

LEGGI PENALI TRA REGOLE E PRASSI

Collana diretta da Adolfo Scalfati e Mariavaleria del Tufo

IL NE BIS IN IDEM

a cura di

Annalisa Mangiaracina



G. Giappichelli Editore – Torino



lamiaLibreria

GLI AUTORI

GIUSEPPE BISCARDI – *Ricercatore di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata*

MANFREDI BONTEMPELLI – *Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Milano*

FABIO SALVATORE CASSIBBA – *Professore associato di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Parma*

FEDERICA CENTORAME – *Ricercatore di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi Roma Tre*

GIUSEPPE DI CHIARA – *Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Palermo*

ROSSELLA FONTI – *Professore associato di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Perugia*

NOVELLA GALANTINI – *Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Milano*

BENEDETTA GALGANI – *Professore associato di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Pisa*

ELVIRA NADIA LA ROCCA – *Ricercatore di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Roma La Sapienza*

FRANCESCO MAZZACUVA – *Ricercatore di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Parma*

MARIANGELA MONTAGNA – *Professore associato di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Perugia*

TOMMASO RAFARACI – *Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Catania*

STEFANO RUGGERI – *Professore ordinario di Diritto processuale penale presso
l'Università degli Studi di Messina*

PAOLO TROISI – *Ricercatore di Diritto processuale penale presso l'Università
degli Studi di Roma Tor Vergata*

Se oggi volessimo rappresentare in veste grafica il “*ne bis in idem*” dovremmo tracciare una parabola “ascendente”, orientata verso una costante crescita, in virtù delle “spinte” che provengono da un virtuoso dialogo tra Corti interne ed “europee”. Negli anni abbiamo infatti assistito a una trasformazione del *ne bis in idem*, da mero strumento atto a garantire la stabilità delle decisioni giudiziarie divenute irrevocabili in diritto fondamentale dell’individuo, consacrato nell’art. 50 CDFUE. In questo rinnovato contesto, ancora estremamente fluido, non mancano dei punti oscuri ai quali il presente volume, grazie al contributo di autorevoli esperti della materia, intende dedicare attenzione, con l’obiettivo di procedere ad una ricostruzione sistematica del *ne bis in idem* e delle sue ricadute concrete, prospettando, laddove necessario, possibili correttivi.

L’itinerario prende l’avvio dalla dimensione nazionale, c.d. “tradizionale” del principio. Dietro l’apparente semplicità della formula “divieto di un secondo giudizio” nei confronti della medesima persona e per il medesimo fatto, sancita dall’art. 649 c.p.p., si annidano diverse questioni interpretative che ruotano, anzitutto, attorno a due principali nuclei tematici, riguardanti il “soggetto” e il “fatto”.

Accanto al tema dell’efficacia vincolante positiva, diretta o riflessa del giudicato rispetto ai soggetti terzi, si pone il raffronto con la nozione di “medesimo fatto”. Termine polisemantico, a tratti sfuggente, soprattutto se rapportato ad alcune ipotesi particolari, inerenti ad esempio al reato complesso, permanente o abituale, nonché alle categorie del concorso formale di reati, ovvero del reato progressivo e del reato a condotte alternative. Proprio nel condurre l’analisi di queste specifiche situazioni, si coglie l’antitesi, non priva di riflessi applicativi, tra la concezione storico-naturalistica di “fatto” e quella più strettamente giuridica che nutre l’attuale dibattito.

Il dato normativo interno impone poi, sul versante delle pronunce con effetto preclusivo, di verificare quale ruolo svolga la declaratoria attestante il difetto di una condizione di procedibilità, alla quale il nostro ordinamento sembra riconoscere un’efficacia “limitata”.

Chiude la prima parte l'analisi di un'accezione "patologica" del fenomeno in esame. L'elusione del divieto di doppio processo potrebbe verificarsi già nelle battute iniziali del procedimento penale, al momento dell'iscrizione della *notitia criminis*, o persino in quelle finali, con la formazione del "doppio giudicato": gli interventi correttivi non potranno che essere modulati diversamente a seconda della fase specificamente interessata.

Dalla dimensione che abbiamo definito "tradizionale" si passa a quella "operativa": un passaggio che si arricchisce del contributo della giurisprudenza, anzitutto nazionale, in chiave "avanguardistica" se si guarda al tema della "litispendenza", in funzione di prevenzione del *ne bis in idem*. Si deve, infatti, alla nota sentenza "Donati" delle Sezioni Unite il riconoscimento, al divieto di "doppio processo", della valenza di principio generale dell'ordinamento. Ancora, su impulso della giurisprudenza, si è avuta la spinta all'estensione del *ne bis in idem* a quel sottosistema, tutt'oggi di difficile inquadramento sul piano dogmatico, rappresentato dalle "misure di prevenzione", dove, però, non mancano dubbi sull'individuazione della portata della nozione di "*factum*". Un terreno non meno insidioso è quello del giudicato "cautelare", realtà priva di un immediato riferimento normativo quanto alle interazioni con il fenomeno preclusivo, dove il vuoto è stato colmato da letture a tratti troppo disinvolute.

Procedendo oltre nell'indagine, ci si avvede di come nuova linfa al *ne bis in idem* sia stata instillata dalla giurisprudenza europea, facendo però emergere dei profili di contrasto del nostro sistema con quello convenzionale. È merito delle sentenze "*Fransson*" della Corte di Giustizia e "*Grande Stevens*" della Corte di Strasburgo l'avvio del percorso – ancora *in itinere* – che ha portato alla rilettura del concetto di "materia penale", quale fondamento del divieto di reiterazione dell'attività punitiva. Il che ha implicato una progressiva valorizzazione, in chiave ermeneutica, del tema del doppio binario sanzionatorio (amministrativo e penale). I settori maggiormente interessati sono quello tributario e degli abusi di mercato, dotati di un sistema repressivo proprio, destinato a convivere con quello penale allorché la violazione amministrativa – nei casi di maggiore gravità dell'illecito – costituisca anche reato. Su questo terreno, la fluidità delle pronunce delle Corti europee si infrange contro il principio di legalità processuale consacrato nell'art. 111, comma 1, Cost., che imporrebbe un intervento normativo atto a tracciare le linee del predetto doppio binario sanzionatorio.

Infine, nella ricostruzione del *ne bis in idem* non si può prescindere dalla prospettiva sovranazionale, resa particolarmente complessa dalla pluralità di fonti normative con le quali l'interprete è chiamato a confrontarsi. Il rafforzamento della cooperazione giudiziaria nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, governato dalla "mutua fiducia", ha costituito il *leit motiv* delle molteplici pronunce della Corte di Giustizia che hanno riempito di contenuto l'art. 54

CAAS quanto alla nozione di “*idem*” e “sentenza definitiva”. Tuttavia, l’irruzione dell’art. 50 CDFUE nel sistema delle fonti ha posto dei problemi di coordinamento con l’art. 54 CAAS, ai quali la Corte di Giustizia ha risposto, sia pure in maniera non del tutto convincente.

In questo intricato scenario, un posto a sé sembra occupare il *ne bis in idem* internazionale, chiuso tra le strettoie degli accordi convenzionali e considerato una sorta di fratello “minore” del *ne bis in idem* europeo. Emblematica la disciplina interna in tema di rinnovazione del giudizio che continua ad ammettere la ripetibilità incondizionata del processo *in idem* già svolto all’estero, qualora il reato sia stato commesso sul territorio, oppure sia presentata la richiesta del ministro della giustizia per la rinnovazione del giudizio già celebrato fuori dai confini qualora si tratti di reato consumato dal cittadino o dallo straniero all’estero.

Profili di non minore complessità presenta – dinanzi a una criminalità sempre più transfrontaliera – il tema dei conflitti internazionali di giurisdizione, di non facile risoluzione nell’ambito della giustizia penale transnazionale e, a maggior ragione, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell’Unione europea. Le cause di simili situazioni di conflittualità sono molteplici e di diversa natura: nell’affrontare il tema e nel proporre soluzioni normative, sullo sfondo si manifesta in modo costante l’esigenza di assicurare la salvaguardia dei diritti fondamentali dell’indagato.

A fronte di una trama che vede intrecciarsi fonti normative e letture multi-livello ad opera delle Corti nazionali ed europee – vere protagoniste della parabola che sta vivendo il *ne bis in idem* – non può che muoversi l’auspicio di una manovra normativa capace di garantire in proposito il necessario rispetto della legalità del sistema.

Annalisa Mangiaracina

Sezione I

LA PORTATA TRADIZIONALE

LE PIETRE E L'ARCO. NE BIS IN IDEM, MAPPATURA DELLE FUNZIONI E SFIDE DELLA COMPLESSITÀ: UNO SGUARDO INTRODUTTIVO

di Giuseppe Di Chiara

SOMMARIO: 1. Leonardo da Vinci e la fisica dell'arco: prologo. – 2. «Una certa inesaustività»: l'epidermide e il *background*. – 3. Epifanie del giudicato e cultura delle garanzie. La parabola delle carature del *ne bis in idem*: a) il polo oggettivo: la certezza delle situazioni giuridiche e la tutela della funzionalità del sistema. – 4. (*Segue*): b) il polo soggettivo: la curvatura interna del *right not to be tried twice* dalla «sicurezza dei diritti» al diritto fondamentale della persona. – 5. L'arco e la chiave di volta: note per un epilogo aperto.

1. Leonardo da Vinci e la fisica dell'arco: prologo

Edgard Morin, in un ben noto esemplare contributo sugli itinerari percorribili per l'esplorazione dell'esperienza complessa, dopo aver preliminarmente rimarcato che la complessità «si presenta come difficoltà e come incertezza, non come chiarezza e come risposta»¹, ha ricordato che *complexus* è «ciò che viene tessuto insieme» e che il tessuto «deriva da fili differenti e diventa uno»: sicché «tutte le varie complessità si intrecciano» e «si tessono insieme, per formare l'unità della complessità», pur se «l'unità del *complexus* non viene con ciò eliminata dalla varietà e dalla diversità delle complessità che l'hanno tessuto»².

¹E. MORIN, *Le vie della complessità*, in G. BOCCHI-M. CERUTI (a cura di), *La sfida della complessità*, Bruno Mondadori, Milano, 2007, p. 25.

²E. MORIN, *Le vie della complessità*, cit., p. 32. Sul tema della complessità non possono, pe-

Nascono non di rado dal plurale, dal variegato, dall'indocile, dall'irriducibile alla compattezza del monolite, le sfide della complessità, refrattarie per metodo alle facili ostinazioni della *reductio ad unum*: può accadere, anzi, che la convergenza delle diverse forze in campo – dal cui corretto inventario è pur necessario prendere le mosse – imprima all'insieme direzioni vettoriali a prima vista inattese.

E sovviene, in proposito, pur valorizzando ben altra via, un suggestivo appunto leonardesco, ben noto ai cultori di storia della scienza delle costruzioni: l'arco – vergherà argutamente a specchio Leonardo da Vinci, in uno dei taccuini oggi ricompresi nel secondo codice Forster – «non è altro che una fortezza causata da due debolezze, imperocché l'arco negli edifizii è composto di due quarti di circolo, i quali circoli, ciascuno debolissimo per sé, desidera cadere e opponendosi alla ruina l'uno dell'altro, le due debolezze si convertono in un'unica fortezza»³.

Le pietre e l'arco, dunque: le linee vettoriali dei singoli cunei – dal numero maggiore dei «due quarti di circolo», in progresso di tempo – ciascuna concettualmente isolabile; la loro risultante, che ne riplasma le dinamiche complesse nell'efficacia di una rinnovata distribuzione delle forze; la chiave di volta, infine, il cuneo fondamentale, che chiude il manufatto *in apicibus* ordinando le spinte di contrasto e così consentendo, attraverso la sua azione redistributrice, che l'arco divenga «fortezza». Converterà tornare, di seguito, alla metafora delle pietre e dell'arco, in un epilogo ideale necessariamente aperto, per fruire ancora della ricchezza che l'immagine possiede ed è in grado di sprigionare.

2. «Una certa inesautività»: l'epidermide e il *background*

Può, con queste suggestioni, volgersi lo sguardo al dato proposizionale che enuncia il congegno preclusivo tradizionalmente denotato con la formula del *ne bis in idem*: oggi contenuto nell'art. 649 c.p.p., ricalca linguisticamente una modellistica già propria – a ritroso – dell'art. 90 c.p.p. 1930, a sua volta erede, pur con varianti testuali, dell'art. 435 c.p.p. 1913, scolpito sulle orme degli

raltro, non richiamarsi le ricche pagine di A. FALZEA, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 201 ss.

³ LEONARDO DA VINCI, *Codice Forster II*, f. 50r (i taccuini dei tre Codici Forster sono adesso consultabili in formato fotografico sul sito istituzionale del Victoria and Albert Museum di Londra: www.vam.ac.uk). Il testo della trascrizione del Codice è tratto da A. BRUSCHI-C. MALTESE E ALTRI (a cura di), *Scritti rinascimentali di architettura*, Il Polifilo, Milano, 1978, p. 292.

artt. 518 e 540 c.p.p. 1865, questi ultimi dall'architettura più essenziale⁴. Un argine meccanico, che struttura, *prima facie*, un semplice raccordo implicativo, plasmato secondo il modello dell'*if/then*: al sopravvenire dell'irrevocabilità della sentenza o del decreto penale di condanna, che sigilla un ciclo di accertamento giudiziario giunto a epilogo definitivo, segue il divieto di iterare l'accertamento *de eadem persona et re*; ove tale divieto venga infranto, il congegno prevede modalità e tecniche idonee a intervenire, arrestandola, sulla nuova sequenza patologicamente instaurata; a realizzare la chiusura del sistema provvede il dispositivo *in executivis* posto dall'art. 669 c.p.p. e finalizzato a dirimere il conflitto pratico di giudicati. Una meccanica, pur dalla sofisticata ingegneria: null'altro, a un primo sguardo, sembra restituire il congegno.

Eppure, ineludibile si palesa, da sempre, nello studio dell'impianto, la consapevolezza di un eccedere che lo sovrasta, che esula dalla sommatoria aritmetica dei dettagli atomistici che lo compongono: l'idea – si è acutamente scritto – di «una certa inesautività»⁵ della pur solida e in sé non smentita lettura della sola componentistica. Si correla, d'altronde, tale inesautività, all'irrestituibile fluire del magma che scorre entro i confini tracciati dall'art. 649 c.p.p.: la consapevolezza di tale incomprimibile eccedere deriva, in fondo, dalla difficoltà di riportare su mappa, di fermare graficamente su diagrammi descrittivi compiuti, un fenomeno proteiforme, caratterizzato da un dinamismo vorticoso nel suo crescere, sfaccettandosi per bisettrici vettoriali di tutela, differenziandosi per consistenze tessutali, dilatandosi per estensioni territoriali, contestualizzandosi in coordinate sempre più accentuatamente multilivello che ne hanno modificato in profondità i contenuti e gli assetti cromatici. Chi si approssimi a questo snodo – è stato scritto – «non può che oscillare tra fascinazione e stordimento», sicché «quando si crede di cominciare a intravedere dei punti fermi, l'orizzonte è già in cambiamento»⁶.

⁴ Per i percorsi di storia della normazione postunitaria dell'impianto del *ne bis in idem* cfr., tra gli altri, F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 1201 ss.; G. DE LUCA, voce *Giudicato. II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Treccani, Roma, 1988, p. 1 ss.; M.L. DI BITONTO, *Il codice di procedura penale del 1865: il modello e le ideologie*, in R. FAVALE-C. LATINI (a cura di), *La codificazione nell'Italia postunitaria. 1865-2015*, Atti del workshop di Camerino, Università di Camerino, Camerino, 2016, p. 218 ss.; G. LOZZI, voce *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, p. 912 ss.; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 403 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. IV, Utet, Torino, 1932, p. 447 ss.

⁵ T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 858. In termini di «immensa galassia», ponendo l'accento sulle suggestioni dell'osservatore, si è acutamente espresso G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzioni e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in *Legisl. pen. (web)*, 2015, n. 7, p. 1.

⁶ R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3810.

Si tratta, a ben vedere, di un dinamismo che non concerne soltanto le parabole applicative, la loro conquistata trascendenza rispetto alla «cerchia antica» dei confini nazionali, il consolidamento, pur sfrangiato, dell'innesto del *ne bis in idem* nel novero – si direbbe – delle istituzioni della globalizzazione⁷: questa magmaticità concerne, anzitutto, la decifrazione delle finalità della tutela, del *background* profondo delle assiologie che alimentano le fisionomie e le logiche del congegno. Da questo affresco, che dovrà tener conto del suo essere immerso nella dilatazione degli orizzonti culturali e del più generale *idem sentire*, occorre, allora, prendere le mosse.

3. Epifanie del giudicato e cultura delle garanzie. La parabola delle carature del *ne bis in idem*: a) il polo oggettivo: la certezza delle situazioni giuridiche e la tutela della funzionalità del sistema

Il congegno del *ne bis in idem* costituisce, si è scritto, «una manifestazione della cosa giudicata penale»: «non l'unica né l'esclusiva», si è precisato, «ma senz'altro la più “pura”, in quanto consistente in una preclusione “neutra” ed in quanto perciò testimonianza di un ciclo del giudizio che comunque si chiude»⁸. Epifania tecnica del giudicato, dunque: e, insieme, sua meccanica integrante, suo presidio operativo, che «completa» la tutela dell'incontrovertibilità del risultato del processo⁹; ben oltre la formula tralaticia dell'«effetto», costituisce, in tal senso, «un “corollario” o, per così dire, un “riflesso” della cosa giudicata»¹⁰, poiché, a ben vedere, senza il corredo del divieto di *bis in idem* «nessuna decisione, per quanto irrevocabile e rimasta intatta, potrebbe garantire la certezza propria del giudicato»¹¹.

Converrà, dunque, volgere ancora brevemente lo sguardo a quella soglia, declinata per tradizione con il *nomen* di certezza (dai cui fondali non è forse estranea una qualche atavica temerarietà), che appartiene insieme alla tecnica del rito nelle sue frontiere ultime, alla trattatistica di teoria generale del processo e alle tavole assiologiche di sistema.

⁷ Per riprendere, qui, la classica cristallina formula adoperata, con le ben note tessiture concettuali, da M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000.

⁸ S. RUGGERI, *Giudicato penale e accertamenti non definitivi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 294 s.

⁹ Così T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 860.

¹⁰ Così ancora T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., loc. ult. cit.

¹¹ In questi termini ancora T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., loc. ult. cit.

La «stasi» che consegue «al culmine» del «dinamismo» processuale, che è – si è finemente scritto – «stasi del giudizio e dell'ordinamento a un tempo»¹², è un cardine identitario del sistema¹³. Sin dall'inizio degli anni settanta, la Corte costituzionale ha chiarito che «assolve ad un'esigenza logica prima ancora che giuridica la legge che traccia le linee del procedimento in modo che esso abbia a progredire verso la soluzione finale attraverso la concatenazione di atti di valore definitivo, così da impedire la perpetuazione dei giudizi»¹⁴. E, appena qualche anno più tardi, lo stesso giudice delle leggi, con sintesi efficace, aveva cura di rimettere a fuoco le coordinate del punto di incrocio in cui politicamente si coagula il fenomeno del giudicato: «ovvie esigenze di certezza delle situazioni giuridiche, presenti in tutti gli ordinamenti, richiedono (...) che – per quanto desiderabilmente larghi ed efficienti siano i controlli ed i mezzi di gravame attribuiti alle parti – ad un certo momento il processo si concluda irretrattabilmente»¹⁵. Ci si trova al cospetto di equilibri che, lungi dal rinviare a sfere ideologiche costituzionalmente neutre, si iscrivono, al contrario, entro il *pomerium* tracciato dalle *Grundnormen* di sistema: non per nulla la sottolineatura della «funzione costituzionale del giudicato» è una chiave di volta nelle messe a fuoco del giudice delle leggi¹⁶ e si colloca nel solco di una consapevolezza solidamente stratificata nel dibattito dottrinale¹⁷.

La dimensione valoriale della certezza – è stato peraltro rimarcato – si innesta nel più generale quadro della razionalità e dell'ordine del processo¹⁸, impernandosi nell'*asset* dell'ordine pubblico processuale¹⁹: la «proliferazione

¹² Le sottolineature sono di S. RUGGERI, voce *Giudicato penale*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 434.

¹³ Per una puntualissima fascinosa messa a fuoco del «sapere fluido» del sistema inquisitorio, che «tende all'infinito» e rifiuta traguardi irrevocabili, strutturandosi dunque su «cicli indefiniti, aperti al ripensamento», e perciò su conclusioni sempre provvisorie, e del transito allo stile accusatorio, che «esige i ritmi d'un tempo esatto» e «implica conclusioni irripetibili», cfr. le pagine splendide di F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1201 ss.

¹⁴ Corte cost., sent. 2 aprile 1970, n. 50, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁵ Corte cost., sent. 12 luglio 1972, n. 136, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁶ Così, ad esempio, Corte cost., sent. 30 aprile 2008, n. 129, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁷ Per un'analisi puntuale e ben documentata cfr., ad esempio, E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 15 ss.

¹⁸ Cfr., in tal senso, la messa a fuoco di A. GAITO, *Esecuzione*, in G. CONSO-V. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2006, p. 940; ha rimarcato, accanto alla categoria della certezza, la tutela di esigenze di economia processuale M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2008, p. 300.

¹⁹ Per questa terminologia cfr. Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati e a., in *Cass. pen.*, 2006, p. 30: si tratta, come è noto, della fondamentale pronuncia che ha ritenuto l'art. 649 c.p.p. «un singolo, specifico, punto di emersione del principio del *ne bis in idem*, che

dell'unico processo» – si è chiarito in giurisprudenza – darebbe luogo, anzitutto, a «un'evidente distorsione dell'attività giurisdizionale»²⁰, vulnerando le esigenze di razionalità e di funzionalità del sistema²¹. Sul piano assiologico, invero, il processo si palesa quale «sequenza ordinata di atti modulata secondo un preciso ordine cronologico, di attività, di fasi e di gradi», ed è «legalmente tipizzato in conformità di determinati criteri di congruenza logica e di economicità procedimentale in vista del raggiungimento di un risultato finale, nel quale possa realizzarsi l'equilibrio tra le esigenze di giustizia, di certezza e di celerità»²²; un sistema che non contemplasse il divieto di *bis in idem* destabilizzerebbe fatalmente tale equilibrio, dando luogo a «gravi ripercussioni nello svolgimento della vita collettiva e nell'armonia del traffico giuridico»²³.

4. (*Segue*): b) il polo soggettivo: la curvatura interna del *right not to be tried twice* dalla «sicurezza dei diritti» al diritto fondamentale della persona

Al versante oggettivo della stabilità della decisione, declinato secondo il canone della certezza delle situazioni giuridiche, si accompagna una dimensione soggettiva polarizzata sul destinatario dell'addebito penale: il sistema – si è rimarcato – si fa carico di preservare la certezza del diritto anche «nella sua

permea l'intero ordinamento dando linfa a un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica reg Giudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e funzionalità connaturate al sistema» (*ivi*, p. 33). Circa la categorizzazione del divieto di *bis in idem* come «somma preclusione» cfr. le classiche pagine di G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione* (1933), ora in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1993, p. 237 s., ove si è, peraltro, posto in luce come il giudicato garantisca l'intangibilità del risultato del processo «cioè il riconoscimento o il disconoscimento di un bene, affinché la vita sociale si svolga quanto più è possibile sicura e pacifica».

²⁰ Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati e a., cit., p. 30.

²¹ Così ancora Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati e a., cit., p. 33.

²² In questi termini ancora Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati e a., cit., p. 34; per nitide considerazioni ricapitolative sui caratteri del processo come valore, nel quadro della categoria della preclusione nel solco della giurisprudenza delle Sezioni unite, cfr., tra gli altri, C. CONTI, *Harmonized precedents: le Sezioni Unite tornano sul principio di preclusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, spec. p. 706.

²³ Così F. CORBI-F. NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 22 s.; in senso analogo, è stato icasticamente rimarcato che «se ogni affare deciso fosse riesumabile sarebbe turbato l'equilibrio sociopsichico collettivo» (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1205).

proiezione soggettiva, vale a dire la sicurezza dei diritti»²⁴; in tal senso, il divieto di *bis in idem* «consolida la sicurezza dei diritti impedendo che l'imputato prosciolto o condannato sia esposto a una illimitata possibilità di reiterazione di sentenze o di procedimenti penali per lo stesso fatto»²⁵. Emerge, così, la categoria della «quiete penalistica»²⁶ nella sua declinazione soggettiva: l'interesse a «essere lasciato quieto», a fronte del coagulo di una concreta *res iudicata*, è leggibile – si è scritto – «nel senso che il cittadino deve poter contare su un quadro penalistico (sostanziale e processuale) stabile»²⁷.

Si tratta di un fronte di cospicuo rilievo, destinato, nel fluire del dibattito, a una crescita rigogliosa: si alloca, anzi, in questo solco il più centrale dei gangli che hanno impresso al dinamismo del sistema del giudicato penale la più imponente vivacità di sviluppi.

Già nell'alveo del dibattito classico si era rimarcato che il divieto di *bis in idem* costituisce un «espediente pratico» mirante a «sottra[rre] il singolo ad una teoricamente illimitata possibilità di persecuzione penale e, quindi, all'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo»²⁸. E, tuttavia, lo studio della parabola della giurisprudenza costituzionale sul punto e, in specie, l'analisi delle tessiture degli apparati concettuali che, dall'inizio degli anni settanta, giungono a traguardi maturi solo un ventennio più tardi, mostrano la stratigrafia di una progressione in cui il polo soggettivo – il *right not to be tried twice*, per ricalcare, adattandola, la ben nota terminologia del sistema CEDU – cresce, inspessendosi, fino ad assumere il rango di diritto fondamentale della persona.

Nelle compagini delle pronunce costituzionali degli anni settanta può osservarsi come la fisionomia categoriale della certezza oggettiva rivesta il ruolo di fulcro preponderante della tutela: la «quiete penalistica» sotto il profilo

²⁴ T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 861.

²⁵ G. DE LUCA, voce *Giudicato*, cit., p. 2.

²⁶ La formula, già adoperata da M. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Cedam, Padova, 2003, p. 160 ss., è fatta propria da Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200, in www.cortecostituzionale.it; per ulteriori considerazioni in tema cfr., tra gli altri, E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 407 s.

²⁷ Così M. D'ORAZI, *La revisione del giudicato penale*, cit., p. 160.

²⁸ Così G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 90, nota 34; in tema cfr., tra gli altri, altresì F. RUGGIERI, *Diritto processuale e pratiche criminali*, Zanichelli, Bologna, 2018, p. 475. Nel senso che il divieto di *bis in idem* costituisce «il momento espressivo del giudicato in cui, con maggiore forza, emerge l'esigenza di una tutela di tipo personalistico» cfr. E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 408; per uno spunto di grande acutezza cfr. già G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 304.

soggettivo (e, dunque, la dimensione del «diritto alla quiete penalistica») si mostra, in quella stagione, in veste di strumento atto a garantire la certezza delle situazioni giuridiche sotto il profilo della stabilità ordinamentale delle decisioni divenute irrevocabili; nella pur già nitidamente delineata bipolarità strutturale del sistema, il polo soggettivo (il diritto della persona già giudicata a non essere sottoposta a un nuovo accertamento *de eadem re*) assumeva un ruolo essenzialmente rafforzativo della stabilità dell'ordine giuridico, quest'ultimo collocato in primo piano²⁹.

La giurisprudenza costituzionale successiva, via via amplificando la consapevolezza della caratterizzazione del *ne bis in idem* quale di «principio di civiltà giuridica»³⁰, ne accentuerà sempre più la natura di «garanzia personale»³¹, fino a collocare il divieto di secondo giudizio nel novero dei «diritti fondamentali, e costituzionalmente rilevanti, della persona»³²; dal canto proprio, la giurisprudenza ordinaria qualificherà il divieto di *bis in idem*, nella sua dimensione di «principio più ampio»³³ del «punto di emersione» dell'art. 649 c.p.p.³⁴, come «diritto civile e politico dell'individuo»³⁵, *expressis verbis* iscrivendolo nella cornice del giusto processo³⁶.

²⁹ Cfr., in tal senso, Corte cost., sent. 2 aprile 1970, n. 50, cit., e Corte cost., sent. 12 luglio 1972, n. 136, cit.

³⁰ Cfr. Corte cost., sent. 9 aprile 1987, n. 115, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., ord. 5 maggio 1995, n. 150, *ivi*; Corte cost., sent. 30 luglio 2003, n. 284, *ivi*.

³¹ Corte cost., sent. 21 novembre 2006, n. 381, in *www.cortecostituzionale.it*.

³² Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200, cit. Per una nitida messa a fuoco della natura del divieto di *bis in idem*, sotto il profilo soggettivo, come «garanzia di un diritto individuale – il diritto a non essere illimitatamente esposti all'esercizio dello *ius puniendi* – che assurge al rango di diritto fondamentale» cfr. T. RAFARACI, *Il principio del ne bis in idem nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in A. DI STASI-L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 333; nel senso che si tratta di un diritto fondamentale «dai malsicuri confini normativi» cfr. F.S. CASSIBBA, *I limiti normativi del ne bis in idem in Italia tra fonti nazionali ed europee*, in *Rev. bras. dir. proc. pen.*, 2018, 3, p. 956 ss.

³³ Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati e a., cit., p. 33.

³⁴ Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati e a., cit., *loc. ult. cit.*

³⁵ Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati e a., cit., p. 30.

³⁶ Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati e a., cit., p. 34. In dottrina, per la sottolineatura secondo cui il principio del *ne bis in idem* si colloca implicitamente entro l'impalcatura costituzionale del giusto processo, cfr., ben prima della riforma costituzionale del 1999, N. GALANTINI, *Il divieto del doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 97 ss.; alla luce del nuovo testo dell'art. 111 Cost. cfr., tra gli altri, pur con diversità di accenti, P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, II ed., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 33, nota 22; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., spec. p. 406 ss.; M. PISANI, *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di*

Si è, con ciò, portata a compimento una parabola imponente di sviluppo, che ha visto il progressivo consolidarsi della consistenza tessutale del polo soggettivo del divieto di *bis in idem*.

Nella dialettica dei due macrocentri di gravità coinvolti – da una parte la stabilità oggettiva della decisione irrevocabile nel prisma del dogma della centralità dello Stato, dall'altro la tutela soggettiva della persona nella luce del principio personalista³⁷ – la manovra, dispiegatasi nel volgere di un cinquantennio, ha posto in opera una torsione progressiva del baricentro di sistema verso il polo della tutela della persona: la «quiete penalistica» non appare più quale presidio soggettivo ancillare, piegato a garantire la stabilità delle situazioni giuridiche consacrata nel giudicato; si radica, piuttosto, nella tutela della persona il fulcro del sistema, sicché è la stessa certezza delle situazioni giuridiche a farsi strumento di tutela del diritto della persona a non essere esposta a *multiple prosecutions*.

Merita, d'altronde, di essere rimarcato come la risultante di questa parabola non restituisca, alla fine, l'immagine asfittica di un ribaltamento meccanico, che si sia limitato a riscrivere uno dei due poli attraverso una manovra di sostituzione di una componentistica di dettaglio. La complessità laboriosa delle dinamiche verificatesi nell'ultimo cinquantennio ha prodotto, piuttosto, la conquista di nuovi spazi e di nuove consapevolezze: permane la funzione del polo soggettivo del *ne bis in idem* come strumentale alla stabilità e alla certezza delle situazioni giuridiche coagulate nel giudicato; e, insieme, cresce fino a stabilizzarsi la consapevolezza della dimensione soggettiva del divieto come diritto fondamentale della persona.

Giuseppe Tarzia, vol. I, Giuffrè, Milano, 2005, p. 553 ss.; T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 858; in termini più problematici, nel quadro di una rilettura sistematica di rimarchevole portata, cfr. L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Sistema penale (web)*, 3 agosto 2020, spec. p. 3, nota 8. Una diversa posizione è assunta da F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 147 ss., secondo cui, peraltro, in termini più generali, l'intangibilità del giudicato penale «non rappresenta un principio di rango costituzionale, bensì un principio del sistema processuale, volto ad assicurare un valore costituzionalmente protetto, ossia l'esigenza di certezza giuridica» (*ivi*, p. 156).

³⁷ Va segnalata, nel prisma della ricostruzione dei fasci dialettici tra i due poli, l'importante messa a fuoco di F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2009, spec. p. 70, a proposito della *ratio* composita del divieto di *bis in idem*, a seconda che il nuovo ipotetico procedimento, che il congegno vieta, possa nuocere o giovare all'imputato: «nella misura in cui impedisce un miglioramento della situazione giuridica del soggetto già prosciolto o condannato con sentenza definitiva, il divieto di secondo giudizio costituisce un fondamentale presidio di garanzia della certezza in senso soggettivo; per contro, «nella misura in cui impedisce un possibile miglioramento della predetta situazione, esso invece persegue unicamente finalità di contenimento e razionalizzazione dei tempi e delle risorse processuali».

L'essere, anzitutto, il divieto di secondo giudizio un diritto fondamentale dell'individuo illumina, peraltro, di nuova luce la problematica dei rimedi straordinari, che funzionalmente dialogano con il canone del *ne bis in idem*³⁸: assume, in questa luce, consistenza da una parte la revisione "classica", come rimedio straordinario *pro reo*, retto da una casistica rigida che sagoma drasticamente le fattispecie azionabili; dall'altra la revisione "europea", la cui chiave di volta è proprio la dimensione del diritto soggettivo a un processo equo, sicché la diagnosi di *unfairness* dell'accertamento pur già conclusosi, effettuata dalla Corte di Strasburgo, attiva il diritto della persona alla celebrazione di un "nuovo" processo nell'osservanza delle garanzie di *fairness* illegittimamente sacrificate nel primo *iter*³⁹.

5. L'arco e la chiave di volta: note per un epilogo aperto

È, la consapevolezza delle dimensioni soggettive del divieto di *bis in idem* assurte ormai a diritto fondamentale della persona, la chiave di volta dell'arco: il cuneo, da cui più sopra si erano prese le mosse, che chiude il manufatto, ordinando le spinte di contrasto e assemblandone insieme le componentistiche così da consentire alla costruzione di divenire «fortezza», secondo l'intuizione efficace di Leonardo da Vinci.

E, oltre: l'estensione del principio, dalla dantesca «cerchia antica» del sistema interno a un contesto che trascende i confini nazionali, nel solco di una sempre più consapevole maturità nella tutela dei diritti del singolo a prescindere al suo legame con questo o quell'ordinamento statale, interseca, nel più recente scorcio, la voluta di progressione della tutela del *ne bis in idem* – del

³⁸ Circa i rapporti tra *ne bis in idem* e rimedi straordinari *pro reo* rimangono esemplari le pagine di M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, III ed., vol. II, *Le garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 251 ss. Per una dettagliata messa a fuoco dei raccordi che intercorrono tra divieto di secondo giudizio e revisione del giudicato, attenta a mostrare come, sul piano concettuale, il rimedio straordinario non costituisca, in senso proprio, una deroga al *ne bis in idem*, cfr. F. CALLARI, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, II ed., Giappichelli, Torino, 2012, spec. p. 70 ss.

³⁹ Sulla revisione "europea", nell'ambito dell'ormai vastissima letteratura in tema, cfr., tra gli altri, di recente, B. LAVARINI, *Il sistema dei rimedi post iudicatum in adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Università degli Studi di Torino, Torino, 2019, spec. p. 37 ss., cui può rinviarsi anche per la ricchezza dell'apparato critico citato in nota; cfr. altresì, anche per rilievi che ne colgono sapientemente i rapporti con il *ne bis in idem*, M. CHIAVARIO, *Il processo penale: sulla bilancia della Corte, da un codice all'altro, garanzie, funzionalità della giustizia ... et autres*, in *Legisl. pen.*, 25 novembre 2016, spec. p. 68 ss.

suo orizzonte di senso, si direbbe – al culmine di una parabola in cui la dimensione soggettiva è divenuta perno di rotazione del sistema; reciprocamente, d'altronde, l'ormai consolidata estensione del raggio di operatività della garanzia oltre i confini nazionali contribuisce a sua volta alla stabilizzazione di questa rinnovata entropia del congegno.

Oggi, dunque, così appare lo *skyline*, frastagliato e diseguale nello scorrere delle sue molteplici profondità di campo, diacroniche e sincroniche: meglio rifuggire dalla pretesa di raggelarlo in un mosaico finito, valorizzando piuttosto il solco dei caratteri della complessità da cui s'è preso l'avvio. Lo scandaglio offerto da questo volume porge, in tal senso, un contributo di rilievo al fine di proseguire la riflessione sul macrofenomeno: al fine di risottoporre a scandaglio la visione d'insieme anche grazie alle verifiche sui singoli snodi.

Si rafforza, ancora, attraverso un ritorno circolare alla pagina leonardesca, la consapevolezza delle proprietà architettoniche dell'arco, a fronte dello schizzo essenziale a china che s'è qui tracciato. E sovviene, in tal senso, la ben nota pagina folgorante del dialogo di Marco Polo e Kublai Kan sulle virtù dell'arco, incastonata ne *Le città invisibili* di Italo Calvino: «Marco Polo descrive un ponte, pietra per pietra. – Ma qual è la pietra che sostiene il ponte? – chiede Kublai Kan. – Il ponte non è sostenuto da questa o quella pietra, – risponde Marco, – ma dalla linea dell'arco che esse formano. Kublai Kan rimane silenzioso, riflettendo. Poi soggiunge: – Perché mi parli delle pietre? È solo dell'arco che m'importa. Polo risponde: – Senza pietre non c'è arco»⁴⁰. Per le suggestioni, anche metodologiche, che irradiano, meritano, le righe calviniane, di esser poste a ideale esergo dell'opera di scandaglio effettuata dalle ricerche che confluiscono in questo volume.

⁴⁰I. CALVINO, *Le città invisibili* (1972), Mondadori, Milano, 2011, p. 81.