

## Osservatorio sulla Corte costituzionale

---

### Ne bis in idem

#### La decisione

**Ne bis in idem** - Concorso formale di reati - **Questione di legittimità costituzionale - Illegittimità** (Cost. art. 117; CEDU, Prot. 7, art. 4; art.; C.p.p., art. 649).

*È costituzionalmente illegittimo l'art. 649 del codice di procedura penale, nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale.*

CORTE COSTITUZIONALE, 21 luglio 2016 (c.c. 31 maggio 2016), n. 200 - GROSSI, *Presidente* - LATTANZI, *Redattore*.

#### **Ne bis in idem: il dialogo riaperto.**

A margine del caso Eternit, si rivitalizza il percorso evolutivo della Corte costituzionale intorno all'incidenza dell'art. 4 Prot. 7 CEDU nell'ordinamento italiano, con una sentenza che cerca di unire le spinte europee alla tradizione interna. Viene definitivamente affermata l'inconsistenza delle interpretazioni del divieto di un secondo giudizio basate sulla identificazione formale del fatto (*idem* legale), non compatibili con la consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia, che invece pretende che il *bis in idem* sia individuato sulla base del raffronto del solo fatto storico (*idem* materiale). La Corte costituzionale individua il nucleo del problema nella delimitazione del fatto tipico attraverso la triade "condotta-nesso causale-evento naturalistico", con ciò intendendo tutti gli elementi materiali del reato che sono suscettibili di distinguere sul piano storico un fatto giuridicamente rilevante da un altro. Non vanno considerati, invece, gli elementi che prendono vita solo sul piano giuridico: evento in senso giuridico, bene giuridico tutelato, diversa qualificazione normativa della condotta o dell'evento.

Questo ragionamento ha due conseguenze. La prima è che il divieto di *bis in idem* non va individuato in relazione alla - sola - condotta posta in essere dall'agente. Pertanto la questione di legittimità costituzionale estesa su tal punto è infondata. Secondo la Consulta, una difforme conclusione sarebbe ugualmente distante dall'esatta nozione di "fatto", in questo caso per difetto e non per eccesso. Una garanzia del *ne bis in idem* individuata sulla base della sola condotta ridurrebbe irragionevolmente la soglia di difesa sociale rispetto ad un altro elemento materiale del reato - diverso sul piano storico - rappresentato dalla realizzazione dell'evento-conseguenza, che in certi casi potrebbe anche rimanere occulto per lungo tempo. Esso, infatti, potrebbe manifestarsi dopo l'avvio dell'azione penale, ovvero rimanere al di fuori della descrizione

fattuale formulata nell'imputazione per un diverso reato. L'evento (materiale) è parte integrante del fatto storico, pertanto una nuova o diversa conseguenza materiale - dell'azione od omissione già contestata - che non sia stata oggetto di un precedente processo già definito, costituirà un elemento sufficiente a distinguere un fatto dall'altro.

In breve, il giudice investito di una questione di *ne bis in idem* dovrà solo confrontare i "fatti" descritti nell'imputazione del secondo giudizio (e le sue eventuali modificazioni durante lo svolgimento del processo) con quelli oggetto del primo e non le "fattispecie"<sup>1</sup>. Aggiunge la Corte che tale bilanciamento d'interessi non è in contrasto con le indicazioni di Strasburgo, nella cui giurisprudenza non si rinvencono, al momento, precedenti secondo cui l'*idem* sostanziale debba essere valutato con riguardo alla sola condotta. Questo criterio può valere, semmai, per i reati formali, dove l'evento è assente, ovvero è individuato dalla legge come lesione del bene giuridico (astratto) tutelato dalla norma. Tale è il caso *Grande Stevens c. Italia*<sup>2</sup>, ove la Corte alsaziana ha riscontrato la violazione dell'art. 4, Prot. 7 CEDU in relazione alla doppia punizione in via sanzionatoria amministrativa e penale degli abusi di mercato.

Il giudice delle leggi ha deciso di porre questo nuovo punto di partenza, nel ritrovato dialogo con Strasburgo, e ha fatto uso di un "proprio" margine di apprezzamento, secondo i canoni introdotti dalla sentenza Corte cost. n. 49 del 2015<sup>3</sup>. La Corte costituzionale si fa "interprete della convenzione" e afferma che la nozione di *ne bis in idem*, di cui all'art. 4, Prot. 7 C.e.d.u., non è incompatibile con una nuova azione penale nei confronti dello stesso soggetto, già giudicato in via definitiva per un fatto innescato dalla medesima condotta, purché nella seconda imputazione penale sia differente sul piano materiale almeno l'evento.

L'approccio qui delineato conduce alla seconda conseguenza. La disciplina del *ne bis in idem* in caso di concorso formale di reati pone un problema di compatibilità convenzionale insuperabile, perché, in questo caso, non vi è

---

<sup>1</sup> Diversamente ragionando risulterebbero del tutto inutili le specificazioni dell'art. 649 c.p.p. ove si legge che ai fini del divieto di un secondo giudizio non rileva la diversa qualificazione del fatto rispetto al "titolo, al grado o alle circostanze". La Corte costituzionale ha così effettuato un *reddo rationem* rispetto alle interpretazioni dei giudici del merito devianti dal canone della corrispondenza storico-naturalistica - interpretazioni ritenute comunque minoritarie. Ripercorre, in certo modo, gli approdi di Cass. Sez., un, 28 settembre 2005, Donati, in, *Dir. pen. e proc.*, 2006, 6, 719, con nota di TROISI.

<sup>2</sup> Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in, *questa Rivista* on line.

<sup>3</sup> Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49. Il metodo espresso in questa sentenza è stato ampiamente criticato, perché introduce una discrezionalità non consentita, che "relativizza" la portata vincolante delle pronunce della Corte EDU. Cfr. CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in, *questa Rivista* on line; nonché DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, *ivi*.

marginale di apprezzamento<sup>4</sup>. Mentre rimane valida la possibilità di un *simultaneus processus*, avente ad oggetto l'accusa per una pluralità di reati (o comunque di illeciti penali nel senso autonomo della CEDU) realizzati mediante una sola condotta od omissione, tuttavia, secondo la lettura sostanziale e non meramente formale della nozione di *idem*, non è più possibile proseguire l'accusa vertente su più ipotesi di reati in concorso formale, frazionati in diversi procedimenti, quando uno di questi, fondato sui medesimi fatti storici, passa in giudicato. L'art. 4. Prot. 7, CEDU non vieta che per lo stesso fatto si avviino più procedure (la Corte di Strasburgo ripete di frequente che il *ne bis in idem* non opera come limite ai fenomeni di litispendenza<sup>5</sup>), ma vieta solo la prosecuzione - dopo il passaggio in giudicato di uno di essi - di procedimenti che abbiano ad oggetto il medesimo fatto storico. Quindi, in caso di concorso formale di reati, la possibilità - finora ammessa dalla giurisprudenza nazionale - di porre due volte lo stesso fatto, in due procedimenti distinti, a base di un'accusa penale, si pone in contrasto con il divieto di *ne bis in idem* tutelato dalla CEDU, con la conseguenza che l'art. 649 c.p.p., così come interpretato dal diritto vivente, va dichiarato incostituzionale *in parte qua*<sup>6</sup>.

Con questo bagaglio di considerazioni, il giudice torinese investito del merito dovrà quindi rivalutare la coincidenza tra l'oggetto dell'imputazione del pro-

---

<sup>4</sup> Il punto di vista della Corte costituzionale delinea l'approccio "all'italiana", intorno al difficile bilanciamento tra sovranità degli Stati e rispetto della Convenzione. La Corte costituzionale ha individuato un proprio spazio di discrezionalità nell'assenza di precedenti della Corte EDU. In verità, la dottrina del margine di apprezzamento, nel senso voluto dalla Corte europea, si rivolge al legislatore e non al giudice. L'ultima parola sulla Convenzione spetta alla Corte di Strasburgo, che assume un'evidente ambizione di corte suprema in materia di diritti umani. Non si può distinguere tra precedenti vincolanti e non vincolanti, come vorrebbe fare la Corte costituzionale. Sebbene vi sia margine per un doveroso bilanciamento degli interessi, questo deve essere frutto di una tecnica di *distinguishing*, secondo la nozione di *common law*, non potendo essere ignorato, in nessuna circostanza, il principio espresso nel precedente. Una diversa conclusione vanificherebbe la portata precettiva degli obblighi internazionali previsti dall'art. 117 cost., e in particolare dell'art. 46 c.e.d.u., che diventerebbe una mera norma programmatica, priva di efficacia vincolante. Cfr. ARAI-TAKAHASHI, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in, *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, 1162 ss. MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in, *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, pp. 95 ss.; PINELLI, *Il diritto per principi e la comunità degli interpreti*, in, *Sociologia, Rivista quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, 2010, 3, 145 e ss.; ID, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in [www.archivio.rivistaaic.it](http://www.archivio.rivistaaic.it).

Ciò premesso, solo il tempo potrà verificare se l'opzione della Corte costituzionale possa dirsi esatta rispetto ai canoni di Strasburgo.

<sup>5</sup> Di recente, Corte eur. dir. uomo, 27 febbraio 2015, *Lucky Dev c. Svezia*, § 60, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>6</sup> In realtà, il dato normativo non è incompatibile con una lettura costituzionalmente orientata, atteso che il concorso formale di reati potrebbe ricadere logicamente nella diversità del "titolo" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. Tuttavia, la Corte ha rilevato che la lettura costante di tale disposizione in ambito giudiziario si pone in contrasto con lo spirito della Carta fondamentale. Si tratta pertanto di una declaratoria d'illegittimità costituzionale che investe il c.d. "diritto vivente".

cesso Eternit, con quello del processo Eternit *bis*. Secondo le prime osservazioni, ciò consentirà la prosecuzione del nuovo processo per le morti d'amianto, almeno in relazione alle vittime che non erano conosciute nel primo giudizio<sup>7</sup>.

A ben vedere, al di là della specifica incidenza sul caso concreto, questa decisione ha un effetto dirimpente a livello processuale. Si sviluppa infatti un principio germinato nella sentenza n. 102 del 2016<sup>8</sup>, che a distanza di pochi mesi sembra aver preso corpo nella pronuncia qui commentata.

Non è vietato applicare più sanzioni per un medesimo fatto, purché ciò avvenga in un solo procedimento, o in più procedure coordinate. Bisogna quindi tendere alla concentrazione dell'accertamento di responsabilità nei confronti dello stesso soggetto, in assenza della quale potrebbe scattare la preclusione per il pubblico ministero. In termini processuali, questo principio porta alla responsabilizzazione dell'accusa rispetto alla completezza delle indagini (corollario dell'obbligatorietà dell'azione penale), alla responsabilizzazione del giudice rispetto all'esatta qualificazione giuridica dei fatti in sentenza (discendente dal principio *iura novit curia*), e di conseguenza all'onere di favorire quanto più possibile il *simultaneus processus*.

Non è obbligatorio procedere simultaneamente in caso di concorso formale, ma il difetto di coordinamento può portare alla decadenza della pubblica accusa dalla possibilità di proseguire l'azione penale per violazione del *ne bis in idem*.

Diventano strategici, pertanto, gli strumenti rivolti alla risoluzione dei conflitti di competenza (ovvero di attribuzione tra uffici del PM) e giurisdizione, la sospensione e la riunione. Se, da un lato, le esigenze investigative possono

---

<sup>7</sup> Cfr., ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); REDAZIONE (a cura di), *Eternit: la Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., ma il giudizio a quo può riprendere*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>8</sup> Cfr. Corte cost., n. 102 del 2016, in, [questa rivista online](#).

Nella sentenza in commento, la Corte costituzionale ha superato alcune delle obiezioni ricorrenti negli studi sui rapporti tra concorso formale e *ne bis in idem*, accordando prevalenza al rispetto della sicurezza dell'individuo rispetto all'obbligo della punizione penale, ma rifiuta, al contempo, la nozione di *idem* agganciata alla sola condotta. Il dibattito ha radici profonde. Cfr. per un verso LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 1 ss.; DE LUCA, *Concorso formale e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, in, *Riv. proc. pen.*, 1960, 194 e ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 374 e ss; dall'altro CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 149 e ss; ID., *Procedura penale*, 2006, 1223, dove l'Autore precisa che nella nozione di condotta rientra anche "l'oggetto" di essa; PAGLIARO, voce *Fatto e diritto processuale penale*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 964; ID., voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 545 ss.; ID., voce *Concorso di reati*, in *Enc. Dir.*, vol. VII, Milano, 1961, 660 ss.

portare alla moltiplicazione dei fascicoli vertenti sui medesimi fatti, dall'altro, il processo non può tollerare separazioni improvide, ponendosi come doverosa la riunione anche qualora i due giudizi pendano in gradi differenti<sup>9</sup>. L'avvio dell'azione penale deve informarsi al principio di completezza investigativa e di (tendenziale) unicità dell'azione repressiva<sup>10</sup> nei confronti dell'accusato che, in caso di una pluralità di accuse per lo stesso fatto, dispone oggi di una garanzia rinforzata avverso di esse. A differenza della Corte EDU, infatti, la giurisprudenza nazionale<sup>11</sup> ha affermato che è immanente nell'ordinamento penale anche l'esigenza di prevenire la litispendenza<sup>12</sup>, il cui effetto preclusivo discende dall'esaurimento del potere di iniziativa del PM, in coerenza con i principi di economia processuale, nonché, certamente, per evitare abusi nei confronti dell'accusato. Da tale *modus operandi* è possibile discostarsi solo nel caso in cui ulteriori - e diversi - "fatti" penalmente rilevanti si manifestino al di fuori della ricostruzione storica già contestata nell'imputazione formulata dal PM e definita nel processo.

L'eccezione di *ne bis in idem*, così intesa, supera ampiamente la premessa ontologica che la configura come presidio della stabilità del giudicato, in favore di una funzione più forte e autonoma, soggettivamente finalizzata alla tutela dell'individuo contro l'abuso del processo<sup>13</sup>.

La Corte costituzionale ricorda che la nozione di *ne bis in idem*, nella sua dimensione processuale, ha una portata autonoma (più ampia e più garantista) rispetto al concetto di *ne bis in idem* sostanziale, inteso come criterio di soluzione dei conflitti apparenti di norme. È una difesa dal "rischio" del secondo processo<sup>14</sup>, indipendente dall'esito dello stesso. Secondo la Consulta,

<sup>9</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 28 febbraio 2013, Ciabotti, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>10</sup> Cfr. VERVAELE, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Napoli, 2014, 171, che definisce il *ne bis in idem* "right protecting the citizen against the cumulative use of the *ius puniendi* by the state"; V. anche ID, *The Application of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its Ne bis in idem Principle in the Member States of the EU*, in, *Review of European Administrative Law*, 2013, I, Vol. 6, 113-134. Nell'ottica dei diritti umani si inserisce anche GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in, *Riv. it. dir. pen e proc.*, 1981, 96 e ss.

<sup>11</sup> Cass., Sez. un. Donati, cit., ma anche Id., Sez. un., 1° marzo 2011, Testini, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>12</sup> Tutelata oggi anche nell'ambito dell'Unione Europea attraverso il D.Lgs. 15 febbraio 2016, n. 29, di attuazione della Decisione Quadro 2009/948/GAI.

<sup>13</sup> *Mutatis mutandis*, l'istituto così rinnovato trova qualche analogia con il principio processual-civilistico del "divieto di frazionamento" della domanda fondata sul medesimo titolo, che si giustifica anch'esso come garanzia contro l'abuso del processo.

<sup>14</sup> La *double jeopardy rule*, secondo l'accezione anglosassone, vieta il doppio "rischio" del processo. L'etimologia probabilmente risale alla radice francese arcaica *jeu parti*, che rappresenta uno stile poetico dei trovatori del XIII secolo, ove due contendenti si cimentavano nella realizzazione di due versioni "diverse" per creare un dilemma sopra una stessa storia. Successivamente, in epoca tardo medievale, l'espressione *jeopardous* aveva assunto proprio il significato di rischio, incertezza (conseguenza della disputa tra opinioni differenti), transitato poi nella moderna espressione di *common law*. Cfr. THOMAS

in questi termini, il *ne bis in idem* protetto dall'art. 4 Prot. 7 CEDU è solo processuale e non sostanziale<sup>15</sup>.

Questa sentenza sancisce allora la "frattura" tra la definizione di *ne bis in idem* processuale e sostanziale<sup>16</sup>.

L'art. 649 c.p.p. non incide sulla disciplina del concorso formale di reati, nel senso che non esclude l'astratta configurabilità di più sanzioni per il medesimo fatto, quando questo integri gli elementi di diversi illeciti. Ma la protezione che è accordata all'individuo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza preclude una contestazione basata sui medesimi fatti, anche quando questa verta su diverse fattispecie in concorso formale.

Vale la pena di affrontare un altro aspetto di notevole rilevanza. La sentenza della Corte costituzionale va al di là di quanto premesso e rinsalda le basi della nozione interna di *ne bis in idem*, anche rispetto alla forma delle decisioni irrevocabili che sono presupposto dell'effetto preclusivo. In effetti, le numerose obiezioni sollevate dalle difese delle parti in causa hanno offerto la possibilità di affrontare varie questioni orbitanti intorno alla *querelle* principale.

In particolare, è affermata l'efficacia della sentenza di proscioglimento dichiarativa dell'intervenuta prescrizione. Ribaditane la natura sostanziale e non processuale, il Collegio ha stabilito che l'effetto preclusivo può discendere certamente anche da una sentenza dichiarativa della prescrizione, purché passata in giudicato<sup>17</sup>.

*Quid iuris*, in caso di prescrizione intervenuta durante la fase delle indagini preliminari?

Il *ne bis in idem* presuppone una "decisione definitiva" che non si concreterebbe, nel caso ipotizzato, in una sentenza, con dubbie conseguenze rispetto alla preclusione di giudicato.

Si potrebbe innanzitutto obiettare che il reato prescritto durante le indagini non dia origine ad alcun processo e pertanto che non ci sarebbe alcun "*bis*" in caso di azione per reato concorrente non prescritto. Rispetto a questa obiezione, tuttavia, l'approccio sostanziale indirizza verso una risposta negati-

---

III, *Double Jeopardy. The History, the Law*, New York, 1998, 71 ss; JEANROY, *La poésie lyrique des troubadours*, Toulouse - Paris, 1934, II, 247 ss.

<sup>15</sup> Bisogna ricordare tuttavia che esiste un'altra nozione di *ne bis in idem* sostanziale, tutelata dal combinato disposto degli artt. 649 e 669 c.p.p., ma anche dall'art. 4, Prot. 7 CEDU, il cui fine ultimo si compendia nella risoluzione dei conflitti pratici di giudicati. Infatti è previsto il divieto anche della doppia punizione concreta. L'art. 15 c.p., attraverso il principio di specialità, evita che "in astratto" siano applicabili più sanzioni per lo stesso fatto giuridicamente qualificato, per risolvere il conflitto apparente di norme. L'art. 649 c.p.p. invece previene il contrasto nell'applicazione "in concreto" del comando-disposizione delle sentenze, il cui eventuale conflitto è risolto dall'art. 669 c.p.p.

<sup>16</sup> LOZZI, *Profili di una indagine*, cit., 85.

<sup>17</sup> In termini analoghi anche Corte di Giustizia UE, 28 settembre 2006, Gasparini e altri, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

va, giacché il principio del *ne bis in idem* non presuppone che la decisione definitiva sia stata resa all'esito di un processo, bastando che essa rappresenti la manifestazione dell'esercizio del potere punitivo da parte dello Stato, che è posto in essere mediante l'iniziativa del PM.

Né è necessario che la decisione prenda la forma di "sentenza".

E infatti l'art. 649 c.p.p. contempla anche il decreto penale di condanna, che è reso al di fuori del processo, così come il provvedimento ex art. 444 c.p.p., che è una sentenza senza dibattimento. Inoltre, secondo la nozione autonoma di illecito penale ai sensi dell'art. 6 CEDU, la decisione definitiva potrebbe concretarsi anche all'esito di un procedimento sanzionatorio amministrativo per gravi illeciti, ove resterebbe irrilevante, ai fini della garanzia del *ne bis in idem*, l'eventuale inerzia nell'attivare i rimedi giurisdizionali avverso il provvedimento amministrativo, nel caso in cui questo fosse divenuto inoppugnabile per acquiescenza.

Tuttavia - e questo è l'aspetto dirimente - archiviare non significa necessariamente esaurire l'azione penale, giacché questa può esercitarsi certamente anche dopo, a seguito dell'emersione di nuove prove, previa autorizzazione alla riapertura delle indagini. Il decreto di archiviazione è infatti un provvedimento solo relativamente preclusivo<sup>18</sup>, tant'è che può essere superato ai sensi dell'art. 414 c.p.p.

In tema di efficacia delle sentenze all'interno dell'area Schengen, il requisito dell'irrevocabilità è attribuito solo dal diritto dello stato membro di provenienza, in conformità della legge nazionale<sup>19</sup>, stante l'assenza di una nozione autonoma nel diritto dell'Unione. Il *ne bis in idem* deve essere ricondotto alla consumazione dello *ius puniendi* su di un determinato fatto, circostanza che non si verifica nell'ordinamento italiano laddove l'azione non venga formalmente esercitata (come nel caso della richiesta di archiviazione).

La soluzione provvisoriamente prospettata si palesa tuttavia non appagante, poiché l'archiviazione non deriva esclusivamente da una valutazione di procedibilità dell'azione, ma affronta, in primo luogo, la fondatezza della notizia di reato e la concreta punibilità della condotta.

La richiesta di archiviazione si basa in effetti su presupposti eterogenei che necessitano di una valutazione differenziata. Nel caso ipotizzato, diversamente dall'insufficienza di prove e dalla mancanza di una condizione di procedibilità, la qualificazione del reato - da parte del PM e del GIP - e la conseguente declaratoria di prescrizione implicano all'evidenza un'opzione "definitiva" da

<sup>18</sup> Cass., Sez. un., 24 giugno 2010, Giuliani, in, *Dir. pen. e proc.*, 2011, 4, 422 con nota di APRATI, *Efficacia preclusiva locale del provvedimento di archiviazione e criteri di priorità "negativi"*.

<sup>19</sup> Corte di Giust., IV Sez., 5 giugno 2014, M., in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

parte dell'autorità giudiziaria in merito alla scelta punitiva, tale da giustificare una maggiore stabilità, che le fonti europee sembrerebbero tuttavia non prendere espressamente in considerazione.

Anzi, vi è un conclamato *vulnus* al diritto di libera circolazione negli stati membri dell'UE, per il contrasto tra normativa italiana, che vede la prescrizione come istituto sostanziale e orientamento della Corte di Giustizia, che, sulla scorta delle tradizioni comuni, qualifica la prescrizione come istituto esclusivamente processuale<sup>20</sup>, con l'effetto di un generale abbassamento dello *standard* di tutela che ben potrebbe riverberare le sue conseguenze rispetto al *ne bis in idem* c.d. "orizzontale" tra stati membri.

La fusione dell'*acquis* euro-unitario e dei principi espressi nella sentenza oggetto di commento porta invece a ritenere che, nel nostro ordinamento, l'effetto preclusivo debba derivare *anche* da un decreto di archiviazione per intervenuta prescrizione, atteso che, in ogni caso, il provvedimento di archiviazione deve giocoforza affrontare il merito dell'imputazione, ai fini della corretta qualificazione del fatto e, conseguentemente, della determinazione del tempo necessario a prescrivere<sup>21</sup>.

In un recente caso deciso dalla Corte di Giustizia<sup>22</sup>, il collegio lussemburghese ha affermato un principio generale che dovrebbe trovare applicazione nel caso di specie. L'efficacia preclusiva può discendere anche da una decisione di archiviazione, purché essa sia conseguita ad una procedura con "istruzione approfondita". Si può affermare che la decisione di archiviazione per prescrizione non possa esimersi da tale requisito, presupponendo comunque una qualificazione giuridica precisa. Diversamente, il giudice delle indagini preliminari avrebbe l'obbligo di pronunciare un dispositivo differente.

Permangono quindi luci e ombre, nonostante le citate indicazioni della Corte di Lussemburgo sull'art. 50 della Carta di Nizza, intorno alla nozione di "decisione definitiva" idonea a legittimare l'applicazione del *ne bis in idem*.

La questione non è di poco momento, atteso che esiste ormai nell'ordinamento una causa di archiviazione che certamente non tollera le barriere formali sopra descritte.

Si tratta dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 411 c.p.p. È evidente, in questo caso, che la declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto ha carattere definitivo e, anche se pronunciata con

<sup>20</sup> Corte di Giust. UE, Gr. Sez., 8 settembre 2015, Taricco e altri, con nota di CIVELLO e osservazioni a prima lettura di DELLO RUSSO, in, *questa rivista on-line*.

<sup>21</sup> Per una panoramica della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, v. PROCACCINO, *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla "certezza del diritto soggettivo"*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Gaito, Chinnici, Torino, 2016, 298 e ss.

<sup>22</sup> Corte di Giustizia UE, 29 giugno 2016, Kossowski, in, *questa Rivista online*.

decreto di archiviazione e non con sentenza, preclude una nuova iniziativa del PM per il medesimo fatto, dovendosi considerare perfezionata la scelta punitiva dello Stato.

Ulteriori dubbi, in relazione all'apparentemente esaustiva posizione della Corte costituzionale, cela infine l'inquadramento delle cc.dd. condizioni obiettive di punibilità. Si tratta di una categoria eterogenea oggetto di un inesaurito dibattito. La dottrina ritiene prevalentemente che esse debbano essere collocate al di fuori del fatto tipico. Tuttavia, la loro esistenza non è relegata ad una dimensione meramente normativa, ma è collegata alla sussistenza di elementi aventi una dimensione sul piano storico. Si pensi alla dichiarazione di fallimento nei reati di bancarotta o all'annullamento del matrimonio nell'induzione al matrimonio mediante inganno. Quale rilevanza ai fini del *ne bis in idem*? La pronuncia della Corte costituzionale lascia degli interrogativi in merito a tale insieme di situazioni, che richiederanno un ulteriore sforzo interpretativo<sup>23</sup>.

Alla luce delle considerazioni che precedono, va preso atto che la Consulta ha certamente innalzato il livello di protezione accordato al divieto di un secondo giudizio, "principio di civiltà giuridica, oltre che di generalissima applicazione"<sup>24</sup>, collocandolo tra i valori costituzionalmente garantiti - sebbene non espressamente formulato nel testo fondamentale - perché riconducibile ai valori individuati dagli artt. 24 e 111 Cost.<sup>25</sup>. Nonostante le inevitabili lacune, va accolto con favore, quindi, l'ulteriore passo nella ricostruzione dello "statuto" costituzionale del *ne bis in idem*, nel cammino per il coordinamento delle tradizioni interne con i principi sovranazionali.

**ANTONIO FABERI**

---

<sup>23</sup> Secondo CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 151, una persona non può essere riassoggettata a giudizio nel caso in cui sia stata prosciolta per mancanza di una condizione obiettiva di punibilità, anche laddove essa si realizzi successivamente. Logica conseguenza, laddove si ritenga che la condizione di punibilità sia un elemento materiale oggetto di accertamento giudiziale, la cui rivalutazione è esclusa dalla preclusione di giudicato. La natura della condizione obiettiva di punibilità è però ancipite. Sfluge al divieto di *ne bis in idem*, nel diritto vivente, in ipotesi di reato complesso. È il caso della condanna per appropriazione indebita seguita da un'accusa per bancarotta fraudolenta mediante distrazione, intervenuta dopo la dichiarazione di fallimento. Si veda, recentemente, Cass., Sez. V, 4 aprile 2016, Cit. e altri, in [www.processopenaleegustizia.it](http://www.processopenaleegustizia.it). L'orientamento del Supremo Collegio è tuttavia precedente alla pronuncia della Corte costituzionale, e si palesa necessario un ripensamento alla luce della giurisprudenza sopravvenuta.

<sup>24</sup> Corte cost., n. 150 del 1995, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>25</sup> ID., 17 novembre 2000, n. 501, *ivi*. La pronuncia, richiamata nella sentenza in commento, esalta il ruolo della certezza delle situazioni giuridiche protette e della durata ragionevole del processo nell'ottica della stabilità del giudicato penale come valore fondamentale.