UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PROCESSO PENALE E COSTITUZIONE

a cura di
FILIPPO RAFFAELE DINACCI

MVLTA PAVCIS AG GIUFFRÈ EDITORE

NE BIS IN IDEM TRA COSTITUZIONE E FONTI EUROPEE

di *Giuseppe Biscardi* (*)

Justitia est constans et perpetua voluntas
jus suum cuique tribuendi
(GIUSTINIANO, *Istituzioni*, I, 1)

SOMMARIO: 1. Possibile (ri)definizione ed interessi tutelati. – 2. Litispendenza. – 3. Fonti internazionali. – 4. Il *ne bis in idem* tra diritto individuale ed economia processuale. – 5. Il *ne bis in idem* transnazionale. – 6. Valenza costituzionale?

1. *Possibile (ri)definizione ed interessi tutelati.*

Nessuno (1) può essere sottoposto a processo (2) più di una volta per lo stesso fatto (3): questa sembra essere la definizione, al tempo

---

(*) Ricercatore di Procedura penale nell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

(1) Persona fisica o meno, argomentando dall'art. 1 d.lgs. n. 231/2001. Per quanto si voglia controvertere sulla natura della responsabilità da accertare mediante il processo agli enti, e sul livello di compatibilità tra quest'ultimo e le disposizioni codicistiche – art. 34 d.lgs. n. 231/2001 – non si scorge alcuna seria ragione che militi nel senso della non applicabilità, in tale settore, dell'art. 649 c.p.p. Prova sicura, in tal senso, ed a tacer d'altro, è l'esplicita previsione dell'assoggettabilità a revisione dei provvedimenti di condanna degli enti (art. 73 d.lgs. n. 231/2001). Infatti: come potrebbe logicamente conciliarsi la previsione di un rimedio straordinario con la rivedibilità incondizionata delle decisioni "definitive"?

Viceversa, l'applicabilità del *ne bis in idem* nel processo agli enti non può ricavarsi con certezza dall'art. 35 d.lgs. n. 231/2001, secondo cui, come noto, all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato. Anche a voler prescindere dalla circostanza che secondo parte della dottrina – GIARDA, *Aspetti problematici del procedimento di accertamento delle sanzioni amministrative,* in *Cass. pen.*, 2003, suppl. al n.6, p. 115 – tale disposizione si riferisce al complesso delle facoltà e dei diritti difensivi, va rimarcato che nel codice vigente il divieto di *bis in idem* è collocato nel libro X, relativo all'esecuzione, e non, come accadeva nella vigenza del c.p.p. 1930 (art. 90), in quello concernente le parti, e tra queste specificamente l'imputato. La precisazione, come si vedrà *infra,* § 4, non pare del tutto irrilevante ai fini del ragionamento da sviluppare in questa sede.

(2) Per la fase che precede l'esercizio dell'azione penale si veda *infra,* § 2.

stesso più semplice e corretta, del *ne bis in idem*, attualizzata sulla scorta di novità normative (4) e di recenti approdi giurisprudenziali (5).

---

(3) Quanto a quest'ultima nozione, evidentemente decisiva nella fattispecie, è noto il divario interpretativo, ormai radicato ed allo stato insanabile, tra dottrina e giurisprudenza. La prima ravvisa l'identità del fatto nella "condotta, senza interno psichico, individuata dall'oggetto fisico nei reati cosiddetti materiali" (CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, p. 1219; in termini LOZZI, voce *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1968, p. 912). La seconda vi ingloba nesso causale, evento naturalistico e giuridico, circostanze di tempo, luogo e persona (in ultimo, per tutte, v. Cass., Sez. IV, 25 giugno 2008, in *CED Cass.*, n. 240895). Con l'ovvia conseguenza di restringere sensibilmente l'ambito di operatività del *ne bis in idem*. Impossibile, qui, una pur fuggevole disamina degli effetti pratici cui può condurre il citato orientamento giurisprudenziale (in tema, ad esempio, di reato permanente o di reato complesso; sul punto si rinvia a CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1229 ss.). Tuttavia, un breve cenno va dedicato alle questioni che in questa sede (*infra*, § 3) possono destare maggior interesse: ci si riferisce al concorso formale eterogeneo ed al reato progressivo.

A proposito del primo, la giurisprudenza è ferma nel ritenere che l'unica condotta, se integrante più reati, rende riprocessabile il soggetto per ognuno di essi (in ultimo v. Cass., Sez. VI, 9 ottobre 2007, N., in *CED Cass.*, n. 238442); a meno che la prima pronuncia irrevocabile non abbia affermato l'insussistenza del fatto ovvero la mancata commissione dello stesso da parte dell'imputato (Cass., Sez. VI, 24 maggio 2000, Leanza, in *Cass. pen.*, 2003, p.165).

In ordine al reato progressivo, come noto l'art. 649 c.p.p. dispone a chiare lettere l'operatività del *ne bis in idem* anche quando il (medesimo) fatto venga diversamente considerato per il *"grado"*. Ciò nonostante, la giurisprudenza è pacifica nell'affermare la processabilità, per il reato più grave, del soggetto già giudicato per il reato "assorbito" (cfr., per tutte, Cass., Sez. I, 24 gennaio 1995, Sorgato, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1856, in relazione ai delitti di resistenza a pubblico ufficiale e tentato omicidio). Anche in tempi recentissimi, si è affermato (da parte di Cass., Sez. V, 18 novembre 2008, R. e altro, in *CED Cass.*, n. 211887), con riferimento all'appropriazione indebita ed alla bancarotta, che il giudicato sulla prima non preclude il processo sulla seconda (sempre, beninteso, in caso di fatto identico); in quanto il giudizio sul reato più grave "assorbe" quello sul reato minore, ma non è ipotizzabile l'inverso, "in quanto, diversamente, resterebbe impunita l'area di illiceità o antigiuridicità non coperta dalla fattispecie minor..." (Cass., Sez. V, 18 novembre 2008, cit.). Basterà osservare, al riguardo, che nel testo dell'art. 649 c.p.p. non vi è traccia della distinzione tra "reato contenente" e "reato contenuto" (per adoperare la terminologia di Cass., Sez. V, 18 novembre 2008, cit.).

(4) *Supra*, nota 1.

(5) *Infra*, § 2. In proposito, tuttavia, non peregrinamente LEO, *Più garanzie contro i doppi processi*, ne *Il Sole – 24 Ore*, 8 luglio 2005, osserva che il divieto di plurima sottoposizione a processo *in eadem re* non può concettualmente farsi rientrare nel divieto di *bis in idem*. Effettivamente, quest'ultimo ha come diretto e principale destinatario il giudice (art. 649 comma 2 c.p.p.), che, verificata la condizione ostativa al processo, deve obbligatoriamente prosciogliere (ovvero statuire il non luogo a procedere, a seconda della fase in cui tale verifica viene effettuata: cfr. GAITO – RANALDI, *Esecuzione penale*, II ed., Milano, 2005, p. 96). Ora, se l'ambito operativo della preclusione in esame può essere dilatato sino ad includervi i provvedimenti giurisdizionali non definitivi (*infra*, § 2), tale dilatazione non può spingersi sino a ricomprendere nel principio anche fenomeni struttu-

Pressoché incontestatamente, il principio qui in esame viene considerato simbolo, tra i più luminosi, di un avanzato stadio di civiltà giuridica (6). Ciò premesso, e condiviso, in un'ottica più pragmatica non è irragionevole affermare che esso venga prescritto al fine di tutelare, alternativamente o cumulativamente (7), l'interesse pubblico alla certezza e stabilità delle situazioni giuridiche, anche soggettive; il principio di conservazione degli atti e di economia processuale; infine, ma non di meno, il diritto fondamentale dell'individuo a "non essere più volte perseguito per il medesimo fatto" (8).

Vedere nel *ne bis in idem* il presidio, apprestato dal sistema, alla stabilità dei provvedimenti giurisdizionali definitivi (9), non pare del tutto persuasivo. Rischiandosi, altrimenti ed inevitabilmente, confusione concettuale e dogmatica con il giudicato (10), la cui disciplina, specie sotto il profilo dell'irrevocabilità dei provvedimenti del giudice, appare, essa sì, chiaramente preordinata ad assicurare la tutela dell'interesse in esame (11). Viceversa, è corretto inquadrare il *ne bis in idem* nell'ambito delle preclusioni (12): configurandosi esso, essenzialmente, quale principio volto ad inibire, in via generale ed astratta, che sul medesimo fatto e nei confronti della medesima persona possa esercitarsi più di una volta il potere giurisdizionale, in quanto il (primo) giudicato

---

ralmente estranei allo *ius dicere*, quale appunto la riproposizione dell'azione penale per lo stesso fatto e nei confronti dello stesso soggetto, che non sia stata preceduta, nel processo "originario", da un sentenza, per quanto "instabile" *(amplius infra, ibidem)*.

(6) In ultimo v. NEPPI MODONA, *L'innocenza non si ridiscute*, ne *Il Sole – 24 Ore*, 6 gennaio 2009.

(7) Ma in quest'ultimo caso si imporrebbe una gerarchia dei beni protetti; se non altro come parametro cui ancorare le soluzioni interpretative nei casi dubbi (*infra*, § 4).

(8) Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, P.G. in App. Brescia c. Dorigo, in *Dir. e giust.*, 2005, 40, p. 82 ss.

(9) Non solo le sentenze, ma, come noto,anche il decreto di condanna (art. 649 comma 1 c.p.p.).

(10) Esattamente in tal senso Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit.

(11) In ultimo, v. DELLA MONICA, voce *Giudicato*, in *Dig. disc. pen., Agg.* IV, tomo I, Torino, 2008, p. 384.

(12) Sostanzialmente pacifica, sul punto, la più recente dottrina: tra gli altri, cfr. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1219; DELLA MONICA, voce *Giudicato*, cit., p. 386; GAITO – RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 93, nota 81; GALANTINI, *Una nuova dimensione per il* ne bis in idem *internazionale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3481; RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, p. 271. In giurisprudenza si veda ancora Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit.

ha "consumato" (13) tale potere. In sostanza: il *ne bis in idem* costituirebbe effetto (14) del giudicato, senza tuttavia, ed anzi proprio per questo, che i due principi possano ritenersi sovrapponibili (15).

2. *Litispendenza.*

Ma vi è altro argomento – di maggiore attualità – idoneo a smentire l'inquadramento del *ne bis in idem* tra gli strumenti di tutela della certezza delle situazioni giuridiche, perlomeno se si ritiene che ad essa possa pervenirsi solo attraverso il giudicato e gli effetti indotti da quest'ultimo. È infatti ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale (16) volto ad affermare l'operatività del divieto in questione (17) anche quando la (prima) sottoposizione a processo dello stesso soggetto per lo stesso fatto non è ancora giunta a definitivo epilogo – *id est* pro-

---

(13) Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit.

(14) DELLA MONICA, voce *Giudicato,* cit., p. 385, che lo riconnette all'efficacia di giudicato sostanziale della pronuncia definitiva.

(15) L'esattezza di tale conclusione, anche alla luce di quanto sarà osservato *infra,* § 2, non può comunque equivalere a negare, o anche solo a mettere in dubbio, l'intima, seppur non inscindibile (*infra,* § 2), connessione tra i fondamentali principi in argomento. In tema, si vedano le approfondite, sebbene risalenti, considerazioni di DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale,* Milano, 1963, pp. 111, 139, 176, 252.

(16) Cui ha funto da apripista, avendo risolto il relativo contrasto, Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit. In termini, a seguire, Cass., Sez. I, 10 aprile 2008, G., in *CED Cass.,* n. 239849; Cass., Sez. V, 29 gennaio 2007, A.M., in *CED Cass.,* n. 236259, secondo la quale, tuttavia, l'identità del fatto preclusiva del *ne bis in idem* non può essere accertata nel giudizio di legittimità; App. Reggio Calabria, 20 aprile 2006, n. 473, in *Guida dir.,* 2006, 45, p. 65. A precedere, Cass., Sez. VI, 18 novembre 2004, F., in *CED Cass.,* n. 230760; Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2002, Sulsenti, in *Cass. pen.,* 2003, p. 3861.

(17) Considerato principio generale dell'ordinamento, applicabile pertanto anche al di là dei casi tassativamente delineati dall'art. 649 c.p.p., mediante ricorso al procedimento analogico di cui all'art. 12 comma 2 prel. – cfr. MALAVENDA – MELZI D'ERIL, *Chiusura obbligata per il processo – copia,* ne *Il Sole 24 Ore,* 19 ottobre 2005 –, non inibito nel settore delle norme processuali penali secondo Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit.

nuncia irrevocabile (18) – imponendosi, nel processo "duplicato", la declaratoria di cui all'art. 529 comma 1 c.p.p. (19).

---

(18) Persino il solo esercizio dell'azione penale, cui non sia ancora seguita pronuncia giudiziale seppure non definitiva, preclude altro procedimento connotato dagli stessi estremi oggettivi e soggettivi: Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit.; FERRARI, Ne bis in idem, *Mai più processi clone. Ecco la strada per evitare duplicazioni*, in *Dir. e giust.*, 2005, 40, p. 80.

(19) Come già avvertiva, si direbbe antesignanamente, DELL'ANNO, *Nota* a Cass., Sez. V, 19 novembre 2003, Federici, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1608. Tale ultimo profilo merita qualche breve precisazione di dettaglio. Riscontrato il *bis in idem*, i provvedimenti a ciò conseguenti assumeranno veste formale consona alla fase in cui debbono essere emessi. Così, nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero richiederà l'archiviazione (sebbene, va detto, il caso non rientri tra quelli tipizzati dagli artt. 408 e 411 c.p.p.), e il giudice per le indagini preliminari, previo riscontro *de quo*, emetterà il relativo decreto. In udienza preliminare verrà pronunciata sentenza di non luogo a procedere, ai sensi dell'art. 425 comma 1 c.p.p. Nel corso degli atti preliminari al dibattimento si avrà sentenza di non doversi procedere, beninteso se presenti tutte le condizioni di cui all'art. 469 c.p.p. Il paradigmatico art. 529 c.p.p. verrà in rilievo, evidentemente, nel dibattimento. In termini Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit., che peraltro non menziona espressamente il caso del proscioglimento predibattimentale.

È utile ricordare che la tesi dell'applicabilità del *ne bis in idem* a prescindere dal giudicato ha riguardo alla pluralità di procedimenti – v. però *infra* – pendenti presso lo stesso ufficio giudiziario. Nel caso di plurima pendenza in sedi diverse – ovvero anche nella stessa sede, ma davanti a giudici con diversa competenza per materia –, soccorre la disciplina del conflitto proprio di cui all'art. 28 comma 1 c.p.p., anche al fine di assicurare l'ineludibile rispetto dell'art. 25 comma 1 Cost. (Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit., secondo la quale, altresì, il caso della plurima pendenza presso lo stesso ufficio, "nella stessa fase o in fasi differenti, ma anche quando essi si trovino in gradi diversi", non è inquadrabile e risolvibile mediante richiamo della disciplina dei conflitti impropri o analoghi di cui all'art. 28 comma 2 c.p.p., giacché nella fattispecie non è ipotizzabile una stasi delle regiudicande, che sola legittima quest'ultimo rimedio. Cfr. FERRARI, Ne bis in idem, cit., p. 78 s.).

Per quanto concerne le indagini preliminari, per la pluralità di procedimenti, per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona, pendenti presso diverse sedi giudiziarie, potrà trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 54 – *bis* c.p.p. (ASTARITA, voce *Ne bis in idem*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, IV, tomo II, 2008, p. 735 s.). La quale, tuttavia, come noto, postula che un pubblico ministero abbia notizia della pendenza *de qua*. Vero che tale notizia potrebbe essergli fornita dall'indagato; a condizione, peraltro, che quest'ultimo ne sia in possesso.

Tale ultimo profilo torna utile per segnalare che la soluzione giurisprudenziale sinora illustrata non può trovare applicazione, se non in modo altamente perplesso e problematico, nell'ipotesi in cui siano in corso, presso lo stesso ufficio giudiziario, più indagini preliminari ad identico contenuto oggettivo e soggettivo, e nessun procedimento si sia ancora concluso con l'esercizio dell'azione penale (ed infatti Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit., pur non avara di considerazioni articolate e persino suggestive, significativamente tace sul punto). Scontata l'inapplicabilità dell'art. 54 *bis* c.p.p. (v. infatti il comma 1), in tal caso infatti non si verifica né la consumazione del potere – dovere di agire del pubblico ministero (Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit.; FERRARI, Ne bis in idem, cit., p. 79 s.), né, ovviamente e tantomeno, la caducazione

Va da sé che, accedendo alla tesi sin qui illustrata – per inciso, ineccepibile quantomeno nelle conclusioni – alcuno spazio logico – giuridico residua per configurare il *ne bis in idem* in termini di baluardo della stabilità e certezza dei provvedimenti giurisdizionali; appunto perché esso può trovare applicazione anche (molto) prima che questi ultimi abbiano assunto tali connotati, *sub specie* di irrevocabilità delle decisioni, viceversa espressamente pretesa dall'art. 649 c.p.p.

Del resto, l'orientamento giurisprudenziale sinora illustrato si inserisce da ultimo, sebbene con marcata autonomia concettuale e finalistica, in un filone interpretativo da tempo indirizzato ad espandere l'area di operatività del *ne bis in idem*, affrancandolo da una mera funzione strumentale rispetto al (e di rispetto del) giudicato, dimostrandosi definitivamente per tal via la non omologabilità, tecnica e dogmatica, dei due principi. Così è a dire per l'archiviazione, cui la già ricordata (20) sentenza n. 27 del 1995 della Corte costituzionale ha attribuito effetti (limitatamente) preclusivi (21). Lo stesso vale per la sentenza di non luogo a

---

del potere-dovere di *ius dicere* (Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit.). Inoltre, il pubblico ministero, come noto, è obbligato ad esercitare l'azione penale (art. 112 Cost.); potendo pertanto, nella fattispecie, sottrarsi a tale obbligo solo – appunto – riscontrando che ad esso si è già adempiuto, e non ravvisandosi nel caso *de quo* la possibilità di richiedere l'archiviazione, ostandovi la lettera dell'art. 408 comma 1. Ed anzi, nella fattispecie la pronuncia adesiva a tale richiesta potrebbe condurre a conseguenze paradossali. Infatti, e beninteso, il ragionamento qui svolto vale se in uno dei procedimenti non sia stata disposta archiviazione, verificandosi in tal caso l'effetto preclusivo – sebbene condizionato a norma dell'art. 414 comma 1 c.p.p. – individuato da C. cost., 19 gennaio 1995, n. 27, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,1995, p. 1371 ss. E dunque: il pubblico ministero richiede ed ottiene archiviazione adducendo il *bis in idem*; tale provvedimento ha effetto preclusivo nell'altro procedimento (*sic!* A meno che in tal caso non si ritenga possibile la riapertura di cui all'art. 414 c.p.p., intendendo per novità delle investigazioni l'esigenza, se sussistente, di completamento delle stesse. Non senza considerare che tale ultima disposizione è chiaramente congegnata nel senso dell'identità fisica dell'organo indagante nonché dell'unicità dell'iscrizione della notizia di reato, come emerge con chiarezza dal secondo comma dell'art. 414 c.p.p., secondo cui, come noto, in caso di autorizzata riapertura "il pubblico ministero procede a nuova iscrizione della notizia di reato". In termini Cass., Sez. I, 28 aprile 2005, P. m. in c. S., a quanto consta *inedita*, che conseguentemente, e coerentemente, afferma che la preclusione in discorso non opera per il pubblico ministero presso altro ufficio.).

È appena il caso di rilevare, in proposito ed in conclusione, che l'ipotesi ora prospettata rappresenta statisticamente la violazione più frequente del *ne bis in idem*, essendo quest'ultima sovente il frutto di disguidi organizzativi, più che di volontà persecutorie (FERRARI, Ne bis in idem, cit., p. 81).

(20) *Supra*, nota precedente.

(21) In tema si veda la vigorosa critica di CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 435 ss.

procedere, pur a fronte della sua prevista, e del resto fisiologica, revocabilità (artt. 434 ss. c.p.p.), e della non inclusione di essa tra i provvedimenti idonei ad assumere natura irrevocabile (artt. 648 e 650 c.p.p.) (22). A tal proposito, è indubbio che l'asserzione del carattere preclusivo – sebbene condizionato – di tale provvedimento si è considerevolmente rafforzata per effetto delle rilevanti modifiche introdotte dalla l. n. 479/1999, che, come noto, da un lato ha ampliato i casi in cui può non accogliersi la richiesta di rinvio a giudizio; dall'altro ha irrobustito i poteri probatori del giudice dell'udienza preliminare, tanto che può affermarsi che attualmente la differenza tra tale fase e quella del dibattimento non risiede tanto nell'acquisibile, quanto nelle modalità di acquisizione (23). In tale prospettiva, va segnalato che la giurisprudenza (24) ha sottolineato l'irreversibilità della preclusione nel caso in cui il non luogo a procedere sia stato dichiarato per estinzione del reato, essendovi nella fattispecie incompatibilità logica con l'ipotesi di revoca del provvedimento. Non può tacersi, infine, il caso del cosiddetto giudicato cautelare, che ad onta della terminologia usualmente adoperata pare piuttosto contrassegnare un fenomeno tipicamente preclusivo (25), essenzialmente consistente, al netto di approfondimenti teorici qui improponibili, nella non modificabilità della decisione, sebbene interinale, in assenza di nuovi elementi (26).

---

(22) Pure in tal caso si registra la posizione critica di CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1218.

(23) Nel senso del ben più ampio sacrificio, in udienza preliminare, del contraddittorio. In termini ASTARITA, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 742.

(24) Cass., Sez. VI, 8 novembre 1996, Privitera, in *Cass. pen.*, 1998, p. 838.

(25) ASTARITA, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 739; *contra* GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 96 s.

(26) Si veda peraltro Cass., Sez. III, 5 novembre 2008, S. e altro, in *CED Cass.*, n. 241485, nel senso che il *ne bis in idem* non è invocabile laddove tali elementi non siano stati valutati dal giudice, sebbene presenti nel procedimento (*rectius*, tra gli atti fondanti la richiesta) al momento della decisione. Circa la definizione di giudicato cautelare, in ultimo v. Cass., Sez. II, 26 novembre 2008, F. e altro, in *CED Cass.*, n. 222779; Cass., Sez. un., 30 novembre 2006, Di Silvestro, in *Mass. Uff.*, n. 235610.

3. *Fonti internazionali.*

Recentemente (27), ed anche meno recentemente (28), si è individuata nel *ne bis in idem* l'esplicazione del diritto individuale fondamentale a non essere perseguiti più di una volta per lo stesso fatto. Richiamandosi, sul punto, norme pattizie, e segnatamente l'art. 14, comma 7 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (29), nonché l'art. 4, comma 1 del VII Protocollo aggiuntivo (30) alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (31), che in rubrica menziona esplicitamente il "Diritto di non essere giudicato o punito due volte". A tal proposito, va tuttavia subito osservato che tanto l'art. 14, comma 7 Patto, quanto l'art. 4 comma 1 VII Protocollo aggiuntivo CEDU, vietano il *bis in idem* in relazione allo stesso "reato". Pertanto, innegabilmente, le norme pattizie restringono l'area di operatività del principio, in quanto, come noto e come già ricordato (32), l'art. 649 c.p.p. vieta un nuovo processo anche qualora il "*fatto*" venga "diversamente considerato per il titolo" (33). Inoltre, l'art. 4, comma 2 VII Protocollo aggiuntivo CEDU, come noto, consente deroghe al *ne bis in idem* "se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta". Il silenzio, in tale disposizione, sulla direzione da imprimere a dette deroghe legittima queste ultime anche nei confronti delle pronunce assolutorie (34), diversamente da quanto accade nell'ordinamento interno, nel quale, come noto,

---

(27) GALANTINI, *Una nuova dimensione*, cit., p. 3474, cui *adde*, in ultimo, ASTARITA, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 733.

(28) GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 101 ss., sebbene in un'ottica essenzialmente comparatistica.

(29) Reso esecutivo con l. n. 881/1977.

(30) Reso esecutivo con l. n. 98/1990.

(31) Resa esecutiva con l. n. 848/1955. ASTARITA, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 733, ricorda l'azionabilità dei diritti previsti nelle disposizioni pattizie a norma dell'art. 34 Cedu.

(32) *Supra*, nota 3.

(33) *Id est* qualificazione giuridica: Corte eur., 18 luglio 2007, Kretzinger, in *www.curia.europa.eu*. Pur segnalando il problema, tende ad attutirne l'impatto pratico GIUNCHEDI, voce *Fatto*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV Agg., tomo I, Torino, 2008, p. 339, alle cui considerazioni si rinvia.

(34) Come ammette ASTARITA, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 734, nota 3.

la revisione ha ad oggetto i provvedimenti di condanna (art. 629 c.p.p.) (35).

L'inquadramento del *ne bis in idem* tra i diritti fondamentali (36) dell'individuo poggerebbe sulla considerazione dei costi umani e sociali, oltre che economici, che indubbiamente si avrebbero qualora non fosse impedita la risottoponibilità a processo del soggetto per il medesimo fatto. In sostanza, tale argomentazione riecheggia l'idea, senz'altro suggestiva, del processo come pena (37). In tale ottica, l'obiettivo di economia processuale, pure insito nel *ne bis in idem*, assumerebbe un ruolo complementare, se non addirittura ancillare, rispetto alle finalità protettive – *rectius*, all'esplicazione – del diritto fondamentale in discorso (38).

4. *Il* ne bis in idem *tra diritto individuale ed economia processuale.*

Tale interpretazione, si ripete sicuramente suggestiva ed animata da nobili e non controvertibili intenzioni, non pare allo stato del tutto – ed in tutti i casi – convincente. Beninteso: nessuno nega la somma sgradevolezza, per usare un eufemismo, che deriverebbe dalla possibilità di una o più risottoposizioni a processo per il medesimo fatto (39). Né si può, o si vuole, negare il quadro garantista entro il quale il *ne bis in i-*

---

(35) Cui l'art. 629 c.p.p., nel testo risultante dalle modifiche introdotte con l. n. 134/2003, affianca le sentenze emesse a seguito di patteggiamento (cfr. art. 445 comma 1 *bis* secondo periodo c.p.p.).

Per la verità, anche nell'ordinamento italiano esiste da tempo la cosiddetta revisione *contra reum* – così CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1241 – o *in damnum* (NORMANDO, *I rimedi all'ingiusta sentenza*, Torino, 1990, p. 122): art. 10 l. n. 304/1982; art. 8 l. n. 203/1991, di conversione del d.l. n.152/1991; art. 14 *septies* l. n. 81/1992, di conversione del d.l. n. 8/1991, come modificato dall'art. 14 l. n. 45/2001 (*amplius*, in tema, ASTARITA, voce *Revisione*, in *Dig. disc. pen.*,, vol. III Agg., tomo II, Torino, 2005, p. 1361 ss.). Si tratta, tuttavia ed all'evidenza, di ipotesi eccezionali, in quanto circoscritte a figure soggettive e criminose di particolare allarme sociale, in quanto tali non concettualmente equiparabili alla previsione generale di cui all'art. 4 comma 2 VII Protocollo aggiuntivo Cedu.

(36) Civili e politici secondo Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit.

(37) Testualmente ASTARITA, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 735.

(38) In termini, coerentemente, ASTARITA, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 733; più sfumata la posizione di Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit.

(39) Specie se a tale proliferazione dovesse accompagnarsi una pluralità di misure cautelari (ipotesi stigmatizzata da Cass., Sez. VI, 18 novembre 2004, F., cit.).

dem si colloca, essendo quest'ultimo frutto tra i più significativi di un passaggio ormai plurisecolare (40) da sistemi di matrice inquisitoria, nei quali il fine di accertamento della cosiddetta verità materiale spinge alla (perennemente) possibile modificabilità degli epiloghi processuali, a sistemi di impronta accusatoria, in cui l'accertamento giurisdizionale avviene nell'ineludibile rispetto di regole e tempi (41). Pur tuttavia tali considerazioni, si ripete incontestabili, non paiono trasferibili *de plano* all'interno del ragionamento qui sviluppato. Quanto ai costi "umani" sicuramente causati dal *bis in idem*, pur non disconoscendo l'importanza del rilievo, e pur volendo evitare qualsiasi banalizzazione, ne appare problematica l'adattabilità al processo agli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001, in relazione al quale, come visto (42), sembra sicura l'applicabilità dell'art. 649 c.p.p. (43).

Anche l'ancoraggio alla concezione del processo come pena, pur a fronte della profondità dell'argomento – nonché della sua rilevanza in chiave pratica, e persino tecnica sotto determinati aspetti (44) –, non appare nella fattispecie molto saldo sul terreno tecnico e sistematico. Per avere solide basi, infatti, il rilievo dovrebbe presupporre un quadro positivo di operatività incondizionata – ossia, insuscettibile di (quantomeno significative) eccezioni – del *ne bis in idem*. Il che, come a tutti noto, non è. Esistendo nell'ordinamento interno, come già ricordato, il rimedio straordinario (45) della revisione (46); impugnazione atta a scardi-

---

(40) NEPPI MODONA, *L'innocenza*, cit.

(41) CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1219.

(42) *Supra*, nota 1.

(43) Dà per scontata tale soluzione, relativamente ai casi in cui il giudice deve pronunciare sentenza di non doversi procedere a norma dell'art. 67 d.lgs. n. 231/2001, SCALFATI, *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, p. 368. DEAN, Sub *art. 74*, in *La responsabilità degli enti*, a cura di Presutti–Bernasconi–Fiorio, Padova, 2008, p. 584, nonché la *Relazione* al d.lgs. n. 231/2001, anche in *La responsabilità*, cit., p. 67, ritengono applicabile, *in subiecta materia*, l'art. 669 c.p.p. che, come noto, presuppone il *ne bis in idem*, pur consentendo eventuali deroghe a quest'ultimo in applicazione del *favor rei*.

D'altra parte, non proprio a caso l'art. 73 d.lgs. n. 231/2001, pur ammettendo la revisione, esclude che l'esito positivo di quest'ultima possa legittimare la riparazione dell'errore giudiziario (artt. 643-647 c.p.p.). Critico in argomento BELLUTA, Sub *art. 73*, in *La responsabilità*, cit., p. 582.

(44) Cfr. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, particolarmente p. 198 ss.

(45) Ma generale, in quanto suscettibile di attivazione nei confronti di tutti i provvedimenti di condanna o equiparati (art. 629 c.p.p.).

nare non solo il giudicato, ma anche, se non soprattutto, la preclusione qui in esame, parendo indubbio che la richiesta di revisione, se ritenuta ammissibile (art. 634 c.p.p.), conduce inevitabilmente alla celebrazione di altro processo per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona (47).

Potrebbe obiettarsi, al riguardo, che, come già ricordato, la revisione ha ad oggetto i soli provvedimenti di condanna (nonché quelli ad essi equiparati). Pertanto, la deroga al *ne bis in idem* sarebbe consentita solo a tutela del *favor innocentiae* (48), che indubbiamente permea la previsione codicistica del rimedio in argomento. Anche tale obiezione non sarebbe del tutto convincente. In primo luogo, si è già ricordato (49) che oggi l'ordinamento interno prevede anche ipotesi, sebbene settoriali, di riapertura *in peius* del processo (50). Inoltre, e soprattutto: la revisione, quale rimedio esplicativo del *favor innocentiae*, non può incontrare ostacoli di legittimità se bilanciata con la funzione di economia processuale del *ne bis in idem*, essendo quest'ultima, nella fattispecie,

---

(46) Cui come noto ora si affianca, sotto il profilo della straordinarietà, il ricorso di cui all'art. 625 *bis* c.p.p.

(47) Anche se secondo SPANGHER, voce *Revisione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, Torino, 1997, p. 143, poiché l'impugnazione straordinaria in esame è "caratterizzata da un giudizio che si innesta su di un altro giudizio", essa va tenuta nettamente distinta dal *ne bis in idem* e dal suo portato garantistico, in quanto "tendente a precludere un secondo autonomo giudizio". Secondo ASTARITA, voce *Revisione*, cit., p. 1357, il rimedio straordinario *in bonam partem* è l'unica previsione che può legittimare l'abbattimento della *res iudicata*, altrimenti esponendosi "l'imputato ad un insopportabile e reiterato accanimento giudiziario per lo stesso fatto".

(48) *Favor libertatis* per SPANGHER, voce *Revisione*, cit., p. 143. Come noto, la revisione è possibile anche in caso di morte del condannato (art. 644 comma 1 c.p.p.), ed anche se la pena è già stata eseguita o è estinta (art. 629 c.p.p.).

(49) *Supra*, nota 35.

(50) D'altra parte, sia consentito cogliere un filo di paradosso nella tesi che propugna l'inclusione del *ne bis in idem* tra i diritti fondamentali dell'individuo, supportando ciò con previsioni pattizie che, da un lato, ne indeboliscono l'incisività, non precludendo un secondo giudizio sullo stesso fatto, purché diversamente qualificato in senso giuridico; dall'altro, consentono in modo generalizzato, ricorrendo determinate condizioni, la revisione *in damnum* (*supra*, § 3). L'asserito diritto a non essere perseguito più volte per lo stesso fatto, pertanto, conoscerebbe significativi affievolimenti, in quanto sarebbe costretto a cedere il passo non solo al *favor innocentiae*; non solo all'esigenza di contrastare forme particolarmente pericolose e/o efferate di criminalità; ma anche a "...fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni... in grado di inficiare la sentenza intervenuta" (art. 4 comma 2 VII Protocollo aggiuntivo Cedu).

certamente destinata a soccombere (51). Diverso, e più articolato e delicato, il ragionamento, se devono porsi a raffronto il diritto a vedere riconosciuta (in ogni tempo) la propria innocenza (52), e quello a non essere perseguiti più volte per il medesimo fatto. È vero che, con riferimento all'impugnazione straordinaria disciplinata dal codice di rito, si tratterebbe di "persecuzione" *in utilibus*, volta a rimuovere provvedimenti pregiudizievoli per l'interessato. È anche vero, tuttavia che, pur volendo prescindere dall'inevitabile alea circa un epilogo processuale più favorevole (art. 637 c.p.p.), il condannato potrebbe preferire la permanenza dello *status quo* alla prospettiva di un giudizio comunque incerto e costoso sotto ogni profilo (53). In proposito, potrebbe ancora obiettarsi che l'illustrato conflitto tra diritti verrebbe risolto mediante scelta potestativa dell'interessato, libero di inoltrare o meno istanza di

---

(51) Ferma restando l'eccezionalità (SPANGHER, voce *Revisione*, cit., p. 143) del rimedio, esperibile in casi circoscritti (art. 630 c.p.p.). In argomento v., altresì, C. cost., 30 aprile 2008, n. 129, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1506 ss.

(52) Il quale, ad ammetterne la configurabilità, comunque non coinciderebbe, o non coinciderebbe del tutto, con il *favor innocentiae*, che esprime una tendenza sistematica travalicante gli interessi (e i diritti) individuali (*infra*, nota 54).

(53) In ipotesi, la circostanza non può essere esclusa, ad esempio in caso di condanna mite, socialmente non odiosa e pertanto caduta nel dimenticatoio, o ignorata, presso la collettività. Sotto il profilo logico, tale rilievo non può essere scalfito dalla considerazione – esatta – per cui nella prassi il rimedio della revisione viene attivato pressoché esclusivamente al fine di (tentare di) rimuovere condanne comportanti l'applicazione di pene detentive rilevanti sotto il profilo temporale, e perduranti all'atto dell'inoltro della richiesta di cui all'art. 633 c.p.p.

Del resto, l'ordinamento prevede – e non in misura marginale – la possibilità di disporre della propria sorte non solo processuale – come accade nel giudizio abbreviato, art. 438 commi 1 e 4 c.p.p. –, ma anche sanzionatoria. Persino nel caso in cui la sanzione abbia maggiore afflittività rispetto ad altre parimenti comminabili. È noto infatti che il già ricordato art. 669 c.p.p., a fronte di più condanne definitive per lo stesso fatto, autorizza il condannato alla scelta della sanzione da eseguire (comma 2 primo periodo). Solo in caso di mancata opzione provvederà il giudice dell'esecuzione, applicando il consueto criterio del *favor rei* (comma 3). È quindi certificata la possibilità di scegliere un trattamento (generalmente reputato) più afflittivo rispetto ad altri: altrimenti non avrebbe senso la delineata gerarchia tra facoltà del condannato ed obbligo del giudice.

L'art. 669 c.p.p., provvedendo al caso della violazione, riscontrata in sede esecutiva, del *ne bis in idem*, da un lato dimostra ulteriormente la valenza generale di quest'ultimo, al di là della lettera di cui all'art. 649 c.p.p. Dall'altro testimonia la tendenza sistematica, per finalità equitative, alla compressione del valore della stabilità del giudicato, e dei suoi effetti preclusivi (*supra*, § 2). Altro esempio in tal senso è rinvenibile, come noto, – oltre che nel già ricordato art. 625 *bis* c.p.p. – negli artt. 620 lett. *h* e 621 c.p.p.: la Corte di Cassazione, accertata la "doppia" condanna, ordina l'esecuzione di quella meno grave, anche se pronunciata in violazione del *ne bis in idem* (cfr., in senso critico, CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1177 s.).

revisione. Se non fosse che, come noto, il relativo giudizio può essere instaurato anche su iniziativa del pubblico ministero (54). L'ipotizzato contrasto tra diritti, pertanto, verrebbe risolto unilateralmente, senza alcuna considerazione per le volontà individuali.

In definitiva: la tesi che rinviene nel *ne bis in idem*, essenzialmente e principalmente (55), lo strumento di attuazione – *rectius*, esplicazione – di un diritto fondamentale, pur debitamente autorizzata da esplicite previsioni pattizie (56), appare allo stato non facilmente compatibile con la disciplina desumibile dall'ordinamento interno. Ed in grado di condurre ad un'insidiosa confusione concettuale tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale (57).

5. *Il* ne bis in idem *transnazionale.*

Ritenuto, per quanto sinora argomentato, che il *ne bis in idem*, allo stato, continua a rispondere a scopi di economia processuale (58), cui accede, in alcuni casi (59), senza tuttavia soverchiarli, il cosiddetto dirit-

---

(54) Procuratore Generale presso la Corte di Appello nel cui distretto fu pronunciata la sentenza di condanna (art. 632 lett. *b* c.p.p.). Legittimazione, nella fattispecie, tutt'altro che residuale, ma anzi centrale e persino prioritaria, alla luce degli interessi coinvolti (testualmente SPANGHER, voce *Revisione*, cit., p. 134). V., altresì, art. 625 *bis* comma 2 c.p.p.

(55) V. infatti *supra*, § 3.

(56) Sul cui rango si veda *infra*, § 6.

(57) Consistente quest'ultimo, come noto, nel divieto di doppia o plurima punizione per lo stesso fatto (in tema cfr. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1219). Le fonti non interne – art. 14 comma 7 Patto; rubrica dell' art. 4 comma 1 VII Protocollo aggiuntivo Cedu – affiancano, al divieto di nuovo giudizio, il divieto di nuova pena. In proposito, sebbene incidentalmente circa la distinzione tra "giusto processo" e "giusta pena", si vedano le opportune puntualizzazioni di C. Cost., 30 aprile 2008, n. 129, cit.

(58) Il che, sia chiaro, non vuol dire sostenere la neutralità "politica" del principio, indubbiamente di grande fascino non solo giuridico, simbolo tra i più significativi del processo di stampo accusatorio (*supra*, § 2).

Del resto, a conclusioni simili pare giunga CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1223, quando afferma la natura processuale del *ne bis in idem*, motivata "da ovvi calcoli; se ogni affare deciso fosse riesumabile, sarebbe turbato l'equilibrio sociopsichico collettivo". L'ultimo aggettivo sembra rappresentare, obiettivamente, una presa di distanza dalla concezione del *ne bis in idem* quale diritto individuale.

(59) Tralasciando l'ipotesi dell'archiviazione, i cui effetti preclusivi sono troppo limitati e controversi per potersene desumere conclusioni univoche, i casi in cui il diritto *de quo* si manifesta con sufficiente nitore sembrano essere il *bis in idem* tradizionalmente inteso, ossia quello post-

to a non essere più volte perseguiti per lo stesso fatto, non pare che con tale, magari più prosaica, prospettiva contrastino, o dissonino, al di là delle petizioni di principio, orientamenti giurisprudenziali recenti che tendono ad espandere, e talora a travalicare (60), la portata del principio al di là del perimetro in cui lo racchiude l'art. 649 c.p.p. Ci si riferisce ai casi, già ricordati, della litispendenza, dell'effetto (parzialmente) preclusivo attribuito a provvedimenti non irrevocabili, ed al cosiddetto giudicato cautelare. Ma anche al cosiddetto *ne bis in idem* internazionale – *rectius*, transnazionale (61) –, inteso correttamente quale "divieto di un secondo giudizio in uno Stato per lo stesso fatto già oggetto di accertamento processuale in un altro Stato" (62); cui, pur nella consapevolezza della non stretta inerenza al tema qui in trattazione, si dedicheranno brevissime riflessioni. Oggi, l'esempio più incisivo (63) di *ne bis in idem* internazionale, o meglio europeo o comunitario (64), è costituito dall'art. 54 della Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen

---

giudicato, a condizione che quest'ultimo abbia carattere assolutorio (per il giudicato di condanna v. *supra*, § 4); la litispendenza (*supra*, § 2), appurata la quale, in effetti, al giudice del processo "duplicato" non è data alternativa alla declinatoria (da esternare nelle forme ricordate *supra*, nota 19); il non luogo a procedere – ovviamente non impugnato o confermato dal giudice *ad quem*, come si premura di precisare ASTARITA, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 741 – nei casi in cui non ne sia prospettabile la revoca (*supra*, § 2). Per quanto concerne il cosiddetto giudicato cautelare, fermo restando il carattere condizionato dell'effetto preclusivo – v. infatti le perplessità palesate da GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., *ibidem* – occorre distinguere il caso in cui esso si risolva in una statuizione favorevole per il destinatario della misura (ovviamente parametrando tale statuizione alla misura originaria), dal caso inverso, nel quale appare francamente difficile ipotizzare l'esercizio di un diritto che conduca ad esiti sfavorevoli – o comunque, giammai più favorevoli – per colui che ne detiene la titolarità.

(60) *Supra*, § 2.

(61) Tale aggettivazione sembra preferibile all'altra, giacché quest'ultima potrebbe ingenerare equivoci, derivanti dalla circostanza che la preclusione *de qua* in origine era attribuita solo alle pronunce dei Tribunali internazionali, come rammenta ASTARITA, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 734.

(62) ASTARITA, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 733.

Sul tema, in generale, v. GALANTINI, *Il principio del* ne bis in idem *internazionale nel processo penale*, Milano, 1984, particolarmente p. 11 ss., cui *adde*, di recente, PAGLIA, *Ne bis in idem internazionale e riconoscimento delle sentenze penali straniere*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III Agg., tomo II, Torino, 2005, p. 927 ss.

(63) Per una panoramica completa e ragionata cfr. GALANTINI, *Una nuova dimensione*, cit., p. 3481 ss.

(64) SELVAGGI, *Il principio del* ne bis in idem *in ambito europeo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1692.

(65). Quest'ultimo, come noto, vieta il *bis in idem* (tra le parti contraenti) in relazione ai "medesimi fatti"; pertanto sensibilmente differenziandosi rispetto alle ricordate previsioni di cui all'art. 14, comma 7 Patto ed all'art. 4, comma 1 VII Protocollo aggiuntivo CEDU (66), che come ricordato (67) lo proibiscono con riferimento allo stesso "*reato*" (68). In proposito, sono note le aperture "liberali" della giurisprudenza (69). Tuttavia, anche *in subiecta materia* non è blasfemo il richiamo a criteri di economia processuale. La crescente natura transnazionale degli illeci-

---

(65) Ratificata con l. n. 388/1993.

(66) Viceversa, tutte le disposizioni in ultimo citate sono omologhe nel pretendere la formazione del giudicato quale presupposto per l'operatività del *ne bis in idem*. Con conseguenti, gravi problemi operativi, analoghi a quelli riscontrati in precedenza con riferimento al diritto interno, atteso che la marcata natura transnazionale di determinati illeciti rende possibile, se non addirittura frequente, l'instaurazione di più procedimenti, in Stati diversi, per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona (PIATTOLI, *Verso il* ne bis in idem *transnazionale. La nuova geopolitica delle indagini Ue*, in *Dir.e giust.*, 2006, 42, p. 100).

(67) *Supra*, § 3.

(68) Il richiamo ai "fatti" nell'art. 54 CAAS risulta dalla traduzione ufficiale del testo (in francese, tedesco, italiano ed olandese). Viceversa, la traduzione inglese, facendo riferimento alle *"offences"*, potrebbe autorizzare l'assimilazione della disposizione in commento alle previsioni pattizie. In tema cfr. IZZO, *Riciclaggio e* ne bis in idem *internazionale*, in *Impresa c.i.*, 2005, p. 1885; PIATTOLI, Ne bis in idem, *alt ai conflitti Ue. Le linee guida targate Bruxelles*, in *Dir.e giust.*, 2006, 20, p. 123.

(69) Si veda principalmente Cass., Sez. II, 18 gennaio 2007, C., in *CED Cass.*, n. 235819, secondo cui l'effetto preclusivo nell'ordinamento interno sorge anche a fronte di pronuncia archiviativa del giudice straniero, purché la stessa contenga un apprezzamento nel merito. Si tratta, tuttavia, di orientamento non univoco né consolidato: *contra*, infatti, Cass., Sez. V, 11 novembre 2008, T., in *CED Cass.*, n. 242454; Cass., Sez. I, 2 febbraio 2005, B. J., in *Foro it.*, 2005, II, c. 249.

Si spinge addirittura oltre Corte eur., 11 febbraio 2003, Gozutok e Brugge, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1688 ss., secondo cui l'art. 54 CAAS trova applicazione anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale completate dal pubblico ministero, senza l'intervento del giudice, a seguito di accordo con l'imputato. Con ciò, si è concettualmente al di fuori dell'ambito preclusivo delineato dal *ne bis in idem*, come già rilevato *supra*, nota 5. Del resto, in altra occasione il giudice comunitario è giunto ad elaborare una nozione di medesimo fatto, rilevante ai fini del *ne bis in idem*, persino più restrittiva di quella adottata dalla dottrina (*supra*, nota 3), giungendo ad affermare che lo stesso è ravvisabile anche in presenza di una pluralità di condotte, purché "inscindibilmente collegate tra loro" (Corte eur., 28 settembre 2006, Gasparini ed altri, in *Dir.e giust.*, 2006, 42, p. 102 ss., che tuttavia tempera tale affermazione precisando che la valutazione circa tale inscindibilità spetta al giudice nazionale. Con la stessa pronuncia, il giudice comunitario ha affermato che l'art. 54 CAAS si applica anche a seguito di assoluzione per insufficienza di prove e di proscioglimento per prescrizione). *Amplius*, in tema, PIATTOLI, *Verso il* ne bis in idem *transnazionale*, cit., p. 101 s.

ti (70), l'incremento degli strumenti di cooperazione investigativa e giudiziaria tra gli Stati, nonché il tentativo, ad oggi decisamente embrionale (71), di armonizzazione processuale all'interno dell'Unione Europea, rendono appunto antieconomica, beninteso nell'accezione alta e non meramente contabile del termine (72), la possibilità di una plurima perseguibilità per lo stesso fatto (73), oltre a tutelare, di riflesso, fondamentali posizioni soggettive.

---

(70) Specie, ma non solo, nell'ambito della criminalità economica (cfr. IZZO, *Riciclaggio*, cit., p. 1885).

(71) Imperfetto secondo ASTARITA, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 734.

(72) Del resto, nel settore processuale penale lo scopo di economia degli atti non è disgiungibile da fondamentali garanzie soggettive. Nulla sembra doversi aggiungere a quanto già affermava DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 92, sebbene a proposito del giudicato; quest'ultimo è "preordinato ad assicurare la sicurezza dei diritti, indipendentemente dalla stabilità dei rapporti giuridici, che qui" – ossia in ambito processualpenalistico – "non può avere che scarsa incidenza".

Secondo Corte eur., 11 dicembre 2008, Bourquain, in *www.curia.europa.eu*, l'art. 54 CAAS è volto a tutelare il diritto alla libera circolazione, negli Stati contraenti, della persona già giudicata in uno di detti Stati.

Ancora una precisazione: antieconomico, nell'accezione qui intesa, non equivale ad inutile. Può benissimo darsi il caso di una pronuncia giurisdizionale basata su di un accertamento di evidente fallacia. Nondimeno, il giudice del *bis in idem* resta obbligato a dichiarare l'intervenuta preclusione, anche se tale fallacia non sia emendabile (ad esempio, per assenza dei casi legittimanti la revisione). Lo stesso è a dirsi accedendo alla tesi dell'effetto preclusivo derivante dal solo esercizio dell'azione penale – *supra*, § 2 – essendo inibito al giudice del procedimento duplicato – che tuttavia sarà il primo a pronunciarsi sulla regiudicanda (*sic*) – qualsivoglia potere di controllo sulle modalità di esercizio (pregresso) dell'azione.

(73) Che tuttavia tale tendenza debba ancora incontrare notevoli limiti e resistenze, principalmente imperniate sul principio di sovranità territoriale di cui l'art. 11 c.p. è massima espressione, è realisticamente rammentato da GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 108 ss.

Qui si è fortemente dubitato (*supra*, nota 19) che preclusione possa darsi anche nel caso in cui, in alcuno dei procedimenti ad identico contenuto oggettivo e soggettivo, non sia ancora stata esercitata l'azione penale (*contra*, seppure fugacemente, MALAVENDA, MELZI D'ERIL, *Chiusura obbligata*, cit.). Volendo sposare la soluzione positiva, dovrebbe osservarsi che in tal caso l'antieconomicità, ragione fondante il *ne bis in idem*, coinciderebbe con l'inutilità. A causa dell'assenza di un possibile vaglio, anche solo virtuale, della (futura) imputazione "pregiudicante", non potendo logicamente rilevare, allo scopo, eventuali differenze di capacità da parte degli indaganti.

6. *Valenza costituzionale?*

Alla luce dei rilievi sin qui formulati, si ritiene, in conclusione, non proprio agevole individuare una "copertura" costituzionale del *ne bis in idem*, quantomeno in via diretta (74). L'art. 2 Cost., nella parte in cui riconosce i "diritti inviolabili" dell'uomo (75), appare *prima facie* troppo generico, e pertanto atecnico, allo scopo, come subito si vedrà.

Nella fattispecie, non appare altresì invocabile l'art. 10 comma 1 Cost., statuente, come noto, l'obbligo di conformazione dell'ordinamento interno a norme e trattati internazionali. In proposito, si è chiarito, anche di recente (76), che la disposizione ora in esame si riferisce alle norme consuetudinarie. Dal suo ambito di operatività, pertanto, esulerebbero le previsioni di cui ai più volte richiamati artt. 14, comma 7 Patto e 4, comma 1 VII Protocollo aggiuntivo Cedu (77).

La disposizione avente ad oggetto il diritto di difesa (art. 24 primo comma Cost.) sembra concettualmente irriducibile al tema qui trattato (78): una cosa è l'invocato diritto a non essere perseguiti più di una volta per il medesimo fatto, altra l'incondizionata (79) possibilità di tutelare dinanzi ad un giudice posizioni soggettive protette dall'ordinamento (80).

---

(74) In proposito Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit., rammenta che l'Assemblea Costituente "discusse dell'opportunità di costituzionalizzare il divieto" di *bis in idem*. La discussione non giunse ad espliciti approdi.

(75) Per un richiamo in tal senso Cass., Sez. I, 1 dicembre 2006, P.M. in c. Dorigo, ne *Il fisco*, 2007, p. 3488, che afferma la complementarietà e/o integrazione tra i principi costituzionali e le previsioni pattizie.

(76) Cfr. C. cost., 30 aprile 2008, n. 129, cit.

(77) In termini anche Cass., Sez. VI, 22 settembre 2004, C.M. e P.F., in *Cass. pen.*, 2006, p. 2488 ss., secondo cui il *ne bis in idem* non può essere annoverato tra le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. In argomento v. GALANTINI, *Una nuova dimensione*, cit., p. 3474 ss.

(78) V. tuttavia *infra*.

(79) Stante l'inviolabilità, costituzionalmente proclamata (art. 24 comma 2), del diritto di difesa.

(80) Anzi, tale possibilità, nella fattispecie, diviene strumento per rimediare ad eventuali violazioni del *ne bis in idem*. In astratto, e per assurdo, potrebbe immaginarsi una generalizzata liceità del *bis in idem*, e tuttavia non attentare, in alcuno dei procedimenti "duplicati", al pieno dispiegamento dei diritti difensivi.

Per lo stesso soggetto, la plurima sottoposizione a procedimenti *de eadem re* pone, incontestabilmente, un problema di (mancanza) di effettività del diritto di difesa – *infra* –, specie (ma non solo) se alla plurimità si accompagna la contestualità, anche solo parziale. Ma, a parte il profilo

Neppure appare pertinente, *in subiecta materia*, il riferimento alla presunzione di non colpevolezza (art. 27 secondo comma Cost.). A parte la palese non omologabilità, sul piano letterale e logico, tra quest'ultima disposizione e l'art. 649 c.p.p. (81) – ma il rilievo potrebbe essere superato configurando il *ne bis in idem* quale principio immanente nel sistema, pertanto applicabile al di là delle esplicitazioni settoriali (82) – sembra al riguardo risolutiva qualche breve osservazione. Se il principio costituzionale in esame impone un trattamento cautelare giammai equiparabile ad anticipazione di pena (83), ed impone altresì la regola di giudizio per cui il dubbio obbliga ad assolvere (84), è di tutta evidenza che tali precetti si applicano "all'interno" del processo, mentre il *ne bis in idem* costituisce come visto fattore preclusivo dello stesso. Pur con evidenti forzature interpretative, un nesso tra i due principi sarebbe concepibile qualora il sistema vietasse in modo assoluto la cosiddetta revisione *contra reum*: il che, come visto, non è. Ed anche se così fosse, peraltro, sarebbe elevatissimo e pernicioso il rischio di confondere la presunzione di non colpevolezza con il *favor innocentiae* (85).

Meno labile l'aggancio al novellato art. 111 Cost.; nel senso del riferimento sia al principio di ragionevole durata del processo (86), che a

---

eminentemente pratico della questione, in quanto tale inidoneo a legittimare una connessione tecnica tra diritto costituzionale alla difesa e *ne bis in idem*, non sembra che il prospettato *deficit* di effettività presenti caratteristiche qualificanti rispetto ad altre situazioni pure ipotizzabili: ad esempio, la plurima e contestuale sottoposizione a procedimenti per fatti diversi; ovvero il rapporto, spesso altamente problematico, tra tempi della difesa e modalità di conoscenza del materiale investigativo o processuale. Certamente, a nessuno può sfuggire che in tali casi difetta l'ingiustizia, si direbbe congenita, che viceversa connota il *bis in idem*. Con ciò, pertanto, vuole solo sostenersi che le eventuali radici costituzionali del divieto in trattazione vanno, forse, cercate altrove.

(81) V. infatti C. cost., 30 aprile 2008, n. 129, cit., secondo cui "la presunzione di non colpevolezza... si dissolve necessariamente (sul piano sintattico, ancor prima che giuridico) allorché il processo è giunto al proprio epilogo...". Viceversa, proprio tale epilogo è presupposto irrinunciabile per l'(eventuale) applicazione dell'art. 649 c.p.p.. Anche in tal caso, estremizzando il ragionamento, si potrebbe ammettere la compatibilità del principio costituzionale con la possibilità di riprocessare il condannato – per l'assolto v. *infra* –, anche *in peius*, all'infinito e senza condizioni – *sic*.

(82) *Supra*, § 2.

(83) ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., particolarmente p. 31 ss.

(84) ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., particolarmente p. 96 ss.

(85) Mette opportunamente in guardia da tale rischio C. cost., 30 aprile 2008, n. 129, cit., ("La presunzione di innocenza, in sé per sé, non ha ... nulla a che vedere con i rimedi straordinari destinati a purgare eventuali *errores*...").

(86) Richiamato da Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit..

quello di parità tra le parti (87). Vero che la violazione del *ne bis in idem* potrebbe attentare all'obiettivo della celerità processuale; nondimeno, ed anche in tal caso portando il ragionamento a conclusioni estreme, non può astrattamente escludersi la compatibilità tra plurima sottoposizione a processo del soggetto per lo stesso fatto e velocità dell'*iter* giudiziario (88). Ma, soprattutto, il legislatore costituzionale, con tutta evidenza, sembra riferirsi ai tempi del "singolo" processo, a prescindere dalle sue connotazioni oggettive e soggettive. Mentre il *bis in idem*, inevitabilmente, postula l'esistenza di (almeno) due regiudicande, per quanto omologhe in entrambi detti estremi.

Circa la parità tra le parti nel processo, è certamente ragionevole ritenere la lesione del principio in esame qualora la parte pubblica avesse la possibilità, magari incondizionata, di rinnovare l'esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto e nei confronti dello stesso soggetto (89). L'assunto, tuttavia, presuppone un passaggio giuridico allo stato non incontroverso, ossia la configurazione del *ne bis in idem* quale principio generale trascendente le restrizioni enucleabili dall'art. 649 c.p.p. (90). Va da sé, peraltro, che la prospettazione del *ne bis in idem* quale corollario del principio costituzionale di parità delle parti poggia in gran parte, se non del tutto, sul riconoscimento del primo quale esplicazione del diritto fondamentale alla "non persecuzione". Il che, per quanto sinora osservato, non è indiscusso, almeno in alcuni dei casi in cui la preclusione in esame deve trovare applicazione (91). Non può essere poi taciuto un ultimo rilievo: tale preclusione assume, essenzialmente, la forma dell'obbligo, per il giudice del processo "replicato", di proscio-

---

(87) NEPPI MODONA, *L'innocenza*, cit., oltre a Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit.

(88) Ad esempio, in caso di "doppio" procedimento per decreto.

(89) Cfr. Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit.,: "È evidente... 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 e 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.".

(90) *Supra*, § 2.

(91) Cfr., del resto, MALAVENDA, MELZI D'ERIL, *Chiusura obbligata*, cit.,: "...il diritto a non essere perseguito più volte per un identico fatto ... non è espressamente citato nel nuovo art. 111 ed è quindi frutto dell'interpretazione della Corte" – Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit., – "averlo iscritto a pieno titolo tra i corollari del giusto processo".

glimento ovvero non luogo a procedere (art. 649, comma 2 c.p.p.) (92). Pur a fronte di recenti e significative elaborazioni giurisprudenziali sul tema, non appare del tutto congruo inferire la costituzionalizzazione del *ne bis in idem* da una regola – appunto la parità delle parti – che, viceversa, ha riguardo, si direbbe esclusivo, a doveri, diritti e facoltà delle stesse. Insomma: il sentiero sinora tracciato è forse percorribile, ma stretto ed in alcuni punti impervio.

Ancora, è doveroso segnalare che la giurisprudenza (93), in modo originale ma non del tutto plausibile (94), ha ravvisato un possibile collegamento tra il *ne bis in idem* ed il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.). Nel senso che quest'ultimo avrebbe come inevitabile precipitato, in aggiunta all'irretrattabilità ed al divieto di sospensione *ultra legem* (art. 50 c.p.p.), il divieto di reiterare l'azione per lo stesso fatto e nei confronti dello stesso soggetto, in quanto il pregresso esercizio l'avrebbe consumata (95). In proposito, oltre a richiamare le perplessità in ultimo formulate, va aggiunto che ricavare da un obbligo un divieto ad esso non speculare, ma desunto per via interpretativa (96), non contribuisce a fare chiarezza in un ambito molto delicato ed anche per altri aspetti notevolmente tormentato.

Entro circoscritti e non valicabili limiti, un rapporto, sebbene dimidiato, tra Costituzione e *ne bis in idem* può essere allo stato configurato richiamando l'attuale formulazione dell'art. 117 primo comma Cost., secondo cui, come noto, la potestà legislativa statale e regionale è obbligata al rispetto "... dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". Traendo spunto da ciò, di recente la Consulta (97) è intervenuta a porre ordine nella *vexata quaestio* della collocazione delle norme pattizie nella gerarchia delle fonti. Fornendo importanti precisazioni, nella scia di un pensiero già in precedenza (98) manifestato. Le previsioni pattizie, e quindi anche il più volte ricordato art. 4, comma 1 VII Protocollo aggiuntivo Cedu, prevalgono sulle di-

---

(92) Per altre tipologie di provvedimenti pur emettibili v. *supra*, nota 19.

(93) Sempre Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Dorigo, cit.

(94) Anche per il motivo appena esposto.

(95) Testualmente CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1223.

(96) A prescindere dai risultati condivisibili cui tale via conduce.

(97) C. cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giust. civ.*, 2008, p. 51 ss.; C. cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Foro it.*, 2008, c. 39 ss.

(98) Cfr. C. cost., 19 gennaio 1993, n. 10, in *Cass. pen.*, 1993, p. 796 ss.

sposizioni di legge ordinaria. In caso di contrasto queste ultime, tuttavia, non possono essere direttamente disapplicate dal giudice, il quale è obbligato a proporre incidente di costituzionalità. Le disposizioni pattizie, pertanto, avrebbero "rango sub-costituzionale" (99): anche nel senso che rimane salvo lo scrutinio di costituzionalità sulle stesse (100). Quindi, una disposizione di legge ordinaria abrogativa del *ne bis in idem* urterebbe, nei termini ora esposti, con l'art. 4, comma 1 VII Protocollo aggiuntivo Cedu (oltreché con l'art. 14, comma 7 Patto). Il presidio approstato da tali norme non appare tuttavia del tutto tranquillizzante, atteso che, come più volte ricordato, le stesse vietano il *bis in idem* in relazione allo stesso reato, e non allo stesso fatto, con ovvia restrizione dell'operatività del principio. E che l'art. 4, comma 2 VII Protocollo aggiuntivo Cedu, come pure visto, autorizza la generalizzata – sebbene assoggettata a condizioni – riapertura *in peius* del processo (101).

Stando così le cose, un'ultima tesi a sostegno della costituzionalizzazione del *ne bis in idem* può essere formulata "ripiegando" sulla "... più volte riaffermata funzione costituzionale del giudicato" (102). In sostanza, si tornerebbe alla configurazione della preclusione *de qua* quale effetto diretto di quest'ultimo. La giurisprudenza costituzionale (103) ha affermato che il *vulnus* alla stabilità, ed in definitiva alla certezza delle situazioni giuridiche, cui senza dubbio è preordinato il giudicato (104), contrasta irrimediabilmente con il diritto di difesa (art. 24 secondo comma Cost.), minandone l'effettività; e con il principio di ragionevole durata del processo. In tal modo, potrebbe quindi ipotizzarsi una copertura costituzionale, quantomeno indiretta, del *ne bis in idem*. Tuttavia, anche a voler prescindere da quanto in precedenza osservato circa la problematica compatibilità tra le previsioni ora citate e la preclusione in esame, tale impostazione appare assumere le sembianze di una battaglia di retroguardia. Anzitutto perché in tal modo si depotenzia il dato, già illustrato, dell'irreversibile tendenza all'autonomizzazione,

---

(99) C. cost., 24 ottobre 2007, n. 348, cit.

(100) C. cost., 24 ottobre 2007 n. 348, cit.

(101) Non preclusa, in verità, dalle attuali tendenze alla flessibilità del giudicato desumibili dal codice vigente, come rileva NORMANDO, *I rimedi*, cit., p. 122.

(102) C. cost., 30 aprile 2008, n. 129, cit.

(103) Si veda in particolare C. cost., 17 novembre 2000, n. 501, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1587 ss.

(104) Tale fine è accantonabile solo entro limiti rigorosi, e pertanto per molti aspetti non negoziabile: NORMANDO, *I rimedi*, cit., p. 14.

concettuale e tecnica, del *ne bis in idem* rispetto al giudicato (105). Inoltre, ed infine, perché così argomentando non si affronta il nodo dell'indirizzo sistematico, pure ricordato, volto ad incentivare, per quanto possibile, la flessibilità di quest'ultimo.

(105) Con la conseguenza pratica, tutt'altro che marginale e trascurabile, della mancanza di tutela costituzionale per i casi di ricorrenza del *bis in idem* al di fuori dell'ipotesi canonica di cui all'art. 649 c.p.p. (*supra*, § 2).