

CAPITOLO I

LA PRECLUSIONE

I.1 Premessa

La nozione di preclusione agita sin da tempi remoti le discussioni della dottrina; sebbene sia nata nell'ambito della scienza processualcivilistica, anche il processo penale non è andato immune dal dibattito intorno a tale figura. A rendere ulteriormente complessa l'analisi nell'ambito del processo penale militano due ordini di considerazioni: in primo luogo, l'utilità della trasposizione di un principio da un ambito ad un altro. Saltano, infatti, facilmente all'occhio le macroscopiche differenze "teleologiche" tra i due tipi di processo.

In secondo luogo, l'interprete nel calare un concetto in un nuovo ambito deve valutarne i limiti di applicabilità e compatibilità con quest'ultimo.

Già la dottrina più risalente si è divisa in merito al valore dell'istituto, ritenendo alcuni che esso non sia "munito di valore autonomo, né rivestito di significato preciso"¹.

Si aggiunga, inoltre, che, anche volendo enfatizzare al massimo tale figura, vengono certamente in rilievo talune osservazioni che non consentono di accettarne acriticamente la configurazione così come delineata dai suoi propugnatori: infatti, la categoria della preclusione nasce come strettamente legata a presupposti teorici (come la concezione del

¹ FLORIAN, *Diritto Processuale Penale*, Torino, 1939, p. 151. RICCIO, *La Preclusione processuale penale*, Milano, 1951, p. 3.

rapporto giuridico processuale) che non sono unanimemente condivisi². Viene, inoltre, contestata la stessa utilità del concetto, nonché l'esistenza di un vero e proprio principio di preclusione capace di informare di sé l'intero sistema processuale³. Ciò in quanto le situazioni ricondotte dall'impostazione tradizionale nel novero della preclusione sarebbero rinvenibili non solo nel campo del diritto processuale, ma anche nel diritto sostanziale⁴.

Invero, chi ha formulato tali osservazioni fa leva sulla considerazione che, se è ben vero che un ordinato svolgimento del processo è necessario, la configurazione di un principio di preclusione nulla dice "su come si presenti la disciplina del processo; [...] né, corrispondentemente, quel principio consente di differenziare processo da processo, potendo solo ammettere che vari, in più o in meno, il numero delle preclusioni che volta a volta risulta dalla disciplina legale di un processo"⁵. Pertanto, in tale ottica, il fenomeno della preclusione si presenta come parcellizzato e incapace di informare di sé l'intero processo.

Dovrebbe, quindi, parlarsi di tanti principi di preclusione quanti sono gli ambiti nei quali l'istituto opera.

Da ultimo, non sfugge la considerazione che, come si vedrà in seguito, spesso il fenomeno preclusivo tende a intersecarsi con altre figure processuali, rendendo ancora più difficile per l'interprete riuscire a coglierne l'essenza.

Ciononostante, nel compiere una valutazione su tali critiche deve essere considerata la struttura e lo scopo del processo; non può infatti non

² TARUFFO, (voce) *Preclusioni – diritto processuale civile*, in *Enciclopedia del Diritto*, Agg. I, 1997, p. 794. CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, Torino, 1956.

³ ATTARDI, (voce) *Preclusione (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, 1985, pp. 909-910.

⁴ ATTARDI, *op. ult. cit.*, p.900.

⁵ ATTARDI, *op. loc.cit.*

concordarsi con quanti ritengono che “il processo non è una congerie informe di attività che seguono l’una all’altra, ma è un’insieme ordinato di attività”⁶.

E’ una semplice constatazione logica che porta a confermare quanto precedentemente esposto, una qualsiasi attività orientata verso un fine deve contenere in sé, seppure embrionalmente, le regole per arrivare a tale obiettivo.

Si aggiunga l’ulteriore considerazione che il processo penale, avendo notevoli riflessi su un valore costituzionalmente essenziale quale la libertà personale, necessita di un “ordinato svolgimento”.

Infatti, l’applicazione del principio di libertà per il quale le parti possono esercitare senza limiti le loro facoltà urta contro tale logica. Quello che si vuole, e si deve evitare, è che una deviazione dalla linea che il processo deve seguire per raggiungere il suo scopo implichi un’inutile dispendio di energie.

Si manifestano pertanto due esigenze contrastanti di cui si deve tenere conto: da un lato, l’interesse alla rapidità, alla buona fede ed all’economia processuale; dall’altro, la necessità che il processo raggiunga il suo scopo di accertamento della verità (processuale). Anche in questa contrapposizione si esplica la dialettica processuale. La preclusione si presenta, quindi, quale espressione del conflitto tra accertamento della verità storica ed economia processuale⁷. La somma valorizzazione

⁶ GUARNERI, (voce) *Preclusione (diritto processuale penale)* in *Nss. Dig. It.*, XIII, 1966, p. 570.

⁷ GUARNERI, *op. cit.*, p. 571, LOZZI, (voce) *Preclusioni II: diritto processuale penale*, in *Enc. Giur.*, p. 2. precisa comunque che esigenza di certezza e celerità, da un lato, ed esigenza di giustizia, dall’altro, non sono poi istanze totalmente contrapposte, in quanto anche la condanna di un imputato colpevole, se avvenuta dopo molto tempo, è ingiusta. L’affermazione, pur corretta, si sofferma solo sulla patologia del fenomeno dell’irragionevole durata del processo. A livello teorico, invece, l’affermazione non può essere pienamente accolta. Non si dimentichi, inoltre, l’autorevole dottrina che vedeva già nel processo in sé una pena (CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, 1946, p. 34).

dell'esigenza di giustizia potrebbe infatti comportare l'assenza di ogni limite preclusivo.

Come si è giustamente rilevato “lo Stato ha bisogno di giustizia, ma è anche inderogabile che il processo penale si svolga il più rapidamente e ordinatamente possibile”⁸. E che questo sia un indubbio valore è testimoniato non solo dal disposto dell'art. 111 Cost., ma, già prima delle modifiche costituzionali del 1999, la stessa Corte Costituzionale aveva interpretato l'art 24 Cost. nel senso che esso “implica una ragionevole durata del processo, perché la decisione giurisdizionale alla quale è preordinata l'azione, promossa a tutela del diritto, assicuri l'efficace protezione di questo e, in definitiva, la realizzazione della giustizia”⁹.

Aderire a una delle due soluzioni dipende innanzitutto dai criteri politici cui si ispira il legislatore; processo penale e evoluzione delle istituzioni presentano un inscindibile legame con l'indirizzo politico del sistema di riferimento. Resta fermo che in un sistema nel quale il diritto alla libertà personale, il diritto di difesa, il diritto ad una ragionevole durata del processo e la presunzione di non colpevolezza assurgono al rango di principi fondamentali, non solo a livello di costituzione formale ma anche di costituzione materiale, il principio di libertà processuale incontra dei limiti.

Da ultimo non deve trascurarsi la corretta osservazione secondo la quale la preclusione ha valore non solo come istituto ma anche come metodo per comprendere il processo. Il principio di preclusione può avere una sua maggiore o minore estensione, ma il processo non ne può

⁸ GUARNERI, *loc. ult. cit.*; che la durata ragionevole del processo sia un valore lo testimonia il fatto che essa sia ora una coordinata costituzionale, art 111 Cost., e un principio sancito anche dai trattati internazionali (cfr. il celeberrimo art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo o l'art. 14 del Patto internazionale per i diritti civili e politici). Per approfondimenti BUZZELLI, *Giusto processo (voce)*, in *Dig. Disc. Pen., Agg. I*, p. 350 ss.

⁹ In tal senso si è espressa Corte Cost. n. 388/1999, in *Giur. Cost.*, p. 2991.

prescindere: “il regolamento logico e temporale dei poteri e dei doveri è dunque una necessità imprescindibile del processo. Ne è manifestazione tipica la preclusione, che perciò è un metodo prima di essere un istituto; rivela cioè una orientazione fondamentale giuridica processuale ed una conseguenza dei rapporti obiettivi tra i soggetti processuali, prima di essere quel complesso di norme che quella orientazione determina e quei rapporti regola; è un carattere del processo, prima di porsi come fatto impeditivo al nascimento o mutamento di un atto o di in diritto”¹⁰.

I.2 La preclusione e la concezione del processo come situazione giuridica o rapporto giuridico

Sebbene si tratti di considerazioni che hanno ampiamente e approfonditamente suscitato l’attenzione della migliore dottrina, non può farsi a meno di calare l’istituto della preclusione nell’ambito della risalente *querelle* tra la concezione del processo come rapporto giuridico¹¹ o come situazione giuridica.

Per una prima impostazione, infatti, la preclusione può trovare accoglimento solo nella concezione del processo come rapporto giuridico processuale ed in tal seno, in effetti, essa nasce. Infatti, posto che il processo è l’insieme degli atti processuali regolati dalla legge processuale, è immanente alle proposizioni giuridiche il carattere della bilateralità, per la quale ad un potere corrisponderebbe un dovere.

Conseguentemente, si creerebbe un binomio diritto soggettivo-obbligo giuridico; le norme processuali presentano però la caratteristica di essere strumentali, per cui l’effetto giuridico sarebbe riconnesso ad una

¹⁰ RICCIO, *op. ult. cit.*, p. 6.

¹¹ Seguendo la definizione di SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1973, p. 69 “il rapporto giuridico commisura la rispettiva posizione di potere di una persona e di dovere di un’altra persona o delle altre persone: potere e dovere stabiliti dall’ordinamento giuridico a tutela di un interesse”.

serie di comportamenti consecutivi legati in successione logica e legalmente necessaria¹².

Non vi sarebbe, quindi, un effetto finale e l'effetto cui tende la combinazione si conseguirebbe attraverso una catena causale di effetti degli atti singoli.

Alla luce delle suesposte riflessioni, tale dottrina sostiene che solo un sistema improntato alla teoria del rapporto giuridico processuale permetterebbe di dare fondamento al sistema delle decadenze, nullità e preclusioni. La stessa nozione di parte del processo sarebbe strettamente connessa all'idea di rapporto giuridico processuale.

Il risultato ermeneutico sopra esposto non è stato tuttavia condiviso, in quanto si è ad esso obiettato che la violazione di “un obbligo giuridico” non ha come riscontro il diritto soggettivo della parte ad ottenere una pronuncia, per esempio di condanna dell'imputato, bensì solo l'attenuarsi di un pronuncia favorevole.

Si è ritenuto, pertanto, maggiormente proficuo ricondurre il fenomeno delle preclusioni alla configurazione del processo quale situazione giuridica¹³. Secondo l'impostazione di Goldschmidt, il processo deve concepirsi come una situazione giuridica o una serie di situazioni

¹² Secondo RICCIO, *op. ult. cit.*, p. 39: “la norma processuale di natura strumentale non può non presentare qualche particolarità. I caratteri della imperatività e della intersubbiattività, in altre parole, sussistono, altrimenti non saremmo di fronte al diritto. Ma, trattandosi di regole le quali governano l'attuazione di un comando presentano un carattere peculiare; alcune di esse, ivero, vengono caratterizzate dal fatto che oggetto del regolamento è un procedimento[...] per cui l'effetto giuridico è riconnesso ad una serie di comportamenti consecutivi legati in successione logica e legalmente necessaria”.

¹³ Sempre secondo la definizione di SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 81 la situazione giuridica è quella fase, considerata rilevante dal diritto, che si ha durante “svolgimento della fattispecie produttiva del rapporto, che attua la subordinazione definitiva di un interesse all'altro”.

giuridiche tra loro concatenate, che tende al raggiungimento della cosa giudicata¹⁴.

Intesi nella loro dimensione processuale, i diritti si tramuterebbero nell'aspettativa di un vantaggio processuale e nella possibilità di conseguire tale situazione.

Pertanto alle categorie del diritto e dell'obbligo corrisponderebbero, nel diritto processuale, le categorie dell'aspettativa e dell'onere, le quali non si porrebbero come concetti comprensivi del rapporto giuridico ma cadrebbero sotto il più ampio concetto di "relazione posta dal diritto tra una persona e una futura sentenza"¹⁵.

Al termine di tale *iter*, si arriva alla conclusione che il processo quale complesso di oneri e di aspettative sarebbe solo una situazione e andrebbe intesa come l'aspettativa giuridicamente fondata ad una sentenza giudiziale favorevole e, conseguentemente, al riconoscimento in giudizio della fondatezza o infondatezza giuridica della pretesa fatta valere; ed essa tanto più nel suo esito corrisponderà alla previsione della parte, quanto più diligentemente questa saprà sfruttare, nel corso del processo, le possibilità che si offrono, adempiere agli oneri che le incombono e realizzare le aspettative intermedie che ad ogni atto processuale si ricollegano¹⁶.

¹⁴ Nella categoria delle aspettative processuali ricadrebbero, secondo GOLDSCHMIDT, l'aspettativa di un vantaggio processuale, la possibilità processuale e la liberazione processuale. Alla categoria degli oneri processuali appartengono, invece, le situazioni in cui la parte, se vuole evitare uno svantaggio, deve compiere un determinato atto.

¹⁵ GUARNERI, *op. cit.*, p. 573. CORDERO, *Le situazioni, cit.*, p. 64 ss.; per l'autore "la situazione soggettiva, insomma, ruota, intorno a due termini costituiti da un soggetto e dalla fattispecie normativa di un comportamento, tra i quali la norma si pone come criterio istitutivo di una relazione, raffigurabile come un'imputazione ipotetica".

¹⁶ Goldschmidt considera il processo nella sua realtà empirica, ovverosia quale procedimento di cognizione tendente al raggiungimento della cosa giudicata. Sempre secondo l'autore tedesco l'efficacia del giudicato trova la sua origine non nella legge ma nel comando del giudice ed ha una valenza metagiuridica "in quanto la funzione di applicare il diritto sta fuori dal diritto, allo stesso modo, che ne sta fuori la funzione legislativa". In Italia SATTA, *Gli orientamenti civilistici nella scienza del processo, in Rivista italiana di diritto processuale civile*, 1937, p. 32 ss. ricostruisce la

La situazione giuridica altro non sarebbe che la somma delle aspettative processuali, delle possibilità degli oneri e delle liberazioni da oneri di una parte¹⁷.

Tale teoria, nella sua formulazione originaria, accentua, secondo la dottrina avversa, il distacco tra diritto sostanziale e processo “ponendo la separazione tra la giustizia e la ritualità formale”¹⁸.

Per quanto la disputa sia stata in passato accesa non può non concordarsi con chi ritiene che entrambe le teorie hanno svolto un loro ruolo nell’evoluzione della dinamica processuale.

Avuto particolare riguardo alla teoria del processo come rapporto giuridico, essa ha avuto il grande ruolo per attribuire autonomia giuridica al processo stesso; pur tuttavia la più moderna evoluzione dottrinarica tende a considerare ormai vetusta e rigida tale impostazione.

Ma la stessa dottrina che formula tali obiezioni riconosce che le categorie e le acquisizioni della predetta costruzione possono ben attagliarsi al “processo come fenomeno giuridico in evoluzione”, tanto più, si

teoria del processo sulla falsariga di Goldschmidt, ma ammettendo l’esistenza di diritti e obblighi intercorrenti tra le parti, ma ne trova la fonte al di fuori del diritto processuale, facendo riferimento alla nozione di tutela dell’interesse che nasce dalla violazione dell’obbligo.

Un’ulteriore impostazione in tal senso è quella del GUARNERI, *op. cit.*, p. 573, in base al quale i soggetti processuali vengono considerati come titolari di funzioni da svolgere nell’interesse della legge e non di diritti e obblighi tra loro intercorrenti. Il “rapporto” corre e si svolge tra i soggetti e la legge. “Vengono però a crearsi di continuo delle situazioni nelle quali i soggetti processuali si trovano in una relazione finalistica, ma esse hanno un carattere derivato e secondario di fronte al rapporto che li vincola all’ordinamento giuridico”; RICCIO, *op. cit.*, p. 52.

¹⁷ RICCIO, *op. cit.*, p. 51.

¹⁸ In questo solco si pone la teoria del doppio ordinamento giuridico. In tale ricostruzione vi è una contrapposizione tra aspetto dinamico processuale e aspetto sostanziale statico; da ciò discenderebbe la necessità di un diverso trattamento “scientifico” in relazione alle due situazioni. “Il giudice non è regolato dal diritto, ma regola il diritto”; il giudice riceverebbe solo la direttiva per la sentenza, il diritto si ridurrebbe alla promessa di una sentenza favorevole o alla minaccia di una sentenza contraria. RICCIO, *op. cit.*, p. 43.

soggiunge, che la nozione di rapporto giuridico processuale ancora oggi si trova alla base di categorie “non prive di utilità”¹⁹.

Nel prosieguo si continuerà pertanto a utilizzare anche le acquisizioni della teoria del processo come rapporto giuridico²⁰.

I.3 Nozione e classificazione della preclusione

Introdotta l'argomento, occorre procedere sempre più nello specifico alla definizione dell'oggetto di analisi.

A tal proposito non può che richiamarsi la definizione di preclusione fornita dallo studioso che l'ha per primo portata all'attenzione della scienza processualistica. Secondo la definizione data appunto dal Chiovenda²¹ la nozione di preclusione processuale sta ad indicare il venir meno del potere di compiere un determinato atto processuale o, in genere, atti processuali in seguito al decorso di un termine o in seguito al compimento di atti che appaiono incompatibili con l'esercizio della facoltà predetta oppure comportino già un valido esercizio della stessa (cd. consumazione). Nell'ambito di tale impostazione il giudicato verrebbe a costituire la somma preclusione.

Più schematicamente, essa consiste nella perdita, consumazione o estinzione di una facoltà processuale che si subisce per il fatto: a) di non aver osservato l'ordine assegnato dalla legge al suo esercizio; b) di aver

¹⁹ MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile, I*, Torino, 2000, p.41.

²⁰ In tale prospettiva pare peraltro porsi la stessa giurisprudenza allorquando ammette, per esempio, che l'inammissibilità del ricorso preclude la valida costituzione del rapporto di impugnazione. Così Cass. SS.UU 22 novembre 2000 De Luca, in *Foro it.*, II, 2001, c. 341.

²¹ Tra le opere possono ricordarsi, tra l'altro: CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1932, p. 414 ss.; ID., *Cosa giudicata e preclusione*, in *RISG*, 1933, p. 3ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile, I*, p. 341 ss.

compiuto un'attività incompatibile con l'esercizio della stessa; c) di aver già una volta validamente esercitato la facoltà²².

Riassumendo quanto precedentemente esposto, essa è una categoria ampia che in sé contiene fenomeni diversi rapportabili a due diverse categorie: l'incidenza del tempo sull'esercizio della facoltà o l'incompatibilità logica e giuridica con un altro atto precedente.

Altra dottrina amplia la sfera di operatività della preclusione aggiungendovi anche le attività che non possono essere svolte per un ostacolo giuridico e ciò anche quando il diritto o la facoltà non sia mai sorta²³.

La preclusione è in sostanza un fatto impeditivo che determina la privazione o la perdita di una facoltà per l'esistenza di un ostacolo giuridico o per la decorrenza di un termine.

In realtà, all'interno delle categorie sopra esposte sembrano potersi fare rientrare situazioni varie, che hanno in comune solo l'idoneità a produrre una conseguenza costituita dall'impossibilità sopravvenuta di esercitare un diritto e una facoltà che esistevano, in capo a un determinato soggetto, prima del loro verificarsi. Va, in tal senso, condivisa l'opinione di chi ritiene che tale nozione di preclusione sia talmente ampia da racchiudere in sé fenomeni tipici non solo dell'ambito processuale.

A tal riguardo, appare, quindi, preferibile adottare una nozione ristretta che individua nella preclusione la conseguenza di un onere

²² Su tale definizione si innestano le precisazioni di ANDRIOLI, (voce) *Preclusione*, in *N. Dig. it.*, X, p. 130 ss. e quelle del D'ONOFRIO, *Sul concetto di preclusione*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1927, p. 427 ss., che attribuisce all'istituto una connotazione prettamente negativa.

²³ D'ONOFRIO, *op. ult. cit.*, p. 427.

inadempito. Essa si risolverebbe pertanto nel “mancato tempestivo svolgimento di un onere”²⁴.

Sulla circostanza che la preclusione presenti solo efficacia negativa, non può non concordarsi con l’affermazione secondo la quale essa ha sempre un suo contenuto essenziale e ha sempre lo stesso meccanismo di formazione. Le sue linee essenziali, pertanto, possono sintetizzarsi come segue: 1) libertà o facoltà di compiere una determinata attività processuale; 2) limitazione dell’esercizio della facoltà; 3) “inefficacia” dell’attività processuale eseguita; 4) diritto o facoltà delle parti di ottenere la dichiarazione di inefficacia delle attività compiute in violazione della preclusione²⁵.

La ricostruzione dell’istituto si è svolta, per la dottrina che maggiormente ne ha studiato l’applicazione nel campo del processo penale, nell’ottica di una sua considerazione come fatto processuale impeditivo che comporta la perdita o la privazione di una facoltà o di un diritto o per il non esercizio o per l’esistenza di un ostacolo giuridico²⁶. Infatti, la preclusione non è un diritto, ma può essere causa della nascita o dell’estinzione di un diritto né tanto meno si identifica con la semplice situazione giuridica.

Essa si manifesta quindi come portato logico del principio di autoresponsabilità della parte, della uguaglianza delle parti nel processo e di economia processuale²⁷.

Ulteriormente si è aggiunto che la preclusione è un fatto giuridico in quanto è preso sempre in considerazione dal diritto indipendentemente dalla

²⁴ TARUFFO, *op.cit.*, p. 891

²⁵ RICCIO, *op. cit.*, p.12

²⁶ Per una classificazione diversa dei fatti giuridici FALZEA, (*voce*) *Fatto giuridico*, in *Voci estratte dall’Enciclopedia del diritto, ad uso degli studenti*, Milano, 1999. TARUFFO, *op. cit.*, p. 795, sembra descrivere il fenomeno in termini effettuali più che fattuali.

²⁷ Il principio di autoresponsabilità è uno dei canoni della dogmatica civilistica; BIANCA, *Diritto civile,III*, Milano, 2000, p.120.

volontà che la accompagna, pertanto, “ad essa il diritto attribuisce rilevanza giuridica nel senso di non mutare la situazione processuale preesistente e di impedire il nascimento di nuove situazioni e di nuove qualificazioni giuridiche processuali”²⁸. Non sono pertanto accoglibili le remote tesi che individuano nella preclusione una particolare incapacità, che è infatti un modo di essere del soggetto; né tantomeno, essa può essere assimilata a una condizione di procedibilità o a un presupposto processuale²⁹.

Alla luce delle finalità processuali alle quali risponde, la preclusione è stata pertanto classificata come temporale, ordinatoria, logica e consuntiva³⁰. La prima categoria comprende al suo interno tutte le ipotesi nelle quali la preclusione sorge a seguito del mancato esercizio di una facoltà entro il termine stabilito dalla legge.

La seconda trova la propria origine nel “cattivo” esercizio di una facoltà processuale. Essa è strettamente connessa al principio di autoresponsabilità, valido non solo nell’ambito della teoria del negozio giuridico, ma anche all’interno della dinamica processuale.

La logica che presiede tale impostazione deriva dalla considerazione che iniziativa e autoresponsabilità sono correlati; si fronteggiano, infatti, da un lato la libertà di svolgere un’attività funzionalizzata ad uno scopo, dall’altro la conseguenza che, una volta attivato un determinato meccanismo, il singolo non è più libero di sottrarsi alle conseguenze del suo funzionamento.

²⁸ Più precisamente la preclusione è un fatto giuridico processuale secondario in quanto incide su una singola facoltà processuale. Di contro, per fatti processuali primari si intendono quei fatti che portano all’estinzione o alla modificazione dell’intero rapporto giuridico processuale. In tal senso RICCIO, *op. cit.*, p. 16 e bibliografia ivi citata.

²⁹ In tal senso DONDINA, *L’atto processuale penale*, Milano, 1936, p. 109. Per una critica alla nozione di preclusione come presupposto processuale o come condizione di procedibilità, RICCIO, *op. cit.*, p. 19.

³⁰ RICCIO, *op. cit.*, p. 14.

La terza categoria sopra enunciata include l'ipotesi di incompatibilità tra attività esercitate; la quarta nasce dall'aver già una volta esercitato una facoltà per il raggiungimento dello scopo.

In dottrina è stata anche proposta la distinzione tra preclusioni assolute e relative; entrambi i termini, però, sono stati utilizzati con significati differenti. Secondo una prima distinzione le preclusioni assolute opererebbero di pieno diritto, mentre quelle relative potrebbero essere dichiarate solo ad istanza di parte. Appare evidente l'intento di proporre classificazioni assimilabili a quelle delle nullità.

Da altri si è posta la distinzione in base alla fase nella quale la stessa opera, se, cioè, per tutto il procedimento o in una determinata fase di esso³¹.

Ciò detto, una seconda classificazione nasce dall'origine che può avere la preclusione; si distingue, infatti, tra preclusioni procedurali ed extra-procedurali, in base alla fonte da cui trovano origine.

Riccio, basandosi anche e soprattutto sul "principio di origine", prevede una prima classificazione tra preclusioni legate al principio di speditezza e preclusioni nascenti dal principio di incompatibilità³².

Le preclusioni ricevono, però, anche ulteriori classificazioni; si parla di "preclusioni derivanti dall'ordine logico delle eccezioni, relative al rapporto processuale"; tale categoria nasce dalla considerazione che il processo è coordinazione di attività e sviluppo armonico e deve seguire necessariamente una sequenza logica degli atti.

Essa può a sua volta essere suddivisa in preclusioni per l'unicità dello scopo e preclusioni per incompatibilità dello scopo. La prima categoria comprende tutte le ipotesi in cui la parte si trova a dover scegliere

³¹ LOZZI, *op. cit.*, p. 4.

³² RICCIO, *op. loc. cit.*

una via oppure allorquando essa avrebbe dovuto scegliere un mezzo per raggiungere uno scopo e non l'ha fatto. Il secondo gruppo ricomprende le ipotesi in cui vi è incompatibilità tra l'attività compiuta e l'esercizio di una facoltà che ne escluderebbe la rilevanza.

Andando avanti nella suddivisione si può fare riferimento alle “preclusioni derivanti dall'ordine delle regole e delle eccezioni in rapporto agli stadi e ai gradi del procedimento”. E' immanente a tale principio anche quello di non regressione³³.

Sul punto viene anche posta la distinzione tra preclusione su punti di diritto e preclusione su punti di fatto. La prima categoria non sembra attualmente ipotizzabile, in quanto in base al principio *jura novit curia* è il giudice *dominus* della qualificazione giuridica del fatto e dell'applicazione del diritto.

Da ultimo esistono preclusioni legate al potere dispositivo delle parti. Questa categoria incontra una limitata portata nel processo penale in quanto appare ovvio che le esigenze poste alla base dello stesso non consentono di attribuire un eccessivo potere dispositivo alle parti.

Lo scopo di tale elencazione rinviene la sua utilità principalmente nel dimostrare quanto sia controversa la questione e come a tutt'oggi non si sia trovata una definitiva sistemática della preclusione.

³³ LOZZI, *loc. ult. cit.*, Per una valorizzazione del principio di non regressione può citarsi anche quella giurisprudenza che afferma che “eccettuate le ipotesi espressamente regolate dalla legge, i provvedimenti adottati in violazione di uno sbarramento segnato dal passaggio da una fase all'altra siano radicalmente inficiati da abnormità funzionale, derivando dall'inosservanza della preclusione il sovvertimento dell'ordine normativamente assegnato allo sviluppo del rapporto processuale”, in tal senso Cass. SS.UU. 28/09/05, *cit.* (in motivazione) ed inoltre Cass. SS.UU. 29/05/02, Manca; Cass. SS.UU. 10/12/97, Di Battista; Cass. SS.UU. 31 luglio 1997, P.M. in procedimento Baldan.

I.4 Distinzione tra preclusione e altri istituti: la decadenza

La figura della preclusione, oltre a non possedere una compiuta sistematica, presenta affinità con diversi altri istituti processuali. Al fine di dimostrarne l'autonomia concettuale, appare necessario tracciarne i confini anche per poter individuare la specifica funzionalità della stessa.

Le maggiori somiglianze si riscontrano con la decadenza; in dottrina non si presentano voci univoche riguardo alla distinzione tra le due figure.

Secondo una prima ricostruzione le differenze consisterebbero nella circostanza che il tempo agisce in rapporto alla decadenza come un requisito dell'atto, per cui essa appare come sanzione scaturente dall'inosservanza di un termine, mentre la preclusione non si pone in rapporto al termine bensì all'incompatibilità logica e storica con la precedente attività/inattività, "ma sempre valutato in sé ed in correlazione con gli atti e le situazioni processuali, indipendentemente dalla volontà dell'agente".

Ulteriore distinzione nascerebbe "dall'ambito di azione" dei due istituti; infatti, mentre la preclusione si pone sempre come fatto giuridico processuale impeditivo, la decadenza assumerebbe il valore di "condizione giuridica risolutiva dell'atto"³⁴.

Da ultimo, la decadenza atterrebbe unicamente alla dottrina del termine, mentre la preclusione opererebbe all'interno del processo, "incidendo sull'ordine logico e sostanziale processuale". In tal senso si è voluto più specificamente parlare di decadenza quale preclusione specifica.

In un'ottica più vicina alla concezione del processo quale situazione giuridica si è sostenuto che la distinzione tra i due istituti può formularsi nel

³⁴ RICCIO, *op.cit.*, p.76; PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, p. 464; SAU, *Decadenza (voce)*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV.

senso che “la decadenza fa riferimento alla perdita del diritto non esercitato, mentre la preclusione si riferisce essenzialmente all’impossibilità di esercitare successivamente quel diritto in conseguenza del fatto che esso non è più azionabile oltre un certo momento del processo. Preclusione e decadenza apparirebbero quindi come l’aspetto dinamico e quello statico dell’impossibilità sopravvenuta di esercitare un diritto o una facoltà³⁵ .

Altri concludono invece sostenendo che la preclusione sarebbe un fatto giuridico processuale, che causa la mancata nascita e il non esercizio di un diritto o di una facoltà mentre la decadenza si porrebbe come espressione di invalidità dell’atto³⁶ .

Tale affermazione non è comunque univocamente condivisa e neppure pienamente condivisibile; infatti, come affermato da altra dottrina la decadenza non rientra nella categoria dell’invalidità dell’atto in quanto configura la vicenda di una situazione soggettiva e non implica alcun riferimento a un atto storicamente reale del quale sia in questione la validità³⁷ .

Sotto tale specifico profilo, viene ribadito da tale dottrina, nessuna differenza può porsi tra decadenza e preclusione. Pertanto, o si segue una nozione più ristretta di preclusione, limitandola alle ipotesi in cui l’estinzione di un potere è determinata dal compimento di un’attività incompatibile con l’esercizio del potere stesso, oppure si fanno rientrare in

³⁵ TARUFFO, *op. cit.*, p. 795. L’autore prosegue affermando che, pertanto, non vi è perfetta sinonimia tra i due termini e che appare improprio l’uso del termine decadenza che spesso viene fatto per indicare le preclusioni. Conclude, infine, definendo la preclusione come conseguenza di un onere inadempito; in tal senso anche GRASSO, *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1993, p. 640. FOIS, *Termini processuali penali*, in *Dig. Disc. Pen., Agg. I*, 2000, p. 600 ss.; GARUTI, *Termini processuali penali*, in *Dig. Disc. Pen., Agg. III, tomo II*, 2005, p. 1578.

³⁶ RICCIO, *op. cit.*, p. 78.

³⁷ CORDERO, *Procedura penale*, 2001, p. 313 ; LOZZI, *op. cit.*, p. 5; l’autore afferma inoltre che “un problema di validità può porsi solo successivamente quando, una volta verificatasi la decadenza, sia egualmente compiuto l’atto in conseguenza dell’esercizio di un potere ormai estinto”.

tali situazione anche i casi di perdita di potere dovuti dall'inattività di parte e allora vi rientrano anche le ipotesi di decadenza.

In realtà appare più corretto affermare che vi è decadenza quando viene in rilievo esclusivamente la disciplina dei termini mentre allorquando taluni atti si pongono “in relazione da anteriore a successivo e costituiscano i termini di un'implicazione nel senso che il primo imponga di compiere il secondo” può più correttamente parlarsi di preclusione³⁸.

I.5 Segue: inammissibilità, nullità, inutilizzabilità

La preclusione presenta anche analogie con l'inammissibilità. Quest'ultima può essere definita come un'invalidità degli atti propulsivi³⁹; resta da vedere in che rapporto essa si ponga nei confronti della preclusione. Sebbene entrambe agiscano in relazione agli atti di parte, la preclusione si qualifica, come visto, quale fatto negativo processuale, incidendo direttamente sul rapporto processuale e solo indirettamente si pone come ostacolo al sorgere di un'attività futura. L'inammissibilità invece si riferisce specificamente ad un determinato atto, indipendentemente dalla circostanza che condizioni tutto il processo, una fase di esso o l'intervento di una parte accessoria.

La preclusione, pertanto, può, ma non deve, preesistere alla inammissibilità, che si caratterizza per la sua connessione con i cd. atti propulsivi.

³⁸ Per LOZZI, *op. cit.*, p. 2, “si rende appunto necessario distinguere tra gli atti necessari che debbono susseguirsi secondo un ordine prestabilito (in quanto il compimento di ciascuno di essi ha come effetto il dovere di porre in essere il successivo) e gli atti eventuali di acquisizione probatoria che, come afferma CORDERO, *Riflessioni in tema di nullità assolute*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1958, 253, costituiscono altrettanti “immancabili stadi progredienti del procedimento”.

³⁹ CORDERO, *op. cit.*, p.1168, afferma: “sono inammissibili le domande mal poste: il giudice le declina”.

Altra distinzione può rinvenirsi nel fondamento giuridico dei due istituti: mentre la preclusione si fonda su istanze prevalentemente di economia processuale, l'inammissibilità, di contro, si pone quale sanzione "per il rispetto dei requisiti di forma o di sostanza, ritenuti indispensabili per il miglior esito del processo".

Un'ultima distinzione può porsi rispetto al concetto di nullità: quest'ultimo esprime l'incapacità dell'atto processuale di raggiungere le finalità determinate dalla legge.

La preclusione in quanto fatto negativo non può configurarsi quale sanzione processuale, poiché non nasce in funzione di una inosservanza o violazione di legge, ma di una consumazione dell'interesse o di una incompatibilità per lo sviluppo processuale conseguito. Essa determina uno sbarramento per l'esercizio del diritto o della facoltà, legato ad esigenze di economia, logica e temporale, nel rapporto processuale stesso.

Da ultimo, relativamente all'inutilizzabilità, devono spendersi poche battute. Essa, intesa quale patologia dell'atto probatorio, scaturisce dalla violazione di un divieto probatorio "mirato alla protezione dell'attendibilità dell'accertamento o di altri interessi non processuali"⁴⁰. L'ambito di applicazione dell'istituto di per sé diverge dalla portata del principio di preclusione, che come visto non ha natura di sanzione.

⁴⁰ GALANTINI, *Inutilizzabilità (voce)*, in *Enc. Dir., Agg. I*, 1997, p. 692. Nel caso di specie ci si è riferiti alla c.d. inutilizzabilità c.d. patologica intesa quale difformità dell'atto rispetto al modello legale. Diverso è il caso della c.d. inutilizzabilità fisiologica che si riferisce ad atti rispettosi del dato normativo ma inidonei a superare lo sbarramento tra fasi. Tale ultimo fenomeno nasce proprio come realizzazione in chiave accusatoria del principio di separazione funzionale tra indagini preliminari e dibattimento.

I.6 Preclusione e giudicato

La preclusione va ulteriormente distinta dalla cosa giudicata per l'oggetto e l'intensità degli effetti⁴¹.

Seguendo le indicazioni di autorevole dottrina la prima distinzione che va fatta è tra sentenza, giudicato e cosa giudicata. Cosa giudicata è “la *res in iudicium deducta* dopo che fu *judicata*, cioè il tema, l'oggetto, la materia del giudizio”. L'oggetto del giudizio del processo penale è riferito alla pretesa punitiva oggetto dell'azione.

Con il termine giudicato si intende la pronuncia contenuta nella sentenza che è, invece, l'atto formale mediante il quale viene attuata la giurisdizione. Emerge, quindi, anche la differenza tra cosa giudicata in senso formale e cosa giudicata in senso sostanziale: la prima si riporta alla qualità della sentenza, la seconda attiene al tema del giudicato. La cosa giudicata sostanziale presuppone quella formale; fermo restando che anche sentenze processuali possono passare in giudicato⁴².

L'autorità della sentenza, ovverosia l'immutabilità del comando che nasce dalla stessa, si sostanzia “nell'efficacia coercitiva della sentenza, cioè esecutiva e negativamente nell'efficacia proibitiva, cioè preclusiva del ripetersi del giudizio”.

In sostanza, l'istituto dell'autorità della cosa giudicata inerisce sia al diritto sostanziale sia al diritto processuale. Questo punto differenzia cosa

⁴¹ Ulteriori e più complete considerazioni sul contenuto del giudicato verranno formulate nel quarto capitolo. Si è affermato, tra l'altro, che non dovrebbe parlarsi di giudicato ma piuttosto di preclusione nell'ambito del processo penale in quanto nell'ambito di quest'ultimo non viene attribuito alcun bene della vita. In tal senso CARNELUTTI, *Contro il giudicato penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1951, p. 293 ss.

⁴² Per approfondimenti sul giudicato, ex plurimis: LOZZI, *Giudicato (diritto penale)* in *Enc. Dir.*, XVII, p.913 ss.; GIOVENE, *Giudicato*, in *Dig. Disc. Pen.*, V, p.423 ss.; DE LUCA, *Giudicato (voce)*, in *Enc. Giur.*, p. 3 ss.; RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, p. 476 ss.

giudicata e preclusione; la prima è una specializzazione della volontà della legge, consistente nella condanna e nella assoluzione. La preclusione vive invece nel giudizio, arrestandone il corso o garantendone il risultato.

Anche la nota affermazione secondo la quale il giudicato è “la somma preclusione” può essere rivista se si considera che l’inammissibilità di un secondo giudizio per il medesimo fatto è un effetto del giudicato e non una vera e propria preclusione, in quanto quest’ultima opera solo all’interno del giudizio e non al di fuori di esso.

In conclusione, se diversi sono gli effetti, diversi ne sono i presupposti: la preclusione obbedisce all’esigenza di un ordinato e sollecito svolgimento del processo al fine di raggiungere la “verità sufficiente”, mentre la cosa giudicata risponde alla necessità di “procurare certezza”.

Sorge a questo punto un’ulteriore considerazione, se cioè sia individuabile all’interno del processo penale un fenomeno assimilabile alla preclusione *pro judicato* di matrice processualcivilistica.

Nel processo civile la preclusione *pro judicato* indica un fenomeno collaterale ed affine al giudicato; ciò in quanto in talune circostanze al giudice è consentito emettere un provvedimento senza un preventivo accertamento pieno. In tali ipotesi si verifica un effetto simile a quello del giudicato⁴³.

Se, come afferma la dottrina che propugna tale categoria, si producono effetti simili al giudicato e, come tali, esterni si è al di fuori della preclusione.

⁴³ RICCIO, *op.cit.*, p. 100; LOZZI, *Preclusione, cit.*, p. 3.

Secondo parte della dottrina nel processo penale si avrebbe preclusione *pro judicato* nelle ipotesi in cui il giudicato crei una preclusione senza raggiungere gli effetti suoi propri.

Vengono in rilievo, nella precedente ipotesi, le nozioni di presupposto processuale e condizione di procedibilità. La decisione su tali aspetti “non garantisce la volontà della legge al di fuori del processo; essa riguarda un rapporto che si consuma nel processo e limitando l’effetto al rapporto stesso per cui è stata emanata non vincola il giudice futuro”.

La preclusione scaturirebbe, quindi, da un accertamento sommario che tuttavia è in grado di produrre un effetto simile a quello del giudicato.

Si tratterebbe del caso di provvedimenti che hanno contenuto esclusivamente processuale, cioè relativi alle condizioni necessarie perché sorga l’obbligo del giudice a decidere sull’azione oppure alla proponibilità di determinate azioni o infine alle circostanze ostative al sorgere del rapporto processuale⁴⁴.

In tali ipotesi non si può parlare di preclusione in quanto non si ha estinzione o consumazione di un potere processuale di parte, ma esercizio di un potere del giudice; d’altronde non si può parlare di cosa giudicata in quanto manca la definitività, l’esecutività e la autorità di essa con tutti gli effetti conseguenti. Sicchè vi è un giudicato i cui effetti sono soltanto preclusivi. In questa ipotesi però la preclusione non agisce soltanto in relazione ad un diritto o a una facoltà della parte ma anche in relazione all’attività del giudice.

⁴⁴ Nel vigore del precedente Codice si faceva rientrare in tale categoria la sentenza istruttoria di proscioglimento; attualmente tale categoria dovrebbe comprendere al suo interno la sentenza di non luogo a procedere che, nonostante le modifiche legislative succedutesi, mantiene carattere spiccatamente processuale. In tal senso, da ultime, C.Cost. ord n. 4/2008 e Cass. SS.UU. n. 25695 del 24 giugno 2008, disponibili sulla banca dati giuridica DeAgostini on line.

La conclusione ultima di tale teoria è che l'azione della preclusione è esercitata nell'area dei diritti e delle facoltà delle parti; in rapporto all'attività del giudice invece può parlarsi non di una vera e propria preclusione ma di una preclusione *pro judicato*.

Anche tale impostazione, che nel prosieguo sarà calata nell'attuale contesto processuale, non è passata immune da critiche in quanto si è ritenuto che la costruzione della nozione di preclusione *pro judicato*, così come strutturata, lasci intendere che il giudicato vero e proprio abbia anche un'efficacia di accertamento.

Ma come viene ribadito da tale autorevole dottrina, il giudicato penale non ha nel nostro ordinamento efficacia di accertamento, bensì solo negativa (*ne bis in idem*).

I.7 Precisazioni e ambito di analisi

Come visto, esiste una serie di questioni non del tutto risolte che residuano attorno all'analisi della fattispecie.

Va a questo punto delineato l'ambito di analisi del presente lavoro. In questa sede non verrà preso in considerazione l'intero novero delle preclusioni processuali riscontrabili nel sistema, bensì si focalizzerà l'attenzione sulle preclusioni connesse ad una ben determinata categoria di atti⁴⁵.

Si tratta nel caso di specie dell'archiviazione, della sentenza di non luogo a procedere e della sentenza non definitiva. La scelta di prendere quale oggetto di analisi tali fattispecie nasce da due ordini di considerazioni: in primo luogo, la grande attenzione, anche

⁴⁵ Nell'affrontare il presente studio si è avuta ben presente la diversa classificazione degli atti e dell'efficacia giuridica proposta da FALZEA. Nel considerare anche la possibilità di riprendere una diversa terminologia e classificazione delle soluzioni precedentemente esposte si è pur tuttavia ritenuto privo di alcun contenuto euristico tale tentativo.

giurisprudenziale⁴⁶, dedicata a tale problematica; in secondo luogo, la consapevolezza che per quanto alcuni risultati possano dirsi acquisiti è mancato attorno agli stessi un'approfondita analisi dei presupposti teorici, che qui si proverà a fare, e, da ultimo, la considerazione che alcuni riflessi in merito all'efficacia di un determinato provvedimento si riverberano sull'intero sistema.

L'impostazione sarà, quindi, quella di porre sotto la lente di ingrandimento i risultati ai quali si è sinora pervenuti, tentando di sottolineare le eventuali incongruenze e di ridurre a sistema, se possibile, i frutti dell'analisi condotta.

In effetti si noterà come il tema della preclusione soprattutto se riferito agli ambiti sopra citati presenta commistioni con numerosi istituti, consentendo, per quanto possibile, una panoramica dell'intero sistema processuale.

Si tenterà inoltre di individuare come la nozione di preclusione si attagli a determinate categorie processuali e si cercherà di proiettare, seppur nei limiti della presente trattazione, esternamente la figura della preclusione con riferimento alla disciplina di cui all'art. 54 CAAS, che presenta tutt'oggi ampi margini di analisi.

⁴⁶ Affrontano l'argomento più o meno direttamente l'argomento della preclusione ex plurimis Cass. SS.UU. 28/09/05 n. 34655; Cass. SS.UU. 22/03/00 Finocchiaro; Cass. SS.UU. 23/02/00 Romeo; Cass. SS.UU. 19/01/00 Tuzzolino; Cass. SS.UU. 31/03/04 Donelli; Cass. SS.UU. 26 marzo 1997 Attinà; C. Cost. 27/95. Tutte rinvenibili nella banca dati InfoUtet.

CAPITOLO II

ARCHIVIAZIONE E PRECLUSIONE

II.1 L'archiviazione tra vecchi problemi e nuove soluzioni

La diatriba sull'efficacia da attribuire al provvedimento di archiviazione involve una serie di problematiche che, passando per la natura giuridica del provvedimento stesso, riguardano anche il rapporto tra regola di giudizio per l'archiviazione e regole di riapertura delle indagini, nonché il recente e discutibile intervento legislativo del 2006, che ha introdotto una nuova ipotesi di richiesta di archiviazione ex lege.

Sotto la vigenza del codice di procedura del 1930, il decreto di archiviazione, non costituendo esercizio di potere giurisdizionale, era considerato inidoneo a produrre effetti preclusivi⁴⁷. Conseguentemente si proseguiva affermando che una pronuncia inidonea a produrre effetti preclusivi non esigesse un esplicito atto di revoca in caso di originaria valutazione errata⁴⁸.

⁴⁷ Così si esprimeva la dottrina maggioritaria, ex plurimis ALOISI, *Della riapertura dell'istruzione*, in *Riv. Proc. Pen.*, 1960, p. 467; CONSO, *Appunti sulla revoca del decreto di archiviazione*, in *Giur. It.*, 1953, II, c. 331ss., CORDERO, *Archiviazione (voce)*, in *Enc. Dir.*, II, p. 1027; in tal senso si era espressa anche la giurisprudenza costituzionale C. Cost., n. 102/64, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 1066. Tale opinione non era, pur tuttavia, unanime in dottrina, contra, tra gli altri, CARULLI, *L'archiviazione*, Milano, 1958, p. 119; LEONE, *Considerazioni sull'archiviazione*, in *Riv.it dir. Proc. Pen.*, p. 496; DALIA, *Il decreto di archiviazione*, Milano, 1966, p. 143.

⁴⁸ In tal senso, tra i tanti, FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, Milano, 1968, p. 105; CORDERO, *Archiviazione, cit.*, p. 1034; GANDOSSO, *Archiviazione (voce)*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, p. 250; ovviamente richiedeva un provvedimento di revoca chi attribuiva efficacia preclusiva all'archiviazione (vedi nota sopra). Sul punto si riscontra una pronuncia di merito, G.i.p. pret. Verona, 15 novembre 1991, Trevenzoli, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1992, p. 426 s. con nota di BOCHICCHIO, la quale ha ritenuto revocabile il decreto di archiviazione da parte del giudice che lo ha emesso sulla base di una diversa valutazione della vicenda esaminata. La revoca non sarebbe, però, funzionale allo svolgimento di nuove indagini, ma sarebbe contestuale all'emissione del provvedimento col quale si ordina al p.m. di formulare l'imputazione.

Il vigente codice, fissando in termini inequivocabili l'alternativa tra archiviazione e inizio dell'azione penale, ha voluto esplicitamente risolvere ogni disputa teorica sulla natura del provvedimento di archiviazione⁴⁹.

Secondo parte della dottrina, all'archiviazione sarebbero stati attribuiti connotati molto simili alla sentenza di non luogo a procedere. Le conseguenze del mancato rispetto delle procedure di riapertura/revoca risulterebbero coincidenti anche nei relativi presupposti. Il differente grado di preclusività dei due provvedimenti avrebbe origine dalla concretezza del progetto investigativo sul quale si deve fondare la richiesta di riapertura dell'indagine. Dall'analisi della disciplina emerge chiaramente che, mentre nell'ipotesi di cui all'art 434 c.p.p. devono essere sopravvenute o scoperte nuove fonti di prova, nel caso di riapertura delle indagini conseguente ad archiviazione basterebbe un *quid novi* che, senza assurgere necessariamente a fonte di prova, consenta di rivisitare gli stessi elementi già presenti nel fascicolo del pubblico ministero in una diversa chiave investigativa⁵⁰. In altre parole, "le nuove fonti di prova nella riapertura ai sensi dell'art. 434 c.p.p. costituiscono il presupposto, in quella ai sensi dell'art 414 c.p.p. l'obiettivo"⁵¹.

⁴⁹ Per attribuire giurisdizionalità ad un provvedimento occorre che lo stesso provenga da un organo giurisdizionale, contenga, anche limitatamente, un accertamento sul merito, sia presente una fase di contraddittorio, anche eventuale. Nel vigore del precedente codice si negava in linea di massima tale connotazione al decreto di archiviazione.

⁵⁰ Come noto nella Relazione al progetto preliminare del codice si affermava che la riapertura dell'indagine sarebbe sempre stata possibile anche in caso di mera presentazione di un nuovo piano di indagine da parte del pubblico ministero. Ulteriormente la relazione al progetto definitivo precisava che la limitata impugnabilità del decreto di archiviazione scaturiva dalla sempre possibile riapertura delle indagini. Cfr. CASELLI LAPESCHI, *La riapertura delle indagini preliminari ex art. 414 c.p.p.: importanza del controllo giurisdizionale*, in *Giur.it.*, 1994, IV, c. 180; CONGIU, *Sulla revocabilità del decreto di archiviazione*, in *Giur. It.*, 1992, II,

⁵¹ Così GIOSTRA, *op.cit.*, p. 96. Cass. pen., SS. UU, 22/03/2000, n.9 in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2001, 253, nota di RUTA e in *Cass. Pen.*, 2001, 40, nota di NORCIO sulla scia di C. Cost 27/95 hanno optato per la tesi della preclusività del provvedimento di archiviazione; conseguentemente, in caso di esercizio dell'azione penale da parte del p.m dovrà emettersi sentenza di non doversi procedersi. Ma tale conclusione non può influenzare quanto verrà successivamente analizzato.

In realtà, non è pacifico che archiviazione e non luogo a procedere debbano avere la medesima efficacia. Proprio partendo dal confronto tra riapertura delle indagini e revoca della sentenza di non luogo a procedere viene osservato, infatti, che l'art. 414 c.p.p., a differenza, dell'art. 434 c.p.p. non contempla la possibilità che il p.m. richieda subito il rinvio a giudizio. Tale impossibilità è stata giustificata sulla considerazione che il controllo ex art. 414 c.p.p. sia esclusivamente un controllo sull'indagine e non sull'azione. Secondo tale ricostruzione il p.m. non ha pertanto bisogno di dell'autorizzazione giudiziale per "rimettere in moto" il procedimento archiviato⁵².

Ulteriormente, si ribadisce che il meccanismo dell'art. 414 c.p.p. sia "troppo esile" per possedere una simile efficacia; a tal proposito manca nella disciplina in tema di riapertura delle indagini il coinvolgimento della parte offesa e del potenziale re-indagato e contro il decreto che rigetta la richiesta ex 414 c.p.p. non è previsto alcun meccanismo di impugnazione.

Sempre secondo tale impostazione, se il legislatore avesse voluto attribuire al procedimento di riapertura delle indagini la funzione di restituire al p.m. il potere di riesercitare l'azione penale, la persona sottoposta a indagine non avrebbe potuto essere pretermessa dal contraddittorio, né tantomeno si sarebbe assunta la forma del decreto per la riapertura⁵³. A un diverso corredo garantistico non potrebbe non corrispondere anche una diversa portata degli interessi in gioco⁵⁴. Inoltre, si

⁵² CAPRIOLI, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1995, p. 1382

⁵³ Secondo MACCHIA, *Nota a Corte cost. 12 gennaio 1995, n.27*, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 1150, "ciò che resta preclusa dall'archiviazione è la possibilità di rimettere sotto inchiesta la medesima persona al di fuori del controllo del giudice, così da evitare – tale essendo la ratio della norma – che resti affidato all'arbitrio del pubblico ministero il potere di indagare sostanzialmente un determinato soggetto per una determinata ipotesi di reato". Ciò permetterebbe secondo l'Autore di escludere "la possibilità di costruire un'assimilazione quanto mai opinabile tra giudicato e decreto di archiviazione sul piano dell'identità di effetti preclusivi che dagli stessi verrebbero a scaturire".

⁵⁴ CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 1383.

fa leva sulla presunta irragionevolezza del risultato raggiunto da una simile interpretazione che finirebbe col garantire “all’archiviato” un trattamento più favorevole rispetto al prosciolto. Ciò scaturirebbe dalla circostanza che il p.m., successivamente alla revoca, non è soggetto ad alcuna preclusione neppure nell’ipotesi in cui dovesse scoprirsi “l’infondatezza sopravvenuta” della domanda; in tale ipotesi nessun riverbero si avrebbe sulla validità e sull’efficacia dell’azione penale esercitata.

Ma forse l’argomento principe della tesi che osteggia l’efficacia preclusiva, in relazione all’azione penale, riguarda il contrasto con il principio di obbligatorietà dell’azione penale stessa⁵⁵. Ritenere che una volta archiviato il procedimento, il p.m. non possa richiedere direttamente il rinvio a giudizio della persona sottoposta a indagine, né porre rimedio all’eventuale incompletezza degli accertamenti investigativi in precedenza svolti, significherebbe, per taluni autori, introdurre una consistente limitazione di natura estrinseca all’operatività dell’obbligo sancito dall’art. 112 Cost⁵⁶.

Una simile considerazione, si ribadisce, avrebbe valore laddove contrapposto al principio di obbligatorietà dell’azione penale si ponesse un contestuale interesse dell’imputato alla stabilità degli esiti investigativi.

A tali osservazioni si può controbattere affermando senza ombra di dubbio che il codificatore del 1988 ha posto una chiara alternativa tra

⁵⁵ “Azione penale obbligatoria non significa, però, consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, né dovere del P.M. di iniziare il processo per qualsiasi "notitia criminis". Limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, e che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo: regola, questa, tanto più vera nel nuovo sistema, che pone le indagini preliminari fuori dell'ambito del processo, stabilendo che, al loro esito, l'obbligo di esercitare l'azione penale sorge solo se sia stata verificata la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l'archiviazione, che è, appunto, non-esercizio dell'azione”, C.cost. n. 27/95.

⁵⁶ CAPRIOLI, *L’archiviazione, cit.*, 476 ss. e 584 ss.

azione penale e archiviazione, eliminando le moltissime incertezze sorte sotto la vigenza del precedente codice⁵⁷.

A tale proposito, parte della dottrina riteneva che la richiesta di archiviazione costituisse un atto di rinuncia all'esercizio dell'azione penale, ciò non solo in virtù di quanto previsto dall'art. 74 c.p.p. 1930, ma anche per le caratteristiche normative del provvedimento con il quale il giudice istruttore accoglieva la richiesta del p.m.

Infatti, si ravvisava che costituisse "esercizio della azione" ogni atto del p.m. che provocasse l'emanazione di un provvedimento "giurisdizionale"⁵⁸. Tale requisito non si rinveniva nel decreto ex art. 74 c.p.p. 1930, sia per la forma in cui era emanato, sia perché emanato senza contraddittorio. La dottrina che nega efficacia preclusiva all'archiviazione ripropone tali argomentazioni per negare la giurisdizionalità anche del provvedimento ex art. 409 c.p.p.⁵⁹.

In realtà, un argomento forte a sostegno dell'efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione si può ricavare dalla nuova collocazione dell'istituto che si pone come un possibile esito della fase delle indagini preliminari. Tale scelta ha spinto taluno ad assimilare l'archiviazione al "vecchio" proscioglimento istruttorio⁶⁰. Se ne deduce che l'ordinamento non può consentire al p.m di "tenere in non cale" un provvedimento di

⁵⁷ CAPRIOLI, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, p. 1383.

⁵⁸ Sotto la vigenza del precedente Codice parte della dottrina riteneva che anche l'archiviazione costituisse una forma di esercizio dell'azione penale. Strettamente connessa a questa impostazione si poneva quello sulla natura giurisdizionale o meno del decreto di archiviazione. Ovviamente chi propendeva per la tesi dell'archiviazione come forma di esercizio dell'azione penale, ne deduceva anche la natura giurisdizionale del provvedimento di archiviazione. La dottrina maggioritaria sulla base delle deduzioni espone nel testo concludeva, invece, per la definizione dell'archiviazione come rinuncia all'esercizio dell'azione penale e per la natura amministrativa del decreto di archiviazione. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, p. 184 ss.

⁵⁹ CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 390 ss.

⁶⁰ CARLI, *Archiviazione e giudicato sub condicione: rinasce il proscioglimento istruttorio?*, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 262 ss.

archiviazione. L'efficacia preclusiva andrebbe direttamente ricondotta al carattere afflittivo delle indagini che precedono la sua emanazione, secondo il medesimo ragionamento che induceva a riconoscere la medesima efficacia alla sola sentenza istruttoria e non al decreto ex art 74 c.p.p. 1930.

Nell'abrogato Codice la mancanza di ogni efficacia preclusiva si traeva, infatti, anche dal contenuto minimo delle indagini che potevano precedere la emanazione del provvedimento di archiviazione; l'esigenza di sottrarre il singolo ad una reiterata persecuzione penale e quindi all'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo non poteva essere avvertita perché mancava una precedente attività investigativa che presentasse connotati realmente persecutori.

Come appare evidente, così non è nell'attuale sistema processuale, malgrado la stessa relazione al progetto preliminare al Codice 1988 volesse espressamente escludere la fase delle indagini dall'area della giurisdizionalità. E se le intenzioni del codificatore potevano anche essere quelle di non rendere giurisdizionale la fase delle indagini preliminari, tutto ciò non può più essere sostenuto.

Né sono mancate voci che hanno ritenuto inopportuno lo spostamento della soglia di esercitabilità dell'azione al termine delle indagini preliminari.

Ma la vera chiave di lettura per individuare la ratio dell'istituto si rinviene nel confronto tra regola di giudizio e regola valida per la riapertura delle indagini. Emerge così l'importanza dell'art. 125 d. att.; la non idoneità a sostenere l'accusa in giudizio va interpretata alla luce delle coordinate sancite dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 88/91. La non sostenibilità, infatti, va letta in relazione al principio di completezza delle indagini preliminari e di non superfluità del processo. Il sistema impone,

quindi, di non dare avvio a processi per i quali potrebbe con molta probabilità aversi una sentenza di non luogo a procedere.

Tale impostazione assume una rilevanza ulteriore a seguito delle modifiche legislative del 1999 (legge Carotti), in virtù delle quali si è assistito ad un progressivo riavvicinamento delle regole di giudizio. A riprova di ciò basta una semplice analisi del comma 3 dell'art. 425 c.p.p., il quale prevede la possibilità di pronunciare sentenza di non luogo a procedere anche laddove gli elementi acquisiti “non siano idonei a sostenere l'accusa in giudizio”⁶¹.

Tornando al tema principale, la riapertura delle indagini necessita di un provvedimento espresso del g.i.p.; si può poi discutere sulla ampiezza dei criteri per la concessione della riapertura.

Sul punto si possono fronteggiare due opposti orientamenti: o considerare la riapertura quale atto dovuto, emanabile anche in base a una rivalutazione degli stessi elementi da parte del pubblica accusa⁶², ovvero richiedere la necessità che il pubblico ministero fornisca l'indicazione di tali elementi⁶³.

⁶¹ Come si vedrà più avanti, la stessa giurisprudenza costituzionale (sent. 88/91) era arrivata a proporre una similitudine tra la regola di giudizio dell'archiviazione e quella del non luogo a procedere (ante riforma del 1993); anche parte della dottrina in base ad una interpretazione sistematica delle norme sull'udienza preliminare arrivava a tale soluzione.

⁶² Secondo SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, p. 344: “l'efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione impedisce al pubblico ministero di porre nel nulla tale provvedimento con una semplice nuova iniziativa concernente l'azione penale... Pertanto, allorchè il pubblico ministero intenda esercitare l'azione penale con riferimento a fatti per i quali è stata disposta l'archiviazione, deve richiedere la riapertura delle indagini. Una volta che le indagini siano state riaperte, il pubblico ministero non necessariamente dovrà procedere all'acquisizione di ulteriori elementi a carico dell'indagato, ma potrà legittimamente esercitare l'azione penale anche sulla base degli stessi elementi in precedenza ritenuti insufficienti a sostenere l'accusa in giudizio, e quindi posti a fondamento della richiesta di archiviazione, purchè li abbia rivalutati in chiave accusatoria”

⁶³ GIOSTRA, *L'archiviazione, cit.*, p. 96.

La stessa relazione al progetto preliminare del Codice indicava che l'autorizzazione dovesse essere concessa anche quando non fossero emersi nuovi elementi e l'organo dell'accusa si fosse limitato a prospettare al giudice un nuovo piano di indagine scaturente dalla diversa interpretazione degli elementi già acquisiti.

Come visto, la riapertura delle indagini non postula, a differenza della riapertura delle indagini dopo la sentenza di non luogo a procedere, la sopravvenienza o la scoperta delle fonti di prova; da questa considerazione non può però trarsi la conseguenza che la riapertura si traduca in una restituzione in termini per il pubblico ministero⁶⁴.

Se non è richiesta l'individuazione di nuove prove, non può, però, considerarsi condizione sufficiente alla riapertura una mera possibilità investigativa già prefigurabile al momento dell'avvenuta archiviazione. Deve, pertanto, "sussistere un quid novi che, senza assurgere necessariamente al rango di fonte di prova, consenta di rivisitare gli stessi elementi già presenti nel fascicolo del pubblico ministero in una diversa chiave investigativa, in grado di conseguire, ove adeguatamente sviluppata, risultati sulla cui base sostenere l'accusa in giudizio". Tale idoneità funzionale delle nuove investigazioni, pur non richiesta espressamente dalla norma, deve considerarsi condizione imprescindibile per la riapertura delle indagini: persino la scoperta o la sopravvenienza di nuove prove può non bastare se resta immutato il giudizio di inidoneità a sostenere l'accusa in giudizio espresso con il provvedimento di archiviazione.

Una corretta interpretazione sistematica indica che il giudice deve disporre la riapertura delle indagini ogni volta che "il quadro prospettato gli dall'accusa sia tale che, ove conosciuto al momento di pronunciarsi sulla richiesta di archiviazione, l'avrebbe indotto ad ordinare indagini ulteriori ai

⁶⁴ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, p. 424 ss.

sensi dell'art. 409 c.p.p.”⁶⁵. Tale parallelismo consente di evidenziare una carenza dell'attuale articolato normativo: il giudice può “revocare” l'archiviazione senza prima sentire l'interessato; pertanto, un soggetto può essere nuovamente indagato senza avere mai contezza del fatto.

Per taluni, invece, l'archiviazione è esclusivamente un esonero dal dovere di procedere e “solo per una simmetria falsa ritiene che il pubblico ministero chieda l'autorizzazione per non agire sia, dopo averla ottenuta, per agire”. Come rilevato “l'inazione esige un controllo, essendo obbligatorio l'impulso al processo; quando indaga su possibili reati, il pubblico ministero adempie agli obblighi”⁶⁶.

Si può anche rilevare che un provvedimento di archiviazione cui si riconosca effetto preclusivo formale, sia pure allo stato degli atti, rischia di rappresentare un inutile doppione della sentenza di non luogo a procedere, venendo meno a quella funzione di pronta, agile, ma non condizionante chiusura di procedimenti, dei quali al momento e con evidenza, appaia infruttuosa la prosecuzione.

Ma ciò è tutt'altro che sufficiente per disconoscere plausibilità all'idea che il pubblico ministero non possa, senza autorizzazione, riaprire l'iter procedimentale.

Lo stesso legislatore delegante, delineando i presupposti per l'esercizio dell'azione penale per fatti antecedentemente oggetto di provvedimento di archiviazione, ha dato la forte impressione di riconoscere a quest'ultimo effetti preclusivi anche nei confronti del successivo esercizio dell'azione penale. In tal senso depone anche la circostanza che nella medesima direttiva si riconosce l'autorità della sentenza di non luogo a procedere, distinguendola, sotto questo profilo, dal provvedimento di

⁶⁵ GIOSTRA, *L'archiviazione, cit.*, p. 96.

⁶⁶ CORDERO, *Procedura, cit.*

archiviazione, soltanto per il grado dell'effetto preclusivo: “in sostanza è diversa la soglia delle condizioni per rimuovere tale effetto, ma identica ne è la natura”⁶⁷.

Anche le norme codicistiche, del resto confermano che, salvo diverse previsioni, non è possibile esercitare l'azione penale per fatti oggetto di provvedimento archiviativo. Se non fosse questa la regola, non si spiegherebbe per quale ragione il legislatore abbia voluto espressamente stabilire che il provvedimento di archiviazione con il quale è stata dichiarata la mancanza della querela, dell'istanza, della richiesta e dell'autorizzazione a procedere non impedisce l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro la medesima persona se in seguito interviene la condizione di procedibilità.

Sul piano sistematico, poi, l'insindacabile facoltà del p.m. di esercitare in qualsiasi momento l'azione penale per i medesimi fatti provocherebbe più di uno scompensio; non ultimo il contrasto con l'art. 50 c.p.p. che prevede l'obbligo di esercitare l'azione penale quando non sussistono i requisiti per l'archiviazione. In caso di esercitata archiviazione, infatti, si avrebbe un esercizio di azione penale susseguente alla dichiarazione di infondatezza degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio.

Oltretutto, si consentirebbe un'agevole elusione della procedura imposta dall'art. 414 c.p.p.: al pubblico ministero che volesse svolgere indagini sarebbe sufficiente chiedere il rinvio a giudizio e, nelle more, indagare (art. 419 comma 3 c.p.p.).

In secondo luogo, una volta riconosciuto al pubblico ministero il potere di promuovere l'azione penale contro la medesima persona e lo

⁶⁷ GIOSTRA, *L'archiviazione, op. cit.*, p. 96.

stesso fatto oggetto di procedimento conclusosi con l'archiviazione, "risulterebbe difficile inibirgli l'esercizio di quel potere con forme diverse dalla richiesta di rinvio a giudizio". Sarebbe obbligatorio riconoscere che il pubblico ministero possa in ogni tempo proporre all'ex indagato un patteggiamento.

Che la pubblica accusa non possa esercitare l'azione penale dopo l'archiviazione, non vuol dire che non possa mai esercitarla, né che possa esercitarla solo dopo aver svolto fittizie investigazioni⁶⁸.

La dottrina ha individuato a tal proposito tre ipotesi: una prima riguarda l'ipotesi di mero ripensamento del pubblico ministero che, re melius perpensa, intenda esercitare l'azione penale. Secondo scenario è quello riguardante il p.m. che dispone di nuovi elementi che da soli o uniti ai precedenti ritiene idonei a sostenere l'accusa; il terzo contempla l'ipotesi in cui il p.m. ha conseguito nuove conoscenze che inducono a ritenere probabile l'individuazione di nuove fonti di prova sulla base delle quali chiedere il rinvio a giudizio.

Nelle prima ipotesi, concordemente alla più accorta dottrina, il p.m. non potrà esercitare l'azione penale perché, in assenza di un mutamento delle circostanze, il provvedimento archiviato fa stato. Nella terza ipotesi il p.m. deve richiedere l'apertura delle indagini.

Maggiori interrogativi ha posto la seconda ipotesi. L'art 414 c.p.p. infatti non contempla norme relative al caso in cui il p.m. disponga, altrove reperiti, di elementi sufficienti per chiedere il rinvio a giudizio. Non è possibile ipotizzare che al p.m. sia inibita l'azione quando è in possesso di elementi per la cui ricerca potrebbe ottenere la riapertura dell'indagine, né

⁶⁸ Occorre una precisazione: nel corpo dell'art. 414 si è utilizzata la locuzione investigazioni invece del più generico termine indagini al fine di circoscrivere entro ambiti teleologicamente circoscritti l'oggetto delle richieste istruttorie; CAPRIOLI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., pg. 1381 con riferimento alla nota 25.

per contro, questi elementi possono aver rilevanza in mancanza di un procedimento riaperto.

Il p.m., secondo questa impostazione, di tali elementi potrebbe avere una disponibilità materiale ma non giuridica. In sintesi, il legislatore avrebbe posto in essere una “sineddoche normativa” con il quale ha delineato solo l’ipotesi più frequente, implicitamente dettando, però una regola generale: il procedimento conclusosi con l’archiviazione può essere riaperto solo se sono mutati i dati conoscitivi sulla cui base il pubblico ministero dispone la riapertura delle fase delle indagini su richiesta del pubblico ministero motivata dall’esigenza di nuove acquisizioni o investigazioni⁶⁹.

Se la soluzione che propende per l’impossibilità di esercitare l’azione penale appare la più corretta, restano da valutare le possibili conseguenze di una violazione da parte del pubblico ministero.

Una prima tesi ritiene inammissibile l’esercizio dell’azione penale in assenza del decreto di riapertura, tale soluzione potrebbe propugnarsi ritenendo che difettino i requisiti predeterminati dalla legge per poter formulare la richiesta di rinvio a giudizio⁷⁰. Una simile conclusione non sembra potersi accogliere per due ordini di motivi: in primo luogo, limita la propria efficacia ai soli casi in cui vi sia una determinazione in ordine all’esercizio dell’azione penale; secondariamente, così facendo si opera una violazione del principio di irretrattabilità dell’azione penale e ci si pone in contrasto con il disposto dell’art. 424 c.p.p. che prevede come unici sbocchi dell’udienza preliminare il decreto che dispone il giudizio o la sentenza di non luogo a procedere. A ciò devono aggiungersi una serie di indici normativi tutti volti a confermare le suesposte obiezioni; in primo luogo,

⁶⁹ GIOSTRA, *op. cit.*

⁷⁰ In termini possibilisti su tale impostazione, PIZIALI, *Sull’efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione*, in *Ind. Pen.*, 1996, pp. 419 – 420.

deve rammentarsi che la richiesta di rinvio a giudizio fa assumere la qualità di imputato alla persona alla quale è attribuito il reato e segna l'inizio dell'azione penale; secondariamente, ai sensi dell'art. 50 c.p.p. l'esercizio dell'azione penale può essere sospeso o interrotto solo nei casi previsti dalla legge; da ultimo, rileva il disposto dell'art. 60 c.p.p. in base al quale la qualità di imputato si conserva sino a che non sia più soggetta ad impugnazione la sentenza di non luogo a procedere, sia divenuta irrevocabile la sentenza di condanna o di proscioglimento o sia divenuto esecutivo il decreto penale di condanna⁷¹.

La tesi precedentemente esposta rappresenta una soluzione eccentrica, ben più autorevole è la tesi che commina per l'azione esercitata in mancanza di autorizzazione alla riapertura (sia essa dovuta alla mancata richiesta dell'autorizzazione da parte del p.m o al fatto che il g.i.p. abbia negato la predetta autorizzazione) la sanzione della nullità di ordine generale ex art. 179 c.1 c.p.p., in quanto riguardante l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale⁷².

Anche tale tesi non risulta immune da critiche: si è rilevato che il richiamo alla nullità di ordine generale sarebbe fuori luogo in quanto "l'attività del p.m. svolta in spregio dell'art. 414 c.p.p. sembra posizionarsi prima dell'esercizio dell'azione penale"⁷³; tale argomentazione non sembra particolarmente fondata. Altri hanno criticato tale soluzione rilevando che

⁷¹ Tali argomentazioni sono sviluppate da Cass. pen., Sez. V, 25 ottobre 1994, Carbone, in *Cass. Pen.*, 1996, 904, che ha dichiarato abnorme il provvedimento del g.i.p. che aveva ritenuto inammissibile la richiesta di rinvio a giudizio del p.m. in assenza dell'autorizzazione alla riapertura delle indagini, ampiamente ripresa in motivazione da Cass, SS.UU. 22/03/00 n.9, *cit*

⁷² GIOSTRA, *L'archiviazione, cit.*, p.102. A sostegno di tale tesi vengono poste la direttiva n. 56 della legge delega e l'art 50 c.p.p. Tra l'altro, come si vedrà, questa tesi è riutilizzata a proposito dell'art. 405 comma 1bis.

⁷³ RUSSO, *op.cit.*, p. 441 considera non pertinente il richiamo all'art. 178 c.1 lett b). Secondo ORLANDI, *Effetti preclusivi dell'archiviazione e procedimento cautelare, in Cass. Pen.*, 1998, p. 3295, l'autorizzazione dell'art. 414 c.p.p. non riguarda l'azione e dalla sua violazione non può scaturire una patologia dell'azione stessa in quanto "...esercitare l'azione è qualcosa di diverso dal riaprire un'indagine".

più che un difetto di iniziativa del p.m. si verificherebbe un suo eccesso; anche questa tesi non sembra particolarmente convincente.⁷⁴ Di maggior pregio è l'argomentazione sostenuta dalla Corte Costituzionale, la quale ha ribadito che il rimedio della nullità “appare del tutto inadeguato a risolvere l'anomalia procedimentale... invalidato l'atto di impulso processuale residuerebbe un procedimento eternamente in vana attesa di definizione giudiziale: esso non potrebbe mai risolversi in sede processuale, ma nemmeno essere nuovamente archiviato, se non altro perché il giudice, ai fini di un nuovo provvedimento di archiviazione non potrebbe deliberare atti di indagine espletati *contra legem*”⁷⁵.

Un'ultima impostazione, che ha ricevuto l'avallo delle Sezioni Unite e della Corte Costituzionale⁷⁶, propende per la configurazione dell'improcedibilità dell'azione penale sull'assunto che l'art. 414 c.p.p. subordinando la riapertura del procedimento, concernente un fatto precedentemente oggetto di archiviazione, ad un provvedimento del g.i.p., ha attribuito efficacia limitatamente preclusiva a tale provvedimento⁷⁷, efficacia mutuata dal principio del *ne bis in idem*, che informerebbe il nostro ordinamento processuale⁷⁸. L'art. 414 c.p.p. esprimerebbe, pertanto, un duplice comando che si estrinseca nel divieto di agire e nel divieto di indagare sullo stesso fatto e sulla stessa persona.

⁷⁴ RUSSO, *op.cit.*, p. 441.

⁷⁵ C. Cost n. 27/95, *cit.*, in motivazione.

⁷⁶ Cass., SS.UU., 22/03/00 n.9, *cit.*, C. Cost. 27/95, *cit.*, di recente in giurisprudenza Cass., sez IV, 13 aprile 2006 n. 13178 con nota di CARBONE A., *Efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione ed ordine di imputazione coatta del GIP*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2007, p. 500 ss.

⁷⁷ I limiti dell'efficacia preclusiva del provvedimento sarebbero sia soggettivi, che oggettivi, cioè l'archiviazione dovrebbe riguardare il medesimo fatto. A questi due requisiti, propri anche del giudicato, si aggiungerebbe un limite di ordine spaziale; il collegamento col comma 2 dell'art. 414 c.p.p., il quale prevede che a seguito della riapertura si debba procedere ad una nuova iscrizione, postula “ non solo la successione cronologica delle iscrizioni sullo stesso registro ma anche – e conseguentemente – l'identità del pubblico ministero procedente”, così in motivazione Cass., SS.UU., 22/03/00 n. 9, *cit.*; i limiti spaziali sono ribaditi anche da Cass. pen., SS.UU., 23/02/2000, n.8, *cit.*, e da SS.UU., 28/06/2005, n.34655, *cit.*

⁷⁸ Si esprime chiaramente per la sussistenza di un principio di preclusione Cass, SS.UU., 28/06/2005, n.34655, *cit.*

La tesi dell'improcedibilità si basa, pertanto, su ragioni di ordine sistematico; in primo luogo, la regola di giudizio di cui all'art. 408 c.p.p. e art. 125 d. att. c.p.p. basata sull'infondatezza della notizia di reato: sarebbe, infatti, contraddittorio chiedere che venga svolto un processo che si è precedentemente ritenuto superfluo sulla base degli stessi elementi; secondariamente, rileva l'espressa previsione normativa di una disciplina della riapertura delle indagini. Ancor più utile risulta, però, la disciplina di garanzia nei confronti del soggetto indagato che si evince dall'analisi dal complesso della normativa codicistica; l'archiviazione si pone come sbocco finale di una serie di norme di tutela quali la disciplina sui termini massimi di durata delle indagini, dei termini di chiusura delle stesse e delle proroghe e la sanzione di inutilizzabilità dei risultati delle indagini concluse oltre il tempo massimo (art. 407 c.3 c.p.p.).

Una disciplina improntata alla più ampia garanzia per il soggetto indagato non può rivelarsi ad esso deteriore una volta che le risultanze investigative siano state ritenute insufficienti a sostenere l'accusa in giudizio. Va, comunque, segnalato che anche tale tesi ha suscitato critiche nella misura in cui taluni in dottrina hanno assimilato la mancanza dell'autorizzazione ex art. 414 c.p.p. alle condizioni di procedibilità ex art. 345 c. 2 c.p.p.⁷⁹; ciò tra l'altro determinerebbe una riduzione dell'efficacia preclusiva, stante il disposto dell'art. 346 c.p.p., che consente in attesa del verificarsi della condizione di procedibilità gli atti di indagine necessari ad assicurare le fonti di prova e, se vi è pericolo nel ritardo, assumere le prove previste dall'art 392 c.p.p.

Come è stato correttamente rilevato, la classificazione dell'autorizzazione alla riapertura delle indagini postulata dalla Corte Costituzionale “è stata delineata, forse, in modo un po' affrettato e

⁷⁹ RUSSO, *op. cit.*, p. 441.

disinvolto, avendo di mira più i risultati che si intendevano conseguire [...] che l'esatta configurazione del fenomeno”⁸⁰.

Tali obiezioni possono essere superate escludendo che la preclusione dell'archiviazione sia riferibile alla disciplina dell'art. 345 c.p.p., ma all'operatività di un più generale principio di preclusione.

Da ultimo, va fatto un riferimento in merito all'efficacia spaziale del provvedimento; v'è da chiedersi, infatti, se essa operi solo nei confronti dell'ufficio giudiziario che ha disposto l'archiviazione o sia valida erga omnes. Alla seconda soluzione ci si oppone riferendo che in tal modo si imporrebbe un onere di informazione eccessivo nei confronti del pubblico ministero. Ulteriormente, una volta appurato ciò, il p.m. per ottenere la revoca dovrebbe spogliarsi del procedimento, senza dimenticare la possibile ipotesi che la prima archiviazione sia stata disposta da un giudice territorialmente incompetente. Sembra pertanto preferibile considerare che l'efficacia preclusiva operi in una dimensione territorialmente più ristretta. Non potrà quindi sollevarsi una simile “eccezione”, ma al massimo farsi rilevare un difetto di competenza territoriale. Ma come si vedrà al termine della disamina anche l'efficacia territorialmente limitata della archiviazione non è altro che una diretta conseguenza dell'efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione.

⁸⁰ GAITO, *Procedibilità (condizioni di)(diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir., Agg. I*, 1997, p. 736. L'A. propende per una classificazione dell'autorizzazione alla stregua di un presupposto processuale. A tal proposito non può che richiamarsi quanto affermato da Riccio circa la non possibilità di equiparare la preclusione a un presupposto processuale o a una condizione di procedibilità. Se mancano i presupposti, manca lo stesso rapporto processuale. Per quel che riguarda le condizioni di procedibilità, come si vedrà, sono uguali gli effetti sull'azione penale ma i due fenomeni non sono da confondere.

II.2 Archiviazione e attività d'indagine

L'art. 414 c.p.p. parla espressamente di riapertura delle indagini e quindi emerge in maniera abbastanza palese che il p.m. non sia facultizzato ad intraprendere nuove indagini in assenza della riapertura.

Quanto alla sorte degli atti investigativi compiuti in assenza di riapertura appare che la sanzione prevista dall'ordinamento sia quella della inutilizzabilità⁸¹.

Invero, l'unica questione in gioco, invero non particolarmente problematica, è relativa al referente normativo sul quale fondare tale inutilizzabilità⁸².

Le opzioni possibili appaiono due: secondo una prima impostazione è possibile applicare analogicamente l'art 407 comma 3 c.p.p. In questo caso si darebbe luogo a un'interpretazione volta a sostenere che una simile previsione sia estensibile a tutti gli atti compiuti al di fuori del periodo fisiologico ad essi destinati.

Lo stesso testo dell'art. 407 c.p.p. prevede che, laddove il p.m. non abbia esercitato l'azione penale o chiesto l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o in quello prorogato dal giudice, gli atti di indagine compiuti dopo il provvedimento di archiviazione non possono essere utilizzati. Ma tale formulazione, invero, non impedisce in maniera esplicita di compiere atti di indagine una volta richiesta l'archiviazione in quanto il

⁸¹ In dottrina propendono per la diretta applicabilità dell'art. 191 c.p.p. BERNARDI, *Commento all'art. 414 c.p.p.*, in *Commentario sistematico al nuovo Codice di procedura penale, coordinato da Chiavario*, Torino, 1990, p. 558; CARLI, *Preclusione e riapertura delle indagini preliminari nell'art. 414 c.p.p.*, in *Giur. It.*, II, c. 640; G.i.p. Trib Nuoro 18 febbraio 1993 richiama anche l'art 407 c.p.p., tale riferimento non è però considerato corretto da GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994, p. 95. Nel senso dell'utilizzabilità degli atti di indagine, anche se con riferimento all'ipotesi di mancata revoca del non luogo a procedere, RUSSO, *Riapertura delle indagini e revoca della sentenza di non luogo a procedere*, in *Riv. Pen.*, 1997, p. 442.

⁸² Sull'inutilizzabilità, GALANTINI, *Inutilizzabilità (voce)*, in *Enc. Dir., Agg. I*, 1997, p. 692 ss.

decreto potrebbe ben essere stato emesso prima della scadenza dei termini. Si aggiunga oltretutto che la ratio della norma è quella di impedire un'attività di indagine dopo lo spirare del termine di legge e postula pur sempre l'obbligo del p.m di assumere un'iniziativa.

Risulta più convincente l'opinione di chi preferisce individuare come sanzione l'inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p., in quanto l'attività di indagine è svolta in violazione di un divieto, implicito, stabilito dalla legge.

Nessun ostacolo può invece rinvenirsi rispetto a elementi aliunde percepti o casualmente rinvenuti⁸³.

II.3 Archiviazione e misure cautelari

Relativamente a tale ultima ipotesi l'art. 274 c.p.p. espressamente chiede, ai fini dell'applicazione delle misure, la pendenza del procedimento. Il riferimento testuale è univoco “quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alla indagini relative ai fatti per i quali si procede. [...] Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini e dell'imputato rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti”. La normativa contiene, come visto, diversi riferimenti alla nozione di imputato o indagato⁸⁴.

Requisito fondamentale è quindi quello di aver assunto per lo meno la qualità di persona sottoposta alle indagini. L'art. 60 c.p.p. però si preoccupa di definire quando si acquista la qualità di imputato e non quella di indagato⁸⁵.

⁸³ Per approfondimenti si rinvia al prossimo capitolo.

⁸⁴ RUTA, *Efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione e misure coercitive*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, p. 269 ss.

⁸⁵ Per approfondimenti VOENA, *L'assunzione della qualità di imputato e la persona sottoposta alle indagini*, in *Profili del nuovo Codice di Procedura penale*, Padova, 1998, p. 69 secondo il quale “l'inizio delle investigazioni, cui è correlata la relativa qualifica di persona sottoposta alle

Se i termini di durata delle indagini preliminari iniziano a decorrere successivamente all'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro, parte della dottrina, confortata in parte anche dal dato letterale, ritiene opportuno anticipare il momento di assunzione della qualifica al primo atto investigativo compiuto dagli organi inquirenti – identificabile con la fase di acquisizione della notizia di reato – in modo da rendere operative immediatamente operative le garanzie dell'art. 61 c.p.p.⁸⁶

Riportando il discorso alla fattispecie in esame, emerge che l'art.414 c.p.p. subordina la nuova iscrizione di cui all'art. 335 c.p.p. all'avvenuta riapertura delle indagini. In tale ottica sarebbe impossibile emettere una misura cautelare in assenza di riapertura.

Diversamente potrà risponderci se si valorizza, anche ritenuta preclusa la possibilità di esercitare l'azione penale dopo l'archiviazione, la connotazione della riapertura quale condizione di procedibilità, così come sembra emergere anche dalla ricostruzione fattane dalla Corte Costituzionale nella sentenza 27/95, che porterebbe con sé delle conseguenze non in linea con l'intento perseguito dalla stessa Corte stessa⁸⁷.

L'identificazione con una condizione di procedibilità comporta l'applicabilità di una misura cautelare anche in seguito alla richiesta di archiviazione, poiché in pendenza di una condizione di procedibilità devono ritenersi applicabili tutte le misure contenute nel libro IV del Codice di procedura penale. Tale teorizzazione troverebbe conferma sia nel dettato

indagini, coincide con il ricevimento da parte della polizia giudiziaria o del pubblico ministero di una notizia qualificata di reato". Di contrario avviso CARLI, *La notizia criminis e la sua iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.*, in *Dir. Proc. Pen.*, 1995, p. 739, che ritiene l'iscrizione della notizia di reato l'elemento da cui prende avvio il procedimento.

⁸⁶ NORCIO, *L'autorizzazione ex art. 414 c.p.p. tra garantismo apparente e garantismo reale*, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 41 ss.

⁸⁷ STOJA, *Efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione e certezza in senso soggettivo: un problema irrisolto*, in *Riv It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, p. 353 ss.

dell'art. 273 c.p.p. che, nell'escludere l'applicabilità delle misure in presenza di determinate situazioni non menziona "l'assenza di condizioni di procedibilità", sia dalla disposizione dell'art. 343 c.p.p. che, prevedendo l'impossibilità di disporre misure cautelari personali in assenza della condizione di procedibilità dell'autorizzazione a procedere, consente di desumere a contrario che tale limitazione non opera nei confronti delle altre condizioni di procedibilità⁸⁸.

Un'ulteriore argomentazione potrebbe profilarsi con riferimento all'art. 300, comma 5, in base al quale sono previste determinate cause di illegittimità ab origine della misura cautelare, ove essa sia adottata nei confronti di un imputato prosciolto o nei confronti di imputato prosciolto o nei confronti del quale sia stata emessa sentenza di non luogo a procedere, se prima non sia intervenuta, in relazione al medesimo fatto, sentenza di condanna.

In dottrina, relativamente al mancato riferimento all'archiviazione, si è argomentato a contrario, deducendo, cioè, che ciò legittimerebbe la richiesta cautelare. A questo rilievo si è comunque fatto presente che una corretta interpretazione della norma si ha considerando che il provvedimento di archiviazione non richiede una successiva condanna per l'applicazione della misura cautelare. Tale impostazione tuttavia non legittima forme di intervento non conformi alla procedura di riapertura delle indagini.

⁸⁸ Sul punto in giurisprudenza (Cass., sez. I, 8 giugno 1994, n. 2128 in InfoUtet) si è affermato che il difetto di una condizione di procedibilità dovrebbe farsi rientrare tra le cause di non punibilità di cui all'art. 273, comma 2. Tale argomento non può trovare seguito in quanto "rende vana una decennale elaborazione dottrinale e giurisprudenziale volta a distinguere tra causa di non punibilità e condizione di procedibilità". Così PIZIALI, *op. cit.*, p. 421. Un'ulteriore considerazione si impone; se l'art. 273 c.p.p. richiede gravi indizi di colpevolezza per l'applicazione di una misura cautelare, ci si domanda come gli stessi possano rinvenirsi in materiale che è già stato dichiarato inidoneo a sostenere l'accusa in giudizio.

Ulteriormente lo stesso art. 314 c.p.p. include l'archiviazione tra i provvedimenti che legittimano il soggetto che ha subito una misura cautelare a richiedere un'equa riparazione. Ciò dimostra che il codice dimostra di ritenere prevalente il giudizio di infondatezza della notizia di reato formulata con il provvedimento di archiviazione rispetto alla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza ritenuta nel provvedimento cautelare⁸⁹.

In realtà, sebbene i risultati raggiunti dalla Corte Costituzionale e dalle Sezioni Unite della Cassazione siano condivisibili, il tentativo di assimilare la riapertura delle indagini a una condizione di procedibilità appare non necessaria e, come visto, rischia di portare con sé “conseguenze indesiderate”; infatti, la stessa la stessa disposizione codicistica in tema di condizioni di procedibilità consente in taluni casi “urgenti” di disporre misure cautelari.

Come si tenterà di illustrare nell'ultimo capitolo, una corretta sistematizzazione del principio di preclusione, letto in connessione con i principi costituzionali, consente di pervenire ai medesimi risultati senza forzature della singola norma.

II. 4 La nuova fattispecie ex art. 405 comma 1bis

La legge 46 del 2006 ha introdotto talune novità in tema di archiviazione, creando “un inedito vincolo per il pubblico ministero” e una strana commistione tra incidente cautelare e procedimento principale⁹⁰.

⁸⁹ PIZIALI, *op. cit.*, p. 422.

⁹⁰ Volendo esplicitare alcuni dei motivi che hanno condotto alla introduzione della norma si è affermato che “frequentemente accade [...] che la pronuncia della Suprema Corte in ordine alla soglia di gravità indiziaria necessaria per l'adozione di una misura cautelare, venga completamente disattesa, spesso anche in relazione alle regole di applicazione della norma penale contestata, dal pubblico ministero procedente. La prassi giudiziaria ha dimostrato che, nelle ipotesi suddette, i pubblici ministeri formulano ugualmente la richiesta di rinvio a giudizio a carico dell'indagato, anche in assenza di indagini suppletive al precedente e qualificato vaglio della Corte di

Il nuovo comma 1bis prevede che il pubblico ministero, al termine delle indagini, formula richiesta di archiviazione quando la Corte di Cassazione si è pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta a indagini⁹¹.

L'intento si ispira quindi a ragioni di garanzia, sempre lodevoli sia chiaro, ma ad onor del vero non mancano dubbi sulla frequenza di una prassi giudiziaria in base alla quale i pubblici ministeri chiederebbero ugualmente il rinvio a giudizio, ignorando il dettato della Corte di Cassazione in punto di gravi indizi di colpevolezza.

Ad ogni buon conto, al di là quindi della verifica empirica della quantità delle summenzionate “deviazioni”⁹², è sempre necessario che i mezzi posti in essere per realizzare la proclamata tutela di esigenza della libertà individuale siano congrui allo scopo. La ragione è semplice: un innesto normativo non ben ponderato rischia, non solo, di non raggiungere

Cassazione”, in tal senso XIV Legislatura, Scheda lavori preparatori. Atto parlamentare: 5301, in www.parlamento.it; cfr. anche GUERRERIO, *Quale sanzione per l'obbligo (disatteso) del p.m. di chiedere l'archiviazione ex art. 405*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2007, p. 790. In generale ex plurimis, BRICCHETTI- PISTORELLI, *Suprema corte: vincolo inedito per il Pm*, in *Guida dir.*, 2006, p.62.

⁹¹ Il che, come segnalato in dottrina, “può far facilmente prefigurare l'evanescenza del vincolo oltre ad un aumento sistematico e pressoché fisiologico degli “sforzi inquisitori” da parte degli uffici del pubblico ministero col solo risultato di un appesantimento burocratico dell'iter procedimentale”, cfr. GUERRERIO, *op.cit.*, p. 790 ss. In giurisprudenza, Cass. Sez. II, 21 aprile 2006, n. 19578, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, p. 788. Sul punto è stato anche detto: “La giurisprudenza si arricchirà, le interpretazioni hic et inde si sprecheranno, le valutazioni favorevoli e contrarie saranno all'ordine del giorno; il tutto con buona pace del principio di legalità”, così GIARDA, *Processo penale: sussulti di una legislatura al tramonto*, in *Corr. merito*, 2006, p. 213.

⁹² Come visto prima, la direttiva n. 50 l. 16 febbraio 1987, n. 81, richiedeva come presupposto dell'archiviazione la “manifesta infondatezza”, mentre la traduzione codicistica degli artt. 405 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p., ha omesso l'aggettivazione. Di talchè si è posto un dubbio interpretativo legato allo stesso presupposto dell'archiviazione. A tale problema ha risposto la Corte costituzionale affermando che, stante il principio di completezza delle indagini del nuovo c.p.p., “si è ritenuto [...] che l'infondatezza, collocata già al termine delle indagini preliminari, recasse già in sé il segno dell'inequivocità”; Corte Cost., 15 febbraio 1991, n. 88, in *Cass. pen.*, 1991, II, 210; analogamente: DEAN - FONTI, voce *Archiviazione*, in *Dig. disc. pen.*, 2005, p. 38. Cfr. anche: VELE, *Avviso di conclusione delle indagini preliminari e imputazione “coatta”*, in *Cass. pen.*, 2006, 43; GIOSTRA, voce *Archiviazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1 ss.

lo scopo prefissato, ma anche, una volta inserito nel sistema, di interagire con le altre norme creando, alle volte effetti opposti a quelli “desiderati”⁹³.

Sul versante dell’analisi, la norma pone molti dubbi interpretativi⁹⁴: in primo luogo la ragionevolezza di una interferenza tra procedimenti presidiati da regole di giudizio diverse. La scelta del p.m. in merito all’alternativa azione-inazione è espressione di un giudizio di sostenibilità dell’assunto accusatorio nel corso del processo e presuppone canoni differenti da quelli che riguardano l’accertamento della gravità indiziaria.

Nell’impostazione del Codice la richiesta di archiviazione è fondata su presupposti legati al fatto storico oggetto di indagine, riguardino essi il fatto stesso (infondatezza, non previsione della legge come reato), la carenza di presupposti processuali o di punibilità (condizioni di procedibilità, estinzione) oppure l’assenza di un’imputazione soggettiva del fatto stesso.

⁹³ BRICCHETTI - PISTORELLI, *op. cit.*, p. 62.

⁹⁴ La norma ha posto, per esempio, anche problemi di diritto intertemporale; l’art. 10 della l. 46/2006 ha previsto l’applicazione ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della legge medesima; in dottrina si sono fronteggiate due opposte opinioni (che in realtà ripercorrono gli indirizzi in tema di successione di norme processuali). Da un lato, “non si è stabilita una deroga alla irretroattività della legge prevista dall’art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale e vale, pertanto, il principio del fatto esaurito “secondo il quale la norma che disciplina in modo diverso una fattispecie processuale non può applicarsi se i relativi presupposti di fatto si siano realizzati ed esauriti prima dell’entrata in vigore della nuova norma” (ZAINA, *Indagini preliminari e richiesta di archiviazione: l’art. 405 dopo la legge Pecorella*, in www.altalex.com; il principio è affermato anche da Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2003, n. 15274, in *Juris data*. Analogamente: MONTAGNA, *L’applicazione delle nuove regole nei procedimenti in corso*, in AA. VV., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la “legge Pecorella”*, a cura di A. Gaito, Torino, 2006, p. 233). Dall’altro, altra dottrina ha fatto presente che l’art. 10 della l. 46/2006, troverebbe applicazione riguardo tutti i procedimenti, “anche nell’ipotesi in cui gli stessi si trovino in una fase o grado che abbia già definito la situazione giuridica regolata dallo *ius superveniens*”, con l’unico limite del giudicato (DINACCI, *La disciplina transitoria*, in AA. VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46 “legge Pecorella”*, a cura di A. Scalfati, Milano, 2006, 231). Cassazione Sez. II, 21 aprile 2006, n. 19578, *cit.*, ha aderito alla prima tesi. Per una visione d’insieme del fenomeno successorio delle norme penali processuali nel tempo MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999.

Proprio sulla regola di giudizio dell'archiviazione occorre una dovuta precisazione.

Il discrimine tra “l'oggettiva superfluità e la mera inopportunità comunque camuffata” dell'esercizio dell'azione penale⁹⁵ si gioca per intero sul terreno dei controlli.

La regola oggettiva fissata dall'art 408 c.p.p., poiché inserita un sistema di tipo accusatorio, necessitava di un'ulteriore specificazione che consentisse di guidare l'operato del pubblico ministero e del giudice per le indagini preliminari. Su tali basi nasce la formulazione dell'art. 125 disp att. c.p.p., anch'essa comunque oggetto di vivaci dibattiti prima di arrivare alla sua definitiva formulazione⁹⁶.

La norma in questione si traduce in “una valutazione degli elementi acquisiti non più in funzione dell'esito finale del processo, bensì nel quadro della loro attitudine a giustificare il rinvio a giudizio”. La prospettiva si colloca nell'ambito di una valutazione della superfluità, o meno,

⁹⁵ Infatti, già “con la direttiva n. 50 è stata adottata una formula - appunto, la "manifesta infondatezza" - identica tanto a quella della precedente delega del 1974 (punti 37 e 41) e del relativo progetto preliminare (art. 379), quanto a quella che, secondo l'interpretazione comune, definiva il grado di infondatezza idoneo a consentire l'archiviazione secondo il codice abrogato. Tra vecchio e nuovo codice vi è, però, in materia, una fondamentale differenza. Nel primo, la decisione sull'archiviazione, assunta in base alla sola notizia di reato o a più o meno scarni elementi acquisiti nel corso degli atti preliminari all'istruzione, tendeva a stabilire se vi fosse o no un'infondatezza così manifesta da far ritenere superflua o meno, l'istruzione vera e propria. Nel secondo, invece, si tratta di decidere all'esito, e sulla base, di indagini preliminari anche "complete" e talvolta integrate da investigazioni suppletive”; C. cost. sent. n. 88/91, in motivazione.

⁹⁶ L'art. 115 del progetto preliminare disponeva che “il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene che gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sarebbero sufficienti al fine della condanna degli imputati”, mentre l'art. 125 disp. att. c.p.p. dispone che “il pubblico ministero presenta al giudice la richiesta di archiviazione quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio”. La prima formulazione comportava una stringente valutazione dei presupposti idonei alla condanna, attività tipica del dibattimento.

dell'accertamento giudiziale, secondo quelle che sono le prerogative dell'attività del pubblico ministero⁹⁷.

Si attua, in sostanza, una valorizzazione della prospettiva dinamica propria della fase. Per riprendere le parole della Corte Costituzionale (sentenza n. 88/91), “così come formulata, la norma è, in definitiva, la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo, in quanto il dire che gli elementi acquisiti non sono idonei a sostenere l'accusa equivale al dire che, sulla base di essi, l'accusa è insostenibile e che, quindi, la notizia di reato e, sul piano processuale, infondata”. Il provvedimento di archiviazione non va, però, inquadrato in una dimensione meramente statica, come decisione allo stato degli atti, ma richiede pur sempre “una valutazione prognostica, in ordine al maggior grado di probabilità logica e di successo della prospettazione accusatoria ed all'effettiva utilità della fase dibattimentale”. Senza dimenticare che tale valutazione giunge, in sostanza, in presenza di indagini idealmente complete.

Tornando al precedente confronto, si evidenzia, di contro, che la previsione del comma 1bis dell'art. 405 c.p.p. si fonda innanzitutto su un provvedimento giurisdizionale, segnando così un notevole punto di distacco dalle ipotesi codificate.

La scissione tra le regole di giudizio che presiedono alla cognizione cautelare e alla decisione sull'esercizio dell'azione penale rappresenta un evidente momento di criticità della disciplina introdotta dalla legge Pecorella⁹⁸. Se, infatti, nel caso dell'archiviazione ci si trova innanzi ad un

⁹⁷ Per tornare alla differenza di formulazione tra l'art. 115 del progetto preliminare e il testo definitivo dell'art. 125 disp. att. si deve rilevare, in accordo con la Corte Costituzionale, che “la sostituzione del termine "idonei" a quello di "sufficienti" designa un quantum minore di elementi, ma la loro valutazione diventa funzionale non alla condanna, bensì alla sostenibilità dell'accusa”.

⁹⁸ “Si deve innanzitutto osservare come l'inedito vicolo imposto al p.m. produca una sorta di corrispondenza biunivoca nel rapporto di dipendenza tra “cautela” e “processo” lungo una

giudizio prognostico, nel caso di giudizio cautelare si ha una deliberazione adottata “allo stato degli atti”⁹⁹. Non a caso la stessa formulazione della norma prevede che non si produca alcun “vincolo” per il p.m. se, successivamente, vengono acquisiti ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini. Inoltre, l'accertamento cautelare è, per definizione, incidentale e non è in grado di vincolare “l'apprezzamento dell'ufficio del pubblico ministero titolare delle indagini preliminari quanto alla rilevanza degli elementi indiziari acquisiti, né tanto meno quello del giudice per le indagini preliminari, ai fini del rinvio a giudizio o del giudice del dibattimento”¹⁰⁰. “Questo non implica, ex adverso, che le valutazioni espresse nel procedimento principale [non] possano influenzare la sfera cautelare per quanto attiene ai temi che si pongono tra loro in relazione di reciproca interferenza”¹⁰¹.

Nel caso di specie, sembra riproporsi, a parti invertite, la querelle già sviluppatasi rispetto alla preclusione del riesame cautelare a seguito di rinvio a giudizio. Così come la migliore dottrina e la giurisprudenza hanno già affermato, relativamente alla summenzionata ipotesi, il decreto che dispone il rinvio a giudizio non può precludere il riesame cautelare; parallelamente, appare irragionevole che la norma possa vincolare nel senso

direzione sino ad oggi inesplorata, ma allo stesso tempo poco ragionevole”, in tal senso ALONZI, *sub Art. 405*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA - SPANGHER, Milano, 2007, p. 3623.

⁹⁹ Sul punto sembra deporre, pur riguardando diversi argomenti, anche Cass. pen., Sez. Unite, 31 marzo 2004, n. 18339, in *Giur. It.*, 2005, 128, laddove afferma: “Quando l'appello instaurato dal pubblico ministero contro l'ordinanza del G.i.p. di rigetto della richiesta di una misura cautelare sia esitato in decisione definitiva si realizza, infine, una situazione di relativa stabilità del decisum, nel senso che esso spiega una limitata efficacia preclusiva endoprocedimentale allo stato degli atti”. Cfr. anche nota 244.

¹⁰⁰ ADORNO, *La richiesta “coatta” di archiviazione, in Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46 “legge Pecorella”*, a cura di SCALFATI, Milano, 2006, pp. 31-32.

¹⁰¹ GUERRERIO, *op.cit.*, p. 792.

dell'archiviazione. La parità delle parti sembra dover operare anche in questo senso¹⁰².

Lo stesso ambito di giudizio della Suprema Corte sembra creare dubbi interpretativi: affermare che la Corte di Cassazione si pronuncia in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza (art. 405, comma 1-bis, c.p.p.) sembra postulare “giudizio di merito non usuale nei provvedimenti de libertate”¹⁰³: rimane il dubbio se “sia sufficiente una pronuncia della Corte che escluda formalmente la misura cautelare oppure occorra una valutazione nel merito e quindi non meramente estrinseca sulla sussistenza del *fumus commissi delicti*, decretando una modalità di giudizio quantomeno inedita per la Cassazione”.

Volendo tentare un approccio che valorizzi le esigenze di tutela del soggetto indagato, si dovrebbe optare per la seconda soluzione ermeneutica; tuttavia, tale ricostruzione si scontra con i poteri attribuiti alla Corte rispetto al merito della questione, anche dopo le modifiche intervenute all'art. 606 c.p.p.

Inoltre, si discute se il riferimento al pronunciamento della Cassazione sia vincolante o di contro sia sufficiente a far scattare l'operatività della norma la formazione di un giudicato cautelare. Una tale estensione verrebbe, in realtà, a costituire un'applicazione analogica di una norma eccezionale e, come tale, non ammessa dall'ordinamento. Secondo una certa dottrina¹⁰⁴, inoltre, una pronuncia della Cassazione a carattere interlocutorio non comporterebbe la formazione del giudicato cautelare.

¹⁰² Per una sintesi della questione cfr. il successivo capitolo.

¹⁰³ GIARDA, *Processo penale: sussulti di una legislatura al tramonto*, op. cit., p. 213

¹⁰⁴ I primi commentatori della norma hanno avallato diverse opzioni. Da taluno si è sostenuto che il presupposto operativo dell'art. 405, c. 1-bis, c.p.p. sia, in realtà, il giudicato cautelare: “deve essere seriamente affrontata, sotto il profilo interpretativo, la questione relativa alla possibilità di intendere la norma nel senso del suo riferirsi non già alla necessità che tale giudizio intervenga, ma assai diversamente, all'esaurirsi del procedimento incidentale de libertate, senza cioè distinguere,

Pare evidente che le due situazioni implicano valutazioni differenti che operano su presupposti difformi e con prospettive asimmetriche.

Più spinoso si presenta il problema relativamente alla possibilità che la norma faccia sorgere in capo all'indagato un interesse a impugnare anche in caso di misura cautelare venuta meno per revoca o per effetto della decisione del Tribunale della libertà¹⁰⁵.

A tale proposito, la soluzione più equilibrata appare quella di rimeditare la nozione di interesse a impugnare in materia cautelare alla luce della nuova disciplina, senza indugiare in inutili apriorismi. Se, pertanto, non può dubitarsi della rilevanza della normativa introdotta, dall'altro non può trascurarsi che lo stesso comma 1bis condiziona "l'efficacia vincolante" al permanere di un dato stato delle indagini.

Coniugare le suesposte considerazioni consente di affermare che il nuovo interesse all'impugnazione, potenzialmente ingenerato dalla norma, deve essere dedotto dall'impugnante, che potrà, per esempio, addurre la cessazione dell'attività di indagine a seguito dell'avviso di conclusione delle stesse¹⁰⁶.

sotto il profilo delle conseguenze, le ipotesi in cui il procedimento abbia a terminare con l'intervento della cassazione da quelle in cui detto intervento sia mancante per qualsivoglia ragione, arrestandosi dinanzi al giudice investito della richiesta in tema di misura cautelare, ovvero dinanzi al 'Tribunale della Libertà', determinandosi anche in questi casi il cosiddetto 'giudicato cautelare'. [...] In tale prospettiva [...] l'espresso richiamo alla pronuncia della Corte di Cassazione non vale a far ritenere necessario l'esperirsi del relativo rimedio, ma piuttosto a suggellare l'indispensabilità di una pronuncia cautelare attestante, allo stato degli atti, l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza", così DELL'ANNO, "Archiviazione cautelare" e conseguenti problemi operativi, in AA. VV., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, a cura di GAITO, Milano, pp. 33-34). Ritiene necessaria una pronuncia della Corte di legittimità VALENTINI, *Interferenze inedite tra la vicenda cautelare e l'esercizio dell'azione penale: il comma 1-bis dell'art. 405 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2006, 4274.

¹⁰⁵ GENOVESE, *L'interesse a impugnare in tema di misure cautelari interdittive alla luce dell'art. 405 comma 1 bis*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, p. 779 ss. ADORNO, *op. cit.*, p. 56. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez V, 5 dicembre 2006, n. 4447, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, p. 778.

¹⁰⁶ Si esprime nel senso della permanenza dell'interesse a proporre ricorso in cassazione contro la decisione di annullamento di una misura cautelare per l'insussistenza di esigenze cautelari al fine

La stessa collocazione della norma all'interno dell'art 405 c.p.p. ha sollevato taluni problemi. Per taluni, il comma 1-bis dell'art. 405 c.p.p. sembra introdurre una nuova ipotesi di archiviazione da affiancarsi a quelle tradizionali: infondatezza della notizia di reato (art. 408, c. 1, c.p.p.; l'art. 125 disp. att.); mancanza di una condizione di procedibilità, estinzione del reato, fatto non previsto dalla legge come reato e, infine, autore del reato rimasto ignoto (artt. 411 e 415 c.p.p.).

Si sostiene che la nuova norma avrebbe dovuto trovare una più corretta sistemazione nella disciplina dell'archiviazione per infondatezza della notizia di reato. La sistemazione prescelta invece ancora la disposizione al comma precedente.

La singolarità della nuova ipotesi di richiesta obbligata di archiviazione consiste, come visto, nel fatto che il vincolo per il p.m. deriverebbe da una pronuncia della Corte di Cassazione. Sono stati in proposito anche sollevati dubbi di costituzionalità¹⁰⁷ giacché si finirebbe per annullare la discrezionalità del pubblico ministero relativamente all'alternativa azione-inazione. Si è anche detto che la nuova disposizione evocherebbe l'intenzione di inoculare nel sistema il superamento del monopolio del pubblico ministero sull'azione penale¹⁰⁸.

di ottenere una pronuncia sull'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza Cass., sez V, 5 luglio 2006, D.F., in DeAgostini Professionale. Per completezza si segnala, in materia di interesse a impugnare relativamente al provvedimento di sequestro, Cass. SS.UU. 7 maggio 2008 n. 18253, disponibile sul sito ufficiale della Corte di Cassazione.

¹⁰⁷ "È in ballo l'art. 112 Cost., nella parte in cui si sottrae al pubblico ministero ogni valutazione circa l'idoneità degli elementi di cui dispone per sostenere l'accusa in giudizio, approntandosi, dunque, una regola legale *juris et de jure* in chiave negativa", in tal senso SCALFATI, *Bilancio preventivo di una riforma: principi buoni e norme da ritoccare*, in *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46 "legge Pecorella"*, cit., p. 25. Sul punto anche IANDOLO PISANELLI, *Ipotesi di specialità nel procedimento di archiviazione: vincolo del giudicato cautelare e autonomia del pubblico ministero a confronto con il modello ordinario*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, p. 1095 ss.

¹⁰⁸ GIARDA, *Rimodellato il sistema delle impugnazioni penali tra presunzione di innocenza e durata ragionevole del processo*, in *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46 "legge Pecorella"*, cit., 14; BRICCHETTI-PISTORELLI, *op. cit.*, p. 62. Il

Una precisazione viene formulata comunque da parte della dottrina, laddove afferma che il vincolo per il p.m. non deriva direttamente dalla decisione della Corte di cassazione, ma costituisce un riflesso automatico previsto dalla legge stessa nell'ipotesi in cui, come visto, vengano giudicati insussistenti i gravi indizi di colpevolezza.

In sostanza, l'obbligo di esercitare l'azione penale viene meno non per decisione di un soggetto giurisdizionale ma per gli effetti tracciati dalla legge in conseguenza di tale pronuncia. Conseguentemente, non potrebbe legittimamente affermarsi che la determinazione del p.m. in merito all'esercizio dell'azione penale sia stata sostituita da un'altra¹⁰⁹.

Le perplessità derivano, però, non tanto – e non solo – dalla commistione tra i due giudizi quanto per la circostanza che la Corte di cassazione viene chiamata a operare un giudizio che nulla ha a che vedere con la sostenibilità dell'accusa in giudizio¹¹⁰.

monopolio del p.m. sull'azione penale non significa, d'altra parte, che tale organo sia libero nel valutare l'opportunità di esercitare o meno l'azione, ponendo la legge determinati vincoli alla discrezionalità (tecnica) di cui l'ufficio dell'accusa dispone. Tra tali vincoli "primaria attenzione spetta al principio di obbligatorietà così come interpretato dalla Corte costituzionale, quale espressione da un lato dell'indipendenza del p.m. e, dall'altro, dell'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge penale; proprio da tale principio verrebbe l'esigenza di un controllo totale di legalità sull'esercizio dell'azione penale ad opera dell'organo giurisdizionale"; GUERRERIO, *op.cit.*, p. 793.

¹⁰⁹ "In realtà, dallo stesso dibattito alla Costituente e dalle pronunce della Corte Costituzionale sembra di potere arguire che il principio di obbligatorietà non esclude che l'ordinamento preveda ipotesi specifiche e predeterminate in cui l'obbligo del pubblico ministero è subordinato al verificarsi di condizioni estranee alla sua volontà; situazioni cioè in cui il temperamento tra gli interessi della giustizia e interessi di altra natura - siano essi privatistici o pubblicistici - è risolto attribuendo prevalenza ai secondi. [...] Deve trattarsi quindi di situazioni predeterminate dalla legge, di categorie generali" così NEPPI MODONA, *sub Art. 112 [e 107, 4° c.]*, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1987, p. 48.

¹¹⁰ L'accertamento cautelare ha di mira la verifica circa la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, così come previsto dall'art. 273 c.p.p. Infatti, "la scelta del p.m. in merito all'alternativa azione-archiviazione è espressione di un giudizio sulla sostenibilità dell'assunto accusatorio nel corso del processo e presuppone canoni differenti da quelli riguardanti l'accertamento della gravità indiziaria ex art. 273 c.p.p.: "il quadro acquisitivo viene, cioè, valutato non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'accertamento

Ma forse la distonia più grave riguarda il silenzio della norma in merito ai poteri riservati al giudice delle indagini preliminari sulla richiesta di archiviazione che il p.m. è tenuto a presentare.

L'art. 405 comma 1bis non si pronuncia sul punto; in altri termini non è chiaro se l'organo giurisdizionale sia tenuto a pronunciare de plano il decreto di archiviazione, al ricorrere della pronuncia della Corte di Cassazione, alla stregua della altre ipotesi di archiviazione previste dal codice, oppure se sia tenuto a verificare la sostenibilità processuale dell'ipotesi accusatoria.

Le ragioni che portano ad escludere si tratti di una nuova ipotesi di archiviazione in senso proprio risiedono nelle differenti regole di giudizio relative alla valutazione sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, da una parte, e alla decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale, dall'altra; infatti, per ciò che concerne i casi classici di archiviazione è il canone della superfluità dell'accertamento giudiziale che presiede. Nel caso di accertata insussistenza del *fumus commissi delicti* ancora nulla è detto, come visto, sullo sbocco processuale della vicenda¹¹¹.

Si è a tal proposito parlato di “presunzione *iuris tantum* di superfluità”¹¹²; in tale ottica “le differenti regole di giudizio che sono alla base della richiesta cautelare del p.m. e dell'alternativa che si pone a conclusioni delle indagini preliminari (azione/inazione) potranno, seppur in

giudiziale, che è l'autentica prospettiva di un pubblico ministero, il quale, nel sistema, è la parte pubblica incaricata di instaurare il processo”. Cfr. ADORNO, *op. cit.*, pp. 37ss. e 44.

¹¹¹ “Il momento dinamico, o prognostico, è legato alla necessità di proiettare il risultato della conferma raggiunto dall'ipotesi di colpevolezza nel fluire dell'accertamento probatorio, per tararne il grado di futura resistenza. Alla base, l'esigenza di evitare che la restrizione della libertà personale possa rivelarsi ingiustificata in quanto fondata su elementi probatori effimeri, destinati a dissolversi nel prosieguo delle indagini o nell'impatto con le regole dibattimentali di formazione della prova”, così ADORNO, *op. cit.*, p. 46.

¹¹² ADORNO, *op. cit.*, p. 35.

seconda battuta, essere ricomposte dalla verifica del giudice sulla legalità dell'inazione”¹¹³.

Più spinoso il problema relativo alle conseguenze riconducibili alla violazione dell’obbligo imposto della novella legislativa: una prima impostazione ha identificato con la nullità la sanzione processuale legata alle violazioni delle norme legate all’iniziativa del pubblico ministero.

La tesi può essere respinta sulla base del principio di tassatività della nullità, in quanto l’omissione posta in essere dal pubblico ministero concerne la mancata richiesta di archiviazione. Si tratterebbe, invero, di violazione che non sembra potersi ricondurre ad una iniziativa “nell’esercizio dell’azione penale”, trattandosi, se del caso, di “eccesso di solerzia del magistrato d’accusa”¹¹⁴.

Una seconda tesi ha ricondotto la violazione di cui all’art 405 comma 1bis a una mera irregolarità, che può condurre al più ad una responsabilità disciplinare per il p.m. inadempiente¹¹⁵.

Da ultimo non manca chi propone una soluzione in linea con quella proposta dalla Corte Costituzionale con la sentenza 27/95 e dalle Sezioni Unite nel 2000 relativamente all’esercizio dell’azione penale in assenza di riapertura delle indagini.

In questa ipotesi però manca un provvedimento di archiviazione, anche se è proprio l’atteggiamento del p.m. che ne ha impedito la possibile emanazione.

¹¹³ GUERRERIO, *op.cit.*, p. 793.

¹¹⁴ CAMPOLI, *Le disinvolve acrobazie dell'art. 405, 1 comma, bis cpp ed il morbido atterraggio sulla rete della carta costituzionale*, in www.iussit.it; ZAINA, *op. cit.*

¹¹⁵ BRICCHETTI - PISTORELLI, *op. cit.*, p. 63; per un’accurata ricostruzione cfr. anche VALENTINI, *op. cit.*, p. 4280 ss. In tal senso si è orientata anche Cass., Sez. II, 21 aprile 2006, n. 19578, *cit.*

Ad ogni buon conto, posto che lo stesso g.i.p. non è vincolato dalla richiesta del p.m. appare eccessivo sanzionare con l'improcedibilità la richiesta di rinvio a giudizio, né può parlarsi in questi casi di preclusione di alcun tipo in quanto non si rinviene alcuna consumazione del potere del pubblico ministero né esercizio di un potere incompatibile. Anche perché la preclusione nasce dal (mancato) compimento di un atto da parte del soggetto investito dell'onere. In questo caso la preclusione sorgerebbe ab externo e vincolerebbe chi non è stato parte del giudizio in alcun modo¹¹⁶.

La conclusione più accreditata appare quindi quella di considerare come mera irregolarità la richiesta di rinvio a giudizio del p.m.

Tuttavia non può che concordarsi con quanto rilevato da attenta dottrina in merito alla assoluta mancanza di organicità della riforma introdotta dalla l. 46/2006¹¹⁷.

II.5 Conclusioni provvisorie

Come si vedrà meglio al termine della complessiva analisi, la preclusione scaturente dal provvedimento di archiviazione porta con sé alcune peculiarità che nascono, fondamentalmente, dalla circostanza che al pubblico ministero viene "precluso" l'esercizio di una facoltà che però non è stata precedentemente consumata.

Ciò, come meglio si vedrà, vale a distinguere la predetta ipotesi da quella scaturente dalla mancata revoca della sentenza di non luogo a procedere. Nella seconda ipotesi, infatti un esercizio dell'azione penale vi è

¹¹⁶ VALENTINI, *op. cit.*, p. 4281 e ss., "non è l'ipotesi di cui all'art. 405, c. 1-bis, c.p.p. a configurare l'improcedibilità quanto il mancato esperimento della richiesta di archiviazione da parte del p.m. e, quindi, l'omessa pronuncia dell'organo giurisdizionale imposta dalla nuova disposizione".

¹¹⁷ GIARDA, *op. cit.*, p. 213.

già stato¹¹⁸ e, all'esito dell'udienza preliminare, è stato giudicato inidoneo a sostenere l'accusa in giudizio il complesso degli elementi raccolti dalla pubblica accusa.

Ma una tale innegabile differenza non vale a escludere che anche all'archiviazione possa e debba essere riconosciuta un'efficacia preclusiva, sulla base di una diversa "inclinazione" del principio di preclusione.

Esso, infatti, non è solo consumazione della facoltà della parte, ma anche esercizio di una facoltà incompatibile. Per richiamare categorie civilistiche, l'esercizio dell'azione penale (così come la richiesta di misure cautelari in un periodo successivo all'archiviazione e in assenza del provvedimento di riapertura delle indagini) si sostanzierebbe in un "venire contra factum proprium". Ovviamente, non si può uniformare sotto il profilo effettuale le due ipotesi, in quanto il profilo della tutela della buona fede non può assolutamente rivestire, in campo processualpenalistico, lo stesso effetto che potrebbe avere in ambito civilistico.

Ciò per l'ovvia considerazione che la tutela della buona fede non riveste nel campo del processo quella stessa centralità che ha nel rapporto negoziale. Il processo penale tende a scopi diversi e ulteriori rispetto all'autonomia privata; la ricerca della verità, per quanto solo processuale, non è un bene negoziabile¹¹⁹.

¹¹⁸ Ciò dando per presupposto che non possa considerarsi come esercizio dell'azione penale anche la stessa archiviazione; invero, come visto in precedenza, questa tesi, postulata da parte della dottrina sotto la vigenza del precedente Codice, si collegava alla necessità di attribuire una qualche efficacia preclusiva anche al decreto di archiviazione.

¹¹⁹ Se tale affermazione poteva, ed era, facilmente attaccabile alla luce della giurisprudenza che vedeva nel patteggiamento un "bargain" e non riconosceva alla sentenza emessa all'esito dell'accordo la natura di sentenza di condanna, le recenti innovazioni legislative in merito (p.es. revisione sentenza di patteggiamento, il cd. patteggiamento allargato) depongono nell'indicazione del valore di condanna della sentenza de qua. A tale conclusione sono giunte anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 29 novembre 2005, n. 17781, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2007, p. 226.

Pur tuttavia esigenze superiori di rispetto dei principi costituzionali di libertà e anche di rieducazione della pena non possono non indurre a considerare come dotato di efficacia limitatamente preclusiva anche il provvedimento di archiviazione.

CAPITOLO III

NON LUOGO A PROCEDERE E PRECLUSIONE

III.1 La sentenza di non luogo a procedere come possibile esito dell'udienza preliminare

Come noto l'udienza preliminare ha rappresentato la novità assoluta del codice di procedura penale del 1988. Nel vigore del Codice abrogato non esisteva tale filtro; infatti, il vaglio delle imputazioni infondate avveniva al termine dell'istruzione, mentre l'archiviazione era collocata in una fase antecedente¹²⁰. Era lo stesso giudice istruttore a condurre il procedimento probatorio, acquisendo le prove e determinando o meno la necessità del rinvio a giudizio, dapprima con sentenza e, dal 1972, con ordinanza¹²¹.

Il nuovo Codice di procedura penale ha abolito la fase dell'istruzione¹²², ha spostato in avanti la fase di instaurazione del processo, attribuendo al p.m. l'onere di valutare se, al termine delle indagini, siano

¹²⁰ Come accennato nel capitolo precedente non mancava chi (LEONE), nel vigore del precedente Codice indicava come possibile l'archiviazione anche nel corso dell'istruzione sommaria; in senso critico CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994.

¹²¹ Sul tema dell'udienza preliminare in generale, tra gli altri, ANCA, *Udienza preliminare (voce)*, in *Dig. Disc. Pen.*, XV, 22-78; GROSSO, *L'udienza preliminare*, Milano, 1991; SCALFATI, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999. Sull'istruzione nell'ambito del Codice del 1930, SIRACUSANO, *Istruzione del processo penale (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, pgg. 166-202.

¹²² L'istruttoria si distingueva in sommaria e formale; la prima era definita come "il complesso degli atti processuali che vengono compiuti direttamente dal pubblico ministero o dal pretore per raccogliere e delibare le prove sulla reità dell'imputato e per decidere se sulla base di esse, debba essere rinviato a giudizio o prosciolto", in tal senso RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 1965, p.357; invece con il termine istruttoria formale ci si riferiva al "complesso degli atti processuali, particolarmente garantiti, diretti all'accertamento del reato, alla ricerca e alla conservazione delle prove, all'identificazione dell'autore e dei compartecipi al reato stesso ed a stabilire se l'autore debba o no essere rinviato al dibattimento, SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 176. Organi dell'istruttoria formale erano il giudice istruttore e, in casi particolari, la sezione istruttoria con funzioni anche di appello.

maturati i presupposti per la richiesta di rinvio a giudizio¹²³. I principi accusatori ispiratori del nuovo Codice, hanno spinto il delegante a prevedere un tipo di dibattimento nel quale il contraddittorio si svolgesse per la prova e sulla prova già formata nel corso dell'istruttoria.

In ogni caso l'udienza preliminare rappresenta “la prima fase in cui la giurisdizione ha competenza continuata e stabile, a differenza di ciò che avviene nel corso delle indagini preliminari, nelle quali il G.i.p. è chiamato è chiamato ad intervenire per risolvere singole questioni e pronunciare determinati provvedimenti”¹²⁴; in questa fase il G.u.p. è, invece, competente “per l'intero”.

In sintesi, la funzione essenziale dell'udienza preliminare¹²⁵ è comunque quella di consentire ad un organo giurisdizionale il vaglio sulla fondatezza e rilevanza dell'imputazione; altrettanto importante è, però, quella di permettere alle parti in genere, ma soprattutto all'imputato, di chiedere i riti alternativi dopo aver avuto, con la discovery, l'opportunità di conoscere tutti gli atti del processo, compresi gli elementi di prova a carico, in mano al PM; inoltre, secondo una parte della dottrina, far valere il diritto alla prova¹²⁶.

¹²³ Sulla regola di giudizio dell'archiviazione C. Cost. n. 88/91, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 207. Per una breve ricostruzione GIULIANI, *La regola di giudizio dell'archiviazione (art. 125 d. att.) all'esame della Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 249 ss.

¹²⁴ ANCA, *op.cit.*, p. 25.; GROSSO; *op.cit.*, p. 16-18.

¹²⁵ “Si tratta di un'intera fase processuale di spiccato rilievo e di assoluta novità”, imperniata si sulla udienza preliminare propriamente intesa, ma senza esaurirsi in essa, ricomprendendovi anche, sia le attività preparatorie, sia le attività immediatamente successive”, in tal senso CONSO-BARGIS, *Glossario della nuova procedura penale*, Milano, 1992, 187. Inoltre, CONSO, *Conclusioni di un dibattito*, in *G.P.*, 1992, III, p. 67.

¹²⁶ CONSO, *Conclusioni cit.*, p. 72; ANCA, *op.cit.*, p. 28. Come rileva quest'ultimo autore, se la disciplina dei controlli giurisdizionali sull'imputazione rappresenta una novità per i codici di procedura recenti, tale istituto è invece rinvenibile “nei tempi viceregnali”, nel processo penale dell'Italia meridionale.

Se non si giunge ad un'anticipata definizione del giudizio per il tramite dei riti alternativi il giudice dell'udienza preliminare ha il compito di verificare, anche avvalendosi degli strumenti di integrazione delle conoscenze fornitigli dall'ordinamento, se “vi sono o meno gli estremi per dare vita a quel delicato meccanismo processuale costituito dal giudizio ordinario”¹²⁷. In caso affermativo il giudice emette il decreto che dispone il giudizio, che oltre a contenere la *vocatio in ius*, contiene anche la formulazione dell'accusa, ovverosia la *res iudicanda* per il dibattimento¹²⁸.

In caso negativo, se mancano le condizioni per l'insaturazione del giudizio ordinario, il G.u.p. pronuncia sentenza di non luogo a procedere, definendo in tal modo il processo in fase preliminare ancora allo stato del nascere e bloccandone così lo svolgimento. Infatti, la sentenza di non luogo a procedere recide l'iter processuale, producendo rebus sic stantibus la fine del processo. La sentenza è impugnabile e una volta divenuta non più impugnabile è possibile revocarla¹²⁹ al sopravvenire dei requisiti legalmente previsti¹³⁰.

¹²⁷ ANCA, *op ult .cit.* In dottrina si è molto dibattuto se l'udienza preliminare dovesse essere un filtro a maglie larghe o a maglie strette; ex plurimis, LOZZI, *L'udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, p. 1077.

¹²⁸ Fatte salve, ovviamente, le norme riguardanti le contestazioni nel dibattimento e fermo restando che l'imputazione contenuta nel decreto potrebbe essere stata, a sua volta, plasmata a seguito dell'applicazione delle norme sulle nuove contestazioni nell'ambito dell'U.p.

¹²⁹ La revoca avrebbe natura ablatoria e questo si dedurrebbe dalla circostanza che all'esito delle nuove, eventuali, indagini il p.m può anche chiedere l'archiviazione che costituisce indubbiamente un peggioramento della posizione del già prosciolto (KOSTORIS, *Revoca della sentenza di non luogo a procedere (voce)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, 1997, p. 291). Si oppone a questa ricostruzione CORDERO, *Procedura penale*, 2001, p. 950, che afferma trattarsi di “conclusione stonata” evitabile o considerandola revoca come un mero atto ricognitivo oppure che il non luogo a procedere può essere revocato sotto condizione, in quanto emergano elementi in grado di consentire il rinvio a giudizio. In entrambe le ipotesi l'effetto preclusivo persisterebbe quando il secondo corso finisca nell'archiviazione.

¹³⁰ Art. 434 c.p.p. “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”. Sul punto va precisato che “i nuovi elementi di prova acquisiti dal pubblico ministero successivamente alla pronuncia della sentenza di non luogo a

III.2 Evoluzione dell'udienza preliminare e suoi riflessi sulla sentenza di non luogo a procedere

Secondo l'originaria impostazione dei Codificatori l'udienza preliminare doveva costituire "un filtro dalle maglie larghe, idonee a trattenere solo le imputazioni che presentassero una configurazione tale da prestarsi alla formulazione di una prognosi del tutto sfavorevole quanto ai supposti esiti dibattimentali"¹³¹. Come si evince anche dalla Relazione al progetto preliminare, il legislatore del 1988 voleva evitare, in primo luogo, una possibile rinascita di un'attività istruttoria nell'udienza preliminare, tanto da configurarla "come un procedimento allo stato degli atti, cui può far seguito, eventualmente, un regime eccezionale imperniato su limitate acquisizioni probatorie caratterizzate da un'efficacia interna alla fase"¹³².

L'impostazione si inseriva nel solco tracciato dall'art. 2 della legge delega, volto a dare attuazione ai caratteri del sistema accusatorio attraverso la "valorizzazione assoluta della centralità della verifica dibattimentale". Da ciò scaturiva necessariamente un "correlato contenimento concettuale dell'udienza preliminare", che venne configurata come mero provvedimento di impulso processuale, non a caso "carente dei motivi a sostegno della c.d. *translatio iudicii*".

procedere possono essere utilizzati ai fini della revoca della sentenza e della successiva applicazione di una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato proscioltto, a condizione che essi siano stati acquisiti "aliunde" nel corso di indagini estranee al procedimento già definito o siano provenienti da altri procedimenti, ovvero reperiti in modo casuale o spontaneamente offerti, e comunque non siano il risultato di indagini finalizzate alla verifica ed all'approfondimento degli elementi emersi", in tal senso, ex plurimis, Cass., Sez. I, 06 marzo 2003, n.21977, in InfoUtet (conforme a Cass SS.UU. 23 febbraio 2000, Romeo, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 48. L'art. 402 c.p.p. 1930 richiedeva altresì il requisito della novità della prova, in termini simili all'attuale formulazione. La stessa dottrina del tempo interpretava, correttamente a formulazione della norma interpretando il termine sopravvenuta come prova, anche se preesistente, comunque non acquisita, mentre il concetto di novità veniva collegato al valore probatorio che doveva risultare diverso rispetto al già valutato; cfr. KOSTORIS, *Riapertura dell'istruzione*, in Enc. Dir., XL, 1989, p. 359. FOSCHINI, *Sistema processuale penale italiano*, Milano, 1974, p. 220 parlava di riattivazione istruttoria.

¹³¹ DIOTALLEVI, *nota a Cass. SS.UU.*, 30 ottobre 2002, *Vottari*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 406.

¹³² Relazione al progetto preliminare al C.p.p.

Alla scelta di esaltare la funzione del dibattimento nell'operazione di ricostruzione del fatto, attraverso il contraddittorio delle parti per la prova, ha fatto da inevitabile contraltare "il riconoscimento della inutilità dimostrativa di ogni acquisizione valutativa avvenuta nel corso delle indagini preliminari"¹³³.

Ne apparivano così giustificati la ristrettezza dei termini per il compimento delle indagini e lo sfavore verso l'espletamento di attività processuali, che comunque non avrebbero mai potuto assumere la dignità di prova ed anzi potenzialmente avrebbero potuto costituire un fattore di indebolimento dell'atto processualmente a ciò finalizzato. Così per arrivare al proscioglimento dell'indagato la formula prevista dall'art. 425 c.p.p proponeva "una sostanziale inversione dell'onere della prova sull'accusa, richiedendo addirittura il requisito dell'evidenza probatoria della prospettazione rappresentata dalla difesa"¹³⁴. La funzione dell'udienza preliminare era soltanto quella di verificare l'ammissibilità o meno della domanda di giudizio rivolta dal pubblico ministero¹³⁵, rimanendo preclusa al giudice la possibilità di entrare in alcun modo sul merito della regiudicanda¹³⁶.

¹³³ DIOTALLEVI, *op. cit.*, p. 406. Ma come noto le intenzioni del legislatore avrebbero subito ben duri scossoni dal giudice delle leggi che avrebbero portato a privilegiare "la ricerca obiettiva della verità" alle esigenze accusatorie del nuovo processo. In tal senso emblematiche Corte cost., sent. 03 giugno 1992, n.254 in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1992, p. 1115, con nota di GREVI e Corte cost., 03 giugno 1992, n.255 in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1992, p. 1132, con nota di TONINI. Nel 1999 per porre fine a quello che era divenuto un vero contrasto tra Corte Costituzionale e legislatore ordinario e per ribadire la tendenza accusatoria del nostro processo penale si è addirittura modificato l'art. 111 Cost. cfr. anche PANSINI, *La rassegnazione inquisitoria*, Padova, 2002.

¹³⁴ DIOTALLEVI, *op. cit.*, p. 407.

¹³⁵ C. Cost. 10 febbraio 1993, n. 48, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 1642, nonchè C. Cost., 30 dicembre 1993, n.485 in www.giurcost.org.

¹³⁶ Tale impostazione non era comunque priva di effetti in quanto dalla natura meramente processuale della sentenza di non luogo a procedere si traeva la conclusione che il rinvio a giudizio non assorbiva l'eventuale riesame sui gravi indizi di colpevolezza, in tal senso ex plurimis Cass., sez. I., 21 febbraio 1992, Acanfora in *Giust. Pen.*, 1993, III, 348. Sul punto si tornerà avanti.

Il ruolo assolutamente marginale che una simile regola di giudizio aveva conferito all'udienza preliminare la relegava alla funzione di mero filtro per la distribuzione delle udienze tra i vari giudici¹³⁷, una sorta di “giudice per la fissazione del dibattimento”.

In realtà, sul concetto di evidenza¹³⁸ occorrono talune precisazioni; l'interpretazione giurisprudenziale emersa rispetto alle regole di giudizio relative ad archiviazione e non luogo a procedere aveva prodotto una situazione normativa ai limiti dell'illogicità. Infatti, “una situazione meno favorevole per l'incolpato (non idoneità della situazione probatoria a sostenere l'accusa in giudizio)” era idonea ad evitare il processo al soggetto, mentre la prova, non evidente, dell'innocenza (situazione più favorevole) conduceva a quest'effetto.

Ma tale situazione non era andata certo esente dalle critiche della dottrina più sensibile al tema, che, già prima della novella del 1993, propugnava una diversa lettura della disposizione. In tal senso, si è partiti dal presupposto che l'oggetto del controllo giurisdizionale operato in sede di controllo sull'inazione penale e in sede di udienza preliminare non differisce. In entrambi i casi si valuta la correttezza della scelta del pubblico ministero circa la sussistenza, o meno, degli elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio¹³⁹.

¹³⁷ ANCA, *op. cit.*, p. 49.

¹³⁸ Il concetto di evidenza si ritrovava già nel codice di procedura del 1930 (art. 389) laddove consentiva che si procedesse ad istruzione sommaria per i reati di competenza della Corte d'Assise o del Tribunale in ogni caso in cui la prova appare evidente. La norma è stata censurata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 117 del 1968, in quanto escludeva la sindacabilità della valutazione in merito all'evidenza della prova.

¹³⁹ Si è sempre sostenuta, infatti, l'incongruenza dell'interpretazione maggioritaria che avrebbe sostanzialmente lasciato arbitro il pubblico ministero, attraverso la scelta del provvedimento invocato, di determinare una situazione, a livello di regola di giudizio applicabile, più o meno favorevole all'imputato.

Partendo, quindi, dall'idea che il potere valutativo del g.u.p si atteggiava – non dissimilmente da quello del g.i.p. chiamato a valutare la richiesta di archiviazione – quale prognosi relativa ad una ipotesi di prova, si arrivava anche a fornire una diversa interpretazione del concetto di evidenza¹⁴⁰.

La norma infatti parlava di evidenza¹⁴¹ che il fatto non sussiste e non di evidenza “della prova che...”. Il giudice non si trovava, pertanto, a valutare una prova, ma a formulare una prognosi in relazione ad una prova futura. La nozione di evidenza introdotta dal Codificatore serviva, quindi, a fornire al giudice un vincolo valutativo¹⁴².

E soprattutto, l'attribuzione del requisito dell'evidenza alla “formula terminativa del giudizio” avrebbe consentito di inglobare la situazione di insufficienza di prove nella regola di giudizio dell'originario art. 425 c.p.p., oltrepassando l'interpretazione additiva della giurisprudenza di legittimità.

Ma se gli sforzi dottrinari non sono riusciti ad apportare cambiamenti, un primo tentativo di rivitalizzare l'istituto si è avuto con la riforma del 1993; infatti, con la legge 105/93 si è eliminato il requisito dell'evidenza dal corpo della norma che rappresentava il discrimine entro cui circoscrivere l'ambito della regola che presiedeva all'adozione della

¹⁴⁰ C. cost. n. 88/91 così si esprime in motivazione: “non può non riconoscersi un certo accostamento - anche se in prospettive diverse - tra insostenibilità dell'accusa ed evidenza dell'innocenza. Tanto più se si considera che quest'ultima situazione non va identificata con la totale assenza di elementi a carico: lo si desume dall'art. 434, che consente la revoca della sentenza di non luogo a procedere se il rinvio a giudizio può essere determinato da nuove fonti di prova, da valutarsi “unitamente a quelle già acquisite”.

¹⁴¹ L'evidenza andava pertanto intesa come “l'affermazione che la prova non è e non potrà portare alla condanna dell'imputato”; PANSINI, *L'illusione, cit.*, p. 95.

¹⁴² “Se, cioè il giudice dell'udienza preliminare ritiene che la formazione della prova, così come prospettata ipoteticamente dal pubblico ministero non sarà sufficiente a far pervenire ad un giudizio di responsabilità, sarà appunto evidente che il fatto non sussiste, o che l'imputato non lo ha commesso etc. Se, viceversa, quella situazione probatoria, una volta cristallizzata può dar adito a un giudizio di responsabilità, non sarà evidente che il fatto non sussiste”; così PANSINI, *L'illusione, cit.*, p.130.

delle formule in fatto della sentenza di non luogo a procedere. In questo modo, secondo le intenzioni del legislatore, veniva aumentata sensibilmente la possibilità di adottare questo tipo di pronuncia e, al contempo, veniva incrementato, in misura analoga, “l’apprezzamento che, sempre in fatto, era sotteso alla scelta alternativa della *translatio iudicii*”. Non tutti hanno visto, però, in tale scelta del legislatore la migliore delle soluzioni possibili, essendosi evidenziato il venir meno di un punto di riferimento per il G.u.p.¹⁴³.

E comunque, malgrado le modifiche legislative intercorse alla regola di giudizio, esse non furono inizialmente recepite.

La nuova formulazione ha comunque portato a dare una nuova qualificazione alla valutazione compiuta dal giudice dell’udienza preliminare che non richiedendo più l’evidenza probatoria necessitava di un diverso accertamento sulla posizione dell’imputato¹⁴⁴.

Anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi in numerose occasioni in merito alla natura processuale dell’udienza preliminare e, conseguentemente, della sentenza di non luogo a procedere. E’ questo il caso della declaratoria di incostituzionalità dell’art. 425 c.p.p. relativamente all’affermazione del difetto di imputabilità (ma

¹⁴³ In senso critico nei confronti della novella legislativa del 1993 si esprime PANSINI, *L’illusione*, cit., p.131, laddove afferma: “Probabilmente la forma più corretta sarebbe stata quella dell’interpretazione autentica. Viceversa si è preferito quella della modifica del testo normativo, sopprimendo in esso il requisito delle evidenze. Ma siffatta modifica, se da un lato risolverà alla radice il problema interpretativo e consentirà all’udienza preliminare di ritornare ad avere quella funzione di filtro che nel codice le era stata attribuita, dall’altro, eliminerà quel vincolo normativo alla prognosi del giudice dell’udienza preliminare che era, viceversa, quanto mai opportuno”.

¹⁴⁴ La nuova regola di giudizio aveva indotto un revirement della Corte di Cassazione, originando così un contrasto in merito all’assorbimento del requisito dei gravi indizi di colpevolezza a seguito del rinvio a giudizio. La Cassazione aveva sancito il definitivo approdo alla teoria dell’assorbimento con tre sentenze a SS.UU. del 25 ottobre 1995, tutte pubblicate in *Foro it.*, 1996, II, c. 351 ss.

vedi ora art. 425, comma 4, così come modificato dalla L. 144/2000)¹⁴⁵ oppure della stessa declaratoria di incostituzionalità degli artt. 309-310 c.p.p. rispetto alla possibilità di rivalutare i gravi indizi di colpevolezze successivamente all'emanazione del decreto che dispone il rinvio a giudizio¹⁴⁶.

Come visto l'evoluzione della funzione e della natura dell'udienza preliminare ha trovato slancio anche nella legislazione; un aggancio alla stessa idea di U.P. come giudizio sempre più di merito ha trovato supporto nel D.Lgs 51/98 laddove, art. 171, è stata sancita l'incompatibilità tra la funzione di G.i.p. e G.u.p..

L'obiettivo di evitare un inutile dispendio di attività processuali in un dibattimento dagli esiti avviati verso una sentenza assolutoria, in considerazione dei suoi presupposti probatori, ha spinto il legislatore del 1999 a dare al giudice dell'udienza preliminare un'ulteriore chiave di lettura degli elementi conoscitori acquisiti agli atti e suscettibili di assurgere al rango di prova all'esito dell'istruttoria dibattimentale, in tal senso ha operato la L. 479/99 (cd. legge Carotti).

Un nuovo fattore di trasformazione introdotto si rinviene nell'introduzione della possibilità di emettere sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi addotti risultino insufficienti contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio. Appare inevitabile la riproposizione al G.u.p. di questioni analoghe a quelle create in sede interpretativa dall'art. 125 c.p.p. Il problema della consistenza della prova a carico dell'imputato non sembra potere essere

¹⁴⁵ C. Cost., 10 febbraio 1993, n. 41, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 1080.

¹⁴⁶ C. Cost., 16 marzo 1996, n. 71 in *Giur. Cost.*, 1996, p. 669, con nota di SCOMPARIN. Argomento forte della sentenza (sic) era l'impossibilità di omologare sentenza di proscioglimento e non luogo a procedere sulla base della carenza di una previsione del tutto analoga all'art. 530 c.p.p.

eluso, perché la sostenibilità dovrà pur sempre comportare la elevata probabilità, seppur attraverso un giudizio prognostico, che il pubblico ministero ottenga un giudizio di responsabilità dell'imputato. Si è quindi verificato un progressivo avvicinamento della valutazione della sufficienza degli elementi probatori anche se sempre all'interno di un giudizio prognostico, e della loro univocità con la sostenibilità dell'accusa. Notevole è pertanto apparsa la forza innovativa perché gli obiettivi dichiarati di deflazionare l'attività dibattimentale vengono perseguiti attraverso una considerevole accentuazione del potere cognitivo del G.u.p., secondo alcuni, addirittura sganciato, in taluni casi, dagli strumenti di valutazione prognostica in ordine all'utilità del dibattimento¹⁴⁷.

La dottrina ha comunque individuato come conseguenza della novella legislativa la necessità per il giudice di disporre il rinvio a giudizio a carico dell'imputato solo quando gli elementi siano concreti e consistenti e di pronunciare, di converso, una sentenza ai sensi dell'art. 425 c.p.p. nel momento in cui, con un sostanziale parallelismo con la previsione di cui all'art 125 d. att., verifichi la non sostenibilità dell'accusa in dibattimento.

In realtà, pur essendo innegabile che, all'interno del frammentario disegno del legislatore, “gli strappi acceleratori verso un vero e proprio giudizio di merito”¹⁴⁸ hanno influito sulla struttura dell'udienza preliminare,

¹⁴⁷ Ciò ha condotto taluni autori a considerare quella della G.u.p. una giurisdizione piena, a riprova di questa considerazione si è sottolineato come “la sentenza di non luogo a procedere per estinzione del reato ha, di fatto, un effetto preclusivo irreversibile analogo a quello previsto dall'art 649 c.p.p., non potendosi configurare neppure in via ipotetica la sopravvenienza di presupposti per un nuovo esercizio dell'azione penale”. In tal senso DIOTALLEVI, *op. cit.*, p. 412, SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in Cass. Pen., 2000, p. 2812.

¹⁴⁸ Cass., SS.UU. 30 ottobre 2002, *cit.*, in motivazione. La stessa sentenza ha posto fine alla rinnovata querelle sull'assorbimento della valutazione sui gravi indizi di colpevolezza nel rinvio a giudizio, innescata a seguito delle modifiche introdotte dalla legge Carotti, statuendo che: “Anche dopo le modificazioni alla disciplina dell'udienza preliminare introdotte dalla l. 16 dicembre 1999 n. 479, al giudice investito della richiesta di riesame di una misura cautelare personale la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza non è preclusa dalla sopravvenienza del rinvio a

la regola di diritto per il rinvio a giudizio resta tuttavia qualificata dalla peculiarità dell'oggetto della valutazione e del correlato metodo di analisi.

L'obiettivo arricchimento, qualitativo e quantitativo, dell'orizzonte prospettico del giudice, rispetto all'epilogo decisionale, non attribuisce infatti allo stesso il potere di giudicare in termini di anticipata verifica della innocenza/colpevolezza dell'imputato, poiché "la valutazione critica di sufficienza, non contraddittorietà e comunque di idoneità degli elementi probatori, secondo il dato letterale del novellato comma 3 dell'art. 425, è sempre e comunque diretta a determinare, all'esito di una delibazione di tipo prognostico, divenuta oggi più stabile per la tendenziale completezza delle indagini, la sostenibilità dell'accusa in giudizio e, con essa, l'effettiva potenziale utilità del dibattimento rispetto alla regiudicanda".

S'intende cioè sostenere che il radicale incremento dei poteri di cognizione e di decisione del giudice dell'udienza preliminare, pur legittimando quest'ultimo a muoversi implicitamente nella prospettiva della probabilità di colpevolezza dell'imputato, non lo ha tuttavia disancorato dalla fondamentale regola di giudizio della valutazione prognostica, in ordine al maggior grado di probabilità logica e di successo della prospettazione accusatoria ed all'effettiva utilità della fase dibattimentale, di cui il legislatore della riforma ha perseguito una significativa deflazione. Di talchè gli epiloghi decisionali dell'udienza preliminare, quanto ai casi che risultano allo stato degli atti aperti a soluzioni alternative, si collocano specularmente nel solco delle coordinate già tracciate dall'art. 125 d. att. c.p.p. per l'archiviazione, come logico completamento della l.105/93 e come necessaria conseguenza della nuova formulazione dell'art. 425 c.p.p.

giudizio dell'imputato per il reato in ordine al quale tale misura è stata applicata, non risultando alterata la portata della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 309 c.p.p. intervenuta con sentenza 15 marzo 1996 n. 71 della Corte costituzionale".

In conclusione si può affermare che la sentenza di non luogo a procedere rimane un epilogo meramente processuale¹⁴⁹ ma questo non inficia la considerazione che essa è in grado di esercitare una sua forza preclusiva.

III.3 Sui potenziali effetti preclusivi della sentenza di non luogo a procedere rispetto all'azione penale

Benchè il codice non annoveri espressamente la sentenza di non luogo a procedere tra i provvedimenti idonei a produrre l'effetto del "ne bis in idem", si pone la questione se essa sia in grado di paralizzare il successivo esercizio dell'azione penale e le conseguenze che a cascata una simile preclusione possa produrre.

Relativamente agli effetti sull'azione penale risulta comunque utile effettuare richiami anche alle soluzioni prospettate in tema di provvedimento di archiviazione.

Il parallelismo tra le due figure comunque non può spingersi a al punto di equiparare l'una all'altra. Occorre infatti tenere presente che si è di fronte a due provvedimenti diversi nei contenuti e nei presupposti; conseguentemente diversi potrebbero essere gli effetti scaturiti.

E' questa la tesi da dimostrare.

¹⁴⁹ In tal senso da ultime Cass., SS.UU., 29 maggio 2008, n. 25695 in www.cortedicassazione.it e C.Cost. ord. n. 4/08 in www.giurcost.org, si vedano inoltre C. Cost, ord. n. 185/01; C. Cost. sent 224/01 e C. Cost. n. 335/02, anch'esse disponibili su www.giurcost.org. Sul punto, anche se in un obiter dictum, Cass SS.UU, 26 giugno 2002, D'Alterio, ha osservato che l'udienza preliminare "per effetto delle innovazioni introdotte con la l. 479/99 ha subito una profonda trasformazione sul piano sia della qualità sia della quantità di elementi valutativi che vi possono trovare ingresso, sia dei poteri correlativamente attribuiti al giudice, cui ha corrisposto, quanto alla determinazione conclusiva, un apprezzamento del merito ormai privo di quei caratteri di sommarietà che prima della riforma erano tipici di una deliberazione tendenzialmente circoscritta allo stato degli atti". In tal senso sembrerebbe aver deposto anche la legge 248/02, modificativa degli artt. 45 e 47 c.p.p.

Nel caso di archiviazione infatti non vi è stato alcun esercizio dell'azione penale, sicché l'accertamento in essa contenuto si risolve in un controllo sull'inazione del pubblico ministero; secondo una parte della dottrina¹⁵⁰, come visto, l'efficacia dell'art. 414 c.p.p. si differenzia necessariamente da quella derivante dal momento che il decreto di archiviazione "ha per oggetto la notizia di reato e non il fatto e impedisce la prosecuzione della fase procedimentale e non un giudizio circa la fondatezza dell'imputazione al momento non ancora formulata"¹⁵¹. Nell'altro caso l'azione penale è già stata validamente esercitata dall'organo requirente e si è "consumata" proprio con la sentenza di non luogo a procedere.

Pertanto, gli istituti dell'autorizzazione alla riapertura delle indagini a seguito di un provvedimento di archiviazione e della revoca della sentenza di non luogo a procedere, da un lato, sono accomunabili in quanto entrambi volti a garantire la posizione del soggetto che ha visto archiviata la notizia di reato a proprio carico o è stato prosciolto a seguito di una sentenza di non luogo a procedere, dall'altro, si rileva, operano in cornici normative differenti.

Nel primo caso il sistema vuole evitare che il pubblico ministero aggiri le norme poste a presidio dei termini massimi di durata delle indagini; nell'ipotesi di sentenza di non luogo a procedere la ratio di tutela riposa sulla "volontà" di impedire un nuovo esame della posizione dell'imputato già prosciolto che non poggi su fonti di prova diverse da quelle intervenute successivamente alla sentenza o comunque non acquisite

¹⁵⁰ ORLANDI, *Effetti preclusivi dell'archiviazione e procedimento cautelare*, Cass. Pen., 1998, p. 3291. Nel capitolo precedente è stata invece accolta la tesi che attribuisce all'archiviazione efficacia preclusiva. Talune conclusioni tratte dalla dottrina con riferimento a tale efficacia propria delle sentenze di non luogo a procedere mantengono intatta la loro validità se astratte dalla sola porzione comparatistica rispetto al provvedimento di archiviazione.

¹⁵¹ PECORI, *Potenzialità preclusive della sentenza di non luogo a procedere*, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 58.

nel corso del precedente procedimento. Si appalesa, sotto quest'ottica, il tentativo di non consentire "che l'imputato già prosciolto possa essere rinviato a giudizio unicamente sulla base di una diversa valutazione di quegli stessi atti, che avevano condotto a quel favorevole epilogo processuale"¹⁵².

Su queste basi, si sostiene, che la sentenza di cui all'art.425 c.p.p. abbia una forza preclusiva diversa rispetto a quella che scaturisce dal provvedimento di archiviazione. Più precisamente, l'effetto ostativo connesso a quest'ultimo non colpisce un successivo atto di promuovimento dell'accusa da parte del pubblico ministero proprio perché l'azione penale non è mai stata esercitata; viceversa, se il procedimento si è concluso in sede di udienza preliminare, la sentenza di non luogo a procedere necessariamente dispiega un effetto preclusivo in relazione ad un futuro esercizio dell'azione penale, per il medesimo fatto e nei confronti dello stesso soggetto, perché il potere conferito dalla legge all'organo pubblico di richiedere il rinvio a giudizio è già stato esercitato e l'azione penale, dopo aver fatto il suo corso, è stata, come detto, consumata dalla sentenza che ha sancito l'infondatezza.

L'azione penale sarebbe pertanto preclusa e un eventuale suo esercizio condurrebbe necessariamente la declaratoria di improcedibilità da parte del giudice investito della richiesta¹⁵³.

Corrette le conclusioni, ma come visto, anche il provvedimento di archiviazione possiede una sua efficacia preclusiva. Non è certamente dalle

¹⁵² PECORI, *op.cit.*, p. 60.

¹⁵³ CALAMANDREI, *La novità della prova come presupposto per revocare la sentenza di non luogo a procedere*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1998, p. 360; DANIELE, *Effetti preclusivi della sentenza di non luogo a procedere e rito cautelare*, in *Dir. Proc. Pen.*, 2000, p. 599. Come giustamente osservato di predetti autori ciò non impedisce di cercare un altro responsabile per il medesimo fatto o di perseguire il prosciolto per un fatto diverso.

differenze tra i due istituti che può rinvenirsi una prova definitiva sulla preclusività dell'uno o dell'altro istituto¹⁵⁴.

La ricostruzione, avallata dalla Corte Costituzionale¹⁵⁵, che assimila la sentenza di non luogo a procedere non revocata al provvedimento di archiviazione per il quale non si sia provveduto a riaprire le indagini non è unanimemente condivisa sulla base di taluni indici normativi e sistematici, ma comunque tale tesi riguarda, come visto, soprattutto la forza preclusiva del provvedimento di archiviazione¹⁵⁶.

Come appare evidente dal dettato normativo dell'art 648 c.p.p., la sentenza di non luogo a procedere non è menzionata tra quelle che possono passare in giudicato; essa è, per espressa disposizione normativa, soggetta a revoca ai sensi dell'art 434 c.p.p. In effetti, il problema si è posto nella misura in cui gli artt. 90 e 536 c.p.p. 1930 si riferivano entrambe a sentenze irrevocabili in generale, senza distinguere tra decisioni istruttorie e dibattimentali, mentre l'odierno art. 648 c.p.p. recita testualmente che sono idonee a divenire irrevocabili le sentenze pronunciate all'esito del giudizio e ad esse soltanto è indirizzato il divieto di un secondo giudizio ex art. 649 c.p.p. Inoltre, l'art. 90 c.p.p. 1930 indicava tra le sue eccezioni anche l'art 402 c.p.p. 1930 riguardante i casi di riapertura dell'istruzione¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Non sfugge che parte della dottrina ha evidenziato le differenze tra archiviazione e non luogo a procedere proprio al fine di escludere l'efficacia preclusiva dell'archiviazione. Sul punto cfr. capitolo precedente.

¹⁵⁵ C.cost. 27/95 in *Giur. Cost.*, 1995, p. 257, con nota di CARLI e in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1995, 1371, nota di CAPRIOLI.

¹⁵⁶ La sentenza di non luogo a procedere infatti è citata in un obiter dictum.

¹⁵⁷ RIVIELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, p. 522. Presupposto per la riapertura dell'istruzione nel vigore del precedente codice era il sopravvenire di nuove prove a carico del proscioltto. L'art. 402, comma 3, c.p.p. 1930 conteneva anche un elenco delle prove che potevano considerarsi nuove, sulla cui tassatività si discuteva. In proposito, KOSTORIS, *Riapertura dell'istruzione*, in *Enc. Dir.*, XL, 1989., p. 361. C.cost. 27 giugno 1997, n. 206, in www.giurcost.org, accenna in motivazione alla differenza tra sentenza emessa in giudizio e sentenza emessa all'esito dell'udienza preliminare. Sul punto anche DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino, 2005, p. 154. Una parte della dottrina, comunque,

La formulazione letterale di tali norme ha indotto parte della dottrina e della giurisprudenza, sia di legittimità sia di merito, a ritenere che la preclusione all'esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto, a carico del medesimo soggetto sia da collegare esclusivamente alle sentenze pronunciate a conclusione del dibattimento ed ai decreti penali divenuti irrevocabili¹⁵⁸.

Né varrebbe il richiamo fatto all'art. 650 c.p.p. il quale si limita a distinguere l'esecutività della sentenza di non luogo a procedere rispetto all'esecutività derivante dall'irrevocabilità.

La soluzione in questo caso va cercata nel complesso di principi che l'interprete può ricavare dal modo in cui è attualmente congegnato il nostro sistema processuale¹⁵⁹. Senza considerare che a rigor di logica sarebbe contraddittoria la presenza di un istituto quale la revoca se poi questa stessa non ha alcuna efficacia e nessun effetto le è attribuito

Secondo una prima ricostruzione, la sentenza definitiva produce sempre e comunque l'effetto del ne bis in idem mentre il non luogo a procedere produce tale effetto solo a condizione che non sia revocata.

Si sottolinea ulteriormente che, anche senza voler dare troppo credito alla dizione letterale della norma, ai sensi dell'art. 648 c.p.p., un provvedimento giurisdizionale diviene irrevocabile qualora, nei suoi confronti, non sia più ammissibile un mezzo d'impugnazione diverso dalla

ha osservato come la distinzione tra sentenza pronunciata in giudizio, idonea a divenire "non più impugnabile", ma non anche "irrevocabile", appare fonte di inutili complicazioni in quanto nel nostro sistema non esistono più sentenze assolutamente irrevocabili. GIOVENE, *Giudicato (voce)*, in *Dig. Disc. Pen.*, V, p. 427; GRASSI, *Considerazioni circa il divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato nei cui confronti sia già stata emessa, per lo stesso fatto, sentenza di non luogo a procedere per essere il reato estinto da amnistia*, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 2456.

¹⁵⁸ PECORI, *op. cit.*, p. 60.

¹⁵⁹ RUSSO, *Riapertura delle indagini e revoca della sentenza di non luogo a procedere*, in *Riv. Pen.*, 1997, p. 442. Richiama l'art. 650 c.p.p. Trib. Perugia 14 aprile 1995, in *Cass. Pen.*, 1995 p. 3457.

revisione. Sotto questo profilo, pertanto, non pare più giustificabile la distinzione emergente dall'art. 648 c.p.p. fra sentenze pronunciate in giudizio e sentenze di non luogo a procedere¹⁶⁰.

Se non proprio irrevocabile la sentenza di non luogo a procedere può comunque considerarsi definitiva, una volta esaurita la possibilità di impugnazione. La forza preclusiva non comporta comunque una totale assimilazione alla sentenza di merito definitiva; ovviamente, ad esempio, non è possibile che la sentenza di non luogo a procedere produca gli stessi effetti vincolanti in campo extra-penale descritti negli artt. 651-654 c.p.p.¹⁶¹.

L'effetto che da essa discende è proprio della sua natura giuridica di sentenza processuale.

Si è pertanto parlato di effetto preclusivo condizionato o relativo distinto da quello assoluto che distingue la sentenza dibattimentale¹⁶².

E comunque il sistema per essere coerente non può che attribuire efficacia preclusiva rispetto all'esercizio dell'azione penale alla sentenza di non luogo a procedere. Il prevedere un apposito istituto di revoca della

¹⁶⁰ GRASSI, *Considerazioni*, *op. cit.*, p. 1523.

¹⁶¹ A seguito delle modifiche introdotte dalla legge 46/06 all'art. 428 c.p.p., che prevede la possibilità per la persona offesa costituita parte civile di impugnare la sentenza di non luogo a procedere, parte della giurisprudenza aveva ritenuto che l'impugnazione della p.o. costituita p.c. producesse effetti ai fini civili (in tal senso Cass., sez. IV, 25 ottobre 2006, n. 11960 che riteneva addirittura che la sentenza del G.u.p. andasse annullata con rinvio al giudice di appello competente per valore e Cass., sez. II, 12 aprile 2007 n. 16908 che invece riteneva dovesse essere annullata senza rinvio). Tali sentenze hanno ingenerato un contrasto con le decisioni che invece ritenevano che l'impugnazione avesse effetti penali. La questione è stata risolta da Cass., SS.UU., 29 maggio 2008, n. 25695 in www.cortedicassazione.it, che nel rigettare la tesi dell'efficacia ai fini civili ha, in motivazione, affermato che "non è possibile individuare in capo alla parte civile ricorrente un interesse civilistico atteso che la sentenza di non luogo a procedere non pregiudica in alcun modo, come si evince dall'art 652, comma 1, le pretese risarcitorie della stessa". Prima delle modifiche legislative citate la Cassazione riteneva inoppugnabile dalla parte civile, per difetto di interesse, la sentenza di non luogo a procedere in quanto inidonea a dispiegare i suoi effetti in un eventuale processo civile, Cass., sez. V., 25 marzo 2003, n. 22300 in InfoUtet.

¹⁶² DANI, *Revoca della sentenza di non luogo a procedere (voce)*, in *Dig. Disc. Pen.*, XII, p. 148.

sentenza non può che indurre a pensare che il Codificatore abbia voluto porre al sicuro la valutazione prognostica già compiuta da un giudice ed evitare che tale valutazione potesse essere nuovamente posta in essere.

Ma illuminante è lo stesso disposto normativo, il p.m. chiede infatti il rinvio a giudizio con la richiesta di revoca, laddove le fonti di prova siano già state acquisite. Un'interpretazione coerente della norma vuole che essa stia ad indicare la possibilità di esercitare tale facoltà solo una volta ottenuta la revoca. Il Codificatore ha esposto l'unica via possibile per il riesercizio dell'azione penale¹⁶³.

In realtà appare anche in questo caso controversa la questione se l'estensione della preclusione vada considerata come riferito solo all'ufficio giudiziario presso il quale è stata emessa o vincoli anche uffici giudiziari diversi.

Sul punto deve però chiarirsi che se si vuole ricondurre il fenomeno nello schema della preclusione, essa non potrà che riguardare l'ufficio giudiziario presso il quale è stata emessa la sentenza di non luogo a procedere. A risolvere la possibile incongruenza relativa alla possibilità che altri uffici giudiziari compiano indagini nei confronti del soggetto prosciolto si ergono le norme relative alla competenza che costituiscono il precipitato codicistico dell'art. 25 Cost.

¹⁶³ Nell'ipotesi in cui le fonti di prova siano da acquisire il p.m. richiede la riapertura delle indagini e all'esito delle stesse il p.m. qualora sulla base dei nuovi atti di indagine non debba chiedere l'archiviazione, trasmette alla cancelleria del giudice la richiesta di rinvio a giudizio. Sulla natura giuridica della revoca la dottrina si divide ritenendo taluno che non si tratti di un procedimento di impugnazione ma di un atto ricognitivo del fatto che non esiste più la preclusione ad un nuovo processo, CORDERO, *Procedura penale*, 2001, p. 907. Tale impostazione giustifica anche il fatto che un'ordinanza faccia venir meno una sentenza. Contrario KOSTORIS, *Revoca della sentenza di non luogo a procedere (voce)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, 1997, p. 291.

III.4 Non luogo a procedere e attività d'indagine

La sentenza di non luogo a procedere non crea solo una preclusione relativa all'esercizio dell'azione penale ma incide anche sullo svolgimento di un'ipotetica successiva attività di indagine. Sul punto si fronteggiano una pluralità di opzioni dottrinali; una prima ricostruzione ritiene che le indagini siano precluse una volta definitiva la sentenza di non luogo a procedere. Come può facilmente ricavarsi dal dettato normativo, l'art. 436 c.p.p. richiede che l'attività di ricerca delle nuove fonti di prova deve essere autorizzata, di talché si deve implicitamente ritenere che la stessa attività non può essere svolta senza l'ordinanza che dispone la riapertura delle indagini.

Di contro saranno pienamente utilizzabili le conoscenze acquisite nell'ambito di altro procedimento e quelle reperite in modo casuale o casualmente pervenute all'organo dell'accusa. Non può pertanto meritare accoglimento la posizione che ritiene lesiva non legittima la l'attività di ricerca svolta in altri procedimenti penali¹⁶⁴.

Diversamente in dottrina si è ritenuto possibile utilizzare le risultanze dell'attività investigativa¹⁶⁵; al fine di avallare tale conclusione si è fatto riferimento alla circostanza che mentre l'art. 407 c.p.p. vieta il compimento di attività di indagini una volta conclusa la fase delle indagini preliminari analoga regola non è prescritta in caso di sentenza di non luogo a procedere¹⁶⁶. Si è anche valorizzata la formulazione degli artt. 434 e 435, comma 1 e 2, laddove si avvale del termine acquisite che, sebbene usato in modo atecnico, consentirebbe il p.m. esperire ancora prima della revoca

¹⁶⁴ Nel senso dell'utilizzabilità degli atti di indagine, RUSSO, *op. cit.*, p. 442, che definisce aberranti le conseguenze dell'applicazione dell'art 191 c.p.p.; GARUTI, *op. cit.*, p. 959, che considera che la sentenza di non luogo a procedere non può assurgere al rango di regola di esclusione.

¹⁶⁵ DANI, *op. cit.*, p. 152; DANIELE, *op. cit.*, p. 599; PECORI, *op. cit.*, p. 63.

¹⁶⁶ PECORI, *op. cit.*, p. 64

un'attività investigativa tesa ad acquisire nuove fonti di prova¹⁶⁷. In tal senso si aggiunge ancora che “la prospettazione da parte del p.m. del progetto investigativo nell'ambito del prescritto contraddittorio camerale di cui all'art 435, comma 3, c.p.p. in assenza della previa urgente attività di acquisizione delle nuove fonti di prova, sarebbe destinata a frustrare l'esito positivo dell'attività di indagine”¹⁶⁸.

Inoltre, la dottrina rileva che la sanzione dell'inutilizzabilità, ex art. 191 c.p.p., consegue alla violazione di un divieto probatorio espresso o tacito. Vi è chi ritiene che l'assenza di revoca non costituisca una “regola di esclusione” tale da determinare l'inutilizzabilità degli atti acquisiti in assenza di revoca. D'altronde si aggiunge che il difetto di potere non costituisce un valido parametro di esclusione probatoria e ciò si evince a contrario dalla disciplina positiva che ha previsto espressamente i casi in cui alla carenza di potere si collega una inutilizzabilità della prova (art. 343 comma 4)¹⁶⁹.

L'organo inquirente pertanto potrebbe procedere con le indagini con l'unico limite di atti che richiedano un provvedimento motivato o che entrano nel procedimento come atti del procedimento stesso o che richiedano la partecipazione del prosciolto¹⁷⁰.

Sembra però evidente che se il non luogo a procedere costituisce una configurazione minore del giudicato¹⁷¹, e il pubblico ministero prima della

¹⁶⁷ Cass., Sez. V, 04 agosto 1998, n.4931 in *Cass. Pen.*, 2000, p. 428.

¹⁶⁸ Cass., SS. UU., 23 febbraio, 2000, Romeo, *cit.*

¹⁶⁹ DANIELE, *op. cit.*, p. 598, commenta che sarebbe la stessa natura di decisione allo stato degli atti ad essere in contrasto con un'efficacia preclusiva rispetto alle ulteriori indagini; infatti tali tipi di provvedimento contengono un accertamento pur sempre limitato, che può essere successivamente perfezionato. “Al limite se nessuna indagine fosse più consentita, lo stesso rimedio della revoca diverrebbe inutile”.

¹⁷⁰ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 360 s.; RUSSO, *op. cit.*, p. 445., considera che il p.m. possa compiere solo gli atti indifferibili o non altrimenti rinnovabili.

¹⁷¹ CORDERO, *Archiviazione (voce)*, in *Enc. Dir.*, II, p. 1026.

revoca non può autonomamente riaprire il procedimento già conclusasi con il non luogo a procedere, altrettanto gli sarà precluso di continuare a indagare. Restano ovviamente escluse dalla sanzione di inutilizzabilità le conoscenze acquisite nell'ambito di un altro procedimento e quelle reperite in modo casuale¹⁷².

Peraltro se sembra corretto, analogamente a quanto avviene in caso di archiviazione, precludere la prosecuzione delle indagini, la ratio di questa misura, in un'ipotesi in cui appare evidente che non vi sono esigenze di salvaguardia di rispetto dei termini massimi di durata delle indagini, va rinvenuta altrove.

In caso di non luogo a procedere è già stato infatti valutata dal pubblico ministero la sussistenza di elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

E' tuttavia evidente che attribuire al pubblico ministero un incondizionato potere investigativo dopo la sentenza di non luogo a procedere significherebbe legittimare una sorta di inammissibile restituzione in termini per lo svolgimento di atti di indagine da parte dell'accusa. Sembrerebbe in tale ricostruzione addirittura meno garantita la posizione dell'imputato che si giova di una sentenza di non luogo a procedere rispetto all'indagato che abbia avuto a suo favore un provvedimento di archiviazione.

Inoltre dallo stesso codice emerge chiaramente una volontà di impedire un qualsiasi arretramento della regiudicanda dalla fase processuale a quella procedimentale, secondo il c.d. principio della non regressione del procedimento. Anche in questo caso sembra convincente, in base all'art.

¹⁷² In tal senso anche Cass, SS.UU., 23 febbraio 2000, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2000, p. 133 ss. Per un approfondimento della disciplina del Codice del 1930, KOSTORIS, *Riapertura dell'istruzione, cit.*, p 361.

191 c.p.p., sanzionare con il divieto dell'inutilizzabilità le risultanze delle indagini compiute prima della revoca in quanto poste in essere da un soggetto privo del relativo potere e, pertanto, in violazione di un divieto che va considerato come immanente al sistema¹⁷³.

Come già rilevato, tali scelte hanno una spiccata connotazione politica; un modello nel quale le attività di integrazione probatorie sono libere ben potrebbe atteggiarsi in un sistema nel quale le parti sono in assoluta parità. Inoltre la possibilità di reiterare le indagini “è tipica di un metodo basato sulla quantità più che sulla qualità”, senza dimenticare che se nessuna indagine fosse più consentita, lo stesso rimedio della revoca sarebbe inutile¹⁷⁴.

Si è giunti addirittura ad assimilare la sentenza di non luogo a procedere con la sentenza istruttoria di proscioglimento, equiparandone in tal modo l'efficacia. Su tale ultimo punto va rimarcato che la fase delle indagini ad oggi è collocata in una fase precedente l'esercizio dell'azione penale. Le stesse fasi procedurali sono meglio delineate rispetto a quanto fossero nella vigenza del precedente codice; senza dimenticare che le “dinamiche” di formazione della prova sono assolutamente diverse. Per quanto possano presentare apparenti somiglianze tra i due istituti non sembra che l'efficacia preclusiva della sentenza di non luogo a procedere possa prendere le mosse dall'efficacia attribuita alla sentenza istruttoria di proscioglimento.

¹⁷³ PECORI, *op. cit.*, p. 64.

¹⁷⁴ DANIELE, *op. cit.*, p. 597, afferma che “piaccia o meno nel nostro sistema alcuni atti di indagine hanno assunto di fatto valore probatorio. In una prospettiva del genere, riesce difficile distinguere le indagini preliminari dall'istruzione dei sistemi misti, e, in particolare, la sentenza di non luogo a procedere dalla vecchia sentenza istruttoria di proscioglimento... Detto in altri termini se il sistema assume connotati inquisitori, allora serve anche il garantismo inquisitorio” cfr. anche KOSTORIS, *Riapertura dell'istruzione, cit.*, p. 359-361, soprattutto p. 361 per quel che riguarda l'efficacia preclusiva del proscioglimento istruttorio rispetto a nuove indagini.

In dottrina si è posta anche attenzione “all’ottica del pubblico ministero” di un ufficio giudiziario diverso da quello che ha definito il procedimento. In questo caso non valgono, ovviamente, le riflessioni svolte in tema di “aggiramento dei termini di durata delle indagini”. Infatti, il pubblico ministero di un ufficio giudiziario diverso non ha “consumato” alcun potere.

Al di là della considerazione che egli potrebbe essere all’oscuro della precedente sentenza di non luogo a procedere, la sanzione dell’inutilizzabilità appare eccessiva in un contesto nel quale non emerge “un atteggiamento persecutorio dell’organo inquirente”, né appare possibile un aggiramento dei termini massimi di durata delle indagini.

Sarà, però, pur sempre il pubblico ministero competente in ordine all’ipotesi di reato per la quale si procede che dovrà, a propria volta, richiedere ed ottenere la revoca della sentenza di non luogo a procedere per poter esercitare l’azione penale (è questo il caso tipico della fonte di prova aliunde percepta); come ottimamente affermato, “nel controllo del giudice delle indagini preliminari sulla sussistenza della novità delle fonti di prova è dunque rinvenibile la garanzia giurisdizionale che deve assistere l’imputato già prosciolto”¹⁷⁵.

III. 5 Non luogo a procedere e misure cautelari

La questione che si pone all’attenzione dell’interprete è di non poco conto e riguarda la possibilità di considerare preclusa, una volta intervenuta la sentenza di non luogo a procedere, “l’iniziativa cautelare”.

Come rilevato, nessuna norma codicistica prevede espressamente una tale evenienza; la soluzione al quesito va pertanto rinvenuta, nella

¹⁷⁵ PECORI, *op. cit.*, p. 65.

sistematica, anche in questi caso senza trascurare i possibili parallelismi con le conclusioni già tratte con il provvedimento di archiviazione.

Non sfugge ovviamente la stretta connessione tra procedimento principale e incidente cautelare; se quest'ultimo può essere definito autonomo, in quanto presidiato da proprie regole di giudizio, pur tuttavia non può definirsi indipendente, intendendo con tale ultimo termine il possesso di finalità "ultime" diverse da quelle del procedimento principale.¹⁷⁶

Infatti, la misura cautelare presidia, interinalmente, la possibilità che il procedimento principale raggiunga il suo fine di accertamento.

Tale indubbia autonomia non può pur tuttavia essere utilizzata al punto tale da giungere alla conclusione di che il pubblico ministero sia esonerato dal chiedere la revoca della sentenza di non luogo a procedere, già emessa dal giudice dell'udienza preliminare, prima della richiesta e dell'emissione di una misura cautelare per il medesimo fatto. Sembra perciò fortemente criticabile l'interpretazione che volge in tal senso proprio perché trascura il carattere dell'accessorietà insita nel procedimento cautelare. Una semplice considerazione consente di ritenere preclusa in caso di sentenza di non luogo a procedere la richiesta di misura cautelare: l'accessorietà dell'incidente cautelare richiede necessariamente un procedimento principale e finché la sentenza di non luogo a procedere è ancora in essere non vi è alcun indagato/imputato.

Conviene a questo punto ripercorrere quanto analizzato dalla dottrina in merito alle concrete situazioni che potrebbero venirsi a creare. I possibili

¹⁷⁶ ORLANDI; *op. cit.*, p. 3297. Per un'analisi sui rapporti tra procedimento principale e procedimento incidentale de libertate, BARGIS, *Procedimento de libertate e giudicato cautelare*, in *Gazz. Giur.*, 1998, p. 2 ss. Per una panoramica generale sui provvedimenti cautelari, FERRAIOLI, *Misure cautelari (voce)*, in *Enc. Giur.*, XX; MARZADURI, *Misure cautelari personali (voce)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, 1994.

scenari sono risultati tre: la richiesta cautelare può essere richiesta prima della richiesta di revoca; contestualmente ad essa o successivamente.

Il primo caso, come visto, porta alla declaratoria di inammissibilità della richiesta cautelare¹⁷⁷.

La seconda ipotesi pone il problema relativo alla sufficienza della sola richiesta di revoca per l'ammissibilità della domanda cautelare¹⁷⁸. Ciò non sembra possibile nel caso di elemento da acquisire, per il quale il pubblico ministero abbia richiesto la riapertura delle indagini. Dubbi pone la dottrina nell'ipotesi di elemento già acquisito, in quanto tra la valutazione di ammissibilità e l'udienza in camera di consiglio potrebbe verificarsi la situazione di cui all'art. 274 c.p.p.¹⁷⁹.

Comunque tale soluzione per quanto interessante non può darsi per accolta in quanto contro di essa depongono le stesse disposizioni codicistiche; in primo luogo, l'art. 60 c.p.p che disciplina espressamente l'ipotesi di riacquisto dello status di imputato¹⁸⁰. Inoltre, manca

¹⁷⁷ Parte della giurisprudenza si esprimeva, invece, a favore della possibilità di emettere una misura cautelare in assenza di revoca; in tal senso si affermava che: "il p.m. non deve necessariamente richiedere la revoca della sentenza di non luogo a procedere già emessa dal g.i.p. prima della richiesta e dell'emissione di una misura cautelare per il medesimo fatto, quando siano emerse nuove fonti di prova che legittimano il provvedimento restrittivo. I principi regolatori dei due istituti conservano in pieno la rispettiva normativa: mentre la necessità dell'emissione del provvedimento restrittivo dovrà essere valutata in base ai criteri che sono propri di tale misura (gravi indizi di colpevolezza ed esigenze cautelari non diversamente soddisfacibili o presuntivamente soddisfacibili solo con la custodia in carcere nell'ipotesi prevista dal comma 3 dell'art. 275 c.p.p.), la revoca della sentenza potrà essere richiesta, con il rinvio a giudizio o la riapertura delle indagini (art. 435 c.p.p.) quando gli elementi di prova sopravvenuti siano in grado di "determinare il rinvio a giudizio" (art. 434 c.p.p.), solo in tale momento infatti si verificano le condizioni di legge che rendono operante il potere-dovere di natura funzionale consacrato dalla legge", così ex plurimis Cass., Sez. V, 18 febbraio 1997, n.684, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 255. Il contrasto creatosi in giurisprudenza è stato risolto in senso negativo rispetto alla possibilità di emanare una misura cautelare in assenza di revoca da Cass, SS.UU., 23 febbraio 2000, Romeo, *cit.*

¹⁷⁸ In senso affermativo si esprime TIRELLI, *La revoca della sentenza di non luogo a procedere*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1994, p. 108.

¹⁷⁹ DANIELE, *op. cit.*, p. 598.

¹⁸⁰ KOSTORIS, *Revoca, cit.*, p. 288.

nell'ordinamento una norma simile a quella contenuta nell'art. 404, comma 2, c.p.p. 1930 secondo cui prima di ordinare la riapertura dell'istruzione il giudice poteva emettere mandato di cattura tutte le volte in cui il prosciolto si fosse dato o potesse darsi alla fuga¹⁸¹. In tale ipotesi, laddove fosse accolta, la misura, comunque, perderebbe di efficacia se la revoca non fosse concessa¹⁸².

Secondo l'impostazione avallata dalle Sezioni Unite, però, la richiesta cautelare presentata senza previa declaratoria della revoca del non luogo a procedere andrà dichiarata inammissibile, tanto più che, in tale ipotesi, il soggetto nei cui confronti si pretenderebbe di applicare la misura cautelare nei confronti di un soggetto che riveste la posizione di prosciolto ed è fuori discussione che il giudice non possa esaminare nel merito una richiesta cautelare non indirizzata ad un imputato o quanto meno ad un indagato.

La stessa posizione di indagato richiede che vi sia un'iscrizione contro un determinato soggetto nell'apposito registro¹⁸³ e in tema di revoca

¹⁸¹ KOSTORIS, *Riapertura dell'istruzione*, cit., p. 365 s.

¹⁸² DANIELE, *op. ult. cit.* cfr. nota 54.

¹⁸³ In tal senso depone la giurisprudenza che nega la possibilità da parte del Gip di retrodatare il momento dell'iscrizione del nome dell'indagato nel registro ex 335 c.p.p. laddove afferma: "Deve considerarsi abnorme il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari, richiesto della proroga del termine per il compimento delle indagini nei confronti di alcuni indagati, restituisce gli atti al p.m. astenendosi dal provvedere sull'istanza e ordinando la retrodatazione della iscrizione nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p. di altro soggetto, a proposito del quale il titolare dell'azione penale non aveva sollecitato alcuna decisione; tale provvedimento, infatti, si pone in contrasto con il principio generale espresso dall'art. 328 c.p.p., in forza del quale il giudice per le indagini preliminari è tenuto a provvedere sulle richieste delle parti, non essendogli consentito nè di omettere di decidere sulla domanda ritualmente rivoltagli nè, al di fuori della particolare ipotesi di cui all'art. 415 comma 2 c.p.p. (relativa all'ordine di iscrivere a carico di una persona identificata un reato già attribuito ad ignoti dal pubblico ministero), abilita il giudice per le indagini preliminari ad ordinare iscrizioni od annotazioni di sorta, nemmeno sotto la forma della retrodatazione, nel registro delle notizie di reato la cui tenuta formale dipende esclusivamente dalle determinazioni del procuratore della Repubblica presso il cui ufficio il registro medesimo è custodito". In tal senso ex plurimis, Cass., Sez. II, 08 febbraio 1996, n.654 in *Cass. Pen.*, 1997, p. 2517. Sui poteri di controllo del G.i.p., in generale, Cass. SS. UU. n. 22909 del 17 giugno 2005, disponibile su www.cortedicassazione.it.

la norma prevede che, quando revoca la sentenza di non luogo a procedere, il giudice ordina la riapertura delle indagini. In analogia con quanto previsto con l'art. 414 c.p.p. è in questo momento che si deve provvedere a una nuova iscrizione ai sensi dell'art. 335 c.p.p. e che si verifica il riacquisto della qualifica di persona sottoposta alle indagini.

Ecco perchè deve assolutamente ritenersi inammissibile qualsiasi iniziativa cautelare in presenza di una sentenza di non luogo a procedere non revocata.

Da ultimo, in merito alla misura cautelare richiesta successivamente alla revoca della sentenza di non luogo a procedere non si pongono particolari problemi interpretativi rispetto alla sua ammissibilità. Resta solo da precisare ulteriormente che per la sua concessione non si potrà tenere conto di eventuali elementi eventualmente acquisiti in violazione del divieto di indagare, per il medesimo fatto e contro la medesima persona, scaturente dalla sentenza di non luogo a procedere.

III.6 Art. 300, comma 5, e revoca della sentenza di non luogo a procedere

Merita un cenno anche la questione relativa all'interpretazione dell'art. 300, comma 5. Se infatti la sentenza di non luogo a procedere preclude l'applicazione della misura cautelare, il venir meno del provvedimento dovrebbe consentire l'applicazione della stessa. Tale deduzione si scontra però con il dettato della citata norma che interdice l'applicazione di misure coercitive nei confronti dell'imputato prosciolto o nei confronti dei quali sia stata emessa sentenza di non luogo a procedere finché non sia emessa sentenza di non luogo a procedere per lo stesso fatto.

Sul punto non vi è stato per molto tempo univocità di vedute giurisprudenziali e dottrinali; una prima impostazione circoscrive l'ambito

di operatività della norma al caso di riapertura delle indagini a seguito di revoca della sentenza di non luogo a procedere, non invece al giudizio di impugnazione¹⁸⁴.

Orientamento opposto ha ritenuto che la norma trova esclusiva applicazione solo nel caso di riforma della sentenza di non luogo a procedere e non nell'ipotesi di revoca¹⁸⁵.

Si è sviluppato anche un orientamento intermedio: l'art. 300 comma 5 trova applicazione sia in caso di revoca che di riforma della sentenza di non luogo a procedere ma solo se la misura cautelare non sia mai stata applicata in precedenza; la sopravvenienza di una sentenza di condanna sarà necessaria solo nell'ipotesi in cui il prosciolto sia stato scarcerato a seguito della decisione liberatoria¹⁸⁶. Quest'ultima interpretazione appare priva di qualsiasi rilievo sistematico.

In realtà, una interessante ricostruzione legge l'art. 300, comma 5, alla luce del comma 1 del medesimo articolo. Quest'ultimo sancisce l'estinzione automatica di una misura cautelare in seguito all'emissione della sentenza di non luogo a procedere; in questa ipotesi il diritto alla reintegrazione della status libertatis è collegato al venir meno della precedente valutazione di probabile colpevolezza posta a fondamento della misura e non vi è motivo di consentire l'emissione di un nuovo provvedimento cautelare¹⁸⁷.

Da ultimo, si è sostenuto anche che l'art. 300, comma 5, deve essere valutato in relazione all'art. 649 c.p.p. facendo entrambi riferimento, seppure mediante locuzioni diverse, a un medesimo concetto; in base a tale

¹⁸⁴ Cass., sez. I, 4 giugno 1992, in *Mass. Cass. Pen.*, 1992, p. 23.

¹⁸⁵ Cass., sez. VI, 17 marzo 1999, Giglio, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1999, p.383.

¹⁸⁶ Cass. pen., Sez. I, 20 dicembre 1999, n.7266 in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2000, p.162.

¹⁸⁷ Cfr. direttiva n. 63 legge 81/87.

considerazione, a seguito della possibile riproposizione dell'azione penale per il medesimo fatto l'art.300, comma 5, risulterà applicabile sia nell'ipotesi di revoca che di riforma della sentenza di non luogo a procedere¹⁸⁸.

La diatriba, invero abbastanza rilevante se si considera che riguarda la libertà personale, è stata risolta dalle Sezioni Unite che hanno statuito che le condizioni e i limiti di operatività dell'art 300 comma 5 non sono configurabili nel caso in cui sia revocato tale provvedimento giurisdizionale, a prescindere dal fatto che l'imputato sia stato sottoposto o meno a misure cautelari nel corso del procedimento già concluso. Le specifiche condizioni dettate sono "strettamente funzionali alla necessità di garantire lo status libertatis dell'imputato qualora, a seguito di una pronuncia liberatoria, venga meno la valutazione di probabile colpevolezza posta a base dell'ordinanza restrittiva. Tale esigenza sussiste certamente fino a quando non intervenga un provvedimento giurisdizionale di riforma a sancire la fondatezza della prospettiva accusatoria; a diverse conclusioni dovrà invece giungere l'interprete in caso di revoca della sentenza di non luogo a procedere, in quanto tale provvedimento reinstaura nei confronti del prosciolto una nuova ed autonoma fattispecie procedimentale, destinata ai più svariati esiti decisorii"¹⁸⁹.

Sotto il profilo sistematico si può, quindi, rilevare che il meccanismo disciplinato dal comma 5 dell'art 300 non può operare in caso di riforma anche perché in tale ipotesi si ha una rivalutazione dei medesimi elementi. La revoca, di contro, esige "una novità" acquisita o da acquisire che potrebbe condurre a diversi esiti.

¹⁸⁸ CAMPOLI, *La preclusione cautelare nel caso di sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere tra ambito applicativo residuale ex art. 649 c.p.p. e condizioni legittimanti la nuova coercizione*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2000, p. 120.

¹⁸⁹ GARUTI, *op. cit.*, p. 957 ss.

A riprova di tale deduzione valga la considerazione che lo stesso art. 300 c. 5 preclude la possibilità di adottare una misura cautelare per esigenze probatorie.

III. 7 Conclusioni provvisorie

In questa fattispecie si assiste a differenza che nell'archiviazione ad un vera consumazione del potere del pubblico ministero dalla quale scaturisce la preclusione. L'azione penale in quanto diritto potestativo una volta esercitata si consuma e impone al giudice l'onere di pronunciarsi sulla regiudicanda.

La presenza di un ostacolo normativo espresso non lascia dubbi rispetto all'attribuzione di un'efficacia preclusiva alla sentenza di non luogo a procedere.

Il legislatore ha, infatti, previsto un apposito meccanismo di revoca che deve porre nel nulla la precedente valutazione prognostica. In realtà è la stessa regola di giudizio per la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere a legittimare la sua preclusività. La stessa valutazione sull'inidoneità a sostenere l'accusa in giudizio è cristallizzata in una sentenza.

E comunque, come prima osservato, non avrebbe senso prevedere un apposito istituto per la revoca se poi lo stesso potrebbe essere scavalcato da un'iniziativa del p.m. sulla base degli stessi elementi già valutati.

Ma, concludendo "parzialmente", non può che sottolinearsi che è lo stesso principio di completezza delle indagini a richiedere un minimo di stabilità per i provvedimenti che hanno come una base conoscitiva potenzialmente completa.

CAPITOLO IV

SENTENZA NON DEFINITIVA E PRECLUSIONE

IV.1 Ne bis in idem e giudicato

I rapporti tra ne bis in idem e giudicato¹⁹⁰ sono oggetto di approfondita analisi da parte della migliore dottrina sin da tempi risalenti. Non è ovviamente questa la sede per mettere in discussione i risultati, anche divergenti, già raggiunti da illustri Autori anche se una loro rassegna critica può essere utile per meglio comprendere le soluzioni che saranno in seguito prospettate¹⁹¹.

Attenta dottrina ha sul punto individuato nella preclusione da ne bis in idem la manifestazione esclusiva del giudicato penale, il quale sarebbe

¹⁹⁰ Una prima distinzione può farsi tra giudicato formale e giudicato sostanziale. Con il primo termine si intende la decisione non più impugnabile con i mezzi ordinari di impugnazione; il secondo termine fa, invece riferimento, alla questione oggetto della decisione. Per altri autori (Lozzi) invece il giudicato sostanziale sarebbe originato dalle sentenze che contengono un accertamento sul merito della sentenza mentre il giudicato formale riguarderebbe le sentenze processuali.

¹⁹¹ Per completezza va ricordato che secondo parte della dottrina scopo del giudicato non è solo quello soddisfare esigenze di economia processuale o di unità della giurisdizione, ma esso si pone anche quale freno alla pretesa punitiva dello Stato. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1981, p. 97 s. Parla di ne bis in idem come principio del giusto processo penale TROISI, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, p. 719 ss. Parte della dottrina rinviene anche un referente costituzionale del ne bis in idem nel principio di ragionevolezza, in tale senso D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale*, Padova, 2003 p.151; auspica che diverrà un principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto GALANTINI, *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, in *Cass pen.*, 2004, p. 3484. Per approfondimenti sul tema del ne bis in idem internazionale e comunitario: BARBERINI, *Il principio del ne bis in idem internazionale*, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 1794 ss.; PAGLIA, *Il ne bis in idem in ambito internazionale e comunitario*, in *www.foroeuropa.it*; ASTARITA, *Ne bis in idem e archiviazione: tra rimedi sanzionatori e spirito europeo*, in *Riv Dir. Proc.*, 2004. Negli ordinamenti anglosassoni, il principio è componente essenziale dell'idea di fair trial, tanto che al divieto della cd. double jeopardy si collega addirittura la preclusione di un doppio grado del giudizio su impugnazione del pubblico ministero; RIVELLO, *Analisi in tema di bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, 480; MOLINARI, *Sull'applicabilità del principio ne bis in idem nel caso di duplicazione di procedimenti in corso per lo stesso fatto*, in *Foro ambros.* 1999, 333.

contraddistinto unicamente dall'effetto di impedire la celebrazione di un nuovo processo per il medesimo fatto nei confronti dello stesso soggetto.

Siffatta conclusione sarebbe avvalorata dal dato normativo che, prevedendo espressamente l'impedimento di un altro procedimento per lo stesso fatto, finirebbe per affermare che nell'ordinamento processuale penale il giudicato si esplica attraverso il *ne bis in idem*¹⁹².

Il giudicato, in tale ottica sarebbe pertanto indifferente al contenuto della decisione rispetto al prodursi degli effetti¹⁹³. Lo scopo del processo non sarebbe quindi quello di stabilire se vi sia stato o meno un reato, bensì quello di verificare se sussista in capo al giudice il dovere di punire: l'accertamento relativo alla sussistenza o meno della fattispecie criminosa si porrebbe quale presupposto perché il giudice possa rispondere all'interrogativo circa la sussistenza del dovere di punire¹⁹⁴.

¹⁹² DE LUCA, *I limiti*, cit., p. 125. La teoria del "dovere punitivo" identificava come oggetto del processo l'accertamento, per l'appunto, del dovere punitivo da parte dello stato nei confronti di un determinato soggetto. Le successive evoluzioni di tale teoria hanno successivamente portato ad attribuire una duplice valenza al fenomeno del giudicato, da un lato "prodotto indipendentemente dal contenuto della decisione e, dall'altro, posto a garanzia dell'incontrovertibilità del risultato del processo". Se l'accertamento del dovere punitivo forma oggetto non solo del giudizio ma anche del giudicato, sub specie *ne bis in idem*, a questo punto perché possa essere precluso un secondo giudizio è necessaria l'irrevocabilità della sentenza; RUGGERI, *op. cit.*, p. 288 s. Tale teoria aveva subito già sotto la vigenza del precedente codice alcune obiezioni basate sull'analisi dell'idoneità delle pronunce propriamente di rito a passare in giudicato; CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Milano, 1956, p. 149; RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, p. 519 ss.

¹⁹³ Il principio del *ne bis in idem* si porrebbe quale vincolo negativo, di carattere processuale, rivolto in primo luogo, a chi deve iniziare il processo, cioè al magistrato del pubblico ministero, ed in seconda battuta al giudice investito della nuova domanda penale, il quale deve limitarsi a non decidere nel merito, pronunciando sentenza di non doversi procedere. In tal senso TROIANI, *op. cit.*, p. 719 ss.

¹⁹⁴ In dottrina si distingue tra conflitti di giudicati teorici e pratici. Si verterebbe nella prima ipotesi nel caso in cui vi sia un'inconciliabilità logica tra due o più sentenze irrevocabili; viceversa si parla di conflitto pratico nel caso di comandi incompatibili contenuti in due sentenze. In alcune ipotesi il conflitto può essere altresì misto: si pensi all'ipotesi di soggetto condannato da una sentenza e proscioltto da un'altra sempre per il medesimo fatto. Per approfondimenti, LOZZI, *Giudicato (voce) in Enc. Dir.*, V, pp. 913-914.

In quest'ordine di idee l'effetto preclusivo discende da qualsiasi accertamento ed è ricollegabile alla sentenza intesa come fatto giuridico in senso stretto ovvero come presupposto di fatto di effetti che, per il suo tramite, derivano direttamente dalla legge¹⁹⁵.

Da questa impostazione conseguirebbe che “il giudicato non produce alcuna efficacia ultra partes, che esso è deputato a risolvere i conflitti pratici e non i conflitti teorici e che anche la sentenza processuale di non doversi procedere per difetto di una condizione di procedibilità è assistita dal ne bis in idem”.

Nel vigore del precedente codice, parte della dottrina, escluso che un effetto vincolante potesse sorgere in base all'art. 90 c.p.p. 1930, escludeva che ciò potesse verificarsi anche ad opera dell'art. 18 c.p.p. 1930¹⁹⁶. Infatti, il problema che si poneva riguardava la possibilità che il giudice del processo dipendente fosse vincolato all'accertamento contenuto nel primo giudizio. Contro una simile possibilità, partendo dall'affermazione che nel processo si accertano non fattispecie ma effetti giuridici, si è affermato che può parlarsi di rapporto di pregiudizialità in se ed in quanto un effetto giuridico integra l'elemento costitutivo di una determinata fattispecie. Per l'applicazione dell'art. 18 c.p.p. 1930 parte della dottrina giungeva addirittura a ritenere sufficiente “un rapporto di necessaria precedenza logica fondata sulla connessione” delle prove tra il procedimento pregiudicato e il procedimento pregiudiziale: di conseguenza, l'art 18 c.p.p. non veniva considerato come riferito all'ipotesi di pregiudizialità sostanziale come sopra descritta, né veniva messo in relazione con l'ipotesi

¹⁹⁵ TROIANI, *op.cit.*, con particolare riferimento alle note 39 e 40.

¹⁹⁶ Di contro, tra i fautori della teoria dell'efficacia ultra partes del giudicato penale va ricordato Art. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, in *Opere Giuridiche*, Roma, II, p. 207 ss. Tra gli altri possono ricordarsi FOSCHINI, *La pregiudizialità nel processo penale*, Milano, 1942, p. 373; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, Torino, 1972, p. 584; VANNINI – COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1986, p. 518.

di presupposizione tra fattispecie criminose aventi in comune un elemento costitutivo, posto che essa si applicava anche in ipotesi di dipendenza di un “fatto materiale logicamente dipendente da un altro fatto materiale”¹⁹⁷.

Tale dottrina proseguiva affermando che, pur se oggetto della pregiudiziale può essere l’esistenza di qualsiasi fatto storico, è pur sempre necessaria una disposizione in tal senso¹⁹⁸.

Un significato simile non veniva rinvenuto nella lettera della norma né veniva ritenuto come derivante dalla circostanza che il processo venisse sospeso sino alla chiusura, con sentenza passata in giudicato, del processo pregiudicato in quanto la ratio della norma risiedeva nell’intento di “porre il giudice in grado di decidere nel migliore dei modi e cioè tenendo presenti tutti i dati della situazione, ivi incluso il responso sulla questione pregiudiziale, dal quale potrebbero emergere utili suggerimenti” in quanto una cosa è estendere l’ambito cognitivo altro è vincolare il giudice ad un precedente.

Dall’art. 18 c.p.p. 1930 pertanto parte della dottrina non desumeva alcuna efficacia vincolante delle sentenze irrevocabili di merito per quanto concerne l’accertamento della fattispecie criminosa. Né si giudicavano rilevanti le argomentazioni concernenti il rilievo che “quando c’è nesso di pregiudizialità, non occorre norma esplicita, perché abbia luogo la riflessione della cosa giudicata, non essendo detta riflessione che la manifestazione singola della generale necessaria attitudine del rapporto

¹⁹⁷ La dottrina soggiungeva anche che, in effetti, l’accertamento pregiudiziale avrebbe potuto avere ad oggetto qualsiasi fatto storico, ma perché fosse consentito riconoscere efficacia vincolante al giudicato relativo a detto accertamento, sarebbe stata indispensabile una disposizione che attribuisse tale efficacia “addirittura alla risoluzione delle questioni di fatto che sorgono nel corso dell’iter decisorio”; cfr. DE LUCA, *I limiti soggettivi del giudicato*, Milano, 1963, p. 206 ss.; LOZZI, (voce) *Preclusioni: Il Diritto Processuale Penale*, in *Enc. Giur.*, p. 4. La tesi che riconduceva la dipendenza di cui sopra alla connessione probatoria di cui all’art 45 c.p.p. 1930 è giudicata estrema da RUGGERI, *op. cit.*, p. 286.

¹⁹⁸ DE LUCA, *op loc. cit.*

pregiudiziale del quale è in funzione e del quale la cosa giudicata è appunto un'oscillazione¹⁹⁹.

Nell'attuale sistema processuale è venuto meno qualsiasi riferimento alla disciplina della pregiudizialità, in compenso è presente una disciplina riguardante il valore della sentenza nell'ambito di altri procedimenti.

Per quel che riguarda le sentenze definitive esiste l'espressa previsione dell'art. 238 bis c.p.p. che prevede che “fermo quanto previsto dall'articolo 236, le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esse accertato e sono valutate a norma degli articoli 187 e 192, comma 3”²⁰⁰. Ma anche l'acquisizione della sentenza divenuta irrevocabile non comporta alcun automatismo valutativo ai fini decisorio delle valutazioni contenute in motivazione²⁰¹. Come correttamente osservato, anche alla luce della norma, il giudice conserva integra

¹⁹⁹ Per LOZZI, *op. ult. cit.*, p. 4: “l'art. 18 non costituisce un'ipotesi vera e propria di pregiudizialità in senso tecnico e, quindi, un principio del genere, se anche sussistesse, non giustificerebbe l'efficacia vincolante dell'accertamento contenuto nel giudicato penale”. L'Autore conclude ritenendo che se l'art. 18 c.p.p. 1930 fosse stato interpretato nel senso della pregiudizialità, lo stesso sarebbe stato certamente giudicato incostituzionale per violazione dell'art. 24 Cost.

²⁰⁰ Sull'interpretazione dell'art. 238 bis c.p.p. è intervenuta, da ultimo, la Corte Costituzionale con sentenza n. 29 del 26 gennaio 2009, che ha dichiarato non fondata la q.l.c. sollevata per violazione dell'art. 111 Cost. (sentenza disponibile sul sito ufficiale della Corte Costituzionale).

²⁰¹ Per quel che riguarda le sentenze non passate in giudicato si sono affacciati tre orientamenti: il primo facendo leva sul dettato dell'art. 234 riteneva che le sentenze non definitive non fossero in grado di attribuire un carattere di certezza a quanto rappresentato e, conseguentemente ne sancivano l'inutilizzabilità; un secondo orientamento, all'opposto, sganciava dal requisito dei riscontri di cui all'art. 238bis c.p.p. l'accertamento contenuto nella sentenza non definitiva, ritendolo pienamente utilizzabile. In tal modo si verrebbe a creare il paradosso che diviene più facile provare un fatto attraverso una sentenza instabile piuttosto che con una sentenza definitiva. Un terzo orientamento, intermedio, ritiene utilizzabile ex art. 234 c.p.p. la sentenza non definitiva pronunciata in altro giudizio ma limitatamente alle vicende processuali in esse rappresentate. Il contrasto, anche giurisprudenziale, è stato risolto dalle SS. UU. con la sentenza n. 33748 del 12 luglio 2005, in *Foro It.*, 2006, II, c. 80. In dottrina, per un breve excursus sull'argomento, AITO, *Concorso esterno in associazione mafiosa ed utilizzabilità di sentenze pronunciate in procedimenti diversi*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, p. 585 ss.

l'autonomia critica e la libertà delle operazioni logiche di accertamento e di formulazione di giudizio a lui istituzionalmente riservate²⁰².

Al riguardo, nota dottrina non ha esitato ad affermare che “il legislatore riconosce incondizionatamente l'efficacia vincolante della sentenza se vuol promuovere un prestigio leviatanico della sentenza penale, sacrificando ogni altro interesse oppure rifiuta ogni vincolo precostituito quando tiene nel debito conto la posta individuale del processo penale”²⁰³.

Deve ribadirsi, comunque, che le soluzioni illustrate sono state oggetto di analisi e chiarimento; infatti esiste pur sempre un rapporto intimo e indissolubile tra fatto accertato e dovere punitivo e si è infatti rilevato che la teoria del dovere punitivo finisce per far divenire il *ne bis in idem* da unico effetto del giudicato a effetto “solo secondario, e che la sentenza valga per esso come mero fatto giuridico”²⁰⁴.

Numerosi dubbi sono emersi anche circa la possibilità di configurare quale effetto unico del giudicato il *ne bis in idem*, così facendo si finirebbe, è stato affermato, per trarre la conclusione che esso scaturisca solo una divenuta irrevocabile la sentenza. Infatti, in tal modo si mitizza il ruolo del

²⁰² Prima dell'introduzione dell'art 238 bis ad opera del D.L. 306/92 (conv. dalla L. 356/92) la giurisprudenza, in base al combinato disposto degli artt. 236 e 234 c.p.p., aveva sottolineato che l'art. 234 c.p.p. fa rientrare nel concetto di documento tutto ciò che è caratterizzato dalla scrittura e, quindi, anche le sentenze. Il requisito della definitività previsto dall'art. 236 c.p.p. solo per la prova della personalità faceva, a contrario, ritenere che per gli altri fini potessero essere utilizzate. In tal senso Cass., sez. VI, 11 giugno 1992, Taurino, in *Foro it.*, 1993, II, 435 ss. La dottrina interpretava tale opzione ermeneutica come un tentativo di travalicare la portata della norma, con un conseguente ampliamento della portata probatoria della sentenza-documento. Sul punto: CALAMANDREI I., *La prova documentale*, Padova, 1995, 126 ss.; CINELLI, *L'efficacia probatoria delle sentenze penali irrevocabili*, in *Giur. It.*, 1997, II, 490 ss.; IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino, 2002, p. 90 ss., KALB, *Il documento nel sistema probatorio*, Torino, 2000, p.172. ss.

²⁰³ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1983, p. 1040.

²⁰⁴ MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, in Enc. Dir., Agg. VI, 2002, p. 917; RUGGERI, *op. cit.*, p. 276.

giudicato e si sminuisce la funzione di garanzia per il cittadino connessa allo stesso²⁰⁵.

In realtà la stessa dottrina ha aumentato il campo degli effetti del giudicato oltre il mero *ne bis in idem*; in primo luogo, si è sostenuto che esso determina il superamento della presunzione di innocenza, dando avvio all'esecuzione²⁰⁶, inoltre, esso ha un'efficacia riflessa anche nei processi civili e amministrativi (artt. 651-654 c.p.p.).

Se ne trae la conseguenza che non essendo il *ne bis in idem* effetto unico del giudicato, esso può scaturire anche da sentenze non divenute irrevocabili.

Un espresso supporto normativo è rinvenuto nella previsione dell'art. 345 c.p.p. che ricollega il nuovo esercizio dell'azione penale al sopravvenire della condizione di procedibilità allorché sia stata pronunciata sentenza di non doversi procedere, anche se non soggetta più a impugnazione²⁰⁷. Ulteriore argomento viene tratto dalla previsione di cui

²⁰⁵ Per un excursus storico sul "mito del giudicato": LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1956, p. 197 ss.; CARNELUTTI, *Contro il giudicato penale*, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1951, p. 293 s. RUGGERI, *op. cit.*, p. 294; BARGI, *L'eccentrica definizione del ne bis in idem nel self-restraint della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2003, p. 434.

²⁰⁶ Sul punto non si riscontra univocità di vedute in quanto per D'ORAZI, *La revisione*, *cit.*, il giudicato penale di condanna è l'unico atto giuridico che consente di superare la presunzione di innocenza, sul piano soggettivo, mentre sul piano oggettivo è l'unica fattispecie in grado di accertare l'esistenza di un reato. Vedi anche MARZADURI, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 232 s. e RUGGERI, *op. cit.*, p. 267.

²⁰⁷ In particolare, taluni ritengono che la decisione che dichiara la mancanza di un presupposto di procedibilità non sarebbe idonea a passare in giudicato; tale affermazione è smentita sul punto dalla rilevazione che il giudicato è caratterizzato dall'indifferenza del contenuto della decisione rispetto al prodursi della sua efficacia. In tale ipotesi, come giustamente fatto notare, è valutare esattamente i limiti di tale giudicato; infatti, il processo iniziato ai sensi dell'art 345 c.p.p. non contraddice affatto l'intangibilità di questo particolare giudicato, basato sul presupposto dell'assenza di una condizione di procedibilità, anzi "proprio la dichiarata necessità dell'avveramento della condizione originariamente mancante affinché si possa promuovere l'azione penale per il medesimo fatto e contro la stessa persona, dimostra come l'ipotesi in questione non esorbiti dall'area applicativa del *ne bis in idem*". Cfr. GAITO, *Procedibilità, Diritto*

all'art. 604, comma 6, c.p.p. in base alla quale l'erronea declaratoria di non doversi procedere può essere valere tramite l'impugnazione²⁰⁸.

Da tali indicazioni si è dedotta la conseguenza che la sentenza di non doversi procedere preclude la possibilità di un secondo processo dal momento in cui è emessa.

L'art. 345 c.p.p. verrebbe, pertanto, a rappresentare una prima dimostrazione di come la disciplina dettata dall'art. 649 comma 1 c.p.p. rappresenti solo una particolare configurazione normativa del divieto del ne bis in idem – collegato all'intervento di una sentenza passata in giudicato – la quale è a sua volta espressione di un principio garantistico volto a tutelare l'individuo dai rischi connessi alla possibilità di una duplicazione a suo carico di processi penali per il medesimo fatto²⁰⁹.

Sarebbe il sistema nel suo complesso ad essere strutturato al fine di evitare il sorgere di possibili conflitti tra statuizioni del giudice e in tal senso militerebbe anche la disciplina di cui all'art 669 c.p.p. e l'intera disciplina dei conflitti attivi di competenza.

IV.2 La litispendenza processualpenalistica

Ma se il sistema sembra essere orientato ad evitare i conflitti tra pronunce, questo non necessariamente implica che esso stesso preveda al suo interno gli strumenti per fronteggiare tutte le possibili “disfunzioni” che potrebbero presentarsi.

processuale penale, in Enc. Dir., 1986, p. 818; RIVELLO, *op. cit.*, p. 520; GIOVENE, *op. cit.*, p. 427; LOZZI, *Giudicato, cit.*, p. 918.

²⁰⁸ RUGGERI, *op. cit.*, p. 292 s., richiama la continuità tra le citate norme e le antecedenti disposizioni contenute negli artt. 17 e 522, comma 4, c.p.p. 1930.

²⁰⁹ RIVELLO, *op. cit.*, p. 520, il vero caso di pseudo giudicato si avrebbe nell'ipotesi di cui all'art. 69 c.2 c.p.p.

La circostanza che possano sussistere nei confronti del medesimo soggetto due procedimenti per il medesimo fatto rientra a pieno titolo nel fenomeno della litispendenza.

Invero, come noto, nel processo penale non esiste una disciplina espressa dell'istituto²¹⁰, definito da taluno “bistrattato”²¹¹. Ciononostante si è giustamente rilevato che questo è un argomento che “a ben vedere, è più importante per il processo penale che per quello civile, a causa dell'irreversibilità delle situazioni relative alla libertà della persona, la quale esige chiarezza di principi atti ad evitare duplicazioni o, peggio, reiterazioni di processi e possibili interferenze di decisioni con riguardo ad un medesimo fatto”²¹².

Non sfugge, che la litispendenza si traduce in una “disfunzione patologica” intollerabile che arreca del resto un grave pregiudizio al cittadino assoggettato, per il medesimo fatto, ad una persecuzione multipla, nonché fonte di indubbe ripercussioni per l'ordine e la funzionalità dei procedimenti, che, come ovvio, non è in alcun modo ammissibile nel nostro ordinamento²¹³.

Proprio quest'ultimo è il punto di partenza delle diverse ricostruzioni teoriche, volte a dare una soluzione a tale problematica.

La situazione di incertezza interpretativa sul punto è, però, alimentata dalla circostanza che, sul piano normativo, il fenomeno della litispendenza è regolato solo *sub specie* di violazione di regole sulla

²¹⁰ In dottrina si è proposto di utilizzare il termine litispendenza solo in caso processi per il medesimo fatto e contro il medesimo soggetto che non siano originati da incompetenza; in tal senso GROSSO, *L'udienza preliminare*, Milano, 1991, p. 129.

²¹¹ FOSCHINI, *La litispendenza nel processo penale*, in *Riv.it. dir. Proc. Pen.*, 1965, p. 19; RUGGERI, *Giudicato penale e accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, p. 303.

²¹² FOSCHINI, *op. ult. cit.*

²¹³ LOZZI, *Preclusione*, cit., p. 4.

competenza. In tali ipotesi sopravviene lo strumento del conflitto di competenza così come disciplinato dall'art. 28 c.p.p.²¹⁴

Come è stato rilevato in dottrina, la principale ragione della mancata considerazione del problema della litispendenza deriva “dalla difficoltà di apprezzare la consistenza appunto... problematica della questione”²¹⁵.

Enormi appaiono, pertanto, le differenze rispetto all'impostazione processual-civilistica che disciplina compiutamente la litispendenza separatamente rispetto alla competenza; nel processo penale emerge, di contro, una preponderante attenzione per le vicende legate a quest'ultimo aspetto.

Certamente una simile attenzione del Codice di procedura penale trova un suo appiglio nella stessa Carta Costituzionale, che prevede, art 25 comma 1 Cost., che nessuno possa essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge²¹⁶.

La circostanza che manchi un'espressa disciplina del fenomeno non può però indurre per ciò solo a ritenere che lo stesso non trovi altra soluzione all'interno del sistema, se non attendere che una delle decisioni

²¹⁴ Non riguardano la competenza le ipotesi in cui il processo penda dinanzi al medesimo ufficio giudiziario, così come non è una questione sulla competenza la controversia relativa all'assegnazione di una causa tra sede centrale e sede distaccata (Cass., sez. I, 12 luglio 1994, Giusti, in *Arch. Nuova. Proc. Pen.*, 1994, p. 820) o relativa alla pendenza dinanzi al tribunale in composizione monocratica e in composizione collegiale.

²¹⁵ FOSCHINI, *La litispendenza, cit.*, p. 19; RUGGERI, *op. cit.*, p. 299.

²¹⁶ Per una ricostruzione completa delle problematiche inerenti alla norma: ROMBOLI, *Giudice naturale (voce)* in *Enc. Dir.*, disponibile sul sito internet della casa editrice Giuffrè. Con riguardo al campo di applicazione dell'art. 25 comma 1 cost. si è posto il problema se la garanzia in esso compresa debba o meno valere anche per gli organi del pubblico ministero.

La dottrina prevalente ha escluso che il pubblico ministero possa essere ricompreso nel concetto di “giudice naturale” - in tal senso ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996, 27 ss., mentre in senso favorevole all'estensione della garanzia, di cui all'art. 25 comma 1 cost., al pubblico ministero si è espresso CONSO, *Relazione introduttiva*, in *Il principio di precostituzione del giudice*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1993, n. 66, 20 ss. Anche la Corte costituzionale, in coerenza con l'interpretazione da questa da sempre sostenuta dei termini “giudice” e “autorità giudiziaria”, ha espressamente escluso che tale garanzia potesse ritenersi estesa al pubblico ministero, C. Cost. 15 marzo 1996, n. 70, in *Giur. cost.*, 1996, p. 659.

passi in giudicato per poi avvalersi della preclusione ex art. 649 c.p.p. Più correttamente, come già detto, il sistema potrebbe anche indurre a tale ultima conclusione, ma un simile risultato deve costituire il punto di arrivo di una riflessione.

Avvicinandosi a tale compito, emerge chiaramente che le ricostruzioni “alternative” proposte sono invero state diverse. Come rimedio a queste situazioni si è invocato, da taluni, il ricorso alla soluzione della riunione di cui all’art. 17 c.p.p.; l’espedito si presenta, però, dal punto di vista squisitamente tecnico come impraticabile.

Due ordini di considerazioni inducono a rigettare la proposta ricostruzione ermeneutica; in primo luogo, milita la circostanza per cui l’utilizzo della riunione potrebbe adottarsi esclusivamente in caso di procedimenti pendenti “nello stesso stato e grado”. In secondo luogo, la norma stessa vedrebbe snaturata la propria funzione; ed infatti non si assisterebbe ad una riunione in senso proprio, difettando il requisito della pluralità di imputazioni per fatti, per l’appunto, connessi, ma si ricorrerebbe ad un “mero espedito formale affinché sulla medesima imputazione si svolga un solo procedimento: un cumulo fittizio con eventuale sovrapposizione di prove relative al medesimo fatto”²¹⁷.

Inoltre, come appare ben delineato dal sistema codicistico, l’attuale impianto normativo non è orientato alla riunione dei procedimenti, avendo ridotto rispetto al precedente codice del 1930 tali ipotesi.

La prassi ha dato vita a ulteriori meccanismi per aggirare gli ostacoli apparentemente posti dal diritto positivo; in tal senso una soluzione che di certo appare assolutamente incompatibile con il vigente assetto normativo, costituzionale ancor prima che codicistico, è quella consistente nel frenare il corso del primo processo in modo tale che il secondo giunga nella

²¹⁷ TROISI, *op. cit.*, p. 719 ss.; inoltre cfr. RUGGERI, *op. cit.*, p. 302 e GROSSO, *op. cit.*, p. 141.

medesima fase o grado, al fine di disporre la riunione, oppure nel sospendere il procedimento successivo sino a quando il primo non si conclude con una sentenza irrevocabile che renda applicabile l'art. 649 c.p.p.; una simile opzione, diffusa nella prassi, si scontra con il dettato dell'art. 3 c.p.p. e 50 c.p.p. nonché con il disposto dell'art. 479 c.p.p. L'eccezionalità delle ipotesi di sospensione, da porsi certamente in relazione con l'afflittività che la sottoposizione all'azione penale ingenera, non consente certo di adottare prassi *praeter legem*, volte per di più a rimediare ad una patologica duplicazione della persecuzione penale²¹⁸.

La carente disciplina positiva ha spinto invece parte della dottrina a rinvenire quale soluzione per la risoluzione di tali conflitti proprio lo strumento dei conflitti di competenza ex art. 28 c.p.p.²¹⁹

Come appare evidente, notevole si presenta la diversità della situazione nel caso in cui le ipotesi di litispendenza siano originate da incompetenza da quelle in cui ci si trovi innanzi alla contemporanea presenza di più processi dinanzi allo stesso ufficio giudiziario o dinanzi a giudici appartenenti alla medesima sede, seppur in gradi diversi.

In tali circostanze si è ritenuto che la disciplina in questione potrebbe ugualmente ricomprendere i casi di litispendenza strictu sensu, che andrebbero risolti attraverso l'utilizzo dei principi di non regressione,

²¹⁸ In tema di sospensione CHIAVARIO, *La sospensione del processo penale*, Milano, 1967, p. 23 ss. secondo cui la tassatività dei casi di sospensione non va intesa in senso nominalistico; da ciò deriva che deve escludersi la possibilità di estensione in via analogica delle norme che prevedano "impedimenti di tal sorta", a qualsiasi titolo. TROISI, *cit.*, cfr. nota 10. Anche la Corte Costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi rispetto all'istituto della sospensione e ha affermato che l'art. 477, comma 2, c.p.p. costituisce "una previsione di carattere generale e residuale, a cui il giudice può ricorrere ogniqualvolta, in mancanza di altra disposizione specifica che preveda la sospensione del dibattimento, ritenga che nella fattispecie concreta ricorrano ragioni di assoluta necessità", in tal senso C. Cost. 28 aprile 1992, n. 203, in *Giur. Cost.*, 1992, p. 1489. Per una ricostruzione del tema dei conflitti di competenza DALIA-DELLA MONICA, *Conflitti di competenza (voce)*, in *Enc. Giur.*, p. 7 ss.

²¹⁹ GROSSO, *cit.*, p. 130 ss., l'autore evidenzia come l'applicazione dei principi di prevenzione e di continenza non possa mai comportare un sacrificio del principio di non regressione.

prevenzione e continenza. A sostegno di tale impostazione si è addotto il tenore letterale dell'art. 28, comma 1, lett. b) c.p.p. il quale prevede l'insorgenza del conflitto nell'ipotesi in cui due o più giudici ordinari prendono cognizione del medesimo fatto attribuito alla medesima persona. Si è sostenuto, infatti, che in caso di procedimenti pendenti in fasi diverse contro lo stesso imputato per lo stesso fatto reato la competenza spetta al giudice del procedimento che si trova nella fase più avanzata e che l'unificazione deve essere realizzata con l'applicazione del criterio della prevenzione. La dottrina, sul punto, ha valorizzato taluni suggerimenti provenienti dalla giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del Codice Rocco, la quale metteva in evidenza la necessità di rispettare i principi di non regressione, di prevenzione e di continenza "agli ultimi dei quali andrebbe riservato uno spazio d'azione tale da non comportare alcun sacrificio del primo"²²⁰.

Peraltro, la sfera di operatività della disciplina dei conflitti di competenza è stata estesa a tal punto da includervi anche la concorrenza dei procedimenti non riconducibili nella categoria della litispendenza, ma in quella della continenza, qualificata dalla circostanza che le questioni oggetto di giudizio sono solo parzialmente identiche in quanto l'una è più ampia e comprende interamente l'altra, dovendo in tale situazione, i procedimenti concentrarsi dinanzi al giudice investito della cognizione del fatto più esteso²²¹.

Il riferimento alle regole sui conflitti di competenza risulta, ovviamente, corretto nel caso di procedimenti pendenti innanzi a sedi giudiziarie diverse, dato che in tali ipotesi si realizza perfettamente il presupposto dell'art. 28 c.p.p. In simili casi, il criterio della di risoluzione

²²⁰ GROSSO, *op. cit.*, p. 129.

²²¹ In tal senso Cass., Sez. I., 20 giugno 1997, Ripa, in *Cass. Pen.*, 1998, 2995; Cass., Sez. I., 10 novembre 1989, Boro, in *Cass. Pen.*, 1991, 270.

della litispendenza deve essere costituito dalle regole poste alla base della disciplina sulla competenza, che devono pur sempre prevalere sui parametri empirici della progressione e della maggiore ampiezza della regiudicanda, il cui impiego può considerarsi consentito a condizione che la concentrazione dei procedimenti si realizzi dinanzi al giudice “precostituito per legge”.

Deve, invece, considerarsi non perseguibile la strada che vede applicabile simile disciplina alle ipotesi di contemporanea pendenza di un procedimento vertente sul medesimo fatto e contro il medesimo soggetto laddove ciò avvenga all'interno della stessa sede giudiziaria sia nel caso in cui i processi pendano nello stesso grado sia in gradi diversi.

Su tale ultima fattispecie, è stata proposta una teoria che inquadra nel genere dell'incompetenza funzionale l'ipotesi in cui i processi pendano in gradi o fasi diverse; a ciò può obiettarsi, però, che “non è di regola configurabile conflitto positivo di competenza fra tribunale e Corte d'appello per l'identità del fatto per il quale entrambi procedono, stante l'autonomia delle reciproche sfere di competenza funzionale”²²²; nel caso di specie ci si colloca, pertanto, al di fuori di tale sfera.

Inoltre, la soluzione proposta presenta un ulteriore inconveniente nella misura in cui lo stesso conflitto non sarebbe proponibile laddove uno dei procedimenti già pendesse innanzi alla Corte di Cassazione; ciò nasce dalla semplice considerazione che la Suprema Corte non può essere al contempo giudice regolatore della competenza e parte del conflitto²²³. A ciò si aggiunga che la giurisprudenza ha, sotto la vigenza del precedente

²²² LOZZI, *Legittimità costituzionale del ne bis in idem*, in *Giur. cost.*, 1976, p.1591. In senso contrario in giurisprudenza Cass., Sez. I, 26 maggio 1999, n.3899, in *InfoUtet*.

²²³ In tal senso Cass. pen., Sez. I, 21 ottobre 1993, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 1267 laddove afferma che: “Non può verificarsi conflitto di competenza fra la Corte di Cassazione, che è istituzionalmente investita del compito di dirimere le controversie in tema di competenza, ed altro giudice, in quanto, essendo sovraordinata agli altri organi giurisdizionali, le sue decisioni in sede di ricorso possono annullare o confermare le decisioni di altri giudici, ma mai porsi in conflitto con gli stessi”. Cfr. RUGGERI, *op. cit.*, p. 301.

Codice, talvolta affermato che anche una volta superata la soglia del secondo grado non è più possibile proporre la via del conflitto in quanto se la sentenza diviene irrevocabile si apre lo scenario del ne bis in idem da giudicato²²⁴.

Una diversa soluzione potrebbe essere raggiunta prendendo in considerazione l'ipotesi del secondo comma dell'art. 28 che disciplina i c.d. conflitti atipici.

E' però abbastanza evidente che, al di là di forzature normative, nella circostanza mancano i presupposti legittimanti il ricorso. In tali ipotesi, infatti, la Corte di Cassazione interviene a regolare ipotesi non tipizzate di contrasti che danno origine ad una stasi del processo non rimuovibile se non attraverso "la determinazione dell'ambito delle attribuzioni in riferimento al compimento di singoli atti"²²⁵.

Sul punto ricorre spesso la definizione che vede applicabile tale rimedio nell'ipotesi in cui tra giudici derivi una condizione di stasi o paralisi dell'attività processuale direttamente ricollegabile al dissenso insorto tra due organi giurisdizionali rispetto all'adozione di provvedimenti necessari allo sviluppo del rapporto processuale.

Anche ad una prima osservazione si coglie che l'ipotesi di pendenza del medesimo giudizio nella medesima sede giudiziaria, anche se in casi diversi, non appare confacente all'ipotesi delineata dalla norma. Infatti, appare evidente che nessuna stasi si determina, anzi vi è un fenomeno opposto: vi sono due procedimenti identici che proseguono autonomamente.

Altro rimedio potrebbe essere considerato del ricorso in cassazione ai sensi degli artt. 620 lettera h) e 621 c.p.p.; tale soluzione dovrebbe essere consentita anche laddove emerga una "contraddizione" con una sentenza

²²⁴ RUGGERI, *op. loc. cit.*

²²⁵ Cass, SS.UU., 28 giugno 2005, *cit.*, in motivazione.

non irrevocabile²²⁶. Tuttavia questa soluzione presenta inconvenienti di non poco spessore.

In primo luogo, è un rimedio “dispendioso” di energie processuali in quanto risulta pur sempre necessario adire la Corte di Cassazione e, in secondo luogo, è necessario che in entrambi i procedimenti sia stata emessa una sentenza. Pertanto appare obbligatorio tollerare un periodo, più o meno lungo di necessaria “doppia persecuzione”.

Come osservato, tutte le ipotesi passate in rassegna non riescono, a meno di evidenti forzature del sistema, a “reggere” il peso argomentativo di una preclusione rispetto alla “doppia persecuzione”.

La chiave di volta dell’analisi risiede nel considerare se anche per la sentenza non definitiva possa parlarsi di efficacia preclusiva. Se a prima vista potrebbe sembrare facile rispondere affermativamente riproponendo le considerazioni fatte per il provvedimento di archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere, le differenze tra le fattispecie inducono a non riprodurre le argomentazioni già prodotte.

Le applicazioni della regola del *ne bis in idem* riferite alla sentenza non definitiva hanno fatto sempre riferimento alla possibilità di considerare l’art 649 c.p.p. quale espressione di un più generale principio che rende incompatibile la duplicazione del processo con la struttura dell’ordinamento²²⁷.

Già nella vigenza del Codice Rocco si era affrontato il problema se la sentenza non definitiva potesse precludere il riesercizio dell’azione penale per il medesimo fatto nei confronti della medesima persona.

²²⁶ E’ questa la ricostruzione che compie RUGGERI, *op. cit.*, p. 304, sulla base di un’analisi tra vecchia e nuova disciplina in materia. Allo stesso si rinvia per ulteriori approfondimenti.

²²⁷ Cass. 10 luglio 1995, Pandolfo in *Cass. Pen.*, 1996, p. 2611

Sul punto si verificava uno scarto netto tra le posizioni della dottrina e della giurisprudenza. Si affermava, infatti, che sentenza irrevocabile e sentenza revocabile si distinguevano per “la sospensione dell’esecuzione e la non definitività della seconda, sempre e solo però, nei limiti dell’impugnazione”; nasceva la conclusione che “una sentenza è in ogni caso una sentenza e tosto che sia resa produce pur sempre effetti preclusivi”²²⁸.

Anche nell’ambito della dottrina favorevole a considerare che l’unico effetto del giudicato fosse il ne bis in idem era sorta una simile sensibilità “nel senso che lo stesso giudice o altri giudici dello stesso grado non possono nuovamente giudicare la stessa persona per il medesimo fatto oggetto della decisione non irrevocabile nella pendenza di un giudizio di impugnazione contro la prima sentenza”²²⁹.

Di contro la giurisprudenza non riteneva, sulla base di un’interpretazione letterale del disposto dell’art. 90 c.p.p. abr., che potesse ritenersi preclusa il riesercizio dell’azione penale fino al passaggio in giudicato della prima sentenza²³⁰.

Su tali coordinate interpretative è stata orientata anche la giurisprudenza di legittimità sviluppatasi nei primi anni di applicazione del nuovo Codice²³¹.

Per quel che riguarda la posizione della Corte Costituzionale, essa ha in passato dato esito negativo alla possibilità di configurare il ne bis in idem

²²⁸ FOSCHINI, *op. cit.*, p. 26

²²⁹ LOZZI, *Preclusioni, cit.*, p. 4.

²³⁰ Ex plurimis Cass., sez I, 7 marzo 1985, Monitoro in *Riv. Pen.*, 1986, p. 200 e Cass. Sez. I, 8 giugno 1982, Chiavolon in *Giust. Pen.*, 1983, III, p. 460.

²³¹ Cass., sez. III., 23 gennaio 1997, Castellano, in *Cass. Pen.* 1998, p. 837; Cass., sez. V, 29 gennaio 1992, Rapezzi, in *Riv. Pen.*, 1992, p. 949; più di recente Cass. Sez. III, 23 febbraio 2005, PM in proc. Massa, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2006, p. 326.

al di fuori del giudicato²³², successivamente ha compiuto uno sforzo esegetico volto a recuperare un'accezione più piena del principio del ne bis in idem, tale da impedire l'eventualità di procedimenti simultanei, invocando il disposto dell'art. 529 c.p.p. (laddove applicabile, ma analoghe considerazioni valgono per l'art. 425 c.p.p. e l'art. 411 c.p.p.) "la cui operatività non è limitata ai casi di difetto delle condizioni di procedibilità espressamente enumerate nel Titolo II del Libro V del Codice di procedura penale, ma può essere ragionevolmente estesa fino a comprendere tutte le ipotesi in cui per quel medesimo fatto l'azione penale non avrebbe potuto essere coltivata in un separato procedimento perché già iniziata in un altro"²³³.

Tale esigenza, come ribadito, nasce dalla volontà di evitare la conseguenza per cui fino al passaggio in giudicato formale della sentenza la doppia persecuzione sia pienamente possibile, con conseguente mortificazione della funzione liberale del giudicato penale.

Le stesse Sezioni Unite della Cassazione hanno adottato una simile prospettiva, fornendo a tale ricostruzione un aggancio costituzionale. Infatti, valutando la portata dell'art. 112 Cost. si è dedotto che l'azione penale è

²³² Il riferimento è a C. Cost. n. 6/76, disponibile su www.giurcost.org, che in motivazione afferma: "Né può dirsi che sia violato il principio di eguaglianza perché, nella sua funzione preclusiva alla reiterazione di un procedimento penale, la norma denunciata non equipara le due situazioni giuridiche, della sentenza divenuta irrevocabile rispetto a quella che tale ancora non sia. Dette situazioni sono profondamente differenziate sul piano giuridico e perciò il diverso trattamento è di per sé giustificato". Tale affermazione rispondeva alla rimessione del giudice a quo che riteneva violato l'art. 3 Cost. "perché la norma denunciata prevedendo la non reiterabilità del procedimento per uno stesso fatto solo per l'imputato condannato o prosciolto con sentenza divenuta irrevocabile, non la esclude anche quando la sentenza non sia ancora passata in giudicato".

²³³ C. cost. ord. 318/2001 e ord. 39/2002 (entrambe rinvenibili sul sito www.giurcost.org), quest'ultima riguardante la situazione di un giudice dell'udienza preliminare chiamato a giudicare nuovamente il medesimo soggetto per il medesimo fatto dopo averne già disposto il rinvio a giudizio che aveva condotto ad una sentenza impugnata. La questione era stata sollevata rispetto all'art 34 c.p.p. in quanto si sosteneva la posizione di incompatibilità del G.u.p.. La Corte ha negato l'esistenza di una qualsiasi incompatibilità ritenendo che il giudice non può essere chiamato a pronunciarsi "bis in idem".

non solo irretrattabile ma anche non reiterabile²³⁴. Tale affermazione appare condivisibile soprattutto se valorizza la chiave personalistica della nostra Carta Costituzionale che nell'art. 2 Cost. e nell'art. 13 Cost. rinviene la bussola interpretativa di tutte le fonti di rango legislativo che possono incidere sulla persona²³⁵.

Anche in questo caso la figura della preclusione - consumazione offre la chiave per risolvere la questione relativa all'applicabilità della regola del ne bis in idem.

Come già sottolineato il principio di preclusione rappresenta il corollario di razionalità e di ordine del processo che allo stesso sono immanenti. Un sistema che lasciasse alla discrezionalità della parte pubblica la possibilità di reiterare l'esercizio dell'azione penale sarebbe, come visto, contraddittorio con le coordinate del giusto processo enucleabili dall'art 111 cost. Infatti, la norma costituzionale, oltre a richiedere che la durata del processo sia ragionevole e che vi sia parità tra le parti, lascia intendere che non sia neppure compatibile una plurima persecuzione dell'imputato per il medesimo fatto.

Inoltre, il disconoscimento di tale principio schiuderebbe la possibilità a prassi anomale ed a condotte qualificabili come abuso del processo²³⁶, perché idonee a vulnerare la regola dell'immediatezza e della concentrazione della formazione della prova in contraddittorio, rendendo

²³⁴ Cass. SS.UU., 28 giugno 2005, n.34665 in *Dir. Pen. e Processo*, 2005, p. 1349; più in generale sull'azione penale LEONE, *Azione penale (voce)*, in *Enc.Dir.*, IV, 1959, p. 851ss.; DOMINIONI, *Azione penale (voce)*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, p. 398 ss.

²³⁵ MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2005, p. 541.

²³⁶ LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, fascicoli n. 4 e n. 5. Per un interessante parallelo con la nozione di abuso del processo in ambito processualcivilistico si veda Cass. SS.UU., 15 novembre 2007, n.23726, in www.cortedicassazione.it.

possibile un uso strumentale del potere dell'azione finalit  inconciliabili con la legalit  e l'ordine processuali²³⁷.

A voler ulteriormente ricondurre a "buon senso" tutto ci , basterebbe affermare che il processo, sia in ambito civile sia, soprattutto, in ambito penale   uno strumento di tutela degli interessi della collettivit  e anche attraverso di esso si contribuisce a mantenere la pace sociale tra i consociati.

Lo strumento logico della preclusione   stato inoltre utilizzato per far risolvere talune altre situazioni nelle quali la mancanza di una specifica disciplina di legge ha reso necessario il ricorso all'interpretazione sistematica²³⁸.

Un ulteriore ordine di considerazioni nasce dalla circostanza che, nell'ipotesi di pronuncia di sentenza non definitiva, rientra nel perimetro della preclusione oltre all'esercizio dell'azione penale anche il potere di ius dicere del giudice dello stesso ufficio investito della cognizione della prima regiudicanda.

Si recupera quindi quella dottrina relativa alla preclusione limitata ad un grado di giudizio, che comporta "il divieto di riproporre una domanda o una questione allo stesso giudice che pronunciato su di essa, ed ha colla pronuncia esaurito il suo ufficio"²³⁹.

²³⁷ Cass. Sez. Unite, 28 giugno 2005, n. 34665, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, p. 1349 laddove, in motivazione afferma che: "lo sdoppiamento del processo ad iniziativa dello stesso ufficio del pubblico ministero non si sottrae alla regola del ne bis in idem per il solo motivo che l'esercizio dell'azione penale   rinnovato per porre riparo a nullit  assolute ed insanabili verificatesi nel primo procedimento".

²³⁸ Ex plurimis Cass. SS. UU., 29 maggio 2002, Manca, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2003, p. 161; Cass., SS.UU., 10 dicembre 1997, Di Battista, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 1607; Cass. SS.UU. 31 luglio 1997, PM in proc. Baldan, in *Foro It.*, 1999, II, c. 263.

²³⁹ TROIANI, *op. cit.*, nota 83.

In tale direzione vengono portate a suffragio della sistematicità del principio di preclusione le valutazioni sulla disciplina legale degli effetti delle decisioni giurisdizionali che per loro natura non possono essere modificati o eliminati dallo stesso giudice che le ha emesse, se non nei casi espressamente previsti dalla legge. Esse infatti possono essere confermate, riformate o modificate esclusivamente dal giudice superiore investito dalla cognizione del processo a seguito dell'attivazione dei rimedi offerti dal sistema delle impugnazioni.

Il carattere di stabilità e di intangibilità della decisione rispetto al giudice dal quale essa proviene rappresenta una regola che trova frequenti applicazioni. Rappresentano espressione di tale principio le pronunce in materia di ammissione al gratuito patrocinio a spese dello Stato le quali sono revocabili dal giudice nei limiti e nei presupposti espressamente previsti e rimuovibile negli altri casi solo attraverso gli strumenti di impugnazione²⁴⁰.

Infatti l'ordinamento preclude autonomamente di riesaminare autonomamente i propri provvedimenti inoltre si è affermato che "il provvedimento adottato in forma di ordinanza, che statuisce su diritti o su determinate situazioni giuridiche con il carattere di definitività proprio della sentenza deve ritenersi irrevocabile se soggetto ad impugnazione con la conseguenza che, dopo la sua emanazione, essendosi esaurito l'esercizio della potestà decisoria, è sottratta, immediatamente o successivamente, all'organo della giurisdizione la possibilità di tornare anche in sede esecutiva sulla presa decisione"²⁴¹.

²⁴⁰ Ex plurimis Corte cost. ord. n. 144/1999 in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, p. 686; Cass., SS.UU., 24 maggio 2004 in *Guida al Diritto*, 2004, f. 38, p. 71; Cass. SS.UU. 19 gennaio 2000, Tuzzolino, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 2967; Cass. SS.UU. 09 marzo 2007, n. 10251 disponibile sul sito www.cortedicassazione.it.

²⁴¹ Cfr. Cass., SS.UU., n. 34665/2005., *cit.*, in motivazione.

Del resto anche la disciplina sulla correzione degli errori materiali sembrerebbe deporre in tal senso. L'ammissibilità del rimedio, infatti, ricorre nei soli casi di errori od omissioni che non determinano nullità, e la cui eliminazione non comporta una modificazione essenziale dell'atto. Tale espressione, dunque, lascia intendere che la legge "autorizza solo gli interventi riparatori imposti dalla necessità di armonizzare l'estrinsecazione formale della decisione con il suo contenuto reale, mentre devono considerarsi senz'altro interdetti gli interventi dello stesso giudice con funzione sostitutiva della decisione che, nella sua organica unità e nelle sue componenti, esce definitivamente dalla sfera giuridica del giudice che l'ha assunta, di conseguenza è inderogabilmente riservato al giudice dell'impugnazione il compito di modificare il contenuto decisorio del provvedimento"²⁴².

Una posizione peculiare nell'ambito dei tentativi della giurisprudenza di utilizzare il principio di preclusione nell'ambito della preclusione lo riveste il giudicato cautelare²⁴³. Esso presenta caratteristiche

²⁴² Cass. SS.UU., 18 maggio 1994, Armati, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 38.

²⁴³ Cass., SS.UU., 17 aprile 1996, n.6 in *Foro It.*, 1996, II, c. 701; Cass., SS.UU., 17 aprile 1996, n.8 in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1996, p. 556; Cass., Sez. Unite, 25/06/1997, n.8 in *Giur. It.*, 1998, c. 2375, nota di RICCI; ma soprattutto Cass SS. UU., 08 luglio 1994, Buffa, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 2928, con nota di POTETTI, laddove afferma: "Il giudice competente a pronunciarsi sulla revoca della misura cautelare non incontra alcuna preclusione - quanto all'accertamento della carenza originaria (oltre che persistente) di indizi o di esigenze cautelari - nella mancata impugnazione dell'ordinanza cautelare nei termini previsti dagli artt. 309 comma 1 e 311 comma 2 c.p.p. Ed invero, una preclusione processuale è suscettibile di formarsi a seguito delle pronunzie emesse, all'esito del procedimento incidentale di impugnazione, dalla Corte suprema ovvero dal tribunale in sede di riesame o di appello, avverso le ordinanze in tema di misure cautelari; ma essa ha una portata più modesta rispetto a quella determinata dalla cosa giudicata, sia perchè è limitata allo stato degli atti, sia perchè non copre anche le questioni deducibili, ma soltanto le questioni dedotte, implicitamente o esplicitamente, nei procedimenti di impugnazione avverso ordinanze in materia di misure cautelari personali, intendendosi queste ultime come le questioni che quantunque non enunciate in modo specifico, integrano il presupposto logico di quelle espressamente dedotte. Ne consegue che le pronunzie in esame - se non impugnabili o, a loro volta, non impugunate - spiegano un'efficacia preclusiva sulle suindicate questioni e che, pertanto, come non è consentita l'adozione di una nuova ordinanza cautelare sulla base degli stessi elementi ritenuti insussistenti o irrilevanti in sede di gravame, allo stesso modo le questioni in discorso restano precluse in sede di adozione di ogni successivo provvedimento relativo alla stessa misura e allo stesso soggetto".

del tutto peculiari quali la limitazione del giudizio allo stato degli atti, invero naturalmente comune con l'efficacia preclusiva anche del provvedimento di archiviazione e della sentenza di non luogo a procedere, ma soprattutto è ritenuto dalla giurisprudenza coprire solo il dedotto e non il deducibile. Al di là della difficoltà di rinvenire una chiara linea di confine tra i due concetti, la formazione presuppone pur sempre un'avvenuta "stabilità" del provvedimento impugnato²⁴⁴.

Molto più simile all'ipotesi oggetto della trattazione è l'ipotesi del pubblico ministero che, mentre sia pendente l'appello avverso l'ordinanza di rigetto della richiesta di una misura cautelare personale, richieda nuovamente la misura nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, allegando elementi probatori "nuovi", preesistenti e sopravvenuti. In tal caso "è preclusa al giudice per le indagini preliminari, in pendenza del procedimento de quo, la potestà di decidere in merito alla medesima domanda cautelare"²⁴⁵. La decisione definitiva, emessa sull'appello instaurato dal pubblico ministero avverso l'ordinanza di rigetto della richiesta di una misura cautelare personale, spiega un'efficacia preclusiva allo "stato degli atti" in ordine alle questioni in fatto o in diritto esplicitamente o implicitamente dedotte - ma non anche a quelle deducibili - in quel giudizio; conseguentemente, le medesime questioni, in difetto di

²⁴⁴ Il giudicato cautelare è istituto di matrice prettamente giurisprudenziale; in dottrina si esprime in termini favorevoli all'istituto PIERRO, *Il giudicato cautelare*, Torino 2000, p. 232 s.; contra LORUSSO, *Una impropria utilizzazione del concetto di giudicato cautelare: il c.d. ne bis in idem cautelare*, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 647; RIVELLO, *Il giudicato cautelare e le interconnessioni tra processo penale comune e processo penale militare*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 2689; RUGGERI, *op.cit.*, p. 245.

²⁴⁵ *Cass. pen., Sez. Unite*, 31 marzo 2004, n.18339, in *Giur. It.*, 2005, 128, con nota di ANSELMINI, *Sull'ammissibilità dei nova nei procedimenti d'appello avverso ordinanze de libertate*. La dottrina prevalente, infatti, salvo voci isolate [CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, p.516; MARZADURI, (voce) *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 56, i quali giungono ad ampliare la cognizione del giudice dell'appello oltre i confini del devolutum, sulla base della ritenuta operatività del principio desumibile dall'art. 299, 1° e 3° comma, c.p.p.], circoscrive i poteri dell'organo in questione nei limiti segnati dai motivi di appello.

nuove acquisizioni probatorie che implicino un mutamento della situazione di fatto sulla quale la decisione era fondata, restano precluse in sede di adozione di un successivo provvedimento cautelare richiesto dal pubblico ministero nei confronti dello stesso soggetto e per lo stesso fatto²⁴⁶.

Sul punto, per quanto appaia indubitabile che i casi descritti costituiscano ipotesi di preclusione, non può certamente omettersi di rilevare che il concetto stesso è molto ampio e contiene al suo interno una pluralità di fenomeni che possono sì essere inquadrati nel concetto di preclusione ma non necessariamente rientrano nella medesima sub specie di cui si tratta a proposito della sentenza non definitiva.

Una ulteriore precisazione al ragionamento delle Sezioni Unite può essere sin da subito avanzata, in linea con quanto fatto da attenta dottrina, relativamente alla circostanza che nessuna aporia nasce nel caso in cui il giudizio deciso prima sia quello iniziato anche prima, in quanto in tale ipotesi il secondo esercizio dell'azione penale è da ritenersi un doppio doppione. Di contro, laddove il giudizio che si conclude prima è quello "azionato" successivamente, il ragionamento proposto non potrebbe sembrare valido²⁴⁷.

In realtà la soluzione al problema si rinvia, anche in questo caso, nel sistema; la sentenza emanata, ancorché non definitiva, contiene in sé una preclusione maggiore dell'azione esercitata. Il principio di non regressione impone quindi che sia il procedimento non ancora giunto a sentenza, anche se azionato precedentemente, ad arrestarsi.

²⁴⁶ Anche in questo caso, come verrà successivamente detto, sarebbe più corretto dire che la preclusione colpisce la parte (P.M, nel caso di specie), mentre è onere del giudice rilevare, sulla base dei "poteri" concessigli dall'ordinamento processuale, la violazione della preclusione.

²⁴⁷ TROISI, *op. cit.*, p. 719.

Se scopo della preclusione è anche quella di evitare il nascere di due giudizi sul medesimo fatto e nei confronti della medesima persona è ovvio che sia l'emanazione del primo giudizio "a guidare", in quanto l'altro procedimento, ancorché iniziato prima, statuirà dopo.

Inoltre sarebbe, come più volte rilevato, irragionevole imporre all'imputato di attendere il giudicato formale prima di porre rimedio alla duplicazione di giudizi; così come sembra irragionevole assicurargli un rimedio solo allorché la litispendenza sia determinata da questioni di competenza e non anche nel caso – indice di una situazione ancor più patologica – in cui i processi pendano dinanzi alla medesima sede giudiziaria.

IV.3 Conclusioni provvisorie

Lo sforzo compiuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza ha avuto il merito di raggiungere l'obiettivo di tutela del cittadino dall'ipotesi di doppia persecuzione. Ma nello sforzo di superare un'impostazione giurisprudenziale radicata le stesse Sezioni Unite hanno voluto provare troppo. Se corretto è il punto di arrivo, sicuramente una via più facile è rinvenibile laddove si intenda prendere la preclusione per quello che è, ovvero sia un vincolo imposto alla parte. In tal senso, infatti, la figura del giudice deve necessariamente essere posta "in secondo piano" rispetto alla parte. E' quest'ultima la destinataria dell'onere, il giudice deve solo valutare il suo (mancato) adempimento e trarne le conseguenze di legge.

Sulla base di questa considerazione possono essere superate anche le obiezioni sulla validità della preclusione solo all'interno dello stesso processo; ebbene tale affermazione che ben poche perplessità può suscitare per il processo civile va riletta, nell'ambito del procedimento/processo penale alla luce delle coordinate costituzionali che ne guidano necessariamente il dipanarsi.

Infatti, una lettura meramente processual-civilistica indurrebbe a ritenere non consunto il potere della parte nell'ambito per l'appunto di un diverso processo, salvi gli effetti previsti dalla disciplina della litispendenza, della continenza, della pregiudizialità o dell'art 337 c.2 c.p.c.

In realtà la nozione di preclusione non può essere che interpretata alla luce delle coordinate costituzionali tra cui gli art. 13, 25 e 111 Cost.

Non è il singolo P.M. nel singolo processo ad essere parte, bensì l'ufficio giudiziario e, conseguentemente, l'organo decisorio presso la medesima sede. Una volta che il potere è stato consumato tutto l'ufficio giudiziario vede preclusa la possibilità di reiterazione della persecuzione penale.

Laddove invece se ne occupasse un diverso ufficio giudiziario nessun problema si porrebbe in quanto opererebbero le regole sulla competenza.

Le indicazioni a favore di questa impostazione, che verranno completate nel capitolo conclusivo, si rinvergono a partire dalla disciplina sull'iscrizione della notizia di reato (art. 335 c.p.p.) e sono chiaramente tracciabili nella disciplina di cui all'art. 297 c.p.p.

Il procedimento/processo è unico all'interno della sede giudiziaria e le stesse duplicazioni, sin dalla fase delle indagini preliminari, sono viste come disfunzione del sistema, che hanno come unico risultato quello di affliggere il soggetto indagato/imputato.

Lo stesso vincolo negativo per il giudice di rivedere le sue precedenti decisioni non può, nel caso della litispendenza penale, essere assunto come derivante da un'autonoma preclusione ma deve essere considerato come effetto che deriva dalla preclusione ad una riedizione dell'azione penale.

L'esercizio dell'azione penale consuma, quindi, il potere della parte pubblica di riesercitarla per il medesimo fatto e contro il medesimo soggetto.

CAPITOLO V

IL PRINCIPIO DI PRECLUSIONE TRA RIFLESSI NAZIONALI E PROIEZIONI ESTERNE

V.1 Riduzione a unità del fenomeno preclusivo

Ridurre a unità il fenomeno della preclusione altro non vuol dire che coglierne gli effetti. In questo caso appare facile porsi sulla scia della dottrina classica che ha giudicato effetto della preclusione l'estinzione di un diritto soggettivo o di una facoltà processuale²⁴⁸.

Sempre sulla scia di consolidata dottrina non può che affermare che “sul terreno delle norme strumentali, il potere e il dovere assumono un significato e un contenuto specifico”. Il potere non è più un poter fare, bensì un poter comandare cioè “limitare la sfera altrui”. Speculare si pone la posizione del dovere, che non assume, quindi, una connotazione in termini di lasciar fare ma si colloca in un ambito di un esser soggetto al comando altrui²⁴⁹.

Dalle regole e dai precetti processuali scaturisce un ordine giuridico processuale, che si traduce nella distribuzione tra i vari “attori” del processo delle rispettive posizioni. Tale rapporto può essere considerato nel suo lato attivo e nel suo lato passivo. Quello passivo “ha un contenuto di soggezione cioè di obbedienza, nel senso che la volontà di un soggetto e la sua

²⁴⁸ Secondo una definizione classica di diritto soggettivo processuale esso può essere inteso quale “potere attribuito alla volontà di una parte per la prevalenza di un interesse”; in tal senso RICCIO, *La preclusione processuale penale*, Milano, 1951, p. 29.

²⁴⁹ In tal senso: “anche la norma processuale strumentale contiene un precetto che è determinazione della condotta da tenere. Questo precetto, indipendentemente dalla eventuale sanzione ad esso specifica è giuridico in quanto collegato con il precetto sanzionatorio del quale governa la formazione e l’attuazione”.

manifestazione sia protetta dal diritto, in modo che altri soggetti nulla possono in contrario ma devono accettarlo²⁵⁰.

Il lato attivo, secondo una parte della dottrina, si sdoppia e diventa diritto soggettivo o potestativo.

Il giudice, che non è parte ma soggetto del processo, vede la preclusione produrre conseguenze solo di riverbero; egli deve infatti constatarne l'esistenza e determinarne gli effetti in relazione all'atto, che pur precluso, viene eseguito.

La preclusione può, pertanto, essere rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, per fissare le conseguenze relative allo svolgimento del rapporto processuale; proprio come per i presupposti processuali e le condizioni di procedibilità. Egli si avvarrà degli strumenti che l'ordinamento concede per la declaratoria del non doversi procedere, senza che ciò, si rammenti, possa portare all'assimilazione della preclusione a una condizione di procedibilità.

Ma la questione di maggior interesse si concentra attorno alla figura del pubblico ministero e, ovviamente, sull'esercizio dell'azione penale da parte dello stesso.

Come accennato nei capitoli precedenti discussa è la natura giuridica dell'azione penale; il campo è stato conteso da tre teorie, per alcuni è un

²⁵⁰ RICCIO, *op. cit.*, p. 29 ss.

diritto potestativo²⁵¹, per altri un diritto soggettivo²⁵² e, infine, non manca chi propone una teoria mista²⁵³.

Sul punto, senza voler rivangare una questione che sin troppo è stata analizzata in dottrina, in questa sede si vuole aderire alla teoria mista in base alla quale l'azione si configura nei confronti del giudice in funzione della richiesta di decisione sulla notitia criminis, mentre nei confronti dell'imputato si configura in funzione di una situazione particolare che non corrisponde a quella dell'obbligo ma è molto vicina a quella della soggezione, in quanto l'imputato nulla può fare per rimuovere da sé l'effetto giuridico prodotto dall'azione, la quale nei suoi confronti vale a porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge penale.

L'azione penale in sostanza investe l'organo della giurisdizione che per effetto di essa è tenuto ad emettere la decisione e investe altresì l'imputato che è soggetto all'effetto prodotto dall'esercizio dell'azione penale e, cioè, allo svolgimento del processo e all'applicazione della legge penale.

In realtà, al di là della natura giuridica dell'azione penale la dottrina che in passato ha meglio analizzato il fenomeno è giunta a concludere che, essendo l'esercizio dell'azione penale oltre che un diritto potestativo anche un potere dovere, la stessa non sarebbe soggetta a preclusione.

L'affermazione va corretta; è ben vero che l'esercizio dell'azione penale è obbligatorio e che ciò è sancito da una norma di rango

²⁵¹ RICCIO, *op. cit.*, p. 32 che ritiene che la natura non può che essere unica e “in tanto la si può ritenere diritto potestativo in quanto la si riguarda come un potere ideale, creato e concesso dalla legge, consistente in una manifestazione di volontà, che non si dirige specificamente verso l'obbligato, ma si esaurisce nella produzione di un effetto giuridico”.

²⁵² Accolgono tale ricostruzione, tra gli altri, DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1955, p. 24; SABATINI Gu., *Principi di diritto processuale penale*, Catania, 1948, p. 301.

²⁵³ In tal senso si esprime LEONE, (*voce*) *Azione penale*, in *Enc.Dir.*, IV, 1959, p. 854.

costituzionale (art. 112 Cost.) ma tale affermazione si riferisce a un primo esercizio dell'azione penale.

Nei casi innanzi analizzati ci si trovava in situazioni nelle quali o è stata, seguendo i percorsi tracciati dal Codice, scelta la via dell'azione oppure l'azione penale è stata già esercitata con una conseguente decisione da parte del giudice (sia a livello di udienza preliminare che a livello di sentenza di merito).

In tali circostanze, esistono tutta un'altra serie di principi e valori costituzionali che impongono la scelta di considerare non possibile un riesercizio (o un esercizio, nel caso di archiviazione) dell'azione penale al di là delle ipotesi previste.

Emerge in primo luogo la tutela della libertà personale, si pensi soltanto alla possibilità di disporre misure cautelari nei confronti del soggetto prosciolto. La compressione di una simile situazione appare assolutamente evidente se si fa riferimento alla possibilità di doppia persecuzione. Né, tanto meno, si può omettere di rilevare che una libertà di reiterazione dell'azione penale vanificherebbe anche la difesa del soggetto che non avrebbe alcuna opportunità di reagire alla scelta extra-ordinem del pubblico ministero.

Ancora più rilevante appare un riferimento all'art 111 Cost. laddove come giustamente affermato “il principio, espresso dal tradizionale brocardo “bis de eadem re ne sit actio”, rappresenta il corollario dei connotati di razionalità e di ordine del processo alla cui tutela è preordinata l'indicata preclusione-consumazione, chiaro essendo che un sistema processuale che lasciasse alla discrezionalità dello stesso organo della pubblica accusa la possibilità di reiterare l'esercizio dell'azione penale contro la stessa persona per il medesimo fatto si muoverebbe lungo linee assolutamente contraddittorie e dissonanti, asimmetriche rispetto al

principio di legalità e non compatibili con i caratteri salienti del “giusto processo” prefigurato dall’art. 111 della Costituzione. Questo difatti, nella sua impronta tipicamente accusatoria, richiede non solo la rispondenza alle regole della ragionevole durata del processo e della parità delle parti, ma sottende altresì, in armonia con le principali fonti normative internazionali sopra richiamate, il diritto dell’imputato a non essere perseguito più di una volta per l’identico fatto. E’ evidente, inoltre, che un sistema che non riconoscesse al divieto del bis in idem il carattere di principio generale dell’ordinamento potrebbe dischiudere la via a prassi anomale ed a condotte qualificabili come vero e proprio “abuso del processo”, perché idonee a vulnerare la regola dell’immediatezza e della concentrazione della formazione della prova in contraddittorio, rendendo possibile un uso strumentale del potere di azione per finalità inconciliabili con la legalità e l’ordine processuali”²⁵⁴.

Ciò detto, deve chiarirsi che l’esistenza del principio di preclusione, per quanto esso possa essere immanente al nostro sistema processuale, è pur sempre un dato che va storicizzato. Con ciò si vuol dire che se in un nuovo Codice venissero meno gli istituti della riapertura delle indagini e della revoca della sentenza di non luogo a procedere, ciò starebbe a significare che non vi sono ostacoli ad una reiterazione dell’attività del p.m.

Ritornando alla figura del pubblico ministero, esso è parte del processo e anche nel richiedere al giudice di non esercitare l’azione esso assume tale posizione. E proprio in quanto parte esso soggiace alla preclusione.

Una piccola differenziazione va, però, fatta tra la preclusione che “colpisce” il p.m in caso di azione penale riesercitata e in caso di preclusione derivante da archiviazione.

²⁵⁴ SS.UU., 28/06/2005, n. 34655, in motivazione, disponibile su InfoUtet.

Nel primo caso il fenomeno è inquadrabile nella consunzione, in quanto il p.m. ha già una volta validamente esercitato la facoltà; nel caso di archiviazione non preceduta dalla richiesta di riapertura delle indagini si verte, invece, in un caso di preclusione derivante dall'aver compiuto un'attività incompatibile con l'esercizio della facoltà. Ma ciò non toglie che sempre di preclusione si tratti.

Per quel che riguarda la possibile applicazione di misure cautelari al soggetto che, a seguito di archiviazione o di proscioglimento, non risulti più rivestire la qualità di indagato o imputato, basta segnalare che lo stesso art. 13 Cost. introduce una riserva di legge rinforzata in materia.

E non si vede come sia possibile nel caso di specie ritenere integrato il requisito della riserva di legge se, pur richiesto dalla normativa codicistica in materia, formalmente nessun soggetto al momento dell'emissione della misura nessun soggetto riveste la qualifica di indagato o imputato.

Da ultimo, sempre sul versante della preclusione, va risolto il problema dell'efficacia spaziale della stessa. Ovviamente, non esiste nel caso di specie una norma che disciplini gli effetti della preclusione; a differenza del giudicato, quindi questi vanno ricavati in via interpretativa.

Assodata, pertanto, la natura di parte del pubblico ministero (o meglio dell'ufficio del pubblico ministero), è proprio quest'ultimo verso il quale si indirizzano gli effetti della preclusione senza che gli stessi possano territorialmente fuoriuscire.

Per quel che riguarda la circostanza che la preclusione esca dal singolo procedimento/processo per essere riferita all'intero ufficio giudiziario territorialmente competente, non può che ribadirsi che ciò è connesso alla struttura stessa del vigente sistema processuale.

Non esiste infatti nel Codice di procedura penale una norma sulla litispendenza né tantomeno una norma simile all'art. 337 c.p.c.; posto che la disciplina sulla competenza in questi casi non può operare, la soglia di tutela generata dalla preclusione deve arrivare a “proteggere” il soggetto fino alla concorrenza dell'ulteriore garanzia della competenza territoriale.

V.II Possibili proiezioni esterne del principio di preclusione

L'attribuzione di un'efficacia preclusiva al provvedimento di archiviazione e alla sentenza di non luogo a procedere solleva questioni interpretative anche esternamente rispetto al nostro sistema.

Il caso più interessante riguarda certamente l'art. 54 CAAS; infatti, quasi tutti gli ordinamenti - sia di common law sia di civil law - riconoscono l'operatività del *ne bis in idem* in ambito interno²⁵⁵; il giudicato straniero non gode della stessa efficacia preclusiva.

Un simile effetto nasce dalla considerazione che ciascun ordinamento giuridico è autonomo ed indipendente rispetto agli altri; corollario di tale situazione è che non vi è necessità di mantenere la coerenza interna dell'ordinamento e, quindi, di evitare un contrasto tra giudicati²⁵⁶.

Tuttavia vi sono numerose convenzioni che prevedono espressamente l'applicazione del principio del *ne bis in idem* anche al di

²⁵⁵ Sul punto, tra i tanti (oltre alla bibliografia già citata in proposito): FABBRICATORE, *Il ne bis in idem e la Corte di giustizia: ancora un chiarimento sulla nozione di “sentenza definitiva”*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, p. 1171; GALANTINI, *Evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2005, p. 1567; MANGIARACINA, *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello spazio giudiziario europeo*, in *Legislazione penale*, 2006, p. 631 ss.

²⁵⁶ Come si è già avuto modo di segnalare, il principio del *ne bis in idem* internazionale non è considerato un principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto. In questo senso si è espressa la Corte cost. 18 aprile 1967, n. 48, in *Giur. cost.*, 1967, 301 ss., con nota di CHIAVARIO, *La compatibilità del “ne bis in idem” previsto dall'art. 11 comma primo c.p. con il diritto internazionale generalmente riconosciuto* ed, altresì, nella sentenza Corte cost. 8 aprile 1976, n. 69, in *Foro it.* 1976, I, 1451.

fuori dei confini territoriali. In particolare, per quanto riguarda l'area europea, l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, stabilisce che una persona giudicata con sentenza definitiva in uno Stato aderente alla citata convenzione non può essere sottoposta a procedimento penale, per i medesimi fatti, in un altro Paese contraente²⁵⁷.

Da ciò deriva che, nell'area Schengen, una sentenza definitiva pronunciata dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro produce un effetto preclusivo analogo a quello della sentenza emessa da un giudice nazionale.

Tale riconoscimento costituisce un importante passo per lo costruzione di uno spazio giudiziario europeo e rappresenta altresì una garanzia per la libera circolazione delle persone.

Ma l'art. 54 della Convenzione di Shenghen pone anche seri problemi all'interprete; in primo luogo, non indica esattamente quale significato si debba attribuire a nozioni quali "identità del fatto"²⁵⁸, ovvero "sentenza definitiva"²⁵⁹.

²⁵⁷ L'art. 54 CAAS stabilisce che: "una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge della Parte contraente di condanna, non possa più essere eseguita".

²⁵⁸ La stessa nozione di "identità del fatto" presenta problemi interpretativi. La questione riguarda la circostanza se tale concetto debba essere inteso in senso materiale o in senso giuridico; l'art. 54 della Convenzione di Shenghen, nelle diverse traduzioni ufficiali, consente di ritenere legittime entrambe queste interpretazioni.

²⁵⁹ CGCE, Sez. II, 11 dicembre 2008, C-297/07 ha statuito che: "Una sentenza di condanna in contumacia, che nell'ordinamento dello Stato Ue che ha reso la decisione, può determinare la celebrazione di un nuovo processo se il condannato ricompare, impone, in ogni caso, alle autorità giurisdizionali di un altro Stato parte all'accordo di Schengen di applicare il principio del ne bis in idem. La mancata esecuzione della pena a opera delle autorità dello Stato che si è pronunciato per primo, non modificano il divieto di processare di nuovo una persona già condannata. Le norme processuali interne non incidono sulla nozione di sentenza definitiva dalla quale deriva, ai sensi della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, l'impossibilità di celebrare un nuovo processo per i medesimi fatti nei confronti della stessa persona negli Stati membri" (disponibile su *Guida al Diritto*, n. 2 del 10 gennaio 2009, p. 98 ss., con nota di CASTELLANETA)

Questi concetti sono essenziali per definire concretamente l'ambito applicativo della norma ma sono, pur tuttavia, suscettibili di essere interpretati in maniera diversa all'interno dei diversi orientamenti (di provenienza e di ricezione della sentenza).

L'interpretazione di tali nozioni spetta pertanto alla Corte di Giustizia, che ha chiarito che l'art. 54 della Convenzione di Shenghen non può trovare applicazione “allorché le autorità giudiziarie di uno Stato membro dichiarino chiusa la causa dopo che il Pubblico Ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per i medesimi fatti, senza alcuna valutazione nel merito”²⁶⁰.

Questo significa che l'effetto preclusivo del giudicato straniero, a prescindere da ogni eventuale diversa qualificazione degli ordinamenti interni, si verifica solo quando vi sia stata una valutazione effettiva sulla penale responsabilità dell'imputato.

Sulla base delle indicazioni fornite dai giudici di Lussemburgo possiamo ritenere che la nozione di “sentenza definitiva” di cui all'art. 54 della Convenzione di Shenghen comprende i provvedimenti che chiudono un procedimento penale, con accertamento nel merito in ordine alla responsabilità dell'imputato²⁶¹. A tali provvedimenti devono equipararsi le

²⁶⁰ CGCE, Sez. V, 10 marzo 2005, C-469/03, Miraglia disponibile sul sito della Corte di Giustizia. Il caso di specie era il seguente: nel 2001 le autorità italiane e quelle olandesi hanno avviato un'indagine nei confronti di un cittadino italiano, accusato di traffico internazionale di sostanze stupefacenti. In seguito a tali fatti il tribunale di Bologna ha disposto il rinvio a giudizio del predetto imputato. In conseguenza di questo provvedimento la procura di Amsterdam ha archiviato il procedimento penale nei confronti del soggetto, appunto perché - per i medesimi fatti - era già stata intrapresa in Italia un'azione penale. Successivamente, le autorità italiane hanno presentato all'Olanda una richiesta di assistenza giudiziaria, che è stata respinta sulla base dell'art. 552 comma 1 c.p.p. olandese, il quale consente di rifiutare una rogatoria, allorché riguardi “un'istruttoria concernente fatti relativamente ai quali l'imputato è già stato perseguito nei Paesi Bassi”. La vicenda suesposta rappresenta un'ipotesi esemplare di perversa applicazione dell'istituto.

²⁶¹ CGCE, Sez. V, 10 marzo 2005, *cit.*

decisioni prese a seguito di “mediazione penale”, purché ovviamente presentino il carattere dell'irrevocabilità²⁶².

A tale proposito vale la pena di ricordare che già precedentemente alla pronuncia della Corte di Giustizia la Commissione europea²⁶³ predispose una Comunicazione sul Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale.

Secondo la proposta della Commissione in tale definizione dovevano essere incluse “tutte le decisioni adottate in un procedimento penale che non sono più impugnabili tramite un mezzo ordinario di ricorso”. Una simile ampia categorizzazione ricomprende anche le decisioni non adottate dai tribunali che comunque soddisfino tali criteri, tra le quali “i risultati di una mediazione tra vittima e autore del reato, oppure i patteggiamenti conclusi fra una persona indagata e i pubblici ministeri” se idonei ad impedire la presentazione di ulteriori accuse per lo stesso atto. Lo stesso paragrafo 33 delle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 15 e 16 ottobre 1999 prevedeva l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento, tanto in materia civile quanto in materia penale, “sia alle sentenze sia alle altre decisioni delle autorità giudiziarie”.

Inoltre, la stessa Decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001 (art. 10) relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI) ha previsto che “ciascuno Stato membro provvede a promuovere la mediazione nell'ambito dei procedimenti penali per i reati che esso ritiene idonei per questo tipo di misura”, soggiungendo inoltre che

²⁶² CGCE 11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, con nota di SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo (I e II)*, in *Dir. Proc. Pen.*, 2003, p. 906 e p. 1040. cfr. inoltre, CONTI-FOGLIA, *Ne bis in idem e transazione penale*, in *Corriere Giuridico*, 2003, p. 520 ss.

²⁶³ 26 luglio 2000 - COM (2000)495 def. Cfr. anche Consiglio europeo di Cardiff del 15/16 giugno 1998; Piano d'azione del 3 dicembre 1998 del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, riunione straordinaria del Consiglio europeo a Tampere del 15 e 16 ottobre 1999.

“ciascuno Stato membro provvede a garantire che eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l'autore del reato nel corso della mediazione nell'ambito dei procedimenti penali vengano presi in considerazione”.

Quanto sopra detto è stato recepito dalla giurisprudenza comunitaria²⁶⁴; infatti, come affermato dalla Corte di Giustizia nel 2003, “il principio del *ne bis in idem* (...) implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di questi ultimi accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse”. Pertanto, “il *ne bis in idem* costituisce una garanzia fondamentale per i cittadini e vincola sia gli Stati membri che l'Unione”.

In tal senso, la Corte ha interpretato estensivamente il divieto di doppio processo in *idem* stabilendo che esso deve avere efficacia anche “nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale che necessitino o meno dell'intervento di un giudice o di pronunce giudiziali”.

Proprio ragionando in tale ottica, devono essere decise “le sorti” del provvedimento di archiviazione o della sentenza di non luogo a procedere, ovvero sia stabilire se cioè esse siano in grado, una volta emesse in Italia, di precludere un'azione intrapresa in un altro Paese aderente.

Le considerazioni esposte nei capitoli precedenti non possono che far propendere per la tesi negativa²⁶⁵, ma con alcuni *caveat*.

²⁶⁴ Si è così superato “quanto sostenuto nel Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali - GU del 15 gennaio 2001, C 12, 10 - in cui il Consiglio, considerando l'ambito operativo dell'art. 54 della CAAS, aveva, in effetti, espresso la necessità di estendere l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni di proscioglimento, nonché a quelle decisioni prese in seguito a mediazione penale”. FOGLIA-CONTI, *op. cit.*, p. 521 ss.

²⁶⁵ Cass., sez. II, n. 7385 del 22 febbraio 2007, in InfoUtet, così recita: “Il principio del “*ne bis in idem*” internazionale, previsto dall'art. 54 della Convenzione applicativa dell'Accordo di

Come si è visto nel classico caso di archiviazione per infondatezza della notizia di reato si ha giudizio prognostico sulla superfluità dello stesso e le indagini possono essere riaperte ex art. 414 c.p.p. in questa ipotesi la preclusione non è assoluta ed, anzi, è territorialmente limitata. Se quindi può indagarsi da parte di un diverso ufficio del pubblico ministero, ferme restando le regole sulla competenza, a maggior ragione non si può ritenere che ciò precluda l'azione esercitata all'estero. Specularmente, il giudice italiano non può ritenere precluso l'esercizio della azione penale in presenza di provvedimenti di altri paesi che presentino caratteristiche simili all'archiviazione²⁶⁶.

Un discorso parzialmente diverso meritano gli altri casi di archiviazione previsti dall'art 411 c.p.p., avuto particolare riguardo alle ipotesi in cui l'archiviazione è stata disposta per estinzione del reato dovuta per esempio ad amnistia. A queste ipotesi va aggiunto il provvedimento emesso dal giudice di pace per la riconosciuta tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000)²⁶⁷.

In questi caso, può ritenersi che la preclusione assurga a valore assoluto e possa quindi paralizzare l'esercizio di un nuovo giudizio.

Discorso analogo può farsi per la sentenza di non luogo a procedere, come acclarato, essa mantiene pur sempre la natura di sentenza processuale

Schengen, può trovare applicazione anche nel caso in cui, sullo stesso fatto e nei confronti dello stesso soggetto, sia stata emessa una pronuncia di archiviazione dell'Autorità giudiziaria estera, a condizione che il soggetto interessato adempia all'onere di dimostrare, mediante la produzione degli atti del giudizio ovvero dei verbali di causa, che con il suddetto provvedimento è stato compiuto un apprezzamento nel merito in ordine all'infondatezza della notizia di reato e che tale apprezzamento ha condotto ad un giudizio definitivo di non colpevolezza, suscettibile di passaggio in cosa giudicata ed avente, quindi, efficacia preclusiva all'instaurazione di un nuovo giudizio sui medesimi fatti".

²⁶⁶ ASTARITA, *Ne bis in idem e archiviazione: tra rimedi sanzionatori e spirito europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1155.

²⁶⁷ SELVAGGI, *Il principio del ne bis in idem in ambito europeo (Unione europea)*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1602; SELVAGGI, *La procedura giudiziaria che estingue l'azione penale elude il nuovo giudizio di un altro Stato europeo*, in *Guida dir.*, 2003, p. 106.

pur a seguito delle modifiche alla disciplina dell'udienza preliminare. Quindi la stessa natura di giudizio prognostico, pur se con una base conoscitiva più ampia rispetto al passato, consente di mutuare le conclusioni sopra esposte.

Vale anche in questo caso la considerazione relativa alla formula di proscioglimento. Quindi, la possibilità di revoca rende ovviamente non definitiva nei termini di cui all'art. 54 CAAS la sentenza di non luogo a procedere, mentre "l'effetto preclusivo è irreversibile, al pari di quello di cui all'art. 649 c.p.p., non potendosi configurare neppure in via ipotetica la sopravvenienza di presupposti per un nuovo esercizio dell'azione penale" nell'ipotesi di sentenza di non luogo a procedere pronunciata in caso, per esempio, di estinzione del reato.

In proposito, non può che citarsi l'iniziativa della Repubblica Greca volta a fornire la definizione di sentenza come la "decisione definitiva pronunciata da un tribunale penale di uno Stato membro a conclusione di un procedimento penale, che può essere una sentenza di condanna o di proscioglimento dell'imputato, o una sentenza che termina definitivamente l'azione penale, conformemente alla legislazione nazionale di ciascuno Stato membro, nonché la mediazione extragiudiziale in materia penale; è considerata definitiva ogni sentenza passata in giudicato ai sensi della legislazione penale"²⁶⁸. Una simile formulazione non introdurrebbe alcuna modifica delle conclusioni già raggiunte, contribuendo, di contro, a eliminare parte delle incertezze interpretative sviluppatesi.

²⁶⁸ Initiative of the Hellenic Republic with a view to adopting a Council Framework decision concerning the application of the "ne bis in idem" principle, (2003/C100/12), in *Official Journal of the European Union*, C 100/24 del 26 aprile del 2003.

In conclusione, non vi è un'efficacia preclusiva, salvo i sopra descritti casi, che può essere esercitata dai provvedimenti di archiviazione o di non luogo a procedere²⁶⁹.

²⁶⁹ Da ultimo, in tal senso, Corte di giustizia delle Comunità europee del 22 dicembre 2008: “Il principio ne bis in idem, sancito dall’art. 54 della convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen, del 14 giugno 1985, tra i governi degli Stati dell’Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all’eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen (Lussemburgo) il 19 giugno 1990, non si applica ad una decisione mediante la quale un’autorità di uno Stato contraente, al termine di un esame nel merito della causa sottoposta, dispone, in una fase precedente all’incriminazione di una persona sospettata di aver commesso un reato, la sospensione del procedimento penale, qualora detta decisione di sospensione, secondo il diritto nazionale di tale Stato, non estingua definitivamente l’azione penale e non costituisca quindi un ostacolo a nuovi procedimenti penali, per gli stessi fatti, in detto Stato” (reperibile sul sito internet della Corte di Cassazione).