

Rivello Pier Paolo

---

**LA NOZIONE DI “FATTO” AI SENSI  
DELL’ART. 649 C.P.P. E LE  
PERDURANTI INCERTEZZE  
INTERPRETATIVE RICOLLEGABILI  
AL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM***

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LA NOZIONE DI “FATTO” AI SENSI DELL’ART. 649 C.P.P.  
E LE PERDURANTI INCERTEZZE INTERPRETATIVE  
RICOLLEGABILI AL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*

*Abstract*

La nozione di *idem factum* costituisce il cuore dell’esegesi in ordine all’individuazione della cosa giudicata sostanziale, diretta a chiarire l’ambito garantistico dell’art. 649 c.p.p., tendente a scongiurare l’eventualità che un soggetto sia reiteratamente sottoposto a procedimento in ordine allo stesso addebito. Nell’approfondire l’interrogativo se il “fatto” ricomprenda la sola condotta o si estenda invece all’intero complesso della condotta, del nesso causale e dell’evento l’analisi evidenzia i profondi contrasti interpretativi sussistenti in materia, dovuti anche alla non agevole individuazione di cosa debba intendersi per “titolo” e per “grado” del reato; sono sottolineate al riguardo le frequenti divaricazioni tra dottrina e giurisprudenza, in relazione ai casi di concorso formale di reati. Viene al contempo affrontata l’indagine attinente all’incidenza delle modifiche nell’indicazione del *tempus commissi delicti* e del *locus commissi delicti*, onde verificare se esse possano tradursi in una variazione del “fatto”.

*The Notion of “Fact” pursuant to Article 649 of the Italian Code of Criminal Procedure and the Unresolved Interpretative Uncertainties linked to the Principle of “ne bis in idem”*

*Abstract*

*The notion of “idem factum” is the heart of the exegesis on the identification of the substantive “res judicata” with a view to clarifying the scope of legal protection offered by article 649 of the Code of Criminal Procedure, which aims at preventing that a person might be repeatedly tried in court for the same charges. While delving into the issue of whether the “fact” includes the mere conduct or the whole spectrum of “conduct”, “causality” and “event”, this paper highlights the sharp interpretative contrasts existing in this field, which also result from the difficulties in identifying the meaning of “title” and “degree” of crime. In this respect, the author underlines the discrepancies that are often found between the legal theory and the case law in cases of formally concurrent offenses. The paper also examines the incidence of changes in the indication of “tempus commissi delicti” and of “locus commissi delicti”, with a view to establishing whether this may translate into a change of the “fact”.*

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali. — 2. Le ragioni del contrasto interpretativo. — 3. Alcuni indispensabili chiarimenti. — 4. Una possibile opzione esegetica, volta a contemperare contrapposte esigenze. — 5. La diversità concernente il titolo, il grado o le circostanze. — 6. Le differenze spaziali o temporali. — 7. Il *ne bis in idem* in relazione ai reati abituali, ai reati continuati ed ai reati permanenti. — 8. Le problematiche connesse all'operatività dell'art. 649 c.p.p. nei confronti dei reati complessi e di quelli concretati da condotte corrispondenti a fattispecie equivalenti.

1. *Considerazioni generali.* — È stato osservato come l'analisi in ordine a ciò che deve intendersi come *idem factum* nel contesto dell'art. 649 c.p.p. « costituisce il cuore dell'esegesi concernente la cosa giudicata sostanziale e ne delinea caratteristiche e ambito di garanzia » (1).

La nozione di “fatto” assume, già in linea generale, una particolare pregnanza, in quanto coinvolge « punti vitali del processo penale » (2); occorre tuttavia precisare che questo termine nasconde « un fondo di impenetrabilità » (3), rendendo difficoltoso il raggiungimento di soluzioni davvero incontroverse.

Bisogna inoltre essere consapevoli di un dato di fondamentale importanza: una simile nozione riveste, a seconda dei contesti, valenze assai diverse; siamo in sostanza di fronte ad un concetto che sfugge ad una definizione onnicomprensiva e che tende, al contrario, ad acquisire una connotazione polivalente, stante la sua possibile riferibilità a situazione estremamente variegata (4).

Come si è autorevolmente rilevato, l'“identità del fatto”, rilevante ai sensi dell'art. 649 c.p.p., non ha, ad esempio, « nulla a che vedere » con « la correlazione tra accusa e sentenza » (5), giacché ai sensi dell'art. 521, comma 2, c.p.p. si ha diversità del fatto, con conseguente obbligo per il giudice di disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero, anche qualora la diversità fra la fattispecie criminosa emergente all'esito dell'istruttoria dibattimentale e quella contestata nel decreto che dispone il giudizio concerna una semplice modalità cronologica o topografica, e riguarda pertanto « variazioni non rilevanti ai fini del *ne bis in idem* » (6).

Delimitare le esatte coordinate della nozione di “fatto” utilizzata dall'art. 649 c.p.p. appare fondamentale per chiarire quale sia l'ambito

---

(1) Cfr. E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Uberti e G.P. Voena, vol. XII.1, Milano, 2012, 442.

(2) E. DOSI, *La sentenza penale di proscioglimento*, Milano, 1955, 132.

(3) G. SPANGHER, *Fatto e qualifica giuridica nell'imputazione per reato colposo*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 297.

(4) G. GUARNERI, voce *Regiudicata (diritto processuale penale)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, 231.

(5) G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VIII Ed., Torino, 2013, 791; analogamente, in passato, G. GUARNERI, *loc. cit.*

(6) G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, *loc. cit.*

garantistico della norma, che nel fornire le connotazioni del giudicato sostanziale sancisce il divieto di un secondo giudizio, tendente a scongiurare il rischio che un soggetto nei cui confronti sia già stata emessa una pronuncia divenuta irrevocabile venga sottoposto, per lo stesso episodio, ad una serie di nuove incriminazioni, con la conseguente possibilità, sicuramente irragionevole, di reiterazione di sentenze incentrate su una vicenda che ha costituito oggetto di una decisione ormai definitiva (7).

L'analisi dei criteri che devono essere utilizzati per valutare se due fatti siano diversi, ai fini in esame, e se conseguentemente sia ipotizzabile un cumulo delle incriminazioni, non può non tener conto delle significative ricadute pratiche connesse alle diverse opzioni interpretative.

Già in passato, sotto la vigenza del c.p.p. 1930, il cui art. 90 è stato in larga parte riproposto, nei suoi contenuti, dall'attuale art. 649 (8) (sia pur nel contesto di una collocazione sistematica totalmente nuova (9)), era stato lucidamente osservato che il principio del *ne bis in idem*, incentrato sulla preclusione derivante dal giudicato, riferibile all'*eadem res* e all'*eadem persona*, si fonda « non già su schemi logici aprioristicamente presupposti, ma su criteri di mera opportunità pratica », e si era sottolineato come tale considerazione dovesse essere posta al centro degli approfondimenti in materia (10).

Un eccessivo, innaturale ampliamento della nozione di “fatto” trasforma lo “scudo” offerto dal *ne bis in idem* in uno strumento che finisce col travalicare la finalità consistente in una doverosa tutela degli individui e rappresenta invece un'ingiustificata ed incomprensibile barriera, volta ad impedire la disamina di episodi criminosi del tutto “diversi”, anche di fronte agli occhi della collettività, rispetto a quelli costituenti oggetto di un precedente procedimento.

Sotto questo aspetto si può notare come le “forzature” da parte della giurisprudenza, volte ad estendere la nozione di “fatto”, siano dovute proprio al “rigetto” di alcune difformi impostazioni dottrinali, ritenute assolutamente insoddisfacenti nella parte in cui “coprono” con una sostanziale impunità anche delle vicende criminose di indubbio spessore.

Rappresenta un errore metodologico sviluppare l'analisi sulla nozione di “fatto” senza aver previamente individuato quale sia la *ratio* che sorregge l'art. 649 c.p.p., pretendendo di ricavare in una sorta di assetto laboratorio

---

(7) G. DE LUCA, voce *Giudicato (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989, 1 ss.; R. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. VI, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, a cura di L. Kalb, Torino, 2009, 34 ss.

(8) Cfr. E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 442 e 443.

(9) V. al riguardo, volendo, P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in questa *Rivista*, 1991, 476.

(10) G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 142.

interpretativo ed in via aprioristica le coordinate volte a circoscrivere l'ambito di operatività del *ne bis in idem*.

Simile impostazione va respinta, dovendosi invece, in base ad ovvie considerazioni logiche, stabilire in primo luogo « la funzione dell'art. 649 c.p.p. e, in conseguenza di ciò, individuare la nozione di fatto » (11).

Il giudicato penale è « svincolato dalla efficacia di accertamento, contenuto nella sentenza » (12); esso non mira ad evitare un contrasto logico di giudicati, ma tende invece a garantire la certezza, in senso soggettivo, dell'individuo sottoposto a procedimento; d'altro canto la pronuncia, divenuta irrevocabile, nei confronti di un determinato individuo per un certo "fatto" non vincola il giudice chiamato successivamente a rivalutare quello stesso fatto in relazione alla posizione di altri soggetti (13).

Alla luce di tali considerazioni molte perplessità risultano fugate sul nascere. La portata del *ne bis in idem* non consiste dunque nel tutelare il valore e la coerenza logica dell'accertamento ma nel costituire un presidio a garanzia dell'individuo, mettendolo al riparo non solo da ulteriori pronunce a lui sfavorevoli, ma dal fatto stesso di dover essere assoggettato agli effetti negativi comunque connessi alla celebrazione di un altro procedimento, discendenti dalla "soggezione al processo" (14). Mentre detta

---

(11) G. LOZZI, *Lezioni*, cit., 793.

(12) G. LOZZI, voce *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 913.

(13) V. in tal senso Cass., sez. II, 3 maggio 2005, Tringali, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1190, m. 335, ove si precisa che, conseguentemente « qualora il giudicato sia stato di assoluzione, il giudice del separato procedimento instaurato a carico del concorrente nel medesimo reato può sottoporre a rivalutazione il comportamento dell'assolto all'unico fine — fermo il divieto del *ne bis in idem* a tutela della posizione di costui — di accertare la sussistenza ed il grado di responsabilità dell'imputato da giudicare ». Sul punto v. altresì Cass., sez. I, 16 novembre 1998, Hass e Priebke, *ivi*, 1999, 2229 e in *Foro it.*, 1999, II, 273, volta a confermare che il giudicato non copre il "valore logico" dell'accertamento previamente effettuato; è stato infatti affermato che l'assoluzione, passata in giudicato, di alcuni ufficiali tedeschi che erano stati incriminati per aver concorso nell'eccidio delle Fosse Ardeatine, perpetrato a Roma nel marzo del 1944 (secondo detta pronuncia gli imputati avrebbero ritenuto di dover necessariamente obbedire ad un ordine loro impartito dai superiori gerarchici), non precludeva una successiva dichiarazione di responsabilità, sempre a titolo di concorso nel suddetto eccidio, di altri ufficiali che si erano trovati ad operare nelle stesse condizioni dei primi, potendosi invece sostenere che detti soggetti avrebbero dovuto rendersi conto del carattere manifestamente criminoso dell'ordine da essi eseguito.

(14) Cfr. T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, vol. III, Annali, Milano, 2010, 861: « il divieto di ulteriori processi *de eadem re et persona* non si limita a porre l'individuo soltanto al riparo dal rischio che il nuovo processo si faccia veicolo di decisioni che revocano in dubbio la situazione soggettiva già consolidatasi, ma previene anche una nuova soggezione al processo, intendendo pertanto che sia già tale soggezione, per i suoi possibili effetti (anche restrittivi), a costituire il primo fattore di incertezza della situazione soggettiva consolidatasi con il giudicato ».

garanzia risulta violata laddove il soggetto sia reiteratamente sottoposto a procedimento in ordine allo stesso addebito, derivante dal medesimo nucleo di condotta che ha già costituito oggetto di un antecedente giudizio, divenuto definitivo (15), tale violazione non può essere ritenuta sussistente laddove, come nel caso del concorso formale di reati, vengano successivamente sottoposti alla disamina giudiziale degli aspetti di antigiuridicità che non costituirono oggetto della precedente valutazione.

Nell'approfondimento relativo all'art. 649 c.p.p. l'attenzione dell'interprete va focalizzata anche sulla precisazione normativa volta a chiarire che l'imputato prosciolti o condannati non può essere nuovamente sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto « neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze ». Occorre conseguentemente accertare cosa debba intendersi, in particolare, per “titolo” e per “grado” del reato (essendo invece praticamente incontrovertibile la nozione di “circostanze” del reato (16), e risultando ovvio che lo spostamento dal reato-base al reato circostanziato non incide sul canone del *ne bis in idem*, non alterando l'identità del fatto), in quanto spesso l'interrogativo se un fatto debba o meno essere considerato “diverso” rispetto a quello già giudicato deriva dall'incertezza se in tal caso si sia effettivamente in presenza di una semplice variazione nel titolo o nel grado del reato.

2. *Le ragioni del contrasto interpretativo.* — In relazione a questa tematica, come già abbiamo accennato, è necessario avere ben presenti le conseguenze ricollegabili a ciascuna delle diverse possibili opzioni.

In via di prima approssimazione, ed alla luce di uno schematismo assai rozzo, può affermarsi che la dottrina, sia pur sulla base di premesse variegata, e nell'ambito di orientamenti che conducono comunque a soluzioni differenti fra loro, accoglie un'impostazione di fondo già chiaramente delineata sotto la vigenza del c.p.p. 1930 (17), tendente a sostenere che

---

(15) Secondo Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Donati ed altro, in *Cass. pen.*, 2006, 30, il principio del *ne bis in idem* si connota come regola costitutiva « di un diritto civile e politico dell'individuo, sicché il divieto deve ritenersi sancito anche a tutela dell'interesse della persona, già prosciolti o condannati, a non essere nuovamente perseguita. Ne segue che la proliferazione dell'unico processo corrisponde non solo ad un'evidente distorsione dell'attività giurisdizionale, ma, di per sé, anche alla lesione della sfera giuridica dell'interessato, costretto a difendersi da un'accusa rispetto alla quale è già stato giudicato con decisione definitiva ».

(16) Come osservato da E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 447, il legislatore, facendo riferimento alle “circostanze” del reato « ha inteso riferirsi agli *accidentalia delicti*, le circostanze aggravanti o attenuanti del reato, quali che ne siano la natura e il regime giuridico ».

(17) Cfr. le indicazioni di F. CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del « fatto »*, in questa *Rivista*, 1958, p. 943, volte a precisare come l'art. 90 c.p.p. 1930 adottasse

per accertare cosa debba intendersi per “fatto” occorre prendere in considerazione la sola condotta, onde « evitare indebite intromissioni nella sfera di garanzia del singolo » (18). Tale soluzione mira evidentemente a non depotenziare l’ambito garantistico che il legislatore ha inteso riconoscere all’art. 649 c.p.p.

La giurisprudenza, almeno nella sua impostazione maggioritaria, comprende invece nella nozione in esame, per motivi eminentemente pratici, la globalità degli elementi oggettivi del reato, e cioè, secondo la teoria tripartita, l’intero complesso della condotta, del nesso causale e dell’evento (19), escludendo in tal modo l’applicabilità del *ne bis in idem* in relazione ad ambiti che la dottrina ritiene invece riconducibili alla sfera di operatività dell’art. 649 c.p.p.

Le ragioni dell’impostazione giurisprudenziale sono dovute, come viene riconosciuto anche da chi non condivide detta opzione interpretativa, al carattere del tutto insoddisfacente di alcune tesi “riduttive”, che condurrebbero ad esiti giudiziari assolutamente paradossali, al limite dell’assurdità, precludendo ad esempio la possibilità di instaurare un procedimento in ordine al reato di lesioni colpose o di omicidio colposo qualora la condotta che ha dato origine a tale episodio criminoso sia già stata esaminata in precedenza, nell’ambito di un processo, conclusosi con la formazione del giudicato, avente ad oggetto un semplice reato contravvenzionale in materia infortunistica. I fautori di queste tesi sostengono infatti che non si può procedere alla disamina della vicenda inerente alle lesioni colpose o all’omicidio colposo senza rivalutare la condotta già esaminata in occasione del procedimento vertente sulla contravvenzione.

La giurisprudenza ha cercato invece di delineare una linea orientativa (alla quale hanno aderito soltanto voci isolate della dottrina (20)) atta a ricondurre la nozione di “fatto” entro un paradigma comprensivo della

---

la nozione di “fatto” in un’accezione diversa rispetto a quella concernente la correlazione fra accusa e sentenza, in quanto il “fatto” rilevante ai fini del *ne bis in idem* si esaurisce « in un *quid* che rappresenta ad un tempo il nocciolo della figura criminosa e l’oggetto del giudizio d’illiceità: nella condotta, intendiamo, con esclusione di ogni altro elemento di fattispecie, si tratti di una ‘circostanza’, una ‘condizione’ od un ‘evento’ ».

(18) R. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l’efficacia del giudicato penale*, cit., 44.

(19) V. ad esempio Cass., sez. II, 27 maggio 2010, Rapisarda e altro, in *CED* 247849; Cass., sez. II, 18 aprile 2008, Agate ed altro, in *CED* 240106; nonché Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Donati ed altro, cit., 28 ss. Le sezioni unite hanno ribadito che « ai fini della preclusione connessa al principio *ne bis in idem*, l’identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona ». In senso analogo v. anche Cass., sez. I, 18 aprile 1995, Lazzarini, in *Cass. pen.*, 1997, 1398, m. 861.

(20) Cfr. A. BASSI, *I limiti oggettivi dell’effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, in *Cass. pen.* 1997, 1401 ss.; R. GIUSTOZZI, *L’esecuzione*, in *Manuale pratico del*

condotta, del nesso di causalità e dell'evento, ed in base alla quale ogni episodio viene valutato alla luce del coacervo delle sue possibili implicazioni penalistiche (21). Si vuole in tal modo impedire che il *ne bis in idem* si trasformi in uno strumento volto a determinare, anche con riferimento ad episodi di particolare rilevanza, delle ingiustificabili sacche di impunità (22), nella consapevolezza che l'instaurazione dell'azione penale appare necessaria in ordine a tutte le eventuali violazioni di legge derivanti da una condotta illecita, al fine di poter valutare, nel suo contenuto complessivo, l'intera area di disvalore inerente ad un determinato fatto, laddove da esso derivi la lesione o la messa in pericolo di differenti beni giuridici.

Se un soggetto è stato processato per il reato di getto pericoloso di cose, di cui all'art. 674 c.p., avendo egli gettato dalla finestra un corpo contundente, e si accerta successivamente che questo fatto ha determinato la morte di un individuo, l'applicazione del criterio del *ne bis in idem* non dovrebbe precludere la celebrazione di un procedimento in ordine a tale ulteriore addebito; parimenti, laddove un soggetto, facendo esplodere un petardo del quale sia vietato l'utilizzo, abbia causato delle lesioni ad un passante, non sembra ragionevole che il passaggio in giudicato della condanna per il reato di accensione ed esplosioni pericolose, di cui all'art. 703 c.p., impedisca poi di procedere per omicidio colposo.

Anche in dottrina, in senso adesivo a questa osservazione, era stato affermato, sia pur isolatamente, che « se la condotta corrisponde a più fattispecie, tutte le possibili conseguenze devono trovare riscontro nella sentenza, e solo se tale precetto è rispettato, l'azione penale, in ordine alle stesse, può ritenersi esaurita » (23).

La giurisprudenza prevalente del resto ha ribadito nel corso del tempo che, in presenza di reati in concorso fra loro, il giudicato formatosi in relazione ad una delle fattispecie delittuose scaturite da una determinata

---

*processo penale*, a cura di E. Fortuna - S. Dragone - E. Fassone - R. Giustozzi, Padova, 2007, 1354 ss.

(21) Peraltro, come affermato da Cass., sez. II, 13 luglio 2007, Acampora ed altro, in *CED* 237166 « il fatto-reato sul quale cala la preclusione del giudicato non pertiene alle modalità secondo le quali può essere strutturato il singolo capo di imputazione, posto che in esso possono comparire elementi descrittivi della condotta ininfluenti, agli effetti del *ne bis in idem*, per essere gli stessi meramente "circostanziali" od inerenti a fasi diverse (antefatto o post fatto) rispetto a quella del fatto tipico postulante il giudizio di responsabilità ».

(22) Con riferimento all'ipotesi, precedentemente ricordata, delle contravvenzioni in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, la giurisprudenza, già sotto la vigenza del c.p.p. 1930, aveva rilevato come fosse necessario evitare che, nell'ipotesi in cui la condotta costituente violazione di detta normativa avesse al contempo determinato la morte di un lavoratore, il giudicato formatosi in relazione al reato contravvenzionale risultasse ostativo all'instaurazione di un procedimento per omicidio colposo: v. in tal senso Cass., sez. IV, 2 marzo 1987, Sortino, in *CED* 175851.

(23) G. GUARNERI, voce *Regiudicata*, cit., 231 e 232.



condotta non preclude l'instaurazione dell'azione penale per l'ulteriore illecito ricollegabile alla stessa vicenda.

Detta impostazione permette di procedere laddove sia configurabile un altro evento naturalistico discendente dalla condotta già presa in esame nel processo conclusosi con il giudicato (potrebbe farsi riferimento, nell'ipotesi di una raffica di mitra che abbia ucciso due persone, alla celebrazione di un primo processo concernente la morte di una sola di esse). Si perviene ad analoga conclusione anche se la stessa condotta determina due distinti eventi giuridici (si pensi al caso, frequentemente menzionato, in cui un soggetto venga dapprima processato per falsa testimonianza e solo successivamente l'autorità giudiziaria proceda contro di lui per l'ulteriore reato di calunnia) (24).

Pure in questa seconda ipotesi numerose pronunce rilevano che sebbene si sia già formato il giudicato in relazione ad uno degli eventi giuridici cagionati con un'unica azione non opera la preclusione del *ne bis in idem* (25), purché il giudizio sul secondo evento non si ponga in una situazione di incompatibilità logica con la decisione giudiziale antecedente (26), come potrebbe avvenire qualora nel primo giudizio fosse stata

---

(24) In passato, sotto la vigenza del c.p.p. 1950, anche la Corte costituzionale aveva osservato che il principio del *ne bis in idem* non deve ritenersi applicabile al concorso formale di reati, giacché in tal caso, pur essendo in presenza di un'unica l'azione « gli eventi, che sono plurimi e diversi, danno ontologicamente luogo a più fatti, che possono essere anche separatamente perseguiti »: così C. cost., sent. 15 gennaio 1976, n. 6, in *Giur. cost.*, 1976, 33 ss.

(25) Cass., sez. III, 15 aprile 2009, Ferrarelli, in *Giur. it.*, 2010, 1181; Cass., sez. IV, 23 maggio 2007, Fabbro, in *Guida dir.*, 2007, n. 37, 93 ss.; Cass., sez. I, 18 maggio 2004, Purpura, in *Cass. pen.* 2006, 183, m. 56, e in *Arch. n. proc. pen.* 2005, 508, ove venne affermato che conseguentemente « è ammissibile l'esercizio dell'azione penale per il reato di tentato omicidio, quando sia già intervenuta sentenza definitiva per il reato di tentato incendio ». Sempre in tal senso Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso ed altri, in *CED* 246953: « il principio del divieto di un secondo giudizio di cui all'art. 649 c.p.p. impedisce al giudice di procedere contro la stessa persona per il medesimo fatto su cui si è formato il giudicato ma non di prendere in esame lo stesso fatto storico e di valutarlo alla luce di tutte le sue implicazioni penali ». V. inoltre Cass., sez. VI, 9 ottobre 2007, Nocchiero, in *CED* 238442; Cass., sez. IV, 11 novembre 2004, Antoci ed altro, in *Cass. pen.*, 2006, 1506; Cass., sez. IV, 2 aprile 2004, Aldini, in *CED* 228924; Cass., sez. V, 25 novembre 1998, Pagani, in *Cass. pen.*, 2000, 92, m. 66; Cass., sez. V, 19 giugno 1998, Abbrescia, *ivi*, 2000, 36; Cas., sez. II, 4 marzo 1997, Diez, *ivi*, 1998, 3312, con osservazioni di P. BRONZO; nonché Cass., sez. I, 24 gennaio 1995, Sorgato, *ivi*, 1996, 1856, m. 1074, che ha negato la sussistenza della preclusione processuale derivante dal giudicato in un'ipotesi di concorso formale fra il reato di resistenza a pubblico ufficiale e quello di tentato omicidio, essendosi rilevato come in tal caso si fosse in presenza di una condotta che aveva leso dei beni aventi una distinta oggettività giuridica.

(26) Cass., sez. I, 18 maggio 2004, Purpura, *cit.*; Cass., sez. IV, 2 aprile 2004, Aldini, *cit.*; Cass., sez. V, 25 novembre 1998, Pagani, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, 205. È stato peraltro notato in dottrina (cfr. P. BRONZO, *Osservazioni a Cass.*, Sez. II, 4 marzo 1997, Diez, *cit.*, 3313) che detto assunto appare « opinabile, data l'estraneità delle problematiche inerenti

dichiarata l'insussistenza del fatto o la mancata commissione di esso da parte dell'imputato (27).

Viene al riguardo costantemente ripetuto che ai sensi dell'art. 649 c.p.p. per medesimo "fatto" deve intendersi l'identità degli elementi costitutivi del reato, e cioè la condotta, l'evento ed il nesso di causalità, « considerati non solo nella loro dimensione storico-naturalistica ma anche in quella giuridica, potendo una medesima condotta violare contemporaneamente diverse disposizioni di legge » (28).

Indubbiamente in materia occorre escludere le soluzioni che rappresentano il frutto di "astratte modellistiche" e che non tengono conto dei concreti riverberi da esse derivanti. Tuttavia il persistere, ad oltre un ventennio dall'entrata in vigore dell'attuale codice, dei contrasti interpretativi che già avevano caratterizzato le analisi afferenti all'art. 90 c.p.p. 1930 evidenzia l'indubbia difficoltà del tema e dimostra che, come già sottolineammo in passato, deve essere bandita ogni arrogante pretesa di offrire una risposta "indubitabile", priva di zone d'ombra, giacché essa denoterebbe un approccio superficiale a questa problematica (29).

I contrasti ovviamente non riguardano il concorso materiale di reati, giacché in tal caso appare evidente la sussistenza di una pluralità di condotte, e deve conseguentemente escludersi la preclusione derivante dal giudicato formatosi in relazione al reato concorrente (30).

---

al conflitto teorico di giudicati rispetto alla *ratio* dell'art. 649 »; v. in tal senso, ampiamente, i puntuali rilievi di G. Lozzi, voce *Giudicato*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1969, 914.

(27) Cass., sez. III, 15 aprile 2009, Ferrarelli, *cit.*; Cass., sez. IV, 2 aprile 2004, Aldini, *cit.*; Cass., sez. VI, 24.5.2000, Leanza e altri, in *Cass. pen.*, 2003, 165.

(28) Cass., sez. V, 11 dicembre 2008, Palanza ed altro, in *CED* 243350; analogamente Cass., sez. I, 21 aprile 2006, Marchesini, in *CED* 234176; nonché Cass., sez. I, 18 aprile 1995, Lazzarini, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, 131, ove si è affermato che la dizione dell'art. 649 c.p.p. appare inequivoca nel limitare l'effetto preclusivo del giudicato ai casi in cui il nuovo procedimento ha per oggetto "il medesimo fatto" su cui ha statuito la precedente sentenza irrevocabile e che « tale espressione va riferita a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie — condotta, evento e nesso di causalità — e alle situazioni in cui vi sia completa identità di condizioni di tempo, di luogo e di persona ».

(29) Cfr. P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, *cit.*, 487.

(30) Sotto questo aspetto occorre semmai verificare se davvero sia ravvisabile una serie di condotte diverse, soprattutto in presenza di vicende che si snodano senza sostanziale soluzione di continuità. Ad esempio Cass., sez. IV, 15 gennaio 2008, Grosso, in *CED* 239038, ha ritenuto possibile l'instaurazione di un procedimento a carico di un soggetto in ordine al reato di mancata prestazione di assistenza alla vittima dell'investimento, in un'ipotesi in cui lo stesso individuo era già stato processato, con sentenza passata in giudicato, in ordine al reato di fuga concretatosi dopo l'investimento; è stata infatti ravvisata l'inoperatività del divieto del *ne bis in idem*, stante la differenza tra la condotta di mancata prestazione di assistenza alla vittima e quella di fuga (osservandosi in particolare che l'imputato solo dopo essersi dato alla fuga era stato « messo a conoscenza dell'avvenuto investimento con possibile danno alle persone, di cui in precedenza non si era reso conto »). Sempre in relazione a simili problematiche in passato si affermava che qualora un individuo avesse espresso in più

I problemi emergono invece in tutta la loro complessità nelle ipotesi di concorso formale di reati, di cui all'art. 81, comma 1, c.p., con riferimento sia al concorso formale omogeneo, caratterizzato da una pluralità di violazioni della stessa norma incriminatrice realizzate per effetto di un'unica azione od omissione, sia al concorso formale eterogeneo, ove un'unica condotta risulta inquadrabile entro due differenti fattispecie incriminatrici, in quanto una parte di essa corrisponde ad entrambe e l'ambito residuo integra con alcuni elementi una fattispecie e con gli altri l'ulteriore figura criminosa (31).

Mentre la giurisprudenza maggioritaria nega l'operatività del *ne bis in idem* in presenza non solo del concorso formale omogeneo ma anche di quello eterogeneo, evidenziando come, in entrambi i casi, non possa ritenersi totalmente coincidente il nucleo triadico rappresentato da condotta, nesso causale ed evento naturalistico, una parte della dottrina, come vedremo più ampiamente fra breve, di fronte all'inaccettabilità di una conclusione volta a ravvisare il vincolo del *ne bis in idem* in presenza del concorso formale omogeneo (32), delinea, con una certa incoerenza, una

---

occasioni ed in diversi contesti il rifiuto del servizio militare di leva e di quello sostitutivo civile (ai sensi dell'art. 8, comma 2, l. 15 dicembre 1972 e successive modificazioni), non si era in presenza di un unico fatto, bensì di distinte condotte — sorrette da una distinta ed autonoma determinazione volitiva -, e conseguentemente di reiterati episodi criminosi: v. in tal senso Cass., sez. I, 28 febbraio 1994, Parcesepe, in *Cass. pen.*, 1995, 1230; Cass., sez. I, 26 novembre 1993, Mauro, *ivi*, 1995, 1228; Cass., sez. I, 13 ottobre 1992, Malorgio, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 99. Gli interrogativi concernenti la medesimezza o meno della condotta hanno anche reiteratamente interessato le imputazioni per il reato di cui all'art. 416-bis c.p.; ad esempio Cass., sez. II, 18 gennaio 2005, Romito, in *Cass. pen.*, 2006, 1505, m. 514, ha ritenuto insussistente il vincolo del giudicato, in considerazione della mancata identità della condotta esaminata rispetto a quella presa in esame in occasione di un precedente giudizio, nelle ipotesi in cui « il soggetto sia passato ad una diversa organizzazione criminale ovvero si sia verificata una successione nelle attività criminali tra organismi diversi, sia pure con lo stesso nome ed operanti nello stesso territorio ». Anche Cass., sez. I, 13 gennaio 2005, Serraino, *ivi*, 2006, 2172, m. 811, ha ravvisato la mancata identità del “fatto”, e la conseguente inesistenza del vincolo del giudicato, stante la sussistenza di un concorso di reati dovuto alla duplicità delle fattispecie associative « nel caso di un soggetto il quale faccia parte di un organismo criminale che, oltre a operare in proprio, sia anche inserito in una “federazione” di analoghi organismi, avente sue proprie e distinte finalità, in funzione delle quali appunto essa è stata concepita e utilizzata », ritenendosi che « in tale ipotesi la singola persona fisica risponde della duplice e distinta partecipazione, anche in coincidenza temporale, ai due distinti organismi criminosi » (analogamente, a causa della ritenuta diversità del “fatto”, dovuta al rilievo che l'imputato nello stesso periodo temporale aveva fatto parte di due differenti organizzazioni criminali, Cass., sez. I, 5 novembre 2008, Ficara, in *CED* 242197).

(31) Cfr. D. BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori. Problemi di qualificazione giuridica*, Torino, 2000, 110 ss., nella parte in cui viene affrontato il problema del *ne bis in idem* in relazione al concorso di reati.

(32) In tal caso, secondo l'autorevole ricostruzione operata da G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, Rist. 1982, 95, non vi sarebbe del resto, a ben vedere, « un solo fatto storico, bensì tre (un comportamento, e due eventi

distinzione nell'ambito dei reati concorsuali, ammettendo l'operatività di tale principio nei casi di concorso formale eterogeneo ed escludendola invece nelle ipotesi di concorso formale omogeneo (33).

3. *Alcuni indispensabili chiarimenti.* — Al fine di meglio inquadrare la tematica in oggetto, occorre osservare come raramente il diritto prenda in considerazione un determinato accadimento astruendo dalle connotazioni volte ad attribuirne una specifica individualità.

Bisogna d'altro canto evitare di confondere il *ne bis in idem* processuale con quello che, in virtù di una terminologia forse maggiormente foriera di equivoci che realmente utile ai fini connotativi, viene definito come *ne bis in idem* sostanziale, discendente dal concorso apparente di norme. In base a tale canone « benché la condotta sia astrattamente inquadrabile in due o più fattispecie criminose, la legge sostanziale, correttamente intesa, esige che il suo autore sia punito una volta sola » (34); il *ne bis in idem* sostanziale mira ad impedire che all'autore di un determinato illecito siano addebitati « due titoli di reati, uno dei quali consti unicamente — cioè senza l'aggiunta di alcun elemento particolare — di elementi che rientrano tutti, nessuno eccettuato, nello schema dell'altro » (35).

I rispettivi ambiti del *ne bis in idem* processuale e di quello sostanziale non possono essere ritenuti esattamente sovrapponibili (36), sebbene il *ne*

---

naturalistici), tanto che non occorre spendere parole né superare obiezioni per sostenere che due sono i reati integrati ».

(33) Come invece giustamente sottolineato da G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra « ne bis in idem » e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 66 « Chi voglia evitare l'imputazione del medesimo comportamento naturalisticamente considerato al soggetto agente in due procedimenti non dovrebbe distinguere tra concorso formale eterogeneo ed omogeneo, poiché se si ritenga opportuno che un soggetto il quale deponendo il falso abbia accusato un innocente, non venga, dopo il giudicato sulla falsa testimonianza, sottoposto al procedimento per calunnia, dovrebbe ritenersi altrettanto opportuno evitare che un soggetto condannato per un reato omissivo di pura condotta sia, per la stessa omissione, sottoposto a procedimento penale allorché si scopra, successivamente al primo procedimento, che detta omissione, cagionando un evento in senso naturalistico, aveva realizzato un secondo reato ».

(34) F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, II Ed., Torino, 2011, 87; sul punto v. anche E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 454 e 455.

(35) G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., 101.

(36) Come puntualmente osservato da F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 394, in realtà tra i due principi del *ne bis in idem*, rispettivamente sostanziale e processuale, esiste « una frattura, nel senso che man mano che si allarga l'ambito del primo si avverte sempre più l'esigenza di non fare coincidere con esso l'ambito di operatività del secondo »; a sua volta E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 455, rileva che « il vincolo negativo espresso in sede processuale non è la semplice traduzione in chiave applicativa del principio di derivazione sostanziale: quando si guarda al processo la

*bis in idem* processuale scongiuri, in alcuni casi, anche la violazione del *ne bis in idem* sostanziale.

Infatti, come è stato puntualmente evidenziato, l'art. 649 c.p.p., impedendo che Tizio, condannato per lesioni, venga processato anche per il reato di percosse, o che Sempronio, condannato per atti osceni, sia sottoposto a giudizio anche per atti contrari alla pubblica decenza, evita il rischio di un aggravamento del carico sanzionatorio, che il legislatore ha inteso impedire delineando come concorso apparente di norme il rapporto tra determinate fattispecie.

Al riguardo deve ravvisarsi la sussistenza di una regola di carattere generale in base alla quale « laddove sussista il rischio di una violazione del *ne bis in idem* sostanziale, non possa non operare il *ne bis in idem* processuale » (37).

Deve dunque ammettersi la sussistenza di un nesso funzionale tra il divieto di celebrazione di un secondo giudizio e la tutela del *ne bis in idem* sostanziale (38). Non si può instaurare un secondo processo per il reato “minore”, ricompreso nelle coordinate di un altro reato, che lo assorbe e in ordine al quale il soggetto è già stato condannato a seguito di una pronuncia divenuta irrevocabile; osta a detta possibilità sia il *ne bis in idem* sostanziale che quello processuale.

È stato peraltro osservato che il *ne bis in idem* processuale opera anche laddove, pur in presenza di un concorso apparente di norme, non sussiste il pericolo di un *bis in idem* sostanziale (39), precisandosi che il divieto di procedere due volte in ordine allo stesso fatto « risponde ad esigenze garantistiche di più ampio respiro rispetto a quelle che ispirano il divieto di condannare due volte lo stesso soggetto per una condotta riconducibile a più fattispecie criminose ma unitaria sotto il profilo del disvalore penale. Dove si rischia di condannare due volte un soggetto che la legge penale vuole sia condannato una volta sola, è ovvio che non si possa procedere *ex*

---

dinamica muta, poiché il divieto di reiterare l'azione per il medesimo fatto risponde a esigenze garantistiche di tipo diverso ». Sempre in tal senso v. inoltre T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 261.

(37) F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 88.

(38) F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, 1181.

(39) V. al riguardo F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 89, ove viene fatto l'esempio di Tizio che, processato per lesioni o per atti osceni, sia stato assolto da tali imputazioni, e si rileva come non sussistano dubbi « in ordine al fatto che Tizio non potrebbe essere sottoposto a un nuovo processo, rispettivamente, per percosse o per atti contrari alla pubblica decenza ...; eppure, qui non si rischia alcuna indebita duplicazione di sanzioni ».

*novo*: ma non è vero che sia vietato ri-procedere *soltanto* in questi casi » (40).

4. *Una possibile opzione esegetica, volta a contemperare contrapposte esigenze.* — Ai fini della nostra analisi, dopo aver richiamato gli ineccepibili rilievi di chi, in passato, evidenziava la necessità di evitare in materia la « confusione tra fatto storico e fatto giuridico » (41), occorre aggiungere che nel ricostruire la nozione di “fatto” rilevante ai fini dell’operatività del *ne bis in idem* « non si può prendere in considerazione soltanto la situazione storica o soltanto lo schema legale, ma bisogna seguire una via intermedia che tenga conto di entrambi » (42).

Non bisogna dunque necessariamente considerare tutti gli elementi caratterizzanti il concreto episodio storico, anche se privi di rilevanza dal punto di vista penalistico; d’altro canto deve essere ritenuta insufficiente ed inidonea a risolvere le problematiche del *ne bis in idem* un’impostazione calibrata unicamente sul paradigma risultante dalle norme incriminatrici.

Per pervenire all’individuazione dell’ambito del *ne bis in idem* occorre invece ricondurre il fatto storico entro i parametri del *Tatbestand* legale, secondo lo schema che caratterizza l’attività giudiziale, delineando conseguentemente quella che può essere definita la fattispecie giudiziale (43); il giudice infatti « elimina sì tutti quegli elementi della situazione storica che non rientrano nel modello legale, ma vi ricomprende una descrizione più particolareggiata dei requisiti del fatto » (44).

Simile conclusione permette di coniugare le esigenze di garanzia connesse all’istituto del *ne bis in idem* (45) con la necessità di evitare che le applicazioni dell’art. 649 c.p.p. conducano a risultati che finirebbero per tradire le finalità per le quali è stata configurata detta norma, impedendo di tener conto di significative ipotesi delittuose, ignorate tuttavia dagli accertamenti esperiti nel corso di precedenti procedimenti conclusisi con pronunce ormai passate in giudicato.

L’impostazione alla quale riteniamo debba essere fornita adesione, pur escludendo la sussistenza di un divieto all’instaurazione di un nuovo procedimento in ordine ai reati concorrenti con quelli già giudicati con

---

(40) F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., 89; analogamente E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 455.

(41) G. DE LUCA, voce *Giudicato*, cit., 10.

(42) Cfr. G. LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra « ne bis in idem » e concorso formale di reati*, cit., 40.

(43) G. LOZZI, *Profili*, cit., 41; in tal senso v. altresì G. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, in questa *Rivista*, 1960, 202.

(44) G. LOZZI, *Profili*, cit., 41.

(45) V. al riguardo, volendo, P.P. RIVELLO, sub art. 649 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. VI, Torino, 1991, 432.

decisioni divenute irrevocabili, sia in presenza di un concorso formale omogeneo che in relazione ad un concorso formale eterogeneo (46), non determina il rischio di un “conflitto pratico” fra varie decisioni giudiziali, giacché in dette ipotesi un simile conflitto non appare configurabile.

Questa soluzione evita che si dia vita ad una sorta di accanimento processuale consistente nella reiterazione di incriminazioni concernenti la stessa fattispecie giudiziale, ma non impedisce all'autorità giudiziaria di valutare gli eventuali ulteriori illeciti scaturenti da una determinata condotta, permettendo in tal modo di prendere in esame i diversi, possibili aspetti di disvalore giuridico ad essa ricollegabili.

I rilievi critici volti a confutare la tesi sovraesposta appaiono privi di una reale consistenza. Si afferma in particolare che essa precluderebbe l'applicazione del principio del *ne bis in idem* anche in relazione ad ipotesi ove si è invece in presenza di un semplice mutamento del “titolo” o del “grado”. Viene infatti sostenuto che il suo accoglimento renderebbe privo di rilevanza il riferimento, operato dal legislatore, al “titolo” ed al “grado”, giacché esso non avrebbe, in concreto, alcuno spazio applicativo (47).

Tale argomentazione non sembra cogliere nel segno in quanto, come vedremo fra breve, il riferimento al “titolo” ed al “grado” trova comunque un suo preciso ambito di operatività laddove si verifichi un mutamento della qualificazione giuridica o dell'elemento soggettivo del reato, o vi sia un passaggio da un reato tentato ad un reato consumato o da un reato di pericolo ad un reato di danno. Né pare corretta l'affermazione secondo cui l'impostazione sovraesposta tenderebbe a confondere il *ne bis in idem* processuale con il *ne bis in idem* sostanziale, o sarebbe comunque tributaria del *ne bis in idem* sostanziale (48); essa, al contrario, anche dal punto di vista teorico mantiene ben distinte le due rispettive sfere.

L'orientamento da noi condiviso evita inoltre la necessità di operare una serie di “precisazioni” — che si traducono in vere e proprie “correzioni” di rotta -, connaturata invece all'accoglimento di altre impostazioni, almeno se si vuole impedire di giungere ad alcune inaccettabili conse-

---

(46) G. LOZZI, *Lezioni*, cit., 795.

(47) V. in tal senso, ad esempio, T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, 873; analogamente E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 458, secondo cui detta impostazione esegetica restringe « forse sino ad annichilirlo, il significato delle locuzioni di titolo e grado contenute nel primo comma dell'art. 649 c.p.p. ».

(48) Per tale rilievo critico v. T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., 873: « l'autonomia conferita al concetto di fattispecie giudiziale risulta, in questo contesto, impropriamente tributaria del *ne bis in idem* sostanziale ex art. 15 c.p. Essa infatti, quale proiezione, nel processo, proprio dell'art. 15 c.p., è assai utile in sede di cognizione (dove giova a discernere dal concorso apparente di norme le fattispecie cumulabili senza rischio di un'illegittima duplicazione di pena), mentre è sterile dopo il giudicato, quando si tratta ormai di riconoscere le più ampie e, soprattutto, ben distinte istanze del *ne bis in idem* processuale »; al riguardo v. altresì Id., *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 261 ss.



guenze da esse derivanti, particolarmente in tema di concorso di reati. Ad esempio, sotto la vigenza del c.p.p. 1930 un'autorevolissima voce della dottrina aveva sostenuto che con riferimento al concorso formale di reati l'elemento oggettivo della *res iudicata* non può essere limitato alla sola azione od omissione, rilevando che fin quando esse sono suscettive di produrre un solo evento, la condotta basta ad individuare tale limite oggettivo, ma « quando l'azione o l'omissione può produrre più eventi (intesi come più violazioni della stessa o di diverse leggi), tra di loro compatibili, non basta più l'elemento della condotta a formare il limite oggettivo della regiudicata. Occorre in tal caso o ritenere che l'unità materiale dell'azione o dell'omissione si colora giuridicamente come plurimità ... ovvero ammettere che nel caso di concorso ideale la nozione del fatto ... si compone non solo dell'elemento dell'azione od omissione (come di regola) ma anche dell'evento. Sicché, se la regiudicata si è formata solo in relazione all'imputazione di un evento, essa non ostacola la nuova azione penale per un'imputazione riflettente l'altro evento » (49).

Tale enunciato peraltro, come già avemmo modo di evidenziare (50), non era condivisibile. Ravvisare la sussistenza di un'azione od omissione che si “colora” come plurimità significa negare che il concorso formale di reati sia caratterizzato dall'unicità della condotta. Inoltre l'affermazione in base alla quale l'evento dovrebbe essere inglobato nella nozione di “fatto” solo in riferimento ai casi di concorso formale si traduce in un'impostazione incoerente, caratterizzata da una forzatura dovuta alla necessità di evitare l'accoglimento di conclusioni palesemente inaccettabili.

Non appare parimenti convincente l'opinione, che pur ha trovato vasto seguito in dottrina, secondo cui per accertare l'identità o meno del “fatto” bisognerebbe prendere in esame l'“oggetto materiale” della condotta (laddove esso sussista), giacché un'azione “transitiva” non è concepibile indipendentemente dall'oggetto fisico sul quale essa cade, o per meglio dire sul quale essa incide (51).

Anche questa soluzione è stata elaborata per “mitigare” le conseguenze discendenti dall'affermazione secondo cui il canone del *ne bis in idem* vieterebbe la celebrazione di nuovi processi nelle ipotesi di concorso formale omogeneo od eterogeneo, in quanto in tal caso si sarebbe in presenza di un mero mutamento del titolo del reato (52).

---

(49) G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. III, Napoli, 1961, 342.

(50) P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, cit., 495 e 496.

(51) F. CORDERO, *Procedura penale*, IX Ed., Milano, 2012, 1201 ss.

(52) V. in tal senso F. CORDERO, *Procedura penale*, loc. cit.; analogamente M. CERESA GASTALDO, *Esecuzione*, in G. CONSO - V. GREVI - M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, VI Ed., Padova, 2012, 1066; E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario - E. Marzaduri, *Le impugnazioni*, vol. coordinato da M. G. Aimonetto, Torino, 2005, 633 ss.



Grazie alla “correzione” così operata il soggetto condannato con sentenza passata in giudicato per il reato di accensione ed esplosioni pericolose, ai sensi dell’art. 703 c.p., per aver provocato uno sparo, può poi essere processato per omicidio, qualora si accerti che detto sparo ha cagionato la morte di un uomo; più in generale, in tal modo si scongiura la preclusione derivante dal giudicato in tutte le ipotesi di concorso formale eterogeneo in cui solo una delle due fattispecie contempra un oggetto materiale (53). Parimenti, in virtù di questa indicazione nel caso di una raffica di un fucile mitragliatore che cagioni la morte di due o più soggetti il passaggio in giudicato della pronuncia concernente l’omicidio di una delle vittime non preclude l’instaurazione di un nuovo procedimento in ordine agli ulteriori eventi naturalistici, rappresentati dal decesso di altri soggetti. Viene infatti ribadito che, nei reati cosiddetti materiali, occorre tener conto dell’oggetto fisico su cui la condotta è caduta (54).

Queste precisazioni peraltro suscitano numerose perplessità. Il riferimento all’oggetto su cui cade la condotta conduce, sia pur indirettamente, ad un parziale recupero dell’evento naturalistico nell’individuazione del “fatto”.

Si è inoltre lucidamente osservato che il comportamento di chi esplosa un colpo di arma da fuoco in un centro abitato in realtà è sempre lo stesso, a prescindere dal fatto che il proiettile uccida o meno una persona, giacché il verificarsi dell’evento in senso naturalistico non rende di per sé diversa la condotta; è stato evidenziato che l’impostazione sovramenzionata « avrebbe fondamento soltanto se ci si trovasse di fronte ad un’azione necessariamente transitiva, che debba, cioè, passare dal soggetto sull’oggetto non potendo essere compiuta senza l’oggetto stesso », rilevandosi che, al contrario, nell’ipotesi formulata « il carattere transitivo è meramente eventuale ed emerge solo quando si consideri l’evento naturalistico: se da tale evento si prescinde non risulta neppure » (55).

L’assenza del carattere transitivo appare con chiarezza nelle omissioni; qualora, ad esempio, un soggetto incaricato di un servizio di sorveglianza si addormenti e tale omissione costituisca già di per sé un reato, nell’ipotesi in cui, per effetto di essa, si verifichi anche la morte di un individuo, il comportamento « non muta sia nel reato omissivo di mera condotta sia nel reato omissivo di evento. Dire che il verificarsi di un evento naturalistico conseguente alla condotta, alla quale non è neppure collegato da un coefficiente psichico, rende la condotta transitiva e, quindi, non definibile

---

(53) Cfr. T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., 874.

(54) M. CERESA GASTALDO, *Esecuzione*, cit., 1066; F. CORBI, *L’esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 93; A. GIOVENE, voce *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, 429; E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, cit., 654; T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., 874.

(55) G. LOZZI, *Profili*, cit., 54.

senza considerarne l'oggetto materiale, non persuade e non chiarisce in quale modo il collegamento con l'evento possa valere ai fini di un giudizio di identità con la condotta stessa » (56).

Oltretutto la tesi sovraesposta appare basata su un criterio che permette solo in determinate ipotesi, e sulla base di parametri sostanzialmente incerti e casuali, di ovviare alle conseguenze derivanti dall'affermazione in base alla quale il *ne bis in idem* precluderebbe, almeno in via generale, la possibilità di instaurazione di ulteriori procedimenti nelle ipotesi di concorso formale di reati.

Si pensi all'esempio dell'esplosione dell'arma da fuoco. La soluzione incentrata sul carattere "transitivo" dell'azione rende possibile la celebrazione di un ulteriore procedimento, successivamente a quello concernente il reato di cui all'art. 703 c.p., qualora il proiettile abbia attinto il corpo di un individuo. Supponiamo peraltro che, all'interno di un ospedale, nel reparto di rianimazione ove sono ricoverati dei soggetti infartuati, un infermiere esploda un colpo di arma da fuoco e uno dei pazienti, per l'emozione determinata da questa esplosione improvvisa, sia colto da un nuovo infarto, che ne causi il decesso. In tal caso il proiettile non ha attinto il corpo della vittima, e la tesi basata sul carattere "transitivo" dell'azione non permetterebbe la celebrazione di un processo per questo differente accadimento, che configura un omicidio colposo.

Anche sotto ulteriori aspetti appare inappagante la tesi volta a ritenere operante il *ne bis in idem* in presenza di un concorso formale eterogeneo di reati, purché si tratti di due reati non "transitivi", privi in quanto tali di un oggetto fisico, materiale (è questo il caso, ad esempio, del concorso fra il reato di calunnia e quello di falsa testimonianza). In particolare non sembra rilevante sottolineare come in tal modo venga "punita" la scarsa professionalità del p.m., che non abbia contestato congiuntamente i diversi addebiti nel corso dell'attività investigativa e non abbia poi provveduto ad ovviare a tale "disattenzione", mediante un'accusa suppletiva in sede dibattimentale (57). Infatti l'analisi del *ne bis in idem* non è ricollegabile a considerazioni concernenti l'operato dei p.m. e non deve condurre ad una sorta di "penalizzazione" delle loro eventuali inadempienze.

La tesi in base alla quale in caso di concorso formale eterogeneo risulterebbe operante il canone del *ne bis in idem*, essendo in presenza di una mera variazione del "titolo", inidonea a determinare un mutamento del

---

(56) G. LOZZI, *Profili*, loc. cit.

(57) Cfr. M. BENENATI, *Come intendere il concetto di medesimo fatto ai fini del "ne bis in idem"?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1551: « se il p.m. pur conoscendo il fatto nella totale interezza ha ritenuto (per le più svariate ragioni) di promuovere azione penale solo per uno anziché per più o tutti i reati, non appare corretto e conforme alle regole del giusto processo permettere allo stesso o ad altro p.m. la possibilità di contestare nuovi illeciti sempre per il medesimo fatto-reato già giudicato ».

“fatto”, deve essere respinta. Essa sottrae alla verifica giudiziale un possibile episodio antigiuridico mai precedentemente esaminato; inoltre appare esposta alla fondamentale obiezione, davvero risolutiva, secondo cui il mutamento di titolo « sussiste solo se la condotta abbia realizzato un reato diversamente definito nel secondo procedimento, poiché si avrà non mutamento ma cumulo di titoli ove si prenda in considerazione un altro reato integrato dalla medesima condotta » (58).

Del resto il legislatore, sia pur al di fuori del contesto dell'art. 649 c.p.p., ha espressamente chiarito che la formazione del giudicato non impedisce la celebrazione di un ulteriore procedimento in ordine ad un reato in concorso formale con quello costituente oggetto della precedente decisione. Ai sensi dell'art. 671, comma 1, c.p.p. in caso di più sentenze o decreti penali irrevocabili pronunciati in procedimenti distinti contro la stessa persona il condannato o il pubblico ministero possono infatti « chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale », purché la sussistenza del concorso non sia stata esclusa dal giudice della cognizione.

È evidente pertanto che qualora più reati risultino realizzati in virtù di un'unica condotta il giudicato formatosi in relazione ad uno di essi non impedisce di procedere nei confronti degli ulteriori illeciti ascrivibili allo stesso soggetto, in presenza di ipotesi di concorso formale di reati.

5. *La diversità concernente il titolo, il grado o le circostanze.* — Abbiamo già rilevato come assuma un valore decisivo ritenere che determinate variazioni rispetto allo “stampo” caratterizzante il giudicato già formatosi rappresentino delle semplici modifiche concernenti il titolo o il grado dell'addebito, tali pertanto da non precludere l'operatività del canone del *ne bis in idem*.

Secondo l'impostazione maggioritaria deve ricomprendersi nella modifica del “titolo” il mutamento di qualificazione giuridica del fatto di reato, non interessando ai fini del *ne bis in idem* la diversa valutazione, il diverso *nomen iuris* attribuito ad una determinata vicenda (59).

---

(58) G. LOZZI, *Lezioni*, cit., 793.

(59) F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, 135 ss.; F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 85; E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, cit., 629 ss.; G. LOZZI, *Profili*, cit., 40; T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., 872; P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, cit., 488 e 489; Id., sub art. 649 c.p.p., cit., 427. La giurisprudenza (Cass., sez. VI, 17 gennaio 2003, Agate e altri, CED 227711) ha ravvisato ad esempio la sussistenza di una mera modifica del titolo, inidonea pertanto a determinare un mutamento del fatto, e tale invece da giustificare l'operatività del canone del *ne bis in idem*, in un'ipotesi in cui era stato contestato il reato previsto dal secondo comma dell'art. 416-bis c.p. — concernente l'appartenenza all'associazione criminale con funzioni di promozione, direzione o organizzazione — nei confronti di un soggetto che, in relazione allo stesso periodo

Nella modifica del titolo rientra anche la differente qualificazione giuridica conseguente al mutamento dell'elemento soggettivo, e cioè il passaggio, ad esempio, dalle lesioni colpose a quelle dolose (60).

Per quanto invece concerne la dizione di "grado" del reato, di cui all'art. 649 c.p.p., ad essa viene generalmente fatto riferimento in relazione al passaggio dal reato tentato al reato consumato, o da un reato di pericolo ad un reato di danno (61).

Potrebbe osservarsi, criticamente, che il legislatore forse avrebbe fatto meglio ad utilizzare una terminologia maggiormente esplicativa, tenuto conto delle difficoltà interpretative connesse alla precedente, analoga formulazione adottata dall'art. 90 c.p.p. 1930. In effetti proprio l'assenza di precisi punti di riferimento, nell'attuale come nel previgente codice, atti a delineare la nozione in oggetto, ha giustificato le più disparate impostazioni, volte ora a restringere ora ad ampliare l'ambito del "titolo" e del "grado".

Va rilevato, in chiave retrospettiva, come l'unico labile elemento indicativo al riguardo sia quello fornito dalla Relazione sul progetto preliminare al c.p.p. 1930, ove, nel sottolineare le ragioni pratiche che rendevano opportuno il divieto di un nuovo procedimento anche rispetto alle ipotesi in cui il fatto-base, oggetto del giudicato, poteva essere diversamente definito per il titolo o per il grado, si faceva espresso riferimento al « passaggio dal tentativo d'omicidio alla consumazione, o da un delitto di pericolo a un delitto di danno » (62).

Era stato infatti chiarito che nell'ambito di operatività del *ne bis in idem* andavano ricomprese anche delle ipotesi in cui, a rigore, ed in assenza di ulteriori precisazioni, non si sarebbe potuto parlare di identità del fatto, evidenziandosi che fra esse poteva farsi rientrare il caso che si verifica quando, in realtà « il fatto, oggetto della sentenza divenuta irrevocabile, non sia più il medesimo, per essere sopraggiunto un evento, prima non verificatosi, che lo renda più grave ». Veniva riportato l'esempio del

---

temporale ed alla medesima organizzazione criminale, era già stato processato, con sentenza passata in giudicato, nella veste di mero compartecipe, ai sensi del primo comma del predetto art. 416-bis.

(60) F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 85; G. LOZZI, *Lesioni*, cit., 791 e 792; ID., voce *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 918; ID., *Profili*, cit., 47; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 447.

(61) C. BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale*, in questa *Rivista*, 1990, 1635 ss.; A. GIOVENE, voce *Giudicato*, in *Dig. pen.*, vol. V, Torino, 1991, 429; P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, cit., 490; ID., sub art. 649 c.p.p., cit., 428. Sotto la vigenza del c.p.p. 1930 G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, III, cit., 376, rilevava che dovevano essere ricondotte fra le ipotesi di semplice mutamento del "grado" tutte le situazioni che « senza spostare il titolo del reato importano maggiore o minore gravità del reato o della responsabilità ».

(62) *Rel. prog. prel. c.p.p. 1930*, 23.

passaggio dal reato tentato a quello consumato, dal reato di pericolo a quello di danno; infatti, almeno formalmente, in un simile contesto non è ravvisabile l'identità del fatto « dal momento che ad esso è venuto ad aggiungersi un elemento prima non valutato ». Peraltro ammettere in tal caso l'instaurazione di una nuova azione penale, nonostante la formazione di un precedente giudicato avrebbe cagionato « non lievi inconvenienti »; pertanto era stato ritenuto opportuno « conservare il divieto di nuovo procedimento, anche se il fatto-base, oggetto del giudizio, possa essere diversamente definito per il titolo, per il grado o per le circostanze, a cagione di elementi già esistenti, ma ignorati, nel momento del giudizio stesso, o sopravvenuti dopo che la sentenza divenne irrevocabile » (63).

Il legislatore, evidenziando come il mutamento del grado non determini una variazione del "fatto", sembra implicitamente sconfessare l'opzione interpretativa accolta dalla giurisprudenza, volta ad inglobare nella nozione in esame anche l'evento naturalistico, giacché se essa fosse corretta non potrebbe evidentemente sostenersi in tal caso la medesimezza del fatto, stante l'innegabile mutamento dell'evento naturalistico nelle ipotesi di passaggio dal reato tentato a quello consumato.

Dobbiamo ora affrontare un quesito di notevole spessore, incentrato sull'analisi di cosa avvenga quando, ad esempio, successivamente alla formazione del giudicato in ordine ad un reato di lesioni, si verifichi il decesso della vittima. Secondo la dottrina maggioritaria non potrebbe più procedersi per il conseguente delitto di omicidio, essendo in tal caso in presenza di un'ipotesi di variazione nel "grado" del reato (64) (o, secondo altri — anche se ciò non determina delle differenze dal punto di vista pratico — di una variazione nel "titolo" (65)).

In effetti sarebbe irrazionale, come è stato acutamente sottolineato (66), sostenere che Tizio non possa essere processato per il reato di omicidio consumato qualora in precedenza, per detta vicenda, sia stato imputato di tentativo di omicidio (essendo in tal caso in presenza, senza alcun dubbio, dello stesso "fatto", con la sola variazione del "grado"), ed affermare al contrario che detto soggetto, già giudicato con sentenza passata in giudicato relativamente al reato di lesioni personali, risulterebbe invece assoggettabile ad un processo per omicidio colposo qualora, in epoca più o meno ravvicinata rispetto alla verifica dell'episodio, la vittima morisse a causa delle lesioni.

---

(63) Per tutte queste affermazioni v. *Rel. prog. prel. c.p.p.* 1930, 25.

(64) E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, cit., 634; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 448

(65) G. LOZZI, voce *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 921; analogamente A.M. BENENATI, *Come intendere il concetto di medesimo fatto ai fini del "ne bis in idem"?*, cit., 1551.

(66) F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 92 e 93.

La giurisprudenza invece generalmente sostiene che vi sia un mutamento del “fatto”, ritenendo che in esso debba essere ricompreso anche l’evento, che nel caso in esame risulta ovviamente differente (67). L’avvenuto decesso della vittima configurerebbe pertanto un fatto autonomo, diverso rispetto a quello precedentemente ricondotto entro lo schema legale del reato di lesioni.

Più precisamente, si afferma che mentre il giudizio sul reato più grave assorbe quello sul reato minore, nel caso inverso il giudicato sul reato a minor disvalore non risulta preclusivo all’instaurazione di un secondo giudizio, in quanto altrimenti resterebbe impunita l’area di illiceità che esula dalla fattispecie *minor*.

Questa conclusione presta peraltro il fianco a molti rilievi critici; nel nostro ordinamento non è previsto che il giudice, anche in presenza di ipotesi di c. d. “reato progressivo”, possa applicare una pena diminuita della sanzione già inflitta, come invece dovrebbe avvenire, per evidenti ragioni equitative (onde scongiurare « inevitabili attriti tra *ne bis in idem* processuale e *ne bis in idem* sostanziale » (68)), qualora il giudice condannasse per il reato di omicidio preterintenzionale un soggetto già processato in ordine al reato di lesioni personali (69).

Occorre dunque ravvisare in questo caso un’ipotesi di mutamento che non incide, dal punto di vista legale, sulla medesimezza del fatto (70). Solo in tal modo, del resto, il *ne bis in idem* processuale rispetta il *ne bis in idem*

---

(67) V. per tutte Cass., sez. V, 1 luglio 2010, Carbognani, in *CED* 247895, ove, affermandosi che ai fini del *ne bis in idem* « l’identità del fatto sussiste solo quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi », si sostiene l’insussistenza della preclusione di cui all’art. 649 c.p.p. « con riguardo a procedimento per il delitto di omicidio preterintenzionale nel caso che le lesioni — per le quali si sia già proceduto — abbiano solo successivamente determinato la morte della persona offesa dalla condotta dell’agente ».

(68) Cfr. F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., 92. Come rilevato da E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 468 « in mancanza di un sistema che consenta al giudice del secondo processo di tener conto di quanto già deciso rispetto alla fattispecie minore, si otterrebbe il risultato di far pagare due volte il prezzo intero di una condotta, in effetti lesiva di un unico oggetto materiale ». Parimenti T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., 874, sottolinea il rischio di veder compressa « la stessa linea di garanzia del *ne bis in idem* sostanziale tutte le volte in cui il secondo processo abbia ad oggetto un reato in concorso apparente di norme con quello per il quale vi sia già stata condanna; ciò, almeno, ove si ritenga espediente vietato detrarre dalla pena comminata nel secondo processo quella applicata nel primo ».

(69) Dal punto di vista storico, va ricordato che simile ipotesi veniva risolta dai giureconsulti, fino all’epoca del diritto intermedio, mediante l’artificio consistente nel sospendere il giudizio, onde accertare se all’evento lesivo avrebbe o meno fatto seguito la morte della vittima: v. in tal senso I. GAGLIARDUS, *De delictis*, Roma, 1615, 136 « *cautela est, ut iudices supersedeant in procedendo usque secuta fuerit mors, vel sit certum non moriturum ex ipso vulnere* ».

(70) G. LOZZI, voce *Giudicato*, loc. cit.

sostanziale (indubbiamente sussistente in detto contesto, essendo in presenza di un concorso apparente di norme), impedendo che lo stesso soggetto venga punito due volte in ordine allo stesso fatto.

Una diversa soluzione, volta ad escludere l'operatività dell'art. 649 c.p.p., legittimerebbe, da parte dell'interessato sottoposto a processo, la sensazione di una violazione delle proprie garanzie; infatti il giudicato formatosi in ordine al reato di lesioni concerneva l'intera area di disvalore compresa nell'episodio in esame, almeno con riferimento al momento in cui detto episodio era stato sottoposto all'accertamento giudiziale.

La situazione appare assai diversa rispetto a quella configurabile in presenza di un concorso di reati, ove invece riteniamo non operi il *ne bis in idem*, stante la differenza del "fatto". Mentre il soggetto già giudicato in relazione ad uno solo dei reati in concorso formale non può obiettivamente negare che rimanga ancora da esaminare processualmente un altro possibile aspetto di illiceità, essendo finora stata accertata in sede di giudizio solo una delle due figure criminose ricollegabili alla sua condotta, assai diversa è la posizione di chi al momento del giudicato ha visto interamente valutata la vicenda posta in essere, e non deve pertanto essere esposto all'alea di un evento futuro ed incerto quale quello rappresentato dalla celebrazione di un nuovo processo a seguito della morte del soggetto vittima delle lesioni.

6. *Le differenze spaziali o temporali.* — Sebbene la giurisprudenza a più riprese abbia rilevato come la preclusione inerente al principio del *ne bis in idem* operi solo qualora vi sia un'assoluta corrispondenza delle coordinate spaziali e temporali (71), deve tuttavia obiettarsi che laddove qualsivoglia variazione di tali coordinate valesse ad escludere l'operatività del canone del *ne bis in idem* la portata garantistica connessa all'art. 649 c.p.p. potrebbe essere agevolmente elusa (72), e risulterebbe impossibile scongiurare l'eventualità di un' indefinita reiterazione di procedimenti a carico dello stesso soggetto in ordine al medesimo episodio, purché si avesse la semplice accortezza di operare una pur modesta variazione inerente al *tempus commissi delicti* o al *locus commissi delicti*.

In tal modo, ad esempio, un individuo condannato o assolto per aver commesso un furto nell'abitazione del signor X alle ore 20.00 del 10 maggio 2013 sarebbe assoggettabile ad un nuovo procedimento in relazione alla stessa imputazione, laddove si facesse riferimento alle ore 21.00 anziché alle ore 20.00 quale momento di perpetrazione dell'illecito. Sem-

---

(71) V. ad esempio Cass., sez. un., 28 giugno 2005, Donati ed altro, *cit.*; analogamente Cass., sez. II, 27 maggio 2010, Rapisarda e a altro, *cit.*; Cass., sez. IV, 3 maggio 2006, Cacciari, in *CED* 256093.

(72) P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, *cit.*, 487.



bra incontestabile peraltro che questa semplice variazione temporale non debba incidere sul *ne bis in idem*, risultando ininfluente al riguardo (73).

Ciò conferma, tra l'altro, l'autonomia della nozione di "fatto" relativa all'ambito del giudicato, evidenziando come il canone del *ne bis in idem* possa operare anche in presenza di modifiche temporali concernenti la fattispecie delittuosa che, incidendo significativamente sull'alibi dell'imputato, imporrebbero invece la trasmissione degli atti al p.m., per "diversità del fatto", ai sensi dell'art. 521, comma 2, c.p.p.

Bisogna tuttavia effettuare un'ulteriore precisazione. Il soggetto condannato con pronuncia passata in giudicato per aver colpito, all'esito di una lite fra automobilisti, l'individuo Y in data 10 giugno 2013 può sicuramente essere sottoposto ad un ulteriore procedimento per aver percosso, il successivo 11 giugno 2013, lo stesso individuo Y, incontrato all'uscita di una discoteca. Non vi è dubbio che siamo in tal caso in presenza di fatti del tutto diversi, dovuti all'ulteriore estrinsecazione dell'attività delittuosa di un determinato soggetto, e pertanto di accadimenti differenti, accomunati solo dalla stessa qualificazione giuridica e dalla vicinanza temporale dei due episodi (non dovendosi dimenticare che il *ne bis in idem* opera in relazione allo "stesso fatto", e non a "fatti analoghi" rispetto a quello già giudicato) (74).

Si potrebbe obiettare che individuare quando si è in presenza di due vicende diverse non sempre è agevole, almeno con riferimento a condotte delittuose potenzialmente reiterabili, ove le coordinate temporali, volte a puntualizzare il momento in cui venne posto in essere l'illecito, valgono anche ad espletare una funzione "connotativa", e cioè a permettere di comprendere a quale atto antiggiuridico si intenda fare riferimento, configurandosi come criterio identificativo della condotta « rispetto ad altre, di corrispondente struttura e oggetto, anteriori o successive » (75).

In effetti talora appare difficile comprendere, laddove sia passata in giudicato una pronuncia concernente un episodio delittuoso posto in essere dal soggetto Alfa ai danni di Beta, nel giorno X, alle ore xy, e venga poi instaurato un procedimento in ordine allo stesso titolo di reato per una vicenda che si suppone avvenuta nella stessa località, ma riferita ad un distinto *tempus commissi delicti* (ad esempio sempre in relazione al giorno X, ma alle ore xx), se in tal caso si intenda addebitare un « fatto ulteriore »

---

(73) Cfr. F. CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del « fatto »*, in questa *Rivista*, 1958, 940; G. LOZZI, *Lezioni*, cit., 791. Come osservato da T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., 875, le coordinate spazio-temporali, mentre risultano essenziali al momento della contestazione dell'accusa, devono invece essere parzialmente trascurate in sede di *ne bis in idem* « pena, altrimenti, una forte compromissione degli *standard* della garanzia ».

(74) P.P. RIVELLO, *Analisi*, cit., 484.

(75) T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 875. Sul punto v. anche E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 445.



rispetto a quello oggetto del precedente processo o se invece si voglia contestare « *lo stesso fatto* diversamente considerato in relazione al dato cronologico, cioè lo stesso fatto con una data diversa » (76).

Le difficoltà al riguardo hanno indotto una parte della dottrina ad accogliere la tesi che evita la necessità di distinguere le due ipotesi, ed in base alla quale ogni qualvolta si fosse in presenza di una variazione delle coordinate temporali dell'addebito risulterebbe ravvisabile un mutamento del "fatto" e si potrebbe pertanto procedere ad una nuova contestazione.

Riteniamo peraltro che le incertezze a cui abbiamo fatto cenno non debbano inevitabilmente condurre ad una soluzione che si rivelerebbe insoddisfacente dal punto di vista delle garanzie dell'imputato. Infatti l'impossibilità di distinguere le due diverse situazioni è ipotizzabile solo in presenza di capi di imputazione del tutto generici, privi dei doverosi contenuti descrittivi che risultano invece imposti a norma di legge.

In altri termini, se il capo di imputazione formulato in relazione al procedimento successivamente conclusosi con una pronuncia passata in giudicato si fosse limitato ad affermare che il soggetto Alfa aveva percosso Beta, nel giorno X, in una determinata località, sarebbe poi indubbiamente risultato difficoltoso comprendere, in presenza di una successiva contestazione volta a riprodurre queste scarse indicazioni descrittive, operando una mera variazione in relazione al dato temporale, se si era in presenza di un fatto storicamente diverso rispetto all'altro, o se invece il p.m. intendeva semplicemente riformulare la precedente imputazione, con la sola modifica concernente il parametro temporale. Una simile incertezza invece non sussiste se viene osservato il dettato normativo, rispettando così i requisiti formali della richiesta di rinvio a giudizio, delineati dall'art. 417 c.p.p., che esige, tra l'altro, « l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti » e « l'indicazione delle fonti di prova acquisite ».

7. *Il ne bis in idem in relazione ai reati abituali, ai reati continuati ed ai reati permanenti.* — Per quanto concerne i rapporti tra giudicato e reato abituale deve osservarsi che « il giudicato di condanna intervenuto nei confronti di un gruppo di azioni non preclude un successivo giudizio

---

(76) F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 96. Come osservato da T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 875, il fatto che, almeno con riferimento alle condotte reiterabili, l'indicazione temporale del momento di commissione del reato « non serve solo a dare connotazione cronologica a una condotta già individuata, ma agisce ancor prima come criterio identificativo della condotta, rispetto ad altre, di corrispondente struttura e oggetto, anteriori o successive », fa sì che non sia agevolmente distinguibile l'ipotesi in cui la variazione delle coordinate temporali risulta « funzionale soltanto a una più precisa connotazione dell'unica condotta prospettata » rispetto a quella ove « invece, essa denota la prospettazione di un'altra condotta ».

concernente un altro gruppo di azioni » (77), ma che tuttavia non è più possibile tener conto nel nuovo procedimento delle condotte già giudicate.

Venendo ad esaminare alcuni aspetti particolarmente problematici, concernenti il reato abituale “proprio” (che consiste in una pluralità di azioni giuridicamente irrilevanti se considerate isolatamente e la cui tipicità deriva dalla loro reiterazione), si supponga che dopo la formazione del giudicato siano individuate altre azioni, temporalmente precedenti, ma comunque riconducibili alla serie costituente l'elemento materiale del reato in ordine al quale è intervenuta la decisione divenuta irrevocabile. Se dette azioni costituiscono un semplice frammento della serie complessiva già valutata in occasione della pronuncia passata in giudicato vale la preclusione del *ne bis in idem*; qualora invece esse formino un insieme del tutto autonomo (come ad esempio può ipotizzarsi laddove esse risultino poste in essere in periodi temporali assai lontani rispetto a quelle che avevano dato vita al reato abituale preso in esame dalla precedente pronuncia) non deve ritenersi sussistente alcun ostacolo all'instaurazione di una nuova azione penale.

Si faccia invece l'ipotesi di una sentenza di assoluzione, passata in giudicato, dall'imputazione di sfruttamento della prostituzione, e motivata sull'assenza del carattere di abitualità. In tal caso non vi è dubbio che possa essere instaurato un ulteriore procedimento in relazione ad una nuova, e del tutto differente, serie di azioni, compiute successivamente od anteriormente rispetto a quelle prese in esame dalla decisione divenuta irrevocabile, e tali da poter configurare autonomamente un reato abituale. Deve invece ritenersi che nel corso di tale nuovo procedimento non possano essere esaminate, congiuntamente a tali azioni, anche quelle costituenti oggetto di disamina nell'ambito del precedente giudizio (78).

Non appare infatti condivisibile l'opinione di chi, in passato, aveva sostenuto che qualora, successivamente alla sentenza di assoluzione concernente il reato abituale, fossero state compiute delle ulteriori azioni ricollegabili, dal punto di vista finalistico, a quelle già valutate, in un successivo procedimento tali nuove azioni avrebbero potuto essere accertate, al fine di verificare la sussistenza dell'abitualità, congiuntamente a quelle prese in esame nel corso del giudizio conclusosi con la pronuncia divenuta irrevocabile, non operando in tal caso il canone del *ne bis in idem*. Si era infatti evidenziato che queste ultime, idealmente ricollegate, in sede di giudizio, a quelle precedenti, avrebbero in tal modo formato con esse un

---

(77) G. LOZZI, *Lezioni*, cit., 796.

(78) V. in tal senso G. LOZZI, *Lezioni*, cit., 797; nonché F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 99; E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, cit., 641; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 484; T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., 876; P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, cit., 504 e 505.

unico insieme, acquistando *ex post* « quella rilevanza giuridica che, nel momento in cui comparvero, non avevano » (79).

Deve al contrario obiettarsi che i singoli “frammenti” già giudicati risultano ormai “consumati” dal giudicato, e non possono pertanto essere riutilizzati al fine di comporre il quadro probatorio volto a confermare la sussistenza di un reato abituale.

Venendo ora al reato continuato, il giudicato penale su alcuni fatti legati dal vincolo della continuazione « non preclude il processo penale su altri fatti legati ai primi dalla medesimezza del disegno criminoso » (80); come noto, la disciplina del reato continuato può essere applicata anche *in executivis*, ai sensi dell’art. 671, comma 1, c.p.p. (81).

Per quanto invece concerne il reato permanente, deve ritenersi sottratta alla preclusione del giudicato l’eventuale prosecuzione dell’attività criminosa, posta in essere successivamente a quella accertata con la decisione divenuta definitiva (82).

Nonostante la natura ontologicamente unitaria del reato permanente, la sentenza “spezza” la permanenza e frantuma l’unitarietà del reato, provocando una “interruzione giudiziale” (83) (da distinguere, ovviamente, rispetto alla interruzione “naturale” che si verifica, ad esempio, a seguito della cessazione, ad opera dell’agente, del protrarsi della situazione antigiuridica, o per effetto dell’intervento delle forze di polizia, diretto a porre fine al perdurare della condotta delittuosa (84)), che impone pertanto di valutare autonomamente in sede processuale anche l’eventuale

---

(79) G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, III, cit., 354.

(80) G. LOZZI, *Lezioni*, cit., 796.

(81) V. sul punto G. DEAN, *L’esecuzione penale*, in AA.VV., *Procedura penale*, a cura di O. Dominioni-P. Corso-A. Gaito-G. Spangher-G. Dean-G. Garuti-O. Mazza, II Ed., Torino, 2012, 882.

(82) G. LOZZI, voce *Giudicato*, cit., 922.

(83) V., con riferimento ai reati associativi, Cass., sez. I, 3 marzo 2009, D’Arma e altri, in *CED* 243789: « la sentenza di condanna interrompe giuridicamente il reato associativo (naturalisticamente permanente) per cui il segmento di condotta successiva è autonomamente valutabile, non operando la preclusione ». Analogamente Cass., sez. VI, 4 ottobre 2000, Drago Ferrante, in *Cass. pen.*, 2002, 259, m. 45 (con nota di R. MALAVASI, *Reato permanente*, ne bis in idem *ed interruzione giudiziale della permanenza*), ove si afferma peraltro che l’interruzione giudiziale prescinde dagli esiti del giudizio, e può dunque derivare sia da una decisione di condanna che da una pronuncia di assoluzione. Va osservato che in dottrina G.A. DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, in questa *Rivista*, 1977, 594, ha sottoposto ad una parziale revisione critica la tesi dell’interruzione giudiziale del reato permanente, sostenendo che l’autorità giudiziaria, in sede di accertamento del secondo reato, non è del tutto libera nell’adottare la sanzione ritenuta più adeguata, dovendosi in tal caso applicare necessariamente una pena che, sommata a quella già irrogata, non superi i limiti massimi edittali previsti per il reato in oggetto.

(84) In ordine alla distinzione fra interruzione “giudiziale” e interruzione “naturale” appaiono tuttora fondamentali i rilievi di G. VASSALLI, *Amnistia, decorrenza del termine e*

segmento successivo, laddove la condotta antiggiuridica si prolunghi ulteriormente nel tempo (85).

Del resto chi è già stato condannato per un reato di carattere permanente non deve essere posto nella condizione di poter continuare nella sua condotta antiggiuridica senza veder sanzionato anche tale suo ulteriore comportamento (86); se così non fosse detto “segmento”, seppur connotato da illiceità, risulterebbe coperto da « una sorta di immunità penale » (87).

Si sostiene generalmente in giurisprudenza che il nuovo reato decorre dalla pronuncia della sentenza di primo grado divenuta poi irrevocabile (88). È stato tuttavia rilevato criticamente che, qualora nella prima imputazione fosse stata ancorata la fine della permanenza alla data in cui viene esercitata l'azione penale, essendo ovviamente detta data antecedente rispetto alla pronuncia della sentenza, si avrebbe necessariamente un periodo “scoperto” dal punto di vista processuale (89).

Pur essendo detta osservazione indubbiamente corretta, in realtà un simile rischio non si verifica quasi mai, in quanto in sede di contestazione di un reato permanente l'autorità giudiziaria, proprio in considerazione della natura di tale reato, si avvale di “formulazioni aperte” (90), volte a circoscrivere temporalmente solo il momento iniziale di consumazione del reato; al riguardo viene generalmente utilizzata la dizione: « dal ... a fino a tuttora » (91).

Così come già abbiamo evidenziato in relazione al reato abituale,

---

*interruzione giudiziale della permanenza nei reati punibili a querela di parte*, in questa *Rivista*, 1958, 1168 ss.

(85) V. sul punto R. MALAVASI., *Reato permanente*, cit., 265.

(86) P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, cit., 507.

(87) E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, cit., 639.

(88) Cass., sez. II, 12 luglio 2011, Blandina, in *CED* 250592; Cass., sez. V, 18 aprile 2008, Pandolfino, in *CED* 241579; Cass., sez. I, 8 aprile 2008, Zavettieri, in *CED* 239628; Cass., sez. VI, 4 ottobre 2000, Drago Ferrante e altri, in *Cass. pen.*, 2002, 259.

(89) F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 100; analogamente T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., 876: « la condotta successiva compresa fra il termine finale contenuto nella contestazione e la pronuncia della sentenza di primo grado sarebbe così sottratta alla cognizione tanto nel primo processo quanto nel successivo, con ingiustificata “impunità” dell'autore del reato per tale frazione di condotta criminosa ».

(90) Come sottolineato da R. MALAVASI., *Reato permanente*, cit., 265 e 266 « quando il pubblico ministero, nel contestare un reato permanente, indica solo la data iniziale del fatto, la permanenza intesa come dato della realtà deve ritenersi compresa nell'imputazione la quale, per questo motivo, viene definita “aperta” »; al contrario « se al pubblico ministero risulta la data di cessazione della condotta illecita già al momento della formulazione del capo di imputazione, essa dovrà essere inserita nella contestazione. In questo caso l'imputazione non è più aperta, ma si chiude ».

(91) È stato comunque osservato da F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 100, che anche detta soluzione presenta delle lacune; infatti in tal caso il

quando sottolineammo che in caso di assoluzione per un precedente episodio le condotte già esaminate, e ritenute inidonee a configurare il requisito dell'abitudine, non possono poi essere rivalutate unitamente a quelle poste in essere successivamente, al fine di avvalorare la sussistenza di tale requisito, analogamente, dopo il passaggio in giudicato dell'assoluzione dall'addebito di un reato permanente, anche nell'eventualità dell'instaurazione di un secondo giudizio non si può più tener conto del comportamento esaminato antecedentemente, al fine di comprovare la sussistenza della permanenza (92).

8. *Le problematiche ricollegabili all'operatività dell'art. 649 c.p.p. nei confronti dei reati complessi e di quelli realizzati alternativamente da condotte corrispondenti a fattispecie equivalenti.* — Nel reato complesso, configurato dall'art. 84 c.p., dei fatti che, esaminati separatamente, costituirebbero per se stessi un illecito, vengono invece considerati dal legislatore come elementi costitutivi o circostanze aggravanti di una sola, specifica fattispecie incriminatrice (93).

Il giudicato intervenuto sul reato complesso impedisce l'instaurazione di un ulteriore procedimento concernente uno dei reati "semplici" che lo compongono (94).

Qualora il giudicato si riferisca invece ad uno solo dei fatti incorporati nel reato complesso, occorre distinguere a seconda che si sia in presenza di un reato complesso "in senso stretto" oppure di un reato complesso "in senso lato". Nella prima ipotesi, in cui la struttura del reato complesso è formata dalla somma di due illeciti, come avviene per la rapina, comprensiva del furto e della violenza privata, il giudicato formatosi su uno dei due componenti, ad esempio sul reato di furto, impedisce di procedere in

---

giudice non è messo in condizione di pronunciarsi « sulla condotta dell'imputato successiva allo svolgimento dell'istruttoria dibattimentale e della discussione ».

(92) G. LOZZI, *Lezioni*, cit., 797. La giurisprudenza peraltro talvolta si è mostrata di diverso avviso, ritenendo che i due periodi possano essere "sommati" fra loro, e cioè che si possa tener conto anche di quello già valutato in occasione del precedente giudizio di assoluzione; v. ad esempio Cass., sez. VI, 20 marzo 2006, Bonetti, in *CED* 234112, ove si è affermato che in tema di reato associativo la dichiarazione di improcedibilità dell'azione penale in relazione ad una parte del periodo di adesione al vincolo associativo « interrompe la permanenza del reato per il periodo corrispondente, precludendo la possibilità che in relazione alla condotta associativa svoltasi in quell'arco di tempo possa essere pronunciata condanna nei confronti dell'imputato, ma non ha l'effetto di impedire che gli elementi di fatto relativi a tale periodo possano essere valutati come prova ai fini della sussistenza del reato associativo con riferimento al tempo residuo di permanenza ».

(93) In ordine al reato complesso v. l'ampia analisi sviluppata da T. SORRENTINO, *Il reato complesso. Aspetti problematici*, Torino, 2006.

(94) V. sul punto V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002, 227 ss.; T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., 875.

ordine all'intero reato complesso, di cui all'art. 628 c.p., ma non preclude l'instaurazione di un ulteriore procedimento concernente il reato di violenza privata (95).

A diverse conclusioni deve invece giungersi se si è in presenza di un reato complesso "in senso lato", composto da un fatto che di per sé integrerebbe un titolo autonomo di reato al quale si aggiunge un *quid* ulteriore che, qualora isolatamente considerato, non assumerebbe affatto carattere antiggiuridico, e si configurerebbe pertanto come « penalisticamente neutro » (96): si pensi, almeno con riferimento al passato, all'ipotesi della violenza carnale di cui all'art. 519 c.p., che risultava comprensiva della violenza privata e dell'ulteriore elemento della congiunzione carnale. In tal caso una volta intervenuto il giudicato sulla violenza privata non sarebbe stato più possibile procedere in ordine alla violenza carnale; infatti appariva esclusa la possibilità di instaurare l'azione penale per un ulteriore addebito, residuando solo un *quid pluris* penalmente insignificante, qualora fatto oggetto di valutazione autonoma (97).

Infine, relativamente alle fattispecie criminose che possono risultare concretate, alternativamente, da differenti condotte, fra loro fungibili, la cui contemporanea realizzazione non determina però un concorso di reato, va affermato che la condanna, passata in giudicato, in ordine ad una delle modalità alternative di esecuzione del reato preclude la possibilità di celebrazione di un ulteriore procedimento per le condotte ulteriori (98).

Al riguardo viene generalmente fatto ricorso all'esempio offerto dall'art. 616 del codice penale, concernente la violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza. Se il soggetto, dopo aver sottratto una lettera, l'ha poi distrutta, la condanna, passata in giudicato, relativa alla prima condotta impedisce l'instaurazione di un altro procedimento per il reato di soppressione di corrispondenza. In questo caso accanto al *ne bis in idem* processuale è ravvisabile il *ne bis in idem* sostanziale, dovendosi comunque impedire una duplicazione di sanzioni. Occorre peraltro che le due condotte siano fra loro strettamente collegate dal punto di vista

---

(95) V. in tal senso Cass., sez. V, 18 novembre 2008, Ricci ed altri, in *CED* 241887, ove, ravvisandosi la sussistenza di un reato complesso, si è escluso che la decisione irrevocabile di estinzione, per prescrizione del reato, del delitto di appropriazione indebita attribuito all'amministratore di una società precludesse, dopo l'intervenuta dichiarazione di fallimento della predetta società, l'esercizio dell'azione penale nei confronti di tale soggetto per il delitto di bancarotta fraudolenta, dovuto alla distrazione dei beni societari. In dottrina v. in tal senso G. LOZZI, voce *Giudicato*, cit., 922; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., 482.

(96) F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 98.

(97) G. LOZZI, *Lezioni*, cit., 796; Id., voce *Giudicato*, cit., 922; P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, cit., 506. In giurisprudenza in tal senso, con riferimento al reato di atti di libidine violenti, Cass., sez. V, 21 ottobre 1999, Giordano, in *Riv. pen.*, 2000, 401.

(98) F. CAPRIOLI - D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 100 e 101; P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, cit., 511 e 512.

temporale e siano comunque riconducibili allo stesso episodio, giacché, in caso contrario, saremmo evidentemente in presenza di un concorso di reati.

Qualora vi sia stata invece l'assoluzione dall'addebito di distruzione o soppressione di una missiva il relativo giudicato non preclude l'instaurazione di un ulteriore procedimento per la diversa condotta consistente nell'aver indebitamente preso cognizione della stessa.

Deve giungersi ad analoga soluzione nell'ipotesi in cui sia stata esercitata l'azione penale con formulazione di imputazioni alternative ed il processo si sia concluso con una pronuncia di assoluzione in relazione ad una di esse, essendo in tal caso possibile un nuovo procedimento per l'altra imputazione (99).

PIER PAOLO RIVELLO  
*Magistrato*

---

(99) V. al riguardo Cass., sez. VI, 26 settembre 2008, Camber, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, 200, concernente una vicenda processuale in cui un soggetto era stato imputato, in via alternativa, di corruzione attiva e di millantato credito e, dopo essere stato assolto dalla prima imputazione, era successivamente stato condannato in ordine alla seconda.