CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentate il 20 ottobre 2005 [1]

I — Introduzione

1. Il cosiddetto acquis di Schengen comprende:

a) l'Accordo fra i governi dei tre Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmato a Schengen, nel Granducato di Lussemburgo, il 14 giugno 1985 [2] [in prosieguo: l'«Accordo»];

b) la Convenzione di applicazione dell'Accordo, firmata dai medesimi contraenti il 19 giugno 1990 (in prosieguo: la «Convenzione») [3];

c) i protocolli e gli accordi di adesione di altri Stati membri, le decisioni e le dichiarazioni adottate dal Comitato esecutivo istituito dalla Convenzione, nonché gli atti per l'attuazione della convenzione adottati dagli organi cui il Comitato esecutivo ha conferito poteri decisionali [4].

2. Il Protocollo n. 2 allegato al Trattato sull'Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea (in prosieguo: il «Protocollo») integra tale complesso di norme nell'ambito dell'Unione, trovando applicazione, ai termini del suo art. 2, n. 1, primo comma, nei tredici Stati membri di cui

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — GU 2000 L 239, pag. 13.

3 — GU 2000 L 239, pag. 19.

4 — GU 2000 L 239, pagg. 63 e segg.

all'art. 1, fra cui il Regno del Belgio [5], a decorrere dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam (1° maggio 1999).

3. L'art. 6 del Protocollo associa all'attuazione dell'acquis di Schengen e al suo ulteriore sviluppo la Repubblica di Islanda e il Regno di Norvegia, paesi in cui l'acquis è in vigore dal 25 marzo 2001 [6].

4. La domanda di pronuncia pregiudiziale dello Hof van Cassatie van België (Corte suprema belga) offre alla Corte di giustizia delle Comunità europee l'occasione di interpretare una terza volta [7] l'art. 54 della Convenzione, che enuncia il principio del *ne bis in idem*, nonché di analizzare la sua applicazione *ratione temporis* e di precisare la nozione di *idem*.

II — Contesto normativo

A — *Il diritto dell'Unione europea*

5. L'acquis di Schengen, secondo quanto è affermato nel preambolo del Protocollo, mira a promuovere l'integrazione europea e, in particolare, a consentire all'Unione di trasformarsi più rapidamente in uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia.

5 — Gli altri paesi sono: il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica portoghese, la Repubblica di Finlandia e il Regno di Svezia. Il Regno Unito e l'Irlanda non si sono associati pienamente a questo progetto comune, bensì hanno optato per adesioni puntuali [le decisioni del Consiglio 29 maggio 2000, 2000/365/CE (GU L 131, pag. 43) e 28 febbraio 2002, 2002/192/CE (GU L 64, pag. 20) riguardano, rispettivamente, la richiesta del Regno Unito e dell'Irlanda di partecipare ad alcune disposizioni dell'acquis]. In forza della sua peculiare posizione nessuna delle disposizioni adottate in questo ambito è applicabile in Danimarca. Le disposizioni dell'acquis di Schengen sono vincolanti per i nuovi dieci Stati membri dalla data di adesione all'Unione europea, sebbene solo in virtù di una decisione adottata dal Consiglio a tal fine (art. 3 dell'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica slovacca e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea).

6 — Il 19 dicembre 1996 i tredici Stati membri dell'Unione europea firmatari degli accordi di Schengen e i paesi nordici suddetti hanno sottoscritto a Lussemburgo un accordo *ad hoc*, anteriore all'Accordo 18 maggio 1999 tra il Consiglio dell'Unione europea, la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia sull'associazione di tali due Stati all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'acquis di Schengen (GU L 176, pag. 36). A norma del suo art. 15, n. 4, il Consiglio deve fissare la data di entrata in vigore di tale più recente accordo per i nuovi firmatari, data fissata con decisione 1° dicembre 2000, 2000/777/CE (GU L 309, pag. 24), in via generale, al 25 marzo 2001 (art. 1).

7 — Nelle due occasioni precedenti la Corte si era interessata delle modalità di esercizio dello *ius puniendi* negli Stati, affermando che la regola *ne bis in idem* si applica anche nel caso di estinzione dell'azione penale dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi convenuti con il Pubblico ministero (sentenza 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, Gözütok e Brügge, Racc. pag. I-1345; conclusioni presentate il 19 settembre 2002), mentre non si applica se l'archiviazione della causa è dipesa dalla decisione dell'inquirente di non proseguire l'azione penale perché è già stato avviato un procedimento in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti [sentenza 10 marzo 2005, causa C-469/03, Miraglia (Racc. pag. I-2009)].

6. Con riferimento all'art. 2, n. 1, secondo comma, del Protocollo, il Consiglio ha adottato, il 20 maggio 1999, le decisioni 1999/435/CE e 1999/436/CE con cui si definisce l'acquis e si determina, in conformità delle pertinenti disposizioni del Trattato che istituisce la Comunità europea e del Trattato sull'Unione europea, la base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che lo costituiscono [8].

7. Dall'art. 2 e dall'allegato A alla seconda delle suddette decisioni si ricava che fondamento normativo degli artt. 54-58 della Convenzione sono gli artt. 34 TUE e 31 TUE, compresi nel titolo VI, «Disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale».

8. I menzionati articoli della Convenzione compongono il capitolo 3, denominato «Applicazione del principio *ne bis in idem*», del titolo III, denominato «Polizia e sicurezza».

9. L'art. 54 prescrive quanto segue:

«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 più essere eseguita».

10. L'art. 71, contenuto nel capitolo 6 («Stupefacenti») dello stesso titolo III, si fonda, oltre che sui citati artt. 34 TUE e 31 TUE, sull'art. 30 TUE. A norma dei suoi primi due paragrafi:

«1. Le Parti contraenti si impegnano, relativamente alla cessione diretta o indiretta di stupefacenti e di sostanze psicotrope di qualsiasi natura, compresa la cannabis, nonché alla detenzione di detti prodotti e sostanze allo scopo di cederli o di esportarli, ad adottare, conformemente alle vigenti convenzioni delle Nazioni Unite tutte le misure necessarie a prevenire ed a reprimere il traffico illecito degli stupefacenti e delle sostanze psicotrope.

2. Le Parti contraenti si impegnano a prevenire ed a reprimere, mediante provvedimenti amministrativi e penali, l'esportazione illecita di stupefacenti e di sostanze psicotrope, compresa la cannabis, nonché la cessione, la fornitura e la consegna di detti

8 — GU L 176, rispettivamente pagg. 1 e 17.

prodotti e sostanze, fatte salve le disposizioni pertinenti degli artt. 74, 75 e 76 [9].

(...)».

B — *Le convenzioni delle Nazioni Unite*

11. L'art. 36 della Convenzione unica sugli stupefacenti, adottata a New York il 30 marzo 1961, recita:

«1. a) Compatibilmente con le proprie norme costituzionali, ciascuna Parte adotterà le misure necessarie affinché la coltivazione e la produzione, la fabbricazione, l'estrazione, la preparazione, la detenzione, l'offerta, la messa in vendita, la distribuzione, l'acquisto, la vendita, la consegna per qualunque scopo, la mediazione, l'invio, la spedizione in transito, il trasporto, l'importazione e l'esportazione di stupefacenti non conformi alle disposizioni della presente Convenzione o qualunque atto reputato dalla detta Parte contrario alle disposizioni della presente Convenzione, siano considerati infrazioni punibili qualora siano commessi intenzionalmente e affinché le infrazioni gravi siano passibili di una pena adeguata, in particolare di pene che prevedono la reclusione o altre pene detentive.

(...)

2. Compatibilmente con le norme costituzionali di ciascuna Parte, con il suo ordinamento giuridico e con la sua legislazione interna:

a) i) ognuna delle infrazioni enumerate al paragrafo 1) verrà considerata come una distinta infrazione, se le infrazioni sono commesse in Paesi diversi;

(...)

3. Le disposizioni del presente articolo non pregiudicano le disposizioni del diritto penale di una Parte in materia giurisdizionale.

4. Le disposizioni del presente articolo sono limitate, quanta alla competenza, dalla legislazione penale di ciascuna Parte».

9 — Disposizioni relative al commercio legale e agli opportuni controlli.

12. Il contenuto dell'art. 22 della Convenzione sulle sostanze psicotrope del 1971 è praticamente identico a quello dell'art. 36 della Convenzione del 1961».

III — Fatti all'origine della controversia e questioni pregiudiziali

13. Il sig. Van Esbroeck, cittadino belga, veniva condannato il 2 ottobre 2000 dal Bergens tingrett (Tribunale di primo grado di Bergen, Norvegia) a cinque anni di reclusione per importazione illegale, il 1° giugno 1999, di stupefacenti.

14. Scontata la metà della pena e posto in regime di libertà vigilata, egli faceva ritorno nel suo paese dove il 27 novembre 2002 veniva sottoposto a procedimento penale per l'esportazione in data 31 maggio 1999 delle sostanze da lui stesso importate in Norvegia un giorno dopo. Il Correctionele Rechtbank van Antwerpen (Tribunale correzionale di Anversa) gli infliggeva un anno di reclusione con sentenza 19 marzo 2003, confermata in appello dallo Hof van Beroep te Antwerpen con decisione 9 gennaio 2004.

15. L'interessato presentava ricorso per cassazione invocando la violazione del principio *ne bis in idem*, proclamato all'art. 54 della Convenzione.

16. Lo Hof van Cassatie (Corte di Cassazione) ha sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se l'art. 54 della [Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen 19 giugno 1994] possa essere applicato da un giudice belga nei confronti di una persona che è perseguita in Belgio dopo il 25 marzo 2001 per gli stessi fatti per i quali è stata giudicata e condannata con sentenza da un tribunale norvegese il 2 ottobre 2000 e che ha già scontato la pena inflitta, laddove ai sensi dell'art. 2, n. 1, dell'Accordo 18 maggio 1999, concluso fra il Consiglio dell'Unione europea, la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia, sull'associazione di questi due Stati all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'acquis di Schengen, la Convenzione, in particolare l'art. 54, sarà attuata ed applicata dalla Norvegia soltanto a partire dal 25 marzo 2001.

Qualora la prima questione debba essere risolta in senso affermativo:

2. Se l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen 19 giugno 1994, letto in combinato disposto con l'art. 71 della stessa Convenzione, debba essere interpretato nel senso che i fatti punibili di possesso ai fini dell'esportazione e dell'im-

portazione degli stessi stupefacenti e di sostanze psicotrope di qualsiasi natura, compresa la cannabis, e che sono perseguiti rispettivamente come esportazione e importazione in vari Stati che hanno firmato la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen o che hanno attuato ed applicato l'acquis di Schengen, vadano considerati come "i medesimi fatti" ai sensi del precitato art. 54».

IV — Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

17. Hanno presentato osservazioni scritte nel presente procedimento il sig. Van Esbroeck, la Commissione, i governi olandese, ceco, austriaco, polacco e slovacco, i primi quattro dei quali rappresentati all'udienza del 22 settembre 2005, dove hanno esposto oralmente le proprie allegazioni.

V — Esame delle questioni pregiudiziali

A — *Natura e fondamento del principio* ne bis in idem

18. Nelle conclusioni per le cause Gözütok e Brügge (paragrafi 48 e segg.), già citate, è affermato che l'art. 54 della Convenzione è genuina espressione del principio che impedisce che, a causa di una stessa condotta illecita, una persona sia più volte sottoposta ad un procedimento penale e, se del caso, ripetutamente punita, poiché tale duplicazione [del procedimento e delle sanzioni] comporta un inammissibile esercizio reiterato dello *ius puniendi.*

19. Alla base di questo principio si trovano due pilastri fondamentali di ogni sistema giuridico: la certezza del diritto e l'equità. L'autore dell'infrazione deve poter essere certo che con l'esecuzione della pena ha definitivamente espiato la sua colpa e non deve quindi temere di andare incontro ad una nuova sanzione. Nel caso in cui venga assolto, egli deve essere altrettanto certo che non verrà aperto un altro procedimento allo scopo di giudicarlo di nuovo.

20. Non si deve inoltre dimenticare che ogni sanzione persegue una duplice finalità, repressiva e deterrente: si vuole punire una certa condotta e nel contempo scoraggiare gli autori, nonché altri potenziali trasgressori, dal mettere in atto comportamenti giuridicamente censurabili. La pena deve essere proporzionata rispetto ai suddetti fini, al fine di punire la condotta sanzionata, risultando, al tempo stesso, esemplare. Il principio di equità, rispetto al quale la regola della proporzionalità rappresenta un mezzo, impedisce così il cumulo delle sanzioni.

21. Due ragioni stanno alla base del divieto del *bis in idem*. Da un lato, esso è espressione della tutela giurisdizionale del cittadino contro lo *ius puniendi*, derivata dal diritto al giusto processo e al legittimo giudizio [10], sancito a livello costituzionale in alcuni Stati firmatari dell'acquis di Schengen [11]. Dall'altro lato, è un'esigenza strutturale del sistema giuridico, la cui legittimità si sostanzia nell'autorità della *res iudicata* [12].

22. È a questo duplice ordine di ragioni, oltre che all'obiettivo dell'art. 54 della Convenzione, che deve informarsi la risposta alle questioni sollevate dallo Hof van Cassatie.

B — *La finalità del* ne bis in idem *nell'ambito di Schengen*

23. La menzionata disposizione [13], che riconosce validità internazionale al principio *ne bis in idem*, contiene una regola al servizio dell'integrazione europea, creando uno spazio comune di libertà, di sicurezza e di giustizia.

24. La graduale eliminazione dei controlli alle frontiere presuppone inevitabilmente un passo avanti verso la realizzazione di questo spazio comune, per quanto la rimozione degli ostacoli amministrativi favorisca indistintamente anche chi vuole minori controlli per poter ampliare i propri traffici illeciti.

25. Si rende per questo necessario incrementare la cooperazione, in particolare nei settori di polizia e di sicurezza, tra gli Stati, i quali diventeranno così protagonisti della lotta al crimine nell'intera società europea, collaborando allo stabilimento dell'ordine. Questa maggiore sollecitudine nella repressione delle infrazioni non deve però pregiu-

10 — Ivi compreso il fatto che il divieto del *bis in idem* difende la dignità della persona da un trattamento disumano e degradante quale può definirsi la prassi di reprimere più volte un solo ed unico illecito.

11 — Quale garanzia individuale è riconosciuto in accordi internazionali come il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 19 dicembre 1966 (art. 14, n. 7) o il Protocollo n. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 4). Tali testi, tuttavia, contemplano il principio [solo] nella sua dimensione domestica, assicurandone la vigenza nell'ordinamento di uno Stato. Per il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, l'art. 14, n. 7, del Patto internazionale succitato non si applica alle sentenze passate in giudicato negli altri Stati (UN Human Rights Committee, 2 novembre 1987).

12 — Come ha osservato J.A.E. Vervaele, «El principio ne bis in idem en Europa. El Tribunal de Justicia y los derechos fondamentales en el espacio judicial europeo», in *Revista General de Derecho Europeo* 5 ottobre 2004 (www. iustel. com).

13 — Che ha un precedente nella Convenzione di Bruxelles 25 maggio 1987, relativa all'applicazione del principio *ne bis in idem*; convenzione dallo scarso successo, ma col merito di aver ispirato gli artt. 54-58 della Convenzione, come ha osservato I. Blanco Cordero, «El principio *ne bis in idem* en la Unión Europea», in *Diario La Ley* del 30 giugno 2005, n° 6285.

dicare le garanzie inalienabili di una società democratica di diritto.

26. In questa logica si pone l'art. 54 della Convenzione che, come affermato nelle sentenze Gözütok e Brügge, nonché Miraglia, cit., assicura la libera circolazione dei cittadini in seno all'Unione (punti 38 e 32, rispettivamente), in conformità dell'art. 2, primo comma, quarto trattino, TUE.

C — *L'applicazione* ratione temporis *dell'art. 54 della Convenzione (la prima questione pregiudiziale)*

27. L'acquis di Schengen è vincolante per il Regno del Belgio dal 1° maggio 1999 e per la Norvegia dal 25 marzo 2001. Il fatto di cui il sig. Van Esbroeck è accusato risale ai giorni 31 maggio e 1° giugno 1999 ed è stato sanzionato, nel paese scandinavo, il 2 ottobre 2000, quale importazione illegale di sostanze proibite e, nell'altro Stato, il 19 marzo 2003, quale esportazione illegale delle stesse sostanze proibite.

28. Stante questa successione temporale, il giudice nazionale si chiede se il divieto della doppia incriminazione stabilito all'art. 54 della Convenzione, non ancora in vigore in Norvegia all'epoca della prima sentenza, osti all'irrogazione di una nuova pena in Belgio.

29. Si osservi che l'acquis di Schengen non contiene alcuna disposizione specifica sulla data di entrata in vigore dell'art. 54 della Convenzione, né sui suoi effetti nel tempo.

30. La soluzione del dubbio interpretativo del giudice nazionale, sulla quale concordano tutti i partecipanti al procedimento principale con la sola eccezione del governo slovacco, scaturisce senz'altro dall'essenza e dalle fondamenta del *ne bis in idem*.

31. Qualificato come un diritto individuale materiale inteso a che nessuno che abbia commesso un'infrazione e ne abbia scontato la pena sia perseguito e sanzionato una seconda volta, esso si perfeziona col consolidamento di tali presupposti, allorché sorge, quale rovescio della medaglia, l'obbligo del pubblico potere di astenersi da qualsivoglia repressione. Una precedente sentenza passata in giudicato fa scattare l'applicazione del principio.

32. Orbene la giustizia belga ha perseguito penalmente il sig. Van Esbroeck e lo ha condannato, nonostante una preesistente sentenza di condanna straniera, quando l'art. 54 della Convenzione vincolava

entrambi gli Stati. Ciò considerato, propongo alla Corte di giustizia di rispondere allo Hof van Cassatie che il suddetto principio ben si applica in una situazione come quella oggetto del procedimento principale.

34. Identica è la soluzione anche considerando l'art. 54 della Convenzione nella sua dimensione processuale, atteso che, salvo espressa disposizione contraria, la relativa disciplina si applica ai procedimenti iniziati dopo la sua entrata in vigore e che effettivamente il procedimento a quo fu istruito in Belgio dopo che la suddetta normativa era entrata in vigore in quel paese ed in Norvegia.

33. Sempre nelle conclusioni per le cause riunite Gözütok e Brügge è stato sostenuto (paragrafo 114) che il divieto del *bis in idem* non è una norma processuale, bensì una garanzia fondamentale che viene conferita da quei sistemi giuridici, quali quelli degli Stati membri dell'Unione europea, che si adoperano per garantire all'individuo un insieme di diritti e di libertà che possano essere fatti valere nei confronti dei pubblici poteri [14]. Su questa falsariga, e quand'anche dovesse considerarsi, ai fini del menzionato principio, che si applica al secondo procedimento la normativa giuridica in vigore all'epoca del primo o addirittura al momento del reato, dovrebbe trovare retroattivamente applicazione la normativa attuale in quanto più favorevole al reo, in linea con un assioma fondamentale di politica criminale comunemente ammesso nei detti sistemi giuridici.

D — *La definizione di* idem *(la seconda questione pregiudiziale)*

1) Alcune precisazioni preliminari

35. Il giudice nazionale chiede che sia precisato il significato dell'espressione «i medesimi fatti», contenuta nell'art. 54 della Convenzione.

36. Il compito di chiarire se alcuni fatti per i quali è in corso un procedimento penale coincidano con quelli di un procedimento anteriore è del giudice, il solo a conoscere con immediatezza la realtà da valutare, ferma restando la possibilità di un secondo grado di giudizio.

14 — Scrive A. Queralt Jiménez, «La incidencia en la jurisprudencia constitucional de la autoridad interpretativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia al caso español» (tesi di dottorato in corso di elaborazione), che da un esame della sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo del 16 gennaio 2003, n. 2 (Boletín Oficial del Estado n. 219 del 2003), risultano due profili del divieto del *bis in idem:* quello materiale, che si riferisce all'impossibilità di punire due o più volte un individuo per il medesimo comportamento, indipendentemente dal fatto che le pene siano della stessa natura o siano inflitte nell'ambito di un unico procedimento, e quello processuale, che vieta un nuovo giudizio su un fatto già giudicato, con sentenza di condanna o assolutoria, difendendo l'autorità di cosa giudicata delle sentenze. Come diritto autonomo l'A. adduce, poi, il divieto del doppio processo penale, che appartiene al generale ambito del diritto ad un giudizio giusto, ma indirettamente influisce sul *ne bis in idem*.

37. La Corte di giustizia deve pertanto guardarsi bene dall'usurpare questa funzione. Ad essa compete soltanto fornire criteri interpretativi che, nel rispetto dei fondamenti e della finalità della norma, mostrino la direzione più opportuna per assicurare un'uniformità di trattamento nell'intero territorio dell'Unione europea.

38. A questo stadio dell'analisi confesso che un'affrettata lettura della seconda questione sollevata dallo Hof van Cassatie mi ha fatto sobbarcare la fatica di definire l'indeterminato concetto giuridico di «medesimi fatti», per poi enucleare dal diritto comunitario alcune direttrici sulla cui base proporre un criterio generale di risoluzione di eventuali questioni future.

39. L'impresa, oltre che improba, parrebbe impossibile, giacché la contingenza delle politiche criminali e la natura del procedimento penale ostacolano la costruzione di valori universali, con la conseguenza che un'impostazione valida per alcune figure di reato o per alcune forme di partecipazione può rivelarsi inadeguata per altre [15].

15 — G. Dannecker, «La garantía del principio *ne bis in idem* en Europa», in *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo* I, Madrid 2004, pagg. 157-176, sottolinea le modulazioni di questo principio che emergono dai rapporti sulla cooperazione tra gruppi criminali o su certi delitti continuati come il porto abusivo di armi (pag. 168).

40. Più logico mi pare porsi in una posizione intermedia che, senza addentrarsi nei fatti del procedimento principale, trascenda le circostanze di specie per fornire al giudice nazionale regole destinate a risolvere la controversia in conformità dello spirito della norma di cui si chiede in via pregiudiziale l'interpretazione.

2) La dimensione strettamente fattuale del concetto

41. Questo approccio eclettico è latente nella questione sollevata dallo Hof van Cassatie che chiede di accertare se, ai fini dell'art. 54, il trasporto clandestino di stupefacenti o di sostanze psicotrope tra due paesi firmatari della Convenzione costituisca «i[l] medesim[o] fatt[o]» o se, al contrario, integri due distinte infrazioni punite in ciascuno Stato separatamente.

42. La rilevanza del problema risulta evidente non tanto per la sua complessità giuridica, ma perché in questa fattispecie di reato vengono frequentemente ripetuti comportamenti somiglianti.La dottrina aveva già

sollevato il problema [16] e la realtà lo ha confermato [17].

43. Occorre, poi, definire la nozione del secondo elemento della massima *ne bis in idem*, ponendosi a tal fine da una delle tre seguenti prospettive: 1) considerare i meri fatti, 2) prediligere la loro qualificazione giuridica o 3) soffermarsi sui beni tutelati dalla norma penale.

44. Un approccio linguistico avvalora la prima possibilità. La versione spagnola della Convenzione, in cui si legge «por los mismos hechos», non dà adito a dubbi; e neppure le versioni tedesca, francese, inglese, italiana e olandese (rispettivamente: «wegen derselben Tat», «pour les mêmes faits», «for the some acts», «per i medesimi fatti» e «wegens dezelfde feiten»), visto che tutte alludono all'*idem factum*, ad un concatenarsi di eventi di rilevanza processuale che il giudice deve valutare come fenomeno storico, facendone derivare le opportune conseguenze giuridiche.

45. Ciò vale a fortiori se si guarda al fondamento e al contenuto di questa garanzia fondamentale dei cittadini: la libera circolazione nello spazio di Schengen richiede che il responsabile di un atto sappia che, una volta condannato e scontata la pena ovvero, come nella fattispecie, definitivamente assolto in uno Stato membro, può circolare su questo territorio senza paura di essere perseguito in un altro Stato nel cui ordinamento giuridico il suo comportamento integri una distinta infrazione. Diversamente l'art. 2, n. 1, quarto trattino, TUE sarebbe vanificato e si eleverebbero nello spazio interno tanti ostacoli a quella libertà per quanti sono i sistemi penali ivi vigenti, i quali, del resto, nonostante le preoccupazioni di armonizzazione delle decisioni quadro approvate dal Consiglio dell'Unione, presentano forti connotati nazionali.

46. Per le stesse ragioni deve essere respinto anche il criterio del bene giuridico protetto, poiché esso risulta talmente vincolato alle legittime opzioni delle politiche criminali nazionali da permettere che sia punito più di

16 — J.A.E. Vervaele, *op. cit.*, ha osservato che, dopo la sentenza Gözütok e Brügge, problemi cruciali come la definizione dell'*idem* sono ancora insoluti. C. Van den Wyngaert e G. Stessens, «The international *non bis in idem* principle: resolving some of the unanswered questions», in *International and Comparative Law Quarterly* 48/10 (1999) pag. 789, si chiedono se chi trasporta clandestinamente droga da un paese ad un altro commetta due reati, uno di esportazione e uno di importazione. Lo stesso esempio offre G. Dannecker, *op. cit.*, pagg. 167 e 168.

17 — Nella causa C-493/03, Hiebeler, la Cour d'appel di Bordeaux chiedeva se il trasporto transfrontaliero di una quantità di stupefacenti integrasse due comportamenti distinti, punibili da ciascuno degli Stati membri interessati. La Corte di giustizia non si pronunciò per archiviazione dell'incidente pregiudiziale il 30 marzo 2004, essendo venuto meno l'oggetto del procedimento. In termini simili si sono rivolti alla Corte il Rechtbank 's-Hertogenbosch (Brabante) (causa C-150/05, Van Straaten) e lo Hof van Beroep Antwerpen (causa C-272/05, Bouwens), sempre con riferimento al traffico internazionale illegale di droghe. Ambedue i procedimenti sono ancora in corso.

una volta un medesimo comportamento, frustando l'obiettivo dell'art. 54 della Convenzione.

47. Se anziché i semplici fatti si prendessero in considerazione le violazioni di norme giuridiche o dei valori che queste sanciscono, il principio del *ne bis in idem* non sarebbe mai operativo a livello internazionale [18].

48. Ciò spiega probabilmente perché, a differenza del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che vieta la duplicazione del giudizio e della pena per il medesimo «delito» [nella versione italiana del Patto: «reato»] (art. 14, n. 7), e del Protocollo n. 7 alla Convenzione che, allo stesso proposito, parla di «infracción» [nella versione italiana sempre «reato»] (art. 4) [19], documenti che concernono entrambi la dimensione domestica del principio, altri accordi, attinenti al suo profilo internazionale, considerino rigorosamente i fatti [20]. L'iniziativa della Repubblica ellenica in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio *ne bis in idem* [21] s'ispira a tale criterio, definendo l'*idem* come «un secondo illecito penale derivante esclusivamente dagli stessi fatti o da fatti sostanzialmente identici, indipendentemente dalla sua natura giuridica» [art. 1, lett. e)].

49. D'altro canto si deve osservare nella fattispecie che i Ministri belgi degli Interni e della Giustizia emisero il 10 dicembre 1998 una circolare [22] con cui dichiaravano che, ai fini dell'art. 54 della Convenzione, non rileva

18 — Come afferma G. Dannecker, *op. cit.*, pag. 175.

19 — La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta sul punto contraddittoria: la sentenza 23 ottobre 1995, Gradinger/Austria (causa 33/1994/480/562; serie A, n° 328-C), postulava l'identità fattuale, prescindendo dalla qualificazione giuridica, viceversa quella del 30 luglio 1998, Oliveira/Suiza (causa 84/1997/868/1080; Racc. 1998-V) militava per l'altra tesi. La sentenza 29 maggio 2001 (causa 37950/97; serie A, n° 312), Franz Fischer/Austria, sembrerebbe conciliare le due precedenti basandosi sui fatti, ma la sentenza 2 luglio 2002, Göktan/Francia (causa 33402/96; Racc. 202-V), ha riaffermato l'*idem* giuridico.

20 — Gli Statuti dei Tribunali penali internazionali per la ex-Yugoslavia ed il Ruanda parlano di «fatti costituenti gravi violazioni del diritto internazionale umanitario» (artt. 10, n. 1, e 9, n. 1, rispettivamente). Nella Convenzione [elaborata in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea] relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (GU 1995, C 316, pag. 49) e in quella [sulla base dell'articolo K.3, n. 2, lett. c) del trattato sull'Unione europea] relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea (GU 1997, C 195, pag. 2) figura l'espressione «per gli stessi fatti» (artt. 7, n. 1, e 10, n. 1, rispettivamente). La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (GU 2000, C 364, pag. 1) accoglie, tuttavia, il criterio dell'*idem crimen* («Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge» art. 50), riaffermato nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (art. II-110) (GU 2004, C 310, pag. 1).

21 — GU 2003, C 100, pag. 24.

22 — «Circulaire interministérielle sur l'incidence de la convention de Schengen en matière de contrôle frontalier et de coopération policière et judiciaire» (*Moniteur belge*, n. 20, del 29 gennaio 1999, pag. 2714).

l'identità di qualificazione giuridiche, ma solo quella dei fatti [23]. Nessun tribunale belga ha però accolto questa soluzione [24].

3) Il caso di specie

50. Le riflessioni esposte sopra valgono a fortiori nelle circostanze di specie.

51. Indubbiamente, da un punto di vista materiale, il fatto per il quale il ricorrente è stato punito in Norvegia coincide con quello per il quale è accusato e condannato in Belgio: il trasporto clandestino da un paese all'altro di una certa quantità di sostanze stupefacenti nei giorni 31 maggio e 1° giugno 1999. Questo comportamento riceve una diversa qualificazione giuridica nei due Stati: esportazione in Belgio e importazione in Norvegia delle suddette sostanze vietate. Se l'*idem* fosse valutato unicamente riguardo ai fatti, il ricorrente sarebbe tutelato dall'art. 54 della Convenzione; viceversa, se gli si attribuisse una dimensione giuridica, la doppia sanzione sarebbe possibile.

52. Quest'ultima opzione credo debba essere respinta per un triplice ordine di motivi. Innanzitutto essa conduce ad una soluzione restrittiva, incompatibile con la forza espansiva propria delle garanzie fondamentali a tutela della dignità della persona. In secondo luogo, osta all'obiettivo dichiarato dell'art. 54 della Convenzione di assicurare la libera circolazione dei cittadini: lasciando pendere su chi ha espiato la sua colpa la spada di Damocle di nuove sanzioni, si oltrepassano i limiti dell'ordinamento in cui egli è già stato punito. Infine è sarcastico parlare di importazione ed esportazione in un ambito territoriale in cui vige un ordinamento giuridico che in sé tende ad abbattere le frontiere sia per le persone sia per i beni [25].

23 — Nelle conclusioni del IX Congresso internazionale di diritto penale, approvate a L'Aja il 29 agosto 1964, fu proposto un approccio alla nozione di *idem* rigorosamente fattuale (testo riprodotto nella *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaften*, 1965, pagg. 184-193, segn. pagg. 189-190), approccio accolto dalle supreme istanze giurisdizionali dei Paesi Bassi e della Francia [sentenze dello Hoge Raad 13 dicembre 1994 (*Ars Aequi*, 1995, pag. 720) e della Cour de Cassation 13 dicembre 1983 (*Bulletin* n. 340), citate da A. Weyembergh, «Le principe *ne bis in idem*: pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?», in *Cahiers de droit européen* 204, nn. 3 e 4, pag. 349].

24 — Il Tribunal correctionnel di Eupen, con sentenza 3 aprile 1995 (pubblicata nella *Revue de droit pénal et de criminologie*, novembre 1996, pag. 1159), ha affermato che, anche a scindere la partecipazione di una persona ad un'operazione tra il Belgio e la Germania in due infrazioni ai sensi dell'art. 36 della Convenzione unica di New York del 30 marzo 1961 sugli stupefacenti, si deve escludere un procedimento penale in Belgio per un'infrazione ivi commessa perché il fatto penalmente rilevante è unico e il suo autore è già stato giudicato in Germania. Rassegna della giurisprudenza belga anteriore all'entrata in vigore del regime di Schengen, contraria ad un'applicazione internazionale del principio *ne bis in idem*, in S. Brammertz, «Trafic de stupefiants et valeur internationale des jugements répressifs à la lumière de Schengen», in *Revue de droit pénal et de criminologie*, cit., pagg. 1063-1081.

25 — Secondo S. Brammertz, *op. cit.*, pagg. 1077-1078, dopo Schengen non si può più sostenere che il commercio clandestino di droghe tra due paesi firmatari si articola in fatti distinti suscettibili ciascuno di punizione, visto che la libera circolazione delle persone e dei capitali comporta un clima di fiducia che si ripercuote sull'esame e sulla valutazione di un crimine transfrontaliero: «¿Por qué entender un tráfico entre Eupen y Lieja como un hecho penal único y dividir el mismo tráfico entre Eupen y Aquisgrán en dos hechos distintos en función de una frontera que, sobre el terreno, no encuentra ninguna concreción material?» («Perché considerare un commercio tra Eupen e Liegi un fatto penale unico e scindere lo stesso tipo di commercio tra Eupen e Aquisgrana in due fatti distinti in ragione di una frontiera *de facto* inesistente?»).

4) L'art. 71 della Convenzione

53. Tale normativa fa obbligo agli Stati firmatari di adottare le misure necessarie a reprimere il traffico illecito di sostanze stupefacenti, in conformità delle Convenzioni delle Nazioni Unite, in particolare di quella sugli stupefacenti e sulle sostanze psicotrope, ai cui sensi sono da considerare reati distinti le infrazioni commesse in paesi differenti (artt. 36 e 22, rispettivamente).

54. Prima facie le norme succitate sembrano contraddire quanto esposto nei paragrafi precedenti di queste conclusioni ma, a considerarne il contenuto, esse, lungi dal porlo in discussione, lo riaffermano.

55. L'art. 71 impone agli Stati di insistere, nell'ambito di Schengen, nella lotta contro questo fenomeno criminale e, a tal fine, ne rinnova il vincolo con le convenzioni delle Nazioni Unite in materia. Ha portata generale e, pertanto, non costituisce un limite specifico all'art. 54.

56. Su questa premessa occorre esaminare le Convenzioni delle Nazioni Unite nel loro contesto storico e normativo, poiché gli artt. 22 e 36, quando fanno obbligo alle parti contraenti di adottare misure per reprimere i comportamenti che influiscono illecitamente sul commercio, non lo fa in maniera incondizionata, ma fa salve le limitazioni imposte dai loro rispettivi ordinamenti giuridici. L'art. 54 della Convenzione fa parte del diritto proprio degli Stati che l'hanno sottoscritta, sicché codeste disposizioni non possono intaccare la sua effettività.

57. Né può dimenticarsi che le citate Convenzioni delle Nazioni Unite sono state sottoscritte per combattere a livello mondiale il traffico illecito di droghe, di stupefacenti e di sostanze psicotrope, in quanto mancava una chiara posizione di tutti i paesi. Sotto questa luce vanno letti gli artt. 22 e 36, talché i reati commessi nei vari Stati firmatari devono poter essere perseguiti e sanzionati dovunque, affinché, nonostante l'eventuale debolezza di alcuni paesi, gli autori non restino impuniti. Ciò non vale, però, nello spazio di Schengen, fondato, secondo quanto espresso nelle conclusioni per le cause riunite Gözütok e Brügge (punto 124) e ratificato dalla Corte di giustizia nella sentenza 11 febbraio 2003 (punto 33), sulla reciproca fiducia degli Stati membri quanto ai loro sistemi giudiziari penali [26].

26 — Il Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali (GU 2001, C 12, pag. 10) annovera il principio del *ne bis in idem* fra le misure atte allo scopo (pag. 12). Analogo il tenore della Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo: riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale [COM(2005) 495 def., pag. 4].

58. I citati articoli intendono, insomma, impedire la depenalizzazione *de facto* di un comportamento e tuttavia, una volta che esso sia stato punito in sistemi giuridici come quelli dei paesi in cui si applica l'acquis di Schengen, che ammettono la regola del *ne bis in idem*, la duplicazione della sanzione è esclusa. Non esiste contraddizione tra i due sistemi normativi.

59. Ne consegue che, in conformità dell'art. 54, in combinato disposto con l'art. 71, ugualmente della Convenzione, costituisce «i [l] medesim[o] fatt[o]» ai sensi dell'art. 54 il trasporto degli stessi stupefacenti o di sostanze psicotrope di qualsiasi natura, compresa la cannabis, tra due Stati firmatari della Convenzione o tra due paesi in cui si attua ed applica l'acquis di Schengen, a prescindere dalla qualificazione giuridica che gli riservano i due rispettivi ordinamenti.

VI — Conclusione

60. Alla luce delle riflessioni suesposte propongo alla Corte di giustizia di risolvere le questioni sollevate dal giudice nazionale come segue:

«1) L'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen si applica, *ratione temporis*, ai procedimenti penali istruiti successivamente alla sua entrata in vigore su fatti già giudicati, indipendentemente dalla data di celebrazione del primo procedimento.

2) In conformità al citato art. 54, in combinato disposto con l'art. 71 della stessa Convenzione, costituisce "i[l] medesim[o] fatt[o]" il trasporto degli stessi stupefacenti o di sostanze psicotrope di qualsiasi natura, compresa la cannabis, tra due Stati firmatari della Convenzione o tra due paesi in cui si attua ed applica l'acquis di Schengen, a prescindere dalla qualificazione giuridica che gli riservano i due rispettivi ordinamenti».