



VIVIANA DI NUZZO*

LE TRASFORMAZIONI DI UNA GARANZIA: IL *NE BIS IN IDEM* TRA NECESSARIA PROTEZIONE DELL'ACCUSATO E NUOVE ISTANZE DI TUTELA DELLA VITTIMA DI REATO

SOMMARIO: 1. Il *ne bis in idem* dalla concezione soggettiva della certezza del diritto all'ammissibilità di un secondo procedimento a tutela della vittima. – 2. La considerazione incidentale della vittima nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di *ne bis in idem*. – 3. I limiti soggettivi del giudicato: la trascurata posizione della vittima non coinvolta nel primo procedimento. – 4. Un rapporto controverso: *idem factum*, tutela della vittima e possibilità di un secondo giudizio. – 5. Riflessioni conclusive.

1. Il *ne bis in idem* dalla concezione soggettiva della certezza del diritto all'ammissibilità di un secondo procedimento a tutela della vittima

Tradizionalmente, la garanzia del *ne bis in idem*, quale espressione dell'effetto preclusivo derivante dalla *res iudicata*¹, ha rappresentato un baluardo di sicurezza per colui che, essendo stato sottoposto ad un processo penale conclusosi con provvedimento irrevocabile, gode dell'incontrovertibile certezza (salvo casi eccezionali che costituiscono una deroga alla regola generale) che non potrà essere assoggettato ad un'ulteriore iniziativa giudiziaria per il medesimo accadimento, neppur se diversamente considerato. A tal proposito occorre precisare che l'attuazione della garanzia conseguente alla *res iudicata* richiede la celebrazione del processo e la sua conclusione con sentenza definitiva.

Tale insegnamento ha attraversato indenne secoli di storia e diverse esperienze giuridiche per giungere quasi immutato nel suo nucleo duro fino all'età moderna, senza che venisse mai messa in discussione la sua essenziale funzione di garanzia contro il potere

* Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche, Università di Messina.

¹ L'effetto del *ne bis in idem*, per come espresso dall'art. 649 c.p.p., «costituisce indubbiamente una manifestazione della cosa giudicata penale», che dipende soltanto dalla sentenza «nuda e cruda». Così S. RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, pp. 294-295.

repressivo della pubblica autorità². Alla base di tale principio si staglia l'esigenza di assicurare la certezza e la stabilità del diritto, nel senso che l'accertamento contenuto nella decisione del giudice non può più essere messo in discussione sia per evitare che altra autorità giudiziaria si pronunci sul medesimo oggetto imputato alla stessa persona già giudicata sia per prevenire la possibilità di giudicati contrastanti, che minerebbero la coerenza interna dell'ordinamento giuridico³.

Possiamo dunque affermare che, almeno fino ad ora, la garanzia del *ne bis in idem* sia stata costruita e abbia operato in funzione di tutela di quell'affidamento che il soggetto già sottoposto a un giudizio penale legittimamente nutre nei confronti dell'ordinamento giuridico che, avendo già una volta avviato la macchina della giustizia in seguito ad un fatto umano di potenziale rilevanza penale, dovrà astenersi quindi dall'intraprendere una nuova ricerca processuale legata alla medesima vicenda⁴. Nell'ambito della giustizia penale la forza che tale garanzia produce a tutela del singolo è talmente pregnante che anche una decisione di natura processuale è idonea a impedire l'instaurazione di un nuovo procedimento; a prescindere dunque dal tipo di contenuto decisorio, il solo fatto giuridico che una sentenza sia stata emessa produce un effetto preclusivo a salvaguardia tanto della persona quanto, più in generale, della certezza del diritto⁵.

² E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in G. UBERTIS, G.P. VOENA (a cura di), *Trattato di procedura penale*, XLI.1, Milano, 2012, pp. 4-5. Fermo restando il collegamento che certamente esiste tra *cognitio* e *res iudicata*, non bisogna tuttavia dimenticare che il giudicato penale può arrivare a coprire anche fatti rispetto ai quali non è stata esercitata alcuna azione (ad esempio, il fatto nuovo mai contestato) e persino fatti mai accertati, in quanto verificatisi successivamente alla sua formazione. Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1966, Varese, pp. 292-293, il quale afferma che l'efficacia preclusiva delle sentenze di condanna o di assoluzione «copre, oltre al dedotto e al deducibile, come si suole dire, anche il futuribile».

³ Parla di «garanzia *ad personam*, che assicura la certezza del diritto in senso meramente soggettivo» M. CERESAGASTALDO, *Esecuzione*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 10° ed., Padova, 2020, p. 909. Sul *ne bis in idem* quale tutela di tipo personalistico v. E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 408. Ancora, cfr. T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. II, Milano, 2010, p. 858, il quale lo definisce un «diritto fondamentale della persona di fronte ai poteri giudiziari dello Stato». Secondo M. BONTEMPELLI, *Prova, verità e giudicato penale*, in *Arch. pen.*, n., 2020, pp. 1-2, il giudicato potrebbe essere interpretato come strumento utile a «preservare la certezza in senso puramente soggettivo». Per una compiuta analisi su certezza del diritto in senso oggettivo e soggettivo, v. G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, p. 89 ss. Secondo l'Autore, la certezza subiettiva altro non è che un riflesso o una proiezione sul piano individuale della certezza obiettiva, la quale costituisce un «rimedio contro l'insidia dell'arbitrio» ed è quindi riferibile all'ordinamento giuridico nella sua interezza; solo attraverso la «garanzia offerta dall'incontestabilità delle situazioni giuridiche» il singolo individuo può trarre un beneficio personale. Per un'attenta riflessione su certezza del diritto in senso oggettivo e in senso soggettivo, v. G. DI CHIARA, *Le pietre e l'arco. Ne bis in idem, mappatura delle funzioni e sfide della complessità: uno sguardo introduttivo*, in A. MANGIARACINA (a cura di), *Il ne bis in idem*, Torino, 2021, p. 6 ss.

⁴ L'assetto attuale del *ne bis in idem* risulta certamente rafforzato alla luce della sua tipizzazione anche in seno alle fonti dell'Unione Europea, all'interno delle quali viene declinato in virtù di quel sentimento di reciproca fiducia che permea i rapporti tra gli Stati Membri. V. dunque art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, «che proibisce la reiterazione di identiche accuse a carico del medesimo soggetto» da parte di differenti Stati Membri. In dottrina, cfr. B. GALGANI, *Ne bis in idem e spazio giudiziario europeo*, in A. MANGIARACINA, *Il ne bis in idem*, cit., p. 234; A. MANGIARACINA, *Verso l'affermazione del ne bis in idem nello "Spazio giudiziario europeo"*, in *La legislazione penale*, n. 2, 2006, p. 631 ss. Anche nella Convenzione Applicativa dell'Accordo di Schengen (CAAS) sono state inserite due previsioni relative al divieto di doppio giudizio (artt. 54 e 55), che tuttavia hanno sollevato non pochi problemi di coordinamento con l'art. 50 CDFUE a causa delle condizioni di esecuzioni in essi contenute.

⁵ Cfr. G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 154 ss. In particolare, il De Luca analizzò con sapiente lucidità nella vigenza del codice Rocco l'efficacia di cosa giudicata delle sentenze che dichiaravano di non doversi procedere per mancanza di una condizione di procedibilità. La riflessione condotta dall'Autore

A fronte di una simile premessa parrebbe irragionevole ipotizzare che la *vis* del giudicato, la cui conseguenza è il divieto di riproporre un secondo processo sul medesimo oggetto, possa essere infranta o quantomeno temperata in virtù della tutela di soggetti diversi da quello nei confronti del quale la sentenza sia stata pronunciata.

Nondimeno, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ultimamente fornito alcune suggestive indicazioni che sospingono verso una rivisitazione della tradizionale portata di tale principio. Se in un primo momento i giudici di Strasburgo hanno ammesso la frangibilità del giudicato qualora il primo processo sia stato celebrato in violazione dei diritti contenuti nel catalogo di cui all'articolo 6 della Convenzione e riferiti alla persona accusata⁶, con recenti pronunce essi si sono spinti al punto di escludere che sussista una violazione del divieto di *bis in idem* quando la prima condanna non abbia tenuto adeguatamente in considerazione le istanze e i diritti della vittima di reato, laddove la sua posizione giuridica violata dal reato sia rimasta pertanto sostanzialmente sfornita di una tutela concreta.

Tali soluzioni si iscrivono all'interno di una cornice nella quale la Corte europea ha da tempo apportato innovative letture di alcune garanzie fondamentali che trovano la loro naturale collocazione nell'orbita delle situazioni giuridiche processuali, tra cui proprio quella del divieto di doppio giudizio. Così, nel riscontrare la violazione di diritti fondamentali dell'accusato, con particolare riferimento a quelli che devono assistere la celebrazione di un processo giusto ed equo, il giudice di Strasburgo ha individuato nel secondo procedimento da parte dello Stato convenuto il miglior rimedio per riparare alla lesione che il ricorrente aveva in precedenza subito⁷. La giurisprudenza europea ha peraltro esteso un simile

mantiene inalterata ancora oggi la sua attualità e validità, dal momento che la lettera dell'odierno art. 649 c.p.p. recupera parzialmente il dettato dell'art. 90 del codice di rito del 1930. La conclusione che egli raggiunse fu che l'effetto del *ne bis in idem*, salvo un'ipotesi eccezionale (prevista dall'art. 17 del vecchio codice e dall'art. 345 c.p.p. dell'attuale disciplina) relativa alla sopravvenienza successiva di una condizione di procedibilità dapprima mancante, si producesse indifferentemente sia a seguito di sentenze di merito sia in virtù di sentenze processuali. Ciò discenderebbe dalla natura peculiare del giudicato penale, il quale «opera per il solo fatto della sentenza, definitiva e irrevocabile, indipendentemente dal suo contenuto sostanziale o processuale». Per un ulteriore studio sulla natura della pronuncia d'improcedibilità, che al suo interno presuppone un *minimum* di valutazioni *de facto* connessa alla scelta dell'imputazione provvisoria operata dall'accusa, v. S. RUGGERI, *Pluralismo cognitivo e dinamiche processuali: tutela sommaria, decisioni in ipotesi e giudizi incompleti. Ragionando su procedibilità, merito e garanzie della persona*, in *La legislazione penale*, 10 settembre 2021, p. 23 ss. Viene dunque smentita, o comunque fortemente minata, la «concezione puramente processuale del giudizio sulla procedibilità». In ogni caso, nell'attuale assetto del sistema di giustizia penale, la decisione che accerta la carenza di una condizione di procedibilità è dotata di una efficacia preclusiva limitata, in quanto non vale ad impedire l'esercizio dell'azione penale «per il medesimo fatto e contro la medesima persona» (art. 345 c.p.p., rubricato «Difetto di una condizione di procedibilità. Riproponibilità dell'azione penale») qualora si realizzi in un momento successivo la condizione mancante. Così M. MONTAGNA, *Ne bis in idem e condizioni di procedibilità*, in A. MANGIARACINA, *Il ne bis in idem*, cit., pp. 94-95.

⁶ Per quel che riguarda l'ordinamento italiano, la «rivoluzione copernicana» in materia di giudicato si ebbe con il celebre caso Dorigo: Corte europea, dei diritti dell'uomo, 16 novembre 2000, ricorso n. 46520/99, *Dorigo c. Italia*, in www.budoc.echr.coe.int.

⁷ Cfr., *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 2003, ricorso n. 53431/99, *Gençel c. Turchia*, par. 27, ove si affermò che il rimedio più appropriato sarebbe stato quello di sottoporre il ricorrente ad un nuovo giudizio rispondente ai requisiti previsti dall'art. 6 Cedu. Con particolare riferimento all'Italia, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, 1° marzo 2006, ricorso n. 565801/00, *Sejdovic c. Italia*, par. 127, in cui i giudici di Strasburgo ammettono che comunque non spetti alla Corte indicare le modalità e le forme di un nuovo eventuale processo, lasciando allo Stato la determinazione del mezzo per raggiungere il risultato richiesto dalla decisione. In merito all'obbligo degli Stati di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. G. RANALDI, *Efficacia delle sentenze della Corte e.d.u. e rimedi interni: verso una restitutio in integrum (dal caso Dorigo alla revisione del processo iniquo)*, in D. CHINNICI, A. GAITO (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Milano, 2018,

approccio alle situazioni in cui soltanto uno dei due procedimenti sia di natura penale, mentre l'altro afferisca a diversa branca dell'ordinamento giuridico ma comporti un esito sostanzialmente punitivo, come spesso è stato rilevato nell'ipotesi in cui uno stesso fatto possa essere perseguito e sanzionato sia penalmente sia in via amministrativa⁸. Attraverso una simile operazione ermeneutica i giudici di Strasburgo hanno dunque favorito una ricostruzione della garanzia del *ne bis in idem* che prescinde dal diverso inquadramento che l'ordinamento giuridico ha previsto per il secondo procedimento, confermando la propria tendenza a massimizzare la tutela della persona accusata. Il risultato complessivo si apprezza per la sua poliedricità. Se, per un verso, le soluzioni elaborate in tema di doppio binario discendono da una lettura convenzionalmente orientata di tale divieto che ha l'obiettivo di espandere le garanzie di chi è stato condannato con sentenza definitiva⁹, per altro verso l'ampliamento della stessa tutela personalistica ha comportato una deroga al divieto di un secondo procedimento quando il primo sia stato condotto senza il rispetto delle previsioni afferenti al giusto processo.

È peraltro interessante osservare che, parallelamente a un tale innovativo rafforzamento della garanzia nei riguardi della persona accusata di un reato, la Corte di Strasburgo ha rivolto la propria attenzione anche nei confronti di altri soggetti a vario titolo coinvolti nelle dinamiche procedimentali. Nello specifico, la giurisprudenza europea è stata antesignana di un *modus operandi* che si sta ormai cristallizzando sempre più diffusamente e che mira a raggiungere un punto di bilanciamento tra diritti della vittima di reato e garanzie difensive della persona indagata o imputata, nell'ottica di una complessiva equità del procedimento penale¹⁰.

In tale cornice si inserisce dunque una recente sentenza, la quale ha fornito una interpretazione originale e però dirimpante del principio del *ne bis in idem*, e quindi dell'art. 4 Prot. 7 Cedu, alla luce delle istanze di tutela provenienti dalla vittima di reato. Risultano così ridefiniti i contorni di una garanzia che, fino a questo momento, era stata letta e applicata in

p. 43 ss. Quanto alla “cedevolezza” o “flessibilizzazione” del giudicato in attuazione di garanzie personali convenzionalmente tutelate, cfr. M. BONTEMPELLI, *La resistenza del giudicato alla violazione del principio di legalità penale*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 4, n. 3, 2018, pp. 1056-1057. D'altra parte, la solidità strutturale del giudicato, che comporta la sua intangibilità, è stata ben espressa e analizzata da F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009.

⁸ Sulla “totipotenza” del principio, v. A. GAITO, *La progressiva trasfigurazione del ne bis in idem*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2019, pp. 6-7. Con particolare riferimento ai reati connessi ad abusi di mercato, anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha ammesso la possibilità di un cumulo di sanzioni di natura afflittiva, erogate al termine di due procedimenti (uno penale e l'altro amministrativo) in merito allo stesso fatto storico, non realizzandosi in tal modo una violazione *tout court* dell'art. 50 CDFUE, ma piuttosto una limitazione del diritto ivi formulato. La Corte di Lussemburgo richiede però che i due procedimenti siano previsti nel rispetto del principio di proporzionalità e al fine di perseguire un obiettivo di interesse generale. V. Corte di Giustizia UE, GC, 20 marzo 2012, causa C-524/15, *Luca Menci*, in *www.curia.europa.eu*; Id., 20 marzo 2018, causa C-637/16, *Garlsson Real Estate e altri*, in *www.curia.europa.eu*; Id., 20 marzo 2018, cause C-596/16 e C-597/16, *Enzo Di Puma e Antonio Zecca*, in *www.eur-lex.europa.eu*. Se, da un lato, tale orientamento della Corte salva l'attuale assetto del doppio binario sanzionatorio in relazione ad alcune tipologie di illeciti, dall'altro bisogna comunque prevenire il rischio che la sanzione complessiva, che potremmo definire “a formazione progressiva”, risulti eccessivamente onerosa.

⁹ Sulla riscrittura dei connotati dell'*auctoritas rei indicatae*, cfr. A. PROCACCINO, *Metamorfosi del ne bis in idem: da “certezza del diritto” a “divieto di doppio processo” a “possibilità di procedimenti integrati”*, in D. CHINNICI, A. GAITO, *Regole europee e processo penale*, cit., p. 326 ss.

¹⁰ Cfr., *inter alios*, M. GIALUZ, *La vittima tra Corte edu e Corte di Giustizia*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Padova, 2015, p. 20; E. N. LA ROCCA, *La tutela della vittima di reato*, in D. CHINNICI, A. GAITO, *Regole europee e processo penale*, cit., pp. 146-147. Ancora, M. MONTAGNA, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2019, p. 1 ss.

un'ottica orientata alla salvaguardia degli interessi personali del solo accusato¹¹. Quella flessibilità dell'effetto preclusivo che discende dalla *vis rei indicatae* a cui la giurisprudenza di Strasburgo ci aveva abituato viene ulteriormente sviluppata al punto da ammettere una cedevolezza del principio che tuttavia non comporta un'attenuazione bensì un potenziamento della sua portata assiologica per realizzare una tutela piena ed effettiva della persona che ha subito le conseguenze pregiudizievoli della condotta criminosa.

Nonostante gli indubbi meriti di tale orientamento, sarebbe forse stato opportuno che la Corte si fosse maggiormente soffermata sull'operatività di una simile deroga ad una garanzia fondamentale della persona, fornendo qualche elemento d'analisi in più per giustificarne la *ratio* e le modalità di funzionamento. In questa prospettiva, il presente contributo mira quindi a ricostruire in che termini il *ne bis in idem* possa essere ripensato alla luce del ruolo sempre più incisivo riconosciuto alla vittima, rafforzando, da un lato, la sua protezione sul fronte penalistico e, dall'altro, favorendo una sua partecipazione propulsiva e attiva al procedimento penale che la riguarda¹². Del resto, solo comprendendo appieno fino a che punto si possa ammettere e giustificare un'eccezione al divieto di un secondo procedimento è possibile avanzare una riflessione sul punto di equilibrio tra gli interessi confliggenti in gioco. Su un versante, la persona destinataria di un giudizio definitivo ha tutto l'interesse a non subire un ulteriore esame sul medesimo fatto a questa attribuito; sull'altro versante, però, la vittima che non è stata messa nelle condizioni di poter partecipare al primo procedimento potrebbe, alla luce dell'impostazione proposta dalla Corte europea, correttamente reclamare il suo diritto a ricevere una risposta certa e definitiva dall'ordinamento giuridico d'appartenenza.

¹¹ La sentenza in esame è Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 gennaio 2021, ricorso n. 50231/13, *Sabalić c. Croazia*, in www.budoc.echr.coe.int. Cfr. A. PROCACCINO, *Hate Homophobic Cases and the European Investigative Adequacy Principle. Some Brief Reflections on its Impact on the Italian Legal System*, in *questa Rivista*, n. 4, 2021, p. 916 ss.; volendo, anche V. DI NUZZO, «Ne bis in idem» e tutela della vittima di reato: la Corte di Strasburgo riconosce la cedevolezza del principio di fronte a gravi violazioni dei diritti delle persone LGBTQ+, in *Il Foro italiano*, n. 10, 2021, p. 465 ss.

¹² Sugli obblighi positivi a carico degli Stati aderenti alla Cedu, v., *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, 6 giugno 2005, ricorsi n. 43577/98 e n. 43579/98, *Natchova e altri c. Bulgaria*, in www.budoc.echr.coe.int, par. 160 ss. Sui diritti della vittima connessi allo svolgimento dell'iter procedimentale cfr. Id., GC, 6 aprile, 2000, ricorso n. 26772/95, *Labita c. Italia*, in www.budoc.echr.coe.int; Id., 26 marzo 1985, ricorso n. 8978/80, *X e Y c. Paesi Bassi*, in www.budoc.echr.coe.int. Del resto, tale figura ha ormai assunto il ruolo di nuovo protagonista del sistema giudiziario penale, in quanto è portatrice di un interesse personale e diretto al risultato del processo. In tal senso, v. E. N. LA ROCCA, *La tutela della vittima di reato*, in D. CHINNICI, A. GAITO, *Regole europee e processo penale*, cit., p. 151. Resta da vedere se l'esistenza di poteri partecipativi specifici in capo alla persona offesa costituisca una condizione per superare il problema della sua mancata considerazione. La definizione delle modalità di impulso e delle forme di partecipazione della vittima di reato al procedimento penale presuppongono scelte di politica criminale rimesse al singolo ordinamento giuridico, il quale dovrebbe prevedere uno statuto della vittima in linea con le peculiarità del proprio sistema di giustizia penale. D'altra parte, senza una preventiva disciplina dei poteri della vittima in seno al procedimento, non sarebbe ipotizzabile alcuno strumento che le consenta di superare lo sbarramento del *ne bis in idem*.

2. La considerazione incidentale della vittima nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di *ne bis in idem*

Utile punto di partenza è certamente l'evoluzione giurisprudenziale che, tanto sul versante della Corte di Giustizia dell'Unione europea quanto su quello della Corte europea dei diritti dell'uomo, mostra una crescente attenzione alla posizione della vittima anche nella prospettiva della garanzia costituita dal divieto di doppio giudizio.

I giudici di Lussemburgo, pur occupandosi dell'applicazione orizzontale di tale principio nei rapporti tra gli Stati membri e all'interno dell'area Schengen, hanno mantenuto negli anni un'interpretazione del *ne bis in idem* volta soltanto ad assicurare la certezza della situazione giuridica della persona imputata, garantendole l'intangibilità della *res judicata* derivante dal primo giudizio. Essi hanno più volte chiarito che l'art. 54 CAAS tutela la reciproca fiducia tra gli Stati membri e la libertà di circolazione delle persone nell'area Schengen¹³. Si potrebbe tuttavia obiettare che tale diritto dovrebbe essere garantito anche a chi rimane vittima di un reato e che la sua libertà di circolazione potrebbe essere efficacemente ed effettivamente salvaguardata solo garantendo a tale soggetto l'attivazione di una tutela penale adeguata.

Proprio la storica pronuncia *Gozjutok e Brügge* rappresenta un primo tentativo di riequilibrare la posizione dei soggetti coinvolti¹⁴: la Corte, in quel caso, estese la tutela dell'indagato destinatario di un provvedimento archiviativo ma al contempo tutelò la vittima che poté beneficiare di una soluzione riparatoria. Più affine all'orientamento della Corte europea che qui si sta esaminando risulta certamente la decisione dei giudici di Lussemburgo nel caso *Kossowski*¹⁵. In tale occasione è stato riconosciuto che l'art. 54 CAAS dev'essere interpretato nel senso che la decisione del pubblico ministero di terminare le indagini e archiviare un procedimento penale nei confronti di una persona, senza aver comminato alcuna sanzione, non può essere ritenuta definitiva ai fini della citata disposizione, qualora emerga che l'archiviazione sia stata chiesta o disposta senza una dettagliata attività investigativa. A tal proposito significativamente un elemento sintomatico dell'assenza di un'adeguata indagine è rappresentato dal fatto che la vittima non sia stata sentita.

Sul fronte della "grande Europa", rispetto al profilo che qui interessa, la Corte di Strasburgo nella sentenza *Maresti c. Croazia* aveva adottato un approccio parzialmente differente¹⁶. In quell'occasione, infatti, i giudici avevano riscontrato la violazione della disposizione convenzionale in tema di divieto di *bis in idem* perché il primo procedimento, instaurato per disturbo della quiete pubblica, aveva incidentalmente riconosciuto, *inter alia*, la

¹³ Nella sentenza Corte di Giustizia dell'Unione europea, 11 febbraio 2003, cause C-187/01 e C-385/01, *Hüseyin Gozjutok e Klaus Brügge*, in www.eur-lex.europa.eu, l'Avvocato Generale esclude espressamente la rilevanza della circostanza per cui l'efficacia preclusiva della prima decisione avesse arrecato un pregiudizio alla vittima di reato.

¹⁴ Corte di Giustizia dell'Unione europea, *Hüseyin Gozjutok e Klaus Brügge*, cit.

¹⁵ Corte di Giustizia dell'Unione europea, 29 giugno 2016, causa C-486/14, *Piotr Kossowski*, in www.eur-lex.europa.eu.

¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 giugno 2009, ricorso n. 55759/07, *Maresti c. Croazia*, in www.budoc.echr.coe.int. Il ricorrente si era rivolto alla Corte perché lamentava la violazione dell'art. 4 Prot. 7 Cedu da parte del proprio Stato d'appartenenza. La Croazia, infatti, dapprima aveva condannato il signor Maresti per aver violato alcune norme contravvenzionali relative alla tutela dell'ordine pubblico, condannandolo a quaranta giorni di detenzione carceraria, e successivamente aveva avviato un processo penale per lesioni ai danni di due persone, A.M. e D.R., commesse nelle stesse circostanze di luogo e tempo delle azioni criminose già punite.

responsabilità dell'accusato per le aggressioni commesse, condannandolo tuttavia esclusivamente per reati minori. Era dunque convenzionalmente illegittimo il secondo giudizio per lesioni personali, in quanto la condotta criminosa contestata era la medesima e gli eventi si erano svolti nelle stesse circostanze di tempo e spazio¹⁷.

Il ragionamento seguito dalla Corte escludeva *in toto* gli interessi della vittima, guardando unicamente al diritto del ricorrente di non essere giudicato due volte per fatti che, alla luce di tale impostazione, erano sostanzialmente gli stessi e quindi integravano il requisito dell'*idem factum*¹⁸.

Ad una attenta analisi di altra sentenza, molto più recente e anzi di poco antecedente la citata *Sabalić*, si scorge un atteggiamento in parte differente rispetto alle precedenti pronunce e molto più affine all'obiettivo di rafforzare la tutela delle vittime di reato¹⁹. Sebbene le motivazioni di tale decisione non diano particolarmente conto del bisogno di giustizia di tali soggetti (nello specifico si trattava dei familiari di una persona uccisa dal ricorrente, il quale ne aveva cagionato la morte guidando ad una velocità di gran lunga eccedente i limiti consentiti dalla legge domestica), la declaratoria della Corte, secondo la quale non sussisteva in quell'occasione una violazione del divieto di doppio giudizio, facendo salvo il secondo processo, ha finito di fatto per assicurare l'attuazione della tutela penale a favore delle persone che rivestivano tale qualifica²⁰. A tale conclusione i giudici sono unanimemente giunti applicando l'insegnamento stabilito nella celebre pronuncia *A e B c. Norvegia*²¹: il rispetto del principio di sufficiente connessione temporale e sostanziale tra due procedimenti permette di salvare la legittimità di entrambi senza incorrere in alcuna violazione dell'art. 4 Prot. 7 Cedu quando questi, congiuntamente considerati, formano un insieme integrato coerente e ragionevole²².

¹⁷ V., in particolare, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Maresti c. Croazia*, cit., par. 63-64. «63. As to the present case the Court notes that in respect of the minor offence and the criminal offence the applicant was found guilty of the same conduct on the part of the same defendant and within the same time frame. In this connection, it notes that the definition of the minor offence [...] does not as such include inflicting bodily injury while this element is crucial for the criminal offence of inflicting grievous bodily injury [...]. The physical attack on D.R. thus constituted an element of the minor offence of which the applicant was found guilty. In the criminal proceedings before the Municipal Court the applicant was again found guilty of, *inter alia*, hitting D.R. The events described in the decisions adopted in both sets of proceedings took place at the Pazin coach terminal at about 7 p.m. on 15 June 2006. It is obvious that both decisions concerned exactly the same event and the same acts. 64. The Court cannot but conclude that the facts constituting the minor offence of which the applicant was convicted were essentially the same as those constituting the criminal offence of which he was also convicted».

¹⁸ Come si dirà più avanti, è proprio sulla nozione di *idem factum* che si gioca la partita. Dal significato con cui si riempie tale locuzione discende l'espansione o il restringimento degli spazi di tutela discendenti dal principio del *ne bis in idem*. E ciò vale tanto per l'indagato o imputato quanto per la vittima di reato.

¹⁹ Il riferimento è a Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 ottobre 2020, ricorso n. 67334/13, *Bajčić c. Croazia*, in www.budoc.echr.coe.int.

²⁰ Secondo i giudici di Strasburgo, la condanna per offese minori relative all'eccesso di velocità non includeva in alcun modo la responsabilità dell'imputato per aver provocato un incidente stradale dal quale era derivata la morte di un'altra persona. Così Corte europea dei diritti dell'uomo, *Bajčić c. Croazia*, cit., par. 36.

²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e n. 29758/11, *A e B c. Norvegia*, in www.budoc.echr.coe.int, par. 131 ss. in dottrina v. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; B. LAVARINI, *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, n. 12, p. 82 ss.

²² Così Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, 8 luglio 2019, ricorso n. 54012/10, *Mihalache c. Romania*, in www.budoc.echr.coe.int, par. 84. Si noti che qui la Grande Camera ha riscontrato la violazione del divieto di doppio

Il diritto della vittima ad ottenere un giusto processo penale, che analizzi il proprio caso e giunga eventualmente al riconoscimento di un colpevole, appare quindi indirettamente consolidato dall'applicazione del *test* di sufficiente connessione che nell'ultimo periodo ha portato la Corte di Strasburgo a far salvo il doppio binario sanzionatorio in ipotesi in cui la repressione in sede penale si affiancava a quella in via amministrativa²³. In questi casi, il rischio era che l'attivazione del procedimento amministrativo o di polizia per reati minori potenzialmente precludesse l'esercizio dell'azione e l'instaurazione di un processo penale, lasciando priva di adeguata tutela la vittima, le cui istanze di giustizia certamente non venivano soddisfatte dal primo procedimento.

In altre parole, le persone lese dal reato beneficiano in maniera indiretta dell'orientamento ora analizzato, con particolare riferimento a quegli ordinamenti statali nei quali alcune condotte sono doppiamente sanzionate²⁴. Attraverso l'applicazione del *test* formulato in *A e B c. Norvegia* è possibile far salva la duplicazione di procedimenti, quando questi vengano celebrati rispettando i criteri stabiliti dalla Corte: perseguimento di scopi complementari; prevedibilità del doppio binario; interazione delle autorità competenti per evitare una doppia acquisizione e valutazione delle prove; considerazione della sanzione inflitta per prima all'atto di determinare la seconda²⁵.

Ciò che preme evidenziare è però il diverso atteggiamento della Corte in queste decisioni rispetto al caso *Sabalić*. Se negli altri ricorsi citati, i giudici avevano assicurato una tutela della vittima in via incidentale, determinandosi in funzione del *thema decidendum* stabilito dai ricorrenti (imputati nei loro rispettivi procedimenti), in *Sabalić c. Croazia* i giudici europei hanno adottato ben altra impostazione, tenendo presente che l'istanza proveniva dalla vittima di un'aggressione di stampo omofobico e che la posizione di tale soggetto avrebbe certamente giovato della riapertura del procedimento. Così parrebbe realizzarsi un'inversione

giudizio per uno stesso fatto, in quanto i due procedimenti istaurati dalle autorità croate non costituivano a «coherent whole».

²³ Anche in Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 agosto 2021, ricorso n. 45512/11, *Galović c. Croazia*, in www.hudoc.echr.coe.int, i giudici hanno applicato i principi stabiliti nella sentenza *A e B c. Norvegia* per giungere alla conclusione che la duplicazione di procedimenti a carico dell'imputato per reati connessi alla violenza domestica fosse legittima e conforme alla Convenzione. A conferma del rilievo che in tale occasione la Corte ha attribuito alla protezione dei familiari, si legge nelle motivazioni che non vi alcun dubbio circa la legittimità delle ragioni che sottendono alla previsione di un doppio binario sanzionatorio in tali circostanze, perché l'obiettivo di un simile assetto è perseguire «the general interest of promptly and adequately reacting to domestic violence, that has particularly damaging effects on the victim, the family and society as a whole by gradually intensifying the State's response» (par. 118).

²⁴ A tal proposito v. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights. Right not to be tried or punished twice*, Council of Europe, 30 settembre 2021, pp. 10-11. Nella Guida viene specificato che i procedimenti per reati minori in alcuni ordinamenti giuridici sono pensati per garantire la protezione della dignità personale e dell'ordine pubblico, valori e interessi che normalmente ricadono nella sfera del diritto penale. La classificazione come «minor offences» non ne esclude *per se* la natura penale, per come comunemente intesa dalla Convenzione e dal *case-law* di Strasburgo. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, *Sergey Zolotukhin c. Russia*, in www.hudoc.echr.coe.int, par. 54 ss.

²⁵ I criteri previsti da tale pronuncia hanno la funzione di mitigare quanto era stato precedentemente stabilito in materia di doppio giudizio nella sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, 23 novembre 1976, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71; 5354/72 e 5370/72, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, in www.hudoc.echr.coe.int. Più precisamente, la Corte nel 2016 (*A e B c. Norvegia*) enucleò alcuni fattori da tenere in considerazione per vagliare la sussistenza della sufficiente connessione (par. 132). A tal proposito, può osservarsi che la severità e l'entità della sanzione inflitta rappresentano un indice sintomatico di un procedimento che lascia insoddisfatta la persona offesa.

di prospettiva: la vittima ora è portatrice di un interesse alla celebrazione di un giusto processo, che dia attuazione alla tutela penale preposta dall'ordinamento statale e che non può essere in alcun modo precluso dal fatto che una condanna sia stata emessa in via amministrativa.

A questo punto verrebbe da chiedersi perché in *Sabalić* la Corte edu non abbia applicato il test elaborato nel caso *A e B c. Norvegia* al fine di determinare se la duplicazione di procedimenti potesse essere legittimamente accettabile. Per rispondere a tale quesito bisogna dapprima valutare alcune circostanze che caratterizzano la fattispecie concreta. Innanzitutto, in tale vicenda le autorità croate avevano rigettato l'istanza della vittima, per cui il secondo procedimento si era arrestato alla fase delle indagini preliminari: l'impianto motivazionale della Corte dà ampio spazio e rilievo alle omissioni degli organi procedenti, che non avevano approfondito i motivi d'odio sottesi all'attacco.

Si potrebbe quindi argomentare che, nell'ottica di quella logica *floue* strutturalmente tipica della Corte di Strasburgo²⁶, i giudici abbiano voluto garantire una complessiva giustizia sostanziale, avallando la possibilità che un processo penale nei confronti della persona già destinataria di una sanzione si svolga per assicurare una tutela concreta ed effettiva alla vittima di reato. Una tutela che risulta ancor più pregnante se si tiene conto del fatto che sostanzialmente costituisce una deroga al principio del *ne bis in idem*²⁷. Emerge allora una nuova concezione della clausola di salvaguardia prevista al secondo paragrafo dell'art. 4 Prot. 7 Cedu: generalmente interpretata in un'ottica accusato-centrica, adesso sembra poter essere apprezzata alla luce di un inquadramento garantista, che includa la tutela della vittima di reato, legittimandosi proprio a favore di quest'ultima l'instaurazione di un nuovo procedimento. Ciò impone una riflessione sulla necessità di ampliare la portata del principio del *ne bis in idem*, riconsiderando in questa prospettiva il tradizionale problema dei limiti soggettivi del giudicato.

3. I limiti soggettivi del giudicato: la trascurata posizione della vittima non coinvolta nel primo procedimento

Il tema relativo alla determinazione dei limiti soggettivi del giudicato penale fu in passato oggetto di grande attenzione da parte della dottrina processualistica²⁸, sebbene questa abbia successivamente rivolto i propri sforzi all'approfondimento dei profili oggettivi relativi all'identificazione dell'*idem factum*²⁹.

Occorre tuttavia precisare che la possibilità per cui la sentenza definitiva produca efficacia è sempre stata studiata nella prospettiva di soggetti terzi, quali concorrenti nel reato con l'imputato del primo processo: in particolare, ci si è chiesti se questi soggetti altri rispetto

²⁶ In tema, M. VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in M. CERESA-GASTALDO, S. LONATI (a cura di), *Profili di procedura penale europea*, 2021, p. 204.

²⁷ Anticipando quanto si dirà nel prosieguo del presente scritto, la deroga si realizza solo in presenza di un *idem factum*, per cui risulta essenziale stabilire cosa debba intendersi per "fatto".

²⁸ Fondamentale, a tal proposito, G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit. Quanto al profilo soggettivo del giudicato declinato nell'ottica del processo civile, cfr. F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, in ID. (a cura di), *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, p. 431 ss.

²⁹ Così E.N. LA ROCCA, *Eadem persona e limiti soggettivi del giudicato penale*, in A. MANGIARACINA, *Il ne bis in idem*, cit., p. 15.

all'accusato potenzialmente godrebbero dell'effetto preclusivo prodotto dalla prima decisione, qualora venissero imputati della medesima regudicanda in un secondo momento. Le diverse correnti dottrinali, tutte poggianti su argomentazioni giuridiche di raffinata acutezza, sostanzialmente possono essere suddivise in due macro filoni: coloro che ne ammettevano l'operatività in favore dei terzi e coloro che invece smentivano tale risultato³⁰.

La posizione della vittima di reato era peraltro sostanzialmente trascurata da tali riflessioni e la ragione di ciò risiedeva nella lettura tradizionale del *ne bis in idem* in funzione di garanzia riferita alla sola persona dell'imputato destinatario del provvedimento decisorio. Del resto la disciplina di tale principio, nell'interpretazione tradizionale e comunemente accettata, è intrinsecamente incompatibile con la tutela di interessi facenti capo ad altri soggetti³¹. Secondo tale impostazione, l'effetto preclusivo della sentenza penale attiene al rapporto tra autorità giudicante e persona imputata: una volta che lo Stato ha consumato il proprio potere di *ius dicere*, nessun altro giudice è legittimato, salvo tassative ipotesi, a tornare sullo stesso fatto contestato all'*eadem persona*³².

Lo studio di tale garanzia si è quindi sempre incentrato su un rapporto a due *auctoritas*-individuo, dove l'individuo considerato, però, è soltanto colui che ha già subito un primo procedimento penale.

Alla luce di tali riflessioni, si apprezza maggiormente la portata innovativa della giurisprudenza europea, che fa da apripista ad un nuovo modo di apprezzare non solo il *ne bis in idem* ma proprio quella che si potrebbe definire una "*firmitas* flessibile" del giudicato. L'espressione apparentemente ossimorica serve a rendere in maniera pregnante le diverse sfaccettature che questa fondamentale garanzia assume in virtù degli apporti provenienti dai giudici di Strasburgo, certamente attenti alla realizzazione di un'ideale di giustizia penale partecipata da tutti i soggetti portatori di interessi rilevanti³³.

³⁰ Tra gli esponenti della prima corrente, si vedano O. VANNINI, *Manuale di diritto processuale italiano*, Milano, 1953, p. 252 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, p. 66 ss., che ammetteva il fenomeno della riflessione della cosa giudicata per effetto di un nesso di pregiudizialità tra i rapporti, esistente già sul piano sostanziale. Sul fronte opposto, sicuramente G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 163, secondo il quale «da stessa struttura del giudicato penale è incompatibile con la presenza di una sua efficacia riflessa o diretta *ultra partes*». È l'indifferenza del contenuto decisorio della sentenza rispetto alla produzione degli effetti del giudicato che fornisce la prova della «impossibilità logica oltre che giuridica di far ricadere tali effetti sui terzi». Depone in tal senso anche l'assenza di un rimedio repressivo a favore di terzi (p. 153). Per una ricostruzione che dà sinteticamente conto anche delle tesi più risalenti, v. E. N. LA ROCCA, *Eadem persona e limiti soggettivi del giudicato penale*, in A. MANGIARACINA, *Il ne bis in idem*, cit., p. 22 ss.

³¹ In questo senso v. L. BARONTINI, *La nuova fisionomia del ne bis in idem: da garanzia processuale a istituto ibrido*, in *La legislazione penale*, 26 novembre 2021, p. 15. Ma, dal momento che l'autorità di cosa giudicata dipende dalla «volontà della legge di fronte al caso da decidere», la soccombenza dei diritti costituzionali di altri soggetti non costituisce una ingiustizia, intesa nel senso di difformità dal diritto; semmai «vi sarà iniquità (difformità dall'equità)». In questo modo, V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, VI ed. (a cura di G. CONSO, G. D. PISAPIA), Torino, 1967, p. 576.

³² Richiamando e sviluppando la tesi sostenuta dal Goldschmidt, G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., pp. 190-191, afferma che non è la pretesa punitiva a costituire l'oggetto del processo penale; è invece oggetto del processo penale «lo stesso diritto penale, che viene consumato con la condanna o con l'assoluzione». Cfr. altresì S. RUGGERI, voce *Giudicato penale*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, p. 447 ss.

³³ La valutazione di complessiva equità del procedimento ai sensi dell'art. 6 Cedu viene svolta dalla Corte europea, tenendo conto di diversi fattori, tra cui gli interessi della vittima Cfr. *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, GC, 15 dicembre 2015, ricorso n. 9154/10, *Schatschaschwili c. Germania*, in *www.budoc.echr.coe.int*, par. 101, dove la Corte afferma: «The Court's primary concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings. In making this assessment, the Court will look at the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, having regard to the rights of the defence but also to

L'assenza di un attento esame sulla situazione della vittima, sfociata in una sentenza che non tiene in alcun modo conto della tutela da garantire a tale soggetto, legittimerebbe, in questa originale visione della Corte, la celebrazione di un secondo procedimento, previa eliminazione degli effetti del primo³⁴. La situazione giuridica della vittima, che non è stata definita nella prima decisione, non può subire gli effetti pregiudizievoli del giudicato già intervenuto, perché nei suoi confronti la vicenda non è stata in alcun modo definita, rimanendo quest'ultima sfornita di adeguata tutela.

4. Un rapporto controverso: idem factum, tutela della vittima e possibilità di un secondo giudizio

Se le elaborazioni relative alla soggettività del giudicato sviluppate dalla dottrina tradizionale non riuscirono a fornire adeguata collocazione sistematica alla vittima di reato che non era stata coinvolta dal primo procedimento, gli studiosi che invece si occuparono del requisito concernente l'identità del fatto mostrarono una maggior attenzione nei confronti di tale soggetto³⁵.

Bisogna fin da subito puntualizzare che il significato da attribuire alla nozione di "fatto" in materia non è univoco, essendo questo un argomento che ha suscitato il fronteggiarsi di diverse teorie; eppure non è un profilo per nulla irrilevante, dal momento che in base all'interpretazione che si sceglie di attribuire a questo concetto consegue una diversa portata del principio del *ne bis in idem*³⁶.

L'art. 649 c.p.p. adotta una nozione di "fatto" la cui essenza rimane immutata anche qualora alcuni elementi vengano diversamente considerati: difatti, al variare di titolo, grado e circostanze permane l'identità del fatto³⁷. In forza di tale definizione, ad oggi è diffusamente accolta l'accezione storico-naturalistica di medesimezza del fatto, come è noto, a discapito di quella che fa riferimento all'*idem* legale. Tale impostazione è stata fatta propria anche dalle

the interest of the public and the victims in seeing crime properly prosecuted and, where necessary, to the rights of witnesses». V. anche Id., GC, 15 dicembre 2011, ricorsi n. 26766/05 e n. 22228/06, *Al-Khawaja e Tabery c. Regno Unito*, in *www.budoc.echr.coe.int*, par. 146; Id., 1° giugno 2010, ricorso n. 22978/05, *Gäfgen c. Germania*, in *www.budoc.echr.coe.int*, par. 175, in cui i giudici sottolineano l'interesse delle vittime e delle loro famiglie, ma anche della società in generale, al perseguimento dei criminali e all'emissione di una sanzione nei loro confronti.

³⁴ Nella sentenza *Sabalić*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto inadeguata la sanzione che era stata irrogata nei confronti dell'imputato: nei confronti dell'uomo che avrebbe causato le lesioni alla ricorrente era stato istituito processo di natura amministrativa per disturbo della quiete pubblica, al termine del quale era stato condannato al pagamento di una multa per un valore equivalente a circa 40 euro. I giudici della Corte sottolineano quindi l'esigenza di elidere gli effetti pregiudizievoli derivanti da tale decisione (parr. 101 e 114).

³⁵ Ha icasticamente affermato E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 442 che «l'analisi di ciò che si debba intendere come *idem factum* ai fini del divieto espresso dall'art. 649 c.p.p. costituisce il cuore dell'esegesi concernente la cosa giudicata sostanziale e ne delinea caratteristiche e ambito di garanzia». In senso analogo, P.P. RIVELLO, *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*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1411.

³⁶ In questo senso, cfr. R. FONTI, *I confini oggettivi del ne bis in idem*, in A. MANGIARACINA, *Il ne bis in idem*, cit., pp. 35-36.

³⁷ Cfr., *ex plurimis*, T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, cit., p. 871; F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, cit., p. 136; P. P. RIVELLO, *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*, cit., pp. 1427-1428; E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 447 ss.

Corti europee³⁸, nonostante i documenti costituzionali di riferimento usino i termini “*offence*” o “*infractio*”³⁹. In altri termini, non avrebbe quindi rilievo la diversa qualificazione giuridica attribuita alla condotta dell’indagato o imputato, purché questa sia la stessa nella sua materialità spazio-temporale⁴⁰.

Nell’ordinamento italiano è stata la Corte costituzionale nel 2016 a riscrivere parzialmente i confini della garanzia del *ne bis in idem*, avallando la concezione materiale della nozione di medesimo fatto⁴¹. Richiamando quanto era già stato sancito sul tema dalle Sezioni Unite⁴², il giudice delle leggi ha spiegato che l’identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, nesso causale ed evento) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona. Occorre dunque una valutazione comparativa basata sulla dimensione empirica e strutturale della vicenda umana così come indagata e contestata nel primo giudizio.

Ma quale spazio di tutela è riconosciuto alla vittima nell’ambito di tali riflessioni?

È la stessa Corte costituzionale che, *obiter dictum*, fornisce la risposta. Essa evidenzia che alcune pronunce della Corte di Strasburgo⁴³ suggerirebbero «un mutamento dell’oggetto dell’azione, e quindi della persona offesa dal reato, spezzi il nesso tra fatto giudicato in via definitiva e nuova imputazione, pur in presenza della stessa condotta»⁴⁴. Ancora, chiariscono

³⁸ A fronte di orientamenti pregressi che interpretavano l’*idem* in maniera non univoca, con Corte europea dei diritti dell’uomo, *Sergey Zolotukhin c. Russia*, cit., par. 82 ss., è stata accolta una lettura del termine “*offence*” che apprezza la sostanziale identità dei fatti dai quali origina il reato. I giudici hanno poi precisato anche l’ampiezza del loro vaglio in tali ipotesi: «the Court’s inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings». Quanto alla giurisprudenza di Lussemburgo, cfr. Corte di Giustizia UE, 9 marzo 2006, C-436/04, *Léopold Henri Van Esbroek*, in *Il Foro it.*, 2006, IV, p. 433 ss; Id., 28 settembre 2006, C-150/05, *Jan Leo Van Straaten*, in www.curia.europa.eu, la quale sancisce che l’unico criterio rilevante sia l’identità del fatto materiale, inteso come l’esistenza di un insieme di circostanze concrete inestricabilmente collegate tra loro; v. A. KLIP, *European Criminal Law. An integrative approach*, Cambridge, IV ed., 2021, p. 366 ss.

³⁹ Cfr. il dato letterale degli artt. 4 Prot. 7 Cedu, 50 CFDUE e persino dell’art. 14 Patto internazionale dei diritti civili e politici.

⁴⁰ Cfr. D. DI MAURI, *Difetto strutturale dell’ordinamento nazionale rispetto al ne bis in idem, tra obblighi di cessazione e riparazione: qualche osservazione su Corte eur. dir. uomo*, Korneyeva c. Russia, in www.giustiziainsieme.it, 14 maggio 2020. Cfr. anche Corte europea dei diritti dell’uomo, 16 aprile 2019, ricorso n. 72098/14, *Bjarni Armannsson c. Islanda*, in www.budoc.echr.coe.int, ove si fa riferimento, al pari di quanto stabilito nella *Zolotukhin*, a fatti identici o a fatti che sostanzialmente sono i medesimi per valutare la sussistenza del *bis in idem*.

⁴¹ Corte costituzionale, 21 luglio 2016, n. 200, in *Cass. pen.*, n. 1, 2017, p. 78 ss., con nota di P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*. L’Autore spiega il percorso seguito dalla Corte: sebbene il giudizio ermeneutico sulla medesimezza del fatto fosse questione di competenza del giudice ordinario, la Corte costituzionale, «sicuramente in considerazione della gravità dei reati e del numero di vittime coinvolte nel processo Eternit» si è spinta fino a fornire «qualche indicazione sul criterio da seguire per la valutazione del *ne bis in idem* nel processo *a quo* instaurato per omicidio doloso dopo la sentenza irrevocabile che dichiarava prescritto il reato di disastro (art. 434 c.p.)».

⁴² Il riferimento è a Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, *P.G. in proc. Donati e al.*, in *Ced. Cass.*, rv. 231799-01. Cfr. anche Corte cost., 22 marzo 2008, n. 129, in www.giurcost.org.

⁴³ Cfr., ad es., Corte europea dei diritti dell’uomo, 14 aprile 2014, ricorso n. 32042/11, *Muslija c. Bosnia Erzegovina*, par. 34, in www.budoc.echr.coe.int; Id., 11 dicembre 2013, ricorso n. 20383/04, *Khmel c. Russia*, in www.budoc.echr.coe.int, par. 65; Id., 23 giugno 2015, ricorso n. 8516/07, *Butnaru e Bejan-Piser c. Romania*, in www.budoc.echr.coe.int, par. 37.

⁴⁴ Così Corte cost., 2016, n. 200, cit., par. 7. È opportuno rammentare che tale decisione è stata nel senso di rilevare la parziale illegittimità dell’art. 649 c.p.p. per contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost., in relazione

i giudici costituzionali che «non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico. Ove invece tale giudizio abbia riguardato anche quella persona occorrerà accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato, cioè se il fatto già giudicato sia, nei suoi elementi materiali, realmente il medesimo, anche se diversamente qualificato per il titolo, per il grado e per le circostanze»⁴⁵.

Una considerazione dell'identità del fatto estesa all'evento nel raffronto tra l'imputazione del primo giudizio e quella del secondo potrebbe condurre l'interprete a ravvisare la sussistenza di un fatto nuovo, in forza dell'evento pregiudizievole causato dal reato che ha colpito la vittima di reato e che non era stato affrontato in prima battuta⁴⁶. Nell'ipotesi in cui l'apprezzamento del fatto in senso storico-naturalistico permetta di rilevare che dalla medesima condotta sono derivate conseguenze sfavorevoli per una o più persone, insomma la celebrazione di un nuovo procedimento per riparare a tale violazione non sarebbe impedita dall'effetto preclusivo del primo giudicato. A ben vedere, proprio un'analisi che includa anche la persona offesa consente di evitare conclusioni così assolutizzanti. Una diversità di fatto potrebbe quindi verificarsi qualora il medesimo comportamento umano leda o metta in pericolo il medesimo bene in riferimento a soggetti non interessati dall'accertamento processuale oggetto del primo procedimento. Ed è interessante osservare che proprio in questa direzione si muove la Corte di Cassazione, la quale di recente ha specificato che il principio del *ne bis in idem* non impedisce al giudice «di prendere in esame lo stesso fatto storico e di valutarlo in riferimento a diverso reato, dovendo la vicenda criminosa essere valutata alla luce di tutte le sue implicazioni penali»⁴⁷.

Questa impostazione, fondata sulla considerazione dei tre elementi costitutivi del reato, non è stata l'unica soluzione prospettata nel tempo dalla dottrina. Nella vigenza del codice Rocco, una non trascurabile parte degli studiosi era dell'opinione che il concetto di fatto ai fini del *ne bis in idem* dovesse essere inteso con riguardo alla condotta, non rilevando in alcun modo qualsiasi altra componente materiale della fattispecie⁴⁸. Sennonché tale prospettazione presentava l'inconveniente di limitare la tutela della persona lesa dal reato, qualora il primo processo, non tenendola adeguatamente in conto, precludesse successive iniziative penali con riferimento ad essa.

all'art. 4 Prot. 7 Cedu, «nella parte in cui secondo il diritto vivente esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale». Tuttavia, il giudice delle leggi ha dichiarato che la violazione del divieto di *bis in idem* non ricorre *tout court* nei casi di reati concorrenti. In dottrina, cfr. F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1181 ss.; D. FOTI, *Concorso formale eterogeneo, ne bis in idem e limiti oggettivi del giudicato penale*, in *La legislazione penale*, 21 aprile 2021.

⁴⁵ Corte cost., 2016, n. 200, cit. par. 12.

⁴⁶ È il giudice a dover confrontare il fatto storico secondo la conformazione identitaria acquisita all'esito del procedimento definitivamente concluso e il fatto storico sul quale il pubblico ministero ha fondato la nuova imputazione. In questo senso, G. DI CHIARA, *Ne bis in idem, nozione di idem factum e concorso formale di reati tra ordinamento interno e garanzie Cedu*, in *Dir. pen. proc.*, n. 9, 2016, p. 1172.

⁴⁷ Da ultimo, Cass., sez. II, 8 aprile 2021, n. 28048, *Giorgadze Apolon*, in *Ced. Cass.*, rv. 281799-01.

⁴⁸ A. PAGLIARO, voce *Fatto*, *Diritto Processuale Penale*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 964, per cui «fatto è soltanto la condotta esteriore (movimento corporeo o inerzia) che fu presa in considerazione nella precedente sentenza». In base a tale impostazione, l'evento rimane irrilevante poiché il giudizio di rimproverabilità si focalizza sul «nucleo comportamentale dell'individuo» e quindi sul disvalore del fatto.

Fondamentale il contributo dato alla risoluzione di questo problema da Franco Cordero la cui tesi occupa una posizione intermedia tra le due precedentemente osservate⁴⁹: secondo l'illustre Maestro, è vero che il fatto deve essere apprezzato non solo in relazione alla condotta commessa ma anche all'oggetto fisico su cui ricadono gli effetti⁵⁰. Pure questa ricostruzione presenta rilevanti implicazioni sulla tutela di cui gioverebbe la vittima di reato. A fronte di una medesima condotta criminosa, infatti, la possibilità di instaurare un nuovo giudizio fondato sulla considerazione della persona sulla quale essa incide non rimarrebbe preclusa dal divieto di cui all'art. 649 c.p.p. E la possibilità di una nuova incriminazione soddisferebbe anche le esigenze di giustizia sostanziale violate dal reato, prevenendo il rischio che il primo giudizio impedisca l'accertamento della lesione patita dalla vittima⁵¹.

La tesi corderiana, accolta oggi da buona parte degli studiosi, consente di ricostruire la materia del *ne bis in idem* in maniera coerente rispetto ad altri istituti di natura sostanziale e processuale. Ma il pregio che qui maggiormente interessa attiene all'altro profilo poc'anzi segnalato. Una definizione di fatto giuridico che tenga conto tanto della condotta quanto dell'oggetto materiale permetterebbe di riconciliare quel rapporto controverso tra il soggetto attivo e quello passivo del reato, evitando che quest'ultimo rimanga sfornito di tutela.

5. *Riflessioni conclusive*

Giunti a conclusione di questo studio, non possiamo esimerci dall'interrogarci su come si concilino le diverse teorie sull'identità del fatto con le novità provenienti da Strasburgo in materia di *ne bis in idem* e garanzie personali. Quello che potrebbe sembrare un puro esercizio di logica argomentativa ha in realtà una sua ragion d'essere nella ricerca di un criterio guida che in qualche modo fornisca indicazioni più precise all'interprete per evitare che un principio di certezza giuridica a favore dell'imputato si trasformi invece in un principio di "incertezza"⁵².

⁴⁹ Tale lettura sarebbe al momento quella preferibile, secondo R. FONTI, *I confini oggettivi del ne bis in idem*, in A. MANGIARACINA, *Il ne bis in idem*, cit., p. 52.

⁵⁰ F. CORDERO, *Procedura Penale*, IX ed., Milano, 2012, p. 1206. Peraltro, già nell'edizione del 1966 della sua *Procedura*, p. 675, realizzata nella vigenza del codice Rocco, l'Autore scrisse: «Insomma, si dica pure che "fatto" – nella formula dell'art. 90 – significa la semplice condotta, purché quest'ultima sia definita in relazione al suo oggetto materiale. Ecco perché, se un solo colpo di fucile avesse provocato la morte di due persone, la sentenza su uno dei due omicidi non impedirebbe di giudicare l'altro. Del resto, un'azione transitiva non è concepibile indipendentemente dall'oggetto sul quale cade». Cfr. E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 464, in cui afferma che «ciascuna fattispecie causalmente orientata produce i suoi effetti su uno specifico oggetto materiale, il cui variare determina il sorgere di un distinto disvalore della fattispecie concreta». V. anche D. FOTI, *Concorso formale eterogeneo, ne bis in idem e limiti oggettivi del giudicato penale*, cit. p. 4, dove si chiarisce che la condotta deve essere qualificata anche in ragione dell'oggetto materiale su cui ricade, non operando il divieto di doppio giudizio nei casi di concorso formale omogeneo e in alcuni casi di concorso formale eterogeneo, «allorquando la condotta provochi un unico evento in senso naturalistico pur integrando due diversi reati».

⁵¹ In questo senso, v. E. JANNELLI, *La cosa giudicata*, in M. G. AIMONETTO (a cura di), *Le impugnazioni*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 2005, pp. 629-630.

⁵² Nonostante il giudizio della Corte sia vincolato al mondo dei fatti e i giudici europei non intendano in alcun modo allontanarsi da esso, la certezza del diritto assurge comunque al rango di valore convenzionalmente tutelato. V. Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 dicembre 2007, ricorso n. 30658/05, *Beian c. Romania*, in *www.budoc.echr.coe.int*, par. 33, in cui i giudici di Strasburgo evidenziano che l'incertezza giuridica (che sia essa legislativa, amministrativa o giurisdizionale) è un fattore da tenere in considerazione per valutare la condotta

L'analisi del fatto sulla base della medesima condotta certamente porterebbe con sé il vantaggio di un'operazione ermeneutica quanto più vicina al dettato convenzionale⁵³. Peraltro solo applicando tale teoria si potrebbe giungere al riconoscimento di una effettiva deroga alla garanzia del *ne bis in idem* nella prospettiva di assicurare una tutela concreta alla vittima⁵⁴. In realtà, se si guardasse alla sola condotta, senza considerare l'oggetto su cui ricada, l'efficacia di giudicato resterebbe integra e la vittima non troverebbe alcuna soddisfazione dei propri interessi. Se invece si ragionasse seguendo le altre due impostazioni, compreso l'insegnamento corderiano, non si ricadrebbe più nell'ambito dell'*idem factum*, realizzandosi semmai un concorso formale eterogeneo⁵⁵. La diversità di eventi verificatisi o di oggetti materiali colpiti dalla condotta esula dall'ambito del *bis in idem*, per cui il secondo procedimento potrebbe essere avviato per quella parte del fatto non giudicata in prima battuta.

A prescindere dall'impostazione cui si scelga di aderire, il secondo esito pare tuttavia il più ragionevole, in quanto permetterebbe un più adeguato bilanciamento tra diversi fattori: il bisogno di certezza giuridica della persona sottoposta a giudizio e della società intera, il diritto della vittima all'accertamento del reato patito e alla punizione del colpevole e, infine, l'esigenza dell'ordinamento di assicurare, quanto più possibile, un complessivamente equo processo e una giustizia sostanziale ai soggetti interessati.

Tuttavia un'ultima riflessione pare opportuna. L'instaurazione di un secondo procedimento penale che scaturisce dalla medesima condotta già contestata, seppur a fronte di un diverso oggetto materiale su cui ricade l'evento lesivo, costituisce comunque un pregiudizio (sebbene ragionevolmente prevedibile) per la persona indagata o imputata. È dunque essenziale che tutti i profili storici di una medesima azione criminosa vengano indagati e accertati nell'ambito di un solo *iter* procedimentale, esaurendosi così, una volta per tutte, il dovere dell'ordinamento giuridico di *ius dicere* con riferimento a tale situazione concreta, quale che sia l'esito del giudicato. Ciò richiede che anzitutto gli organi investigativi svolgano appieno tutti gli approfondimenti per far sì che tutti gli aspetti della realtà rilevanti rispetto a una vicenda umana siano contestati nello stesso processo.

Occorre rammentare che nell'ordinamento italiano l'indagine penale rappresenta una proiezione anticipata di quella logica di obbligatorietà che impronta l'azione del pubblico ministero, imponendo al titolare delle investigazioni di verificare tutte «le possibili fattispecie giudiziali rilevanti, senza indugio né frammentazione»⁵⁶. La miglior garanzia a salvaguardia di tutti gli individui coinvolti risiede dunque in un corretto inquadramento della fattispecie

dello Stato convenuto. Tale considerazione è peraltro funzionale ad una maggior tutela delle vittime, nei confronti delle quali l'ordinamento domestico deve prevedere misure coerenti e ragionevoli, tali da prevenire situazioni di insicurezza giuridica e incertezza.

⁵³ In realtà, nella sentenza *Sabalić c. Croazia*, la Corte segue un percorso logico che poco o nulla dice sulla natura del fatto in sé, concentrandosi piuttosto sugli errori procedurali commessi dalle autorità competenti, che avevano indebitamente instaurato il procedimento per reati minori.

⁵⁴ Nella fattispecie che ha dato origine al ricorso *Sabalić*, la Corte europea ha ravvisato la sussistenza di quel “*fundamental defect*” che, ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 4 Prot. 7 Cedu giustificerebbe l'instaurazione di un secondo giudizio.

⁵⁵ La sussistenza di un concorso formale eterogeneo può aversi qualora la medesima condotta violi due norme incriminatrici che in astratto non abbiano alcun collegamento e quindi potrebbero attivarsi entrambe. La tesi di Cordero ha proprio il pregio di riconciliare il principio del *ne bis in idem* processuale con altri istituti che con esso si intersechino. Cfr. R. FONTI, *I confini oggettivi del ne bis in idem*, in A. MANGIARACINA, *Il ne bis in idem*, cit., p. 52.

⁵⁶ Così E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 464.

giuridica, già dalle prime battute del procedimento, e nello svolgimento di indagini complete ed effettive. Del resto, da diversi anni ormai anche la Corte europea ha riconosciuto il diritto della persona offesa ad ottenere un'indagine efficace ed esaustiva dell'ipotesi criminosa⁵⁷; a tale diritto fa da contraltare l'obbligo positivo degli Stati di assicurare una tutela concreta alla posizione di tale soggetto, dando attuazione alle norme penali sostanziali. Il principio di completezza delle indagini assume pertanto una rinnovata valenza in questa prospettiva, svolgendo il ruolo di punto di convergenza e contemperamento tra il diritto della vittima ad un adeguato approfondimento del fatto e il diritto di colui che abbia già subito un giudizio irrevocabilmente conclusosi a non essere assoggettato a ulteriore iniziativa penale.

⁵⁷ In dottrina, v. M. MONTAGNA, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, cit., p. 17 ss.; cfr. anche M. ALOISI, *Prescrizione del reato e inerzia del pubblico ministero: nuove prospettive e limiti dei diritti della vita nelle indagini preliminari*, in *Proc. pen. giust.*, n. 5, 2020. Per uno studio approfondito sul tema, v. F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005.