

Decreto legislativo 3 ottobre 2017 n. 149

**PROCEDIMENTI PENALI:
IL TRASFERIMENTO**

Eugenio Selvaggi

Procedimenti paralleli, la giustizia concordata si fa strada nel sistema

Costituisce una profonda innovazione quella della previsione del trasferimento di procedimenti penali e che è disciplinata nel nuovo titolo IV-bis del codice di procedura penale. Non tanto il trasferimento di quelli che provengono dall'estero e assunti in Italia, perché si tratta di esperienza non del tutto assente: la convenzione di mutua assistenza del 1959 (articolo 21) prevede la denuncia di fatti per l'eventuale apertura di procedimenti in altro Stato. Capita, infatti, sovente che per fatti patiti in Italia (ad esempio, truffe o furti) le vittime, residenti all'estero sporgano denuncia nel loro paese che potrebbe però non essere in grado di procedere, vuoi giuridicamente, non avendo giurisdizione extraterritoriale vuoi in fatto, perché il reo si trova in Italia e così anche gli eventuali testimoni. La denuncia viene quindi trasmessa o addirittura il procedimento eventualmente aperto all'estero trasmesso (il che equivale a una denuncia) perché si proceda nel nostro Paese. Tuttavia il legislatore ha inteso prevedere un meccanismo appropriato e specifico di regolazione, anche se la relativa disciplina sconta la previa esistenza di una convenzione che preveda il trasferimento. In questo caso si parla di trasferimento passivo.

Il trasferimento attivo rappresenta la vera novità, che deve fare i conti con principi consolidati del nostro ordinamento e con nozioni e concetti che affondano nella tradizione: l'obbligatorietà dell'azione penale, il ne bis in idem e giudice naturale su tutti. Infatti, questo nuovo istituto, in realtà, si traduce in una cessione della giurisdizione.

Il legislatore, sulla base di una previsione specifica contenuta nella legge delega, ha previsto anche un trasferimento attivo; questo rappresenta la vera novità dell'intervento integrativo apportato al codice di procedura. Novità che deve fare i conti con principi consolidati del nostro ordinamento e con nozioni e concetti che affondano nella tradizione: l'obbligatorietà dell'azione penale, il ne bis in idem e giudice naturale su tutti. Infatti questo trasferimento attivo in realtà si traduce in una cessione della giurisdizione.

I procedimenti paralleli: una giustizia concordata

Quale la *ratio* che sottintende questa innovazione, che apre verso una "giustizia concordata"?

Il punto di partenza è lo stesso di quello da cui ha preso le mosse la decisione quadro Ue n. 848/2009, cui si è data attuazione con il Dlg 29/2016 per regolare la prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione: evitare l'insorgere o comunque ridurre le conseguenze di casi di violazione

del principio ne bis in idem. Anche se detto principio è ben conosciuto e tendenzialmente rispettato in ambito internazionale, non è senza significato che tale esigenza si sia posta innanzitutto al livello di Unione europea e con riferimento allo spazio giudiziario comune: la prima regolamentazione è stata infatti posta con l'Accordo di Schengen (1985) che, all'articolo 54 e seguenti, prevede appunto che una persona non possa essere sottoposta a procedimento penale per gli stessi fatti in un'altra Parte contraente.

Interessante è rilevare che l'esigenza di rispettare tale diritto (tale è riconosciuto nella Carta dei diritti dell'Unione europea: articolo 50) risponde alla necessità di consentire ai cittadini comunitari di circolare liberamente nel territorio dell'Unione; ciò non sarebbe possibile se una persona corresse il rischio di venire perseguita essendo stata già oggetto di procedimento penale in altro Stato. Però quella disposizione dell'Accordo di Schengen postulava che la preclusione di un nuovo procedi-

PYVLMWCC04 - © Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

mento penale scattasse solo dopo che la persona fosse stata (già) condannata in altro Stato con sentenza passata in giudicato. Invece, con le previsioni contenute nel nuovo titolo VI-bis del codice, si cerca ora di prevenire l'insorgere del *ne bis in idem* "a monte anziché a valle" prevedendo cioè che gli Stati interessati si mettano d'accordo su quale di essi debba procedere e questo sin dall'inizio del procedimento; insomma, si è regolato il fenomeno cosiddetti "procedimenti paralleli".

È da dire che, con le nuove previsioni, il legislatore delegato, sempre seguendo le linee guida della legge delega, è andato ben oltre il punto in cui è approdata l'Unione europea: questa non ha superato lo scoglio di una cessione della giurisdizione, limitandosi ad assicurare una consultazione tra le parti interessate; il nuovo titolo VI-bis invece realizza proprio un meccanismo di cessione della giurisdizione da parte di uno Stato a favore di un altro Stato. Si potrebbe obiettare dell'opportunità di andare oltre quanto prevede il diritto comunitario (eurounitario), che riguarda ordinamenti legati da ben altri e più stretti vincoli che non quelli che potrebbero legarci a Paesi lontani, non solo geograficamente. Tuttavia la ragionevolezza della scelta è confortata dalla circostanza che in tanto le nuove norme si applicheranno in quanto il trasferimento dei procedimenti penali sia previsto da specifiche convenzioni. A questo riguardo non può non ricordarsi che il Consiglio d'Europa, nel lontano 1972, ha approvato una convenzione di grande valore («Convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti pena-

le», Strasburgo 1972) e sicuramente prematura rispetto ai tempi (tanto che non ha avuto quella adesione che invece altre convenzioni del Consiglio d'Europa hanno avuto); ebbene, ove l'Italia (che l'ha solo firmata nel 2000) decidesse di ratificarla le nuove norme sono là a consentirne l'applicazione.

**Con le previsioni contenute
si cerca ora
di prevenire l'insorgere
del ne bis in idem
a monte anziché a valle**

**I principi generali
del nuovo istituto**

La delega conteneva indicazioni generiche pur nel quadro di una innovazione: prevedere in materia di trasferimento dei procedimenti giurisdizionali, «condizioni e forme del medesimo, assicurando, per il caso di trasferimento in favore della giurisdizione di altro Stato», tanto la possibilità per il Ministro della Giustizia di esercitare il potere di diniego quanto il rispetto della condizione che l'altra giurisdizione sia nella posizione di rendere giustizia con maggiore efficacia.

L'articolo 746-bis contiene le disposizioni generali. La prima precisazione a farsi è che questa nuova disciplina riguarda procedimenti penali paralleli. "Paralleli" vuol dire processi che, pendenti davanti ad autorità giudiziarie di diversi ordinamenti, riguardino gli stessi fatti. Stessi fatti vuol dire stessi fatti materiali, anche se qualificati diversamente dalle due

giurisdizioni competenti. Sul punto devono essere tenute presenti le giurisprudenze delle corti europee sovranazionali (Lussemburgo e Strasburgo): ad esempio, Cedu, Zolotukhin contro Russia, 10 febbraio 2009 ha precisato che nel divieto di ne bis in idem non rientra il caso in cui lo stesso fatto integri una violazione di più norme penali. Certo problemi possono porsi al riguardo: ad esempio se la giurisprudenza europea in tema di *ne bis in idem* tra procedimento penale e procedimento amministrativo consenta la trasmigrazione di un procedimento da uno Stato a un altro; peraltro potrebbe qui opporsi che i due procedimenti devono avere carattere penale in entrambi gli ordinamenti.

Una seconda precisazione si rende necessaria: fino a quando può essere operato il trasferimento? E ancora: è necessario che i due procedimenti si trovino nella stessa fase o grado oppure è possibile il trasferimento di un procedimento che si trovi nella fase istruttoria per la concentrazione con altro che sia già pervenuto a dibattimento?

E, su tutte queste domande, una si impone: quali i confini di questo istituto e quale la sua compatibilità con principi costituzionali, specie con riferimento all'articolo 10 della Costituzione (in relazione al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, articolo 101 della Costituzione). In proposito può essere utile richiamare l'insegnamento della Corte costituzionale che è stata chiamata a pronunciarsi su disposizioni che prevedevano anch'esse una "rinuncia" della giurisdizione (si tratta delle norme contenute nel Trattato Nato, che prevede che per alcuni rea-

ti commessi da militari di quella Organizzazione lo Stato di soggiorno possa rinunciare a favore della giurisdizione dello Stato cosiddetto “di origine”). Queste norme erano state portate all’esame della Consulta per prospettati profili di incostituzionalità per la violazione del principio del giudice naturale e del principio di obbligatorietà dell’azione penale, le questioni vennero rigettate con le sentenze n. 96/1973 e n. 446/1990. Al riguardo va evidenziata un’affermazione contenuta nella decisione del 1990, per il suo carattere generale che non può non valere con riferimento alle modifiche ora apportate al libro XI del codice: «[N]ell’ambito della cooperazione tra Stati - cui l’ordinamento italiano mostra significativa disponibilità agli artt. 10, 11 e 26 Cost. - non può ritenersi vietato da alcun principio costituzionale o precluso al legislatore ordinario il potere di rinunciare alla giurisdizione, in sé considerato»; può, in tema di *ne bis in idem* e di stessi fatti essere utile richiamare anche la decisione della Cassazione, sezioni Unite, n. 34655/05, ricorrente Donati, peraltro su un’ipotesi di *ne bis in idem* davanti alla stessa autorità giudiziaria nazionale).

Il trasferimento passivo: assunzione di procedimenti penali dall'estero

È quello che prevede l’assunzione nello Stato di procedimento penale aperto all’estero e qui trasmesso per la sua concentrazione con altro procedimento. Che si tratti di “concentrazione”, quindi di procedimenti paralleli peraltro costituisce il frutto di una lettura “minimale”, incidente nella misura appunto minima nel nostro ordina-

mento, rispetto a una lettura “estesa” che invece aprisse a una trasmissione e una assunzione di procedimenti non solo in forza del loro essere paralleli ma in ragione di una condivisa collaborazione sul piano internazionale. E occorre dire che, sotto questo profilo, non sarebbero irrilevanti alcuni argomenti a favore.

Il nuovo istituto realizza un meccanismo di cessione della giurisdizione da parte di uno Stato a favore di un altro

Si potrebbe, ad esempio, sostenere che il testo dell’articolo 746-bis non escluderebbe una tale conclusione là dove, nell’indicare il presupposto per il trasferimento, precisa che «[I]l trasferimento è disposto in favore dell’autorità giudiziaria di un altro Stato che presenti più stretti legami territoriali con il fatto per il quale si procede o con le fonti di prova» (aggiunge la delega: «così da fare ritenere quella giurisdizione maggiormente idonea alla decisione»).

Non sarebbe, quindi, solo la molteplicità dei procedimenti penali per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona il presupposto esclusivo per applicare il nuovo istituto ma il trasferimento sarebbe possibile anche in assenza di processo parallelo ma in presenza di elementi obiettivi che portino a individuare la giurisdizione più “adatta”.

Anche qui la giurisprudenza sarà chiamata a definire contenuti e limiti della nuova previsione.

Però l’articolo 746-bis indica dei criteri per l’individuazione della «giurisdizione che presenti più stretti legami territoriali con il fatto per il quale si procede o con le fonti di prova»:

- 1) il luogo di commissione del fatto (in tutto o in parte);
- 2) luogo dove si è verificata la maggior parte delle conseguenze dannose;
- 3) il luogo in cui si trovano la maggior parte delle vittime;
- 4) l’eventuale impossibilità (ordinariamente giuridica, ad esempio la cittadinanza) di procedere all’extradizione dell’imputato che si trovi nello stato di cui è cittadino;
- 5) il luogo dove si trova l’imputato.

L’elenco non esprime un tassativo ordine di priorità; tuttavia l’ordine seguito corrisponde al rilievo decrescente che ordinariamente le giurisdizioni anche di altri Paesi assegnano ai vari interessi o beni in gioco.

È però importante segnalare che in tanto potrà procedersi al trasferimento - e qui la regola vale sia in attivo che in passivo - in quanto non sia stata ancora esercitata l’azione penale. Limite del tutto ragionevole: una diversa soluzione, che consentisse il “travaso” del procedimento anche tra fasi o addirittura gradi diversi sarebbe contrario agli interessi della giustizia, sia sotto il profilo dell’economia processuale sia se riguardato sotto l’aspetto dei diritti di difesa, normalmente attenuati nella fase delle indagini.

Procedimenti penali a querela

Può verificarsi che il procedimento trasferito sia relativo a un reato

PYVLMWCC04 - - © Gruppo 24ORE RIPRODUZIONE RISERVATA

LA POSIZIONE DELLA CASSAZIONE

Cosa giudicata (Codice procedura penale 1988) - Divieto di un secondo giudizio ("ne bis in idem") - Procedimento non ancora definito con sentenza irrevocabile - Apertura di nuovo procedimento per lo stesso fatto e contro la stessa persona - Procedimenti avviati dallo stesso Pm e pendenti presso la stessa sede giudiziaria - Esercizio dell'azione penale nel secondo procedimento - Preclusione - Conseguenze. (Costituzione, articolo 28; Cpp, articoli 129, 529, 649 e 669)

Non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo già sia pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del Pm, di talché nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità. La non procedibilità consegue alla preclusione determinata dalla consumazione del potere già esercitato dal Pm, ma riguarda solo le situazioni di litispendenza relative a procedimenti pendenti avanti a giudici egualmente competenti e non produttive di una stasi del rapporto processuale, come tali non regolate dalle disposizioni sui conflitti positivi di competenza, che restano invece applicabili alle ipotesi di duplicazione del processo innanzi a giudici di diverse sedi giudiziarie, uno dei quali è incompetente.

Cosa giudicata (Codice di procedura penale 1988) - Divieto di un secondo giudizio ("ne bis in idem") - Identità del fatto - Nozione - Fattispecie. (Costituzione, articolo 28; Cpp, articoli 649 e 669)

Ai fini della preclusione connessa al principio "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. (Nel caso di specie, ove si trattava di merci separatamente rinvenute nella disponibilità di due persone, si è affermata l'identità del fatto di ricettazione perseguito in due distinti giudizi aperti a carico degli interessati, sebbene nel primo fosse configurata una responsabilità concorsuale per la ricezione di tutto quanto sequestrato e nel secondo, invece, fosse contestata a ciascuno la ricettazione della sola merce da lui materialmente detenuta. La Corte ha ritenuto che la sfasatura delle imputazioni dipendesse da una differente qualificazione giuridica del titolo di imputazione della responsabilità, e non dall'individuazione di fattispecie ontologicamente autonome per una diversità delle rispettive componenti strutturali).

› Cassazione, sezioni Unite penali, sentenza 28 giugno-28 settembre 2005 n. 34655 - Presidente Marvulli; Relatore Silvestri G; Pm - conforme - Esposito; Pg in procedimento Donati e altro

che sia procedibile a querela vuoi nello Stato di origine (Stato trasferente) vuoi nello Stato di destinazione (Stato ricevente). In tale ipotesi occorre prendere in considerazione due aspetti.

Il primo aspetto riguarda l'atto di procedibilità. Se entrambi gli ordinamenti prevedono la perseguibilità a querela di parte, quella proposta nel primo Stato conserva efficacia nel secondo Stato: le regole possono essere diverse (modi, termini, titolarità ecc.) e vale la regola che si applica la *lex*

loci. Se la querela è prevista solo nel secondo Stato e, ovviamente, non è stata proposta nello Stato di origine, la legge (comma 3 dell'articolo 746-ter) prevede la notifica dell'assunzione del procedimento alla persona offesa, con l'avviso che può proporre querela, nel termine previsto dalla legge interna che decorre dalla notifica. In sostanza, la regola è quella secondo cui la legge applicabile è quella dello Stato competente o che diventa competente a seguito del trasferimento. Questa regola,

peraltro, implica la soluzione di una serie di problemi; di qui il secondo aspetto da considerare: ad esempio ci si potrebbe chiedere quale regola si applichi nel caso in cui la previsione della perseguibilità a querela sia nello Stato ricevente, introdotta successivamente alla commissione del fatto nell'altro Stato. Qui si dovrebbe rispondere nel senso che trattandosi di una condizione di procedibilità e non di punibilità, vige il principio che *tempus regit actum*. ●