuga, gli imputati, cittadini tedeschi, dopo aver scontato la pena inflitta in Germania, hanno ripreso la propria vita lavorativa e familiare nel paese d'origine con residenza ubicata in luoghi noti all' autorità Giudiziaria e di Polizia di quel paese.

neppure risulta configurabile l'esigenza cautelare del pericolo di inquinamento probatorio, in quanto tutte le prove risultano acquisite ormai da tempo;

La mattina del 9 marzo 1989 nei pressi di Albairate veniva rinvenuto il cadavere di Burulli Elvio; il cadavere presentava segni esterni di bruciatura; la testa ed il volto recavano numerose ferite lacero contuse, e l'intero massiccio osseo del viso era ridotto a pezzi.

La causa della morte era individuata nelle lesioni meningo-encefaliche derivate dallo sfacelo politraumatico del cranio.

Sempre il 9 marzo 1989 i Carabinieri di Cornaredo, informati dai VV.UU. di quella località che in una strada di campagna di San Pietro all'Olmo vi era una autovettura bruciata con targa francese, procedevano ad un sopralluogo, constatando che , oltre alla vettura, erano bruciate anche le targhe, peraltro ricostruite fino a comporre la targa completa 8662WF 06; nella scarpata a poca distanza dall'auto vi era una tanica da 5 litri di benzina contenente mezzo litro di carburante super.

Le indagini sull'omicidio si indirizzavano nell'immediatezza nei confronti di Rhodius Clemente e Walz Klaus.

Walz Peter, in data 15.7.92 si presentava innanzi al Pubblico Ministero di Colonia e forniva una compiuta ricostruzione dei fatti, affermando, tra le altre cose, che gli autori materiali dell'omicidio di Burulli erano stati appunto il fratello Walz Klaus e Rhodius Clemente.

Risentito dalla Polizia di Francoforte sempre nell'estate 92, Walz Peter chiariva sia la dinamica dell'omicidio che la partecipazione soggettiva degli autori dello stesso, ed in particolare delineava il coinvolgimento proprio e di suo figlio Walz Gordon.

Egli in particolare spiegava che la conoscenza tra il fratello Klaus ed il Burulli risaliva agli anni '70, e che Rhodius era stato in passato socio di Klaus.

Nella primavera dell'89 il dichiarante viveva a Milano (era insegnante di lingua in una scuola tedesca); egli, così narrava agli inquirenti tedeschi, era raggiunto in questa città un giorno dal figlio Gordon; il giorno successivo giungevano anche Klaus e Rhodius. Walz Klaus sottoponeva il suo progetto omicidiario che prevedeva che Peter attirasse Burulli in casa sua; qui la vittima doveva essere stordita e quindi doveva essere portata in altro luogo con la sua vettura, e uccisa simulando un incidente con la macchina con successivo incendio.

Seguendo le istruzioni di Klaus, l'8 marzo 1989 Peter invitò a casa sua Burulli, e gli diede da bere un tè ove aveva sciolto del sonnifero. Giungevano a quel punto anche Walz Klaus, Rhodius Clemente e Walz Gordon; Klaus e Rhodius caricavano Burulli, ancora addormentato, a bordo della sua vettura (una BMW con targa francese) e si dirigevano con essa fuori città, seguiti con due distinti veicoli anche da Walz Peter e Walz Gordon.

Nei pressi di Abbiategrasso, fu detto a Walz Peter di fermarsi ed attendere, mentre le altre due vetture si allontanavano: dopo circa mezz'ora Peter vide tornare la vettura guidata da Gordon, con a bordo Klaus e Rhodius; fu fatto salire a bordo dell'autovettura e durante un percorso verso il luogo ove la vettura del Burulli era stata data alle fiamme, Peter udì dei lamenti provenire dal bagagliaio della macchina, ove effettivamente si trovava il Burulli. Giunti in un posto isolato, Gordon fermò la macchina, Klaus e Rhodius estrassero dal bagagliaio il Burulli e Klaus tentò dapprima di strangolarlo, quindi Burulli fu buttato in un fosso, ove Rhodius lo finì a colpi di crick.

Walz Peter a quel punto, con la sua autovettura, accompagnava il fratello Klaus ed il figlio Gordon ad una stazione di taxi; portava quindi Rhoudius nella propria abitazione per medicarlo dalle bruciature che aveva alla testa ed alle mani.

La mattina successiva Walz Peter accompagnava in macchina il figlio Gordon in Svizzera; i due nel tragitto si disfacevano sia degli abiti del Rhoudius (recanti tracce di bruciature) sia del crick utilizzato per l'omicidio.

La Polizia tedesca, sulla base di quanto dichiarato da Walz Peter, procedeva all'arresto dello stesso Peter WALZ ed all'emissione di provvedimenti di cattura per Gordon WALZ e Klaus WALZ in relazione all'omicidio BURULLI.

I provvedimenti venivano eseguiti a carico di Walz Peter e Walz Gordon (rispettivamente il 17.11.1992 ed il 28.11.1992), mentre Walz Klaus per sottrarsi all'arresto, in Monaco il 26.10.92, dopo avere tenuto in ostaggio i poliziotti per 9 ore con una bomba a mano, riusciva ad impossessarsi dell'arma di ordinanza di un agente e con essa si suicidava.

L'autorità giudiziaria tedesca non procedeva invece nei confronti di Rhoudius Clemente per mancanza di giurisdizione, in quanto l'omicidio era avvenuto in Italia e il Rhoudius era cittadino canadese.

Walz Peter e Walz Gordon venivano giudicati colpevoli del reato di concorso in omicidio ai danni di Burulli Elvio, e condannati dalla Corte di assise di Karlsruhe alla pena di anni 5 e mesi 6 di reclusione.

<<>>

L'ECCEZIONE DEL NE BIS IN IDEM - CAPO B)

Il P.M. e la difesa degli imputati hanno concordemente concluso eccependo l'operatività, quanto al capo b) - artt. 110, 575, 577 nn. 2 e 3 , del *ne bis in idem* in quanto entrambi gli imputati sono stati già giudicati per il medesimo fatto con sentenza dell'1.2.1994 emessa dalla Corte d'Assise del Tribunale di Karlsruh. La sentenza risulta definitiva dall'1.2.1994, ed entrambi gli imputati hanno espiato interamente la pena loro inflitta.

Nell'ordinamento italiano il principio contenuto nella norma di cui all'art. 11 c.p. afferma in via generale l'irrilevanza del giudicato straniero per i reati commessi nel territorio dello Stato.

La norma di cui all'art. 11 c.p. appare espressione del cd. principio di territorialità, cui consegue la mancanza di limiti allo *ius puniendi* da parte dell'esercizio di sovranità di un altro Stato. L'unica attenuazione al principio è stabilita dall'art. 138 c.p. che prevede lo scomputo della pena sofferta all'estero.

Il principio di territorialità è tuttavia di fatto attenuato dall'adesione del nostro Paese a numerosi strumenti convenzionali e pattizi che riconoscono, in forme diverse, effetti preclusivi al giudicato straniero.

Non va dimenticato peraltro come, all'interno del nostro ordinamento vige ai sensi dell'art. 649 c.p.p., il divieto del ne bis in idem; la norma è espressione del cd principio di consunzione (*ne bis in idem sit actio*) secondo il quale non può essere nuovamente promossa l'azione penale per lo stesso fatto e contro la stessa persona per i quali un processo sia stato già definito. La regola *bis de eadem re non sit actio* è mutuata nella procedura penale moderna dal diritto romano, ove significava divieto di reiterare azioni con identico oggetto.

Il principio del "ne bis in idem" è un concetto giuridico fondamentale, indispensabile per qualsiasi sistema giuridico. Un sistema giuridico non potrebbe sopravvivere in assenza di uno specifico divieto della possibilità di ripetere continuamente un processo relativo agli stessi fatti nei confronti di una stessa persona. L'assenza di tale principio in un ordinamento determinerebbe una grave carenza in termini di certezza del diritto.

Si tratta, quindi, di una generale garanzia soggettiva volta a tutelare il diritto dell'imputato a non essere perseguito indefinitivamente per lo stesso fatto.

Nell'ambito interno la norma è stata oggetto di un consistente filone interpretativo rivolto ad attribuire all'art. 649 una dimensione applicativa più ampia di quella che traspare dalla enunciazione letterale.

Basti citare in questa sede la sentenza delle S.U. penali Cassazione Penale, Sez. U, 28 giugno - 28 settembre 2005, n. 34655, che si sono espresse favorevolmente circa l'ammissibilità della pronuncia di non doversi procedere per impromovibilità dell'azione penale nelle ipotesi di litispendenza, non attraverso la diretta applicazione della disposizione di cui all'art. 649 c.p.p., ma appunto in virtù di un principio più ampio - di cui tale norma è espressione - il quale, anche in assenza di un provvedimento irrevocabile, "*rende la duplicazione dello stesso processo incompatibile con le strutture fondanti dell'ordinamento processuale e ne permette la rimozione con l'impiego dei rimedi enucleabili dal sistema*". "*(...) l'art. 649 costituisce un singolo, specifico, punto di emersione del principio del ne bis in idem, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema. A tale divieto va attribuito, pertanto, il ruolo di **principio generale dell'ordinamento** dal quale, a norma del secondo comma dell'art. 12 delle Preleggi, il giudice non può prescindere quale necessario referente dell'interpretazione logico-sistematica.*"

Il principio del "ne bis in idem" è stato riconosciuto quale diritto individuale da tutti gli strumenti giuridici internazionali per la protezione dei diritti dell'uomo (v., ad es., il Protocollo n. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - art. 4 - e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE - articolo 50 -) e da tutti i sistemi giuridici che si ispirano al concetto del rispetto e della protezione delle libertà fondamentali.

Nel quadro convenzionale comunitario detto principio è espressamente contemplato dalla Convenzione tra gli Stati Membri della Comunità europea relativa all'applicazione del principio "ne bis in idem" firmata a Bruxelles il 25 maggio 1987, dalla Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, firmata il 19 giugno 1990, nonché, nell'ambito della cooperazione giudiziaria prevista dal Titolo VI del trattato sull'Unione europea, dalla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 26 luglio 1995 (articolo 7) e dalla

Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione di funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea del 26 maggio 1997 (articolo 10).

Ma ancora, nel più vasto panorama del diritto penale internazionale, questo principio è espressamente sancito:

A) nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla efficacia internazionale delle sentenze penali del 28 maggio 1970 (articoli 53-55);

B) nella Convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento dei procedimenti penali del 15 maggio 1972 (articoli 35-37);

C) nella Convenzione tipo delle Nazioni Unite sul trasferimento dei procedimenti penali adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nella risoluzione 45/118 del 14 dicembre 1990;

D) nello statuto: a) del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia del 17 maggio 2002 (articolo 10), b) del Tribunale penale internazionale per il Ruanda dell'8 novembre 1994 (articolo 9), c) della Corte penale internazionale di Roma del 17 luglio 1998 (articolo 20).

Tuttavia l'analisi degli strumenti pattizi citati consente di ravvedere una tendenza alla costante limitazione dell'applicazione integrale del principio del *ne bis in idem*, che infatti subisce deroghe (anche mediante la possibilità di apporre specifiche riserve) riconducibili ora alla riaffermazione del criterio di territorialità, ora allo status particolare rivestito dall'autore del reato o dalla persona offesa, ora alla tutela degli interessi essenziali dello stato.

In ambito europeo, come detto, la formulazione del principio *ne bis in idem* è stata oggetto di un'apposita Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee, adottata a Bruxelles il 25 maggio 1987 (e ratificata da nove Stati membri, tra i quali l'Italia, con l. 16 ottobre 1989, n. 350), ma successivamente sostituita dagli artt. 54-58 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS), adottata il 19 giugno 1990, resa esecutiva nel nostro ordinamento con la l. 30 settembre 1993, n. 388 e incorporato nell'Unione Europea ad opera del Trattato di Amsterdam (in vigore dal 1° maggio 1999).

Testualmente l'art. 54 CAAS prevede 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 che sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente, o, secondo la legge della Parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita”*.

L'art. 54 della Convenzione di Schengen consente quindi che una sentenza definitiva, di assoluzione o di condanna, pronunciata dall'autorità di uno Stato membro eserciti un effetto preclusivo analogo a quello che può produrre la sentenza emessa da un giudice nazionale.

L'art. 55 tuttavia prevede che una Parte contraente, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della Convenzione, possa dichiarare di non esser vincolata all'art. 54, e dunque all'operatività del principio del *ne bis in idem*, nelle seguenti situazioni:

- a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti, in tutto o in parte, sul suo territorio (sempre che non siano stati commessi in parte sul territorio dello Stato in cui la sentenza è stata pronunciata);
- b) quando essi costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente;
- c) quando sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio.

L'Italia ha esercitato tale facoltà, dichiarando, nell'art. 7 della l. 30 settembre 1993, n. 388, che l'art. 54 della Convenzione non si applica nelle ipotesi ivi previste all'art. 55, par. 1, lett. a), b) e c). Nell'art. 7, comma 2, della citata legge di ratifica viene precisato che ai sensi dell'art. 55, par. 1, lett. b), della Convenzione, costituiscono reati contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali dello Stato i delitti contro la personalità dello Stato.

Ex art. 7 L. 388/93, la disposizione eccezionale prevista dall'art. 55 CAAS permette quindi di paralizzare l'applicazione del principio generale sancito dall'art. 54 nel caso in cui i fatti oggetto della sentenza straniera siano avvenuti, anche solo in parte, nel territorio italiano; nel caso che ci occupa proprio il combinato disposto delle citate norme ha consentito agli inquirenti ed all'Ufficio di questo Giudice di procedere nei confronti degli odierni imputati, cui vengono contestati i gravi reati descritti in rubrica, commessi proprio nel territorio italiano.

In termini generali (e rimandando al proseguo l'analisi circa l'attuale vigenza delle norme derogatrici citate), va sottolineato come l'entrata in vigore della legge n. 388 del 1993 attuativa dell'accordo di Schengen abbia determinato l'istituzione di uno **spazio giudiziario europeo**, e conseguentemente l'inapplicabilità dell'art. 11 c.p. sul rinnovamento del giudizio in idem (cass. sez I, 2.12.98 nr. 13558), fatte salve le citate deroghe.

La norma di cui all'art. 54 CAAS va infatti posta in correlazione con il diritto alla libera circolazione delle persone nel territorio dell'Unione, avendo anche lo scopo di evitare che una persona, per il fatto di esercitare il suo diritto alla libera circolazione, sia sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati membri.

Sulla portata del principio sancito dall'art. 54 Schengen, la Corte di Strasburgo ha avuto occasione di pronunciarsi più volte, in particolare individuando quali siano le decisioni idonee a determinare l'effetto preclusivo connesso al principio, e fornendone un'interpretazione estensiva.

E' interessante notare come spesso la Corte di Strasburgo abbia affermato la doverosità dell'applicazione del principio in esame anche in presenza di legislazioni statali non del tutto congruenti ed armoniche.

Nell'ambito del comune spazio di libertà sicurezza e giustizia appare infatti inevitabile la necessità di interpretare estensivamente quanto statuito dalla CAAS ampliando l'ambito di operatività del principio del *ne bis in idem* diretto ad evitare, da un lato, che venga processata in uno Stato dell'Unione una persona già giudicata per il medesimo fatto in altro Stato membro, dall'altro lato, per prevenire il fenomeno della

litispendenza, ossia il conflitto tra giurisdizioni procedenti contro la stessa persona per il medesimo fatto prima che si formi il giudicato.

La necessità di dilatare i confini del divieto del *bis in idem* trova infatti fondamento nel principio di reciproca fiducia tra gli stati membri dell'Unione e in quello di mutuo riconoscimento delle decisioni giurisdizionali, già affermato in numerosi e recenti atti dell'Unione (circolazione della prova; sanzioni non detentive; assistenza giudiziaria in materia penale ecc.).

Innanzitutto la Corte di Giustizia ha stabilito che il principio in esame opera anche nell'ambito delle procedure di estinzione dell'azione penale (Corte giust. CE, 11 febbraio 2003, C-187/01 e C-385/01, *Gozutok e Brugge*): la Corte in particolare ha affermato che può rientrare nella copertura del *ne bis in idem* anche un provvedimento non formalmente definitivo - ad es., a seguito di patteggiamento o comunque di un accordo con la pubblica accusa - in forza del quale il p.m. di uno Stato membro chiude, senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in quello Stato dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi (nella fattispecie, aveva versato, una somma di denaro stabilita dal p.m.). Ciò che rileva è che siffatta decisione colpisca comunque il comportamento illecito contestato all'imputato.

Ancora, la Corte di Giustizia ha affermato che il principio *de quo* operi anche in caso di assoluzione per intervenuta prescrizione (Corte giust. CE, 28 settembre 2006, C-467/05, *Gasparini*), nonostante in materia di prescrizione non vi sia stata un'armonizzazione delle legislazioni degli Stati. Secondo la Corte, il principio del «*ne bis in idem*» implica reciproca una fiducia degli Stati contraenti nei confronti dei loro sistemi per cui ciascuno di essi accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Paesi contraenti, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse.

Particolarmente rilevante in quanto espressione di quella tendenza espansiva è la Corte Giust. CE, Sezione II, 11 dicembre 2008, C-297/07, *Bourquain*, che amplia il concetto di "definitività" della sentenza di condanna, con riguardo al carattere contumaciale della pronuncia ed alla nozione di "ineseguibilità" della pena dalla stessa inflitta. La Corte di Giustizia ha in particolare stabilito che il principio fissato nell'art. 54 C.A.A.S. è applicabile anche qualora, alla luce delle regole previste nell'ordinamento dello Stato contraente ove l'imputato è stato già condannato, la pena inflittagli non abbia mai potuto essere "direttamente eseguita a causa di peculiarità procedurali" del tipo di quelle considerate nel procedimento principale.

Se quindi è riscontrabile nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE una tendenza all'espansione del principio del *ne bis in idem*, nello "spazio giudiziario europeo" venutosi a creare è ravvisabile, ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, una tensione verso il superamento di quei limiti che le autorità nazionali avevano posto al riconoscimento del citato principio.

Va a questo proposito ricordato il Programma di misure elaborato nel 2001 dal Consiglio dell'U.E. per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali; tale programma già prevedeva la necessità di procedere ad un riesame degli artt. 54-57 della Convenzione di Schengen, sotto il profilo delle deroghe all'operatività del principio, al fine di soddisfare esigenze di equità e giustizia

sostanziale e rafforzare la certezza del diritto nell'Unione, garantendo che la decisione penale definitiva resa in uno Stato membro non venisse rimessa in discussione negli altri Stati.

Ci si riferisce in particolare al Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali (Gazzetta ufficiale delle Comunità europee C 12/10 15.1.2001), che testualmente prevedeva:

“Il reciproco riconoscimento deve consentire di rafforzare non solo la cooperazione tra Stati membri, ma anche la protezione dei diritti delle persone. Esso può favorire un miglior reinserimento sociale del delinquente. Infine, il reciproco riconoscimento delle decisioni è un fattore di certezza del diritto in seno all'Unione laddove garantisce che una sentenza pronunciata in uno Stato non verrà rimessa in discussione in un altro Stato membro.

L'attuazione del principio di reciproco riconoscimento delle decisioni penali presuppone una fiducia reciproca degli Stati membri nei rispettivi ordinamenti penali. Tale fiducia si fonda in particolare sulla base comune costituita dal loro attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello stato di diritto.

PROGRAMMA DI MISURE

1. PRESA IN CONSIDERAZIONE DELLE DECISIONI PENALI DEFINITIVE PRONUNCIATE IN PRECEDENZA

DAL GIUDICE DI UN ALTRO STATO MEMBRO

1.1. *Ne bis in idem*

Obiettivo: rafforzare la certezza del diritto nell'Unione facendo in modo che la decisione penale definitiva di condanna resa in uno Stato membro non sia rimessa in discussione in un altro Stato membro.

L'esistenza di una tale decisione resa in uno Stato membro deve impedire che il fatto o il comportamento già esaminato sia nuovamente perseguito in un altro Stato membro. Questo obiettivo è stato parzialmente realizzato agli articoli da 54 a 57 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen.

Al riguardo andrebbero riesaminate le possibilità di riserve previste all'articolo 55 di tale convenzione, segnatamente quelle che autorizzano uno Stato a dichiarare di non essere vincolato dal principio «ne bis in idem» quando «i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti ... in parte nel suo territorio ...».

Misura n. 1: riesame degli articoli da 54 a 57 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen figuranti nella convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del principio «ne bis in idem», firmata a Bruxelles il 25 maggio 1987, nella prospettiva di una piena applicazione del principio del reciproco riconoscimento.

Grado di priorità: 6.

Sempre con riferimento agli strumenti pattizi volti ad incrementare la cooperazione fra Stati membri, alveo in cui si pone il principio del *ne bis in idem*, deve essere anche ricordata la Decisione quadro del Consiglio dell'UE (2002/584/GAI) del 13 giugno 2002 relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, che ha sostituito il sistema tradizionale della estradizione; in particolare ai

sensi dell'articolo 3, par. 2, della Decisione quadro il principio del *ne bis in idem* è considerato come specifico motivo di rifiuto obbligatorio della consegna del ricercato.

La legge 22 aprile 2005, n.69, ha disciplinato nel Capo I del Titolo II proprio la cd. procedura passiva di consegna, e l'art. 18 lett. m) disciplina gli effetti del *ne bis in idem* internazionale sulla nuova procedura di consegna basata sul mandato d'arresto europeo. Esso prevede che la Corte d'appello rifiuti l'esecuzione del mandato di arresto europeo quando risulta che la persona è già stata giudicata, per gli stessi fatti, con sentenza irrevocabile, in uno degli Stati membri dell'UE, purché, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia in corso di esecuzione ovvero non possa più essere eseguita, secondo la legge dello Stato membro che ha emesso la condanna. In caso di provvedimento di assoluzione, l'effetto preclusivo derivante dal precedente giudicato non è sottoposto ad alcuna condizione e la Corte d'appello non potrà che rifiutare l'esecuzione del mandato d'arresto europeo e la consegna della persona. Non è riconosciuto effetto preclusivo, invece, alle sentenze pronunciate da AG di Stati terzi.

Se, quindi, all'AG di esecuzione risulta che la persona sia già stata definitivamente giudicata per gli stessi fatti, in un altro Stato membro, il mandato di arresto europeo non può essere eseguito, ma in tal caso è necessario che ricorrano tre condizioni alternative: a) che la pena sia stata eseguita; b) che sia in fase di esecuzione; c) che non possa più essere eseguita, in base alle leggi dello Stato membro della condanna. Tali condizioni limitano gli effetti e la portata del divieto del *bis in idem* e costituiscono applicazione del principio della effettività della sanzione penale con il quale si vuole evitare il rischio che la persona che si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena possa trarre beneficio dal divieto di un nuovo giudizio. Le condizioni ora esposte, previste nell'art. 3, par. 2, della Decisione quadro, coincidono con quelle dell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 19 giugno 1990.

La decisione quadro sul MAE ha introdotto un obbligo incondizionato di rifiutare la consegna nei casi di violazione del *ne bis in idem*, confermando la disciplina sostanziale del *ne bis in idem* contenuta nella convenzione di Schengen, ed escludendo che gli Stati membri possano non riconoscere il divieto del *bis in idem* attraverso le dichiarazioni unilaterali previste dall'art. 55 della Convenzione Schengen.

Ancora, la recente Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 36 - relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'U.E. - prevede, nell'art. 9, par. 1, lett. c) - all'interno di una tassativa ed analitica disciplina dei motivi di rifiuto del riconoscimento e della esecuzione - che la competente autorità dello Stato di esecuzione può rifiutare il riconoscimento della sentenza e l'esecuzione della pena, quando quest'ultima "*sarebbe in contrasto con il principio del *ne bis in idem**".

La centralità del tema del *ne bis in idem* in ambito europeo emerge poi con chiarezza nel contenuto delle **conclusioni dell'8 giugno 2006 dell'Avvocato Generale, D. Ruiz-Jarabo Colomer, rese nell'ambito del caso *Van Straaten***:

punto 57. La regola del ne bis in idem rappresenta un diritto fondamentale dei cittadini, collegato al giusto processo e al legittimo giudizio, oltre ad essere una esigenza strutturale del sistema giuridico, la cui legittimità si sostanzia nell'autorità della res iudicata (paragrafo 21 delle conclusioni Van Esbroeck).

59. Nell'acquis di Schengen, finalizzato a rafforzare l'integrazione dei popoli europei trasformando l'Unione in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il principio del ne bis in idem si collega, inoltre, al diritto di circolare senza impedimenti (31). La soppressione graduale dei controlli alle frontiere, tappa inevitabile per la realizzazione di questo spazio comune, non è scevra da rischi in quanto favorisce coloro che approfittano di una minore sorveglianza per espandere le proprie occupazioni illecite, rendendosi pertanto imprescindibile un incremento della cooperazione fra forze di polizia e autorità giudiziarie. Questa maggiore incisività, tuttavia, deve realizzarsi senza comprimere le libertà inalienabili in una società democratica di diritto.

61. Il principio del ne bis in idem è funzionale (32) alla stabilità giuridica affinché le decisioni del potere pubblico, una volta definitive, non siano discusse sine die. Esaurita l'azione penale in uno Stato membro, gli altri non possono ignorare tale circostanza. L'integrazione necessita di assistenza, improbabile senza la fiducia reciproca nei rispettivi sistemi giudiziari e senza una omologazione delle decisioni, adottate in una vera «casa comune» dei diritti fondamentali (33).

62. Anche qualora uno Stato non tratti una materia in modo uguale o analogo rispetto ad un altro, i risultati sono equiparati perché riflettono valori e principi equivalenti: si deve credere nel carattere adeguato delle norme dei membri di un progetto tanto ambizioso come l'Unione europea e nella corretta applicazione delle stesse, accettandone le conseguenze nonostante comportino soluzioni differenti (34); quest'idea ne comporta l'accettazione e uno dei suoi corollari è il principio del ne bis in idem.

63. In sintesi, se uno Stato membro giudica l'autore o il partecipante ad un reato (35), le giurisdizioni degli altri devono astenersi da un nuovo esame, qualunque sia il tenore della sentenza (36), di condanna o di assoluzione, poiché entrambi i casi sono espressioni dello ius puniendi.

68. Il principio del ne bis in idem osta alla reiterazione sia della pena sia del «perseguimento penale» e dell'«accusa». L'art. 54 della Convenzione utilizza il primo sostantivo, mentre l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea il secondo. La sentenza Gözütock e Brügge si è espressa con chiarezza adamantina, sottolineando che il menzionato art. 54 «ha lo scopo di evitare che una persona [...] sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati membri» (punto 38). Le sentenze Miraglia e Van Esbroeck si sono attenute a quest'interpretazione (punti 32 e 33, rispettivamente), che non è peregrina, in quanto il citato principio, come ho già esposto, è funzionale all'equità ed alla sicurezza, associandosi al diritto ad un giusto processo; preserva inoltre la dignità a fronte di trattamenti disumani e degradanti, visto che la pratica di reprimere più volte il medesimo illecito merita di essere così qualificata (40).

Ancora più pregnanti appaiono le **conclusioni dell'Avvocato Generale, D. Ruiz-Jarabo Colomer, rese nell'ambito del già citato caso *Bourquain***. La Corte di Giustizia

doveva occuparsi della seguente questione pregiudiziale: «Se una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva da una Parte contraente possa essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente qualora la pena comminata nei suoi confronti non abbia mai potuto essere eseguita secondo la legge dello Stato contraente di condanna».

Così concludeva testualmente l'Avvocato generale:

punto 34. Il pieno riconoscimento delle sentenze penali straniere costituiva un'autentica sfida per il diritto comunitario e la Corte, senza esimersi dalle sue responsabilità, ha dichiarato, in applicazione del diritto della libera circolazione delle persone, che l'art. 54 della Convenzione assicura l'esercizio di questa libertà fondamentale a coloro che siano stati giudicati con sentenza definitiva, i quali non dovranno temere di incorrere in un altro Stato membro in nuovi procedimenti penali contro di loro per i fatti già giudicati.

L'avvocato Generale richiamava poi (punto 41) *l'importanza della fiducia reciproca, elemento chiave nell'attuazione dell'art. 54 della Convenzione, dichiarando che ognuno degli Stati membri deve accettare l'applicazione del diritto penale vigente negli altri, anche quando il proprio diritto condurrebbe a soluzioni diverse*

Nello stesso senso si pone infine la **DECISIONE QUADRO 2009/948/GAI DEL CONSIGLIO del 30 novembre 2009** sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali

L'Articolo 1 (Obiettivo) recita

L'obiettivo della presente decisione quadro è promuovere una più stretta cooperazione tra le autorità competenti di due o più Stati membri che conducono un procedimento penale ai fini di una più efficiente e corretta amministrazione della giustizia.

e l'articolo 2:

Tale più stretta cooperazione è volta a:

a) prevenire situazioni in cui la stessa persona sia oggetto, in relazione agli stessi fatti, di procedimenti penali paralleli in Stati membri diversi, che potrebbero dar luogo a una decisione definitiva in due o più Stati membri e costituire in tal modo una violazione del principio «ne bis in idem»; e b) raggiungere un consenso su una soluzione efficace volta ad evitare le conseguenze negative derivanti da tali procedimenti paralleli.

La Decisione Quadro stabilisce poi la procedura secondo cui le autorità nazionali competenti dei paesi dell'UE devono entrare in contatto quando hanno fondati motivi per ritenere che si stia conducendo un procedimento parallelo in un altro paese dell'UE. Essa definisce, infine, il quadro concernente lo scambio d'informazioni e le consultazioni dirette tra le autorità competenti dei paesi dell'UE, con l'obiettivo di individuare una soluzione che eviti gli effetti negativi derivanti dai procedimenti paralleli.

Il termine ultimo per il recepimento negli Stati Membri è previsto al 15.6.2012.

<<>>

Con l'art. 50 della **Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. del 7 dicembre 2000, c.d. Carta di Nizza**, in vigore dall'11.2.2003, il principio del ne bis in idem viene sancito in termini chiari e senza previsione di deroghe: "nessuno puo' 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".

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata 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 da Parlamento, Consiglio e Commissione.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, **la Carta di Nizza ha il medesimo valore giuridico dei trattati**, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, e si pone dunque come pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri e, allo stesso livello di trattati e protocolli ad essi allegati, come vertice dell'ordinamento dell'Unione europea.

Il **Trattato di Lisbona** - che riforma definitivamente il sistema comunitario e dell'Unione Europea - è stato sottoscritto nella sua versione finale e definitiva dai rappresentanti dei paesi membri dell'Unione il 13 dicembre 2007 a Lisbona.

Il nuovo Trattato, che è entrato anche a far parte dell'ordinamento giuridico italiano, a seguito della legge n. 130 del 2 agosto 2008, recante "ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona", è entrato in vigore il 1°12.2009.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona segna l'avvio di una nuova fase del rapporto tra l'Unione europea e gli ordinamenti nazionali, e contribuisce alla formazione di un vero e proprio "diritto penale" dell'Unione europea, come sistema compiuto di valori, norme e principi a carattere sovranazionale, propri della materia penale, in grado di influenzare sempre più il legislatore nazionale.

L'art. 6 del Trattato sull'Unione, oltre a riconoscere alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei trattati (comma 1), ha stabilito che l'Unione aderisce alla CEDU (comma 2); infine, ha aggiunto che i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, *fanno parte* dei principi generali del diritto comunitario (comma 3).

Sul piano generale, va osservato che la creazione di uno spazio comune di sicurezza, giustizia e di libertà costituisce obiettivo primario degli Stati membri: esso è infatti indicato in posizione secondaria solo rispetto all'obiettivo della promozione della pace, dei suoi valori ed al benessere delle persone (cfr. art. 3 comma 2 TUE), e precede l'obiettivo della creazione di un mercato comune.

Da tale collocazione si arguisce la centralità dei temi della giustizia e della cooperazione nel nuovo Trattato, avvertiti quale preconditione al funzionamento di una compiuta Unione tra i paesi Membri.

Di particolare rilievo si presentano le modifiche introdotte nel settore della cooperazione giudiziaria penale, previste al capitolo IV quarto del Titolo V dedicato all'area di libertà, sicurezza e giustizia (art. 82- 86).

In particolare l'art. 82 sancisce che *nelle materie del diritto penale nell'ambito dell'Unione Europea, la cooperazione sarà basata sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed includerà il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia processuale (art. 82 comma 2) e nelle materie indicate all'art. 83 (di diritto penale sostanziale)*. La prospettiva del ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari tra gli Stati membri, appare strumentale al rafforzamento della mutua fiducia tra le autorità giudiziarie dei paesi membri e costituisce pre-condizione per una compiuta applicazione degli strumenti basati sul mutuo riconoscimento.

Il principio del *ne bis in idem* risulta pertanto funzionale, in questa prospettiva, alla creazione di una nuova stabilità giuridica, incentrata sulla fiducia reciproca degli stati membri.

Esso, nella versione sancita dalla Carta di Nizza, non ammette deroghe ed assume la valenza di un principio generale del cittadino europeo.

Ciò comporta, di fatto, la sostanziale equiparazione - all'interno di uno spazio giudiziario comune, connotato dall'esigenza di libera circolazione e reciproco riconoscimento di ogni tipo di decisione giudiziaria, - tra la sentenza definitiva pronunciata da uno Stato contraente e quella emessa dalle proprie autorità giudiziarie, in considerazione della sostanziale omogeneità degli ordinamenti dei Paesi firmatari dell'accordo, per effetto della comune adesione ai principi generali del diritto comunitario e al quadro di garanzie sostanziali e processuali inerenti al rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali del "cittadino" europeo.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il principio del ne bis in idem in ambito europeo è quindi una realtà, che non prevede eccezioni.

Con il riconoscimento alla Carta di Nizza del medesimo valore giuridico dei trattati (ex art. 6 TUE nella versione consolidata successiva al trattato di Lisbona), deve ritenersi **obbligatoria la diretta ed immediata applicazione dell'art. 50 della carta nel nostro ordinamento.**

E' noto infatti come i rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale vadano configurati in termini di primato del primo sul secondo. La preminenza del diritto comunitario, è uno dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, nato dai trattati istitutivi delle tre Comunità. Secondo tale principio, *"le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualo-ra siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere ipso iure inapplicabile, per il solo fatto della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante con la legislazione nazionale preesistente, ma anche di impedire la valida formulazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con le norme comunitarie. Ne deriva che qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti con la legge interna, sia anteriore che successiva alla norma comunitaria"* (cfr. Corte di Giustizia 9 marzo 1978 causa 106/77 Amministrazione Finanze c/ Simmenthal).

Il principio della supremazia del diritto dell'Unione sul diritto interno degli Stati membri non è stato però inserito tra gli articoli del Trattato, anche dopo il lavoro svolto dalla Conferenza di revisione che ha portato al **Trattato di Lisbona**. Al principio, tuttavia, la Conferenza ha espressamente dedicato la Dichiarazione n. 17, in cui si ricorda che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia: i Trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei Trattati prevalgono sul diritto interno degli Stati membri

La Corte di giustizia, nel ricostruire il rapporto di preminenza o supremazia dell'ordinamento comunitario, ha affermato che allo Stato membro, in tutte le sue articolazioni, ed ai giudici compete il compito di dare piena applicazione alla norma comunitaria e, in caso di contrasto di una norma nazionale con una norma comunitaria provvista di effetto diretto, di procedere alla non applicazione della prima.

Tale assetto del rapporto fra i due ordinamenti è stato affrontato dalla Corte di Lussemburgo, già nei primi anni sessanta, attraverso un percorso argomentativo che vedeva nel Trattato il fondamento di un ordinamento giuridico proprio, integrato con quelli nazionali, con la conseguenza che gli Stati membri non avrebbero potuto opporre leggi interne successive, senza far venir meno l'uniformità ed efficacia del diritto comunitario stesso (Van Gend en Loos, 26/62, sent. 5 febbraio 1963, Costa c. Enel, 6/64, sent. 15 luglio 1964).

La Corte costituzionale, invece, dopo un primo orientamento, in cui il rapporto fra tali ordinamenti veniva configurato pur sempre come il rapporto fra due leggi ordinarie, quella di adattamento al Trattato, e quella con esso contrastante, avente lo stesso rango, ha successivamente ricostruito un sistema, in larga misura coincidente con il presupposto della disapplicazione teorizzata dalla Corte di giustizia.

Il contrasto tra norma interna e norma comunitaria dotata di effetto diretto comporta che la prima «non viene in rilievo» per la disciplina della fattispecie, quindi determina la «non applicabilità» della medesima, che va accertata e dichiarata dal giudice comune (eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia), con conseguente inammissibilità, per irrilevanza, della questione di legittimità costituzionale, eventualmente proposta da detto giudice (sentt. Corte Cost n. 170 del 1984 e n. 113 del 1985, sino, alle sentt. n. 284 del 2007, n. 125 del 2009 e n. 28 del 2010). Un tale esito è fondato sulla considerazione che «la legge di esecuzione del Trattato [ha] trasferito agli organi comunitari, in conformità dell'art. 11 Cost., le competenze che questi esercitano». Dunque, rispetto alla sfera del diritto dell'U.E., «la legge statale rimane (...) collocata in un ordinamento che non vuole interferire nella produzione del distinto ed autonomo ordinamento della Comunità, sebbene garantisca l'osservanza di essa nel territorio nazionale», ma «beninteso nelle materie loro riservate» (sent. n. 170 del 1984, e successive).

Infatti, ha precisato la giurisprudenza costituzionale «fuori dell'ambito materiale, e dai limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria, la regola nazionale serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia»» (testualmente, sent. n. 170 del 1984, ord. n. 238 del 2002, e poi tutte le altre), ciò risultando dalla conseguenza che sussistono situazioni di cd. diritto interno in cui la norma comunitaria può non venire in rilievo, quindi, quella nazionale continua ad esplicare efficacia, con la conseguenza che non è neppure possibile, né necessario, dichiararne l'invalidità.

Sono dotati di effetto diretto tutti gli atti vincolanti, ivi comprese le disposizioni delle direttive, che abbiano i requisiti di completezza individuati dalla giurisprudenza comunitaria a questo fine (sent. n. 168 del 1991).

Le sentenze della Corte di giustizia «hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, operatività immediata negli ordinamenti interni» (ord. n. 132 del 1990) e «si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno con il valore di *jus superveniens*, condizionando e determinando i limiti in cui quelle norme conservano efficacia e devono essere applicate anche da parte del giudice a quo» (ord. n. 268 del 2005, n. 241 del 2005).

Dunque, dette pronunce integrano il significato e le possibilità applicative della norma comunitaria, vincolando il giudice nazionale all'interpretazione da essa fornita, sia in sede di rinvio pregiudiziale che in sede di procedura d'infrazione (sentt. n. 113 del 1985, n. 389 del 1989, n. 168 del 1991, ord. n. 255 del 1999, ord. n. 62 del 2003, ord. n. 125 del 2004).

Le norme comunitarie vincolano il legislatore nazionale e comportano la non applicabilità della norma interna che sia con esse in contrasto con il solo limite dell'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione, sindacabile esclusivamente dalla Corte costituzionale (ord. n. 103 del 2008, sent. n. 284 del 2007, ord. n. 454 del 2006, oltre a n. 284 del 2007, n. 125 del 2009 e n. 28 del 2010).

Ma *quid iuris* delle deroghe sancite dall'art. 7 L. 388/1993 e 55 CAAS?

Possono esse ritenersi ancora operanti in Italia, anche successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha riconosciuto alla Carta di Nizza il valore giuridico dei trattati?

Il Protocollo n. 36 allegato al TUE e al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), agli artt. 9 e 10 disciplinano **il regime transitorio delle norme e delle istituzioni comunitarie precedenti all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.**

In particolare l'art.9 dispone che *Gli effetti giuridici degli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione adottati in base al trattato sull'Unione europea prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona sono mantenuti finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione dei trattati. Ciò vale anche per le convenzioni concluse tra Stati membri in base al trattato sull'Unione europea.*

E l'art. 10 c. 3 sancisce che *“ In ogni caso la misura transitoria di cui al paragrafo 1 cessa di avere effetto cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona”.*

Occorre tuttavia chiedersi a cosa si riferisca la norma transitoria.

Certamente ai principi contenuti nelle convenzioni.

Può quindi ritenersi, sulla base della normativa transitoria , che le deroghe sancite dall'art. 55 Shengen (e mai abrogate) siano ancora in rilievo (comunque non oltre la data del 1.12.2014 -ex art. 10 c. 3 sopra citato-)?

Ritiene questo Giudice che la risposta debba essere negativa, per plurime ragioni, con la conseguente diretta ed immediata applicabilità al caso che ci occupa della norma generale sancita dall'art. 50 Carta di Nizza, che, avente rango primario, non può essere derogata da disposizioni contrastanti di diritto derivato o comunque limitatrici di un principio fondamentale.

Occorre tuttavia fare un passo indietro e chiedersi se davvero la norma di cui all'art. 50, in argomento, possa ritenersi contrastante con norme interne o norme pattizie. Certamente non vi è contrasto tra la normativa comunitaria entrata a far parte del nostro ordinamento con il Trattato di Lisbona e norme interne: ed infatti il divieto di un secondo giudizio per lo stesso medesimo fatto è un principio fondamentale riconosciuto dal nostro ordinamento interno nell'art. 649 c.p.p. ; si ricorderà a tale proposito quanto affermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione nella già citata sentenza 28 giugno - 28 settembre 2005, n. 34655, "... l'art. 649 costituisce un singolo, specifico, punto di emersione del principio del ne bis in idem, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema. A tale divieto va attribuito, pertanto, il ruolo di principio generale dell'ordinamento dal quale, a norma del secondo comma dell'art. 12 delle Preleggi, il giudice non può prescindere quale necessario referente dell'interpretazione logico-sistematica."

Ma il principio del ne bis in idem è riconosciuto anche dall'*acquis* comunitario, dal momento che l'art. 54 della Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen sancisce che nessuno può essere sottoposto a procedimento penale in uno Stato membro per i medesimi fatti per i quali è stato già "giudicato con sentenza definitiva" in un altro Stato membro.

Il contrasto, se di contrasto può effettivamente parlarsi certamente non è tra norma interna e norma pattizia, ma neppure tra norma pattizia (contenuta nel trattato di Lisbona) e precedente norma comunitaria in quanto, come detto, il principio che è sancito dall'art. 54 CAAS è proprio il medesimo principio, di civiltà giuridica, del ne bis in idem.

L'unica divergenza attiene la circostanza che l'Italia con legge, e con atto unilaterale (sia pure previsto dalla stessa normativa comunitaria - art. 54) aveva posto alcune deroghe rispetto alla piena operatività del principio in argomento (ex art. 7 L. 388/93). Tali deroghe non possono più ritenersi operative, per i motivi che sopra si sono esposti, dovendosi riconoscere al principio generale del divieto di azione in idem una portata generale.

Può la lettura delle norme transitorie sopra citate legittimare un'interpretazione nel senso dell'ultrattività di dette deroghe? Ritiene questo Giudicante che la risposta non possa che essere negativa, proprio perché la normativa attuale riconosce con più ampi spazi lo stesso principio ispiratore che anima la *ratio* dell'accordo di Schengen.

In altre parole nel caso di specie: non vi è contrasto con la norma interna (art. 649 c.p.p.); non vi è contrasto con il principio sancito dalla norma comunitaria (art. 54).

Il principio del ne bis in idem si configura quindi come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, essendo ricompreso nell'ambito dei principi giuridici fondamentali di cui all'art. 6 par. 2 T.U.E.

Non può non ricordarsi a questo proposito quanto stabilito dai giudici di Lussemburgo nella sentenza Kadi del 3 settembre 2008, in C. 402/05 e 415/05 per cui

“i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l’osservanza” (punto 283) ; e “gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l’effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità” (punto 285); “i principi generali, almeno quelli definiti come fondamentali, si pongono al vertice degli atti normativi” e consentono una “correzione” in via interpretativa degli stessi Trattati.

Non vi è quindi spazio e per una ultrattività delle norme derogatrici di cui all’art. 55 CAAS, contrastanti con uno dei principi fondamentali del diritto comunitario a norma dell’art. 6. par. 2 T.U.E.

Vero è che le “Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali” - pubblicate nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea del 14.12.2007 con riferimento all’art. 50 , dopo avere premesso che *La regola «ne bis in idem» si applica nel diritto dell’Unione ...recita Ai sensi dell’articolo 50, la regola «ne bis in idem» non si applica solo all’interno della giurisdizione di uno stesso Stato, ma anche tra giurisdizioni di più Stati membri. Ciò corrisponde all’acquis del diritto dell’Unione; cfr. articoli da 54 a 58 della convenzione di applicazione dell’accordo di Schengen, sentenza della Corte di giustizia, dell’11 febbraio 2003, causa C-187/01 Gözütok (Racc. 2003, pag. I-1345), articolo 7 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e articolo 10 della convenzione relativa alla lotta contro la corruzione. Le eccezioni, molto limitate, per le quali dette convenzioni consentono agli Stati membri di derogare alla regola «ne bis in idem» sono disciplinate dalla clausola orizzontale dell’articolo 52, paragrafo 1, sulle limitazioni. Per quanto riguarda le situazioni contemplate dall’articolo 4 del protocollo 7, vale a dire l’applicazione del principio all’interno di uno Stato membro, il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU.*

Sembrerebbe quindi sussistere la possibilità, per gli stati membri, di prevedere , in via del tutto eccezionale, eventuali limitazioni al principio generale del ne bis in idem.

Se si analizza tuttavia il richiamato art. 52 paragrafo 1 sull’interpretazione (1. *Eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui*) , vi è da chiedersi se una norma derogatrice come quella prevista dall’art. 55 Accordo Schengen (con specifico riferimento alla parte in cui si ritiene di derogare al principio del ne bis in idem qualora i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti, in tutto o in parte, sul suo territorio, da un lato rispetti il contenuto essenziale di detti diritti e libertà, e dall’altro sia necessaria e risponda effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

Coerentemente a quanto affermato, si è recentemente espressa la Corte di Giustizia con sentenza 9 novembre 2010, in cause riunite C-92/09 e C-93/09, Volker und Markus Schecke GbR e Hessen (punto 50: *Peraltro, l’art 52, n. 1, della Carta riconosce che possano essere apportate limitazioni all’esercizio di diritti come quelli sanciti dagli artt. 7 e 8 della medesima, purché tali limitazioni siano previste dalla legge, rispettino il contenuto*

essenziale di detti diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Punto 51: Infine, dall'art. 52, n. 3, della Carta emerge che, laddove essa contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. L'art. 53 della Carta aggiunge a tale proposito che nessuna disposizione di quest'ultima deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti riconosciuti, fra l'altro, dalla CEDU).

Ma vi è di più - e l'argomento appare dirimente: è infatti da dubitare circa l'attuale vigenza effettiva della norma di cui all'art. 55 Accordo Schengen.

Si ricorderà come l'Accordo di Schengen sia stato incorporato nell'Unione Europea ad opera del Trattato di Amsterdam (in vigore dal 1° maggio 1999); tuttavia l'incorporazione non ricomprende anche le eventuali dichiarazioni che gli Stati membri dell'Unione abbiano presentato in applicazione della Convenzione.

Quindi la dichiarazione che l'Italia (ai sensi dell'art. 55 CAAS) ha effettuato nell'art. 7 della l. 30 settembre 1993, n. 388 (che prevede che l'art. 54 della Convenzione non si applica nelle ipotesi ivi previste all'art. 55, par. 1, lett. a), b) e c)) non risulta essere stata nuovamente presentata dopo l'incorporazione.

Ne consegue che le eventuali ed eccezionali limitazioni al principio del ne bis in idem in assenza della incorporazione nel diritto dell'Unione o di una loro rinnovazione non possono più ritenersi operanti.

Tale conclusione - dirimente - rende superflua l'analisi dell'eccezione difensiva secondo cui la deroga di cui all'art. 55 CAAS non opererebbe nel caso di specie in quanto il fatto risulta commesso in parte anche nel paese ove è stata pronunciata la sentenza definitiva, la Germania (si ricorderà come l'art. 55 prevedesse espressamente una eccezione alla deroga (*sempre che non siano stati commessi in parte sul territorio dello Stato in cui la sentenza è stata pronunciata*)).

Per mera completezza occorre rilevare come l'analisi del materiale probatorio contenuto nel fascicolo del P.M. non consenta di accedere alla pur suggestiva tesi difensiva, la quale non appare ancorata a dati concreti. Ed invero l'omicidio si consuma certamente in ogni sua parte in Italia; quanto al progetto omicidiario, l'incontro tra gli esecutori avviene a Milano e qui vengono concordate le varie fasi dell'agguato mortale. Dall'esame delle risultanze probatorie in atti emerge come Walz Peter fosse residente da tempo a Milano (ove svolgeva l'attività di insegnante); l'ideatore del progetto omicidiario, Walz Klaus, unitamente a Rhodius Clemente giungono nel capoluogo lombardo il 7 marzo 1989, dal Brasile, ove Klaus viveva sotto falso nome; il solo Walz Gordon giunge il 6 marzo 1989, in treno, dalla Germania, eseguendo tuttavia, pacificamente, un "ordine" impartito dallo zio Klaus (come detto, dal Brasile).

Orbene, non vi è chi non veda come l'ipotesi difensiva non trovi alcuno spazio nelle risultanze probatorie. D'altronde occorre ricordare come le Autorità tedesche avessero ritenuto di non avere giurisdizione in ordine alla posizione di Rhodius, proprio in quanto il fatto era accaduto in Italia, e il Rhodius era cittadino canadese, non adombrando quindi quella tesi difensiva ora in esame coltivata dai difensori degli odierni imputati.

In conclusione, quindi, ritiene il Giudicante come debba ritenersi pienamente operante in ambito europeo il principio sancito dall'art. 50 Carta di Nizza, avete rango primario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e quindi vincolante per tutti gli Stati Membri a far data dal 1°12.2009.

Tale norma, direttamente applicabile nell'ordinamento interno, non prevede eccezioni al sancito principio fondamentale del *ne bis in idem*, dovendosi ritenere non più operanti, per le ragioni sopra esposte, le deroghe già contenute nell'art. 55 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Shengen.

Alle stesse conclusioni sembra giungere la Suprema Corte di Cassazione in una recentissima sentenza (Cass. Sez. 6, Sentenza n. 45524 del 20/12/2010) che, partendo dall'analisi della già sopra citata decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, afferma testualmente:

"Con tale nuovo strumento, gli Stati membri hanno inteso concretizzare uno degli obiettivi espressamente previsti dal Trattato dell'Unione europea (ora Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), ove all'art. 82, comma 1, lett. b) si prevede che le azioni comuni nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale devono "prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri".

Scopo della decisione quadro è non solo stabilire un meccanismo di composizione dei conflitti di giurisdizione, qualora già risultino pendenti in due o più Stati membri "procedimenti paralleli" ovvero procedimenti penali per gli stessi fatti in cui è implicata la stessa persona, ma anche soprattutto obbligare gli Stati membri a prevenire l'insorgenza di tali situazioni.

In tal senso, il preambolo chiarisce che obiettivo della decisione quadro è evitare procedimenti penali paralleli superflui, in quanto nello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, il principio di obbligatorietà dell'azione penale, che informa il diritto processuale in vari Stati membri, deve essere inteso e applicato in modo da ritenerlo soddisfatto "quando ogni Stato membro garantisce l'azione penale in relazione ad un determinato reato" (paragrafo n. 12).

È di rilievo che sottesa alla prevenzione e soluzione dei conflitti di giurisdizione non è solo l'esigenza di evitare che per la stessa vicenda vi sia una dispersione di energie processuali dei singoli Stati impegnati in processi che - in un'ottica di reciproca fiducia - potrebbero essere condotti da uno solo di essi, ma anche - come ricorda il preambolo (consideranda nn. 3 e 12) della stessa decisione quadro - la necessità di impedire la violazione del divieto del ne bis in idem, quindi di un principio posto a garanzia dell'individuo - che significativamente è stato elevato dall'art. 50 della Carta di Nizza tra i principi fondamentali dell'Unione europea e che ora, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è da ritenere direttamente applicabile in tutti i sistemi giuridici nazionali, accanto alle Costituzioni nazionali".

Va infine ricordata la Comunicazione della Commissione del 19 ottobre 2010 - Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; dal momento che con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (UE) è ormai giuridicamente vincolante, la Commissione con il commento citato si pone l'obiettivo di garantire l'applicazione effettiva dei diritti fondamentali enunciati nella Carta. In

tale documento la Commissione -ha sottolineato come le violazioni della Carta saranno ragione per l'apertura di una procedura d'infrazione.

<<>>

Venendo ora al caso concreto, occorre verificare se ricorrano tutti i presupposti per ritenere che nel caso in esame possa trovare applicazione la normativa individuata. Va ricordato che i due imputati sono stati condannati alla pena di anni 5 mesi 6 di reclusione dalla Corte d'Assise del Tribunale di Karlsruhe per il reato di *concorso in omicidio di Elvio Burulli*; la sentenza è passata in giudicato sin dal 1°2.1994, "a seguito della rinuncia all'impugnazione da parte degli imputati e del Procuratore"; Walz Peter e Walz Gordon hanno scontato la pena in Germania e sono stati definitivamente liberati rispettivamente in data 9.8.1996 WALZ GORDON e in data 3.9.1998 WALZ PETER.

Alla luce di tali elementi devono quindi ritenersi integrati tutti i presupposti normativi previsti per il riconoscimento della piena operatività del principio del *ne bis in idem*: WALZ Peter e WALZ Gordon sono stati infatti condannati con sentenza tedesca che ne ha valutato nel merito la colpevolezza.

La sentenza emessa risulta inoltre definitiva e già eseguita.

L'esame poi della sentenza del Tribunale di Karlsruhe consente poi di apprezzare la piena ricorrenza anche dell'ulteriore requisito necessario per l'operatività del principio in esame ovvero la medesimezza del fatto.

In ordine alla nozione di "*idem*" o *medesimezza del fatto*, la Corte di Giustizia ha chiarito che l'espressione "*medesimi fatti*", utilizzata dall'art. 54 della Convenzione di Schengen, va riferita all'aspetto materiale dei fatti di causa, rimanendo esclusa la rilevanza della loro qualificazione giuridica (peraltro nel caso in esame coincidente).

La giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione ha dettato, al riguardo, talune regole di ordine generale: in particolare per "*medesimo fatto*" deve intendersi il fatto in senso naturalistico e non il fatto-reato in senso giuridico, sia perché la differenza tra le legislazioni dei vari Paesi difficilmente consente una compiuta definizione di termini tra le varie figure criminose dei distinti ordinamenti, sia perché nell'ambito della stessa giurisdizione italiana l'inizio del procedimento con una data contestazione è situazione valutabile allo stato degli atti, e non obbliga il giudice ad una definizione conforme, potendo, nel corso del procedimento, operarsi qualificazioni giuridiche diverse (Cass., 2 marzo 1995, Monteleone).

Il principio della preclusione processuale presuppone la identità cronologica e materiale tra gli elementi del fatto già giudicato e quelli del fatto attribuito alla medesima persona nel nuovo procedimento, con la conseguenza che non sussiste identità del fatto in caso di diversità anche di uno solo degli elementi materiali del reato, ossia condotta, evento e rapporto di causalità (Cass., 1° giugno 1992, Di Carlo).

Va osservato che anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, di recente, hanno optato per una soluzione ermeneutica incentrata sul criterio della "*identità del fatto*", affermando, sia pure sul piano del diritto interno, che "*ai fini della preclusione connessa al principio del "ne bis in idem", l'identità del fatto sussiste quando vi sia*

corrispondenza storico naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona " (Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati)

Non è infine necessario, ai fini del riconoscimento, che il reato riceva analogo o identico trattamento sanzionatorio nell'ordinamento italiano ed in quello straniero.

Proprio su quest'ultimo punto occorre fare una riflessione: non può infatti nascondersi che per certi versi, la mitezza, se non l'eccessiva esiguità, della pena inflitta dal Tribunale di Karlsruhe agli odierni imputati possa destare turbamento, soprattutto qualora l'entità della pena concretamente inflitta a Walz Peter e Walz Gordon venga posta in correlazione con la pena – dell'ergastolo -comminata dall'autorità italiana al correo Rhodius Clemente.

Eppure, una tale considerazione non può certamente influire sulla valutazione effettuata circa la piena operatività del principio del *ne bis in idem* nel caso considerato.

Si devono ricordare a questo proposito le parole **dell'Avvocato Generale, D. Ruiz-Jarabo Colomer, rese nell'ambito del già citato caso *Bourquain*** il quale ha chiaramente sottolineato (punto 41) l'importanza della fiducia reciproca, elemento chiave nell'attuazione dell'art. 54 della Convenzione, dichiarando che *ognuno degli Stati membri deve accettare l'applicazione del diritto penale vigente negli altri, anche quando il proprio diritto condurrebbe a soluzioni diverse.*

Deve quindi, in conclusione, dichiararsi il non luogo a procedere nei confronti di **WALZ Gordon e WALZ Peter** in ordine al reato **di cui agli artt. 110, 575, 577 nn. 2 e 3 c.p. di cui al capo b)** in applicazione del principio del *ne bis in idem* a norma degli artt. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. – carta di Nizza, e art. 6 Trattato U.E. versione consolidata dopo il Trattato di Lisbona, essendo stati gli imputati già giudicati per il medesimo fatto con sentenza definitiva emessa dalla Corte di Assise del Tribunale di Karlsruhe in data 1.2.94

I reati di incendio doloso e sequestro di persona

I reati di cui agli artt. 110, 423, 61 n. 2 c.p. (capo a), e 605 c.p (capo b), contestati agli imputati, sono estinti per intervenuta prescrizione.

Va innanzitutto chiarito come in relazione a detti reati non possa riconoscersi l'operatività del principio del *ne bis in idem* ex art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. – carta di Nizza, e art. 6 Trattato U.E. versione consolidata dopo il Trattato di Lisbona.

Dall'esame della sentenza emessa a carico di Walz Peter e Walz Gordon dal Tribunale di Karlsruhe risulta che gli imputati erano chiamati a rispondere del reato di "concorso in omicidio". Vero è che nella stesura della motivazione i giudici tedeschi ,

descrivendo l'evento omicidiario oggetto di contestazione, delineano le modalità concrete di commissione del medesimo fatto. Ciò tuttavia non è sufficiente per ritenere che le condotte descritte dai giudici assurgano a specifica contestazione di fatti reato (l'incendio doloso ed il sequestro di persona) in ordine ai quali l'AG tedesca non ha deciso nel merito.

La lettura della sentenza non lascia adito a dubbio alcuno; basti analizzare le conclusioni riportate dai giudici tedeschi sub par. IV (pag. 20), prima di passare al lungo capitolo della "determinazione della pena": *"Gli imputati hanno dunque prestato il loro aiuto, premeditatamente ognuno in modo diverso, a un delitto premeditato, cioè al perfido omicidio di un uomo. Si sono quindi resi colpevoli ognuno del crimine di complicità in omicidio, punibile secondo gli artt. 27 e 211 del c.p."*.

La Corte di Giustizia nella sentenza del 18 luglio 2007, C-367/05, *Procedimento penale a carico di Norma Kraaijenbrink*, ha affermato che per i cd. "reati accessori" ai fatti principali, ex art. 54 essi non devono essere considerati come "medesimi fatti" solo perché il giudice nazionale ne ravvisi il loro collegamento nell'ambito del medesimo disegno criminoso, ma il giudice nazionale è tenuto ad accertare se il grado di identità e di connessione fra tutte le circostanze del fatto da comparare sia tale che, in applicazione del criterio generale fondato sull'identità dei fatti materiali, si possa affermare che si tratta dei "medesimi fatti" ai sensi dell'art. 54.

Nel caso di specie in particolare non si tratta di qualificazioni giuridiche diverse, ma proprio di una mancata contestazione in relazione ad alcuni fatti reato (i reati satellite). Nel caso che ci occupa in particolare non si tratta di un un unico comportamento (valutato dai giudici tedeschi) che è elemento costitutivo di più reati: la sentenza tedesca si limita infatti ad analizzare il comportamento « omicidiario », e sia pur citando (abbastanza velocemente) le condotte antecedenti, non le analizza e non le valuta.

Non può quindi che concludersi nel senso che l'Autorità Giudiziaria tedesca non abbia inteso perseguire penalmente Walz Peter e walz Gordon in ordine ai reati di minor gravità rispetto all'unico reato per i quali i due sono stati giudicati, appunto quello di "concorso in omicidio".

Come si diceva in premessa, tuttavia, in relazione alle due ipotesi di reato in esame deve ritenersi maturata la prescrizione ai sensi dell'art. 157 c.p., così come modificato dalla legge 5.12.2005 n. 251 (legge "ex- Cirielli"), attualmente in vigore, applicabile al caso di specie in quanto in concreto più favorevole.

I reati di incendio doloso (art. 423 c.p.) e sequestro di persona (art. 605 c.p.) risultano consumati entrambi *nella notte tra l'8 ed il 9 marzo 1989*.

Ai sensi dell'art. 157 c.p. quindi il termine prescrizione per il reato di cui all'art. 423 c.p. è di anni 7, mentre per il reato di cui all'art. 605 c.p. è pari ad anni 8.

Tale termine può essere aumentato di $\frac{1}{4}$ (entrambi gli imputati erano infatti incensurati al momento della commissione dei fatti, come risulta dagli accertamenti effettuati dal P.M., successivamente alla richiesta di rinvio a giudizio, e come emerge peraltro dalla stessa lettura della sentenza emessa a loro carico dalla Corte di Assise di

Karlsruhe) , ai sensi del novellato art. 161 c.p., e quindi sino ad un massimo di anni 8 mesi 9 per il reato di cui all'art. 423 c.p. e di anni 10 per il reato di cui all'art. 605 c.p..

Va tuttavia tenuto conto del fatto che il termine di prescrizione è sospeso durante il periodo di sospensione del processo per legittimo impedimento dell'imputato.

Nel caso in esame il processo a carico di Walz Peter e Walz Gordon veniva sospeso con ordinanza del Giudice dell'udienza preliminare del 13.1.1995, in quanto gli imputati risultavano essere detenuti all'estero.

La Suprema Corte di Cassazione ha affermato, in un caso analogo – si trattava proprio di un rinvio del dibattimento per la detenzione all'estero dell'imputato -, che *alla sospensione del processo determinato dalla disposizione normativa sulla sussistenza di un legittimo impedimento dell'imputato (art. 420 ter c.p.p.) si connette ope legis la sospensione del decorso del termine di prescrizione dei reati secondo l'orientamento interpretativo della giurisprudenza di legittimità poi definitivamente sancito dalle Sezioni Unite della S.C. (Cass. S.U., 28.11.2001 n. 1021, Cremonese, rv. 225009: "In tema di prescrizione del reato la sospensione del procedimento e il rinvio o la sospensione del dibattimento comportano la sospensione dei relativi termini ogni qualvolta siano disposti per impedimento dell'imputato o del suo difensore, ovvero su loro richiesta e sempre che l'una o l'altro non siano determinati da esigenze di acquisizione della prova o dal riconoscimento di un termine a difesa")*. (Cass. Sez. 6, Sentenza n. 12497 del 08/01/2010)

Il citato arresto àncora poi espressamente alla *perdurante verifica della causa impeditiva*, il protrarsi della sospensione.

Nel caso di specie risulta che, avendo scontato la pena in Germania, Walz Peter e Walz Gordon sono stati definitivamente liberati rispettivamente 3.9.1998 e 9.8.1996.

In tali date è quindi venuto a cessare l'impedimento che aveva dato origine alla sospensione del procedimento a loro carico.

Ritiene questo giudice che da tale momento il termine prescrizionale abbia ricominciato a decorrere, tenuto conto della *ratio* sottesa all'istituto della prescrizione (l'art. 159 u.c. c.p. sancisce peraltro espressamente che *la prescrizione riprende il suo corso dal giorno in cui è cessata la causa della sospensione*).

Essendo i reati in contestazione stati commessi *tra l'8 ed il 9 marzo 1989*, il termine massimo di prescrizione è pertanto ampiamente maturato.

Deve quindi conseguentemente dichiararsi non luogo a procedere nei confronti di WALZ Gordon e WALZ Peter in ordine al reato di cui agli artt. 110, 423, 61 n. 2 c.p. contestato al capo a), ed in ordine al reato di cui agli artt. 110, 605 c.p. contestato al capo b) perché detti reati sono estinti per intervenuta prescrizione.

P.Q.M.

visti gli artt. 424 e 425 c.p.p.,

DICHIARA

non luogo a procedere nei confronti di **WALZ Gordon e WALZ Peter** in ordine al reato di cui agli artt. **110, 423, 61 n. 2 c.p. contestato al capo a), ed in ordine al reato di cui agli artt. 110, 605 c.p. contestato al capo b)** perchè estinti per intervenuta prescrizione.

visti gli artt. 424 e 425 c.p.p.,

DICHIARA

non luogo a procedere nei confronti di **WALZ Gordon e WALZ Peter** in ordine al reato **di cui agli artt. 110, 575, 577 nn. 2 e 3 c.p. di cui al capo b)** in applicazione del principio del ne bis in idem a norma degli artt. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. - carta di Nizza, e art. 6 Trattato U.E. versione consolidata dopo il Trattato di Lisbona, essendo stati gli imputati già giudicati per il medesimo fatto con sentenza definitiva emessa dalla Corte di Assise del Tribunale di Karlsruhe in data 1.2.94

Così deciso in Milano il 6 luglio 2011

IL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI
dott.ssa Micaela Serena CURAMI