

*Dipartimento di Giurisprudenza*

*Cattedra di Diritto Processuale Penale*

**L'effetto preclusivo del giudicato penale nei casi di  
concorso formale, progressione criminosa e tentativo.**

Relatore

Chiar.ma Prof.ssa Maria Lucia Di Bitonto

Correlatore

Chiar.mo Prof. Antonino Gullo

Candidata Giulia Pucci di Benisichi

Matricola 150183

Anno Accademico 2021 – 2022

## Indice

<b>I) Il principio del <i>ne bis in idem</i> .....</b>	<b>7</b>
<b>a. Introduzione storica: la nascita del principio in Italia, in Europa e nel mondo .....</b>	<b>7</b>
i. Il principio del <i>ne bis in idem</i> nell'ordinamento italiano .....	7
ii. Cenni sul <i>ne bis in idem</i> in Europa e nel mondo .....	21
<b>b. Spiegazione dell'art. 649 c.p.p.....</b>	<b>30</b>
i. Sentenza e decreto irrevocabile e i casi di sentenza di non luogo a procedere, decreto di archiviazione e riti alternativi.....	30
ii. Eccezioni alla preclusione.....	39
iii. Il requisito soggettivo dell'art. 649 c.p.p. ....	42
<b>II) La controversa nozione di <i>medesimo fatto</i>.....</b>	<b>48</b>
<b>a. La nozione di “<i>idem factum</i>” .....</b>	<b>48</b>
i. Il requisito oggettivo dell'art. 649 c.p.p. ....	48
ii. Le diverse concezioni di “ <i>medesimo fatto</i> ” .....	52
<b>b. La nozione di stesso fatto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea.....</b>	<b>59</b>
i. Il <i>ne bis in idem</i> internazionale .....	59
ii. Dall’ <i>idem legale</i> ” all’ <i>idem factum</i> ” nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.....	65
iii. La nozione di stesso fatto nella giurisprudenza dell'Unione europea.....	72
<b>c. Le posizioni di dottrina e giurisprudenza e l'interpretazione della Corte costituzionale .....</b>	<b>79</b>
i. Gli orientamenti di dottrina e giurisprudenza prima dell'intervento della Corte costituzionale.....	79
ii. L'intervento della Corte costituzionale e la giurisprudenza successiva.....	84
<b>III) Il <i>ne bis in idem</i> e i casi di concorso formale di reati, progressione criminosa e tentativo .....</b>	<b>94</b>
<b>a. Il problema del concorso formale .....</b>	<b>94</b>
i. La nozione di concorso formale nel Codice penale .....	94
ii. <i>Ne bis in idem</i> e concorso formale di reati .....	98

<b>b.</b>	<b>La progressione criminosa ed altre fattispecie penali peculiari.....</b>	<b>106</b>
i.	Reato progressivo e progressione criminosa .....	106
ii.	Il <i>ne bis in idem</i> nei casi del reato progressivo e della progressione criminosa: le posizioni di dottrina e giurisprudenza .....	109
iii.	Reato permanente e reato abituale .....	119
<b>c.</b>	<b>Il rapporto tra tentativo e reato consumato: <i>quid iuris?</i> .....</b>	<b>124</b>
i.	<i>Ne bis in idem</i> e reato tentato .....	124
ii.	Un caso di giurisprudenza attuale .....	127
iii.	Riflessioni sul caso di specie: il rapporto tra delitto tentato e consumato alla luce del principio del <i>ne bis in idem</i> .....	130
<b>IV)</b>	<b><i>Breve incursione nel diritto francese</i>.....</b>	<b>135</b>
	<b><i>Conclusione</i>.....</b>	<b>139</b>
	<b><i>BIBLIOGRAFIA</i>.....</b>	<b>145</b>

## Introduzione

La ragione per la quale una persona, condannata o assolta all'esito di un procedimento penale per un determinato fatto, non possa essere nuovamente sottoposta ad un giudizio penale in un distinto procedimento in relazione al medesimo oggetto, risiede nel fatto che il nostro ordinamento riconosce ed impone il rispetto del principio del "*ne bis in idem*", attraverso l'art. 649 c.p.p. Si tratta di una norma garantista, che impedisce che un fatto, una volta intervenuto un giudicato in relazione allo stesso, possa essere di nuovo contestato al medesimo imputato. In questo modo, il divieto garantisce l'autore del reato contro una persecuzione giudiziaria tendenzialmente illimitata, a carico della stessa persona in relazione al medesimo fatto. Detto principio, che esiste nel nostro ordinamento così come in numerosi altri ordinamenti da tempi lontani, è alla base della funzione che si riconosce al giudicato penale il quale, una volta diventato definitivo, non è più suscettibile di essere rimesso in discussione.

Quello che interessa in questa sede è capire, partendo dalla nascita e dalla funzione sottesa al principio, quali siano gli elementi necessari che devono sussistere affinché la preclusione, che consegue all'applicazione della norma, operi. A tal fine, si tratterà di approfondire in modo adeguato tutti gli elementi richiamati dall'art. 649 c.p.p., per individuarne l'effettiva portata applicativa. L'art. 649 c.p.p., derubricato "Divieto di un secondo giudizio" recita come segue: "1. L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345. 2. Se, ciò nonostante, viene di nuovo iniziato procedimento

penale il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo”.

In primis, occorrerà, quindi, soffermarsi sulla irrevocabilità del giudicato e sui termini di “sentenza e decreto penale”, per capire quando, effettivamente, si è in presenza di un primo giudicato sul fatto, quest’ultimo essendo un presupposto imprescindibile ai fini dell’operatività della preclusione. Sarà in seguito necessario intrattenersi sulle apparenti eccezioni previste dalla norma *de qua*, attraverso il richiamo agli artt. 69 e 345 c.p.p., poiché queste ultime limitano, nel senso che si vedrà, l’ambito operativo del principio. L’analisi verterà poi sui requisiti soggettivi ed oggettivi della norma, ed in particolare sui concetti di “*eadem persona*” e di “*eadem res*”. Infatti, affinché il divieto di *bis in idem* venga riconosciuto e applicato dal giudice, è necessario che l’azione penale sia esercitata nei confronti del medesimo soggetto rispetto al quale vi è già una sentenza definitiva di condanna o di proscioglimento, e che si proceda nuovamente con riguardo ai fatti che formano oggetto del primo procedimento conclusosi con un giudicato definitivo. Se a primo impatto il concetto di “stessi fatti” può sembrare limpido, nella sua applicazione pratica quest’ultimo è tutt’altro che univoco ed attorno alla nozione dell’identità dei fatti ruota una eterna e irrisolta questione sul significato da attribuire a detto concetto, frutto di dibattiti dottrinali e giurisprudenziali. La questione, tra l’altro, non si limita all’individuazione della nozione di “medesimi fatti”, ma comporta una sfilza di ricadute pratiche dell’istituto che rendono la situazione ancora più complessa. Per questo motivo, nelle pagine che seguono, verranno esaminate tutte le ricostruzioni che si sono sviluppate tra dottrina e giurisprudenza, anche a livello europeo, sul concetto di “*idem factum*”, per capire come relazionare l’istituto del *ne bis in idem* a casi particolari quali, il concorso

formale di reati, la progressione criminosa ed infine, riportando un recentissimo caso giudiziario ad oggi in attesa di un giudizio definitivo, il tentativo.

## **I) Il principio del ne bis in idem**

### **a. Introduzione storica: la nascita del principio in Italia, in Europa e nel mondo**

#### **i. Il principio del ne bis in idem nell'ordinamento italiano**

“*Bis de eadem re ne sit actio*”<sup>1</sup> recita il brocardo latino, affermando la regola secondo la quale, in ambito penale, si proibisce di sottomettere a nuovo processo una persona definitivamente condannata o prosciolta per quella medesima regiudicanda. Si tratta di un principio di natura puramente processuale, conosciuto sin dall'epoca del diritto romano e applicato sia in ambito civile che penale ed amministrativo, che si distingue dal divieto di *ne bis in idem* sostanziale<sup>2</sup>, essendo quest'ultimo un divieto in base al quale una stessa persona non può essere punita due volte per la stessa condotta, qualora ad essa siano applicabili più norme penali incriminatrici. Il problema del *ne bis in idem* sostanziale viene risolto attraverso l'applicazione del criterio di specialità, di cui all'art. 15 c.p.<sup>3</sup>, che regola l'istituto del concorso apparente di norme, vietando una doppia

---

<sup>1</sup> Letteralmente “Non vi sia due volte azione in ordine alla medesima cosa”, è una massima del giurista Gaio del II secolo d.C.

<sup>2</sup> La distinzione viene affermata in una recente pronuncia della Cassazione pen., Sez. V, n. 663, 28/09/2021, nella quale la Corte afferma che il “*bis in idem*” processuale e il “*bis in idem*” sostanziale non coincidono in quanto il primo riguarda il “rapporto tra il fatto storico, oggetto di giudicato, ed il nuovo giudizio e, prescindendo dalle eventuali differenti qualificazioni giuridiche, preclude una seconda iniziativa penale là dove il medesimo fatto, nella sua dimensione storico- naturalistica, sia stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo” mentre il secondo riguarda “il rapporto tra norme incriminatrici astratte e prescinde dal raffronto con il fatto storico”.

<sup>3</sup> L'art. 15 c.p., intitolato “Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale”, recita: “Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa

qualificazione normativa per uno stesso fatto nei confronti di una medesima persona. La figura sostanziale del principio del *ne bis in idem* serve ad assicurare equità e giustizia sostanziale, evitando una duplice incriminazione nei confronti dell'*eadam persona* per l'*idem factum*. L'esigenza sottesa alla preclusione processuale è invece quella di evitare che una persona imputata e ormai definitivamente giudicata possa essere perseguita per un numero tendenzialmente illimitato di volte, attraverso arbitrarie persecuzioni giudiziarie, per lo stesso fatto. Si tratta quindi di un principio garantista, strettamente legato ad un sistema accusatorio, modello contrapposto a quello inquisitorio e che si basa sul principio dialettico, in cui la verità si accerta tanto meglio quanto più le funzioni processuali sono ripartite tra soggetti che hanno interessi contrari e caratterizzato dai principi del contraddittorio e dell'oralità<sup>4</sup>. Al contrario, il sistema inquisitorio si basa sul principio di autorità e la ricerca della verità viene fatta dando quanti più poteri possibili ad un singolo soggetto inquirente al quale vengono riconosciuti pieni poteri sia riguardo all'iniziativa del processo che alla formazione della prova. In questo sistema, le decisioni sono modificabili all'infinito, l'assoluzione è temporanea e rimane sempre oggetto di nuovi ripensamenti. Uno stesso fatto, anche se giudicato, è quindi perseguibile *ad infinitum*. Questo modello viene parzialmente abbandonato alla fine dell'*Ancien régime*, lasciando spazio ad un sistema "misto", sistema che accoglie elementi sia del modello inquisitorio che di quello accusatorio. Infatti, in detto sistema, la fase istruttoria è prevalentemente a carattere inquisitorio, essendo quest'ultima condotta in segreto dal

---

materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito".

<sup>4</sup> Paolo TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, XXI edizione, Giuffrè Editore, 2020, p. 8.



giudice, ma viene temperata da alcuni elementi del sistema accusatorio; mentre la fase dibattimentale è per lo più accusatoria, essendo basata sul principio del contraddittorio, ma recepisce taluni principi del sistema inquisitorio. Il definitivo superamento del sistema inquisitorio si ha solo con il nuovo codice di procedura penale del 1988, il quale recepisce un sistema prevalentemente accusatorio, caratterizzato da tempi e forme esatte<sup>5</sup>. Ed è proprio in questo modello che la cosa giudicata diventa fondamentale all'intero schema processuale penale, nel quale “sono precisamente fissati i termini per l'esercizio di ben determinati mezzi di impugnazione e gli effetti del loro esito infruttuoso, garantendo, poi, la stabilità del giudicato prodottosi”<sup>6</sup>. Il giudicato definitivo e irrefragabile “rappresenta l'espressione massima e compiuta dell'attività di *iurisdictio*”<sup>7</sup> al quale tendono tutti i precedenti atti del procedimento<sup>8</sup>.

L'irretrattabilità del *dictum* nasce da un bilanciamento tra opposte esigenze. In *Ragionevolezza e processo penale. Un'indagine attraverso i paradigmi dell'elaborazione della prova in contraddittorio*, Giuseppe di Chiara spiega come “il processo si trova a bilanciare opposte esigenze di giustizia e certezza: lo sclerotizzarsi delle esigenze di giustizia imporrebbe di disegnare uno sviluppo del rito sempre suscettibile di modifica correttiva e, dunque, aperto *ad indefinitum* a nuove decisioni atte a riplasmare, in senso

---

<sup>5</sup> Franco CORDERO, *Procedura penale*, VIII edizione, Giuffrè Editore, 2006, p.1219.

<sup>6</sup> Ambra GIOVENE, voce “*Giudicato*”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo V, Torino, 1991, p. 424.

<sup>7</sup> Francesco CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè Editore, 2009, p. 132.

<sup>8</sup> In questo senso la pronuncia della Consulta, sent. 4 febbraio 1982, n. 21: “è insito nella nozione stessa di procedimento che il complesso di operazioni in cui si articola sia preordinato al fine di conseguire un accertamento definitivo che costituisce lo scopo medesimo dell'attività giurisdizionale”.

ortopedico quando non radicalmente rifondativo, il risultato già raggiunto; la generale esigenza di conferire certezza alle situazioni giuridiche suggerisce, per contro, che si addivenga, a un certo grado di sviluppo del rito, ad una soglia di incontrovertibilità del *decisum* conclusivo, che segna il punto di approdo del divenire in cui risiede *l'ubi consistam* del processo. Il bilanciamento tra l'esigenza della giustizia e quella della certezza conduce, per plurimillennaria tradizione, al conio di una metodologia del procedere che assicuri opportune tappe di controllo critico dei risultati conseguiti lungo il percorso, mirando, tuttavia, alla fine dello stesso, alla consacrazione della *res iudicata*, inattaccabile, allorché si coaguli, attraverso strumenti ordinari di impugnazione". La struttura del nostro codice di rito dimostra come viene rispettata questa duplice necessità nel processo: viene infatti prima inserito il libro dedicato alle Impugnazioni (libro IX), per permettere un controllo sulle decisioni, e solo successivamente troviamo il libro dedicato all'Esecuzione e al giudicato (libro X), come conseguenza della mancata impugnazione o esaurimento dei rimedi d'impugnazione stessi.

Così, la dottrina individua la ratio del divieto nel tutelare le esigenze di certezza, rispondendo sia ad esigenze di certezza per l'individuo, e cioè a che sia garantita la sicurezza dei suoi diritti (primo fra tutti il suo diritto alla libertà)<sup>9</sup>, sia all'interesse della società per la certezza giuridica in modo che venga raggiunta così la *salus rei publicae*<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Si legge infatti in D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale*, l'interesse alla "quiete penalistica" nella sua dimensione oggettiva, "nel senso che il cittadino deve poter contare su un quadro penalistico (sostanziale e processuale) stabile" (Marco D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Cedam, Padova, 2003, p. 160).

<sup>10</sup> Massima di Cicerone "*Salus rei publicae suprema lex esto*", letteralmente "La salvezza dello Stato sia la legge suprema".

L'immodificabilità del giudicato serve, infatti, ad assicurare un valore costituzionalmente protetto, e cioè la certezza del diritto, dando appunto certezza alle situazioni giuridiche controverse che, una volta definite, non possono più essere oggetto di ulteriore sindacato da parte dello stesso giudice o di un giudice diverso. La stessa Corte costituzionale ha espressamente riconosciuto, rispetto alla portata preclusiva del divieto, che “trattasi di uno dei principi fondamentali nel nostro ordinamento”<sup>11</sup>, tuttavia negando che possa trattarsi di un principio di rango costituzionale. Attraverso un giudicato definitivo e irreversibile l'ordinamento giuridico dà concretezza ed effettività alla legge penale affinché questa non rimanga solo un'astratta previsione. In questo modo viene garantita la funzione primaria della legge penale, e cioè quella di prevenzione generale, da un lato, dando certezza circa la prevedibilità della valutazione dei comportamenti futuri dei singoli, dall'altro, come sottolineato da Giovanni Leone ne “*Il mito del giudicato*”, raggiungendo uno Stato di pace tra la persona offesa ed il reo e tra la società ed il reo, poiché “il giudicato penale placa la aspettativa della società nei confronti di una *notitia criminis*; placa l'aspettativa di giustizia del reato e di quegli altri individui sui quali il reato incide direttamente”<sup>12</sup>.

Inoltre, il divieto di procedere a un secondo giudizio risponde anche a esigenze di economia processuale, poste al fine di contenere e razionalizzare i tempi del giudizio e le risorse processuali<sup>13</sup>. La tesi, secondo la quale il *ne bis in idem* sarebbe un principio

---

<sup>11</sup> Corte cost., sent. 29 aprile 1982, n. 77, in *Giur. Cost.*, 1982, p. 702.

<sup>12</sup> Giovanni LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1956, p. 180.

<sup>13</sup> Francesco CAPRIOLI, Daniele VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 70.

subordinato a scopi di economia processuale e non unicamente, invece, uno strumento di attuazione di un diritto fondamentale dell'individuo, viene energicamente sostenuta da Filippo Raffaele Dinacci, il quale afferma che, riconoscere il *ne bis in idem* come esplicitazione di un diritto fondamentale, “appare allo stato non facilmente compatibile con la disciplina desumibile dall'ordinamento interno”<sup>14</sup>. Dinacci sostiene che considerare la preclusione quale diritto individuale poggerebbe sulla concezione del processo come pena che porterebbe a individuare le implicazioni umane e sociali che ci sarebbero in mancanza di un tale divieto. Argomenta però che, da un lato, è difficilmente adattabile l'idea dei “costi umani” causati dal *bis in idem* al processo agli enti di cui al d.lgs. 231/2001, rispetto al quale si applica l'effetto preclusivo del giudicato penale, e dall'altro, la concezione del processo come pena presupporrebbe l'applicazione incondizionata del principio, cosa che non avviene, nel nostro ordinamento, per effetto dell'istituto della revisione. Tra l'altro, alla stessa conclusione sembrava già essere giunto, prima di lui, anche Cordero, il quale affermava che “la cosa giudicata penale è simmetrica alla civile [...]; sono istituti processuali, motivati da ovvi calcoli: se ogni affare deciso fosse riesumabile, sarebbe turbato l'equilibrio sociopsichico collettivo”<sup>15</sup>. Per capire meglio la portata del principio, dobbiamo partire dagli istituti del “giudicato” e dell’“irrevocabilità”, dai quali la preclusione discende e dei quali rappresenta l'effetto pratico<sup>16</sup>. Il giudicato, dal latino “*iudicatum*”, rappresenta il *dictum* incontrovertibile e

---

<sup>14</sup> Filippo Raffaele DINACCI, *Processo Penale e Costituzione*, Giuffrè Editore, 2010, p. 553.

<sup>15</sup> Franco CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1223.

<sup>16</sup> Sul punto, James Paul GOLDSCHMIDT in *Materielles Justizrecht. Rechtsschutzanspruch und Strafrecht*, in *Festgabe für Hübler*, Berlin, 1905, p.124, individuava proprio nel divieto di “*ne bis in idem*” l'effetto tipico della cosa giudicata “proprio perché il diritto penale si attua esclusivamente attraverso il

individua la decisione definitiva e irrevocabile emessa dall'autorità giudiziaria. Esso si distingue, seppure la distinzione sia lieve e vengano spesso utilizzati come sinonimi, dalla "cosa giudicata", dal latino "*res iudicata*", che indicava nel processo romano la situazione fatta valere dall'attore, contestata dal convenuto, e sottoposta attraverso il processo alla decisione del giudice. Essa indica dunque il tema del giudizio. Mentre nel periodo del Medioevo si considerava che il giudicato fosse contestuale all'emanazione della sentenza, con Bartolo da Sassoferrato questa concezione muta e si ritiene che la sentenza passi in giudicato quando non venga per tempo impugnata. La riflessione di Bartolo si impone nella cultura giuridica del XIV e XV secolo e si afferma definitivamente nel XVI secolo. Da questa ricostruzione deriva la distinzione tra giudicato formale e giudicato sostanziale<sup>17</sup>. Il primo riguarda l'irrevocabilità della sentenza, e cioè il fatto che la stessa non possa più essere oggetto dei mezzi di impugnazione ordinari ed è disciplinato dall'art. 648 c.p.p.<sup>18</sup>; mentre il secondo riguarda l'immodificabilità della statuizione oggetto della

---

processo (*nulla poena sine iudicio*), il vincolo negativo, inteso come impedimento all'esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto e contro la stessa persona, si presenta come l'unico strumento idoneo al raggiungimento dello scopo".

<sup>17</sup> Queste nozioni sono sviluppate nella Pandettistica tedesca, in particolar modo da Savigny nella prima metà del XIX secolo, il quale giunge alla distinzione tra la cosa giudicata formale e la cosa giudicata sostanziale. Queste indicano rispettivamente l'irrevocabilità della pronuncia e l'efficacia vincolante dell'accertamento. Tale distinzione sarà poi recepita dalla dottrina e giurisprudenza italiana e all'interno del codice del 1930 negli articoli 576 c.p.p. e 90 c.p.p.

<sup>18</sup> Art. 648 c.p.p. "Irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali": "1. Sono irrevocabili le sentenze pronunciate in giudizio contro le quali non è ammessa impugnazione diversa dalla revisione. 2. Se l'impugnazione è ammessa, la sentenza è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporla o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile. Se vi è stato ricorso per cassazione, la

sentenza ed è configurato dall'art. 649 c.p.p.<sup>19</sup> Partendo dall'irrevocabilità, la sentenza, che nasca inoppugnabile o che non venga validamente impugnata per tempo, diventa irrevocabile, cioè espressione di un giudizio non più suscettibile di essere rimesso in discussione. Si parla di sentenza definitiva, poiché il *decisum* non è più modificabile e si esprime anche in termini di consunzione del potere giurisdizionale (“*ne bis in idem sit actio*”), in quanto la sentenza, una volta pronunciata, esaurisce il potere del giudice che l'ha emessa e di qualsiasi altro giudice in ordine a quella regiudicanda<sup>20</sup>. La finalità è quella di evitare che le liti diventino immortali, come già sottolineato dal brocardo latino “*ne lites fiant paene immortales et vitae hominum modum excedant*”<sup>21</sup>, vanificando così la stessa funzione giurisdizionale<sup>22</sup>. L'operatività della preclusione vale anche nelle situazioni di litispendenza, quando non rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 28 c.p.p., che vengono risolte dichiarando l'impromovibilità dell'azione penale nel secondo

---

sentenza è irrevocabile dal giorno in cui è pronunciata l'ordinanza o la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso. 3. Il decreto penale di condanna è irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per proporre opposizione o quello per impugnare l'ordinanza che la dichiara inammissibile.

<sup>19</sup> Alfredo GAITO, *Codice di procedura penale ipertestuale*, II edizione UTET, 2006, p. 2787.

<sup>20</sup> Francesco CALLARI, *op. cit.*, p. 40. Si parla in proposito di “*firmitas iudicati*”, in cui il termine “*firmitas*” assume il significato di autorità e dà quindi alla sentenza passata in giudicato la forza di comando ed il connotato di immutabilità.

<sup>21</sup> Parole di Giustiniano in una costituzione del 530 dal titolo *De iudiciis*, riguardo al problema della durata delle liti. Letteralmente, “affinché le liti non divengano quasi immortali e non oltrepassino la misura della vita umana”.

<sup>22</sup> In tal senso, la Suprema Corte chiarisce che la “proliferazione dell'unico processo” porterebbe a “un'evidente distorsione dell'attività giurisdizionale” (Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati e a., p. 33).

processo, anche in assenza di una sentenza irrevocabile, in applicazione del principio del *ne bis in idem*<sup>23</sup>. La definitività si applica anche al decreto penale di condanna, come stabilito dal terzo comma dell'art. 648 c.p.p. È ormai un dato pacifico che la sentenza di condanna e il decreto penale di condanna siano equiparati da un punto di vista sostanziale, poiché entrambi accertano la responsabilità dell'imputato e gli applicano la relativa sanzione, il che giustifica l'uniformità della disciplina dal punto di vista della definitività e della irrevocabilità.

La sentenza passa quindi in giudicato, tanto che non possa o non possa più essere impugnata attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione, fermo restando quindi la possibilità di esperire i rimedi straordinari quali la revisione, la rescissione del giudicato e il ricorso per Cassazione per errore materiale o di fatto, straordinari in quanto non soggetti a limiti temporali. Ne consegue dunque che l'irrevocabilità è direttamente connessa al passaggio in giudicato il quale, come emerge dalla lettura dell'art. 648 c.p.p., si ha in tre distinte ipotesi: in primo luogo, nel caso di acquiescenza alla decisione o di inerzia delle parti legittimate ad impugnare, nel momento in cui scade il termine per avvalersi dell'impugnazione. In secondo luogo, quando l'impugnazione viene tempestivamente proposta contro la sentenza ma dichiarata con ordinanza inammissibile, ed il termine per presentare ricorso in Cassazione decorre inutilmente per inerzia o acquiescenza. In terzo luogo, quando viene tempestivamente proposto ricorso in Cassazione contro la sentenza di appello (o la sentenza di primo grado quando si tratta di un ricorso "*per saltum*") o contro l'ordinanza che dichiara l'inammissibilità

---

<sup>23</sup> Angelo GIARDA, Giorgio SPANGHER, *Codice di Procedura penale commentato*, IV edizione, 2010, p. 7667.

dell'impugnazione, e la Cassazione rigetta o dichiara inammissibile il ricorso. Infatti, le pronunce della Cassazione, ad eccezione di quelle di annullamento con rinvio, nascono di per sé inoppugnabili, e passano quindi automaticamente *in iudicatum*. Per ciò che concerne il giudicato sostanziale, questo implica di ritenere “vero” ciò che è stato accertato in quella sentenza in relazione a quel soggetto e a quel fatto. Si tratta tuttavia di un giudicato che ha una efficacia limitata a precludere ai giudici di rimettere in discussione quel fatto in relazione a quell'imputato, mentre non ha alcun effetto giuridico vincolante in altri processi penali<sup>24</sup>. Esso non ha neppure alcuna efficacia nei confronti di soggetti rimasti estranei al giudizio. Diversamente invece, la statuizione contenuta nella sentenza civile, ai sensi dell'art. 2909 c.c., “fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa” in qualsiasi altro processo. Giudicato formale e giudicato sostanziale non sono in realtà distinti istituti, bensì due aspetti di uno stesso fenomeno a cui conseguono due effetti: l'effetto preclusivo del giudicato, che si concretizza nel principio del *ne bis in idem*, e l'effetto vincolante appena descritto circa la statuizione contenuta nella sentenza. Un ulteriore effetto del giudicato è quello dell'esecutività: l'art. 650 c.p.p. fa coincidere con il momento dell'irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali di condanna la loro esecutività, ossia la possibilità di essere attuati coattivamente da parte dell'autorità giudiziaria nel caso di mancata ottemperanza all'ordine contenuto, nel provvedimento stesso, da parte della persona interessata. In realtà, più precisamente, si distingue tra

---

<sup>24</sup> Così, Paolo TONINI, *op. cit.*, p. 811: “La sentenza penale irrevocabile non ha, nei confronti di altri processi penali, alcun effetto vincolante. Essa non ha accertato definitivamente l'esistenza di un fatto storico in senso *oggettivo*, bensì *sogettivo*: ha valutato se esso era attribuibile, o meno, a quel determinato imputato. Pertanto, un altro giudice penale è libero di valutare se quel fatto storico è esistito, o meno, e se si è svolto con diverse modalità, perché si tratta di decidere se è attribuibile ad un *altro* imputato”.



sentenze di assoluzione e sentenze di condanna: mentre le prime sono immediatamente esecutive, nel momento in cui le stesse sono pronunciate, e quindi al di là della possibilità ancora aperta di impugnare le medesime; solo le seconde acquisiscono il carattere della esecutività nel momento in cui diventano irrevocabili. Ciò in ottemperanza del principio costituzionalmente tutelato, ex art. 27 Cost., della presunzione d'innocenza sino alla condanna definitiva. Così, ad esempio, mentre l'imputato prosciolto che si trova in stato di custodia cautelare in carcere deve essere immediatamente posto in stato di libertà; l'imputato condannato alla pena della reclusione potrà essere arrestato e portato in carcere solo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza, che acquisisce così i caratteri della definitività e della irrevocabilità, ossia decorsi i termini per l'impugnazione o esperiti inutilmente i rimedi di impugnazione.

Il principio del *ne bis in idem* trova spazio nel nostro ordinamento codicistico sin dal 1865 - disposizioni in merito erano già inserite nel codice di procedura criminale del Regno di Sardegna del 1847 e nel codice subalpino di rito del 1859 -, quando fu scritto il primo codice processuale penale unitario del Regno d'Italia, sostituito poi dai codici del 1913 e del 1930 fino ad arrivare al nostro codice di rito attuale del 1988. Il principio viene ripreso dal legislatore nei vari codici: l'art. 435 del cod. 1913 differisce dall'art. 518 cod. 1865<sup>25</sup> che ricalcava la stessa norma del "*Code d'instruction criminelle*"<sup>26</sup> francese del

---

<sup>25</sup> L'art. 518 Cod. 1865 stabiliva che "l'accusato assoluto, o riguardo al quale siasi dichiarato non esseresi fatto luogo a procedimento, non potrà essere sottoposto a processo, né accusato, pel medesimo fatto".

<sup>26</sup> Il "*Code d'instruction criminelle*" è una raccolta di testi giuridici promulgata nel 1808 in Francia che disciplina la procedura penale francese, sostituita nel 1958 dal "*Code de procédure pénale*". Recita così l'art. 360 del "*Code d'instruction criminelle*": "*Toute personne acquittée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait*".

1808, stabilendo che “l'imputato assolto, anche in contumacia, con sentenza divenuta irrevocabile, non può essere di nuovo sottoposto a procedimento per quel medesimo fatto, neppure se esso venga diversamente definito rispetto a titolo, grado o quantità del reato”. Dall'analisi di questi articoli emerge come il divieto non avesse un valore unitario e generale bensì fosse limitato alle sentenze assolutorie e fosse la realizzazione del principio del *favor libertatis*. Con l'art. 90 del cod. 1930, che trova collocazione nel libro sulle “disposizioni generali”, il legislatore configura il divieto quale strumento per la realizzazione dell'imperatività della legge e della certezza del diritto e modifica il precedente articolo sia riguardo l'efficacia della preclusione nel caso di sentenze di condanna sia riguardo la previsione del “titolo, grado o circostanze”. Recita infatti così il primo comma dell'art. 90: “L'imputato condannato o prosciolto anche in contumacia con sentenza divenuta irrevocabile non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto è disposto negli articoli 17, 89 e 402”. La sua collocazione, nella parte delle “disposizioni generali” del codice, dimostra comunque che il principio del *ne bis in idem* viene inteso dal legislatore del 1930 come una garanzia fondamentale riconosciuta all'imputato sottoposto al procedimento. Diversamente accade invece nell'attuale codice di rito nel quale, nonostante rimanga ferma la funzione garantista del principio, l'articolo dedicato alla preclusione del giudicato penale è collocato nel Titolo I del Libro X, relativo all'esecuzione della sentenza, lasciando intendere una sua portata prettamente processuale e collegata alla

irrevocabilità della sentenza quale sua diretta conseguenza<sup>27</sup>. L'art. 649 c.p.p. riprende sostanzialmente l'art. 90, prevedendo al primo comma che "L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345". L'articolo in questione colma una lacuna del precedente art. 90, prevedendo espressamente l'applicazione del divieto, oltre che alla sentenza, anche al decreto penale divenuto irrevocabile, nonostante che anche prima non si sia mai esclusa una tale applicazione. L'art. 649 c.p.p. sostituisce poi il termine di "inammissibilità" di un secondo giudizio, utilizzato dal legislatore nel codice del 1930, con il termine "divieto": mentre l'inammissibilità si riferiva agli atti del procedimento, ed in particolare all'atto introduttivo dello stesso; il termine divieto pare essere più adeguato all'effettiva portata del principio da intendersi come "assoluto dovere di non fare"<sup>28</sup>. Dalla analisi della norma emerge che, affinché l'effetto preclusivo del giudicato penale trovi applicazione, è necessario che sussistano due elementi: l'identità del soggetto (il quale deve essere chiamato nella medesima veste assunta nel precedente procedimento) e l'identità del fatto, del quale si rinvia la complessa trattazione al capitolo successivo. Solo con la contestuale presenza di questi due elementi, l'efficacia preclusiva del *ne bis in idem*

---

<sup>27</sup> Commento di Pier Paolo RIVELLO, *Rel. Prog.* 1978, p. 501: "dal punto di vista strettamente processuale, il divieto stesso potesse essere configurato solo come un effetto della irrevocabilità e potesse quindi operare quale ostacolo ad un nuovo esercizio dell'azione penale".

<sup>28</sup> Guido GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale*, Giuffrè Editore, Milano, 1968, p. 50.

esplicherà i suoi effetti, impedendo all'autorità giudiziaria di procedere una seconda volta.

## ii. Cenni sul *ne bis in idem* in Europa e nel mondo

La garanzia preclusiva del giudicato penale si ritrova nella *Common Law*, dove appare per la prima volta in modo espresso nel V Emendamento della Costituzione Federale Statunitense del 1787 che recita: “Nessuno potrà essere sottoposto due volte, per uno stesso reato, a un procedimento che comprometta la sua vita o la sua integrità fisica”. La *double jeopardy clause* costituisce una *bill of rights* per i soggetti posti in stato di accusa e rappresenta una scelta dell’ordinamento a favore del sistema accusatorio, rifiutando il processo inquisitorio. La garanzia si atteggia tuttavia in modo differente rispetto al nostro ordinamento: il principio del *double jeopardy* vuole infatti impedire che ci possano essere più tentativi, da parte del *prosecutor*, diretti a conseguire una sentenza di condanna nel corso di uno stesso iter processuale e gli impedisce di impugnare la sentenza di assoluzione. La garanzia del *double jeopardy* si ritrova anche nel diritto anglosassone, dove il principio risale già alla conquista normanna del 1066 che aveva introdotto una norma la quale impediva l’instaurazione di un secondo processo a carico di uno stesso soggetto permettendo all’imputato di avvalersi di un “*plea*” di “*autrefois acquit*” nel caso in cui fosse stato precedentemente prosciolto, o di un “*plea*” di “*autrefois convict*” nel caso di precedente condanna. Il *double jeopardy* ha poi trovato esplicito riconoscimento nel *Criminal Justice Act* del 2003, entrato in vigore nel 2005, che ha tuttavia anche consolidato le eccezioni al principio (considerato talvolta come eccessivamente garantista) elaborate dalla giurisprudenza prima del 2003<sup>29</sup>. Tra l’altro, il *Criminal Justice Act* prevede la possibilità di superare la tutela del divieto di secondo processo per determinati reati “gravi”, elencati alla *Schedule 5*, che hanno un particolare

---

<sup>29</sup> Tra le altre, *Connelly v. DPP* [1964] AC 1254 della *House of Lords*.

impatto sulle vittime e sulla società, tra i quali l'omicidio, il sequestro di persona e la violenza sessuale.

Nei sistemi di *Civil Law*, il principio trova applicazione in numerosi ordinamenti, tra i quali quello francese, quello tedesco e quello spagnolo. Nell'ordinamento francese, il principio deriva dall'art. 8 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 che prevede una regola di garanzia processuale in base alla quale "la legge deve stabilire solo pene strettamente e indubbiamente necessarie, e nessuno può essere punito se non in base ad una legge stabilita e promulgata prima del reato, e legalmente applicata". Successivamente lo stesso principio trova applicazione nel "*Code des délits et des peines*" del 1795 (cd "*code Merlin*"), nel quale la regola appare tre volte negli articoli 67, 255 e 426, che la fanno valere rispettivamente nei casi di archiviazione, di non luogo a procedere e di irrevocabilmente assolto in dibattimento<sup>30</sup>. Il principio viene ripreso poi nell'art. 246 del "*Code d'instruction criminelle*" del 1808 e la sua importanza è ribadita dal giurista Hélie, consigliere alla Corte di Cassazione francese il quale, nel suo *Traité de l'instruction criminelle* del 1848, afferma "*l'autorité de la chose jugée est souveraine; elle est plus forte que la vérité même*"<sup>31</sup>. Infine, trova spazio nel Codice di procedura penale attuale all'art. 368 ai sensi del quale: "Nessuna persona assolta legalmente può essere rinviata a giudizio o accusata per gli stessi fatti, anche se con una diversa qualificazione". Con la pronuncia del *Conseil d'État* del 1958<sup>32</sup> la portata del medesimo principio viene poi estesa anche in ambito amministrativo, sancendo il divieto di doppia

---

<sup>30</sup> Franco CORDERO, *Procedura penale, cit.*, p.1221.

<sup>31</sup> Faustin HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, III, Paris, 1848, p. 524.

<sup>32</sup> "*Arrêt du Conseil d'État du 23 avril 1958, Commune de Petit-Quevilly*".

sanzione amministrativa per il medesimo fatto, e riconoscendo al principio una portata generale nel diritto francese. Nonostante il principio avesse trovato esplicito riconoscimento costituzionale nell'art. 9 della Costituzione del 1791, nella Costituzione del 1958 esso non viene riaffermato e il *Conseil Constitutionnel* non gli ha mai conferito in modo esplicito valore costituzionale. Diversamente invece, in Germania, la preclusione del *ne bis in idem* ha valore costituzionale poiché risulta espressamente dall'art. 103 comma 3 della Legge fondamentale ai sensi della quale “per la medesima azione, nessuno può essere punito più di una volta in base alle leggi penali di carattere generale”. Come risulta dalla lettera della norma, il principio ha portata unicamente penale e non vale, invece, per sanzioni a carattere diverso da quello penale, come per esempio per sanzioni amministrative. Al contrario, in Spagna, la preclusione della doppia sanzione per il medesimo fatto vale sia in ambito penale che amministrativo, e trova implicito riconoscimento nell'art. 25 comma 1 della Costituzione che recita come segue: “Nessuno può essere condannato o sottoposto a sanzioni per azioni od omissioni che al momento in cui si sono verificate non costituivano delitto, contravvenzione o infrazione amministrativa, secondo la legislazione allora vigente”. Benché nel progetto preliminare della Costituzione il legislatore volesse che la preclusione risultasse *expressis verbis* dal testo costituzionale, essa, seppure non appaia espressamente, è sempre stata riconosciuta come principio generale discendente da questa norma dal Tribunale costituzionale spagnolo<sup>33</sup>. Lo stesso Tribunale ha poi riconosciuto, oltre al *ne bis in idem* sostanziale, il

---

<sup>33</sup> Sentenza del Tribunale del 30 gennaio del 1981 che afferma che il principio del *ne bis in idem* “*va intimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución*”. Secondo gli studiosi della sentenza, una stessa azione od omissione

suo valore processuale, con la pronuncia STC 159/1985, poiché implicherebbe, altrimenti, “un’inammissibile reiterazione dello *jus puniendi* dello Stato e, inscindibilmente, un’aperta contraddizione con lo stesso diritto alla presunzione d’innocenza”.

Il divieto di doppia sanzione per lo stesso fatto viene poi sancito nell’art. 4 del Protocollo n.7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Strasburgo nel 1984, rubricato “Diritto di non essere giudicato o punito due volte”, in base al quale “1. Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un’infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell’articolo 15 della Convenzione”. Detto protocollo viene reso esecutivo in Italia con la legge del 9 aprile 1990, n.98 e, a seguito del riconoscimento da parte della Corte costituzionale del rango di “norme interposte”<sup>34</sup> alle disposizioni CEDU<sup>35</sup>, il principio trova così copertura costituzionale nel

---

può costituire un delitto, una contravvenzione o un’infrazione amministrativa, ma non tutte e tre le figure o più di esse contemporaneamente.

<sup>34</sup> Per norma interposta si intende una norma subordinata alla Costituzione e intermedia tra questa e la legge ordinaria.

<sup>35</sup> Con le cc.dd. “sentenze gemelle”, sentenze 248|2007 e 249|2007, della Corte costituzionale, le norme CEDU trovano copertura costituzionale negli “obblighi internazionali” di cui all’art. 117 Cost., violando le



nostro ordinamento. Infatti, il principio del *ne bis in idem* non trova esplicito riferimento nel nostro testo costituzionale, mancando una norma costituzionale ad esso dedicato, ed è quindi per il tramite della norma CEDU che esso ha acquisito un valore superiore a quello della legge ordinaria, non potendo essere semplicemente modificato o abrogato da una legge successiva. La Consulta afferma infatti che: “il nuovo testo dell’art. 117, comma primo, Cost. [...] rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto alle leggi ordinarie successive” e che la eventuale violazione di dette norme genera “questioni di legittimità costituzionale”<sup>36</sup>. Pur non trovando esplicito riferimento il principio si collega a due norme costituzionali, e cioè agli articoli 24 e 111 Cost., potendosi ricondurre sia al diritto alla tutela giurisdizionale, protetto dall’art. 24 Cost., che al principio della ragionevole durata del processo prevista dal secondo comma dell’art. 111 Cost.<sup>37</sup>. Infatti, vi è un collegamento diretto tra l’esigenza di un giudicato

---

quali si viola quindi un parametro costituzionale. L’art. 117, come modificato dalla l. Cost. n. 3 del 2001, recita infatti al primo comma “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”. Si tratta quindi di norme interposte poiché l’incostituzionalità consegue non già alla violazione di una norma costituzionale ma di una norma a cui la Costituzione rinvia espressamente.

<sup>36</sup> Corte cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348.

<sup>37</sup> In tal senso la pronuncia della Corte costituzionale n. 501 del 2000, secondo la quale “tale esigenza di definitività e certezza costituisce un valore costituzionalmente protetto, in quanto ricollegabile sia al diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24 della Costituzione), la cui effettività risulterebbe gravemente compromessa se fosse sempre possibile discutere sulla legittimità delle pronunce di cassazione; sia al principio della ragionevole durata del processo”.

definitivo e quella a che il procedimento si concluda in un tempo ragionevole, poiché in assenza di una pronuncia terminale si avrebbe un processo senza fine<sup>38</sup>.

Un particolare riferimento va alla Germania che, invece, non ha mai ratificato il protocollo. Tuttavia, il livello di tutela offerto dall'ordinamento tedesco stesso può essere equiparato a quello del protocollo europeo, poiché, come abbiamo visto, trova diretta copertura costituzionale ed impedisce, quindi, che il principio possa essere oggetto di modifica da parte di una semplice legge ordinaria successiva. Diversamente, invece, la Francia e la Spagna si sono allineate alle posizioni normative e giurisprudenziali della CEDU e della Corte di Strasburgo. In Francia la portata della norma è stata dapprima limitata alle infrazioni di competenza del tribunale penale, limitazione che è stata poi indebolita a seguito della pronuncia della Corte di Strasburgo *Grande Stevens c. Italia* del 2014 che ne ha ridimensionata la portata influenzando una decisione del *Conseil constitutionnel* del 2015.

Inoltre, il principio trova anche esplicito riconoscimento all'art. 14.7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici<sup>39</sup>, ai sensi del quale “nessuno può essere sottoposto ad un nuovo giudizio o ad una nuova pena per un reato per il quale sia stato già assolto o condannato con sentenza definitiva in conformità al diritto e alla procedura penale di ciascun Paese”<sup>40</sup>. Come nell'art. 4 Prot. 7 CEDU, la preclusione di doppio

---

<sup>38</sup> In questo senso, Elvira Nadia LA ROCCA, *Il ne bis in idem* a cura di Annalisa MANGIARACINA, G. Giappichelli Editore, Torino, 2021, p. 21.

<sup>39</sup> Il Patto internazionale sui diritti civili e politici è stato adottato a New York dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1966 ed è entrato in vigore a livello internazionale nel 1976.

<sup>40</sup> Roberto E. KOSTORIS, *Manuale di Procedura penale europea*, II edizione, Giuffrè Editore, 2016, p. 415.

giudizio per lo stesso fatto vale solo in una prospettiva interna ad ogni singolo Stato e non anche tra diversi Stati.

Infine, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ha sancito, a sua volta, il principio del *ne bis in idem* all'art. 50, mutuando sostanzialmente l'art. 4 Prot. 7 CEDU ed estendendone la portata a tutti gli ordinamenti comunitari. Secondo detto principio "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". Ai sensi dell'art. 50, a differenza dell'art. 4 Prot. 7 CEDU e dell'art. 14.7 del Patto internazionale dei diritti civili e politici, la regola del *ne bis in idem* si applica non solo all'interno di uno stesso Stato membro ma anche tra giurisdizioni di più Stati membri. Si tratta quindi di una garanzia dell'imputato in un'ottica di cooperazione giudiziaria tra Stati che, nello spazio giuridico europeo, impedisce ad uno Stato di procedere nei confronti di un soggetto già definitivamente giudicato da un'autorità giudiziaria straniera. La stessa garanzia, sempre in un'ottica di cooperazione giudiziaria penale, è prevista anche dall'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS) del 1990, resa esecutiva in Italia con la legge n.388 del 1993, ai sensi della quale "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 a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o non possa più essere eseguita secondo la legge della parte contraente". La ratio della previsione è quella di evitare che si vengano ad instaurare, a livello europeo, situazioni di litispendenza, ossia l'avvio di più procedimenti penali paralleli nei confronti della medesima persona per lo stesso fatto, o l'apertura di un nuovo procedimento penale in presenza di un precedente giudicato definitivo da parte di un'autorità "straniera". Si

tratta di una garanzia che discende dal “mutuo riconoscimento” poiché, il divieto di *ne bis in idem*, affinché operi tra Stati diversi, richiede il riconoscimento e l’adeguamento ad un giudicato straniero. Il *ne bis in idem internazionale* è stato espressamente recepito all’interno di alcuni ordinamenti, come ad esempio dal legislatore francese all’art. 692 del codice di procedura francese, ai sensi del quale la preclusione di secondo giudizio opera anche quando la persona è stata definitivamente giudicata in uno Stato estero per gli stessi fatti. La stessa cosa avviene in Olanda, dove il principio viene espressamente riconosciuto nel settore della giustizia penale all’art. 68 del codice penale olandese, ai sensi del quale la preclusione del giudicato penale vale sia per le pronunce nazionali sia per quelle straniere, a prescindere dal *locus commissi delicti*<sup>41</sup>. La medesima previsione manca invece nel nostro ordinamento: l’art. 11 comma 1 c.p. prevede anzi che, nel caso in cui il reato venga commesso nel territorio dello Stato e anche se solo in parte, il cittadino o lo straniero, autore del reato, venga giudicato dall’autorità italiana, anche qualora vi sia un precedente giudizio estero. Se il *ne bis in idem internazionale* impedisce dunque di procedere nei confronti di un soggetto già definitivamente giudicato da un’autorità straniera, lo stesso non si applica tra giurisdizionale statale e giudicato in sede canonica. Così chiarisce la Cassazione penale sez. III, con la pronuncia n. 34576 del 18/05/2021 pronunciandosi nel senso che “nulla osta che il chierico, giudicato in sede canonica per il reato di cui all’art. 609-quater c.p., possa essere giudicato per lo stesso

---

<sup>41</sup> Roberto E. KOSTORIS, *op. cit.*, p. 410.

fatto anche dalla giurisdizione statale”<sup>42</sup>. Infatti, la Corte ha già ribadito più volte<sup>43</sup> come il principio del *ne bis in idem*, non essendo un principio generale del diritto internazionale in grado di prevalere sul principio di territorialità di cui agli artt. 6 e 11 c.p., può far valere il suo effetto preclusivo solo in attuazione di apposite convenzioni, ratificate e rese esecutive tra Stati. Allo stesso modo, la Corte costituzionale ha più volte negato al principio il riconoscimento di un rilievo internazionale<sup>44</sup>. Per questo il divieto non si applica tra giurisdizione statale e giudicato in sede canonica, non essendo, tra l’altro, il *ne bis in idem*, né oggetto di specifici accordi tra l’Italia e la Santa Sede, né facendo parte di convenzioni a cui entrambe aderiscono. Infatti, la Santa Sede non risulta avere aderito né alla Convenzione di applicazione dell’accordo di Schengen (CAAS), né all’Unione Europea. Si esclude quindi l’applicazione sia dell’art. 54 CAAS che dell’art 50 della Carta di Nizza nei suoi confronti.

---

<sup>42</sup> La Cassazione si pronuncia contro il ricorso proposto avverso la sentenza della Corte di Appello di L’Aquila che confermava la sentenza del Tribunale di Pescara di condanna alla pena di anni tre e mesi otto di reclusione per il reato di cui all’art. 609-quater c.p. n.2. Il ricorrente lamentava la violazione del principio del *ne bis in idem* poiché l’imputato era già stato definitivamente giudicato e condannato per i medesimi fatti dalla giurisdizione canonica per violazione dell’art. 6 p.1, comma 1, delle Nuove norme “*De Gravioribus Delictis*”.

<sup>43</sup> Cass., Sez. III, n. 21997 del 13/03/2018, I., Rv. 273158; Cass., Sez. VI, n. 54467 del 15/11/2016, *Resneli*, Rv. 268931; Cass., Sez. I, n. 29664 del 12/06/2014, *Spalevic*, Rv. 260537.

<sup>44</sup> Corte cost. n. 48 del 1967; n. 1 del 1976; n. 10 del 1993.

b. Spiegazione dell'art. 649 c.p.p.

- i. Sentenza e decreto irrevocabile e i casi di sentenza di non luogo a procedere, decreto di archiviazione e riti alternativi

L'art. 649 c.p.p. recita: "L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili", applicando, dunque, la preclusione del *ne bis in idem*, sia al caso in cui il procedimento si sia concluso con una sentenza di proscioglimento o di condanna, sia a quello in cui sia terminato con un decreto penale di condanna, colmando, come visto, una precedente lacuna dell'art. 90 c.p.p. abr. Per "sentenza", si intende il provvedimento con il quale si conclude una fase o un grado del processo e con il quale il giudice esaurisce il proprio potere rispetto a quel caso. Il decreto penale di condanna si ottiene, invece, a seguito della richiesta da parte del pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari di applicazione della pena *inaudita altera parte*, ai sensi dell'art. 459 c.p.p., che prevede i casi di procedimento per decreto. Il giudice decide se accogliere o meno la proposta del pubblico ministero valutando la congruità della stessa. Nel caso in cui accolga la richiesta, il decreto viene notificato all'imputato che ha la possibilità di presentare opposizione entro quindici giorni dalla notifica, a seguito della quale si instaura la fase del dibattimento che si conclude con una sentenza. Il decreto che non sia, invece, oggetto di opposizione non è ricorribile per cassazione e diventa irrevocabile.

In ogni caso, sia la sentenza che il decreto, per rientrare nel campo di applicazione dell'art. 649 c.p.p., devono provenire dall'autorità giudiziaria (non valendo invece una pronuncia emanata "*a non iudice*") e devono essere resi nell'esercizio della giurisdizione penale. Però, il procedimento può anche concludersi con provvedimenti diversi rispetto alla sentenza di proscioglimento o di condanna resa al termine del dibattimento o al decreto

penale di condanna, adottato a seguito del procedimento per decreto; e cioè con provvedimenti che sono emessi in fasi diverse del procedimento o con riti alternativi. In particolare, si tratta del decreto di archiviazione, della sentenza di non luogo a procedere, delle sentenze emesse a seguito del giudizio abbreviato o dell'applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. Ci si domanda quindi se anche queste ultime abbiano il carattere dell'irrevocabilità necessario ai fini dell'applicazione della regola del *ne bis in idem*, che vieta l'instaurazione di un secondo processo o se invece non rientrano nel campo di applicazione della norma.

Per quanto concerne la sentenza di non luogo a procedere, pronunciata dal giudice dell'udienza preliminare al termine di quest'ultima, prevale l'orientamento giurisprudenziale restrittivo che le nega la capacità preclusiva<sup>45</sup>. Le ragioni alla base di detta esclusione sono principalmente due: il provvedimento ex art. 425 c.p.p. non è teoricamente irrevocabile, poiché può essere revocato a seguito del sopravvenire o della scoperta di nuove fonti di prova che possono portare al rinvio a giudizio<sup>46</sup>, e non consegue ad un giudizio di merito<sup>47</sup>. In quanto tale la sentenza formerebbe una sorta di giudicato

---

<sup>45</sup> Cass., Sez. III, 18/1/1994, Bignami in CP, 1994, 1523, 2456: "il principio del *ne bis in idem* è posto dal legislatore con esclusivo riferimento alle decisioni giurisdizionali adottate a carico dell'imputato che siano connotate dal requisito della irrevocabilità, requisito da ritenersi assente per la sentenza di non luogo a procedere per quanto dettato dall'art. 434 del codice stesso".

<sup>46</sup> Art. 434 c.p.p. (Casi di revoca): "1. Se dopo la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere sopravvengono o si scoprono nuove fonti di prova che, da sole o unitamente a quelle già acquisite, possono determinare il rinvio a giudizio, il giudice per le indagini preliminari, su richiesta del pubblico ministero, dispone la revoca della sentenza".

<sup>47</sup> Alfredo GAITO, *op. cit.*, p. 3230.

*rebus sic stantibus*, e cioè condizionato alla immutabilità degli elementi alla base della decisione. La sentenza di non luogo a procedere viene pronunciata dal giudice per motivi di diritto o di fatto: di diritto, quando sussiste una causa che estingue il reato, quando l'azione penale non doveva essere iniziata o proseguita, quando il fatto non è previsto dalla legge come reato, quando l'imputato è sostanzialmente innocente poiché il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso o il fatto non costituisce reato, quando l'imputato non è punibile o quando sussiste la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. Di fatto invece, si applica il non luogo a procedere, quando “gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio”<sup>48</sup>, e cioè quando il dibattimento sarebbe inutile poiché le lacune dell'attività istruttoria non potrebbero essere sufficientemente colmate e il dibattimento non potrebbe portare ad una differente conclusione.

Tuttavia, analizzando letteralmente la norma, il secondo comma dell'art. 649 c.p.p. prevede che solo le decisioni di proscioglimento per mancanza di una condizione di procedibilità consentono di derogare alla preclusione; per cui, anche alla sentenza di non luogo a procedere, una volta diventata inoppugnabile e pronunciata per una causa diversa dall'assenza di una condizione di procedibilità, potrebbe conseguire l'efficacia preclusiva del *ne bis in idem*<sup>49</sup>. Di conseguenza, fin quando non sopravvengono nuove prove idonee a determinare la revoca della sentenza ex art. 425 c.p.p., anche quest'ultima acquista il carattere preclusivo del giudicato ex art. 648 c.p.p. e vieta l'instaurazione di un secondo giudizio. Se così non fosse, il pubblico ministero potrebbe procedere nei confronti dello

---

<sup>48</sup> Art. 425 comma 3 c.p.p.

<sup>49</sup> Fabrizio CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, 1992, p. 89-90.



stesso soggetto per lo stesso fatto senza rispettare il requisito delle nuove fonti di prova, richiesto per revocare la sentenza, ed eludere in questo modo l'art. 434 c.p.p. In questo senso, il Tribunale di Milano afferma quanto segue: “La sentenza di non luogo a procedere non più soggetta a impugnazione impedisce l'esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto, sia pur diversamente qualificato, e contro la medesima persona ove non sia stata revocata nelle forme di legge. [...] Acclarata la attitudine anche della sentenza di non luogo a procedere non impugnata a fondare una preclusione *pro iudicato* e la stabilità della stessa sino alla sua revoca”<sup>50</sup>.

Tra l'altro, l'argomento in base al quale la sentenza ex art. 425 c.p.p. non sarebbe teoricamente irrevocabile non sembra sufficiente a giustificare l'esclusione degli effetti preclusivi poiché non esiste, in realtà, nel nostro ordinamento, un provvedimento che abbia il carattere assoluto dell'irrevocabilità, in quanto anche le sentenze pronunciate in dibattimento che passano in giudicato, rimangono sempre soggette alla possibilità di esperire il rimedio straordinario della revisione. In particolare, è possibile ricorrere al rimedio della revisione non solo quando si può ottenere il proscioglimento del condannato, come stabilito dall'art. 637 c.p.p., ma con l'introduzione dell'istituto della revisione europea, possono essere oggetto del giudizio di revisione anche le sentenze di condanna le quali, pur non potendo portare all'assoluzione dell'imputato, non sono conformi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>51</sup>. La teorica

---

<sup>50</sup> *Sentenza di non luogo a procedere e preclusione “allo stato degli atti”*, Tribunale di Milano, Sez. G.I.P., 21 marzo 2006. Il commento di Enrico Maria MANCUSO, in *Il corriere del merito* n. 8-9/2006, p. 1039.

<sup>51</sup> L'istituto della revisione europea è stato introdotto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna ulteriore rispetto a quelli già previsti, volto a

irrevocabilità della sentenza di non luogo a procedere non può quindi essere la *ratio* alla base dell'esclusione del divieto ex art. 649 c.p.p. alla sentenza stessa. Non manca, infatti, un orientamento giurisprudenziale che pervenga ad una analoga conclusione e riconosca alla sentenza di non luogo a procedere, fermo restando la sua revocabilità in presenza dei requisiti ex art. 434 c.p.p., un effetto preclusivo all'esercizio dell'azione penale<sup>52</sup>.

Spostando invece l'attenzione sul decreto di archiviazione, si ritiene che quest'ultimo non rientri nell'ambito applicativo dell'art. 649 c.p.p., poiché non viene pronunciato in fase procedimentale ed è sempre revocabile quando sopraggiunge l'esigenza di nuove investigazioni<sup>53</sup>. Ad esso, infatti, non può ritenersi applicabile il carattere della irrevocabilità, ex art. 648 c.p.p., necessario ai fini del riconoscimento dell'effetto del *ne bis in idem*, ex art. 649 c.p.p. Per ottenere l'autorizzazione alla revoca è sufficiente che il pubblico ministero esponga una nuova tattica investigativa che può anche, come segnalato nella *Relazione al progetto preliminare* al codice di procedura penale,

---

consentire la riapertura del processo quando ciò risulti necessario al fine di conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Si tratta, pertanto, di un istituto che consente al nostro ordinamento di conformarsi alla Convenzione europea, il cui obiettivo è quello di porre l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato nel processo a suo carico, se detta Convenzione non fosse stata violata.

<sup>52</sup> Cass., Sez. VI, 8/11/1996, Privitera, CP, 1998, 838.

<sup>53</sup> In questo senso, Cass., 21 aprile 1993, Tamburrino, GP 93, III, 576, nel quale la difesa faceva valere la violazione del *ne bis in idem* nel secondo procedimento instaurato a carico dello stesso soggetto, violazione che viene esclusa dalla Cassazione, in quanto, l'imputato non era stato prosciolto nel precedente procedimento ma quest'ultimo era stato semplicemente archiviato, ed in quanto tale non si può invocare la violazione del *ne bis in idem*.

“scaturire dalla diversa interpretazione degli elementi già acquisiti”<sup>54</sup>. Tuttavia, rimane necessaria, come chiarito dalla Corte costituzionale con la pronuncia n. 27 del 12 gennaio 1995, la previa autorizzazione del giudice, ex art. 414 c.p.p., pena la nullità dell’azione iniziata in assenza della medesima e l’inutilizzabilità degli atti compiuti. Afferma chiaramente la Consulta: “Diversamente dal precedente ordinamento processuale, il nuovo codice di rito penale assegna una efficacia (limitatamente) preclusiva al provvedimento di archiviazione, emesso il quale, a norma dell’art. 414, l’inizio di un nuovo procedimento è subordinato a un provvedimento autorizzatorio del giudice” e, ancora, che “in carenza di autorizzazione a riaprire le indagini, è la instaurabilità di un nuovo procedimento e, quindi, la “procedibilità” ad essere impedita”<sup>55</sup>. Si può quindi ravvisare, in questo senso, una sorta di effetto preclusivo scaturente anche dal decreto di archiviazione, al quale effetto consegue che, il nuovo procedimento instaurato, contro la medesima persona per l’*idem factum* oggetto del decreto di archiviazione, senza la necessaria preventiva autorizzazione del giudice, si chiuderà con sentenza che dichiara che l’azione non doveva essere iniziata. Quest’ultimo è l’indirizzo sposato dalla prevalente giurisprudenza che ritiene che vi sia, appunto, una efficacia preclusiva all’esercizio dell’azione penale in presenza di un decreto di archiviazione<sup>56</sup>. Così, la Suprema Corte, alla stregua della pronuncia della Corte costituzionale, ha ribadito che: “devono ritenersi preclusi, in assenza di autorizzazione alla riapertura delle indagini,

---

<sup>54</sup> Paolo TONINI, *op. cit.*, p. 620.

<sup>55</sup> Corte cost., sent. n. 27 del 1995.

<sup>56</sup> Umberto LUCARELLI, *L’istituto del giudicato – Il giudicato penale e i suoi effetti civili*, UTET, 2006, p. 112.

l'instaurazione di un nuovo procedimento e l'esercizio dell'azione penale riguardanti un fatto già oggetto di archiviazione”<sup>57</sup>.

Secondo la dottrina, l'effetto preclusivo si applica inoltre alle sentenze che definiscono il giudizio abbreviato e di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p.<sup>58</sup> In entrambi i casi, ci troviamo di fronte a sentenze che non sono emesse a seguito del dibattimento, poiché si tratta appunto di procedimenti speciali che omettono detta fase, ma che sono pronunciate dal giudice dell'udienza preliminare al termine di quest'ultima. Si tratta quindi di sentenze che vengono adottate senza il pieno contraddittorio nella formazione della prova, ma considerate valide poiché vi è il consenso e, addirittura, la richiesta, dell'imputato. Nonostante che la *littera legis* dell'art. 648 c.p.p. attribuisca il carattere della irrevocabilità alle sole sentenze pronunciate in giudizio, e quindi a seguito della fase dibattimentale, la dottrina lo riconosce anche alle sentenze pronunciate ai sensi degli artt. 438 ss e 444 ss c.p.p., poiché non vi sono ragioni per escludere una tale assimilazione.

Anche la giurisprudenza ritiene pacificamente che la sentenza di patteggiamento rientri nell'ambito applicativo dell'art. 649 c.p.p. Con la recente sentenza del 13 novembre del 2018, il Tribunale di Milano si è pronunciato in ordine ad un'imputazione per “Sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte” ex art. 11 D.Lgs. 74/2000, in merito al quale la difesa chiedeva sentenza di non doversi procedere, applicando l'art. 649 c.p.p., per essere stato l'imputato già giudicato per lo stesso fatto con una sentenza di

---

<sup>57</sup> Cass. Sez. I, c.c. 30.4.1996, n. 2788, dep. 5.6.1996, Zara, in C.E.D., rv.: 205283; Cass. Sez. VI, ud. 11.5.2004, n. 30160, dep. 9.7.2004, Manchisi, in C.E.D., rv.: 229453.

<sup>58</sup> Alfredo GAITO, *op. cit.*, p. 2788.

patteggiamento passata in giudicato. Il Tribunale ha accolto la tesi della difesa dichiarando sentenza di non luogo a procedere, in quanto “è evidente che il fatto storico e concreto che ha originato quel procedimento è lo stesso che ha originato il presente procedimento” ed essendo pacifico che l’imputato “sia già stato giudicato con riferimento all’operazione di elusione fiscale contestata”. La sostanziale coincidenza, anche ai fini dell’applicazione dell’effetto preclusivo del giudicato, tra sentenza di condanna e sentenza di patteggiamento, viene asserita anche dalla Corte di Cassazione, con ordinanza interlocutoria del 10 ottobre 2016, n. 20675, nella quale afferma che “Nell’ordinamento giuridico italiano va assimilata la sentenza di patteggiamento a quella penale di condanna, rivestendone tale sostanziale natura”<sup>59</sup>. Nel caso di specie, la Suprema Corte denuncia la violazione del principio del *ne bis in idem* in riferimento al procedimento penale instaurato a carico del Sg. S. R., per i medesimi fatti per i quali era stata applicata, con sentenza di patteggiamento divenuta irrevocabile, una sanzione amministrativa. È quindi pacifico ritenere che, almeno per quanto riguarda gli effetti preclusivi del giudicato discendenti dall’art. 649 c.p.p., essi si applichino allo stesso modo tanto alla sentenza resa all’esito del giudizio abbreviato e alla sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, quanto alla sentenza pronunciata al termine del dibattimento.

Riguardo invece ai provvedimenti in materia di misure cautelari, è ormai orientamento consolidato in giurisprudenza che, una volta esauriti i mezzi d’impugnazioni, gli stessi abbiano un’efficacia preclusiva endoprocessuale, rispetto alle questioni addotte. Questo indirizzo mette fine a un contrasto formatosi in giurisprudenza tra una parte che negava

---

<sup>59</sup> Ordinanza interlocutoria della V Sezione della Corte di Cassazione del 10 ottobre 2016, n. 20675 con la quale dispone il rinvio degli atti alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

una efficacia preclusiva ai provvedimenti cautelari, affermando l'autonomia tra procedimento cautelare e principale e quindi il carattere non vincolante delle pronunce in materia cautelare per il giudice del procedimento principale, e un'altra parte, che riconosceva l'esistenza del "giudicato cautelare", e in particolare una efficacia preclusiva alle decisioni adottate in sede cautelari, sulla competenza e sull'inutilizzabilità delle prove nell'ambito del giudizio principale. Attraverso più pronunce delle Sezioni unite, si è approdati alla conclusione che vi è una, seppur limitata, preclusione processuale a non dedurre nuovamente una medesima questione già decisa in sede cautelare, senza l'apporto di nuovi elementi. Così, nella sentenza della Cassazione a Sezioni unite del 19 dicembre 2006, si legge che: "È ormai principio consolidato quello che le ordinanze in materia cautelare, quando siano esaurite le impugnazioni di merito e di legittimità previste dalla legge, costituiscono giudicato cautelare allo stato degli atti, con riferimento alle circostanze dedotte esplicitamente e implicitamente, e possono essere modificate o revocate solamente quando siano dedotti elementi nuovi o sopravvenuti, e non semplicemente argomenti e motivi diversi"<sup>60</sup>. La logica è quella di evitare che le stesse questioni possano essere reiterate un numero tendenzialmente illimitato di volte, all'interno di un procedimento incidentale, vanificando le disposizioni in merito alle impugnazioni dei provvedimenti cautelari.

---

<sup>60</sup> Cass., Sez. un., 19 dicembre 2006, n. 14535.

## ii. Eccezioni alla preclusione

Proseguendo nell'analisi dell'art. 649 c.p.p., il primo comma prevede due eccezioni al divieto di instaurazione di un secondo giudizio a carico della medesima persona per lo stesso fatto, attraverso il riferimento agli articoli 69 comma 2 e 345 c.p.p. Per quanto riguarda l'art. 69 co. 2 c.p.p., si tratta del caso di morte dell'imputato erroneamente dichiarata nel corso del primo procedimento, conclusosi con una sentenza pronunciata dal giudice d'ufficio che dichiara la non punibilità dell'imputato, a norma dell'art. 129 c.p.p. L'art. 345 c.p.p. prevede invece il caso dell'imputato irrevocabilmente prosciolti per difetto di una condizione di procedibilità, ossia per mancanza della querela, dell'istanza, della richiesta o autorizzazione a procedere, o di qualsiasi altra condizione necessaria per procedere, che validamente sopravvenga successivamente. Il secondo comma dell'articolo in questione prevede la possibilità di procedere nuovamente contro la stessa persona per lo stesso fatto quando vi è stata sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere ai sensi dell'art. 72bis c.p.p. ("Definizione del procedimento per incapacità irreversibile dell'imputato"), quando lo stato d'incapacità viene meno o è stato erroneamente dichiarato.

Tuttavia, a ben vedere, nonostante la disposizione reciti espressamente "salvo quanto disposto", facendole apparire come eccezioni, non si può parlare effettivamente di deroghe alla preclusione di cui all'art. 649 c.p.p. Infatti, quest'ultima norma presuppone, nel nuovo procedimento, la presenza del medesimo fatto oggetto del primo procedimento, fatto del quale si deve aver avuto un accertamento nel merito da parte del giudice. Ed è proprio questo presupposto che difetta in entrambi i casi: la sentenza, ex art. 129 c.p.p., di estinzione del reato pronunciata per morte dell'imputato e quella, ex art. 345 c.p.p., di proscioglimento per difetto di una condizione di procedibilità, non sottintendono un

accertamento nel merito circa il fatto oggetto del giudizio ma si limitano a constatare la sussistenza delle condizioni, ossia la morte e l'assenza della causa di procedibilità, per l'assoluzione dell'imputato<sup>61</sup>. In quanto tale, in mancanza di cognizione da parte del giudice del primo procedimento in merito a quel fatto, nulla osta a che quel medesimo fatto diventi oggetto di un secondo giudizio a carico del medesimo soggetto, non applicandosi quindi l'effetto preclusivo del precedente giudicato penale<sup>62</sup>.

La presenza di un precedente giudicato già formatosi in merito a quel fatto nei confronti dello stesso soggetto, è rilevabile anche dal giudice d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, ai sensi del secondo comma dell'art. 649 c.p.p. Il giudice dovrà dunque dichiarare, a seconda della fase processuale in cui viene accertata la violazione, una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere. La Cassazione chiarisce<sup>63</sup> che, se invece è la parte ad invocare la violazione del *ne bis in idem* per esistenza di un giudicato *sull'idem factum*, la stessa non emergendo dagli atti, incomberà su quest'ultima l'onere di produrre dinanzi al giudice la sentenza irrevocabile, non essendo invece

---

<sup>61</sup> Giovanni CANZIO, Giovanni TRANCHINA, *Codice di procedura penale*, Tomo II, Giuffrè Editore, 2012, p. 5778.

<sup>62</sup> In questo senso, Franco CORDERO “il proscioglimento per mancanza di una condizione di procedibilità poi avveratasi [...] non ha affatto negato che qualcuno potesse e anzi dovesse procedere, solo che la condizione mancante fosse sopravvenuta” (in *Procedura*, ed. 1987, p. 1061). Nello stesso senso, un'autorevole dottrina sostiene che “lungi dall'introdurre eccezioni al principio del *ne bis in idem*, ne confermino la validità, dal momento che “afferiscono a situazioni nelle quali il procedimento non si è concluso con un giudizio, ma ha solo subito una battuta di arresto, per un ostacolo che ne ha impedito l'ulteriore evoluzione” (A. A. DALIA - M. FERRAIOLI, p. 738)”.

<sup>63</sup> Cass., Sez. VI, 17 giugno 2003 – 16 luglio 2003, n. 29740.



quest'ultimo a dover procedere all'acquisizione. La preclusione del *ne bis in idem* non può tuttavia essere dedotta per la prima volta dinanzi alla Corte di Cassazione, trattandosi di una questione di fatto e non di diritto, di competenza dunque del giudice di merito. Tra l'altro, l'imputato non rimane privo di tutela poiché, come sottolineato dalla Suprema Corte<sup>64</sup>, è sempre possibile far valere la preclusione in sede esecutiva<sup>65</sup>. Qualora la preclusione non venga fatta valere per tempo, e ci si ritrovi quindi con due sentenze penali irrevocabili pronunciate nei confronti del medesimo imputato per lo stesso fatto, il rimedio sarà quello della revisione, esperibile senza limiti di tempo dall'interessato, per contrasto tra giudicati, ai sensi dell'art. 630 lett. a) c.p.p.

---

<sup>64</sup> “[...] il principio non è inconciliabile con l’ipotesi del passaggio in giudicato della sentenza nelle more del giudizio di cassazione, perché il soggetto non rimane senza tutela, potendo far valere la preclusione davanti al giudice dell’esecuzione” (Cass, sez. II, 24 settembre 2004 – 20 ottobre 2004, n. 41069, C.E.D., 230708)

<sup>65</sup> Giorgio LATTANZI, *Codice di procedura penale*, Giuffrè Editore, 2015, p. 2004.

iii. Il requisito soggettivo dell'art. 649 c.p.p.

Come abbiamo detto precedentemente, affinché l'art. 649 c.p.p. trovi applicazione, è necessario che si proceda nei confronti della stessa persona per il medesimo fatto. Si possono quindi individuare due requisiti necessari: uno soggettivo e l'altro oggettivo. Partendo dal requisito soggettivo, la norma richiede che vi sia identità tra il soggetto nei confronti del quale si sia proceduto una prima volta, assolto o condannato con sentenza o decreto irrevocabile, e il soggetto nei confronti del quale vi sia una nuova iniziativa giudiziaria. Infatti, come abbiamo visto, il giudicato penale non ha alcuna efficacia vincolante né nei confronti di terzi concorrenti nello stesso reato rimasti estranei al giudizio, né nei confronti dei giudici dei futuri processi, i quali non sono vincolati a quanto stabilito dalla precedente pronuncia. In proposito, la Corte di Cassazione ha affermato che, in merito al fatto oggetto del primo procedimento: "il giudice chiamato a rivalutare quest'ultimo in relazione alla posizione di altri imputati, concorrenti nel medesimo reato; ed anzi, in caso di assoluzione con sentenza irrevocabile di un imputato, il giudice di separato procedimento a carico di altro imputato, concorrente nel medesimo reato, può rivalutare il comportamento dell'assolto all'unico fine, fermo il divieto del *ne bis in idem* a tutela del soggetto nei cui confronti si è esaurita l'azione penale, di accertare la sussistenza o il grado di responsabilità dell'imputato sottoposto al suo giudizio"<sup>66</sup>. In quanto tale, il giudicato spiega i suoi effetti preclusivi solo nei confronti dell'imputato a cui si rivolge la sentenza e non impedisce dunque che lo stesso o un altro giudice procedano nei confronti di un terzo per il medesimo fatto oggetto della sentenza definitiva. Per di più, il giudice non sarà vincolato a quanto stabilito dal

---

<sup>66</sup> Cass., Sez. I, 16 novembre 1998, *Hass e Priebke*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2229.

giudicato nel precedente giudizio in relazione a quel fatto storico e potrà quindi analizzarlo liberamente, poiché quest'ultimo non ne accerta l'esistenza in senso assoluto ed oggettivo, ma valuta solamente se questo sia attribuibile o meno all'imputato di quel procedimento. Una linea di pensiero riconosce tuttavia una efficacia *erga omnes* al giudicato penale, efficacia che giustifica grazie alla considerazione secondo la quale il giudicato accerterebbe una verità assoluta ed in quanto tale "nel processo penale non si agita soltanto la causa di questo o quell'individuo, ma la causa di ogni cittadino e della società tutta intera"<sup>67</sup>. Sulla scorta di questa concezione si è poi formato un orientamento dottrinale il quale sostiene che, laddove il precedente giudizio si concluda con la formula "il fatto non sussiste", quest'ultimo dovrebbe avere una efficacia *erga omnes*<sup>68</sup>, e cioè l'esistenza del fatto dovrebbe considerarsi esclusa da tutti i giudici in relazione a qualsiasi altro imputato<sup>69</sup>. Secondo detto orientamento, la sentenza di condanna nei confronti di un soggetto diverso per lo stesso fatto verrebbe comunque revocata, a seguito del giudizio di revisione per conflitto di giudicati ex art. 630 lett. a) c.p.p. Questo orientamento non sembra meritare però di essere accolto, in quanto il nostro ordinamento non riconosce in alcuna disposizione una qualsiasi efficacia vincolante esterna al giudicato penale e qualora si seguisse comunque questa tesi, non sembrerebbe neppure giustificato limitare l'efficacia *erga omnes* alla formula "il fatto non sussiste", negandola invece a quelle come

---

<sup>67</sup> Arturo ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, in *Id., Opere giuridiche*, II Edizione, Società ed. del Foro Italiano, Roma, 1932, p. 207.

<sup>68</sup> Giovanni CANZIO, Giovanni TRANCHINA, *op. cit.*, p. 5765.

<sup>69</sup> Così, i sostenitori di questa tesi, ritengono che: "Ciò è evidente: la sentenza che proscioglie con tale formula, finisce in sostanza col costituire la dichiarazione giudiziale che "nessuna persona ha potuto commettere il fatto, perché tale fatto non è mai accaduto"". (VANNINI e COCCIARDI 1986, p. 518).

“il fatto non è previsto dalla legge come reato” o “il reato si è estinto”. Alla stregua di queste osservazioni possiamo quindi concludere nel senso che il giudicato penale è sempre inefficace rispetto ai terzi ed ha una valenza esclusivamente soggettiva<sup>70</sup>.

Bisogna aggiungere inoltre che, affinché vi sia identità soggettiva, è necessario che l'imputato rivesta la stessa veste assunta nel precedente procedimento, e cioè che si abbia una identità di situazioni processuali, potendo invece l'imputato essere chiamato in un nuovo processo, sempre in relazione al medesimo fatto, con una veste diversa. Così, ad esempio, colui che viene chiamato come imputato in un primo procedimento può assumere la veste di responsabile civile per lo stesso fatto in un nuovo giudizio<sup>71</sup>.

Un particolare cenno meritano, infine, le imprese individuali. Come sappiamo, le persone giuridiche, a seguito dell'introduzione, nel nostro ordinamento, del d. lgs. n. 231/2001, sono soggette ad una responsabilità amministrativa dipendente da reato. Infatti, il decreto in questione, superando l'antica regola secondo la quale *societas delinquere non potest*<sup>72</sup>, ha introdotto una responsabilità la cui vera natura -penale, amministrativa o

---

<sup>70</sup> In tal senso, Elvira Nadia LA ROCCA, in *Il ne bis in idem*, afferma che “nel processo penale il giudicato è assoggettato ad una limitazione rigorosa ed inderogabile dei suoi effetti, che rimangono circoscritti esclusivamente alla persona destinataria della decisione, in primis già per evitare l'eventuale ingiustizia che a carico di soggetti terzi, pur compartecipanti in condotte dipendenti da quella giudicata, potrebbe derivare dalla pronuncia resa inter alios. Si accrescerebbe a dismisura l'iniquità del trattamento riservato al terzo che si ritroverebbe a subire, senza possibilità di rimozione, le conseguenze pregiudizievoli di una sentenza pronunciata in un giudizio nel quale non ha avuto nessuna possibilità di partecipazione o intervento” (*Il ne bis in idem* a cura di Annalisa MANGIARACINA, *cit.*, p. 26).

<sup>71</sup> Alfredo GAITO, *op. cit.*, p. 2787.

<sup>72</sup> Si tratta di un brocardo con il quale si escludeva che le persone giuridiche potessero essere soggette ad una responsabilità penale. Detto principio, comune sia agli ordinamenti di common law che a quelli di civil

*tertium genus* rimane ancora oggi una questione aperta, per gli enti giuridici, nel momento in cui l'autore persona fisica del reato, soggetto in posizione apicale o sottoposto dell'ente, ha agito nell'interesse o a vantaggio di quest'ultimo. Ebbene, nel caso delle imprese individuali, nelle quali la persona fisica dell'imprenditore coincide con quella dell'impresa, il decreto in questione non sembra potersi applicare senza una conseguente violazione del divieto di *ne bis in idem*. Infatti, proprio per la sua particolare struttura, l'impresa individuale non sembra potersi assimilare agli altri enti collettivi descritti dall'art. 1 d. lgs. 231/2001, e una sua inclusione nel novero dei soggetti di cui a quest'ultimo articolo, comporterebbe una applicazione estensiva analogica delle norme del decreto in *malam partem*, contraria alla nostra Costituzione. Così afferma la Cassazione con la pronuncia n. 18941 del 22 aprile 2004, nella quale sottolinea che non è ravvisabile l'applicazione del decreto 231/2001 alle imprese individuali, e che quest'ultima esclusione, per i caratteri di diversità che intercorrono tra gli enti collettivi espressamente previsti come destinatari del d. lgs. 231/2001 e le imprese individuali, non comporta una violazione dell'art. 3 Cost. per disparità di trattamento. Conclude infatti la Suprema Corte: "che correttamente il Tribunale di Roma ha escluso che l'ambito soggettivo di applicazione della recente normativa sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di responsabilità giuridica potesse essere esteso alle "imprese individuali". Deve solo aggiungersi che le situazioni poste a raffronto dal ricorrente ("imprese individuali" ed enti collettivi)

---

law, si ritrova, infatti, nella letteratura anglosassone nella quale J.C. Jr. COFFEE affermava che: "*No soul to damn. No body to kick*" (*An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment*, in Michigan Law Review, 1981).

presentano spiccati caratteri di diversità, sicché non è neppure ipotizzabile una disparità di trattamento con violazione dell'art. 3 Cost. In ogni caso, il divieto di analogia in *malam partem* impedisce una lettura, della normativa in esame che, [...], ne estenda le previsioni alle “ditte individuali”: si tratterebbe, infatti, di una interpretazione evidentemente contraria all'art. 25, secondo comma, Cost.”<sup>73</sup>. Tuttavia, una pronuncia della Suprema Corte si pone in contrasto con questo orientamento, poiché sostiene l'applicabilità del decreto n. 231/2001 anche alle imprese individuali, affermando che “non cogliendosi nel testo alcun cenno riguardante le imprese individuali, la loro mancata indicazione non equivale ad esclusione, ma, semmai ad una implicita inclusione nell'area dei destinatari della norma” e dichiarando che “una loro esclusione potrebbe infatti porsi in conflitto con norme costituzionali – oltre che sotto il riferimento aspetto della disparità di trattamento - anche in termini di irragionevolezza del sistema”<sup>74</sup>. Questa soluzione non sembra però meritevole di essere accolta poiché, applicare la responsabilità amministrativa dipendente da reato alle imprese individuali, giustificerebbe la reiterazione dell'esercizio dell'azione penale nei confronti del medesimo soggetto, comportando una palese violazione del divieto ex art. 649 c.p.p. Tra l'altro, la stessa Suprema Corte torna sui suoi passi, con una pronuncia dell'anno successivo nella quale richiama la precedente pronuncia del 2004 ed esclude l'applicazione del decreto alle imprese individuali: “deve rilevarsi [...] che la normativa sulla responsabilità delle persone giuridiche non si applica alle imprese individuali, in quanto si riferisce ai soli soggetti collettivi”<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Cass. pen., Sez. VI, 22 aprile 2004, n. 18941.

<sup>74</sup> Cass., Sez. III, 15 dicembre 2011, n. 15657.

<sup>75</sup> Cass. pen., Sez. VI, 23 luglio 2012, n. 30085.

Per quanto riguarda invece le società unipersonali – società caratterizzate dalla presenza di un unico socio –, anche in questo caso la giurisprudenza non è univoca sull'applicabilità o meno del decreto a queste ultime. Una prima pronuncia della Cassazione riconosce, infatti, l'applicazione della normativa in esame in quanto afferma che la società, quale soggetto di diritto, è a tutti gli effetti soggetto distinto da colui che detiene le quote della stessa. Queste le parole della Cassazione: “Se, pertanto, il presupposto indefettibile per l'applicazione del diritto sanzionatorio degli enti è l'esistenza di un “soggetto di diritto metaindividuale”, quale autonomo centro di interessi e di rapporti giuridici, è certamente ascrivibile al novero dei destinatari del d. lgs. 231 del 2001 anche la società unipersonale, in quanto soggetto di diritto distinto dalla persona fisica che ne detiene le quote”<sup>76</sup>. Con una recente sentenza, invece, la Suprema Corte nega l'applicabilità del decreto alle società unipersonali sulla base del presupposto secondo il quale la normativa di cui al d. lgs. 231/2001 opera laddove vi sia una organizzazione interna complessa all'ente e che, nel caso in cui quest'ultima non ci sia, non vi è una reale distinzione tra la persona fisica e la persona giuridica<sup>77</sup>. Seguendo questo ragionamento, applicare la normativa sulla responsabilità delle persone giuridiche alle società unipersonali comporterebbe una violazione del divieto di *ne bis in idem*. Per concludere, si tratta in entrambi i casi di questioni alle quali non vi è ancora una risposta definitiva e univoca da parte della giurisprudenza di legittimità e per le quali, nel momento in cui si riconosce l'applicazione della normativa del decreto 231/2001, si può porre il problema della violazione del divieto di *bis in idem*.

---

<sup>76</sup> Cass. pen., Sez. VI, 25 luglio 2017, n. 49056.

<sup>77</sup> G.u.p. del Tribunale di Milano, sent. n. 971/2020.

## II) La controversa nozione di medesimo fatto

### a. La nozione di “idem factum”

#### i. Il requisito oggettivo dell’art. 649 c.p.p.

Come abbiamo visto, ai fini dell’applicazione del divieto di un secondo giudizio ex art. 649 c.p.p., è necessario che vi sia, oltre che l’identità di soggetto, anche una identità oggettiva, ossia una identità tra il fatto accertato in un precedente giudizio divenuto irrevocabile e il fatto oggetto del nuovo procedimento instaurato. Infatti, l’art. 649 c.p.p. prevede che l’imputato “non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il *medesimo fatto*”, essendo necessario, quindi, che si proceda nei confronti della medesima persona per lo stesso fatto storico sul quale si è già formato il giudicato. Per quanto riguarda la nozione di medesimo fatto esso richiama alla mente l’art. 521 comma 2 c.p.p., intitolato “Correlazione tra l’imputazione contestata e la sentenza”, ai sensi del quale “il giudice dispone con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero se accerta che il fatto è *diverso* da come descritto nel decreto che dispone il giudizio ovvero nella contestazione effettuata a norma degli articoli 516, 517 e 518 comma 2”. Si tratta di una norma che consente al giudice di modificare la definizione giuridica del fatto rispetto a quella contenuta nell’imputazione, ai sensi del cosiddetto principio *iura novit curia*<sup>78</sup>, e che obbliga il giudice a trasmettere nuovamente gli atti al pubblico ministero, laddove il fatto storico risulti diverso rispetto a quello descritto nel decreto. Tuttavia, l’art. 649 c.p.p. ha una portata diversa rispetto all’art. 521.2 c.p.p.: mentre in questo secondo caso la

---

<sup>78</sup> Si tratta di un antico brocardo latino ai sensi del quale il giudice conosce la legge ed in quanto tale è libero di applicare le norme di diritto che ritiene più adatte al caso, e di dare al fatto la qualificazione giuridica che ritiene più corretta.



diversità del fatto può riguardare anche una “semplice modalità cronologica o topografica”<sup>79</sup>, quest’ultima invece non rileva ai sensi del giudizio in merito all’applicazione del *ne bis in idem*. Infatti, l’art. 521.2 c.p.p. concerne l’ipotesi di una “diversa raffigurazione del medesimo avvenimento”, mentre la preclusione ex art. 649 c.p.p. non opera soltanto laddove vi siano avvenimenti diversi, ed il divieto di un secondo giudizio s’impone ogni qualvolta il fatto sia il medesimo, al di là della descrizione che viene data del tempo, del luogo o dei mezzi dell’azione<sup>80</sup>. Possiamo concludere quindi che si tratta di due norme che fanno riferimento alla medesimezza del fatto storico, ma che operano in ambiti e contesti diversi tra loro<sup>81</sup>. Che cosa debba intendersi per “medesimo fatto” va allora essere ricercato in diverso modo, e l’indeterminatezza della formula utilizzata fa sì che si tratti di una questione tutt’altro che semplice.

Partendo da una analisi letterale della norma in esame, il legislatore prevede che il divieto si applichi anche qualora vi sia, nella nuova imputazione, un mutamento nel titolo, nel grado o nelle circostanze<sup>82</sup>. Per quanto concerne il titolo, si tratta della qualificazione in

---

<sup>79</sup> Gilberto LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VII edizione, G. Giappichelli editore – Torino, 2008, p. 777.

<sup>80</sup> Paolo TONINI, *op. cit.*, p. 983.

<sup>81</sup> Gilberto LOZZI chiarisce la diversità di significato del medesimo concetto utilizzato nelle due norme sostenendo che: “Non v’è dubbio che, nei confronti della persona prosciolta con sentenza irrevocabile dall’imputazione di aver tenuto un certo comportamento in un dato giorno e luogo, non possa essere nuovamente instaurato un processo penale in relazione allo stesso comportamento che si sostiene realizzato in un tempo e luogo diverso. Anzi, si soggiunge, il fatto risulta identico ai sensi dell’art. 649 c.p.p., in ogni caso in cui per l’art. 521 comma 2° c.p.p. lo si sarebbe considerato diverso [...]”. (*op. cit.*, p. 777).

<sup>82</sup> Così, l’art. 649 c.p.p., in merito al fatto, prevede espressamente che questo sia lo stesso “neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze”.

termini giuridici del fatto, e cioè del *nomen juris* che viene attribuito al reato. Così, una nuova qualificazione giuridica del fatto (ad esempio, furto invece che appropriazione indebita), senza un effettivo mutamento dello stesso, non consente di procedere poiché per l'appunto si tratta sempre del medesimo fatto. Tra l'altro, la variazione può riguardare anche l'elemento soggettivo (ad esempio, dolo anziché colpa). Così chiarisce Giovanni Leone nel suo "*Manuale di diritto processuale penale*" (1986): "è evidente che il mutamento dell'elemento psicologico non sposta l'identità del fatto; colui che è stato prosciolto dall'imputazione di un reato doloso non può essere chiamato a rispondere dello stesso fatto a titolo di reato colposo o di reato caratterizzato da dolo specifico, e viceversa; del pari chi è stato assolto con sentenza irrevocabile perché il fatto non costituisce il reato di truffa non può essere sottoposto a nuovo procedimento per lo stesso fatto, considerato come frode in commercio"<sup>83</sup>.

Spostando invece l'attenzione sul termine grado, quest'ultimo riguarda la maggiore o minore gravità del reato o della responsabilità del reo. Tuttavia, il termine è piuttosto ambiguo e più precisamente vi sono due tesi che attribuiscono significati diversi alla parola "grado": per una prima tesi, si tratta dell'ipotesi di aggravamento dell'addebito che non modifica il titolo del reato; secondo altra tesi, si tratterebbe invece della misura dell'evento nei reati progressivi. Così, mentre nel primo caso il grado concernerebbe sostanzialmente il passaggio dalla forma del reato tentato a quella del reato consumato, seguendo la seconda impostazione si avrebbe un mutamento del grado anche nel caso di passaggio da percosse a lesioni o da lesioni a omicidio<sup>84</sup>. Secondo Giovanni Leone, un

---

<sup>83</sup> Giovanni LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, XVII edizione, Jovene, Napoli, 1986, p. 736.

<sup>84</sup> Francesco CAPRIOLI, Daniele VICOLI, *op. cit.*, p. 85.

ulteriore ipotesi che può determinare il cambiamento di grado, è il passaggio da reato di pericolo a reato di danno: “così se taluno sia stato giudicato per un reato di pericolo non può essere chiamato successivamente a rispondere di un reato di danno”<sup>85</sup>.

Infine, per quanto riguarda le circostanze, si fa riferimento alle c.d. “*accidentalia delicti*”, cioè quegli elementi accidentali che non contano ai fini dell’esistenza del reato ma ne determinano solo una maggiore o minore gravità, incidendo sul *quantum* della pena. Così, ad un soggetto giudicato per un reato in forma semplice, non può essere contestato lo stesso reato commesso con la presenza di una o più circostanze aggravanti o attenuanti. Tra l’altro, come sostenuto da Antonio Pagliaro, “il termine circostanze sembra usato in senso tale da comprendere non solo le aggravanti e le attenuanti, ma anche ogni altra modifica dell’accadimento, la quale determini un mutamento della norma sostanziale applicabile”<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Giovanni LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 740.

<sup>86</sup> Antonio PAGLIARO, *Fatto* (dir. Proc. Pen.), in *Enc. Dir.*, XVI edizione, 1967, p. 964.

## ii. Le diverse concezioni di “medesimo fatto”

L'individuazione del significato da attribuire al concetto di “medesimo fatto” è essenziale ai fini dell'identificazione dell'ambito applicativo del divieto, poiché a seconda del senso che si attribuisce a detto concetto, si amplia o si restringe il campo operativo della preclusione. L'ampiezza della nozione di “identità dei fatti” è direttamente proporzionata all'ampiezza del divieto; sicché un'interpretazione ampia del concetto di *idem factum* comporta una più vasta operatività della preclusione e, di conseguenza, maggiori garanzie per il soggetto imputato. Al contrario, più la nozione di *factum* si restringe, e meno l'imputato sarà tutelato poiché la preclusione non troverà spazio applicativo e non proibirà l'instaurazione di un secondo processo penale. Al fine, quindi, di individuare il significato del concetto in esame, sono soccorse giurisprudenza e dottrina, prospettando plurime interpretazioni circa la sua effettiva accezione.

Per quanto riguarda la formulazione letterale della norma, possiamo presumere che il legislatore abbia voluto dare rilevanza, ai fini dell'applicazione della preclusione in esame, alla sola condotta del soggetto agente, ritenendo quindi irrilevante, nel giudizio sulla medesimezza del fatto, gli ulteriori elementi del reato, quali l'evento o il nesso di causalità. Infatti, come visto, il divieto di *bis in idem* opera anche laddove il fatto sia diverso nel grado. Considerato che un mutamento nel grado possa significare diversità nell'evento del reato -basti pensare al passaggio dal reato tentato al reato consumato, nei quali rispettivamente l'evento non si realizza e si realizza- si può desumere che l'evento non rileva ai fini della valutazione della nozione di “fatto”. Quest'ultima è la tesi della dottrina tradizionale che considera, infatti, irrilevante la modificazione dell'evento naturalistico che consegue alla condotta ai fini dell'operatività della preclusione del *ne*

*bis in idem*<sup>87</sup>. In particolare, quello che viene preso in considerazione ai fini dell'applicabilità della preclusione, è il nucleo essenziale del fatto storico, da intendersi cioè unicamente come la condotta posta in essere da parte del soggetto agente<sup>88</sup>. Tra l'altro, con il riferimento alla variazione del titolo, è lo stesso legislatore a rendere irrilevante la qualificazione giuridica del fatto. Si tratta quindi di una concezione di *idem factum* inteso in senso storico-naturalistico. Questa nozione, elaborata e sostenuta dalla dottrina che si basa sull'analisi letterale della norma, da un lato esalta la ratio della “quiete penalistica”, poiché amplia la sfera operativa del divieto ed è quindi più favorevole per l'imputato, dall'altro si allinea con la lettera della previsione normativa nella parte in cui prevede l'irrelevanza del mutamento di titolo, grado e circostanze, valorizzando quindi la dimensione naturalistica dell'istituto.

Tuttavia, anche la stessa dottrina non è unanime riguardo alla questione e, più precisamente, si sono distinte due tesi riguardo alla nozione di fatto storico: una prima posizione considera il fatto come la “condotta esteriore [...] che fu presa in considerazione nella precedente sentenza”<sup>89</sup>, e cioè tiene in considerazione il movimento corporeo, o l'inerzia del soggetto agente valutato nel precedente giudizio. Una seconda posizione considera il fatto, invece, nella c.d. “fattispecie giudiziale”<sup>90</sup>, che si ottiene

---

<sup>87</sup> Francesco CAPRIOLI, Daniele VICOLI, *op. cit.*, p. 85.

<sup>88</sup> Così sostiene Franco CORDERO, secondo il quale, l'art. 649 c.p.p. “esclude i dati [...] variando i quali muterebbero “titolo”, “grado”, “circostanze”; resta un nucleo identificato dalla condotta” (*Procedura penale*, 2012, p. 1206).

<sup>89</sup> Antonio PAGLIARO, *op. cit.*, p. 964.

<sup>90</sup> Giuseppe DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi alla cosa giudicata penale*, in RIDPP, 1960, p. 202.

attraverso il processo mentale di sussunzione<sup>91</sup> con il quale il giudice fa rientrare la fattispecie concreta, ossia la condotta effettivamente realizzata da parte del soggetto agente nell'esperienza concreta, nella fattispecie astratta descritta dalla norma incriminatrice. La prima è una concezione naturalistica del fatto, per la quale si tiene conto della condotta quale azione o omissione del soggetto agente, mentre la seconda è a metà tra la dimensione naturalistica e quella legale. Infatti, secondo la teoria legale, si dovrebbe prendere in considerazione quello che astrattamente viene descritto dalla norma incriminatrice alla quale la fattispecie concreta viene ricondotta. La questione viene così riassunta da Lozzi: "La discussione verte essenzialmente sul punto se il fatto debba essere inteso in senso naturalistico oppure in senso normativo. In altri termini, si tratta di stabilire se il fatto sia un determinato comportamento visto nella sua individualità storica, prescindendo, quindi, dalla valutazione giuridica del comportamento stesso, oppure se si risolva proprio in una valutazione siffatta e, cioè, nel concetto di fattispecie legale"<sup>92</sup>. Secondo Lozzi, considerare il fatto in una dimensione puramente storica non è una soluzione da accogliere poiché la medesimezza verrebbe meno ogni qualvolta che i fatti presi in considerazione dai giudici non sono gli stessi, anche nelle ipotesi in cui la divergenza non abbia alcuna rilevanza giuridica (è il caso, ad esempio, di una sentenza ingiusta che non rispecchia correttamente il contenuto del dato storico). Allo stesso modo,

---

<sup>91</sup> Il giudizio sussuntivo è un giudizio che viene svolto dal giudice, attraverso il quale quest'ultimo, una volta fissate le caratteristiche del fatto storico oggetto del procedimento, mediante l'interpretazione dei parametri giuridici, verifica se dette caratteristiche coincidono con le qualità della fattispecie normativa, in modo tale da ricondurre la fattispecie concreta nella fattispecie astratta.

<sup>92</sup> Gilberto LOZZI, *Profili di una indagine sul rapporto tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 39.

egli rifiuta la concezione normativa poiché, a suo avviso, questa sarebbe incompatibile con il dato letterale della norma nella parte in cui fa riferimento al “titolo”. Considerando l’irrelevanza della mutevolezza del titolo, si considera che il cambiamento della qualificazione giuridica non comporti la diversità del fatto. Lozzi prospetta, quindi, di seguire una soluzione intermedia, appunto quella della “fattispecie giudiziale”, a metà strada tra la dimensione naturalistica e la dimensione normativa. Infatti, come visto, la fattispecie giudiziale non fa riferimento unicamente a quanto scritto astrattamente dal legislatore, ma si concretizza nella rappresentazione del fatto storico che viene compiuta dal giudice. Rispetto alla fattispecie normativa, riporta quindi più elementi della condotta concreta, senza però basarsi puramente sul dato storico, come vorrebbe la concezione naturalistica.

In ogni caso, però, risulta che la dottrina sia unanime nel considerare che, nel giudizio sulla medesimezza del fatto ai fini dell’operatività del divieto, l’elemento che deve rimanere invariato tra un procedimento e l’altro è quello della condotta. Per quanto riguarda la nozione stessa di “condotta”, quest’ultima viene chiaramente definita da Lozzi come il “comportamento del soggetto nei confronti del mondo esterno che risulti in contrasto con una norma giuridica, comportamento che potrà assumere una forma positiva (azione) o negativa (omissione)”<sup>93</sup>.

Questa concezione tradizionale del fatto inteso unicamente come condotta finiva, tuttavia, per apparire inadeguata a far fronte a determinate situazioni e cioè ipotesi nelle quali l’applicazione del divieto di *ne bis in idem* portava a conseguenze assurde. Prendiamo il caso, ad esempio, di una sentenza irrevocabile avente per oggetto una

---

<sup>93</sup> Gilberto LOZZI, *Profili di una indagine, cit.*, p. 47.

contravvenzione stradale e l'instaurazione, a carico della medesima persona, di un secondo procedimento per omicidio colposo causato dalla stessa condotta già oggetto del precedente giudicato: il procedimento per omicidio colposo sarebbe vietato dall'art. 649 c.p.p., poiché quella condotta sarebbe già oggetto di un giudizio per contravvenzione stradale, non rilevando in alcun modo la diversità dell'evento morte, e cioè il successivo sviluppo eziologico di quella condotta. Ancora, basti pensare al caso in cui una persona, con un'unica condotta materiale, cagioni la morte di due soggetti: la sentenza che intervenga con riferimento ad una sola delle due vittime impedirebbe l'instaurazione del procedimento per la morte dell'altra vittima. Così, per superare simili applicazioni assurde del divieto, la dottrina è giunta alla conclusione secondo la quale, in determinate ipotesi, non bisogna considerare solo la condotta ma anche l'elemento materiale sul quale la stessa ricade, e cioè l'oggetto fisico sul quale l'azione o l'omissione incide materialmente. In questo senso, Cordero sostiene che: “nell'art. 649 “fatto” significa condotta: e questa struttura nucleare include l'oggetto fisico, dove ne esista uno (reati cosiddetti materiali); le condotte transitive sono individuate da ciò su cui cadono”, e che: “il colpito da N non era P ma Q (corpi diversi: interessa l'identità fisica, indipendentemente dai nomi): i “fatti” sono due, radicati nella stessa azione od omissione; e così quando la condotta a cui è seguito l'evento x [...], avulsa dagli effetti, configuri un reato concorrente [...]; o causi eventi distinti”<sup>94</sup>.

Riprendendo gli esempi fatti, la decisione sulla contravvenzione stradale, in quanto reato di pura condotta, non impedisce l'instaurazione di un procedimento per omicidio colposo in quanto quest'ultimo è legato all'evento “morte”; del pari, la sentenza a carico di un

---

<sup>94</sup> Franco CORDERO, *Procedura penale, cit.*, p. 1224.



soggetto per la morte di una persona, non è di ostacolo all'esercizio dell'azione penale nei confronti della medesima persona per la morte di una vittima diversa da quella della sentenza precedente, anche quando entrambi gli eventi "morte" sono stati causati dalla medesima condotta.

Per superare le stesse conseguenze assurde, la giurisprudenza è invece pervenuta a diversa soluzione, prospettando la rilevanza, nella valutazione sulla medesimezza del fatto, della triade della condotta, dell'evento naturalistico e del nesso di causalità. Così, per la giurisprudenza, la medesimezza del fatto dovrebbe valutarsi sulla base della coincidenza di tutti gli elementi che compongono la fattispecie, e cioè appunto della condotta, del nesso di causalità e dell'evento. Si tratta quindi di una valutazione del "medesimo fatto" in una dimensione legale, che tiene conto non solo del fatto storico, come accade nella dimensione storico-naturalistica sostenuta dalla dottrina; ma di tutte le componenti della fattispecie così come prevista nel diritto penale. Infatti, per il diritto penale sostanziale, il reato è un fatto antiggiuridico, colpevole e punibile; ed il fatto risulta essere composto da più elementi oggettivi che "individuano e caratterizzano ogni singolo reato come specifica forma di offesa a uno o più beni giuridici"<sup>95</sup>. Il fatto ha quindi più componenti che possono riassumersi nella condotta, ossia nell'azione o nell'omissione posta in essere dall'autore del reato, nei presupposti della condotta, nell'evento o negli eventi che derivano dalla condotta, nel rapporto di causalità tra la condotta e l'evento, nell'oggetto materiale sul quale ricade la condotta, nell'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice e, nel caso dei reati propri, anche nelle qualità o nelle relazioni giuridiche

---

<sup>95</sup> Giorgio MARINUCCI, Emilio DOLCINI, Gian Luigi GATTA, *Manuale di Diritto penale*, Parte generale, VIII edizione, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 211.

o di fatto che sono richieste in capo al soggetto agente. Nella prospettiva della dimensione legale, questi elementi vengono tutti ad assumere rilevanza, poiché la coincidenza della condotta nel giudizio conclusosi con un giudicato definitivo e il nuovo procedimento, non è sufficiente a giustificare l'applicazione della preclusione ex art. 649 c.p.p.

b. La nozione di stesso fatto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea

i. Il *ne bis in idem* internazionale

La questione del significato da attribuirsi alla nozione di “medesimo fatto” è stata oggetto di varie pronunce da parte delle corti europee che si sono interrogate a loro volta sull'effettiva portata di questo termine controverso e quindi sul reale ambito applicativo della preclusione del *ne bis in idem*. Queste pronunce risultano essere fondamentali all'interno dell'ordinamento italiano, dato il valore che le fonti europee hanno acquisito nel nostro sistema giuridico, talvolta prevalendo addirittura sulle fonti di diritto interno. Infatti, oltre all'espresso riconoscimento costituzionale della prevalenza delle norme e dei trattati dell'Unione europea rispetto al diritto interno, l'art. 34 n. 2 lett. b del Trattato sull'Unione europea prevede che le Decisioni Quadro, adottate dal Consiglio dell'Unione europea, “sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi” e la Corte di giustizia UE ha chiarito che “il carattere vincolante delle decisioni quadro [...] comporta, in capo alle autorità nazionali, ed in particolare ai giudici nazionali, un obbligo di interpretazione conforme nel diritto nazionale”<sup>96</sup>. Ne discende quindi, per il giudice nazionale, un obbligo di interpretare il diritto interno in modo conforme alla normativa europea e cioè, laddove vi siano dubbi sul significato da attribuire ad una norma nazionale, il giudice dovrà scegliere quello maggiormente conforme al diritto dell'Unione europea, fermo restando l'inattaccabilità dei principi generali del diritto. Per quanto riguarda il diritto processuale penale, se è vero che ogni Paese ha una sua propria

---

<sup>96</sup> C. Giust. CE, 16 giugno 2005, causa C-105/03 in proc. Pupino.

disciplina interna, vi è, in contempo, un insieme di fonti che costituiscono il c.d. “diritto processuale penale europeo”, che rappresenta un meccanismo di cooperazione sovranazionale tra gli Stati e serve a riconoscere un *vulnus* di garanzie e diritti inviolabili per l’individuo a livello processuale. Tra le diverse fonti possiamo individuare la Carta di Nizza, alla quale è stato riconosciuto lo stesso valore giuridico dei trattati dell’Unione europea, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo, la Convenzione europea di estradizione<sup>97</sup> e la Convenzione europea per l’assistenza giudiziaria in materia penale<sup>98</sup>; a queste si aggiungono le giurisprudenze della Corte europea dei diritti dell’Uomo e della Corte di Giustizia, quest’ultima, sebbene non sia direttamente vincolante per gli Stati membri rimasti estranei al giudizio, diventa un punto di riferimento e un criterio interpretativo per tutti gli Stati per i casi futuri. Proprio all’interno di dette fonti di diritto internazionale, troviamo il principio del *ne bis in idem* previsto al fine di assicurare il divieto di instaurazione di un secondo procedimento a carico della stessa persona per il medesimo fatto, non solo all’interno dei singoli stati membri ma anche in un’ottica transnazionale. Quest’ultimo, prima di trovare esplicito riconoscimento, come visto nel primo capitolo, nell’art. 4 del VII Protocollo aggiuntivo alla Convenzione dei diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali, nell’art. 54

---

<sup>97</sup> La Convenzione europea di estradizione è un trattato di estradizione firmato a Parigi il 13 dicembre 1957 dai Paesi membri del Consiglio d’Europa, aperto successivamente anche all’adesione da parte di Paesi non membri del Consiglio d’Europa.

<sup>98</sup> La Convenzione europea per l’assistenza giudiziaria in materia penale è un trattato firmato a Strasburgo il 20 aprile 1959 dai Paesi membri del Consiglio d’Europa con il quale le parti si obbligano ad “accordarsi reciprocamente [...] l’assistenza giudiziaria più ampia possibile in qualsiasi procedura concernente reati” (art. 1 della Convenzione), al fine di rendere più rapida ed efficace la cooperazione in materia penale.

dell'Accordo di Schengen CAAS, nell'art. 50 della Carta di Nizza e negli artt. 3 comma 1 n. 2<sup>99</sup> e 4 comma 1 n. 3<sup>100</sup>, seconda parte, della Decisione Quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002 sul mandato d'arresto europeo, era già stato contemplato dall'art. VI della Convenzione tra gli Stati partecipanti al Trattato NATO firmata il 19 giugno 1951 a Londra, dagli artt. 53, 54 e 55 della Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi firmata il 28 maggio 1970 all'Aja, dalla Risoluzione del Consiglio d'Europa sull'applicazione del *ne bis in idem* in materia penale del 16 marzo 1984 e dalla Convenzione europea sul *ne bis in idem* firmata il 25 maggio 1987 a Bruxelles. Nell'ottica di armonizzazione delle legislazioni processuali-penalistiche, queste fonti di diritto internazionale prevedono appunto il c.d. "*ne bis in idem internazionale*", per impedire il rinnovo dell'esercizio dell'azione penale a carico di una persona già definitivamente giudicata per lo stesso fatto con una sentenza "straniera",

---

<sup>99</sup> Recita l'art. 3 comma 1 n. 2 della Decisione Quadro 2002/584/GAI del Consiglio d'Europa, derubricato "Motivi di non esecuzione obbligatoria del mandato di arresto europeo": "L'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione (in prosieguo: "autorità giudiziaria dell'esecuzione") rifiuta di eseguire il mandato d'arresto europeo nei seguenti casi: [...] 2) se in base ad informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro di condanna".

<sup>100</sup> Art. 4 comma 1 n. 3 della Decisione Quadro 2002/584/GAI del Consiglio, derubricato "Motivi di non esecuzione facoltativa del mandato di arresto europeo": "L'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo: [...] 3) se le autorità giudiziarie dello Stato membro dell'esecuzione hanno deciso di non esercitare l'azione penale per il reato oggetto del mandato d'arresto europeo oppure di porvi fine, o se la persona ricercata ha formato oggetto in uno Stato membro di una sentenza definitiva per gli stessi fatti che osta all'esercizio di ulteriori azioni".

pronunciata da parte di un'autorità giudiziaria di un ordinamento diverso da quello per cui si vorrebbe nuovamente procedere. In Italia, in origine, non si ravvisava alcuna efficacia preclusiva alla sentenza penale estera, sulla base dell'art. 11 c.p. ai sensi del quale, quando il reato è stato commesso in tutto o in parte nel territorio dello Stato, "il cittadino o lo straniero è giudicato nello Stato, anche se sia stato giudicato all'estero". Tuttavia, quest'ultima norma mal si concilia con l'istituto dell'extradizione, poiché quest'ultimo presuppone la libera circolazione delle sentenze straniere. Tra l'altro, l'art. 10 Cost. prevede espressamente la prevalenza delle fonti internazionali su quelle nazionali ("L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute") e l'art. 739 c.p.p. stabilisce che qualora una sentenza straniera sia già stata riconosciuta in Italia ai fini dell'esecuzione, "il condannato non può essere estradato né sottoposto di nuovo a procedimento penale nello Stato per lo stesso fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze". Sulla base di queste disposizioni, il nostro ordinamento sembra dover riconoscere l'operatività della preclusione del *ne bis in idem* anche in caso di sentenze pronunciate all'estero. Infatti, la Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europea relativa all'applicazione del principio *ne bis in idem*, conclusa a Bruxelles il 25 maggio 1987 e ratificata dall'Italia con L. 16.10.1989 n. 350, prevede espressamente all'art. 1<sup>101</sup> il riconoscimento reciproco dell'effetto del *ne bis in idem* alle decisioni

---

<sup>101</sup> Art. 1 Conv. eur. *ne bis in idem*: "Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in uno Stato membro non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un altro Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente, o, secondo la legge dello Stato di condanna, non possa più essere eseguita".

giudiziarie straniere e impedisce ad uno Stato di procedere contro una persona già condannata in un altro Stato aderente per il medesimo fatto. Tuttavia, la preclusione *de qua* subisce numerosi limiti ed eccezioni enunciati dall'articolo successivo<sup>102</sup>. In quanto tale, l'effettivo riconoscimento del principio avviene, piuttosto, con l'entrata in vigore dell'Accordo di Schengen e con la ratifica della "Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen" nel 1990. Questo accordo ha contribuito in maniera significativa alla nascita di uno "Spazio giudiziario europeo" fondato su una reciproca cooperazione giudiziaria, attraverso la previsione di istituti quali, come visto in precedenza, l'assistenza giudiziaria in materia penale e l'extradizione, il principio del *ne bis in idem* e l'esecuzione delle sentenze penali straniere. L'art. 54 CAAS, come visto, prevede espressamente il principio del *ne bis in idem*, che diventa quindi operativo per tutti gli Stati che hanno ratificato la Convenzione. Presupposto indefettibile ai fini dell'operatività del *ne bis in idem internazionale* è, tuttavia, che gli Stati in questione abbiano ratificato la Convenzione, non potendo invece essere applicata la preclusione

---

<sup>102</sup> Infatti, il nostro ordinamento si è avvalso di tutte le limitazioni previste dall'art. 2 Conv. eur. *ne bis in idem* ai sensi del quale: "Uno stato membro può, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della presente convenzione, dichiarare di non essere vincolato dall'art. 1 in uno o più dei casi seguenti: a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio, in tutto o in parte. In questo ultimo caso questa eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio dello stato membro nel quale la sentenza è stata pronunciata; b) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quello stato membro; c) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quello stato membro in violazione dei doveri del suo ufficio". Attraverso queste restrizioni, vengono messi in rilievo i principi di territorialità e di difesa di un ordinamento.

quando la sentenza straniera venga adottata da un Paese che non l'ha ratificata. In particolare, si è sottolineato come “il significato della sottoscrizione dell'art. 54 Accordo di Schengen, risiede precisamente nell'accettazione, da parte di ciascun Stato contraente, del principio della parificazione della sentenza definitiva emessa da un altro Stato contraente, a quella pronunciata dalle proprie autorità-giudiziarie, in determinate ipotesi convenzionalmente stabilite”<sup>103</sup>, riconoscendo così anche in Italia l'operatività del *ne bis in idem internazionale*.

Il dibattito giurisprudenziale tra le Corti comunitarie attorno alla questione del “medesimo fatto” si è venuto a creare proprio per la diversità dei termini utilizzati dalle varie norme comunitarie. Infatti, mentre il sopra menzionato art. 54 CAAS parla di “medesimi fatti”, l'art. 50 CDFUE utilizza il termine “reato” e l'art. 4 Prot. 7 CEDU la parola “infrazione”. Così, sia la Carta di Nizza che la Convenzione Edu sembrano implicare il riferimento alla qualificazione giuridica degli atti, poiché entrambi i termini “reato” e “infrazione” rinviano alle fattispecie astratte e quindi a tutti gli elementi costitutivi del reato. Invece, l'art. 54 CAAS, con la nozione di “medesimi fatti” sembra fare allusione unicamente alla condotta storica, prescindendo dalla sua qualificazione giuridica. Da qui nasce lo scontro tra il criterio dell'*idem legale* e quello dell'*idem factum*, ai sensi dei quali si devono, rispettivamente, confrontare le fattispecie astratte descritte dalle norme incriminatrici e valutare unicamente il fatto storico. Intorno a queste due diverse prospettive, si è sviluppata una lunga giurisprudenza sia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo che da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale risulta essere però, rispetto alla prima, più uniforme nel tempo.

---

<sup>103</sup> Alfredo GAITO, *Codice di Procedura penale commentato*, IV edizione, UTET, 2012, p. 3877.



ii. Dall’*idem legale* all’*idem factum* nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo

La Corte di Strasburgo si è pronunciata più volte riguardo al tema del *ne bis in idem* prendendo, a partire dalla fine degli anni '90 e nel corso degli anni successivi, diverse posizioni riguardo al significato da attribuire alla nozione di medesimo fatto. Il primo caso in cui la questione viene esplicitamente esaminata è nel 1995, quando il signor Gradinger, cittadino austriaco, a seguito di un incidente stradale che causa la morte di un ciclista, viene sottoposto a due procedimenti: il primo amministrativo, per guida in stato di ebbrezza (la presa di sangue eseguita subito in ospedale rileva un tasso alcolemico di 0,8 g/l), l’altro penale, per omicidio colposo aggravato dalla guida in stato di ebbrezza. Nel caso *Gradinger c. Austria*<sup>104</sup>, il sig. Gradinger lamenta davanti alla Corte la violazione dell’art. 6 paragrafo 1 della Convenzione per il fatto di non rispettare il diritto ad un tribunale “indipendente ed imparziale”<sup>105</sup> rispetto all’autorità amministrativa giudicante, e la violazione del principio del *ne bis in idem* ex art. 4 Prot. 7 CEDU. I giudici di Strasburgo concludono all’unanimità la violazione tanto dell’art. 6 par. 1, quanto dell’art. 4 Prot. 7, evidenziando come il sig. Gradinger avrebbe subito due procedimenti, seppure di natura e con sanzioni diverse, per la medesima condotta concreta e valorizzando la dimensione strettamente naturalistica del fatto storico. In questa pronuncia, la Corte dà quindi rilevanza all’*idem factum* piuttosto che all’*idem legale*,

---

<sup>104</sup> Corte EDU, Chamber, *Gradinger c. Austria*, 23 ottobre 1995, n. 15963/90.

<sup>105</sup> Art. 6 CEDU “Diritto a un equo processo”: “1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale [...]”.

guardando l'identità del fatto nella sua dimensione concreta senza tener conto degli aspetti normativi<sup>106</sup>.

Questa prima presa di posizione non è però destinata a durare. Nel successivo caso, *Oliveira c. Svizzera*<sup>107</sup> del 1998, la Corte propende invece per una diversa soluzione. I giudici riconoscono, infatti, la possibilità di giudicare in procedimenti distinti due reati provenienti dal medesimo fatto storico. Nel caso di specie, si tratta di un concorso formale dei reati di violazione delle norme sulla circolazione stradale per mancanza di controllo del veicolo e di lesioni colpose per negligenza. Questa volta, la Corte di Strasburgo ritiene che non vi sia violazione dell'art. 4 Prot. 7 poiché i fatti, nonostante originino dalla stessa condotta, sono tra loro distinti e questo non proibisce quindi di giudicarli in procedimenti diversi. In questo caso, l'art. 4 viene letto nell'ottica dell'*idem legale* poiché ciò che rileva, ai fini dell'operatività del *ne bis in idem*, non è la sola condotta storico-naturalistica bensì i fatti come descritti dalle disposizioni di legge.

La rilevanza dell'*idem legale* viene nuovamente ribadita dalla Corte nell'anno successivo, con la pronuncia *Ponsetti e Chesnel c. Francia*<sup>108</sup>, in una prospettiva ancora più restrittiva. Nel caso di specie vengono applicate sanzioni amministrative e penali per il mancato pagamento di somme fiscali: le sanzioni amministrative vengono irrogate per l'omissione a titolo di colpa, mentre quelle penali sanzionano la medesima condotta, come frode fiscale, ritenendo sussistente anche una responsabilità a titolo di dolo. Lo stesso fatto

---

<sup>106</sup> Conclude infatti così la Corte: "Ciononostante, le due decisioni controverse si fondano sul medesimo comportamento. Pertanto, c'è stata violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7". Caso *Gradinger c. Austria*, 23 ottobre 1995, n. 15963/90.

<sup>107</sup> Corte EDU, Chamber, *Oliveira c. Svizzera*, 30 luglio 1998, n. 25711/94.

<sup>108</sup> Corte EDU, III Sez., *Ponsetti e Chesnel c. Francia*, 14 settembre 1999, n. 36855/97 e 41731/98.

storico viene quindi sanzionato due volte e la Corte esclude che vi sia una violazione dell'art. 4 Prot. 7 poiché l'elemento soggettivo è diverso: "Le due condanne risultano dall'applicazione di due disposizioni del codice generale delle imposte che riguardano delle infrazioni ben diverse, delle quali gli elementi costitutivi differiscono. L'infrazione fiscale sanziona unicamente la mancata dichiarazione delle imposte nel termine stabilito, mentre l'infrazione penale incrimina il carattere volontario dell'omissione". Dall'esclusione dell'applicazione del divieto ex art. 4 Prot. 7, si può dedurre in questo caso un'applicazione, da parte dei giudici di Strasburgo, ancora più rigida del criterio dell'*idem legale*. Infatti, escludere l'identità dei fatti in quanto l'elemento soggettivo richiesto dalle due disposizioni è diverso, fa sì che appaia chiaro che i giudici facciano riferimento ai fatti così come descritti dalle norme incriminatrici e non invece ai fatti concreti.

Successivamente, nel 2001, il criterio dell'*idem legale* viene mantenuto nel caso *Franz Fischer c. Austria*<sup>109</sup>, dove viene però abbandonata una simile rigidità nell'applicazione del principio. Nel caso di specie, il sig. Franz Fischer, dopo aver investito un ciclista rimasto mortalmente ferito, va via senza fermarsi per dargli assistenza e si consegna alla polizia solo più tardi quella notte. L'autorità amministrativa lo condanna alle pene dell'ammenda per varie infrazioni stradali e della multa per la guida in stato di ebbrezza e l'anno successivo viene dichiarato colpevole dal Tribunale regionale di St. Pölten - confermato poi dalla Corte di Appello- di omicidio colposo per aver causato la morte del ciclista per negligenza. Il sig. Fischer lamenta davanti alla Corte europea la violazione dell'art. 4 Prot. 7 per essere stato punito due volte per il medesimo fatto ed in particolare

---

<sup>109</sup> Corte EDU, III Sez., *Franz Fischer c. Austria*, 29 maggio 2001, n. 37950/97.

per la guida in stato di ebbrezza, oggetto sia della multa sia della sanzione penale poiché viene considerata come circostanza speciale. La Corte, riprendendo il criterio utilizzato nella sentenza *Oliveira c. Svizzera*, esclude la violazione poiché sostiene che si tratti, anche in questo caso, di un'unica condotta che costituisce vari reati. Osserva la Corte come la formulazione dell'art. 4 non si riferisca allo "stesso reato" ma piuttosto al nuovo giudizio e alla nuova punizione per un reato per il quale il ricorrente è già stato definitivamente assolto o condannato. In quanto tale, quando diversi reati si basano su un unico atto e sono perseguiti consecutivamente, uno dopo che sia intervenuta la decisione definitiva dell'altro, la Corte deve valutare se tali reati abbiano o meno i medesimi elementi essenziali. La medesima sottolinea come, appunto, mentre nel caso *Gradinger* gli elementi essenziali coincidono, la stessa cosa non può dirsi nel caso *Oliveira* e questo giustifica l'esclusione dell'operatività dell'art. 4 in quest'ultimo caso. Nel caso di specie, i giudici riconoscono la violazione dell'art. 4 in quanto sostengono che gli elementi essenziali delle due fattispecie non differiscono e, pertanto, che è stata applicata una doppia punizione per lo stesso fatto.

Con il caso *Garretta c. Francia*<sup>110</sup> del 2008, la Corte dà rilievo a nuovi elementi i quali, sempre nell'ottica dell'*idem legale*, prima non venivano presi in considerazione. In primis, i giudici esaminano il disvalore delle fattispecie, osservando come le infrazioni del caso in esame, ossia omicidio volontario per avvelenamento e frode sulle qualità sostanziali dei prodotti sanguigni, non hanno il medesimo disvalore: mentre una delle infrazioni è punibile con una pena nel massimo di due anni di reclusione, l'altra è punita con la pena di trent'anni di reclusione ed è soggetta al giudizio della Corte di Assise. Un

---

<sup>110</sup> Corte EDU, V Sez., *Garretta c. Francia*, 4 marzo 2008, n. 2529/04.

secondo elemento che assume rilievo nel giudizio sull'identità dei fatti è il bene giuridico tutelato dalle norme: in un caso, si tratta della fiducia della controparte contro il rischio di frode, nell'altro, si tutela l'integrità fisica della vittima. Infine, la Corte prende in esame la colpevolezza richiesta dalle fattispecie: mentre una norma richiede il dolo volontario consistente nell'intenzione di uccidere, quest'ultima difetta del tutto nell'altra norma nella quale l'intenzione è solo quella di indurre in errore. Alla luce di queste osservazioni, i giudici di Strasburgo escludono la violazione dell'art. 4 Prot. 7 poiché le due infrazioni non presentano gli stessi elementi essenziali e in quanto tale non possono considerarsi "medesimo fatto" ai sensi del citato articolo. Si tratta quindi di una nuova prospettiva dell'*idem legale* (vi è sempre un raffronto astratto delle fattispecie ma gli elementi che vengono valutati sono diversi), che tuttavia non trova ulteriore seguito nelle successive pronunce della Corte europea.

La Corte europea cambia tuttavia rotta, passando da una valutazione dell'identità dei fatti alla luce del criterio dell'*idem legale* a quello dell'*idem storico-naturalistico*, ossia dell'*idem factum*, con la sentenza *Zolotukhin c. Russia*<sup>111</sup>, nella quale recepisce l'orientamento consolidatosi nelle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Nel caso di specie, il sig. Zolotukhin, cittadino russo, viene accusato di illeciti amministrativi a danno di funzionari di polizia (per aver pronunciato oscenità nei loro confronti, per aver ignorato le loro richieste, per aver tentato di scappare, ecc...) e viene perseguito penalmente per "resistenza ad un pubblico ufficiale di fronte ad una violazione di ordine pubblico", aggravato dalla minaccia di far uso di violenza contro un pubblico

---

<sup>111</sup> Corte EDU, I Sez., *Zolotukhin c. Russia*, 7 giugno 2007 – Grand Chamber, 10 febbraio 2009, n. 14939/03.

ufficiale. Il sig. Zolotukhin, a seguito della duplice condanna, ricorre dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo per lamentare la violazione dell'art. 4 Prot. 7 per essere stato perseguito due volte per lo stesso reato. I giudici di Strasburgo, richiamando i vari approcci giurisprudenziali che si sono venuti a creare sulla questione dell'identità dei fatti da parte della medesima Corte, sostengono che il termine "reato" utilizzato nell'art. 4 non giustifica una interpretazione restrittiva del principio del *ne bis in idem*, che tiene conto anche della qualificazione giuridica dei fatti, e che la norma deve essere letta alla luce del principio di effettività, in modo tale che il diritto in esso sancito non rimanga solo astratto e teorico. Sulla base di queste considerazioni, la Corte riconosce, nel caso in questione, la violazione dell'art. 4 Prot. 7 poiché "I fatti dei due reati devono [...] essere considerati come sostanzialmente gli stessi per le finalità di cui all'articolo 4 del protocollo n. 7". Si tratta quindi di un vero e proprio *revirement* da parte della Corte di Strasburgo, che accoglie in questo modo una interpretazione più garantista del principio, riconoscendo all'individuo una effettiva protezione dei suoi diritti, ed in particolare non solo del diritto a non essere punito due volte ma anche di quello a non essere perseguito o condannato due volte per lo stesso fatto.

Questa impostazione verrà seguita anche nelle successive pronunce da parte della medesima Corte, come nel celebre caso *Grande Stevens e altri c. Italia*<sup>112</sup>, nel quale viene confermato il criterio dell'*idem factum*, così come nei casi *Muslija c. Bosnia Erzegovina*<sup>113</sup> e *Tomasović c. Croazia*<sup>114</sup>. Infatti, nella pronuncia *Grande Stevens e altri*

---

<sup>112</sup> Corte EDU, II Sez., *Grande Stevens c. Italia e altri 4 ricorsi*, 4 marzo 2014, n. 18640/10.

<sup>113</sup> Corte EDU, IV Sez., *Muslija c. Bosnia Erzegovina*, 14 gennaio 2014, n. 32042/11.

<sup>114</sup> Corte EDU, I Sez., *Tomasović c. Croazia*, 18 ottobre 2011, n. 53785/09.

c. *Italia*, la Corte, richiamando il caso del sig. Zolotukhin, ribadisce l'irrelevanza del confronto tra fattispecie astratte nel giudizio sulla medesimezza del fatto, dando invece rilievo alla dimensione storica e concreta dell'episodio. Quest'ultima stabilisce infatti che "La Corte, pertanto, deve esaminare la causa dal punto di vista dei fatti descritti nelle suddette esposizioni, che costituiscono un insieme di circostanze fattuali concrete a carico dello stesso contravventore e indissolubilmente legate tra loro nel tempo e nello spazio" e che "la questione da definire non è quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti [...] siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti [...] fossero riconducibili alla stessa condotta". Da queste argomentazioni, si deduce quindi la prevalenza del criterio della condotta ed il dovere per i giudici di interpretare la medesimezza dei fatti sulla base del criterio dell'*idem factum*.

iii. La nozione di stesso fatto nella giurisprudenza dell'Unione europea

Come già detto, anche la Corte di Giustizia delle Comunità europee si è pronunciata in più occasioni sulla portata del principio del *ne bis in idem*. Dapprima in modo piuttosto uniforme rispetto al significato da attribuire all'art. 54 CAAS, e solo dopo, con il riconoscimento attraverso l'art. 6 del Trattato UE dei diritti della Carta di Nizza, sono sorti dubbi interpretativi rispetto all'art. 50 CDFUE ed in particolare riguardo al suo coordinamento con l'art. 54 CAAS.

La competenza della Corte di Giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale circa l'interpretazione dell'art. 54 CAAS trova il suo fondamento nell'art. 19 del Trattato sull'Unione europea, ai sensi del quale quest'ultima si pronuncia "in via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione o sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni". L'*acquis* di Schengen, essendo stato integrato nel diritto dell'Unione europea, rientra quindi nella competenza della Corte di Lussemburgo per l'interpretazione delle sue norme. Come già sottolineato, l'esatta determinazione della nozione di "medesimo fatto" è essenziale ai fini dell'implementazione del principio del *ne bis in idem*, il quale, per poter essere applicato nel caso concreto, è subordinato all'accertamento da parte dei giudici dell'identità dei fatti. I giudici nazionali, ben consapevoli dell'importanza di individuare il corretto significato da attribuire a questa formulazione ambigua e polisemantica, hanno a più riprese investito i giudici del Lussemburgo della questione pregiudiziale circa l'esatta individuazione del significato della stessa. Infatti, solo dopo aver determinato chiaramente la corretta accezione della nozione di "stesso fatto", si può valutare l'identità



dei fatti oggetto dei due giudizi e applicare, se del caso, la preclusione che vieta l'instaurazione di un secondo giudizio.

In un prima celebre sentenza, la Corte di Giustizia accoglie il criterio dell'*idem factum*, in relazione al *ne bis in idem* transnazionale, ritenendo irrilevante nel giudizio sulla medesimezza dei fatti la qualificazione giuridica e il bene giuridico protetto dalla disposizione. Si tratta del caso *Van Esbroeck*<sup>115</sup>, nel quale la questione circa la corretta interpretazione dell'art. 54 CAAS, rimessa alla Corte, sorge a seguito dell'instaurazione di un procedimento penale in Belgio a carico del sig. Leopold Henri Van Esbroeck per traffico di stupefacenti, dopo che il sig. Van Esbroeck sia stato condannato ad una pena di cinque anni di reclusione per importazione di stupefacenti da un tribunale della Norvegia ed avesse già scontato parte della pena. Così, le questioni che vengono rimesse alla Corte di Lussemburgo sono, in via pregiudiziale, se un giudice belga possa applicare l'art. 54 CAAS nei confronti di un soggetto perseguito in Belgio per i medesimi fatti per i quali è già stato giudicato e condannato con sentenza definitiva da un tribunale norvegese e, nel caso in cui quest'ultima questione venga risolta in modo affermativo, "se l'art. 54 CAAS, letto in combinato disposto con l'art. 71<sup>116</sup> della stessa Convenzione,

---

<sup>115</sup> Corte di Giustizia UE, II Sez., *Van Esbroeck*, 9 marzo 2006, C-436/04.

<sup>116</sup> L'art. 71 dell'Acquis di Schengen reprime la cessione, la detenzione, l'esportazione e la cessione/fornitura/consegna delle sostanze stupefacenti e psicotrope. Recita come segue: "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

debba essere interpretato nel senso che fatti punibili costituiti dal possesso ai fini dell'esportazione e dell'importazione degli stessi stupefacenti [...], e che sono perseguiti rispettivamente come esportazione e importazione in vari Stati che hanno firmato la CAAS o che hanno attuato ed applicato l'Acquis di Schengen, vadano considerati come "i medesimi fatti" ai sensi del precitato art. 54". Per quanto riguarda la prima questione, questa viene definita in termini positivi poiché, nonostante che la CAAS non fosse ancora in vigore in Norvegia al momento dei fatti, ciò che assume rilievo è che fosse in vigore nello Stato in cui si era instaurato il secondo procedimento a carico del medesimo soggetto, ossia il Belgio, poiché è in quest'ultimo Stato che l'art. 54 deve essere applicato. Riguardo invece la seconda questione, i giudici di Lussemburgo osservano come il termine "medesimi fatti", utilizzato dall'art. 54, fa riferimento "all'aspetto materiale dei fatti in causa, restando esclusa la loro qualificazione giuridica" e come l'art. 54 implica una fiducia reciproca tra le parti contraenti circa i rispettivi sistemi di diritto penale, per cui "ne deriva che l'eventualità di qualificazioni giuridiche divergenti dei medesimi fatti in due Stati contraenti diversi non può ostare all'applicazione dell'art. 54 della CAAS" e che "per gli stessi motivi, il criterio dell'identità dell'interesse giuridico tutelato non può essere accolto, essendo tale interesse variabile da uno Stato contraente all'altro". Così, ad avviso dei giudici della Corte di Giustizia europea, il criterio dell'*idem legale* finisce per scontrarsi con la mancanza di un'armonizzazione a livello comunitario delle legislazioni penali dei vari Stati. Una sua applicazione comporterebbe una drastica riduzione dell'operatività del principio del *ne bis in idem*, ogniqualvolta gli Stati contraenti

---

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 prodotti e sostanze [...]"

utilizzino un diverso *nomen juris* per lo stesso fatto. Conclude dunque la Corte: “Alla luce di quanto sopra, l’unico criterio pertinente ai fini dell’applicazione dell’art. 54 della CAAS è quello dell’identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete e inscindibilmente collegate tra loro”.

Alla medesima conclusione giunge la Corte di Lussemburgo nel caso *Van Straaten*<sup>117</sup>, nel quale viene rimessa di nuovo alla Corte la questione circa la corretta interpretazione dell’art. 54 CAAS, sempre in relazione al traffico di stupefacenti. Nell’interpretare il termine “medesimi fatti”, i giudici rimandano a quanto statuito nella sentenza *Van Esbroeck*, richiamando la rilevanza della medesimezza dei fatti materiali. Tra l’altro, viene sottolineato come i fatti debbano essere considerati gli stessi anche quando non vi è una perfetta identità (nel caso di specie non si richiede che i quantitativi di stupefacenti dei reati dei due Stati interessati siano i medesimi), quando risulta che per la loro natura i fatti siano “inscindibilmente collegati” nel tempo, nello spazio e riguardo al loro oggetto. Anche nel caso *Gasparini*<sup>118</sup>, il quale verte sulla possibilità di applicare l’art. 54 CAAS alle ipotesi in cui la sentenza passata in giudicato sia una sentenza di assoluzione per intervenuta prescrizione del reato, i giudici di Lussemburgo si uniformano alle sentenze *Van Esbroeck* e *Van Straaten* nell’interpretazione dell’art. 54 della Convenzione, ricordando la mancanza di armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati contraenti. Di nuovo, il criterio dell’*idem factum* viene ribadito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Kretzinger*<sup>119</sup>, nella quale la Corte stabilisce che “L’art. 54 della convenzione di

---

<sup>117</sup> Corte di Giustizia UE, I Sez., *Van Straaten*, 28 settembre 2006, C-150/05.

<sup>118</sup> Corte di Giustizia UE, I Sez., *Gasparini*, 28 settembre 2006, C-467/04.

<sup>119</sup> Corte di Giustizia UE, II Sez., *Kretzinger*, 18 luglio 2007, C-288/05.

applicazione dell'Accordo di Schengen dev'essere interpretato nel senso che: il criterio pertinente ai fini dell'applicazione del detto articolo è quello dell'identità dei fatti materiali, inteso come esistenza di un insieme di fatti inscindibilmente collegati tra loro, indipendentemente dalla qualificazione giuridica di tali fatti o dall'interesse giuridico tutelato".

Così, osserviamo come la Corte di Lussemburgo, nell'interpretare l'art. 54 CAAS, ha elaborato una propria nozione di "medesimi fatti", impermeabile alle norme nazionali degli Stati interessati nelle controversie. Infatti, nel giudizio sull'identità dei fatti, essa esclude che la soluzione possa essere quella di rifarsi alle norme dell'ordinamento dello Stato in cui il divieto deve essere applicato o dello Stato nel quale si è ottenuta la prima sentenza definitiva. Così facendo, infatti, si finirebbe per dare al diritto, inteso come garanzia individuale, una applicazione variabile, poiché ogni volta l'operatività del divieto sarebbe rimessa alla nozione di "*idem*" accolta dall'ordinamento interessato, venendo meno, così, le esigenze di certezza del diritto e la stessa ratio garantista del principio. L'adesione al criterio dell'*idem factum* rappresenta, quindi, una conseguenza diretta di un'interpretazione della norma conforme al suo obiettivo, ossia la cooperazione e la libera circolazione dei cittadini tra gli Stati membri.

La situazione cambia, però, quando il principio del *ne bis in idem* assume il rango di vero e proprio diritto fondamentale attraverso l'art. 50 della Carta di Nizza. Infatti, come visto, quest'ultima disposizione enuncia il principio utilizzando una diversa formulazione rispetto alla disposizione della CAAS e questo solleva delicati problemi di coordinamento tra le due norme. In primis, occorre rilevare che l'art. 52 CDFUE sulla portata e l'interpretazione dei diritti e dei principi della medesima Carta prevede che, laddove quest'ultima contempla dei diritti corrispondenti a quelli previsti dalla Convenzione

EDU, “il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione”. Sul rapporto tra l’interpretazione del *ne bis in idem* da parte della Corte EDU e dalla Corte di Giustizia, inizialmente i giudici di Lussemburgo non prendono posizione: così, nella sentenza *Fransson*<sup>120</sup>, nella quale la Corte viene interrogata in via pregiudiziale sull’interpretazione del principio del *ne bis in idem* nel diritto UE, sorto in merito a procedimenti penali in Svezia per frode fiscale aggravata nei confronti del sig. Åkerbeg Fransson, già condannato al pagamento di sovrattasse per il medesimo comportamento oggetto del procedimento penale instaurato dal Pubblico ministero, la stessa, richiamando la struttura del principio come elaborata dalla Corte EDU, non valuta la legittimità del doppio binario sanzionatorio in materia fiscale oggetto della questione. Con la sentenza *Spasic*<sup>121</sup>, la Corte di Giustizia afferma la piena compatibilità tra l’art. 54 CAAS e l’art. 50 CGUE<sup>122</sup> ed utilizza un criterio unico per il *ne bis in idem* nazionale e quello transnazionale, rifacendosi all’approccio ermeneutico dei giudici della Corte EDU. In più recenti sentenze del 2018<sup>123</sup>, i giudici di Lussemburgo accolgono nuovamente, in

---

<sup>120</sup> Corte di Giustizia UE, Gr. Sez., 26 febbraio 2013, C-617/10.

<sup>121</sup> Corte di Giustizia UE, Gr. Sez., 27 maggio 2014, Causa C-129/14.

<sup>122</sup> Nel caso di specie, la questione rimessa alla Corte riguardava la compatibilità dell’art. 54 CAAS con l’art. 50 della Carta nella parte in cui subordina l’applicazione del principio alla condizione che “in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato di condanna, non possa più essere eseguita”. I giudici di Lussemburgo, dichiarandone la piena compatibilità, affermano che l’art. 54 CAAS è compatibile con l’art. 50 perché la limitazione da esso contenuta rientra nelle condizioni stabilite dall’art. 52 par. 1.

<sup>123</sup> Corte di Giustizia UE, 20 marzo 2018, *Menci*, Causa C-524/15; Corte di Giustizia UE, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate SA*, Causa C-537/16; Corte di Giustizia UE, 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca*, Cause C-596/16 e C-597/16.

relazione al *ne bis in idem* nazionale, la nozione di “*idem factum*” a scapito dell’*idem* legale, riaffermando quanto statuito nelle precedenti sentenze in merito al *ne bis in idem* transnazionale<sup>124</sup>. Possiamo quindi concludere nel senso che, sia la Corte EDU sia la Corte di Giustizia, nell’interpretare il principio del *ne bis in idem*, accolgono la nozione di “*idem factum*”, rimettendo l’applicazione della preclusione alla valutazione dell’identità della condotta storico-naturalistica.

---

<sup>124</sup> Si legge nella sentenza della Corte di Giustizia UE, 20 marzo 2018, *Menci*, Causa C-524/15, a proposito della identità dei fatti, che quest’ultimi devono essere “intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete, inscindibilmente collegate tra loro, prescindendo dalla qualificazione giuridica fornita dal diritto nazionale” atteso che “la qualificazione giuridica, in diritto nazionale, dei fatti e l’interesse giuridico tutelato non sono rilevanti ai fini della constatazione della sussistenza di uno stesso reato”.

c. Le posizioni di dottrina e giurisprudenza e l'interpretazione della Corte costituzionale

i. Gli orientamenti di dottrina e giurisprudenza prima dell'intervento della Corte costituzionale

Mentre la dottrina, nell'interpretare la nozione di “medesimo fatto”, dà rilievo alla dimensione storico-naturalistica della condotta, e dalla lettera della norma emerge che per medesimo fatto si debba intendere medesima condotta, la giurisprudenza è giunta invece ad una diversa conclusione per giustificare quelle ipotesi, già esaminate in precedenza, nelle quali l'applicazione del divieto di *ne bis in idem* porterebbe altrimenti a conseguenze assurde. Secondo detta soluzione, il fatto dovrebbe essere considerato non solo rispetto alla condotta ma anche rispetto all'evento ed al nesso di causalità. Infatti, la giurisprudenza ha affermato che, affinché operi il divieto ex art. 649 c.p.p., è necessaria la coincidenza di tutte le componenti delle fattispecie oggetto dei due procedimenti, e cioè, perché vi sia identità dei fatti, devono corrispondere la condotta, l'evento ed il nesso di causalità. Così, nella sentenza Donati, pronunciata dalle Sezioni Unite della Cassazione, i giudici, confermando l'orientamento della medesima Corte in precedenti pronunce, affermano che, a proposito dell'art. 649 c.p.p.: “detta locuzione è stata costantemente intesa come coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta oggetto dei due processi, onde il “medesimo fatto” esprime l'identità storico-naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta, nell'evento e nel rapporto di causalità, in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona”<sup>125</sup>. Secondo la Cassazione, infatti, nulla impedisce che un fatto, oggetto di un

---

<sup>125</sup> Cass., Sez. un., *Donati*, 28 settembre 2005, n. 12, n. 27085/04.

precedente giudizio, sia rivalutato in un successivo procedimento che ha ad oggetto un diverso reato, poiché “non può non rilevarsi che il fatto che ha costituito presupposto di precedente condanna divenuta irrevocabile non può [...] considerarsi storicamente accertato in modo irretrattabile; irretrattabile è la verità del legale del fatto reato, non la verità reale del fatto storico”<sup>126</sup>. Così, il fatto storico sul quale è intervenuta una sentenza definitiva, può essere liberamente preso in considerazione dal giudice in un diverso giudizio relativo ad un altro reato. Questa tesi, però, pare non tener conto della lettera dell’art. 649 c.p.p., nella parte in cui prevede che il divieto operi anche nel caso di mutamento del titolo, del grado o delle circostanze del reato. La giurisprudenza della Cassazione sembra, infatti, aver implicitamente abrogato la previsione della norma sul grado, ritenendo che una condanna definitiva per lesioni colpose non impedisca che la medesima condotta possa essere oggetto di un diverso procedimento, a carico dell’*eadem persona*, per omicidio colposo (Cass., sez. IV, 8/05/1987, Mari). Sulla stessa lunghezza d’onda si pongono più recenti sentenze della Suprema Corte, anteriori alla pronuncia della Consulta, che non impediscono l’instaurazione di un procedimento per omicidio a seguito di una condanna definitiva per lesioni colpose scaturenti dal medesimo fatto storico. È il caso, ad esempio, di una pronuncia del 2014<sup>127</sup>, nella quale i giudici escludono l’operatività della preclusione ex art. 649 c.p.p., con riguardo al reato di omicidio preterintenzionale, oggetto del procedimento instaurato a seguito della morte della persona offesa, quest’ultima essendo sopravvenuta dopo la condanna del soggetto agente per la medesima condotta, per il reato di lesioni personali. I giudici ritengono infatti che,

---

<sup>126</sup> Cass., Sez. IV, *Mari*, 8 maggio 1987, RIDPP, 1990, 1629.

<sup>127</sup> Cass. pen., Sez. V, 30 ottobre 2014, n. 52215 (rv. 261364).



essendo diverso l'evento materiale nelle due fattispecie, la nuova azione penale non viola il principio del *ne bis in idem* poiché, mutando l'evento del reato, il fatto non può considerarsi il medesimo. Nella prospettiva della *littera legis* invece, la previsione dell'irrilevanza del cambiamento del titolo o del grado del reato ai fini dell'operatività della preclusione di un secondo giudizio, vieterebbe di procedere una seconda volta nei confronti del medesimo soggetto, già condannato definitivamente per lesioni colpose, per il reato di omicidio. Infatti, considerando il fatto unicamente come condotta attuata da parte del soggetto agente, si deve ritenere che, essendo in questo caso la condotta unica, le due fattispecie siano pienamente sovrapponibili.

Tra l'altro, anche la stessa giurisprudenza non è unanime nel dare rilievo alla triade "condotta, evento e nesso di causalità", in quanto, mentre la giurisprudenza maggioritaria ritiene di dover valutare questi elementi nella loro dimensione storico-naturalistica, altra parte della giurisprudenza sostiene di doverli esaminare in una dimensione legale. La prima tesi è quella che si rinviene nella sentenza Donati, che richiama diverse precedenti pronunce della Suprema Corte<sup>128</sup>, nelle quali le componenti delle fattispecie vengono valutate alla luce dei fatti concreti, e cioè, prendendo in esame la condotta, l'evento ed il nesso realizzati nel caso concreto, oggetto dei due processi, e mettendoli a confronto. Diversamente accade invece quando questi ultimi elementi vengono valutati non solo in una dimensione storico-naturalistica, ma anche nella loro dimensione giuridica, come avviene in alcune pronunce della Cassazione, nelle quali le componenti della fattispecie vengono valutate anche in astratto, ossia analizzando gli

---

<sup>128</sup> Cass., Sez. VI, 17 gennaio 2003, Agate ed altri, rv. 227711; Sez. I, 10 gennaio 2003, Grieco, rv. 223832; Sez. VI, 16 novembre 1999, P.G. in proc. Balzano; Sez. I, 16 aprile 1997, Vanoni ed altri, rv. 207653.

elementi così come previsti dalle norme incriminatrici e valutando quindi le implicazioni penalistiche dell'accadimento. Così, la Cassazione, in una sentenza del 2013<sup>129</sup>, osserva che “il “fatto” giudicato va considerato non solo sotto il profilo della sua materialità storica, ma anche con riferimento alla ritenuta “qualificazione giuridica” conferitagli nel giudizio, con la conseguenza che anche quest’ultima è oggetto di “giudicato”. [...] la preclusione ex art. 649 c.p.p. ricorre ogni qualvolta il “fatto” oggetto di contestazione sostanziale (comprensivo di tutti gli elementi strutturali del reato: condotta, evento, nesso causale, circostanze di tempo e di luogo), nei due diversi procedimenti penali, promossi contro la stessa persona, presenta caratteri di identità nei suoi elementi costitutivi, sì che, indipendentemente dal nomen iuris attribuito, i contenuti delle due diverse contestazioni sono pienamente sovrapponibili”<sup>130</sup>. Si tratta tuttavia, come detto, di un orientamento minoritario che verrà, tra l’altro, definitivamente escluso dai giudici costituzionali con la pronuncia della Corte costituzionale del 2016 riguardo all’art. 649 c.p.p.<sup>131</sup>.

Alla luce di quanto detto, si può evidenziare un chiaro contrasto sulla nozione di “medesimo fatto” tra, da una parte, la tesi della dottrina che individua come elemento da valutare nel giudizio sull’identità dei fatti la condotta realizzata dal soggetto agente nella sua dimensione storica; dall’altra, il consolidato orientamento della giurisprudenza interna, la quale ritiene invece rilevanti tutti gli elementi essenziali del reato (condotta,

---

<sup>129</sup> Cass. pen., Sez. II, 21 marzo 2013, n. 18376.

<sup>130</sup> La dimensione giuridica delle componenti essenziali del reato, assieme a quella storico-naturalistica, viene presa in considerazione dalla Corte anche nella successiva pronuncia n. 19712, del 6 febbraio 2015.

<sup>131</sup> Infatti, nella sentenza della Corte cost. n. 200/2016, la medesima riconosce che si tratta di interventi giurisprudenziali che “celano un criterio di giudizio legato all’idem legale, che non è compatibile, né con la Costituzione, né con la CEDU, sicché è necessario che esso sia definitivamente abbandonato”.

evento, nesso, circostanze di tempo e di luogo). Come già si è avuto modo di sottolineare, l'adesione all'una o all'altra prospettiva conferisce alla preclusione del *ne bis in idem* una maggiore o minore portata applicativa e, di riflesso, più o meno garanzie per l'imputato. Proprio per l'esigenza di fare chiarezza sul punto è intervenuta, nel 2016, la Corte costituzionale, senza giungere tuttavia ai risultati sperati e lasciando aperte alcune perplessità.

ii. L'intervento della Corte costituzionale e la giurisprudenza  
successiva

Sulla scia del dibattito creatosi sulla questione dell'*idem factum* tra le Corti europee a livello comunitario e all'interno del nostro ordinamento tra dottrina e giurisprudenza, il caso è giunto dinanzi alla Corte costituzionale, con la sottoposizione dell'art. 649 c.p.p. al vaglio di costituzionalità. Così, l'eterna questione dell'effettiva portata del principio del *ne bis in idem*, inevitabilmente vincolata al significato che si attribuisce alla nozione di "medesimi fatti", torna ad essere al centro dell'attenzione dei giudici nazionali, questa volta non dei giudici di legittimità ma di quelli della Consulta. Nel caso di specie, il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Torino sottopone, con ordinanza alla Corte costituzionale, dubbi di legittimità costituzionale riguardo l'art. 649 c.p.p. In particolare, richiede a quest'ultima di pronunciarsi circa una possibile violazione dell'art. 117 co. 1 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU, ad opera dell'art. 649 c.p.p. così come interpretato dai giudici della Cassazione. Infatti, il GUP sostiene che l'interpretazione data dai giudici di legittimità al principio del *ne bis in idem* processuale limiti l'operatività di quest'ultimo alla sussistenza di una identità giuridica tra i due fatti, mentre ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo il principio sarebbe applicabile ogniqualvolta vi sia anche solo una identità storica dei fatti. Così, il criterio dell'*idem legale*, seguito dalla giurisprudenza interna, determinerebbe una riduzione dell'ambito applicativo del principio, contraria alla giurisprudenza della Corte EDU e in quanto tale violerebbe il parametro di costituzionalità ex art. 117 co. 1 Cost. Prima di analizzare la pronuncia resa dalla Consulta circa l'incostituzionalità o meno della norma in questione, occorre esaminare la situazione concreta che ha dato luogo all'ordinanza del GUP torinese.

Nella vicenda processuale in esame, il sig. Stephan Schmidheiny, imputato dinanzi al GUP di Torino in qualità di effettivo responsabile della gestione delle società facenti capo al gruppo Eternit S.p.a., che esercitano attività produttiva e di lavorazione dell'amianto negli stabilimenti di Bagnoli, Casale Monferrato, Cavagnolo e Rubiera, è accusato dell'omicidio volontario e per mera finalità lucrativa di 258 persone, fra cui lavoratori, prossimi congiunti e abitanti delle zone dove si trovano gli stabilimenti sopra citati. L'addebito che si legge nel capo d'accusa consiste nell'omicidio volontario ex art. 575 c.p., aggravato dall'aver agito per motivi abietti, ex art. 61 n. 1 c.p., e con mezzi insidiosi ai sensi dell'art. 577 co. 1 n. 1 e 4 c.p. Il sig. Schmidheiny, assieme all'allora imputato Louis de Cartier de Marchienne, era già stato processato nel 2009 per le medesime condotte, imputategli a titolo di "Crollo di costruzioni o altri disastri dolosi" (c.d. disastro ambientale innominato) aggravato dal verificarsi del disastro ex art. 434 c.p. co. 2 e di "Rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro" aggravato ex art. 437 c.p. co. 2. Entrambi gli imputati erano stati dapprima condannati alla pena di sedici anni di reclusione dal Tribunale di Torino con sentenza resa il 13 febbraio 2012. Detta sentenza veniva poi parzialmente riformata dalla Corte d'appello con la sentenza del 3 giugno 2012 che dichiarava il non doversi procedere nei confronti dell'imputato Louis de Cartier de Marchienne per suo intervenuto decesso e assolveva il sig. Schmidheiny per intervenuta prescrizione in relazione al reato di omissione dolosa di cautele. Lo condannava invece alla pena di diciotto anni di reclusione per il disastro doloso innominato aggravato. La Corte di Cassazione, con sentenza del 19 novembre 2014, annullava la sentenza della Corte d'appello e assolveva l'imputato dichiarando l'estinzione di entrambi i reati per prescrizione maturata, a suo avviso, prima ancora del processo di primo grado. Dopo la chiusura di quest'ultimo procedimento, la pubblica

accusa decide allora di procedere nuovamente nei confronti dell'imputato, modificando come visto il capo accusatorio e contestando al sig. Schmidheiny l'omicidio volontario aggravato. I PM torinesi si basano sull'interpretazione del concetto di "*idem*" fornita dalla giurisprudenza interna nel ritenere sufficiente una riqualificazione normativa dei fatti per esercitare una seconda volta l'azione penale nei confronti dell'imputato per i medesimi fatti per i quali era stato assolto nel primo procedimento. Di fronte all'apertura di un processo-bis, la difesa chiede al GUP, per prima cosa, di pronunciare sentenza di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p. in virtù dell'art. 649 c.p.p., essendo l'imputato già stato prosciolto con sentenza divenuta irrevocabile per il medesimo fatto; e in via secondaria, presenta istanza di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in modo tale che quest'ultima fornisca la corretta interpretazione del principio del *ne bis in idem* ex art. 50 CDFUE. Tuttavia, il GUP ritiene che quest'ultima norma non abbia rilevanza nel caso di specie poiché i fatti addebitati all'imputato non rientrano nel campo d'applicazione del diritto comunitario e in quanto tale respinge la seconda richiesta sostenuta dalla difesa. Invece, sulla base delle argomentazioni di quest'ultima in merito alla questione dell'identità dei fatti, il GUP coglie la divergenza interpretativa formatasi riguardo al principio del *ne bis in idem* tra la nostra Corte suprema e la Corte EDU, rispetto all'art. 4 Prot. 7 CEDU, sottolineando come quest'ultima, richiedendo per l'operatività del divieto che i fatti siano identici o "sostanzialmente" tali, ne dia una interpretazione più ampia e quindi più garantista per l'imputato. Sulla base di queste riflessioni, il giudice torinese rimette alla Corte costituzionale la questione circa la legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Il GUP, confermando ciò che viene richiesto dalla difesa in via preliminare, sostiene che vi è una identità tra i fatti oggetto del primo processo e quelli contestati nel procedimento *de quo*. Tuttavia, egli non pronuncia

sentenza di non luogo a procedere poiché, così facendo, si porrebbe in contrasto con l'interpretazione consolidata dalla Corte Suprema circa l'operatività del divieto di un secondo giudizio, limitata alla coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato e non alla mera identità del fatto storico, come accade invece per la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Tra l'altro, seguire l'interpretazione della Corte EDU, a scapito di quella della Cassazione, non sembra la soluzione migliore a seguito, al momento dei fatti, dell'appena recente pronuncia della Consulta nella quale la medesima afferma che, a proposito della CEDU: "Naturalmente, non è in discussione che, [...] competa al giudice di assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente ad essa, a condizione che non si riveli del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge" e aggiunge che "sfugge al rimettente che il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU [...] è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologica della Costituzione sulla CEDU"<sup>132</sup>. La Consulta prosegue poi asserendo che il giudice nazionale non possa attribuire in via interpretativa "un significato che la stessa Corte di cassazione reputa incostituzionale". È da notare però come nel caso di specie, la giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo sulla nozione di medesimo fatto sembra essere maggiormente conforme ai principi costituzionali, e in particolare all'art. 111 Cost. sul giusto processo, rispetto

---

<sup>132</sup> Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49/2015.

all'orientamento formatosi nella giurisprudenza della Cassazione<sup>133</sup>. Così, possiamo affermare che la questione rimessa ai giudici costituzionali dal GUP torinese, riguarda la risoluzione di uno scontro tra due orientamenti consolidati.

In particolare, lo scontro tra le posizioni della Corte EDU da una parte e la giurisprudenza della Cassazione dall'altra, e tra gli orientamenti di dottrina e giurisprudenza interna, è messo ancora più in rilievo nei casi di concorso formale di reati, laddove la preclusione che vieta l'instaurazione di un secondo giudizio non opera secondo la giurisprudenza nazionale. Infatti, l'orientamento consolidato della Cassazione è chiaro nell'escludere l'operatività dell'art. 649 c.p.p. quando non vi è coincidenza tra le due fattispecie giuridiche violate dalla medesima condotta. Invece, nell'ottica dei giudici di Strasburgo e secondo l'opinione della dottrina interna, nell'ipotesi di concorso formale di reati opera la preclusione ex art. 649 c.p.p., al fine di impedire la rinnovazione dell'esercizio dell'azione penale, poiché le condotte materiali coincidono e i fatti devono quindi considerarsi i medesimi. Nella prospettiva della Corte EDU, si tratta di una soluzione che trova conferma anche a livello sostanziale: qualora le fattispecie contestate rientrino in due diverse disposizioni di legge, seguendo il criterio della specialità c.d. "in concreto", si deve applicare la sola norma speciale senza andare ad indagare sull'identità dei fatti per l'applicazione processuale dell'istituto. Quest'ultima soluzione rischia però di portare all'impunità dell'autore del fatto per uno dei due reati commessi in concorso, ogniqualvolta quest'ultimo venga processato per una sola delle due violazioni e l'altra

---

<sup>133</sup> Daniele LABIANCA, *Ne bis in idem: una questione "eterna" all'esame della Corte costituzionale*, in *Archivio penale*, 2016, n. 2. Per simili considerazioni si veda, SCAROINA, *Ancora su caso Eternit*; GITTARDI, *Eternit "bis in idem"*; GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto*.



risultati completamente sovrapponibile, considerandole nella loro dimensione storico-naturalistica.

Nel caso in esame, il GUP torinese rimette al giudice delle leggi, con ordinanza del 24 luglio 2015 n. 262, un dubbio di legittimità costituzionale circa l'art. 649 c.p.p., nella parte in cui tale norma "limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo "fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico", con riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...]"<sup>134</sup>. Il giudice rimettente ritiene che esiste un'identità dei fatti tra quelli oggetto del procedimento conclusosi con sentenza assolutoria e quelli per i quali si procede nuovamente a titolo di omicidio volontario. Tuttavia, egli riconosce che "l'omicidio è in sé fatto diverso dal disastro innominato aggravato e dall'omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro aggravata, posto che questi sono due delitti di pericolo, anziché di danno, diretti alla tutela della pubblica incolumità, anziché della vita. Inoltre, l'evento morte, che è elemento costitutivo dell'omicidio, non figura neppure tra le circostanze aggravanti previste dal secondo comma degli artt. 434 e 437 c.p.". Il GUP afferma che, sebbene il fatto storico, ossia la condotta, all'origine dei reati sia lo stesso, gli eventi e gli interessi tutelati divergono nei due procedimenti e ci si trova quindi di fronte ad un caso di concorso formale di reati. Dopo aver attentamente esaminato la giurisprudenza interna e quella della Corte di Strasburgo in merito alla questione dell'*idem factum*, il GUP ritiene che l'art. 649 c.p.p., così come interpretato dalla Corte

---

<sup>134</sup> Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200/2016.

di cassazione, esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussista un concorso formale tra il reato oggetto di un precedente giudicato e il reato per il quale si procede nuovamente. Così, egli sostiene che la norma sul *ne bis in idem* del nostro codice di rito, così come interpretata dal diritto vivente, ha un carattere più restrittivo e quindi una portata più limitata rispetto all'art. 4 Prot. 7 CEDU, il che lo porta a sollevare una questione di legittimità costituzionale. La Corte costituzionale conclude nel senso di una parziale incostituzionalità della norma *de qua*, nel senso dell'irrilevanza dell'esistenza di un concorso formale di reati ai fini dell'operatività della preclusione del *ne bis in idem*, per la cui applicazione è in ogni caso necessaria la valutazione della triade condotta, nesso di causalità ed evento, da valutarsi però in una dimensione empirica e non giuridica. Così, l'art. 649 c.p.p. non deve escludersi a priori quando sussiste un concorso formale di reati; tuttavia, questo non postula una sua automatica applicazione quando i reati sono stati commessi con un'unica azione od omissione, poiché l'operatività della norma deve essere rimessa alla valutazione del giudice circa l'identità dei fatti nel caso concreto. Si tratta quindi, sostanzialmente, di una variante della tesi giurisprudenziale, poiché viene confermata la rilevanza nel giudizio sulla medesimezza dei fatti di tutti gli elementi del reato (condotta, nesso ed evento), aggiungendo che quest'ultimi debbano essere valutati nella loro dimensione storico-naturalistica. Infatti, la Consulta esclude che l'adesione dei giudici di Strasburgo al criterio dell'*idem factum* anziché a quello dell'*idem legale*, conferisca automaticamente rilevanza alla sola condotta, intesa come azione o omissione materiale del soggetto agente, trascurando invece altri elementi del reato quali l'evento e il nesso di causalità. In particolare, la Corte sostiene che, se è vero che il raffronto tra fattispecie debba essere fatto alla luce degli accadimenti materiali, senza dar rilevanza all'inquadramento giuridico, "non vi è [...] alcuna ragione logica per concludere che il

fatto, pur assunto nella sola dimensione empirica, si restringa all'azione o all'omissione, e non comprenda, invece, anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente". Così, dar rilievo all'evento e al nesso di causalità nel giudizio sulla medesimezza del fatto, non comporta un'adesione al criterio dell'*idem legale*, bensì conferisce rilievo giuridico a "segmenti dell'accadimento naturalistico", il quale dev'essere comunque valutato nella sua dimensione storico-naturalistica. La Corte aggiunge poi che non si possa rinvenire nelle sentenze della Corte EDU una chiara posizione di quest'ultima a favore della rilevanza della sola condotta: mentre la medesima aderisce in modo univoco al criterio dell'*idem factum*, essa non afferma, neanche nella sentenza *Zolotukhine c. Russia*, che il fatto debba essere valutato con esclusivo riferimento all'azione o all'omissione. Quest'ultima osservazione porta, quindi, la Corte a concludere nel senso che: "il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare sporadicità di decisioni casistiche [...] libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un contenuto della normativa interposta ulteriore, rispetto al rilievo storico-naturalistico del fatto". Così, non essendoci una giurisprudenza consolidata in merito agli elementi della fattispecie a cui dare rilevanza nel giudizio sull'identità dei fatti ai fini dell'applicazione della preclusione, la Consulta esclude di doversi adeguare al criterio che fa riferimento alla sola condotta dell'imputato e ribadisce che "la Convenzione impone agli Stati membri di applicare il divieto di bis in idem in base ad una concezione naturalistica del fatto, ma non di restringere quest'ultimo nella sfera della sola azione od omissione dell'agente". Sulla base di queste riflessioni, la Corte conclude nel senso della piena compatibilità tra

l'interpretazione data dal diritto vivente all'art. 649 c.p.p. e il significato attribuito dalla consolidata giurisprudenza europea al principio contenuto nell'art. 4 Prot. 7 CEDU.

La giurisprudenza interna, successiva alla pronuncia del giudice delle leggi, continua dunque a far riferimento alla triade condotta-nesso-evento, valutandoli però unicamente nella loro dimensione empirica. Così, in una recente pronuncia del 2021<sup>135</sup>, la Cassazione esclude l'applicazione dell'art. 649 c.p.p. in relazione a un procedimento per il reato di omicidio colposo, a carico di un soggetto già chiamato a rispondere in precedenza, per la medesima condotta, del reato di lesioni colpose gravissime, attesa la diversità dell'evento nei due reati. Allo stesso modo, in una successiva pronuncia, la Suprema Corte nega l'operatività della preclusione del *ne bis in idem* in un procedimento che ha per oggetto la contestazione dell'alterazione del tettuccio di un'auto, a carico di un soggetto già condannato per aver partecipato ad una radunata sediziosa, ex art. 655 c.p., con gesti di protesta violenti, consistiti anche nel colpire con le mani il veicolo (il medesimo oggetto del nuovo procedimento) di un leader del partito politico che organizzava l'evento. La Corte sottolinea come, nonostante che la condotta oggetto dei due procedimenti sia la medesima, “gli eventi alla stessa conseguiti in senso strettamente naturalistico appaiono diversi, trattandosi nell'un caso del pericolo per l'ordine pubblico, nell'altro di alterazione di un bene altrui con conseguenze dannose”<sup>136</sup>. La giurisprudenza nazionale, allineandosi alla pronuncia della Corte costituzionale, è quindi, ad oggi, univoca nell'interpretare la nozione di “medesimo fatto” nel senso di “fatto storico” e non di “fatto giuridico”, facendo riferimento però a tutti gli elementi essenziali del fatto e cioè

---

<sup>135</sup> Cass. pen., Sez. IV, 2 marzo 2021, n. 10152.

<sup>136</sup> Cass. pen., Sez. II, 20 ottobre 2021, n. 37765.

alla condotta, al nesso di causalità e all'evento. L'incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p., rispetto all'art. 117 Cost. con riferimento all'art. 4 Prot. 7 CEDU, sancita dalla Consulta nel suo intervento del 2016, riguarda unicamente l'ipotesi del concorso formale di reati, la quale verrà approfondita più dettagliatamente nel successivo capitolo.

### III) Il ne bis in idem e i casi di concorso formale di reati, progressione criminosa e tentativo

#### a. Il problema del concorso formale

##### i. La nozione di concorso formale nel Codice penale

L'istituto del concorso formale di reati è disciplinato, assieme al c.d. "reato continuato", dall'art. 81 c.p., ai sensi del quale: "È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diversi disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge. Alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge". Così, l'istituto del concorso formale di reati regola il caso nel quale vengono commessi una pluralità di reati con un'unica azione od omissione. Quest'ultimo si distingue dal concorso materiale di reati, nel qual caso la pluralità di reati viene commessa con più azioni o omissioni da parte del soggetto agente. Le pene previste per le due tipologie di reati sono diverse: mentre per il concorso formale si applica il c.d. "cumulo giuridico" delle pene, e cioè la pena che dovrebbe infliggersi per il reato più grave<sup>137</sup> aumentata fino al triplo, per il concorso

---

<sup>137</sup> Cosa debba intendersi per "violazione più grave" è una questione controversa, alla quale giurisprudenza e dottrina offrono soluzioni diverse: mentre in giurisprudenza prevale la valutazione "in astratto", la dottrina promuove un accertamento "in concreto". Infatti, la giurisprudenza prevalente ed accolta anche dalle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. Sez. Un., 28 febbraio 2013, n.25939, Ciabotti, CED 255347; Cass. Sez. II, 16 maggio 2017, n. 36107, Ciccia, CED 271031), ritiene che il reato più grave sia quello per il quale la legge prevede, in astratto, il massimo edittale di pena più elevato e nel caso di pene massime identiche, il minimo edittale più alto. Secondo l'orientamento della dottrina, invece, bisognerebbe guardare a quale

materiale invece è previsto il c.d. “cumulo materiale” delle pene, ossia la somma delle pene previste per ogni reato. Ancora diverso è poi l’istituto del reato continuato: esso è disciplinato, come visto, dal secondo comma dell’art. 81 c.p., che rappresenta una variante del concorso materiale di reati, caratterizzata dal fatto che i reati sono unificati dal “medesimo disegno criminoso” alla base della loro commissione, ossia da un programma ideato dall’agente prima della realizzazione di tutti i reati, i quali ultimi vengono progettati nelle loro linee essenziali<sup>138</sup>. Tornando al concorso formale, quest’ultimo si distingue poi a sua volta in concorso formale omogeneo e concorso formale eterogeneo. Il concorso si dice omogeneo quando la sola azione, o l’omissione, viola più volte la medesima disposizione di legge: ad esempio, un caso classico è quello in cui Tizio, sbandando con un’automobile, causa la morte di più persone contemporaneamente, violando quindi più volte la norma sull’omicidio. Il concorso è invece eterogeneo quando vengono violate, sempre con una sola azione o omissione, più norme incriminatrici. Riprendendo l’esempio fatto, è il caso in cui Tizio, sbandando con quell’automobile, ferisce una persona e ne uccide un’altra: in questo scenario, Tizio viola la norma sulle lesioni personali e quella sull’omicidio. Il criterio che è utilizzato al fine di stabilire se si tratta di un concorso formale o di un unico reato è quello della molteplicità

---

delle plurime violazioni il giudice infliggerebbe la pena in concreto più elevata, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, senza considerare le pene edittali previste dal legislatore. Il criterio della pena in concreto è quello che viene adottato in fase esecutiva, quando il giudice dell’esecuzione è chiamato ad applicare il cumulo giuridico di pene; argomento quest’ultimo che asseconda la tesi della dottrina, poiché non sembra esservi alcun motivo per il quale detto criterio dovrebbe essere modificato quando a procedere è il giudice che dispone la condanna.

<sup>138</sup>Giorgio MARINUCCI, Emilio DOLCINI, Gian Luigi GATTA, *op. cit.*, pp. 589 – 590.

delle offese al bene giuridico tutelato dalla norma (o ai beni giuridici tutelati dalle norme). Così, causando la morte di più persone, si producono al bene giuridico della vita tante offese quante sono le persone decedute. O ancora, se Tizio, opponendosi a una perquisizione, rivolge una minaccia a più agenti di polizia, realizza una pluralità di resistenze a pubblico ufficiale, le quali concorrono formalmente tra loro<sup>139</sup>. Al fine di determinare se si tratta, invece, di concorso omogeneo o eterogeneo, bisogna guardare al bene giuridico tutelato: a seconda che venga offeso un unico bene giuridico (nel primo esempio, il bene vita) o più beni giuridici (nel secondo esempio, il bene della vita e il bene dell'integrità fisica), si rientra rispettivamente nell'uno o nell'altro caso. Come detto, i reati possono concorrere formalmente tra loro anche quando alla base della loro realizzazione vi è un comportamento omissivo da parte dell'autore: è il caso, ad esempio, del datore di lavoro che omette di predisporre delle misure di sicurezza sul luogo di lavoro, le quali, se correttamente allestite, avrebbero evitato la morte, causata dalla caduta dalle impalcature, di due operai.

È inoltre opportuno sottolineare che l'unica azione o omissione, può consistere sia in un unico atto sia in una pluralità di atti, poiché ciò che rende unica l'azione (o l'omissione) è l'unicità del contesto spazio-temporale<sup>140</sup>. Una parte della dottrina sostiene che è inoltre necessaria l'unicità dello scopo degli atti<sup>141</sup>. Secondo questa teoria, oltre all'unicità dell'azione, nel caso di pluralità di persone offese, sarebbe inoltre necessario “un *quid*

---

<sup>139</sup> Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 40981, Apolloni, CED 273771.

<sup>140</sup> Giorgio MARINUCCI, Emilio DOLCINI, Gian Luigi GATTA, *op. cit.*, p. 581.

<sup>141</sup> Roberto GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, IX edizione, NelDiritto Editore, 2013, p. 1199. Si veda, Francesco ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Milano; Vincenzo PACILEO, voce *Concorso di reati*, in Enc. giur., vol. VII, Roma, 1988.



*pluris* consistente nella riconoscibile esistenza di uno specifico atteggiamento psicologico diretto a realizzare l'evento tipico previsto dalla norma incriminatrice nei confronti di ciascuna, distintamente, di dette persone<sup>142</sup>. Tuttavia, questa tesi non merita di essere accolta poiché si potrebbe applicare unicamente ai reati dolosi, mentre è pacifico che si possa avere un concorso formale anche tra reati colposi, nei quali manca l'intenzione di compiere il reato da parte del soggetto agente<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> Francesco CARINGELLA, Francesca DELLA VALLE, Michele DE PALMA, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, V edizione, Giuridica Editrice, 2015, p. 1215.

<sup>143</sup> In questo senso, Ferrando MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte generale, Padova, 2007, p. 448 ss.

ii. *Ne bis in idem* e concorso formale di reati

Mentre il concorso materiale di reati non pone problemi rispetto al principio del *ne bis in idem*, poiché, essendoci più condotte, è pacifico che si possano instaurare a carico della medesima persona più procedimenti, il concorso formale di reati incontra invece delle difficoltà applicative, soprattutto alla luce della tesi sostenuta dalla dottrina che considera che lo “stesso fatto” corrisponda alla “medesima condotta”. In realtà, per quanto concerne il concorso formale omogeneo, il problema pare essere meno rimarchevole. Infatti, come è stato riconosciuto anche dalla dottrina, dando rilievo all’oggetto materiale su cui incide la condotta, che allorché una medesima disposizione di legge sia violata più volte, il giudicato formatosi sulla condotta con rispetto all’evento realizzato nei confronti di un oggetto materiale non preclude la possibilità di procedere nuovamente contro l’autore per la stessa condotta rispetto ad un altro evento in riferimento ad un diverso oggetto fisico. Così, ad esempio, se con un’unica condotta (uno sparo) Tizio cagiona la morte di Caio e Sempronio, la sentenza di condanna nei confronti di Tizio per l’omicidio di Caio non proibisce di procedere nuovamente a carico di Tizio, in un distinto procedimento, per l’omicidio di Sempronio. Più ostico è invece il caso del concorso formale eterogeneo: in questa ipotesi, come visto, con un’unica azione o omissione vengono violate diverse disposizioni di legge. Il problema si pone allora nei seguenti termini: se si attribuisce al fatto la nozione di condotta intesa in senso storico-naturalistica, il giudicato che interviene in riferimento ad una fattispecie preclude di perseguire penalmente l’altra; se invece il fatto viene inteso come fattispecie legale e si dà rilievo a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, il giudicato su una fattispecie non impedisce l’esercizio dell’azione penale con riguardo all’altra.

La giurisprudenza, dall'entrata in vigore dell'art. 90 del codice Rocco, ha sempre linearmente escluso l'applicazione della preclusione del *ne bis in idem* ai casi di reati in concorso formale tra di loro. I giudici, ininterrottamente dal 1930 ad oggi, hanno ritenuto inoperante il divieto di un secondo giudizio sia nei casi di concorso formale omogeneo sia in quelli di concorso formale eterogeneo, sulla base del fatto che gli eventi che si realizzano nei reati in concorso tra loro sono differenti<sup>144</sup>. È la stessa Corte costituzionale a chiarirlo con la pronuncia n. 6 del 1976: “Secondo la interpretazione comunemente accolta, la norma in esame [art. 90 c.p.p.] non si applica nel caso di concorso formale di reati, [...] In tal caso, anche se l'azione è unica, gli eventi, che sono plurimi e diversi, danno ontologicamente luogo a più fatti, che possono anche essere separatamente perseguiti”<sup>145</sup>. Allo stesso modo, con la sentenza n. 50310/2014 e alla luce del precedente orientamento già consolidato, la Suprema Corte afferma che “la preclusione del “ne bis in idem” non opera ove tra i fatti già irrevocabilmente giudicati e quelli ancora da giudicare sia configurabile un'ipotesi di “concorso formale di reati”, potendo in tal caso la stessa fattispecie essere riesaminata sotto il profilo di una diversa violazione di legge”. Con la successiva pronuncia n. 52645/2014, la Corte ribadisce che “la preclusione di cui all'art. 649 cod. proc. pen. non può essere invocata qualora il fatto, in relazione al quale sia già intervenuta una sentenza irrevocabile configuri un'ipotesi di concorso formale di reati, in quanto la condotta, già definitivamente valutata in precedente giudizio penale, può essere riconsiderata come elemento di una più ampia fattispecie incriminatrice”. La possibilità di procedere nei confronti dell'autore di un reato formalmente concorrente con

---

<sup>144</sup> In questo senso, Cass., Sez. VI, 24 maggio 2000, Leanza.

<sup>145</sup> Corte cost., 15 gennaio 1976, n. 6.

quello già oggetto di una sentenza definitiva viene preclusa solo nell'ipotesi nella quale, detto secondo giudizio, si ponesse in una situazione di incompatibilità logica con il primo giudicato. Infatti, la giurisprudenza esclude che si possa procedere quando l'evento che si prende in considerazione nel secondo giudizio non è compatibile con quanto statuito nel primo procedimento. Così, nella sentenza *Carta*, la Cassazione ritiene che vi sia incompatibilità tra la contestazione di detenzione di arma clandestina e la precedente pronuncia di assoluzione perché il fatto non sussiste, in merito alle contestazioni di detenzione e porto illegale di arma comune da sparo, a carico del medesimo soggetto<sup>146</sup>. Non mancano tuttavia criticità a questa soluzione, poiché si finisce per dare alla preclusione processuale una finalità estranea alla propria *ratio*, giacché il divieto di un secondo giudizio mira a evitare i conflitti pratici di giudicati e non quelli teorici.

La giurisprudenza, alla luce della concezione “tripartita” del fatto, nega in modo quasi assoluto – salvo, appunto, l'inconciliabilità degli eventi contestati – l'operatività del divieto del *ne bis in idem* ai casi di concorso formale di reati, sia in presenza di un concorso formale omogeneo sia in presenza di quello eterogeneo. Per quanto concerne invece la dottrina, essa non è univoca sul tema poiché, mentre una parte si allinea alla soluzione della giurisprudenza, altra parte, al contrario, riconosce operatività alla preclusione nei casi di concorso formale di reati. Nella fase preparatoria all'entrata in vigore del codice Rocco, il terzo comma dell'art. 90 escludeva l'applicazione del divieto nei casi di reati formalmente concorrenti e cioè nelle ipotesi nelle quali “l'imputato abbia violato col medesimo fatto più disposizioni di legge, e si debbano applicare le norme sul concorso di reati e di pene. In tal caso, ove il giudicato non riguardi tutte le disposizioni

---

<sup>146</sup> Cass., Sez. I, 8 aprile 1999, *Carta*, n. 7262.

di legge applicabili, e, trattandosi di una sentenza di proscioglimento, questa non abbia escluso che il fatto sussista o che l'imputato lo abbia commesso, ovvero non abbia dichiarato che sono insufficienti le prove che il fatto sussista o che l'imputato lo abbia commesso, si procede contro l'imputato per quel titolo di reato che rimane da giudicare"<sup>147</sup>. Tuttavia, l'ostilità di quest'ultima previsione fu sin da subito rilevata da tutti gli studiosi del diritto e la commissione parlamentare rilevò quanto fosse poco "conforme a equità". Così, Alfredo Rocco, dopo aver evidenziato che "questa disposizione parve non equa alla commissione parlamentare, perché, quando i vari reati derivano da un unico fatto, è opportuno che vengano tutti imputati e giudicati con unico procedimento" la sopprime. L'idea sottesa al terzo comma non è tuttavia scomparsa con la sua abrogazione poiché la giurisprudenza, sin dall'entrata in vigore del vecchio codice di rito, fa proprio quanto stabilito in quest'ultima previsione per escludere dalla portata applicativa del *ne bis in idem* il concorso formale eterogeneo di reati<sup>148</sup>. Questo orientamento viene criticato da Cordero<sup>149</sup>, il quale sottolinea come l'art. 649 c.p.p. vieta di procedere anche quando il fatto viene diversamente considerato per il titolo e questo è esattamente quello che accade nelle ipotesi di concorso formale eterogeneo. Cordero,

---

<sup>147</sup> Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale, Vol. X, 1930, p. 25.

<sup>148</sup> In questo senso, Cass., 27 giugno 1979, n. 1236; Corte cost., 15 gennaio 1976, n. 6.

<sup>149</sup> In questo senso, Cordero critica la posizione della giurisprudenza affermando come: "Cassazione e, con un obiter dictum, Corte costituzionale riesumano, contra legem, l'idea lanciata in quel terzo comma abortito, escludendo dal *ne bis in idem* il concorso formale eterogeneo; siccome concorrono i due reati commessi uno actu, niente vieta che, giudicatone uno, l'autore sia perseguito sull'altro". (Franco CORDERO, *Procedura penale, cit.*, p. 1227).

assieme ad una parte della dottrina<sup>150</sup>, asserisce l'operatività della preclusione di un secondo giudizio nei casi di concorso formale di reati poiché la condotta da cui originano i due reati concorrenti è la medesima. Secondo Cordero, “non esiste addirittura questione: l'art. 649 vieta un secondo giudizio sul medesimo fatto, anche sotto titolo diverso; ed è quanto succede nel concorso formale eterogeneo; un fatto cade sotto due titoli. Ne bis in idem, senza il minimo dubbio”<sup>151</sup>.

Altra parte della dottrina, allineandosi alla tesi sostenuta della giurisprudenza, sostiene invece che la preclusione del *ne bis in idem* non operi nei casi di reati formalmente concorrenti tra loro poiché gli elementi del fatto storico che vengono presi in considerazione nei due giudizi non sono gli stessi. Secondo questa concezione, l'art. 649 c.p.p. non trova applicazione nei casi di concorso formale di reati perché si tratta di fattispecie giudiziali diverse. Infatti, la preclusione opererebbe, attraverso la previsione del mutamento del titolo, solo nei casi nei quali vi fosse un diverso *nomen iuris* per una medesima fattispecie giudiziale; mentre nel caso del concorso formale si tratta di diverse fattispecie giudiziali. Così, Lozzi afferma che: “il giudicato formatosi in rapporto ad una condotta e ad un evento materiale, non impedisce l'esercizio dell'azione penale in rapporto alla stessa condotta e al secondo evento naturale”<sup>152</sup>, escludendo quindi chiaramente l'operatività dell'art. 649 c.p.p. alle ipotesi di concorso formale di reati. Lozzi ribadisce che la finalità di quest'ultima norma è di impedire, non un conflitto

---

<sup>150</sup> Si veda, Francesco CAPRIOLI, *Il principio del ne bis in idem*, in Francesco CAPRIOLI, Daniele VICOLI, *op. cit.*, p. 89; Tommaso RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 872.

<sup>151</sup> Franco CORDERO, *Procedura penale*, IX edizione, *cit.*, p. 1029.

<sup>152</sup> Gilberto LOZZI, *Profili di una indagine*, *cit.*, p. 58.

teorico tra giudicati, protetto dal *ne bis in idem* sostanziale, ma un conflitto pratico. Per questo motivo, nel caso di concorso formale di reati, essendo diverse le fattispecie giudiziali, il giudicato già formatosi in riferimento ad uno dei due reati potrebbe portare al massimo ad una incompatibilità logica tra le sentenze ma non a un conflitto pratico. Seguendo questo ragionamento, egli sostiene dunque che l'art. 649 c.p.p. non opera mai nei casi di concorso formale, affermando che “ove il giudicato concerna uno solo dei due reati in concorso formale, risulterà consentito il procedimento nei confronti dell'altro reato e ciò senza che possa distinguersi tra concorso formale omogeneo e concorso formale eterogeneo”<sup>153</sup>. Secondo Caprioli, questa posizione sarebbe anche sostenuta dall'esistenza dell'art. 671 c.p.p., che consente al giudice dell'esecuzione di applicare la più favorevole disciplina sanzionatoria del cumulo giuridico quando lo stesso soggetto è condannato con più sentenze irrevocabili per più reati commessi in concorso formale tra loro in procedimenti distinti. Altrimenti quest'ultima norma “riuscirebbe inspiegabile se si ritenesse che il formarsi del giudicato relativamente ad uno dei reati in concorso formale vieta immancabilmente di procedere in relazione agli altri nei confronti della medesima persona”<sup>154</sup>.

La questione relativa all'applicazione o meno del *ne bis in idem* alle ipotesi di concorso formale di reati giunge, come visto in precedenza, al vaglio dei giudici costituzionali nell'ambito del processo Eternit-*bis*. La Corte, dopo aver accertato che l'interpretazione dei giudici nazionali dell'art. 649 c.p.p. è perfettamente in linea con

---

<sup>153</sup> Gilberto LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., p. 62.

<sup>154</sup> Francesco CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1183.

l'orientamento consolidatosi a livello sovranazionale, afferma che si può procedere nuovamente in presenza di un concorso formale di reati per un fatto che, nonostante sia lo stesso a livello empirico, rientra contestualmente in due disposizioni incriminatrici formando quindi due distinti reati. In particolare, la Consulta sottolinea come un'unica azione o omissione può violare simultaneamente una pluralità di norme incriminatrici, ad ognuna delle quali il legislatore attribuisce un autonomo disvalore, e prevede che, laddove il giudice escluda che vi sia un rapporto di specialità, ex art. 15 c.p., tra i reati o un concorso apparente di norme ai sensi del quale un reato assorbe interamente il disvalore dell'altro, devono imputarsi all'autore tutti gli illeciti commessi. Alla luce di queste premesse, la Consulta riconosce, tuttavia, che il problema del diritto vivente è di negare *a priori* l'applicazione dell'art. 649 c.p.p., ogniqualvolta vi sia un concorso formale di reati ex art. 81 c.p. Questa prassi finisce per scontrarsi con il criterio *dell'idem factum*, sancito dalla giurisprudenza della Corte EDU, poiché si sostanzia in un mero raffronto giuridico tra le fattispecie. Così, la Consulta conclude nel senso che il fatto che un reato concorre formalmente con un altro già oggetto di un precedente giudicato, non consente di scavalcare automaticamente l'art. 649 c.p.p. poiché è necessario che il giudice raffronti le fattispecie nel caso concreto per decidere se invocare o meno la preclusione del *ne bis in idem*. I giudici costituzionali, dichiarando la parziale incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. “nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale”, affermano quanto segue: “In definitiva, l'esistenza o no di un concorso formale tra i reati oggetto della res iudicata e della res iudicanda è un fattore ininfluenza ai fini dell'applicazione dell'art. 649 cod. proc. pen., una volta che questa disposizione sia stata ricondotta a conformità costituzionale, e



l'influenza gioca in entrambe le direzioni, perché è permesso, ma non è prescritto al giudice di escludere la medesimezza del fatto, ove i reati siano stati eseguiti in concorso formale. Ai fini della decisione sull'applicabilità del divieto di bis in idem rileva infatti solo il giudizio sul fatto storico"<sup>155</sup>. La conclusione della Corte costituzionale tende quindi a rimettere al giudice l'operatività o meno del *ne bis in idem* nel caso concreto in presenza di reati formalmente concorrenti tra di loro, alla luce della concezione "tripartita" del fatto storico, ossia applicando la soluzione della giurisprudenza interna che ritiene rilevante, nel giudizio sulla medesimezza del fatto, la condotta, l'evento ed il nesso di causalità<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200/2016.

<sup>156</sup> L'orientamento della Corte costituzionale viene recepito, seppure in un contesto diverso, dalle Sezioni Unite della Cassazione in una pronuncia dell'anno successivo. In detta sentenza, le Sezioni Unite, allontanandosi dal consolidato orientamento della giurisprudenza, hanno escluso che vi fosse un concorso tra i reati di "porto illegale in luogo pubblico di arma comune da sparo", di cui agli artt. 4 e 7 della L. 2 ottobre 1967 n. 895, e di "porto in luogo pubblico di arma clandestina", di cui all'art. 23, I e IV comma, della L. 18 aprile 1975 n. 110, affermando che tra i due sussiste un rapporto di specialità, il quale comporta unicamente l'applicazione della norma speciale. Ciò che rileva in questa sede è il fatto che i giudici cassazionisti hanno affermato che "il riferimento all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici da porre in comparazione non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità", poiché, facendo perno sulla recente sentenza della Consulta in merito al *ne bis in idem*, hanno sostenuto che il raffronto tra fattispecie legali astratte è irrilevante, rilevando invece il fatto che la condotta sia la medesima sul piano storico-naturalistico. Così, il criterio dell'idem legale viene definitivamente abbandonato a favore di quello dell'*idem factum*. (Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 41588).

b. La progressione criminosa ed altre fattispecie penali peculiari

i. Reato progressivo e progressione criminosa

Si parla di reato progressivo quando vi è un rapporto di continenza tra una fattispecie di reato meno grave all'interno di una più grave, la quale ultima si realizza solo dopo la commissione del primo reato. Il reato progressivo si distingue dal reato complesso poiché, mentre quest'ultimo consiste nell'unificazione di due reati autonomi da parte del legislatore in un'unica fattispecie criminosa (è il caso, ad esempio, della rapina che si compone del reato di violenza privata e dal reato di furto), nel reato progressivo si ha un'offesa di gravità crescente ad uno stesso bene giuridico. Un esempio è quello della riduzione in schiavitù preceduta dal sequestro di persona: la persona viene sequestrata e solo dopo ridotta in stato di schiavitù. Affinché si realizzi il reato di riduzione in schiavitù, non è specificamente richiesto dal legislatore che la vittima venga sequestrata; tuttavia, il bene giuridico tutelato è il medesimo ed in quanto tale si avrà un'ipotesi di reato progressivo nel quale l'offesa minore viene assorbita dall'offesa maggiore. Un altro esempio può essere individuato nel reato di saccheggio preceduto da fattispecie quali il furto, la rapina o la violazione di domicilio. L'offesa di crescente gravità fa sì che il reato minore sia stato definito da Vassalli come "reato di passaggio"<sup>157</sup>, ossia un reato il cui disvalore viene assorbito dalla successiva realizzazione di un reato più grave. Il reato progressivo si distingue poi dalla progressione criminosa, che si ha quando "l'agente passa da una deliberazione criminosa meno grave a una più grave, in un medesimo contesto temporale e con offesa ulteriore di uno stesso bene giuridico appartenente a uno

---

<sup>157</sup> Giuliano VASSALLI, *Progressione criminosa e reato progressivo*, in Enc. dir., XXXVI, 1987, p. 1153.

stesso soggetto”<sup>158</sup>. A differenza del reato progressivo, la progressione criminosa si caratterizza dal fatto che il soggetto agente è spinto da più risoluzioni successive. Un classico esempio è quello in cui Tizio prima decide di cagionare delle lesioni a Caio e, dopo averglielie arrecate, decide di ucciderlo. In questo caso il reato di omicidio volontario assorbe il disvalore del reato di lesioni personali e viene punito solo il primo reato.

Reato progressivo e progressione criminosa vengono entrambi fatti rientrare nella disciplina del concorso apparente di norme. Il concorso apparente di norme si può verificare in due ipotesi: la prima, quando un unico fatto è riconducibile a due fattispecie penali e una sola delle due è applicabile; la seconda, quando vi sono più fatti cronologicamente separati che rientrano in diverse norme incriminatrici delle quali solo una è applicabile per la disciplina del *post-factum* o dell’*ante-factum* non punibile. La prima ipotesi si realizza laddove le norme hanno in comune un nucleo di elementi e una si distingue dall’altra per la presenza di uno o più elementi specializzanti. In questo caso, si applica la norma speciale poiché contiene tutti gli elementi dell’altra disposizione e il concorso apparente viene quindi risolto attraverso il criterio di specialità. Il concorso apparente di norme può anche essere sciolto grazie al principio di sussidiarietà: quest’ultimo si applica quando una norma (“principale”), tutela, oltre al bene giuridico protetto dall’altra disposizione, altri beni giuridici o un grado di offesa superiore del medesimo bene. La sussidiarietà è spesso prevista dal legislatore attraverso l’utilizzo di clausole iniziali quali “qualora il fatto non costituisca un più grave reato” o “se il fatto non è preveduto come più grave reato da altra disposizione di legge”<sup>159</sup>. L’ultimo criterio

---

<sup>158</sup> Umberto LUCARELLI, *op. cit.*, p. 142.

<sup>159</sup> Giorgio MARINUCCI, Emilio DOLCINI, Gian Luigi GATTA, *op. cit.*, p. 564.

utilizzato per risolvere un concorso apparente di norme è il criterio della consunzione: si tratta delle ipotesi nelle quali la commissione di un reato è funzionale alla realizzazione di un reato più grave, il che giustifica l'assorbimento del reato minore nel reato maggiore<sup>160</sup>. La seconda ipotesi è invece quella in cui è lo stesso legislatore a prevedere l'inapplicabilità della norma violata con fatti precedenti a quelli con cui il soggetto agente commette un ulteriore reato (c.d. antefatto non punibile) o l'inapplicabilità della norma violata con fatti successivi (c.d. postfatto non punibile)<sup>161</sup>. Un esempio di antefatto non punibile è quello della detenzione di materiale pornografico qualora venga poi realizzata la cessione di questo stesso materiale: la Suprema Corte ha chiarito che "la condotta di detenzione rappresenta un antefatto non punibile rispetto a quella della cessione"<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> In questo senso, Roberto GAROFOLI, *op. cit.*, p. 1215: "si avrebbe consunzione quando una condotta penalmente rilevante costituisca il mezzo normale, anche se non indispensabile per l'esecuzione di altra fattispecie criminosa".

<sup>161</sup> Giorgio MARINUCCI, Emilio DOLCINI, Gian Luigi GATTA, *op. cit.*, p. 570.

<sup>162</sup> Così, Cass., Sez. III, 10 luglio 2008, n. 36364.

ii. Il *ne bis in idem* nei casi del reato progressivo e della  
progressione criminosa: le posizioni di dottrina e giurisprudenza

Il problema che si pone a proposito del rapporto tra il principio del *ne bis in idem* e i fenomeni dei reati progressivi e della progressione criminosa riguarda i casi nei quali si sia formato un giudicato su uno dei due reati, conosciuto o realizzato per primo, e quindi sulla possibilità o meno di esercitare nuovamente l'azione penale nei confronti dell'altra fattispecie. Per l'ipotesi nella quale il giudicato si sia formato sul reato più grave, dottrina e giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che la preclusione del *ne bis in idem* opera e vieta di procedere per il reato meno grave poiché quest'ultimo è assorbito dal precedente giudicato. Più problematica è invece l'ipotesi inversa, quella in cui il giudicato si forma sul reato meno grave e successivamente si realizza (o si scopre) il reato più grave. È il tipico caso nel quale, intervenuto il giudicato sul reato di lesioni personali, sopravviene la morte della vittima e si vuole procedere nei confronti dell'autore per omicidio. In questo caso ci si trova davanti ad una divergenza di orientamenti tra giurisprudenza e dottrina<sup>163</sup>: mentre la prima ritiene che la preclusione non si applichi, la dottrina invece, accogliendo diverse soluzioni, sostiene l'operatività del divieto di un secondo giudizio<sup>164</sup>. Partendo dall'orientamento della giurisprudenza, la Suprema Corte, in una pronuncia del 1993 e in relazione a una ipotesi di reato progressivo, affermava che “si ritiene, invero, che il *ne bis in idem* non sia invocabile allorché il fatto della sentenza definitiva e quello

---

<sup>163</sup> In questo senso, Giovanni CANZIO, Giovanni TRANCHINA, *op. cit.*, p. 5773.

<sup>164</sup> Si veda Gilberto LOZZI, *Lezioni di procedura penale, cit.*, p.782; Alfredo GAITO, *Come intendere il concetto di medesimo fatto ai fini del ne bis in idem?*, in DPP, 1998, p. 1551; Pier Paolo RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in RIDPP, 1991, p. 501; Franco CORDERO, *Procedura penale*, VII edizione, Giuffrè, 2003, p. 1210.

del secondo procedimento, pur avendo in comune la condotta, siano sostanzialmente diversi a causa della difformità degli eventi verificatisi in tempi successivi; di conseguenza, è ritenuto ammissibile il riesame della stessa condotta per effetto di un evento successivo<sup>165</sup>. Si tratta di un orientamento consolidato nella giurisprudenza della Cassazione che si ritrova in più pronunce<sup>166</sup>, poiché, basandosi sulla rilevanza nel giudizio sulla medesimezza dei fatti della triade “condotta, evento e nesso di causalità”, la Cassazione esclude che possa valere la preclusione per la diversità degli eventi delle due fattispecie. Così, in una sentenza del 2008, la Corte sostiene che: “in tema di progressione criminosa, si è affermato che il giudizio sul reato più grave “assorbe” quello sul reato minore, ma non è ipotizzabile l’inverso<sup>167</sup>. Secondo quest’orientamento, il giudicato sul reato meno grave non preclude l’instaurarsi di un procedimento per il reato più grave, poiché altrimenti “resterebbe impunita l’area di illiceità od antiggiuridicità non coperta dalla fattispecie minor<sup>168</sup>. In una recente pronuncia del 2021, la Cassazione ha nuovamente negato l’operatività del divieto del *ne bis in idem* nei confronti di un medico, già irrevocabilmente prosciolto per intervenuta prescrizione per il reato di lesioni colpose gravissime, per il reato di omicidio colposo nei confronti della medesima persona offesa. Così, la medesima ha affermato che “il divieto di un secondo giudizio non opera nel caso in cui l’imputato, già giudicato per il reato di lesioni colpose gravissime, sia chiamato a

---

<sup>165</sup> Cass., Sez. I, 15 novembre 1993.

<sup>166</sup> Cass., Sez. IV, 8 maggio 1987 Mari; Cass., Sez. VI, 30 giugno 1993 n. 8282 Necchi C.E.D. Cass. n. 194979; Cass., Sez. I, 15 novembre 1993; Cass., Sez. I, 18 aprile 1995 n. 2344 Lazzarini.

<sup>167</sup> Cass., Sez. V, 18 novembre 2008, n. 440409 R. C.E.D. Cass. n. 211887.

<sup>168</sup> Cass., Sez. V, 18 novembre 2008, n. 440409 R. C.E.D. Cass. n. 211887.

rispondere – in relazione alla stessa condotta – del reato di omicidio colposo, difettando il necessario requisito dell'identità del fatto attesa la diversità dell'evento"<sup>169</sup>.

A conclusioni opposte giunge invece la dottrina, la quale ritiene operante la preclusione ex art. 649 c.p.p. sia nel caso in cui il giudicato sia intervenuto sul reato più grave, sia in quello in cui si sia formato su quello meno grave. I sostenitori di questa tesi ritengono che in entrambi i casi ci si trovi alla presenza di una medesima condotta da parte del soggetto agente e in quanto tale la preclusione trova sempre applicazione<sup>170</sup>. In quest'ottica, l'esercizio dell'azione penale per la medesima condotta imputata alla luce di una diversa fattispecie di reato sarebbe vietato dalla lettera della norma che stabilisce l'irrelevanza del mutamento del titolo di reato. Infatti, prendendo il caso del reato di lesioni personali e di omicidio, il giudicato intervenuto in merito al reato di lesioni personali impedirebbe di procedere a titolo di omicidio poiché la condotta è unica e dunque il fatto è il medesimo<sup>171</sup>. Da un altro punto di vista, la preclusione opererebbe poiché il passaggio dalla fattispecie meno grave a quella più grave consisterebbe in un

---

<sup>169</sup> Cass. pen., Sez. IV, 2 marzo 2021, n. 10152 (rv. 280954-01).

<sup>170</sup> In questo senso, Lozzi afferma che: “così pure opera la preclusione se il giudicato concerna il reato meno grave e il successivo procedimento quello di maggiore gravità: i due procedimenti avrebbero, invero, per oggetto la medesima condotta” (Gilberto LOZZI, *Giudicato (diritto penale)*, in Enc. dir., XVIII, 1969, p. 923).

<sup>171</sup> In questo senso, Rivello sostiene che “il primo giudizio concerne l'intera area di disvalore compresa nel fatto al momento in cui questo venne processualmente valutato. La morte intervenuta successivamente costituisce un mutamento nel titolo del reato. Celebrare un nuovo procedimento significherebbe vanificare lo stesso disposto dell'art. 649, laddove afferma che il fatto deve considerarsi medesimo anche qualora “venga diversamente considerato per il titolo, per il grado e per le circostanze””. (Pier Paolo RIVELLO, *op. cit.*, p. 501).

mutamento di grado, del quale l'art. 649 c.p.p. prevede espressamente l'irrilevanza ai fini dell'operatività della preclusione. Così, Cordero affermava che: "*in claris non fit interpretatio* e l'art. 90 suonava molto chiaro, come l'attuale art. 649; fin dall'art. 435 cod. 1913, "grado" indica la misura dell'evento nei reati cosiddetti progressivi"<sup>172</sup>. Egli critica, l'interpretazione sostenuta dalla giurisprudenza, dichiarando che: "Negli anni Settanta e Ottanta la Cassazione se l'inventa, affermando che "fatto" significhi condotta-evento: percossa, lesioni, omicidio, diventano "fatti" distinti; come tentativo e delitto consumato; il giudicato sull'uno lascia aperta l'azione rispetto all'altro, salvo un proscioglimento irrevocabile perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso. Discorso insostenibile sotto almeno due aspetti. Costituisce bis in idem penale (vietati dall'art. 15 c.p.) la condanna plurima secondo norme non congiuntamente applicabili: né queste massime prevedono una pena diminuita della già inflitta; e sarebbe expediente fuori dal consueto meccanismo decisorio. In secondo luogo, è conclusione contraddittoria: sui fatti diversi non esiste bis in idem; data questa premessa, N è perseguibile su x, comunque risulti giudicato su y; invece, viene escluso un secondo giudizio dell'assolto con date formule; allora siamo davanti al "medesimo fatto". Insomma, la Corte coniuga licenze interpretative e sintattiche"<sup>173</sup>. Seguendo questa impostazione e riprendendo il caso di lesioni personali seguite dalla morte della persona offesa, la morte consisterebbe in una progressione nel grado rispetto alle lesioni e si

---

<sup>172</sup> Franco CORDERO, *Procedura penale*, IX edizione, *cit.*, p. 1210.

<sup>173</sup> Franco CORDERO, *Procedura penale*, IX edizione, *cit.*, p. 1228-9.



tratterebbe quindi di una “sequela ascendente”<sup>174</sup> di conseguenze dovute ad un unico rapporto di causalità in capo alla medesima persona offesa.

Da ultimo, anche i sostenitori della tesi del fatto inteso come "fattispecie giudiziale" ritengono operante la preclusione ex art. 649 c.p.p. nei casi di reato progressivo e progressione criminosa poiché l'aggravarsi dell'evento scaturente dalla medesima condotta non determina una nuova fattispecie giudiziale ma solo una “diversa concezione della medesima fattispecie giudiziale”<sup>175</sup>, i cui elementi costitutivi non mutano. In quest'ottica, l'evento morte sarebbe solamente più grave rispetto a quello delle lesioni ma gli elementi costitutivi dei due reati rimarrebbero i medesimi: pertanto, nel procedimento per il reato di lesioni si sarebbero già presi in considerazione tutti gli elementi e requisiti del reato di omicidio e il procedere nuovamente per quest'ultimo comporterebbe un *bis in idem* penale<sup>176</sup>.

Così, le posizioni di dottrina e giurisprudenza in merito all'operatività o meno della preclusione nei casi di reato progressivo e progressione criminosa appaiono agli antipodi e sembrano essere prive di una soluzione intermedia. Lo stesso intervento della Corte costituzionale nel 2016, che avrebbe dovuto fare chiarezza sull'art. 649 c.p.p. e

---

<sup>174</sup> Franco CORDERO, *Procedura penale*, IX edizione, *cit.*, p. 1210.

<sup>175</sup> Corrado BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1645.

<sup>176</sup> In questo senso, Lozzi: “La fattispecie giudiziale del reato e dei reati contenuti in quello progressivo viene nuovamente perseguita se si consente un ulteriore giudizio penale sul reato progressivo (ovvero si sia giudicato in ordine alle lesioni, il procedimento per l'omicidio conseguente alle lesioni comporta un nuovo giudizio penale sulle lesioni stesse)”. (Gilberto LOZZI, *Reato progressivo e “ne bis in idem”*, in RIDPP, 1981, p. 1247).

sulla sua portata applicativa, ha lasciato delle perplessità rispetto ai casi di progressione criminosa. Confermando la rilevanza della triade “condotta-evento-nesso di causalità”, essa ha implicitamente consolidato la tesi della giurisprudenza che ritiene non operante il divieto di *ne bis in idem* nei casi di progressione criminosa poiché l’evento da valutare sarebbe in ogni caso diverso. Tuttavia, questa soluzione sembra non essere priva di complicazioni, soprattutto alla luce del coordinamento tra l’istituto del *ne bis in idem* processuale e quello del *ne bis in idem* sostanziale: infatti, non essendo stato stabilito da nessuna norma che, nel caso di lesioni seguite dalla morte della vittima, si debba applicare per l’omicidio una pena diminuita tenendo conto di quella comminata per le lesioni, si pone il rischio che l’autore possa subire un duplice trattamento sanzionatorio, espressamente vietato dalle disposizioni sul concorso apparente di norme ex artt. 15 e 84 c.p. Così, legittimando la pubblica accusa a procedere *ex novo* nei casi di progressione criminosa, si finisce per restringere l’ambito applicativo del *ne bis in idem* processuale rispetto a quello sostanziale. Infatti, mentre sul piano sostanziale la preclusione opererebbe e vieterebbe la duplice sanzione, sul piano processuale il doppio processo sarebbe invece consentito, determinando così una spaccatura tra i due volti della stessa vicenda e una asimmetria applicativa del principio<sup>177</sup>. Per superare in parte queste criticità, la giurisprudenza attuale ha fatto appello al c.d. principio di detrazione, ossia al fatto che il giudice deve determinare la pena complessiva detraendo quella già inflitta e scontata per il reato minore. È quello che si legge in una recentissima pronuncia della

---

<sup>177</sup> Si veda, in questo senso, Enrico PEZZI, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, in *Archivio penale*, LXX, 2, 2018, p. 378 ss.

Cassazione del 2021<sup>178</sup>, la quale ha negato la violazione del *ne bis in idem* in merito a un procedimento per il reato di omicidio preterintenzionale a carico di un soggetto già condannato per la medesima condotta per il reato di lesioni personali. I giudici della Cassazione, ribadendo l'orientamento consolidatosi in giurisprudenza e confermato dalla Corte costituzionale sulla rilevanza, nel giudizio sulla medesimezza del fatto, non solo della condotta ma anche dell'evento e del nesso di causalità, hanno escluso che omicidio preterintenzionale e lesioni personali possano considerarsi "stesso fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. Si legge infatti nella sentenza quanto segue: "ai sensi della preclusione connessa al principio del "*ne bis in idem*", l'identità del fatto sussiste solo quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, da considerare in tutti i suoi elementi costitutivi sulla base della triade condotta-nesso causale-evento, non essendo sufficiente la generica identità della sola condotta, non ricorre l'*idem factum* tra le lesioni personali e l'omicidio preterintenzionale, in quanto il fatto concreto di cui all'art. 584 c.p. è caratterizzato dall'evento-morte, che è, invece, assente nel delitto di cui all'art. 582 c.p., la cui tipicità è integrata da un diverso, e meno grave, evento, le lesioni personali". I giudici escludono altresì che possa soccorrere il riferimento al mutamento di grado, poiché affermano che si tratta di due fattispecie distinte che tutelano beni giuridici diversi e che l'omicidio preterintenzionale non rappresenta, dunque, semplicemente, un grado di offensività maggiore rispetto al reato di lesioni personali<sup>179</sup>. Sulla base di queste

---

<sup>178</sup> Cass. pen., Sez. V, 25 ottobre 2021 (depositata 14 gennaio 2022), n. 1363.

<sup>179</sup> Così si legge nella sentenza: "l'omicidio preterintenzionale non può essere considerato, sotto il profilo normativo, un grado ulteriore delle lesioni personali, trattandosi, a tacer d'altro, di delitti posti uno a tutela della vita, e l'altro dell'incolumità personale; né, del resto, la scelta normativa di prevedere due distinti

premesse, i giudici del caso di specie si rifanno al principio di detrazione per determinare la pena da applicare in relazione al reato di omicidio in ragione della pena già inflitta con la condanna per lesioni personali. Infatti, si legge nella sentenza che “trattandosi di fattispecie in relazione di incompatibilità, il giudice del secondo procedimento è tenuto a considerare, altresì, il principio di detrazione, nel senso che deve assicurare, mediante un meccanismo di compensazione, che “l’importo complesso delle sanzioni” irrogate sia proporzionato alla gravità dei reati complessivamente considerati”. Così, in assenza di una apposita disposizione normativa, i giudici ritengono che detto principio di detrazione assicuri una “proporzione sanzionatoria complessiva tale da escludere una violazione del divieto di bis in idem anche sotto il profilo del complessivo trattamento sanzionatorio” poiché, in questo modo, si elimina dalla pena da applicarsi per il reato di omicidio preterintenzionale, il disvalore delle lesioni, il quale viene assorbito nella pena già inflitta con la condanna precedente. Si tratta di un principio utilizzato dalla Corte di Strasburgo in una recente pronuncia<sup>180</sup>: nel caso *Galović c. Croazia*, che riguardava plurime condanne connesse a fatti di violenza domestica. La Corte EDU ha affermato che il principio del *ne bis in idem*, ex art. 4 Prot. 7 CEDU, non è violato se un *idem factum* è oggetto di più procedimenti, anche tra loro complementari (nel senso che alcuni hanno ad oggetto reati di minore gravità rispetto al procedimento per il reato più grave), purché sussista tra di essi “un nesso di connessione temporale o materiale e le sanzioni irrogate risultino, nel loro complesso, proporzionate ai fatti accertati”. In questo modo la Corte ha

---

reati, e non un’aggravante del delitto base, è predicabile, anche alla stregua della giurisprudenza costituzionale e convenzionale”.

<sup>180</sup> Corte EDU, I Sez., *Galović c. Croazia*, 31 agosto 2021, n. 54388/09.

sostenuto che quando un soggetto è condannato per un reato minore che costituisce parte integrante di una contestazione successiva, e quindi che i fatti oggetto dei due procedimenti risultano in parte identici, non vi è duplicazione del procedimento e della pena, contraria alla garanzia del *ne bis in idem*, poiché, purché siano connessi nella sostanza e nel tempo, formano parte di un *unicum* e perseguono finalità complementari. La Corte ribadisce poi che le sanzioni irrogate, complessivamente considerate, devono essere proporzionate ai fatti accertati, da cui il principio di detrazione<sup>181</sup>. Questa soluzione della giurisprudenza pare, quindi, permettere di colmare il rischio di una duplice risposta sanzionatoria per un medesimo fatto, legato all'inoperatività della preclusione di un secondo giudizio nei casi di reato progressivo e di progressione criminosa. Tuttavia, guardando al risultato finale, la soluzione sembra non tener conto del fatto che, nonostante la seconda sanzione irrogata sia diminuita, ci troviamo comunque in presenza di una doppia sanzione per uno stesso fatto storico, che non è legislativamente consentita. Tra l'altro, anche volendo superare queste obiezioni dottrinali, rimarrebbero comunque alcune perplessità legate alla formula "neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado", che finirebbe per diventare, sostanzialmente, una formula vuota.

---

<sup>181</sup> Si legge nella sentenza della Cassazione che, nel procedimento culminato davanti alla Corte EDU, "ciascuna delle condanne per reati minori aveva tenuto conto della sanzione inflitta al ricorrente nel precedente procedimento per altro reato minore; in seguito, nel giudicare il reato previsto dal codice penale, il giudice penale aveva espressamente riconosciuto che il ricorrente era già stato punito in cinque gradi di giudizio per reati minori, ed aveva detratto della sua condanna il periodo che il ricorrente aveva trascorso in detenzione sulla base di due delle condanne per reati minori denunciate: di conseguenza, i tribunali nazionali avevano rispettato il principio di detrazione ed avevano assicurato che l'importo complessivo delle sanzioni irrogate al ricorrente fosse proporzionato alla gravità del reato in questione".

Nell'adottare questa soluzione si farebbe infatti coincidere la nozione di "grado" unicamente con il passaggio dalla forma del tentativo al reato consumato. Tuttavia, come vedremo nella trattazione successiva, anche questa previsione sembra essere ignorata dalla giurisprudenza, la quale, incentrata sulla coincidenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, finisce per considerare come "fatti diversi" anche il medesimo reato nella sua forma tentata e consumata.

### iii. Reato permanente e reato abituale

Ulteriori casi particolari che pongono il problema dell'operatività o meno della preclusione sancita dall'art. 649 c.p.p. sono quelli del reato permanente e del reato abituale. Si definisce reato permanente quel reato nel quale la condotta si protrae nel tempo e che si consuma solo nel momento in cui cessa la situazione antiggiuridica. Si distingue dal reato istantaneo il quale, una volta realizzata la condotta ed eventualmente l'evento, si perfeziona al di là dell'eventuale protrarsi nel tempo della situazione antiggiuridica<sup>182</sup>. Un caso classico di reato permanente è il sequestro di persona, previsto dall'art. 605 c.p., il quale si realizza nel momento in cui la persona viene privata della propria libertà personale, ma la cui fase consumativa continua finché permane lo stato di privazione di libertà. Al contrario, il reato di omicidio è un reato istantaneo che si consuma con la morte della vittima, a prescindere che l'autore continui a infliggere colpi mortali al corpo deceduto dopo l'avvenuta morte. Il problema che può porre l'ipotesi del reato permanente in relazione alla preclusione ex art. 649 c.p.p. riguarda il caso nel quale intervenga il giudicato prima che sia cessata la permanenza della condotta. Poniamo il caso nel quale Tizio abbia sequestrato Caio il giorno x ed intervenga una sentenza definitiva il giorno y, nonostante che Caio sia ancora in stato di privazione di libertà. Cosa succede il giorno y +1? Tizio può essere nuovamente processato per il sequestro di Caio che va dal giorno y +1 al giorno della cessazione della permanenza del reato o deve

---

<sup>182</sup> Sul punto, si è pronunciata la Corte costituzionale, la quale ha affermato che, a proposito del reato permanente: "si caratterizza come illecito di durata, nel quale l'offesa al bene protetto, diversamente che nella figura antitetica del reato istantaneo, non si esaurisce nel momento stesso in cui viene prodotta, ma si protrae nel tempo per effetto del perdurare della condotta volontaria del reo, esaurendosi, sul piano della rilevanza penale, soltanto con la cessazione di quest'ultima". (Corte cost., 7 febbraio 2018, n. 53).

ritenersi che si tratta del medesimo fatto ed in quanto tale Tizio può invocare l'applicazione della preclusione ex art. 649 c.p.p.? L'interrogativo sorge dal fatto che il momento iniziale della condotta è il medesimo e cioè il sequestro di Caio avviene il giorno x. Tuttavia, in termini giuridici, il reato non si considera consumato con quella condotta iniziale ma continua a consumarsi per tutta la durata dello stato di privazione della libertà. In quanto tale, il fatto non può considerarsi il medesimo nei giorni y e y +1 perché essenziale è l'individuazione dei limiti cronologici del fatto considerato nel primo procedimento: in questo modo, il primo giudicato riguarda il fatto nel periodo che va dal giorno x al giorno y, mentre nulla vieta di procedere per il sequestro di Caio dal giorno y +1 in poi. Infatti, la dottrina è chiara nell'individuare l'attività delittuosa successiva come fatto storico diverso, non protetto dalla preclusione del *ne bis in idem*<sup>183</sup>. Anche la giurisprudenza esclude che possa operare il divieto di un secondo giudizio poiché sostiene che rappresenti un'"ulteriore manifestazione dell'attività del tutto distinta nel tempo e nello spazio"<sup>184</sup>, nonostante che integri gli estremi del medesimo reato e che violi la stessa disposizione di legge. Tuttavia, quando il giudicato riguarda una condotta che non si è esaurita, si pone il problema riguardo la sostanziale unitarietà della condotta del soggetto agente. Così, per superare queste difficoltà, la giurisprudenza ha fatto ricorso alla *fictione iuris* della c.d. "interruzione giudiziale della permanenza" affermando che la "sentenza produce una sorta di consumazione processuale del reato e ne frantuma l'unitarietà, onde

---

<sup>183</sup> In questo senso, Giovanni Canzio e Giovanni Tranchina in Codice di procedura penale, affermano che, intervenuto il giudicato "per un segmento temporale a-b di permanenza del reato x, nulla preclude un nuovo processo per ulteriori (anche consecutivi) segmenti di attività delittuosa, che certamente integrano condotte diverse". (Giovanni CANZIO, Giovanni TRANCHINA, *op. cit.*, p. 5773).

<sup>184</sup> Cass., Sez. I, 28 maggio 1990, n. 1483, Pisano.



le condotte successive all'intervenuta decisione rileveranno quali elementi costitutivi di un reato permanente identico, ma distinto e valutabile nuovamente in sede giudiziale". Ma rispetto a questa finzione giuridica, la giurisprudenza non è univoca e in particolare possiamo distinguere tra due orientamenti formati in merito: un primo orientamento ritiene che l'interruzione ci sia soltanto nel momento in cui interviene una sentenza di condanna, anche non definitiva; mentre nel caso di sentenza di assoluzione la preclusione non opererebbe comunque mai. I sostenitori del secondo orientamento prospettano invece una soluzione diversa: la sentenza di primo grado indica la fine della permanenza della condotta, quale che sia il suo esito assolutorio o di condanna, e la condotta successiva rappresenta sempre un nuovo reato<sup>185</sup>. La dottrina critica però questa finzione giuridica poiché sostiene che la preclusione di cui all'art. 649 c.p.p. opera nei confronti della condotta oggetto del primo procedimento ed accertata in quella sentenza, mentre non rileva rispetto all'eventuale prosecuzione o ripresa della medesima in un periodo successivo, trattandosi comunque di un fatto storico diverso. Al di là di questi contrasti, è pacifico quindi, in dottrina come anche in giurisprudenza, che il giudicato su un reato permanente copra solo quella parte dell'attività delittuosa contestata nel primo procedimento, mentre non abbia alcun impatto sull'eventuale prosecuzione di tale attività.

Spostando l'attenzione sul reato abituale, questo si caratterizza dal fatto di richiedere la ripetizione di una pluralità di atti, azioni o omissioni, in modo usuale e ripetitivo, anche a distanza di tempo. Rappresentano classici esempi di reati abituali i "Maltrattamenti contro familiari e conviventi" ex art. 572 c.p. e il delitto di "Atti persecutori" ex art. 612-bis c.p., che si perfezionano rispettivamente con una pluralità di

---

<sup>185</sup> In questo senso, Cass., Sez. VI, 27 aprile 2006, n. 14589.

atti vessatori reiterati e frequenti (ad esempio minacce, ingiurie, violenze, privazioni di beni essenziali, ecc.) e con condotte reiterate di molestia o di minaccia che cagionano “un perdurante e grave stato di ansia o di paura”, “un fondato timore per l’incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva” oppure ancora che costringono la vittima “ad alterare le proprie abitudini di vita”. Secondo la dottrina, nel caso in cui intervenga una sentenza definitiva in merito ad un reato abituale, la preclusione di cui all’art. 649 c.p.p. non opera per successive e distinte condotte della medesima specie: l’esercizio dell’azione penale potrà essere iniziato per le nuove condotte, poiché rappresentano un nuovo reato, ma in quest’ultimo procedimento non si dovrà tener conto delle condotte oggetto del precedente giudicato. Rispetto a quest’ultima precisazione, di diverso avviso è invece la giurisprudenza della Cassazione, la quale, individuando la medesimezza del fatto nella riscontrabilità di tutti gli elementi costitutivi del reato in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona<sup>186</sup>, trattandosi di un reato abituale, laddove vi siano condotte precedenti o successive ai fatti oggetto del primo giudicato, difettando il requisito delle medesime condizioni di tempo, afferma che la preclusione non copre le condotte oggetto del primo procedimento<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> In questo senso, Cass. pen. Sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655.

<sup>187</sup> In questo senso, Cass. pen., Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 51212: Tizio ricorreva dinanzi alla Corte di Cassazione lamentando la violazione dell’art. 649 c.p.p., in quanto oggetto della sentenza di condanna impugnata erano delle condotte di maltrattamenti di cui Tizio era già stato assolto con sentenza definitiva. Questa sentenza condannava Tizio per il reato di maltrattamenti, che ha natura abituale, prendendo in considerazione un ampio intervallo di tempo nel quale rientravano condotte in merito alle quali egli era stato definitivamente prosciolto per assenza del requisito della continuità. La Suprema corte rigetta il ricorso di Tizio affermando che, poiché quest’ultime condotte vengono prese in considerazione con rispetto

Infatti, la Suprema Corte ha chiaramente affermato che: “In tema di maltrattamenti in famiglia, in ragione della natura abituale del reato, l’acquisizione di dati dimostrativi della presenza di ulteriori fatti rende retroattivamente rilevanti per la configurabilità della fattispecie precedenti comportamenti, anche se già oggetto di sentenza irrevocabile di assoluzione, con la conseguenza che un giudicato assolutorio su una parte dell’azione non è preclusivo di una nuova valutazione dei medesimi fatti storici, all’interno di un complesso di elementi analoghi, resi noti o intervenuti successivamente, idonei ad integrare il delitto per effetto dell’identità e reiterazione delle condotte”<sup>188</sup>. Secondo la giurisprudenza della Cassazione, anche le condotte oggetto di un precedente giudicato possono nuovamente essere valutate insieme ad altre, al fine di accertare la sussistenza di un reato abituale.

---

ad un reato abituale considerato in un diverso arco temporale, la preclusione di cui all’art. 649 c.p.p. non opera per mancanza dell’identità dei fatti oggetto dei due procedimenti.

<sup>188</sup> Cass. pen., Sez. VI, 10 dicembre 2014, n. 51212.

c. Il rapporto tra tentativo e reato consumato: *quid iuris?*

i. *Ne bis in idem* e reato tentato

Ai sensi dell'art. 56 co. 1 c.p., "Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato se l'azione non si compie o l'evento non si verifica". Quest'ultima norma punisce il delitto tentato, il quale rappresenta un autonomo reato distinto dal medesimo nella sua forma consumata. Il tentativo è punibile solo con riferimento ai delitti, e non anche alle contravvenzioni, e richiede necessariamente l'elemento soggettivo del dolo. Ai delitti tentati si applica un'apposita disciplina sanzionatoria, stabilita dall'art. 56 co. 2 c.p.: "Il colpevole del delitto tentato è punito: con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita è l'ergastolo; e, negli altri casi, con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi". Astrattamente, il delitto tentato e il delitto consumato sono due reati incompatibili tra di loro poiché nell'uno, l'azione non si compie o l'evento non si verifica mentre nell'altro si: la compresenza dei due reati è quindi logicamente impossibile. Infatti, prendendo l'esempio dell'omicidio: o la morte si verifica e il reato è consumato, oppure la vittima non muore ed il reato rimane nella forma del tentativo. Allo stesso modo, nel caso di furto: o l'agente s'impossessa della cosa altrui conseguendone l'autonoma ed effettiva disponibilità oppure il reato non si consuma e rimane allo stadio del tentativo. Tuttavia, il rapporto tra delitto tentato e consumato si interfaccia con il principio del *ne bis in idem* nel momento in cui, intervenuto il giudicato in merito ad un reato tentato, sopravviene successivamente l'evento morte. A questo punto, sorge il seguente dubbio: la verifica dell'evento consente di agire penalmente contro l'autore per il reato consumato, nonostante che vi sia già un giudicato sul medesimo reato tentato? La questione si pone nei seguenti termini: deve ritenersi operativa la preclusione di cui

all'art. 649 c.p.p. poiché si tratta del medesimo fatto o, data la diversità dell'evento, può ritenersi legittimo procedere nuovamente contro lo stesso soggetto? Il problema sembra riguardare soprattutto le ipotesi di omicidio o d'interruzione di gravidanza non consensuale, nelle quali, a distanza di tempo, sopravviene l'evento "morte". Il medesimo scenario è difficilmente ipotizzabile in altri casi: mentre il decesso della vittima può verificarsi in un momento successivo, anche lontano, dalla condotta originaria, è arduo immaginare che l'evento, in casi come il furto, l'estorsione o la violenza sessuale, per citare solo alcuni esempi, possa prodursi successivamente al passaggio in giudicato della sentenza contro i medesimi fatti per delitto nella sua forma tentata.

In dottrina, è pacifico che il principio del *ne bis in idem* impedisce in casi come questi di procedere nuovamente<sup>189</sup>, poiché il tentativo rappresenta un "grado" inferiore rispetto al reato consumato, il cui mutamento è normativamente sancito come irrilevante ai fini dell'operatività della preclusione dalla norma stessa. Infatti, come visto in precedenza, i dubbi sulla nozione di "grado" sorgono in merito alla questione del reato progressivo, mentre è assolutamente pacifico, in dottrina, che questo indichi il passaggio dal reato tentato al reato consumato. La stessa cosa non può dirsi invece con riguardo alla giurisprudenza, la quale, dando rilevanza alla triade condotta-evento-nesso di causalità, ritiene che, data la diversità dell'evento tra reato tentato e reato consumato, la preclusione non possa operare. Essa sembra, quindi, non tener conto della formula "mutamento del titolo o del grado", che finisce per rimanere una disposizione priva di contenuto. Infatti, procedere nei confronti del delitto consumato quando il medesimo delitto tentato è già

---

<sup>189</sup> Si veda, Gilberto LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 778; Francesco CAPRIOLI, Daniele VICOLI, *op. cit.*, p. 85.

stato oggetto di un precedente procedimento conclusosi con una sentenza definitiva, fa sì che non rimanga altro se non chiedersi cosa debba intendersi, allora, secondo la giurisprudenza, con il termine “grado”.

## ii. Un caso di giurisprudenza attuale

Per capire meglio la questione è opportuno, in questa sede, soffermarsi brevemente su un recente caso, ad oggi in attesa dell'udienza preliminare per la decisione della questione nella forma del rito abbreviato, che si trova a dover affrontare il problema del rapporto tra delitto tentato e consumato e il principio del *ne bis in idem*. La vicenda risale ad alcuni fa, quando nel 2011 gli imputati dell'odierno procedimento aggrediscono la vittima, cagionandole delle lesioni gravissime e provocando alla medesima uno stato di coma cerebrale. In particolare, si legge nell'imputazione che li stessi avrebbero sottoposto la vittima ad un "crudele e prolungato pestaggio, per futili motivi, con pugni, calci ed uso di un corpo contundente (un casco da motociclista)" il quale questo avrebbe cagionato un ematoma cerebrale e provocato, nella medesima, uno stato di coma vegetativo persistente, ponendola in pericolo di vita. Alla vittima, in arrivo in ospedale la sera dell'accadimento dei fatti, viene, tra l'altro, diagnosticato un oligodendroglioma di basso grado, ossia un tumore cerebrale a lento accrescimento, di cui la medesima non era a conoscenza. Così, a seguito della ricostruzione dei fatti e grazie alle dichiarazioni delle persone presenti al momento degli accadimenti ed a quelle degli aggressori, agli stessi viene contestato il reato di omicidio volontario aggravato dai futili motivi e dall'aver agito con crudeltà nella forma del tentativo, di cui agli artt. 56, 575, 577 (61) n. 1 e 4 c.p. Due degli imputati, optando per la definizione del giudizio attraverso la forma del rito abbreviato, vengono condannati in primo grado dal Tribunale di Roma nel 2012 del reato a loro ascritto, esclusa l'aggravante di cui all'art. 61 n. 4 c.p., alla pena di anni nove di reclusione. Nel 2013, la Corte d'Appello conferma la sentenza di primo grado. Gli altri imputati, invece, seguendo il rito ordinario, vengono condannati alla pena di anni nove di reclusione dal Tribunale di Roma nel 2013, il quale riqualifica il reato di tentato omicidio in quello di

lesioni gravissime, ai sensi degli artt. 582 e 583 n. 1 e 2 c.p., per difetto della volontà omicidiaria, non potendo affermare con certezza l'univocità dell'*animus necandi*. Nel 2014, la Corte d'Appello riforma però quest'ultima sentenza, condannando due degli imputati per il reato di tentato omicidio, ai sensi degli artt. 56, 575, 577 n. 4 in relazione all'art. 61 n. 1 c.p., l'uno alla pena di anni tredici e mesi nove di reclusione e l'altro alla pena di anni tredici e mesi sei di reclusione; mentre assolve il terzo imputato per non aver commesso il fatto. I giudici, condannando gli imputati per tentato omicidio, ritengono sussistente sia il nesso di causalità tra le lesioni e lo stato di coma, sia la volontà omicidiaria in capo agli aggressori. Sul versante del nesso di causalità, essi affermano che i colpi, aggiungendo ulteriore volume patologico, hanno concorso con la patologia tumorale a determinare lo stato vegetativo persistente ed escludono che il solo tumore abbia cagionato, di per sé, il coma con quelle modalità e con quelle tempistiche, interrompendo in questo modo il nesso causale. Le lesioni sono dunque causa dello stato vegetativo poiché, eliminando mentalmente i colpi, il coma non si sarebbe verificato, o almeno non si sarebbe verificato con quelle modalità ed in quel tempo. Per quanto riguarda invece il dolo, secondo quanto sostenuto dai giudici romani, si rinviene nella reiterazione dei colpi inflitti, nella violenza con la quale sono inferti e con le zone del corpo che vengono attinte (in particolare, organi vitali come la testa). Questi ultimi atti vengono valutati, attraverso una valutazione *ex ante*, come idonei a cagionare la morte della vittima e quindi idonei a configurare la figura del tentativo.

Successivamente al passaggio in giudicato delle sentenze d'appello, dopo tre anni passati in stato di coma, la vittima decede il 7 dicembre 2014, mentre gli imputati stanno scontando la pena a loro inflitta per il delitto di omicidio tentato. Così, il pubblico ministero, ritenendo insussistente l'applicazione della preclusione di un secondo giudizio



ex art. 649 c.p.p., contesta agli aggressori il reato di omicidio volontario, di cui all'art. 575 c.p., e apre un nuovo procedimento a carico dei quattro imputati già condannati per tentato omicidio. In particolare, il pubblico ministero ritiene che si tratti di fatti diversi data la diversità dell'evento: il decesso della vittima, quale evento nuovo, non presente al momento del primo procedimento, consente di procedere nuovamente poiché il fatto è distinto. Infatti, la pubblica accusa, rimettendosi all'ormai consolidata posizione della giurisprudenza sulla rilevanza di tutti gli elementi costitutivi del reato nel giudizio sull'*idem factum*, sostiene che la preclusione del *ne bis in idem* non possa trovare applicazione per la diversità degli eventi presi in considerazione. Così, nell'aprile 2022, davanti al giudice dell'udienza preliminare, il pubblico ministero chiede l'applicazione della pena di anni quattordici di reclusione per gli imputati per il reato di omicidio volontario, tenendo conto della scelta del rito abbreviato e ritenendo equivalenti le circostanze attenuanti e aggravanti nel giudizio di bilanciamento. Dopo avere scontato nove o tredici anni di reclusione in relazione a quei colpi inflitti nel 2011, gli imputati si ritrovano così davanti alla possibilità di essere nuovamente condannati, con rispetto a quelle medesime azioni, alla pena di anni quattordici.

iii. Riflessioni sul caso di specie: il rapporto tra delitto tentato e consumato alla luce del principio del *ne bis in idem*

A fronte dell'apertura di un nuovo procedimento, pare plausibile che la difesa voglia contestare la violazione del *ne bis in idem*, poiché gli imputati sono già stati processati e condannati in ordine a quei medesimi fatti oggetto del capo d'accusa. Al di là delle considerazioni dottrinali che vengono ignorate dalla giurisprudenza, e cioè del fatto che il nuovo procedimento sarebbe vietato poiché rientra nella nozione di “mutamento di grado” di cui all'art. 649 c.p.p.<sup>190</sup>, e che alla luce della giurisprudenza europea per medesimo fatto si deve intendere stesso fatto storico-naturalistico, quello che viene inoltre da chiedersi qui è se si possa effettivamente parlare di diversità di eventi tra omicidio tentato e omicidio consumato, nel momento in cui l'evento “morte” viene preso in considerazione in entrambi i procedimenti. Ci troviamo infatti in presenza di un caso del tutto distinto dal concorso formale o dalla progressione criminosa, perché, mentre in questi ultimi due casi si tratta di fattispecie giuridiche diverse, tentativo e reato consumato sono due reati tra loro incompatibili che rientrano in un'unica fattispecie giuridica. Infatti, la figura del tentato omicidio si rinviene nel combinato disposto degli artt. 56 e 575 c.p. e non in un'autonoma disposizione di legge, poiché rappresenta il *prius* logico e

---

<sup>190</sup> Si legge in dottrina (Francesco CAPRIOLI, *Il principio del ne bis in idem*, cit., p. 85 ss; Franco CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1210-1211; Enrico Maria MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè Editore, 2012, p. 466 ss.) che per “grado” si allude “alle ipotesi in cui il pubblico ministero, passata in giudicato la sentenza per il delitto nella forma tentata, pretenda, poi, di contestare lo stesso reato nella forma consumata” (Fabio Salvatore CASSIBBA, *I limiti oggettivi del ne bis in idem tra fonti nazionali ed europee*, Rev. Bras. De Direito Processual Penal, 4/3, 2018, p. 970).

cronologico del delitto consumato<sup>191</sup>. Se è vero che, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, esso non rappresenta una forma attenuata del reato consumato ma un'autonoma figura di reato<sup>192</sup>, tuttavia rinvia pur sempre all'art. 575 c.p. In quanto tale, l'evento "morte" dovrebbe ritenersi comune ad entrambi i reati e solamente atteggiarsi in modo diverso: in un caso, affinché il reato si realizzi, non deve verificarsi mentre nell'altro caso sì. Seguendo questa logica, sembrerebbe evidente che per accertare la realizzazione del delitto tentato sia necessario valutare tutti gli elementi della fattispecie, tra i quali anche l'evento "morte", al fine di appurare che quest'ultimo non si sia verificato. Nel momento in cui si va a verificare l'idoneità e l'univocità degli atti a configurare il reato di omicidio, è chiaro che occorre allora valutarli alla luce dell'evento "morte", seppure quest'ultimo non si sia verificato. Per questi motivi, non potrebbero ritenersi applicabili le riflessioni giurisprudenziali in merito alle ipotesi di concorso formale e progressione criminosa poiché le situazioni sarebbero del tutto diverse: infatti, il passaggio dall'omicidio tentato all'omicidio consumato non potrebbe considerarsi uguale all'ipotesi del passaggio dal reato di lesioni personali a quello di omicidio. Mentre in quest'ultimo caso, la diversità di evento richiesto dalle stesse disposizioni di legge potrebbe giustificare, nell'ottica giurisprudenziale che dà rilievo alla triade degli elementi costitutivi quali la condotta, l'evento ed il nesso causale, la non applicazione della preclusione del *ne bis in idem*, la stessa cosa non potrebbe dirsi in riferimento al caso del

---

<sup>191</sup> In questo senso, Salvatore Donato MESSINA, Giorgia SPINNATO, *Manuale Breve Diritto Penale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

<sup>192</sup> In questo senso, la Cassazione ritiene che il tentativo configuri un "titolo autonomo di reato" rispetto al delitto consumato, trattandosi di un reato perfetto dotato di un'autonoma struttura oggettiva (Cass., 17 marzo 1984, n. 2391; Cass., 11 marzo 1993, Bono; Cass., Sez. I, 16 maggio 2001, n. 37562).

tentativo, il quale richiederebbe, comunque, la presa in considerazione dell'evento "morte". Infatti, si legge più volte nella sentenza di primo grado il riferimento all'evento "morte", sia nel senso che gli aggressori hanno agito con l'intento omicidiario nei confronti della vittima, sia nel senso dell'idoneità e dell'univocità degli atti a causare l'evento.

A questo ragionamento si potrebbe sempre obiettare però che, in ogni caso, verrebbe meno la coincidenza delle circostanze di tempo e di luogo. Se anche fosse vero che condotta, evento e nesso causale coincidono, ciò che distingue il fatto oggetto del primo procedimento da quello oggetto del secondo sarebbero i riferimenti spazio-temporali. La morte sopravviene infatti a distanza di anni rispetto alla condotta e ai fatti oggetto della prima sentenza (tra i quali lo stato di coma cerebrale, che si verifica nelle ventiquattrore successive all'azione) e questo potrebbe giustificare, allora, la diversità dei fatti e quindi la non applicazione del principio del *ne bis in idem*. Come abbiamo avuto già modo di osservare, ormai da anni nella giurisprudenza della Cassazione è orientamento pacifico quello di ritenere necessaria l'identità di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, tra i quali la condotta, l'evento, il nesso di causalità e le circostanze di tempo e di luogo, al fine dell'operatività della preclusione di cui all'art. 649 c.p.p. Così, l'ipotetico evento "morte" che verrebbe preso in considerazione nel primo procedimento renderebbe il "fatto" diverso da quello che è oggetto del secondo processo, il quale farebbe riferimento, in questo caso, ad un evento "morte" effettivamente verificatosi in un contesto temporale diverso. È proprio sulla base di queste considerazioni che, nel caso di specie, la pubblica accusa ha ritenuto inoperante la preclusione del *ne bis in idem* e ha chiesto il rinvio a giudizio degli imputati per il delitto di omicidio.

Tuttavia, un ulteriore aspetto che non convince del tutto, rispetto all'instaurazione di un nuovo procedimento per il delitto di omicidio consumato quando vi è già una sentenza che ha per oggetto il medesimo nella sua forma tentata, riguarda il nesso di causalità. In particolare, può effettivamente ritenersi plausibile che vi sia un rapporto causale tra la condotta originaria e l'evento "morte" nel momento in cui, nella sentenza sul tentato omicidio, si afferma chiaramente che un terzo elemento ha rotto il nesso di causalità impedendo che il decesso si realizzasse? Infatti, riprendendo il caso in esame, si legge nella sentenza di condanna che l'evento non si è verificato per il solo fatto delle cure che sono state apprestate alla vittima senza interruzione. Così, ritenere che l'agente sia responsabile per il reato nella sua forma tentata implicitamente asserisce che vi è una causa esterna, indipendente dalla volontà dell'autore del reato (nel caso di specie le cure mediche), che si è messa tra la condotta e l'evento e ha quindi impedito il verificarsi di quest'ultimo. Com'è possibile allora sostenere che vi sia un rapporto di causalità tra la condotta e l'evento, che si è poi realizzato, escludendo che il medesimo sia stato in qualche modo inficiato dalla causa esterna, che ha rotto in quanto tale il nesso causale? Quantunque queste obiezioni non siano irragionevoli, potrebbero essere superate dalla considerazione secondo la quale l'elemento esterno, affinché sia considerato come la causa interruttiva del rapporto causale tra condotta-evento, debba essere da solo sufficiente a cagionare l'evento. Infatti, riprendendo le argomentazioni della Corte di cassazione in tema di responsabilità medica, essa afferma che affinché vi sia idoneità interruttiva, è necessario che si tratti di "un rischio nuovo e incommensurabile, del tutto incongruo rispetto alla condotta originaria"<sup>193</sup>. Così, eliminando mentalmente la condotta

---

<sup>193</sup> Cass., Sez. IV, 11 luglio 2017, n. 33770.

originaria, si dovrebbe poter affermare che l'evento si sarebbe verificato lo stesso per cause esterne. In ogni modo, la questione è piuttosto complessa e dovrebbe essere valutata alla luce degli elementi del singolo caso concreto. Quello che qui interessa, è il fatto che l'esclusione dell'operatività della preclusione del *ne bis in idem* nei casi di delitto tentato – delitto consumato ponga non pochi problemi applicativi e che la vaghezza della formula utilizzata dall'art. 649 c.p.p. non permetta di giungere ad una soluzione univoca.

#### IV) Breve incursione nel diritto francese

In definitiva, la questione circa l'operatività della preclusione in casi come quelli appena analizzati torna ad agganciarsi al problema iniziale riguardo all'interpretazione e al significato che si attribuisce alla nozione di "stesso fatto". Nel momento in cui la si fa coincidere con la condotta storico-naturalistica posta in essere da parte del soggetto agente, il problema dell'applicazione della norma nei casi di concorso formale di reati, progressione criminosa e tentativo scompare, poiché è chiaro che opera quest'ultima. Viceversa, quando si richiede, al fine dell'identità dei fatti, la coincidenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, ossia la soluzione accolta dal giudice delle leggi con la pronuncia del 2016, l'operatività della norma si riduce ai casi di perfetta identità dei fatti e quest'ultima si esclude in casi come questi. Così, l'effettivo ambito operativo della norma rimane una questione aperta riguardo alla quale le soluzioni prospettate da dottrina e giurisprudenza non appaiono pienamente soddisfacenti. Per concludere l'analisi della questione, sarà interessante in quest'ultima sede soffermarci brevemente sulla soluzione adottata dall'ordinamento francese, in modo da capire come viene risolto il problema e quale significato viene attribuito al concetto di "stesso fatto".

Come visto nel primo capitolo, il principio trova esplicito riconoscimento nell'art. 368<sup>194</sup> del *Code de procédure pénale*. Innanzitutto, la giurisprudenza della Cassazione ritiene che, affinché vi sia identità dei fatti e che la preclusione operi, è necessario trovarsi in presenza di fatti materiali identici, non rilevando in alcun modo gli elementi costitutivi delle infrazioni contestate ma unicamente il fatto materiale oggetto del

---

<sup>194</sup> L'art. 368 c.p.p. recita testualmente: "*Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente*".

procedimento<sup>195</sup>. Uniformandosi alla tesi sostenuta dalla quasi totalità della dottrina, la giurisprudenza afferma che l'identità non deve riguardare la qualificazione giuridica dei fatti oggetto dei due procedimenti ma la loro dimensione materiale. Da notare, quindi, come anche i giudici francesi si sono uniformati al diritto europeo nel preferire il criterio dell'*idem factum* rispetto a quello dell'*idem legale*.

Per quanto concerne la questione del concorso formale di reati (c.d. "*conflit ou concours de qualifications*"), in un celebre caso giudiziario del 1960, c.d. "affaire Ben Haddadi"<sup>196</sup>, la *Cour de cassation* aveva posto un'eccezione al principio del *ne bis in idem*, condannando per due volte lo stesso soggetto per il medesimo fatto materiale, poiché quest'ultimo avrebbe leso beni giuridici distinti. Tuttavia, la medesima Corte, con una pronuncia del 2016 e nella giurisprudenza successiva, è intervenuta per tentare di risolvere in maniera definitiva la questione legata al conflitto di qualificazioni giuridiche in merito ad uno stesso fatto, affermando che, in virtù del principio del *ne bis in idem*, "*des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même accusé, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elles concomitantes*"<sup>197</sup>. Da questa

---

<sup>195</sup> In questo senso, Cass. crim., 19 gennaio 2005, n.04-81686.

<sup>196</sup> Crim., 3 marzo 1960, Bull. crim. n. 138.

<sup>197</sup> Crim., 16 ottobre 2016, n. 15-84.552, letteralmente: "i fatti che derivano in modo indissociabile da un'unica azione caratterizzata da una sola intenzione colpevole non possono dare luogo, contro il medesimo imputato, a due dichiarazioni di colpevolezza di natura penale, anche se contestuali". La medesima affermazione viene ripresa in numerose pronunce successive (tra le quali: Crim., 16 novembre 2021, n. 21-81.178; Crim., 10 novembre 2021, n. 20-86.320; Crim., 30 giugno 2021, n. 20-84.946; Crim., 14 novembre 2019, n. 18-83.122).



interpretazione si deduce che la Cassazione francese ritenga necessario, ai fini dell'operatività della preclusione, due elementi: un'unica azione caratterizzata da una sola intenzione. Innanzitutto, occorre rilevare che si parla qui di "action"; circostanza dalla quale si deduce che nel diritto francese, nel giudizio sulla identità del fatto, viene presa in considerazione l'azione, e cioè la condotta, attuata dal soggetto agente e non anche gli ulteriori elementi del fatto quali l'evento e il nesso di causalità. Inoltre, quello che caratterizza l'identità del fatto è anche l'intenzione dell'autore: così, in un celebre caso giudiziario, ormai risalente nel tempo, i giudici della Cassazione hanno ritenuto ammissibile l'instaurazione di un secondo procedimento nei confronti di un soggetto, già condannato per omicidio colposo, per gli stessi fatti a titolo di omicidio doloso (essendo nel frattempo sopravvenuti nuovi elementi) poiché i fatti materiali non sarebbero esattamente gli stessi<sup>198</sup>. Questo orientamento, confermato in diverse pronunce successive, è stato oggetto di critica da una parte della dottrina che ritiene che il solo elemento morale non possa essere alla base di un "fatto nuovo" e quindi giustificare l'apertura di un secondo procedimento<sup>199</sup>. Così, l'ordinamento francese segue una via ancora diversa rispetto a quella della nostra giurisprudenza, andando a guardare all'intenzione del soggetto agente. In questo modo, si tiene conto dell'azione, o

---

<sup>198</sup> Così, nella sentenza della Cass. crim., 25 marzo 1954, *Thibaud*, n. 121, si legge che: "*le crime d'homicide qui se commet par la détermination de la volonté et le délit d'imprudence qui l'exclut sont deux infractions distinctes en leurs éléments de fait aussi bien qu'en leurs éléments de droit*".

<sup>199</sup> In questo senso, Louis HUGUENEY, sostiene che la distinzione tra il dolo e la colpa, che concerne unicamente l'elemento morale, sia solo un "fattore interno di qualificazione" e che il suo mutamento non possa servire come base per l'instaurazione di nuovo procedimento.

dell'omissione, non solo nella sua dimensione materiale ma anche in quella morale, senza però valutare poi l'evento che si realizza.

## Conclusion

Alla luce dell'analisi svolta nel corso della trattazione, possiamo concludere nel senso che la garanzia del *ne bis in idem* è un principio costituzionalmente tutelato, seppure nel nostro ordinamento non sia espressamente previsto dalla Carta costituzionale ma sancito dall'art. 649 c.p.p., strettamente dipendente dal significato che si attribuisce agli elementi costitutivi di quest'ultima norma. Come abbiamo potuto osservare, il concetto di "stesso fatto" e la sua interpretazione sembra essere una questione tutt'altro che risolta, la quale continua a porre problemi nella sua applicazione pratica. Anche dopo l'intervento della Corte costituzionale nel 2016, che si sperava potesse mettere un punto definitivo alla questione, rimangono alcune perplessità rispetto al caso del concorso formale di reati e soprattutto lascia aperte le questioni relative ai casi di progressione criminosa e di tentativo, il quale non sembra essere stato del tutto preso in considerazione dal giudice delle leggi. Consentire di procedere *ex novo* nei confronti di un soggetto, già giudicato per un delitto tentato, con riferimento al medesimo nella sua forma consumata, finisce per restringere pesantemente la garanzia del *ne bis in idem*, la quale diventa invocabile solo nelle ipotesi di perfetta coincidenza di tutti gli elementi costitutivi di un fatto e la cui applicazione diventa legata a casi più teorici che concreti. In aggiunta alle considerazioni svolte nel terzo capitolo rispetto al rapporto tra delitto tentato e consumato, vi è anche da rilevare il seguente paradosso: l'instaurazione di un duplice procedimento e l'applicazione di più sanzioni finisce, in qualche modo, per dipendere dalla celerità delle contestazioni da parte della pubblica accusa e dal distacco temporale tra messa in pericolo del bene giuridico ed effettiva lesione dello stesso. Infatti, nel momento in cui l'evento si verifica quando il procedimento per delitto tentato non è stato iniziato o non si è concluso,

il tutto confluirebbe in un unico procedimento per delitto consumato e la pena sarebbe quella del reato consumato (infatti, il delitto tentato sarebbe, in questo caso, chiaramente assorbito dal delitto consumato). Viceversa, qualora la contestazione del delitto tentato fosse rapida e l'evento si verificasse (come nel caso analizzato) una volta il primo procedimento conclusosi con una sentenza definitiva, vi sarebbe un ulteriore processo che potrebbe portare, in caso di condanna, alla duplicazione della sanzione. Così, si finirebbe per creare una sorta di disparità di trattamento, contrario all'art. 3 Cost., tra coloro per i quali l'evento si realizza contestualmente, o quasi, alla condotta e coloro per i quali quest'ultimo si verifica a distanza di tempo.

Allora, una soluzione auspicabile in una prospettiva di armonizzazione con il diritto europeo ed in un'ottica maggiormente garantista per l'imputato potrebbe forse essere quella di omologare la giurisprudenza nazionale agli orientamenti consolidati della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea, interpretando la nozione di "stesso fatto", non solo alla luce del criterio dell'*idem factum*, ma anche nell'ottica della rilevanza della sola condotta. Infatti, la soluzione accolta dalla Corte costituzionale nel 2016, nonostante che sia favorevole alla posizione dell'imputato per l'aver definitivamente abbandonato il criterio dell'*idem legale* a favore di quello dell'*idem factum*, sembra in realtà restringere notevolmente l'ambito operativo del principio ed allontanarsi, di conseguenza, dalla portata garantista del medesimo. In particolare, accogliendo la rilevanza della triade condotta – evento - nesso causale, finisce per legittimare l'apertura di un nuovo procedimento in casi come quelli analizzati nel terzo capitolo. Così, i dubbi interpretativi relativi alla disposizione di cui all'art. 649 c.p.p. finiscono per essere risolti in *malam partem*, ossia in modo contrario all'interesse dell'imputato. Onde evitare simili applicazioni, la soluzione che garantirebbe la massima

espansione al divieto sarebbe quella di dare rilevanza alla sola condotta, nel giudizio sull'identità dei fatti. Tra l'altro, la presa in considerazione di tutti gli elementi costitutivi del reato non trova, in realtà, nessun riscontro preciso nella giurisprudenza europea e, nonostante che il giudice delle leggi affermi che le Corti europee non abbiano mai sancito la rilevanza della sola condotta<sup>200</sup>, questa soluzione giurisprudenziale sembra scavalcare il dato letterale della disposizione di legge in merito.

Tuttavia, anche una simile soluzione non è priva di inconvenienti, poiché rimane il rischio, come sottolineato dalla giurisprudenza, di garantire in questo modo all'autore del reato delle aree di impunità. Infatti e soprattutto nel caso del tentativo, l'agente risponderrebbe del solo reato nella sua forma tentata quando il medesimo soggetto è all'origine del delitto consumato. Nel momento in cui si accerta che il reato consumato è

---

<sup>200</sup> Così, si legge nella pronuncia della Corte costituzionale: “Né la sentenza della Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zolotukhine c. Russia*, né le successive pronunce della Corte EDU recano l'affermazione che il fatto va assunto, ai fini del divieto di *bis in idem*, con esclusivo riferimento all'azione o all'omissione dell'imputato. A tal fine, infatti, non possono venire in conto le decisioni vertenti sulla comparazione di reati di sola condotta, ove è ovvio che l'indagine giudiziale ha avuto per oggetto quest'ultima soltanto. [...] Certo è che, perlomeno allo stato, la giurisprudenza europea, che “resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata” (sentenza n. 236 del 2011), non permette di isolare con sufficiente certezza alcun principio (sentenza n. 49 del 2015), alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ove si escluda l'opzione compiuta con nettezza a favore dell'*idem factum* (questa sì, davvero espressiva di un orientamento sistematico e definitivo). In particolare, non solo non vi è modo di ritenere che il fatto, quanto all'art. 4 del Protocollo n. 7, sia da circoscrivere alla sola condotta dell'agente, ma vi sono indizi per includere nel giudizio l'oggetto fisico di quest'ultima, mentre non si può escludere che vi rientri anche l'evento, purché recepito con rigore nella sola dimensione materiale” (Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200/2016).

ad egli imputabile, gli verrebbe applicata una sanzione minore e quindi sproporzionata rispetto al danno che ha effettivamente cagionato con la sua condotta.

Un'altra via percorribile allora, potrebbe essere quella di ricorrere al principio di detrazione che abbiamo visto con riferimento alle ipotesi di progressione criminosa e reato progressivo. Nel caso di giurisprudenza esaminato nel terzo capitolo, il pubblico ministero ha fatto riferimento proprio a quest'ultimo principio, affermando che è il giudice a dover determinare la pena complessiva, detraendo la pena già inflitta e scontata in ordine al reato di tentato omicidio. Secondo il pubblico ministero, solo in questo modo verrebbe colmata quella parte di pena maggiore che attiene alla verifica dell'evento e quindi al reato più grave. Di fronte a questa situazione complessa che s'interroga sul rapporto tra reato tentato e reato consumato, una soluzione sembra essere di "aggiungere" alla pena già scontata per il delitto tentato un'ulteriore pena per la consumazione dello stesso, alla luce del principio di detrazione. In questo modo, non si creerebbero frizioni con la garanzia del *ne bis in idem* nel suo versante sostanziale, poiché la pena da scontare finirebbe per essere la medesima di quella che sarebbe stata applicata nel caso di condanna per il solo reato consumato<sup>201</sup>. Questa soluzione lascia tuttavia e inevitabilmente alcune perplessità, soprattutto perché un tale *modus operandi* non è

---

<sup>201</sup> Nel caso analizzato nel terzo capitolo, la pena richiesta per il delitto di omicidio volontario è di anni ventuno di reclusione, meno un terzo per la scelta del rito abbreviato, ossia anni quattordici. Quest'ultima pena, che sarebbe stata quella da scontare nel caso di condanna per il solo omicidio volontario, è la medesima che verrebbe scontata effettivamente nel caso di duplice procedimento per omicidio tentato e consumato, poiché si richiede la detrazione di quella parte di pena già scontata per il delitto tentato. Sul versante esecutivo, la pena inflitta a seguito di una duplice condanna per il medesimo delitto tentato e consumato e quella per il solo delitto consumato è dunque, nella sostanza, la stessa.

previsto da alcuna disposizione di legge e rappresenta, quindi, una vera e propria creazione giurisprudenziale, distaccata da qualsiasi base normativa. L'istituto della fungibilità della pena, espressamente previsto all'art. 657 c.p.p., prevede infatti la possibilità di scomputare il periodo di pena già espiato nelle sole ipotesi di custodia cautelare, misura di sicurezza detentiva o per un reato diverso quando la condanna è stata revocata o sono stati concessi amnistia o indulto, ma non contempla affatto né l'ipotesi della progressione criminosa né quella del tentativo. Allontanandosi dal dato testuale della norma, si finisce così per distaccarsi dai principi di certezza e prevedibilità del diritto e delle sanzioni, ai quali il nostro sistema dovrebbe invece essere orientato<sup>202</sup>. Infatti, rimettersi ad un principio – quello di detrazione – che non è previsto dal codice e del quale l'applicazione dipende dalle valutazioni dei giudici di merito, le quali potrebbe variare con il mutare della giurisprudenza, crea una situazione di incertezza per il reo lontana dai principi fondamentali del nostro sistema. Da rilevare proprio in questo senso le parole del costituzionalista Massimo Luciani, il quale afferma che: “A fronte di una legislazione sempre meno amica della certezza (perché ridondante, complessa, contraddittoria) spetta alla giurisdizione recuperare in sede di concreta amministrazione dei diritti e degli interessi quanto più si può essere perduto in sede di loro generale e astratta regolazione. E questo si può fare solo promuovendo interpretazioni stabili e prevedibili”<sup>203</sup>. Tra l'altro, come abbiamo visto, se è vero che il principio di detrazione

---

<sup>202</sup> In questo senso, Alfredo GAITO, *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in *Archivio penale*, 2019, p. 280 ss.

<sup>203</sup> Massimo LUCIANI, *Il memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, in *Foro it.*, V, 2018, p. 101.

opera perfettamente sul piano esecutivo e sanzionatorio, nel senso che evita la duplicazione della sanzione e permette che quest'ultima sia proporzionata al fatto, non impedisce invece la riapertura del procedimento, con tutte le conseguenze negative che un processo penale pendente può avere nei confronti dell'imputato. Così, il ricorso al principio di detrazione non risolverebbe comunque il problema dell'instaurazione a carico di un soggetto di un duplice procedimento per un medesimo fatto storico e si scontrerebbe quindi con la *ratio*, analizzata nel primo capitolo, alla base della previsione del *ne bis in idem* processuale. Nonostante che la Corte EDU abbia dichiarato, nel caso *Galović c. Croazia*, che si tratta di un unico insieme poiché perseguono finalità complementari, di fatto comporta che l'imputato già definitivamente giudicato si ritrova davanti al rischio della possibile instaurazione di un secondo procedimento per i medesimi fatti oggetto del primo processo, con le conseguenti carenze in materia di certezza del diritto. In conclusione, sarebbe quindi auspicabile un intervento da parte dei giudici per determinare un concetto chiaro di "stesso fatto", in linea con gli altri ordinamenti e possibilmente unico per lo spazio giuridico europeo, che sia conforme al dato normativo e che garantisca i diritti e gli interessi dell'imputato, risolvendo definitivamente casi complessi come quelli della progressione criminosa e del tentativo.



## BIBLIOGRAFIA

- Corrado BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1990
- Francesco CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè Editore, 2009
- Giovanni CANZIO, Giovanni TRANCHINA, *Codice di procedura penale*, Tomo II, Giuffrè Editore, 2012
- Francesco CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in Giur. it., 2010
- Francesco CAPRIOLI, Daniele VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011
- Francesco CARINGELLA, Francesca DELLA VALLE, Michele DE PALMA, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, V edizione, Giuridica Editrice, 2015
- Fabio Salvatore CASSIBBA, *I limiti oggettivi del ne bis in idem tra fonti nazionali ed europee*, Rev. Bras. De Direito Processual Penal, 4/3, 2018
- J.C. Jr. COFFEE, *An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment*, in Michigan Law Review, 1981
- Fabrizio CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, 1992
- Franco CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè Editore, 1987
- Franco CORDERO, *Procedura penale*, VII edizione, Giuffrè Editore, 2003
- Franco CORDERO, *Procedura penale*, VIII edizione, Giuffrè Editore, 2006
- Franco CORDERO, *Procedura penale*, IX edizione, Giuffrè Editore, 2012

- Filippo Raffaele DINACCI, *Processo Penale e Costituzione*, Giuffrè Editore, 2010
- Giuseppe DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi alla cosa giudicata penale*, in RIDPP, 1960
- Marco D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Cedam, Padova, 2003
- Alfredo GAITO, *Come intendere il concetto di medesimo fatto ai fini del ne bis in idem?*, in DPP, 1998
- Alfredo GAITO, *Codice di procedura penale ipertestuale*, II edizione UTET, 2006
- Alfredo GAITO, *Codice di Procedura penale commentato*, IV edizione, UTET, 2012
- Alfredo GAITO, *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in Archivio penale, 2019
- Guido GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale*, Giuffrè Editore, Milano, 1968
- Roberto GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, IX edizione, NelDiritto Editore, 2013
- Angelo GIARDA, Giorgio SPANGHER, *Codice di Procedura penale commentato*, IV edizione, 2010
- Ambra GIOVENE, voce "Giudicato", in *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo V, Torino, 1991

- James Paul GOLDSCHMIDT in *Materielles Justizrecht. Rechtsschutzanspruch und Strafrecht*, in *Festgabe für Hübler*, Berlin, 1905
- Faustin HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, III, Paris, 1848
- Roberto E. KOSTORIS, *Manuale di Procedura penale europea*, II edizione, Giuffrè Editore, 2016
- Daniele LABIANCA, *Ne bis in idem: una questione "eterna" all'esame della Corte costituzionale*, in *Archivio penale*, 2016, n. 2
- Giorgio LATTANZI, *Codice di procedura penale*, Giuffrè Editore, 2015
- Giovanni LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1956
- Giovanni LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, XVII edizione, Jovene, Napoli, 1986
- Gilberto LOZZI, *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1969
- Gilberto LOZZI, *Profili di una indagine sul rapporto tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Giuffrè Editore, Milano, 1974
- Gilberto LOZZI, *Reato progressivo e "ne bis in idem"*, in *RIDPP*, 1981
- Gilberto LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VII edizione, G. Giappichelli editore – Torino, 2008
- Umberto LUCARELLI, *L'istituto del giudicato – Il giudicato penale e i suoi effetti civili*, UTET, 2006
- Massimo LUCIANI, *Il memorandum delle giurisdizioni superiori e la discussione (mancata) sulla certezza del diritto*, in *Foro it.*, V, 2018
- Enrico Maria MANCUSO, commento in *Il corriere del merito* n. 8-9/2006
- Enrico Maria MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè Editore, 2012

- Annalisa MANGIARACINA, *Il ne bis in idem*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2021
- Ferrando MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte generale, Padova, 2007
- Giorgio MARINUCCI, Emilio DOLCINI, Gian Luigi GATTA, *Manuale di Diritto penale*, Parte generale, VIII edizione, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019
- Salvatore Donato MESSINA, Giorgia SPINNATO, *Manuale Breve Diritto Penale*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019
- Antonio PAGLIARO, *Fatto* (dir. Proc. Pen.), in *Enc. Dir.*, XVI edizione, 1967
- Tommaso RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Giuffrè, Milano, 2010
- Pier Paolo RIVELLO, *Rel. Prog.* 1978
- Pier Paolo RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in RIDPP, 1991
- Enrico PEZZI, *I due volti del ne bis in idem alla luce delle influenze europee*, in *Archivio penale*, LXX, 2, 2018
- Arturo ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, II Edizione, Società ed. del Foro Italiano, Roma, 1932
- Paolo TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, XXI edizione, Giuffrè Editore, 2020
- Giovanni TRANCHINA, *L'esecuzione*,
- VANNINI e COCCIARDI 1986
- Giuliano VASSALLI, *Progressione criminosa e reato progressivo*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987