

# PROGETTO INNOCENTI

## I LIMITI DEL GIUDICATO NEI REATI ASSOCIATIVI E NEL CONCORSO DI PERSONE

\* Testo della relazione svolta all'incontro di studio sul tema "Il principio di intangibilità del giudicato penale", organizzato dal Consiglio superiore della Magistratura. Roma, 31 marzo-2 aprile 2003.

Cass. pen. 2004, 04, 1494

FRANCESCO NUZZO

1. Lo studio dei limiti del «giudicato» ex art. 649 c.p.p., pur circoscritto ai delitti associativi e al concorso di persone nel reato, proietta l'analisi in spazi assai vasti, poiché sull'istituto processuale, germinato da esigenze pratiche e per la soluzione di problemi concreti, sono state raccolte "in un nodo problematico, tutte quelle istanze e prospettive metodologiche che hanno le loro radici in un logicismo astratto e convenzionale, cioè in un sistema considerato nei suoi aspetti più tipici e universali e modellato alla stregua di quei canoni immutabili, come il principio di non contraddizione, da cui il sistema stesso ripete la sua validità" (1)

-

(1) DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, 1963, p. 14.

. Non appare possibile in questa sede la riflessione approfondita sulle alterazioni e sofisticazioni che, nel divenire storico, subisce il concetto di cosa giudicata, con riguardo alla determinazione del suo valore giuridico e della conseguente efficacia: basti dire che l'adozione degli schemi e dei principi astratti della logica formale, segnatamente la configurazione meccanicistica del ragionamento giudiziale come sillogismo, ha influenzato l'intera materia (2)

-

(2) Per un'analisi di alto livello e ancora attuale, DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 2 s. L'Autore osserva che, nel campo del giudicato, la fede assoluta nei principi immutabili della logica formale per la costruzione dei concetti giuridici, ha portato anche "a concepire la decisione giudiziale quale espressione di un sillogismo, considerato non solo come strumento di deduzione, ma anche di acquisizione della verità: la necessaria verità della conclusione, cui il giudicato conferisce il

suggello dell'immutabilità, si ripercuote, attraverso una singolare inversione dei termini del meccanismo sillogistico, sulla premessa minore e porta a ritenere veri i fatti accertati dal giudice nel corso dell'*iter* decisorio. Al punto pregiudizialmente deciso, secondo questa concezione, viene attribuita una intrinseca attendibilità per cui, una volta intervenuto il giudicato, il giudizio storico si trasforma in un giudizio di verità, destinato a valere indiscutibilmente in altri processi" (p. 15).

. L'attenuazione del significato del fatto e del giudizio nella trama gnoseologica del processo, in una con l'esaltazione del metodo sillogistico, inteso non solo quale mezzo di deduzione, ma anche strumento acquisitivo di certezze, "portò a concepire il giudicato medesimo come un prodigioso congegno dotato della virtù taumaturgica di far sprigionare la verità nel mondo del diritto. Di qui l'idea [...] di una verità che nasce dalla decisione e alla quale il giudicato imprime il suggello della "infallibilità ufficiale"" (3)

-  
(3) DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 7. L'espressione "infallibilità ufficiale" è di CALAMANDREI, *La sentenza civile come mezzi di prova*, in *Studi sul processo civile*, vol. I, Cedam, 1947, p. 162 s.

. Attraverso il fraintendimento del senso autentico dell'atto decisorio, fu naturale estendere direttamente ai terzi i riflessi della regudicata, che fornirebbe il crisma dell'assolutezza alla conoscenza storica del giudice: la pretesa è un esempio eloquente della predetta elaborazione, poiché la formula non è riferita all'indiscutibile circostanza che la sentenza, come fatto giuridico, ha valore per tutti e in quanto tale non può essere oppugnata, bensì all'assunto che il provvedimento del giudice, una volta divenuto irrevocabile e definitivo, sia dotato di forza vincolante positiva in giudizi penali instaurati nei confronti dei terzi, dove si presenti la stessa questione di fatto e di diritto già decisa.

Oggi questa lettura non incontra molti consensi, essendo ormai prevalente l'opinione che "se si volesse allargare la sfera soggettiva dell'efficacia della cosa giudicata penale, sia pure in casi particolari, anche ai terzi, non è al giudicato come manifestazione del *ne bis in idem* che si può fare capo, bensì al giudicato che si identifica con l'efficacia di accertamento della decisione: solo in tal caso si può concepire l'esistenza di un obbligo dei futuri giudici di uniformarsi alla "proposizione normativa di rango inferiore" [...] in cui si risolve l'efficacia di accertamento contenuto nella sentenza" (4)

-  
(4) DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 124, per il quale il principio dell'efficacia assoluta del giudicato sta solo a significare che nessun terzo può disconoscere il fatto dell'esercizio punitivo

dello Stato o, più esattamente, il fatto della sentenza, contenente l'accertamento (positivo o negativo) di quel dovere.

Accenni ulteriori saranno forniti in prosieguo, allorché lo sviluppo dell'indagine condurrà all'esame delle situazioni concorsuali, che sembrano il terreno privilegiato della teoria menzionata.

2. Conviene, invece, fissare subito, e in una visione di insieme, l'ambito penalistico da scandagliare nella presente ricerca, osservando che le figure criminose *de quibus* sono illeciti a struttura plurisoggettiva, poiché il reato non può essere commesso da un solo agente, ma la sua realizzazione postula la necessaria cooperazione di più persone: è il caso dei delitti di cospirazione politica (artt. 304 e 305 c.p.) e di associazione (artt. 270, 270-bis, 416 e 416-bis c.p., 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, 291-*quater* d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, introdotto dall'art. 1 l. 19 marzo 2001, n. 92), nei quali le azioni dei vari protagonisti si muovono nella medesima direzione e collaborano alla produzione dell'evento proibito.

Appare evidente che l'*actio finium regundorum* rivela un panorama troppo ampio, che è opportuno restringere con un atto di pensiero, in modo da non seguire i percorsi ricostruttivi di tutte le fattispecie, tanto più che nessuna specifica differenza emerge fra le stesse nella prospettiva dell'art. 649 c.p.p.: è meglio soffermare l'attenzione sull'associazione per delinquere comune e di tipo mafioso, non soltanto per la loro maggiore diffusione nel contesto criminale, ma anche in ragione del dovizioso corredo giurisprudenziale, che offre all'interprete una interessante casistica. Di tali reati vanno puntualizzate, ai fini di un'ordinata dimostrazione, preliminari e non esaustive nozioni, che non rispondono a un bisogno puramente speculativo e specificano idee di base, la cui disponibilità permette di apprezzare le conclusioni, intermedie o definitive, a mano a mano raggiunte, le quali possono essere utilizzate anche per le ipotesi criminose pretermesse.

Orbene, gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 416 c.p. sono la formazione e la permanenza di un legame continuativo, fra tre o più persone, per commettere una serie indeterminata di delitti, con la predisposizione dei mezzi occorrenti all'attuazione del programma delinquenziale e la persistente consapevolezza di ciascun associato di far parte del sodalizio criminoso e di essere disponibile ad agire per il progetto stesso (5)

(5) Per tutte, Sez. I, 22 febbraio 1979, Pino, in *Giust. pen.*, 1980, II, c. 162.

La *ratio* della norma si individua nel pericolo per l'ordine pubblico derivante dalla permanenza del vincolo associativo di più soggetti, astretti da un comune fine illecito; ciò spiega perché si reputa irrilevante l'eventuale mancata consumazione dei reati programmati (6)

(6) Tra le altre, Sez. III, 7 luglio 1992, Bianchi, in *C.E.D. Cass.*, n. 191521; Sez. I, 8 luglio 1991, Mendella, *ivi*, n. 187901.

.  
Il legislatore, tuttavia, ha eretto l'associazione di stampo mafioso - contemplata dall'art. 416-*bis* c.p. -, che è autonoma in confronto all'associazione comune, allo scopo di reprimere condotte stimate di elevatissima pericolosità per la convivenza civile: scelta riconducibile non soltanto all'inadeguatezza delle misure di prevenzione nel fronteggiare il fenomeno, ma anche alla difficoltà di provare alcuni requisiti del reato *ex art.* 416 c.p., soprattutto dell'atto di adesione alla consorceria; si è voluto, con evidente agevolazione probatoria, prescindere dalla finalità di specifica commissione di delitti e semplificare l'accertamento in concreto dell'atto di adesione, benché codesto disegno abbia reso più acuto (7)

-  
(7) BARAZZETTA, Art. 416-*bis*, in *Codice penale commentato, parte speciale*, a cura di Dolcini-Marinucci, Giuffrè, 1999, p. 2349. Sul punto, ANTONINI, *Le associazioni per delinquere nella legge penale italiana*, in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 287-288; BRICOLA, *Premessa al commento alla legge 13 settembre 1982, n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 239; GERACI, *L'associazione per delinquere nella legge 13 settembre 1982, n. 646, ivi*, 1986, p. 570.

. La condotta e l'evento, in senso naturalistico, dei reati in questione sono essenzialmente diversi, atteso che l'associazione criminosa ordinaria presuppone l'accordo per commettere una serie indistinta di delitti, mentre quella mafiosa ha come elemento specializzante la forza intimidatrice derivante dal vincolo associativo e la condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva e, come elemento tipico, quello di perseguire anche la gestione e il controllo di attività economiche, di concessione, di autorizzazione, appalti e servizi pubblici e per realizzare profitti e vantaggi ingiusti. Ne discende che la figura associativa mafiosa (cui sono equiparate la camorra e le altre associazioni che perseguono analoghi intenti), integra un illecito a condotta multipla talché, quando risulta diretto alla perpetrazione generica di delitti, la relativa disposizione si atteggia a norma speciale con gli esiti imposti dall'art. 15 c.p., laddove se le finalità perseguite sono diverse, essa dà vita a un titolo di reato, il cui evento è da identificare nella situazione di pericolo per la libera espressione delle attività socio-economiche, insita nel particolare vincolo associativo con quelle specifiche caratterizzazioni (8)

-  
(8) Sez. I, 31 gennaio 1985, AA, in *questa rivista*, 1986, p. 1238, n. 973. In dottrina si rileva che la specialità della fattispecie associativa mafiosa emerge dal fatto che essa, da un lato, non diversamente da quella prevista dall'art. 416 c.p. presenta uno scopo di carattere necessariamente

criminoso e, dall'altro, per la sua integrazione debbono concorrere gli ulteriori requisiti elencati dal comma 3 dell'art. 416-bis c.p. Sul tema, DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Utet, 1987, p. 290 s.; DE LIGUORI, *L'oggetto giuridico della tutela penale nell'art.416-bis: limiti e funzioni*, in *questa rivista*, 1990, p. 1713, n. 1345.

Come già anticipato, la legge penale prevede anche altre ipotesi di associazione per delinquere: in proposito, bisogna rammentare quelle disciplinate dall'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990, relativa al traffico di stupefacenti, e dall'art. 291-*quater* d.P.R. n. 43 del 1973 in materia di tabacchi lavorati esteri. La moltiplicazione delle forme associative fa sì che la fattispecie di tipo mafioso tenda a divenire essa stessa, non più una entità a fronte di quella dell'art. 416 c.p., ma una tipologia di illecito generale, i cui moduli organizzativi concreti sono, invece, via via intercettati da singole norme penali riferite a particolari settori criminali. In sostanza, "se il traffico di stupefacenti o il contrabbando rappresentano [...] attività tipiche della criminalità organizzata, la loro specifica previsione al di là del già previsto reato di associazione mafiosa può giustificarsi, oltre che con l'obiettivo di risolvere problemi di natura probatoria, con la necessità di punire più duramente lo specifico reato associativo" (9)

(9) FORLENZA, *Contro le auto blindate dei clan mafiosi scendono in strada aggravante e confisca*, in *Guida dir.*, 2001, n. 15, p. 25.

È stato affermato che, tra le fattispecie di associazione criminosa e quella per il narcotraffico si configura un rapporto di specialità reciproca: l'art. 74 d.P.R. n. 109 del 1990 è norma speciale per quanto riguarda il tipo di delitti perseguiti ma è generale per quanto concerne il metodo di azione, mentre l'art. 416-bis c.p. è norma speciale per quanto attiene al metodo mafioso ma è generale con riferimento ai delitti perseguiti. In giurisprudenza, Sez. II, 4 maggio 1995, Allegretto, in *C.E.D. Cass.*, n. 202811; in dottrina, TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, 1995, p. 191.

Il rapporto intercorrente fra l'appartenenza a un'associazione criminosa, che si distacca dai singoli adepti e costituisce un *quid a sé stante*, e il concorso nei reati oggetto del programma delittuoso crea problemi applicativi di non semplice soluzione, anche se occorre sottolineare solo due notazioni esegetiche, le quali serviranno per lo svolgimento delle varie tematiche.

L'una concerne il criterio differenziale fra concorso di persone e delitti associativi, che risiede nel modo di atteggiarsi dell'intesa criminosa: nel primo caso, l'accordo si forma in via occasionale e accidentale, ogni qualvolta si decida di commettere più reati individuati sin dall'inizio

(eventualmente uniti da un medesimo disegno criminoso), con la realizzazione dei quali l'accordo si esaurisce, facendo venir meno ogni motivo di allarme sociale; nella seconda evenienza, l'accordo è finalizzato all'attuazione di un più vasto programma, per la commissione di una sequela imprecisata di reati, con il persistere del vincolo associativo fra i partecipanti, che hanno la costante consapevolezza di essere associati nella attuazione del piano delinquenziale, anche indipendentemente dall'effettiva commissione degli illeciti programmati (10)

-  
(10) Sez. I, 31 maggio 1995, Barchiesi, in *questa rivista*, 1996, p. 3638, n. 2015; Sez. I, 5 dicembre 1994, Semeraro, *ivi*, 1996, p. 77, n. 24; Sez. I, 3 dicembre 1992, Ambrosino, *ivi*, 1994, p. 2415, n. 1474; Sez. I, 6 giugno 1991, Controsceri, in *Giust. pen.*, 1992, II, c. 78.

.  
L'altra si muove nella duplice direttiva della responsabilità degli aderenti a un'associazione mafiosa per i reati-fine e di quanti forniscono un contributo *ab externo* al sodalizio criminale. Siffatto argomento segna il crocevia di esperienze e metodi di accertamento probatorio, in ordine ai quali dubbi e oscillazioni vanno attribuiti alle carenze di tecnica legislativa sulla definizione autonoma della società di cui all'art. 416-bis c.p., e alla stessa identificazione dei parametri di tipicità delle condotte di compartecipazione relativamente all'istituto del concorso di persone nel reato (11)

-  
(11) CANZIO, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità dei partecipi nei reati-fine: la responsabilità dei capi di "Cosa nostra" per gli omicidi "eccellenti" ascrivibili all'associazione mafiosa*, in *Foro it.*, 1996, II, c. 599.

. Per la riferibilità dei delitti scopo al mero partecipe, la dottrina ritiene che debba essere percorsa la strada dell'arricchimento del dolo: la rappresentazione di un tipo astratto di reato non basta a qualificare l'associato come concorrente nel delitto commesso da altri e il *quid novi* consiste nell'acquisizione della conoscenza che quel reato, già genericamente prefigurato come parte del programma associativo, ha ricevuto un contributo effettivo del soggetto (12)

-  
(12) È la tesi di SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, 1997, p. 168.

. Linea esegetica che è seguita dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale gli associati non possono essere considerati, per ciò solo, autori o concorrenti nei delitti realizzati in esecuzione del comune programma di delinquenza, in quanto l'attribuzione del reato-fine all'associato, anche a titolo di concorso nella commissione dell'azione criminosa, richiede la prova di una partecipazione materiale o morale al fatto, alla stregua dei comuni principi e in ossequio ai criteri fondamentali che presiedono all'accertamento della responsabilità penale. Pure se il reato diverso da quello

associativo, cioè il cosiddetto reato-fine, sia compreso nel progetto generico dell'organizzazione, l'iscrizione dello stesso ai singoli associati può rappresentare, oltre che un'ipotesi di lavoro, un elemento di sospetto che va confortato con altri oggettivi elementi di accusa, senza i quali resta allo stato iniziale di una inutilizzabile valutazione (13)

-  
(13) Sez. I, 1° aprile 1992, Bruno, in *questa rivista*, 1993, p. 1987, n. 1134.

Quant' al concorso esterno in associazione mafiosa, figura controversa e di non agevole demarcazione, gli indispensabili ragguagli saranno forniti nella sede opportuna: per ora basti rilevare che la punizione delle condotte di e di alla mafia, non tipizzabili in via preventiva, è subordinata all'accettazione dommatica del concorso eventuale nelle fattispecie plurisoggettive e alla scoperta del crinale fra attività di partecipazione e quella che si snoda nel solco concorsuale.

3. Dopo gli appunti di diritto sostanziale, è tempo di entrare nel vivo delle tematiche processuali con la precisazione che il (14)

-  
(14) Inteso nella sua accezione specifica, il termine "giudicato" indica la decisione definitiva di una lite o di una questione ad opera di un organo chiamato a giudicare: la locuzione ha un contenuto analogo a "cosa giudicata", benché sia possibile scorgere una lieve differenza di significato tra le due formule. "Giudicato" ha una valenza più neutra di "cosa giudicata" (i vocaboli derivano entrambi dal latino classico: "*iudicatum*" e "*res iudicata*"), poiché si riferisce a ogni elemento, che sia stato oggetto di giudizio, anche se non comprende l'intero rapporto controverso, ma costituisce una questione compresa nella lite o ad essa pregiudiziale. Appare, perciò, inesatto tradurre con l'italiano "cosa" la voce "*res*", la quale nel linguaggio processuale romano aveva assunto un preciso significato tecnico, per indicare "la situazione o il rapporto fatto valere in giudizio dall'attore e, di regola, contestato dal convenuto: in sostanza, la lite o controversia che mediante il processo veniva sottoposta al giudice e da questi decisa". Il concetto è perfettamente consonante con la proposizione di Modestino (D. 42, 1, 1): "*res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit*" (Cfr. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Giuffrè, 1969, p. 786). Bisogna ancora ricordare che l'irrevocabilità formale del giudicato penale era ignota al più antico diritto romano, a differenza del giudicato civile, e venne per la prima volta riconosciuta nella procedura delle *quaestiones*: la *lex repetundarum* fissò il principio che la sentenza pone fine per sempre al processo, onde il fatto non può essere nuovamente valutato in giudizio, e siffatto canone dominò durante la repubblica e l'impero. In questo senso, MANZINI, *Trattato di diritto processuale italiano*, vol. IV, Utet, 1972, p. 573, nota 1, con citazione delle fonti storiche.

soddisfa il bisogno sociale di conferire stabilità alle decisioni giudiziarie, impedendo un nuovo esercizio dell'azione penale e la riapertura di procedimenti chiusi (15)

-  
(15) PUGLIESE, voce *Giudicato civile (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Giuffrè, 1969, p. 728 ss. Cfr., altresì, GIOVENE, voce *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Utet, 1991, p. 424.

: la reg giudicata si manifesta quando la pronuncia diviene irrevocabile, nel senso che non può essere più sottoposta a impugnazione, sia perché sono stati esperiti i mezzi di impugnazione ordinari sia perché sono decorsi i termini per proporli (art. 648 commi 1 e 2 c.p.p.); peraltro, l'irrevocabilità, in base al disposto dell'art. 650 comma 1 c.p.p., origina anche la simultanea esecutività dei provvedimenti, eccettuate le ipotesi di divergenza dei due momenti, che debbono trovare un esatto riscontro normativo (16)

-  
(16) *Relaz. prog. prel. c.p.p.*, in G.U. 24 ottobre 1988 - Serie generale n. 250 - Suppl. ord. n. 2, p. 138.

. Viene sostenuto che le sentenze e i decreti penali, con il perfezionarsi delle condizioni richieste, acquistano : trattasi della forza, riconosciuta dalla legge alla decisione del giudice, di regolare in modo relativamente immutabile (al di fuori, perciò, di tassativi casi di modificabilità) la vicenda fattuale (17)

-  
(17) Le stesse tradizionali opinioni sul fondamento del giudicato (teoria del quasi contratto giudiziale, teoria dell'equità e teoria della presunzione di verità) "trovano la loro giustificazione nel tentativo di garantire, attraverso l'immutabilità della sentenza, l'esigenza di certezza del diritto, nel caso concreto, mediante l'applicazione della legge" (PERCHINUNNO, *L'esecuzione penale*, in Pisani-Molari-Perchinunno-Corso, *Manuale di procedura penale*, cit., Monduzzi, 2001, p. 619).

, imponendosi positivamente con efficacia coercitiva, ossia esecutiva (c.d. *actio iudicati*), e negativamente con efficacia preclusiva, nel senso di vietare la reiterazione totale o parziale del giudizio sullo stesso avvenimento (*exceptio rei iudicatae*) (18)

-  
(18) MANZINI, *Trattato*, cit., p. 573-574.

. Nel concetto di giudicato, dunque, accanto all'elemento di irrevocabilità entra quello di imperatività, contrassegno immanente allo svolgimento della potestà giurisdizionale, per dar conto della funzione del processo e fornire certezza alle statuizioni del giudice (19)

-

(19) CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Morano, 1960, p. 260 s.; DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Cedam, 2001, p. 755.

, con l'invariabilità del comando insito nella pronuncia (20)

(20) PERCHINUNNO, *L'esecuzione penale*, cit., p. 619.

: le caratteristiche appena riportate sorreggono la tradizionale distinzione fra giudicato in senso formale (esprime ) e giudicato in senso sostanziale (sottolinea ) (21)

(21) Per entrambi i concetti, TRANCHINA, *L'esecuzione*, in SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, II, Giuffrè, 2001, p. 554.

L'autorità di cosa giudicata, tuttavia, non va scambiata con l'esecutorietà di una decisione: quest'ultima connotazione non è sufficiente a conferire al provvedimento la detta autorità e, talvolta, neppure l'irrevocabilità, mentre vi possono essere decisioni aventi autorità di cosa giudicata senza essere in tutto o in parte eseguibili. Nell'ipotesi di formazione progressiva del giudicato, che consegue all'annullamento parziale dell'impugnata sentenza da parte della Corte di cassazione, il differimento della eseguibilità del provvedimento, anche nelle parti non annullate, a un tempo successivo - ossia a quello in cui la pronuncia sia divenuta definitiva in ogni sua parte - deve ritenersi del tutto legittimo, atteso che l'eseguibilità della sentenza di condanna va posta in relazione al sorgere di un vero e proprio titolo esecutivo e, quindi, alla materiale e giuridica possibilità di applicare la decisione nei confronti di un soggetto, mentre l'autorità di cosa giudicata assegnata a una o più statuizioni contenute nella stessa sentenza di annullamento parziale deriva dall'esaurimento del relativo giudizio e prescinde dalla concreta realizzabilità della pretesa punitiva dello Stato (22)

(22) Sez. un., 19 gennaio 1994, Celerini, in *questa rivista*, 1994, p. 2027, n. 1260. In dottrina si osserva che l'interrelazione fra esecutività (o esecutorietà) - carattere tipizzante del giudicato - e irrevocabilità della decisione non esclude che si tratta di situazioni giuridiche nettamente distinte (GAITO, *In tema di "irrevocabilità" ed "esecutività" della sentenza penale*, in *Giusto processo*, 1990, n. 1, p. 94; GAITO, *Esecuzione*, in Conso-Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Cedam, 1998, p. 747). Irrevocabilità è la qualità che il provvedimento assume dopo l'esaurimento della garanzia della giurisdizione cognitiva ordinaria (DALIA-FERRAIOLI, *Manuale*, cit., p. 780; DI GIOVANNI, *L'esecuzione nel nuovo processo penale*, Jovene, 1989, p. 26 s.), integrando il possibile, non necessario presupposto di natura processuale idoneo a consentire l'attuazione del

comando contenuto nel provvedimento (TRANCHINA, *L'esecuzione*, cit., p. 552); esecutività è la capacità del provvedimento a essere attuato coattivamente, e cioè anche contro la volontà della persona interessata (TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2000, p. 561. Cfr. anche CONFALONIERI, *Art. 648*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Utet, 2001, p. 2176); normalmente consegue all'irrevocabilità, anche se la legge, in alcune evenienze, riconosce tale caratteristica a provvedimenti non ancora o per natura revocabili (GAITORANALDI, *Esecuzione penale*, Giuffrè, 2000, p. 41).

Nell'impianto codicistico l'identificazione del provvedimento irrevocabile ed esecutivo costituisce il punto di partenza della fase dell'esecuzione penale, la quale deve essere configurata come "un'attività riannodabile esclusivamente alle decisioni idonee a porre fine al processo di cognizione e, dunque, in rapporto di logica connessione rispetto a questo" (TRANCHINA, *L'esecuzione*, cit., p. 552). Il legislatore ha rafforzato la scelta di far coincidere irrevocabilità e esecutività attraverso la limitazione sistematica della disciplina dell'esecuzione alle attività successive alla formazione del giudicato, poiché "non comprende tutto ciò che, attenendo all'esecuzione provvisoria dei provvedimenti emanati dal giudice di cognizione, trova altrove la sua regolamentazione" (*Relaz. prog. prel. c.p.p.*, cit., p. 139). Peraltro è innegabile che permangono casi di pronunce esecutive, anche se non ancora irrevocabili: per esempio, la sentenza può stabilire la provvisoria esecuzione delle disposizioni civili ai sensi dell'art. 540 c.p.p., mentre la sentenza di non luogo a procedere, suscettibile di revoca ex art. 434 c.p.p., diventa esecutiva quando non è più soggetta ad appello o a ricorso per cassazione (PERCHINUNNO, *L'esecuzione penale*, cit., p. 621). Il provvedimento, adottato a mente dell'art. 425 c.p.p., pur quando sia definitivo, non determina gli effetti preclusivi di un secondo giudizio (art. 649 comma 1 c.p.p.), se la revoca di tale decisione, prodromica al rinvio a giudizio, risulti essere superata in forza di ordinanza che dispone il giudizio, per lo stesso fatto, emessa da altro giudice e intervenuta prima che la sentenza di non luogo a procedere abbia "forza esecutiva" ai sensi dell'art. 650 comma 2 c.p.p. e, in quanto tale, possa equipararsi alla sentenza irrevocabile pronunciata in giudizio (art. 650 comma 1 c.p.p. in relazione agli artt. 648 comma 1 e 649 comma 1) (Sez. III, 17 novembre 1994, Piona, in *questa rivista*, 1996, p. 2239, n. 1268; Sez. III, 18 gennaio 1994, Bignami, *ivi*, 1994, p. 2455, n. 1523, con nota di GRASSI, *Considerazioni circa il divieto di un secondo giudizio quando nei confronti dell'imputato sia stata già emessa, per lo stesso fatto, sentenza di non luogo a procedere, per essere il reato estinto per amnistia*).

Dal momento che il processo mira a rendere certe e stabili le vicende sottoposte alla giurisdizione, il traguardo si raggiunge attraverso la pronuncia del giudice che, in posizione di terzietà e imparzialità (art. 111 Cost.), pone fine alla controversia e dichiara il diritto nel caso deciso. Ove fosse lecito

ritornare in ogni tempo sopra questa dichiarazione, per cercare di farla modificare o revocare, gravi sarebbero le ripercussioni nello svolgimento della vita collettiva e nell'armonia del traffico giuridico, e ciò spiega la ragione per la quale il giudicato ha effetti preclusivi, che non sono, comunque, così rigidi da impedire la della pronuncia di condanna che si appalesi ingiusta o illegittima. Invero, il legislatore ha previsto la revisione della sentenza di condanna ingiusta (art. 630 c.p.p.) e altri mezzi della fase dell'esecuzione, riservando al magistrato "il potere cognitivo necessario a modificare, con le forme e le garanzie tipiche del giudizio giuridico, la decisione definitiva espressa dagli organi della cognizione, quante volte vengono meno, ad esempio, i presupposti normativi della condanna - per *novatio legis* o per declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice - o, ancora, quante volte occorra provvedere a una diversa quantificazione della pena o dichiarare la carenza sopravvenuta o la caducazione del titolo esecutivo" (23)

-  
(23) DALIA-FERRAIOLI, *Manuale*, cit., p. 757.

. La disciplina apprestata contempla anche un sulla sentenza di non luogo a procedere che, essendo un provvedimento , basato, dunque, su un accertamento tendenzialmente incompleto, giustifica, nel caso in cui sopravvengano elementi di natura accusatoria, una riapertura del procedimento per le indagini preliminari e, eventualmente, il rinvio a giudizio dell'imputato già prosciolto.

La del giudicato di condanna, nella prospettata sequenza dinamica, è una insopprimibile esigenza di un sistema accertativo diretto a salvaguardare i diritti fondamentali della persona, sicché deve ritenersi non confligente con tale caratteristica la preclusione di un secondo giudizio per un fatto, in ordine al quale il soggetto sia già stato condannato o assolto.

In proposito, l'art. 649 c.p.p. stabilisce che "l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli artt. 69 comma 2 e 345". L'enunciato, che radica sul terreno normativo il principio del *bis de eadem re ne sit actio*, più comunemente *ne bis in idem*, è accolto in ogni ordinamento giuridico e appartiene alla tradizione del processo italiano: esso cristallizza un canone generale, al quale fanno da corollario le disposizioni sui conflitti positivi di competenza (artt. 28 s. c.p.p.), quelle dell'art. 733 lett. *f*) e *g*) c.p.p., che escludono il riconoscimento della sentenza straniera quando per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona è stata pronunciata nello Stato una sentenza irrevocabile ovvero è in corso procedimento penale, nonché la norma di chiusura dell'art. 669 c.p.p., che disciplina il caso in cui, per il funzionamento inadeguato della norma di sbarramento, siano emesse per il medesimo fatto a carico dello stesso soggetto più

sentenze irrevocabili - di condanna, di proscioglimento o di non luogo a procedere -, obbligando il giudice a ordinare l'esecuzione della sentenza meno grave e a revocare le altre (24)

-  
(24) LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, 2001, p. 665 ss. In conformità, BASSI, *I limiti oggettivi dell'effetto preclusivo derivante dal giudicato penale*, in *questa rivista*, 1997, p. 1402, n. 861; CONFALONIERI, *Art. 649 in Codice di procedura penale ipertestuale*, cit., p. 2182; IOVINO, *Art. 649*, in *Codice di procedura penale commentato*, vol. II, a cura di Giarda-Spangher, Ipsoa, 2001, p.1864.

. Si ricava, dunque, un orientamento di sistema per evitare duplicità di decisioni, e la forza preclusiva del giudicato, che ha una valenza extraprocessuale, consiste nel dovere di non fare (25)

-  
(25) Sez. III, 16 novembre 1995, Leali, in *C.E.D. Cass.*, n. 202787. In dottrina, RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 476.

, volta che inibisce di procedere contro il medesimo imputato per lo stesso fatto sul quale si è formato il giudicato, pur se non elimina la possibilità che il giudice riprenda il fatto nell'esame di diverso reato o lo valuti nuovamente - trattandosi di garanzia *ad personam* -, in relazione alla posizione di altri imputati come concorrenti nel medesimo reato (26)

-  
(26) Sez. V, 4 aprile 2000, Luparello, in *C.E.D.Cass.*, n. 215977; Sez. I, 16 novembre 1998, Hass e Priebke, in *questa rivista*, 1999, p. 1038, n. 1039, con nota di RICHIELLO e p. 2229, n. 1067; Sez. V, 11 dicembre 1995, Gavinelli, in *C.E.D.Cass.*, n. 203379. In dottrina, RIVELLO, *Art. 649*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. V, Utet, 1991, p. 426; ID., *Analisi*, cit., p. 483.

. Qualora il giudicato sia stato di assoluzione, il giudice del procedimento instaurato per il compartecipe nel medesimo reato può riesaminare il comportamento dell'assolto all'unico fine - fermo il *ne bis in idem* a tutela di costui - di accertare la sussistenza e il grado di responsabilità dell'imputato coinvolto nel nuovo processo (27)

-  
(27) Sez. I, 16 novembre 1998, Hass e Priebke, *cit.*

.  
Occorre ancora aggiungere che gli effetti connessi al *ne bis in idem* sono estesi alle procedure incidentali (28)

-  
(28) Sez. un., 18 maggio 1994, Armati, in *C.E.D.Cass.*, n. 198542.

, e il divieto in questione finisce con l'avere un rilievo endoprocessuale, quale limite all'emissione di più provvedimenti, anche non irrevocabili, l'uno indipendente dall'altro nello stesso procedimento: la regola, connaturata ai motivi di fondo dell'ordinamento, diventa, perciò, applicabile sia nella fase di cognizione che di esecuzione, nel *processum libertatis* e in ogni forma di impugnativa, di riesame o di revoca di provvedimenti rispetto ai quali assume la funzione di garanzia dell'osservanza della tassatività delle impugnazioni e dei relativi termini assoluti di decadenza (29)

-  
(29) Sez. VI, 7 febbraio 1994, Busterna, in *C.E.D.Cass.*, n. 196628. V., tra le altre, anche Sez. I, 1° dicembre 1999, Bauleo, *ivi*, n. 215230, la quale afferma che il principio della preclusione processuale trova applicazione anche nel procedimento di sorveglianza, in forza dell'art. 666 comma 2 c.p.p., richiamato dall'art. 678 stesso codice, che sancisce l'inammissibilità della successiva istanza, se fondata sui medesimi presupposti di fatto e sulle stesse ragioni di diritto di quella precedente, già dichiarata inammissibile ovvero rigettata con provvedimento non impugnato e perciò divenuto definitivo (Fattispecie relativa alla mera riproposizione di un'istanza di liberazione anticipata già dichiarata inammissibile). Su quest'ultimo argomento, DELEHAYE, *Magistratura di sorveglianza e giudicato penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p. 380 ss. Per il procedimento di prevenzione, cfr. Sez. un., 13 dicembre 2000, Madonna, in *questa rivista*, 2001, p. 2047, n. 999, con nota redazionale.

. In materia di misure cautelari, per esempio, le ordinanze coercitive, qualora non vengano impugate ovvero si siano esauriti i diversi gradi di impugnazione, acquistano la caratteristica dell'irrevocabilità che, pur non parificabile all'autorità della cosa giudicata, comporta tuttavia il limite negativo della preclusione, nel senso di vietare il *bis in idem*, poiché si forma una sorta di giudicato *rebus sic stantibus*, che non consente l'adozione di nuovi provvedimenti ove non sia intervenuta una modifica della situazione processuale; l'effetto ostativo, però, non potrà esplicarsi quando sopraggiungano elementi che rendano necessaria la verifica della pertinenza dei presupposti giuridici e fattuali della custodia cautelare (30)

-  
(30) Sez. II, 21 ottobre 1994, Rocco, in *questa rivista*, 1996, p. 868, n. 491, con nota di MONACO, *Il c.d. giudicato cautelare. Caratteri in breve*. In tema di giudicato cautelare, Sez. V, 10 luglio 1995, Pandolfo, in *C.E.D.Cass.*, n. 202653, ha affermato che l'art. 649 c.p.p., il quale tende a evitare che per lo stesso fatto-reato siano attivati diversi procedimenti e vengano emessi più provvedimenti anche non irrevocabili, l'uno indipendente dall'altro, non consente che, in pendenza di un processo in grado di appello, sia iniziato un nuovo procedimento per lo stesso fatto e a carico della medesima persona, con l'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare (Fattispecie relativa alla custodia

disposta per il reato *ex art. 416-bis c.p.p.*, dal quale l'indagato era stato assolto in primo grado in altro procedimento); Sez. V, 23 aprile 2002, De Biase, *ivi*, n. 221925, ha deciso che può costituire fatto nuovo, idoneo a modificare il quadro indiziario già, a suo tempo, valutato e a legittimare istanza di revoca della misura, il fatto che, nell'ambito dello stesso procedimento, un altro indagato o imputato abbia ottenuto una decisione favorevole, specie se questa sia stata dovuta a un intervenuto mutamento della giurisprudenza di legittimità (Fattispecie relativa a intercettazione fra presenti, le cui operazioni di captazione furono effettuate senza adeguata motivazione, con impianti diversi da quelli in dotazione presso la Procura della Repubblica).

#### 4. Il problema se il risultato tipico del giudicato penale (31)

(31) DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 124.

, viene risolto dall'art. 649 c.p.p. nel secondo senso: un nuovo giudizio è reso impossibile unicamente dalla irrevocabilità della pronuncia emessa per il medesimo fatto e in relazione alla stessa persona, a prescindere da quanto accertato nel provvedimento. Comunque, "un effetto vincolante di siffatto accertamento non sussisterebbe neppure rispetto a un procedimento penale avente un oggetto logicamente subordinato all'accertamento contenuto nella sentenza irrevocabile, giacché detta efficacia è riconosciuta dal legislatore al giudicato penale solo nei confronti del giudizio civile" (32)

(32) LOZZI, *Giudicato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Giuffrè, 1969, p. 913; LOZZI, *Lezioni*, cit., p. 664-665.

. La conferma dell'assunto emerge dalla comparazione dell'art. 649 c.p.p. con l'art. 2909 c.c.: la disposizione appena citata collega espressamente il giudicato alla proprietà accertativa della sentenza, mentre l'art. 649 c.p.p. denota che è il fatto della sentenza, definitiva e irrevocabile, a ostacolare la reiterazione di altro processo, indipendentemente dall'accertamento in essa compreso (33)

(33) Sul punto, DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 125.

. Bisogna, insomma, considerare la sentenza nella sua essenza specifica, che è : dalla pronuncia sorge "il dovere di una o di alcune persone di attuare certe operazioni intese a eseguirla o il dovere di uno o alcuni giudici di usarla come regola del decidere (ossia come una legge costruita su misura per un caso singolo) o infine il dovere di un qualsivoglia altro o anche dello stesso giudice, di fronte al quale sia riproposta la *eadem res* nei confronti della *eadem persona*, di declinare il giudizio" (34)

-  
(34) CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 1979, p. 765.

. Quest'ultima situazione esplicita la consistenza vera della preclusione prevista dalla legge, che ha la funzione di assicurare la certezza in senso soggettivo, giacché il provvedimento giudiziale definitivo costituisce (35)

-  
(35) DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 90, nota 32. Nello stesso senso, LOZZI, *Giudicato*, cit., p. 913; ID., *Lezioni*, cit., p. 664.

. A differenza del processo civile, dove il giudicato garantisce la chiarezza e la stabilità dei rapporti patrimoniali, nel processo penale la *res iudicata* mira a tutelare il cittadino nell'eventualità di un ulteriore processo per il medesimo fatto: sullo sfondo (36)

-  
(36) CORDERO, *Procedura*, cit., p. 764.

.  
Il *ne bis in idem* consegue alle decisioni irrevocabili di cui all'art. 648 c.p.p., eccettuate le sentenze di proscioglimento per morte del reo erroneamente dichiarata (art. 69 c.p.p.) o per mancanza di una condizione di procedibilità poi sopravvenuta (art. 345 c.p.p.): le sentenze di merito pronunciate in giudizio non più impugnabili e i decreti di condanna divenuti irrevocabili impediscono un secondo giudizio. Tale esito si collega anche alle sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, benché il dettato letterale dell'art. 648 c.p.p. in apparenza si riferisca solo a quelle emesse in dibattimento (37)

-  
(37) In tal senso, Sez. V, 29 gennaio 1992, Rapelli, in *Riv. pen.*, 1992, p. 949. V., altresì, Sez. I, 18 aprile 1995, Lazzaroni, in *C.E.D.Cass.*, n. 201842, che ha ritenuto corretta la statuizione del giudice di merito nella quale si era affermata che l'esistenza di una sentenza pronunciata in esito alla procedura di cui all'art. 444 ss. c.p.p. per il delitto di favoreggiamento personale nei confronti di persone imputate di omicidio non precludeva l'esercizio dell'azione penale quale partecipe dell'omicidio stesso. Invero la lettera dell'art. 649 c.p.p. è chiarissima nel limitare l'effetto preclusivo del giudicato ai casi in cui il nuovo procedimento ha per oggetto "il medesimo fatto" su cui ha deciso la precedente sentenza irrevocabile. Tale espressione va riferita a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie - condotta, evento e nesso di causalità - e alle situazioni in cui vi sia completa identità di condizioni di tempo, di luogo e di persona.

Per la dottrina, DEAN, *L'accertamento giudiziale nei procedimenti semplificati e l'efficacia extrapenale del giudicato*, in Gaito, *I giudizi semplificati*, Cedam, 1989, p. 355.

, e, comunque, l'*exceptio rei iudicatae* presuppone necessariamente che l'imputato sia stato già prosciolto o condannato per lo stesso fatto con una pronuncia dell'autorità giudiziaria e, per di più, resa nell'ambito della giurisdizione penale (38)

-  
(38) CONFALONIERI, *Art. 649*, cit., p. 2183.

.  
Non ha capacità ostativa, per difetto del requisito dell'irrevocabilità, la sentenza di non luogo a procedere non impugnata, concettualmente distinta da quella di proscioglimento alla quale fa riferimento l'art. 649 c.p.p. (39)

-  
(39) Sez. III, 18 gennaio 1994, Bignami, *cit.*

. Non essendo, tuttavia, mai permessa la revoca per una diversa valutazione degli elementi di prova (o delle prove, ove siano stati disposti incidenti probatori nel corso delle indagini preliminari), deve essere riconosciuto un effetto neutralizzante a detto provvedimento in assenza di fonti probatorie *noviter repertae o noviter productae*(40)

-  
(40) In questo senso, LOZZI, *Lezioni*, cit., p. 670.

: la decisione emessa ai sensi dell'art. 425 c.p.p., ove siano carenti le condizioni per la sua revocabilità, blocca ugualmente l'esercizio dell'azione penale per il medesimo fatto e contro lo stesso prevenuto (41)

-  
(41) Cfr. IOVINO, *Art. 649*, cit., p. 1865.

. La sentenza può avere dichiarato l'estinzione del reato: la preclusione diviene allora assoluta, al pari di quella prevista dall'art. 649 c.p.p., poiché non è configurabile neppure in via ipotetica la sopravvenienza di presupposti per un nuovo esercizio dell'azione penale (42)

-  
(42) Sez. VI, 24 gennaio 1997, Privitera, in *C.E.D.Cass.*, n. 207728.

Il provvedimento di archiviazione, che rappresenta un non giudizio (IOVINO, *Art. 649*, cit., p.1865), deve essere posto fuori del perimetro segnato dall'art. 649 per carenza delle caratteristiche in precedenza descritte (viene adottato nella fase procedimentale ed è suscettibile di revoca), né esiste una norma *ad hoc* che gli conferisca specifica efficacia vincolante (CONFALONIERI, *Art. 649*, cit., p. 2183). Siffatta regolamentazione sembra menomare la certezza in senso soggettivo garantita dal giudicato penale, tanto più che l'atto archiviativo può essere emesso a conclusione di una fase preliminare particolarmente complessa, all'interno della quale sono stati eventualmente

disposti incidenti probatori e magari la persona sottoposta a indagini può aver subito misure cautelari, impugnate davanti al tribunale della libertà e alla Corte di cassazione. Il provvedimento, talvolta, è pronunciato a seguito di procedura camerale *ex artt.* 409 e 410 c.p.p., con esplicitazione del contraddittorio (La tesi esposta è autorevolmente sostenuta da LOZZI, *Lezioni*, cit., p. 670-671). Un limitato effetto preclusivo è stato attribuito al provvedimento archiviativo dalla Corte costituzionale, la quale ha deciso che, se un nuovo procedimento viene instaurato senza la preventiva autorizzazione prevista dall'art. 414 c.p.p., il giudice non può che prenderne atto e dichiarare, con sentenza, che l'azione penale non doveva essere iniziata (C. cost., 12 gennaio 1995, n. 27, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, con nota di CAPRIOLI, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*; in *Giur. cost.*, 1995, p. 262, con nota di CARLI, *Archiviazione e giudicato sub conditione: rinasce il proscioglimento istruttorio?*; in *questa rivista*, 1995, p. 1147, n. 691, con osservazioni di MACCHIA.

Pure alle ordinanze che statuiscono su diritti o situazioni giuridiche, con il carattere di definitività proprio della sentenza, è da assegnare valore ostativo perché, dopo la loro emanazione, essendosi esaurito l'esercizio della potestà decisoria, è sottratta all'organo della giurisdizione la possibilità di tornare sulla decisione (43)

(43) Così, Sez. I, 2 febbraio 1999, Papurello, in *C.E.D.Cass.*, n. 214695.

5. Se il giudicato penale appaga un'esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche, ciò non significa il raggiungimento di una verità indiscussa: l'antica massima *res iudicata pro veritate habetur* rispecchia la connotazione presuntiva della verifica giudiziale, che nasce dalla necessità di portare a conclusione la vicenda processuale con sentenza irrevocabile (44)

(44) Cfr. TRANCHINA, *L'esecuzione*, cit., p. 555, anche per alcune indicazioni dottrinali.

. Un siffatto approdo estingue il potere di decidere su un certo oggetto, e attiva i potenziali riverberi dell'art. 649 c.p.p., il quale mira a prevenire conflitti pratici fra più decisioni, affinché il cittadino non sia esposto all'incognita di una indefinita rinnovazione di procedimenti sullo stesso episodio, salvaguardando la certezza in senso personale e individuale (45)

(45) Sul punto le opinioni convergono: BASSI, *I limiti oggettivi*, cit., p. 1402; DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 32; LOZZI, *Giudicato*, cit., p. 916; ID., *Lezioni*, p. 664 ss.; RIVELLO, *Art. 649*, cit., p. 424; ID., *Analisi*, cit., p. 487.

. Gli aspetti descritti sollecitano l'interprete a delineare i limiti soggettivi e oggettivi che la reg giudicata incontra, per una problematica di non agevole inquadramento e soluzione.

Cominciando dalla dimensione soggettiva, bisogna ribadire che la persona già prosciolta o condannata non può essere sottoposta a un nuovo giudizio per il medesimo fatto considerato con provvedimento definitivo: qualora l'azione penale sia nondimeno esercitata, il giudice in ogni stato e grado del processo emette sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento, a seconda della fase in cui la causa preclusiva viene appresa. Il valore della , in conseguenza, si risolve nella regola, di natura strettamente processuale e a contenuto negativo, della negazione di un secondo giudizio, e svolge una funzione di garanzia per il soggetto irrevocabilmente condannato o prosciolto; deve trattarsi della stessa persona a cui il giudicato si riferisce, e l'identità postulata dalla legge attiene anche alle situazioni processuali, sicché chi abbia assunto la qualità di imputato in un processo può essere sottoposto ad altro procedimento per il medesimo fatto in veste di responsabile civile o di civilmente obbligato per la pena pecuniaria (46)

-  
(46) BELLAVISTA-TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Giuffrè, 1987, p. 712; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Jovene, 1961, p. 331; RIVELLO, *Art. 649*, cit., p. 424; ID., *Analisi*, cit., p. 483; TRANCHINA, *L'esecuzione*, cit., p. 560.

.  
La iterazione dei procedimenti per di più è interdetta soltanto a carico dell'imputato , e non anche con riferimento a coloro che siano rimasti estranei al giudizio definito con sentenza irrevocabile: la decisione non esplica alcuna efficacia vincolante rispetto ai coimputati per i quali si proceda separatamente, nemmeno se concorrenti nel medesimo reato, a cagione dell'autonomia dei singoli rapporti processuali (47)

-  
(47) Sez. I, 16 novembre 1998, Hass e Priebke, *cit.*; Sez. V, 31 ottobre 1995, Gavitelli, in *C.E.D.Cass.*, n. 203379; Sez. I, 29 settembre 1995, Bernocchi, in *Riv. pen.*, 1996, p. 486 Sez. IV, 14 aprile 1988, Zuccari, in *C.E.D.Cass.*, n. 179259; Sez. VI, 25 marzo 1986, De Martino, in *questa rivista*, 1987, p. 1201, n. 973.

. Poiché il codice di rito non disciplina alcuna pregiudiziale penale obbligatoria, sussiste la possibilità di una diversa valutazione della medesima vicenda da parte di più giudici, ma l'eventuale contrasto di giudicati dà luogo solamente a un'ipotesi di revisione della sentenza di condanna, ai sensi dell'art. 630 comma 1, lett. a) c.p.p., nel caso di inconciliabilità dei dalla stessa e di quelli stabiliti in un'altra sentenza irrevocabile. L'impugnazione straordinaria prescinde dalla violazione del *ne bis in idem*, dal momento che tale meccanismo entra in azione non in tutti i casi di

incompatibilità di giudicati, ma soltanto quando l'esito si riveli *in bonam partem*: la soluzione del conflitto teorico in parola interviene (48)

-  
(48) LOZZI, *Lezioni*, cit., p. 666.

. Che la disciplina sistematica di prevenzione del conflitto fra giudicati, orientata dal *favor rei*, sia legata all' dell'imputato, trova un supporto nella constatazione che anche le altre norme di chiusura, le quali rimediano al mancato automatismo della preclusione di un secondo giudizio e ispirate anch'esse, oltre che alla funzione di garanzia del *ne bis in idem*, al principio del *favor rei*, presuppongono la medesimezza non solo del fatto, ma altresì del soggetto coinvolto (49)

-  
(49) Sez. I, 16 novembre 1998, Hass e Priebke, *cit.*

. Ecco, in successione, le disposizioni di paragone: a) art. 669 c.p.p., che detta al giudice dell'esecuzione le regole per stabilire la decisione da eseguire - e quella da revocare -, qualora siano state emesse irrevocabilmente più sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona. Si conferma pure in *executivis* la prevalenza della condanna meno grave fra più sentenze di condanna, o del proscioglimento fra più sentenze, una di condanna e l'altra di proscioglimento (50)

-  
(50) Sez. II, 18 febbraio 1992, Viriglio, in *C.E.D. Cass.*, n. 189347.

; b) artt. 620 comma 1 lett. h) e 621 c.p.p., secondo cui la Corte di cassazione emana sentenza di annullamento senza rinvio, ordinando l'esecuzione della prima sentenza e, nel caso in cui si tratti di una decisione di condanna, di quella che ha inflitto la condanna meno grave a tenore dell'art. 669 c.p.p.; c) art. 733 comma 1 lett. f) c.p.p., il quale stabilisce che la sentenza straniera non può essere riconosciuta quando .

La tratteggiata opzione normativa è insuscettibile di applicazione analogica a imputati diversi, ancorché concorrenti nel medesimo fatto-reato per il quale si sia già formato il giudicato rispetto ad altri: il ricorso al procedimento per analogia finirebbe con il mascherare un'inammissibile e asistemica adesione alla teoria dell'efficacia esterna e riflessa del giudicato nel processo penale (51)

-  
(51) Sez. I, 16 novembre 1998, Hass e Priebke, *cit.* Sull'argomento, BARTOLO, *Il caso Priebke e la sentenza della Corte militare di appello di Roma*, in *Indice pen.*, 1999, p. 1046 ss.

. Parliamone in breve.

Intorno all'incidenza della *res iudicata* sulla posizione di quanti non parteciparono al processo definito con sentenza irrevocabile, il dibattito è stato intenso e, secondo una tesi dottrinale, che

ottiene tuttora consenso, la decisione, che adotti la formula di proscioglimento , ha efficacia assoluta, estendendosi anche ai concorrenti rimasti estranei al giudizio: la pronuncia, invero, "finisce col costituire la dichiarazione giudiziale che nessuna persona ha mai potuto commettere il fatto, perché tale fatto non è mai accaduto [...] il procedimento nuovo e la eventuale sentenza di condanna cadrebbero nel nulla attraverso il giudicato di revisione" (52)

-  
(52) VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Giuffrè, 1986, p. 518. Nella dottrina più recente aderisce alla tesi dell'efficacia *erga omnes* BASSI, *I limiti oggettivi*, cit., p. 1403.

.  
Un altro insegnamento nega la validità di tali argomentazioni, in quanto non provano affatto che il terzo possa beneficiare dell'accertamento correlato all'insussistenza del fatto, il quale venga riconsiderato in un processo che interessi altri compartecipi; l'ampiezza del giudicato penale nei termini esposti, peraltro, dovrebbe valere anche rispetto al proscioglimento per non essere il fatto previsto dalla legge come reato o per l'esistenza di una causa obiettiva di estinzione del reato: solo un risultato del genere sottrae la suesposta interpretazione alla censura di scarsa tenuta logica, essendo "contraddittorio sostenere che l'efficacia del giudicato nei confronti del terzo consegua alla possibilità di ravvisare nella sentenza di proscioglimento un accertamento idoneo a vincolare pure i giudici di successivi procedimenti e, poi, limitare detta efficacia al solo proscioglimento irrevocabile per insussistenza del fatto" (53)

-  
(53) LOZZI, *Giudicato*, cit., p. 919; LOZZI., *Lezioni*, cit., p. 671.

. La tesi, inoltre, si risolverebbe in una petizione di principio, movendo dal presupposto non dimostrato che il *ne bis in idem* trovi la sua ragion d'essere nell'accertamento intrinseco alla decisione irrevocabile, laddove l'efficacia preclusiva del giudicato è da ricondurre alla sentenza come fatto giuridico in senso stretto, non già al contenuto accertativo della stessa (54)

-  
(54) DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 198; LOZZI, *Giudicato*, cit., p. 919; ID., *Lezioni*, cit., p. 672. Conf. TRANCHINA, *L'esecuzione*, cit., p. 560.

. Infine, non è esatto affermare, a sostegno del valore assoluto del giudicato di proscioglimento per insussistenza del fatto, che la successiva sentenza di condanna verso il terzo sia destinata a cadere in seguito alla revisione: "se, pur essendo inconciliabili i fatti posti a fondamento delle due sentenze irrevocabili, risulti errata la sentenza di assoluzione che ha accertato l'insussistenza del fatto, anziché quella di condanna, non sarebbe realizzabile l'accertamento previsto dall'art. 631 c.p.p. (e,

cioè, l'accertamento di elementi idonei a dimostrare che il condannato deve essere prosciolto) e, quindi, la sentenza non potrebbe essere annullata" (55)

-  
(55) LOZZI, *Giudicato*, cit., p. 919; ID., *Lezioni*, cit., p. 672.

.  
L'allargamento dell'efficacia *erga alios* della decisione ha avuto uno sviluppo teorico nella c.d. , che dovrebbe verificarsi in presenza o di pregiudizialità sostanziale fra la situazione giuridica accertata e quella che riguarda il terzo (ad esempio, rapporto del reato di furto con la ricettazione) o di un legame di connessione tra fattispecie, come accade nel concorso di persone nel reato: in queste ipotesi, la determinazione del rapporto già giudicato, rimanendo immutabile, si espanderebbe verso altri, che abbiano parte in un rapporto dipendente dalla vicenda già decisa oppure a questa connessa (56)

-  
(56) LOZZI, *Giudicato*, cit., p. 919. Un'approfondita e convincente disamina critica della riflessione della cosa giudicata viene svolta da DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 166 ss.

. Per meglio dire: il nesso che avvince i reati - cioè sussistenza dell'uno condizionata dall'esistenza o dalla inesistenza di un altro reato -, fa sì che il rapporto dipendente debba reagire a tutte le oscillazioni del rapporto pregiudiziale; così come l'inscindibile unità del reato concorsuale rende logicamente indispensabile accomunare alle sorti del rapporto definito le sorti degli altri. Nella qualificazione del fenomeno, si parla anche di efficacia indiretta del giudicato penale, al fine di distinguerlo dall'efficacia diretta, che ricorre allorché il giudice sia di nuovo chiamato a giudicare lo stesso soggetto per il medesimo fatto.

Questa ricostruzione, sintetizzata al massimo ma assai ricca di sfaccettature, ha un supporto non pacificamente condiviso, vale a dire che la regiudicata si identifichi con il valore accertativo della sentenza: il che non corrisponde alla volontà del legislatore, per il quale l'efficacia del giudicato penale consiste nel proibire il *bis in idem* e si collega alla sentenza irrevocabile nel suo profilo formale. Pur quando la *res iudicata* fosse ancorata all'efficacia di accertamento della decisione, l'oggetto del giudicato verrebbe a coincidere con l'esistenza o l'inesistenza del dovere di punire (57)

-  
(57) DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 198.

, considerato che lo scopo del processo è di stabilire se un soggetto dev'essere condannato o assolto, non già di appurare se un reato è accaduto o no: (58)

-

(58) DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p.177. Cfr. anche CORDERO, *Digressione sul giudicato in tema di indulto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, p. 298, nt. 6; LOZZI, *Giudicato*, cit., p. 920.

Una smentita alla tesi del giudicato vincolante rispetto ai terzi estranei è offerta dall'art. 587 comma 1 c.p.p., il quale statuisce che, . L'istituto in parola tende a evitare giudicati contraddittori in causa unica, per soddisfare l'interesse pubblico all'attuazione della giustizia e assicurare la *par condicio* di quanti si trovino in identiche situazioni: la norma prevede (59)

(59) DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 226.

. La logica dell'effetto estensivo, che la norma in parola ammette, trova una solida base sostanziale nell'intelaiatura del concorso in un medesimo reato, il quale è un esempio di connessione di fattispecie con evento in comune: tuttavia, il superamento dei limiti soggettivi e i conseguenti riflessi del giudicato hanno come ineliminabile presupposto che gli altri coimputati abbiano partecipato al processo di prime cure e la loro posizione sia stata valutata con lo stesso provvedimento impugnato, non potendo aversi effetto estensivo in caso contrario, neppure se i due o più imputati siano stati giudicati a seguito di separati procedimenti, riuniti in grado di appello (60)

(60) L'evoluzione dell'effetto estensivo attraverso i codici di procedura penale dal 1913 a oggi, con relativa giurisprudenza, è illustrata da Sez. un., 23 giugno 1995, Cacciapuoti, in *questa rivista*, 1995, p. 2497, n. 1477, con nota di SPARAGNA.

. Invero, la disposizione ha una sua funzione coerente con le esigenze ordinamentali: introduce "un rimedio preventivo diretto a evitare non una qualsiasi inconciliabilità di giudicati, ma una inconciliabilità particolarmente grave che implica un irriducibile contrasto tra gli apprezzamenti di fatto contenuti nella sentenza di primo grado e nella sentenza di appello, per essere fondati sulle stesse prove. Viceversa, quando il concorrente non ha partecipato alla fase del giudizio di primo grado, l'eventualità del conflitto si presenta ugualmente, ma la contraddizione tra la pronunce può essere anche solo apparente, in quanto la seconda sentenza, che ha giudicato separatamente il correo, può basarsi su prove diverse o sopravvenute, rispetto a quelle sulle quali si fonda la prima decisione" (61)

(61) DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., p. 227-228.

. Un'applicazione dell'art. 587 c.p.p., pure nel caso di coimputati rimasti estranei al rapporto processuale del precedente giudizio, sarebbe ammissibile soltanto a patto di una interpretazione analogica della norma: la quale, derogando al principio di limitazione soggettiva del giudicato,

esternato dall'art. 649 c.p.p., ha carattere eccezionale, gravata, perciò, dal divieto di cui all'art. 14 delle preleggi, che non consente il ricorso all'analogia per disposizioni del genere.

6. Passando ai limiti oggettivi del giudicato, essi sono segnati dal preso in esame nella sentenza irrevocabile, che non può essere messo nuovamente in discussione neppure se . Necessitano alcune delucidazioni.

Anzitutto, la nozione di espressa dall'art. 649 c.p.p. è del tutto diversa da quella di *ex art. 297 comma 3 c.p.p.*, che ha una valenza più ampia e comprende, fermo restando un nucleo originario comune, tutte le diverse possibilità di commissione o di articolazione di un accadimento criminoso (62)

-

(62) Sez. I, 21 ottobre 1996, Greco, in *C.E.D.Cass.*, n. 206183.

.

L' del fatto ai fini del *ne bis in idem* differisce, poi, da quella sottintesa nella correlazione fra accusa e sentenza di cui all'art. 521 comma 2 c.p.p.: a mente di quest'ultima previsione, il giudice deve pronunciare la sentenza se il fatto ricostruito in dibattimento corrisponde a quello descritto nell'imputazione, anche in seguito alle contestazioni ai sensi degli artt. 516, 517 e 518 c.p.p., mentre ha l'obbligo di astenersi dal decidere e di trasmettere gli atti al pubblico ministero quando accerta che il fatto risulta diverso e, contemporaneamente, l'imputato non ha avuto la possibilità di difendersi sull'episodio storico emerso nel corso della fase dibattimentale (63)

-

(63) *Ex plurimis*, Sez. un., 19 giugno 1996, Di Francesco, in *Giust. pen.*, 1997, III, c. 257.

. La mutazione di un elemento o il sopravvenire di un particolare aspetto, da cui scaturisce almeno una rappresentazione non somigliante all'avvenimento cristallizzato in imputazione, basta a rendere diverso il fatto, con invio conseguente degli atti al pubblico ministero: l'eventuale correzione dell'addebito si impone ogni qual volta le due distinte rappresentazioni del fatto palesino elementi in comune e uno o più elementi diversi, instaurandosi tra le due formulazioni non un rapporto di bensì di (64)

-

(64) Sez. VI, 10 maggio 1999, Remorini, in *Guida dir.*, 1999, 44, p.98, ma trattasi di giurisprudenza costante.

. Qualunque modifica relativa al tempo, al luogo e ai mezzi dell'azione comporta l'applicazione dell'art. 521 c.p.p, mentre situazioni del genere non rilevano in ordine all'*exceptio rei iudicatae*(65)

-

(65) Cfr. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 769; GUARNERI, *Regiudicata (diritto processuale penale)*, in *Nss.d.I.*, vol. XV, Utet, 1968, p. 231; LOZZI, *Lezioni*, cit., p. 673.

. Nell'ambito dell'art. 649 c.p.p. diviene, anzi, ininfluenza che il fatto sia altrimenti considerato per il titolo, il grado e le circostanze: agli effetti dell'inibizione di un nuovo giudizio non contano "rispettivamente il processo psicologico (dolo, preterintenzione, colpa) che accompagna l'accadere materiale, il verificarsi o meno dell'evento (rapporto tra delitto tentato e consumato), nonché gli elementi che accompagnano il realizzarsi della condotta (il termine circostanze sembra usato in senso tale da comprendere non solo le aggravanti e le attenuanti, ma anche ogni altra modifica dell'accadimento, la quale determini un mutamento della norma sostanziale applicabile)" (66)

-

(66) PAGLIARO, voce *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, 1967, p. 964.

. Pertanto, il prosciolto con sentenza irrevocabile dall'imputazione di aver tenuto una certa condotta in giorno e luogo dati non potrà essere nuovamente sottoposto a procedimento penale in relazione allo stesso comportamento eseguito secondo modalità temporali e spaziali diverse, sicché può sostenersi che il fatto, nella proposizione dell'art. 649 c.p.p., risulta identico in ogni caso in cui , sotto il profilo dell'art. 521 comma 2 c.p.p. (67)

-

(67) CORDERO, *Procedura*, cit., p. 770.

: la disposizione appena citata prevede l'ipotesi di una diversa raffigurazione del medesimo avvenimento, mentre la preclusione del giudicato non opera soltanto quando si tratti di avvenimenti distinti (68)

-

(68) LOZZI, *Lezioni*, cit., p. 673.

. Si badi che il giudice del dibattimento non può trasmettere gli atti al pubblico ministero sul rilievo che il fatto commesso dall'imputato sia diverso da quello contestatogli e, nello stesso tempo, assolvere da quest'ultimo il prevenuto, in quanto il successivo giudizio incorrerebbe nel divieto fissato dall'art. 649 c.p.p. (69)

-

(69) Sez. I, 1° dicembre 1999, Serafini, in *C.E.D.Cass.*, n. 215338.

.

È evidente, perciò, che i limiti oggettivi del giudicato dipendono dalla specificazione del concetto di , ma avendo ben chiare la *ratio* e la funzione del *ne bis in idem*(70)

-

(70) In proposito, LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Giuffrè, 1974, p. 61, secondo cui l'analisi della nozione di "fatto", allo scopo di fissare i limiti di applicabilità della disciplina in esame, costituisce "una inversione del procedimento logico da seguire": una corretta scelta dimostrativa impone di determinare la funzione della norma "e, in conseguenza di ciò, individuare la nozione di fatto, cioè l'ambito di operatività della preclusione ivi stabilita". Cfr., BENENATI, *Come intendere il concetto di medesimo fatto ai fini del "ne bis in idem"*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p. 1549 s.

: dal momento che la norma parla di , deve trattarsi di quello stesso fatto valutato nella sentenza irrevocabile, non di (71)

-  
(71) In questi chiari termini, VANNINI, *Manuale*, cit., p. 518 con riferimento all'art. 90 dell'abrogato codice di procedura penale. Per la dottrina è "diverso" il fatto che corrisponde a un'attività diversa e distinta da quella accertata nella sentenza definitiva (CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Utet, 1992, p. 939; DI GIOVANNI, *L'esecuzione*, cit., p. 29); quando una stessa condotta viene riesaminata, per effetto di un evento successivo non conosciuto dal giudice del primo processo, neppure implicitamente (IOVINO, *Art. 649*, cit., p. 1866).

.  
La prevalente dottrina ritiene che sia soltanto (72)

-  
(72) PAGLIARO, *Fatto*, cit., p. 964.

, cioè il comportamento dell'agente depurato di ogni altro elemento della fattispecie legale (73)

-  
(73) BELLAVISTA-TRANCHINA, *Lezioni*, cit., p. 710; LEONE, *Trattato*, cit., p. 342.

: (74)

-  
(74) CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2000, p. 1130. In conformità, CORBI, *L'esecuzione*, cit., p. 93.

.  
Secondo un differente indirizzo, la qualifica di non deve essere intesa in termini meramente naturalistici o normativi, e la pregnanza giuridica del termine è da ricercare in un punto mediano tra il fatto storico e lo schema legale: (75)

-  
(75) DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 202.

. Il congegno selettivo definisce la , dal momento che evidenzia il risultato del procedimento di astrazione compiuto dal magistrato nel corso del giudizio, al fine di accertare la corrispondenza del fatto alla norma incriminatrice (76)

-  
(76) DE LUCA, *Concorso, op. loc. cit.* Nello stesso senso, BELLORA, *Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale, ivi*, 1990, p. 1644.

.  
La giurisprudenza, invece, sostiene che il comprende l'insieme degli elementi costitutivi della fattispecie criminosa, e cioè condotta, evento e nesso di causalità, intesi non soltanto nella loro dimensione storico-naturalistica, ma anche giuridica (77)

-  
(77) Sez. VI, 8 novembre 1996, Privitera, in *questa rivista*, 1998, p. 838, n. 484; Sez. I, 19 aprile 1995, Scarpa, *ivi*, 1996, p. 428, n. 260; Sez. I, 18 aprile 1995, Lazzarini, *ivi*, 1996, p. 1398, n. 861, con nota di BASSI, *I limiti oggettivi*, cit; Sez. I, 18 dicembre 1992, Malorgio, in *C.E.D.Cass.*, n. 195092.

; se tra il fatto giudicato e quello da giudicare le condizioni di tempo, luogo e persona sono identiche, sorge il divieto di duplicazione processuale ai sensi dell'art. 649 c.p.p. (78)

-  
(78) In dottrina, GUARNERI, *Regiudicata*, cit., p. 231.

. Il *ne bis in idem* non è mai invocabile allorché il fatto della sentenza definitiva e quello del secondo procedimento, pur avendo in comune la condotta, siano sostanzialmente diversi a causa della difformità degli elementi verificatisi in tempi successivi: dunque, può essere svolto il giudizio per omicidio colposo quando si sia già proceduto per le lesioni che solo successivamente provocarono la morte dell'offeso dalla condotta dell'agente (79)

-  
(79) Sez. IV, 8 maggio 1987, Mari, in *questa rivista*, 1989, p. 620, n. 565; Sez. IV, 7 febbraio 1984, Martini, *ivi*, 1986, p. 94, n. 59.

. Peraltro, è stato deciso che la contestazione di aver cagionato l'evento per colpa, indicata sia genericamente che specificamente (con la specificazione, cioè, dell'imprudenza, imperizia, negligenza ovvero della violazione di legge), non consente, una volta intervenuto il giudicato, la nuova contestazione dello stesso evento come conseguenza di una condotta colposa i cui elementi non sono stati né contestati né considerati nel primo giudizio (80)

-  
(80) Sez. IV, 2 aprile 1987, Lasala, in *questa rivista*, 1988, p. 1460, n. 1264.

7. Come viene messo in risalto da più parti, l'atteggiamento giurisprudenziale è motivato dal rifiuto di letture che possano stridere con sentite esigenze di equità, ma appare in netto contrasto con la prescrizione dell'art. 649 c.p.p., secondo cui il titolo, il grado o le circostanze possono variare la , senza toccarne l'identità (81)

(81) In dottrina, BELLORA, *Ne bis in idem*, cit., p. 1637; CONFALONIERI, *Art. 648*, cit., p. 2184; LOZZI, *Profili*, cit., p. 53; PAGLIARO, *Fatto*, cit., p. 964; TRANCHINA, *L'esecuzione*, cit., p. 562.

. Val la pena di precisare che: *a) titolo* è la definizione giuridica, il *nomen iuris* del fatto nella sua storicità, a prescindere dalla qualificazione giuridica e dall'atteggiamento psichico di chi lo realizza; *b) grado* è locuzione sintetica riferibile alla maggiore o minore gravità del reato, il che accade nel passaggio dal delitto tentato al delitto consumato. Risolvendosi obiettivamente nell'evento stesso, (82)

(82) TRANCHINA, *L'esecuzione*, cit., p. 561. Per una chiara indagine, BASSI, *I limiti oggettivi*, cit., p. 1404, con richiami di dottrina.

; *c) circostanze*, nell'accezione tecnico-penalistica, sono gli *accidentalia delicti*: colui che abbia subito un processo per un reato semplice non potrà essere giudicato nuovamente per lo stesso fatto aggravato. Sembra che l'art. 649 c.p.p. adoperi il termine per comprendere anche ogni altra modifica dell'accadimento, la quale provochi un cambiamento della norma sostanziale applicabile (83)

(83) V. PAGLIARO, *Fatto*, cit., p. 964.

Non bisogna, tuttavia, dimenticare che (84)

(84) CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 1979, p. 772.

, e l'interprete corre il rischio di soluzioni paradossali, se astraie più del dovuto. Valga l'esempio del muratore che abbia scagliato un pesante arnese da una finestra, in violazione dell'art. 674 c.p. (getto pericoloso di cose): dall'assunto che il , ai fini della preclusione di un nuovo giudizio, coincide *tout court* con la condotta esteriore, potrebbe dedursi che la pronuncia sulla contravvenzione precluda una successiva accusa di omicidio, ove si scoprisse che l'azione suddetta abbia cagionato la morte di un passante colpito alla testa dal corpo contundente. Tale esito sarebbe grottesco e non necessitato: la formula dell'art. 649 c.p.p. certamente mostra come il corrisponda alla semplice condotta, (85)

-  
(85) CORDERO, *op. ult. cit.*, p. 773, dal quale è stato tratto, in parte, l'esempio riportato nel testo.

. Nella vicenda sopra riportata, la condotta dell'illecito contravvenzionale rileva *qua talis*, mentre acquista importanza, nella cornice del delitto, il suo incidere su una determinata porzione del mondo fisico, cioè il corpo dell'offeso (86)

-  
(86) TRANCHINA, *L'esecuzione*, cit., p. 563.

: dunque, non incontra il divieto del *bis in idem* un secondo processo della persona chiamata a rispondere dell'evento mortale.

Una volta fissate le coordinate dell'art. 649 c.p.p., va detto che la funzione preclusiva si manifesta tutte le volte in cui la medesima condotta materiale costituisca l'essenza di un precedente giudicato, non importa se di condanna o di proscioglimento, anche se gli atti in questione vengano ulteriormente considerati insieme con altri atti, in modo da configurare un reato progressivo, un reato complesso, un reato abituale o un reato permanente (87)

-  
(87) Cfr. PAGLIARO, *Fatto*, cit., p. 964.

. In ipotesi di reato continuato, la cui unificazione avviene per *factio iuris*, la regiudicata si forma sui soli illeciti che furono valutati nella sentenza irrevocabile. Può darsi che il prevenuto, nell'ambito del medesimo procedimento, sia stato assolto da una determinata imputazione, congiuntamente contestata assieme a un'altra, relativa allo stesso fatto: sulla residua imputazione non ha modo di manifestarsi l'effetto del giudicato intervenuto sulla prima, appunto perché l'altra, contestata in alternativa, è ancora *sub iudice*. Infatti, il *ne bis in idem* concerne l'ipotesi in cui taluno, dopo essere stato già giudicato con riferimento a un certo fatto, sia ; laddove la definizione giudiziale di una delle regiudicande, nel caso di imputazioni alternative, non intacca i poteri di cognizione del giudice quanto alla regiudicanda superstite, per la quale il procedimento penale era stato avviato contestualmente alla prima (88)

-  
(88) Sez. VI, 22 gennaio 1999, Starnai, in *C.E.D. Cass.*, n. 214686.

.  
Qualche riflessione in più vale la pena di svolgere sul concorso di reati.

In ordine al concorso materiale, la pluralità di condotte, commissive o omissive che lo caratterizzano, integrano una pluralità di fattispecie: l'irrevocabilità di una sentenza per un reato non è idonea a evitare il diverso processo per altro reato concorrente con quello già giudicato (89)

-

(89) LEONE, *Trattato*, cit., p. 344; LOZZI, *Profili*, cit., p. 1. Analogamente BASSI, *I limiti oggettivi*, cit., p. 1405.

Circa il concorso formale (omogeneo ed eterogeneo), la giurisprudenza nega l'operatività dell'art. 649 c.p.p., volta che all'unicità di uno specifico fatto storico consegue una pluralità di eventi giuridici, attesa la non necessaria coincidenza tra fatto in senso naturalistico e fatto in senso giuridico: la cosa giudicata formatasi su uno di tali eventi non vieta l'esercizio dell'azione penale per diverso evento, sempre giuridicamente inteso, anche scaturito da un'unica condotta (90)

(90) Sez. II, 10 gennaio 1994, Lo Nobile, in *questa rivista*, 1995, p. 1268, n. 753.

. Il *ne bis in idem* impedisce al giudice di procedere nei confronti della stessa persona per lo stesso fatto definito con sentenza passata in giudicato, ma non di esaminare il medesimo fatto storico e di apprezzarlo rispetto a distinto reato, sempre che il secondo giudizio non si ponga in una situazione di incompatibilità logica con il primo, perché l'evento giuridico considerato successivamente sia inconciliabile con il *decisum* nel procedimento vertente sul reato formalmente concorrente con quello poi preso in esame (91)

(91) Cfr. Sez. V, 4 gennaio 2000, Luparello, in *questa rivista*, 2001, p. 846, n. 387, la quale afferma che, in tema di associazione per delinquere, qualora la partecipazione all'associazione venga desunta anche dalla ospitalità concessa a un ricercato, episodio per il quale sia già intervenuta condanna definitiva per favoreggiamento, non può invocarsi, in sede di giudizio *de libertate*, il principio del *ne bis in idem*; Sez. I, 8 aprile 1999, Carta, in *C.E.D.Cass.*, n. 213709; Sez. V, 25 novembre 1998, Pagani, in *questa rivista*, 2000, p. 92, n. 66, ha ritenuto che il principio del *ne bis in idem* impedisca al giudice di procedere contro la stessa persona per lo stesso fatto su cui si è formato il giudicato, ma non di prendere in esame lo stesso fatto storico e di valutarlo in riferimento al diverso reato; Sez. II, 4 marzo 1997, Diez, *ivi*, 1998, p. 3312, n. 1761, con nota di BRONZO, *In tema di ne bis in idem*; Sez. IV, 17 dicembre 1996, Pasquini, *ivi*, 1998, p. 2626, n. 1466; Sez. I, 8 marzo 1994, Targhetta, in *C.E.D.Cass.*, n. 198110. *Contra*, Sez., V, 3 dicembre 1992, Bellicoso, *ivi*, n. 194324, secondo cui, in fattispecie caratterizzata da concorso formale, sussiste preclusione se l'imputato, condannato nel primo giudizio per violenza e resistenza a pubblico ufficiale, sia chiamato successivamente a rispondere di lesioni volontarie.

In conformità alla giurisprudenza prevalente, BASSI, *I limiti oggettivi*, cit. p. 1407; DI GIOVANNI, *L'esecuzione*, cit., p. 30; GUARNERI, *Regiudicata*, cit., p. 232; LEONE, *Trattato*, cit., p. 342; RIVELLO, *art. 649*, cit., p. 431; RIVELLO, *Analisi*, cit., p. 499-500. Secondo LOZZI, *Lezioni*, cit.,

p. 676, "sia per il *ne bis in idem* sostanziale, sia per il *ne bis in idem* processuale il duplice addebito non è vietato allorché sussista un concorso formale di reati, poiché, in tal caso, non tutti gli elementi e requisiti della situazione storica sono presi in considerazione da entrambi gli schemi legali. Le ragioni di equità, cui si ispira il *ne bis in idem* sostanziale, non contrastano con il duplice addebito del medesimo fatto storico così come non vi contrastano neppure le ragioni di certezza e di economia poste a base del *ne bis in idem* processuale. L'economia dei giudizi impone di accertare i due reati con un unico procedimento e non di limitare l'accertamento ad un solo reato, mentre la certezza in senso soggettivo impedisce una reiterata persecuzione penale in ordine alla stessa fattispecie giudiziale e non in ordine a fattispecie giudiziali diverse. La funzione del *ne bis in idem* sancito dall'art. 649 c.p.p., quindi, nonché i rilievi effettuati in tema di *ne bis in idem* processuale e sostanziale comprovano la non operatività della preclusione dell'art. 649 c.p.p. rispetto al concorso formale sia esso omogeneo od eterogeneo".

Peraltro, il principio suddetto trova applicazione sempre che il nuovo giudizio non si ponga in una situazione di incompatibilità logica con il primo, in quanto l'evento giuridico considerato successivamente sia compatibile con la decisione vertente sul reato formalmente concorrente con quello poi preso in esame (Sez. I, 8 aprile 1999, Carta, in *questa rivista*, 2000, p. 1997, n. 1117).

. Questa interpretazione trova per lo più adesioni dottrinali, anche se v'è qualche dissenso sulla considerazione del concorso formale eterogeneo: partendo dalle normative dell'art. 649 c.p.p., dal suo testo e dall'intero sistema, si ricava che la disposizione (92)

-  
(92) CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2000, p. 1132 ss. Per una visione di insieme del problema, CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Giuffrè, 1955, p. 95 ss.

.  
Non appare superfluo soffermarsi, di sfuggita, su una particolarità dell'esperienza processuale, con l'intento di cogliere la rilevanza della motivazione nel definire l'oggetto del giudicato.

È stato affermato che la regiudicata si forma sui profili decisori (capi e punti della sentenza) e non sulla motivazione: per quest'ultima la regola è quella della rivalutazione degli elementi di causa da parte del giudice dell'impugnazione, al fine di individuare la più corretta motivazione, e pertanto gli elementi logico-argomentativi riferiti a circostanze di fatto o a valutazioni di diritto possono essere utilizzati ai fini della decisione in ciascun grado di giudizio, senza che l'opinamento di un giudice, nell'argomentare la sua pronuncia, possa condizionare quello del successivo, funzionalmente preposto a rivedere e riconsiderare, nei limiti dei punti e dei capi attinti dall'impugnazione della parte, la decisione del giudice che lo ha preceduto (93)

-

(93) Sez. IV, 15 dicembre 1999, Corcione, in *C.E.D.Cass.*, n. 215678. Nella fattispecie, relativa ad affermazione di responsabilità per lesioni colpose, il ricorrente lamentava che, lui solo appellante, il giudice di appello avesse preso in considerazione profili di colpa esclusi dal primo giudice e asseritamente non utilizzabili in quanto coperti dal giudicato.

. Secondo le Sezioni unite, la *res iudicata* si forma sui capi della sentenza (nel senso che la decisione acquista il carattere dell'irrevocabilità soltanto quando sono divenute irretrattabili tutte le questioni necessarie per il proscioglimento o per la condanna dell'imputato in ordine a uno dei reati attribuitigli) e non sui punti di essa, che possono essere unicamente oggetto della preclusione correlata all'effetto devolutivo del gravame e al principio della disponibilità del processo nella fase delle impugnazioni. In caso di condanna, l'omessa impugnazione della ritenuta responsabilità dell'imputato vieta di ritornare su tale punto, ma non basta a far acquistare alla relativa statuizione l'autorità di cosa giudicata, quando per quello stesso capo l'impugnante abbia devoluto al giudice un'indagine sulla sussistenza di circostanze e sulla quantificazione della pena, sicché la cosa giudicata si forma solo quando tali punti siano stati definiti e le relative decisioni non siano state censurate con altri mezzi di impugnazione (94)

-

(94) Sez. un., 19 gennaio 2000, Tuzzolino, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, p. 381; in *Dir. e giust.*, 2000, n. 28, p. 60; in *questa rivista*, 2000, p. 2967, n. 1608, la quale ha anche precisato che la nozione di "capo" della sentenza è riferita soprattutto alla sentenza plurima o cumulativa, caratterizzata dalla confluenza nell'unico processo dell'esercizio di più azioni penali e dalla costituzione di una pluralità di rapporti processuali, ciascuno dei quali inerisce a una singola imputazione, sicché per capo deve intendersi ciascuna decisione emessa relativamente a uno dei reati attribuiti all'imputato. Il "punto" della decisione ha una portata più ristretta, in quanto riguarda tutte le statuizioni suscettibili di autonoma considerazione necessarie per ottenere una decisione completa su un capo, tenendo presente, però, che non costituiscono punti del provvedimento impugnato le argomentazioni svolte a sostegno di ciascuna statuizione: perciò, se ciascun capo è concretato da ogni singolo reato oggetto di imputazione, i punti della decisione ai quali fa espresso riferimento l'art. 597 comma 1 c.p.p., coincidono con le parti della sentenza relative alle statuizioni indispensabili per il giudizio su ciascun reato e, dunque, in primo luogo, all'accertamento della responsabilità e alla determinazione della pena, che rappresentano, appunto, due distinti punti della sentenza.

.

8. Nei delitti di associazione criminosa ovviamente la funzionalità dell'art. 649 c.p.p. non si discosta dai criteri in precedenza esposti, quantunque le zone delle fattispecie, avvolte in

Intanto, vediamo alcune evenienze di sicuro interesse nell'economia ricostruttiva, cominciando dal concorso fra i reati associativi che è configurabile quando si sia in presenza, da una parte, di un organismo - per esempio, quello previsto dall'art. 416-*bis* c.p.p. -, a carattere federalistico-verticistico, raggruppante l'intera massa degli associati, anche se con suddivisione in articolazioni territoriali; dall'altra parte, di organismi che - operando magari nel settore del traffico degli stupefacenti -, fruiscono, pur sotto la sorveglianza e con il contributo logistico dell'organizzazione di tipo mafioso, di una certa libertà di agire e siano soggettivamente differenziati dallo schema proprio di detta ultima organizzazione, in quanto comprendano individui a essa non aderenti e lascino fuori, per converso, molti degli associati mafiosi. Va da sé che per i singoli appartenenti deve essere dimostrata la partecipazione a entrambe le associazioni (95)

-  
(95) Sez. I, 16 giugno 1992, Altadonna, in *Riv. pen.*, 1993, p. 524, per cui, in caso di successiva trasformazione di un'associazione in un'altra si sarà di fronte a un caso di concorso materiale di reati associativi, con eventuale questione circa l'applicabilità della disciplina della continuazione; Sez. I, 22 dicembre 1997, Nikolic, in *C.E.D.Cass.*, n. 209845.

. Ora, nel reato di cui all'art. 416-*bis* la condotta incriminata è costituita dalla adesione a un sodalizio già formato, mentre nella società delittuosa di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 viene punito il fatto associativo votato all'acquisto, detenzione, vendita e distribuzione di sostanze droganti: le due norme tutelano beni giuridici diversi - rispettivamente l'ordine pubblico, sotto il profilo della pericolosità sociale dell'esistenza di organizzazioni svolgenti attività illecite attraverso l'uso della intimidazione, e la difesa della salute individuale e collettiva dagli stupefacenti -, onde la duplicazione di giudizi deve stimarsi in sintonia con il sistema e non può essere evocato il *ne bis in idem*, trattandosi di fatti diversi (96)

-  
(96) Sez. V, 19 giugno 1998, Abbrescia, in *questa rivista*, 2000, p. 36, n. 15.

. Analoghe considerazioni valgono circa il rapporto fra associazione mafiosa e quella finalizzata al traffico di tabacchi lavorati esteri, che concreta un'offesa agli interessi finanziari dello Stato, corrispondenti alla percezione dei diritti di confine, la cui elusione rappresenta il nucleo di specifiche ipotesi di reato: sono quelle condotte criminose, intese a tutelare il diritto dello Stato alla puntuale e completa riscossione dei diritti di confine, che trovano essenzialmente collocazione nel capo I - Titolo VII - del d.P.R. n. 43 del 1973.

Occorre ricordare che, rispetto allo scopo tipico dell'associazione comune, circoscritta alla commissione di una serie indeterminata di delitti, il sodalizio previsto dall'art. 416-*bis* c.p.p. rivela

una maggiore ampiezza, come risulta dal comma 3 della norma, secondo cui "l'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessione, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali". A chi ritiene la descrizione meramente esemplificativa (97)

-  
(97) FIANDACA, *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982, n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 262.

si oppone che il catalogo delle iniziative ha carattere tassativo (98)

-  
(98) BERTONI, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *questa rivista*, 1983, p. 1018; RUBIOLA, *Associazione per delinquere*, cit., p. 3; SPAGNOLO, *L'associazione*, cit., p. 68.

: nessuno, però, dubita che non sia necessario, per la configurabilità del delitto *de quo*, il raggiungimento effettivo di uno o più scopi alternativi previsti dalla norma incriminatrice (99)

-  
(99) Sez. I, 25 febbraio 1991, Grassonelli, in *questa rivista*, 1992, p. 2725, n. 1410. Cfr., altresì, Sez. VI, 3 giugno 1993, De Tommasi, in *C.E.D.Cass.*, n. 198575 e n. 198756; Sez. II, 22 novembre 1994, Seminara, in *questa rivista*, 1996, p. 1778, n. 994.

. In caso di perseguimento di plurime finalità, il reato rimane unico con esclusione di ogni ipotesi di concorso (100)

-  
(100) Sez. VI, 31 gennaio 1996, Alleruzzo, in *C.E.D.Cass.*, n. 206599. Per la dottrina, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, I, Zanichelli, 1997, p. 480.

, ed esplica la sua forza la regola del *ne bis in idem* se venga contestata una condotta, la cui sola variabile consista nella mutazione del programma. Ad esempio, le persone condannate o assolte dall'associazione mafiosa per aver controllato, in modo diretto o indiretto, la gestione degli appalti o, comunque, le attività economiche nel settore dell'edilizia, non possono essere sottoposte a nuovo giudizio qualora si accerti successivamente che esse, nell'identico contesto spaziale e temporale, abbiano anche condizionato il mercato agricolo in una determinata area oppure interferito nelle consultazioni elettorali con il metodo dell'aggregazione criminosa. L'esercizio dell'azione penale investirebbe il , nella perfetta corrispondenza degli elementi costitutivi, segnatamente nell'unicità della condotta e dell'evento: i diversi progetti, invero, attengono a un aspetto che non modifica

l'entità qualificante della *res* da giudicare, poiché il delitto di partecipazione a un'associazione di stampo mafioso si sostanzia nell'appartenenza alla *societassceleris*, anche se le attività e i ruoli dei soggetti possono apparire non coincidenti tra loro (101)

-  
(101) Sez. VI, 19 aprile 1995, Scarpa, in *C.E.D. Cass.*, n. 203081.

.  
Altra possibile vicenda deriva dalla contemporanea appartenenza a diverse associazioni di stampo mafioso. Corretta è stata ritenuta la duplice contestazione di militanza e partecipazione in distinti sodalizi dell'organizzazione denominata , nonostante il riconosciuto carattere gerarchico e unitario dell'organizzazione, perché duttili debbono rimanere le valutazioni in una materia caratterizzata da fenomeni in continua evoluzione, e bisogna ammettere l'esistenza di gruppi criminali autonomi finalizzati a proprie illecite attività, pur collegati e dipendenti da una struttura verticistica (102)

-  
(102) Sez. I, 11 luglio 1995, Enea, in *questa rivista*, 1996, p. 3636, n. 2012.

; né ricorre la continuazione fra i delitti associativi, che non si risolve in un generico proposito di adesione a sodalizi di futura costituzione (103)

-  
(103) Sez. V, 21 ottobre 1996, Licciardi, in *C.E.D. Cass.*, n. 206539; Sez. I, 30 giugno 1987, Civita, *ivi*, n. 176572.

. Il vincolo *ex art. 81 c.p.* è stato, per converso, ritenuto sussistente nel caso di abbandono temporaneo del sodalizio criminoso o di una parentesi di dissociazione con immediato e successivo ripristino dei legami di affiliazione seguiti dal rientro nell'organizzazione (104)

-  
(104) Sez. I, 17 giugno 1987, Arcella, in *C.E.D. Cass.*, n. 177649. Nelle ipotesi tratteggiate non trova spazio la preclusione di un nuovo giudizio, poiché i fatti considerati sono diversi ai sensi dell'art. 649 c.p.p.

.  
Nelle situazioni testé analizzate non si manifesta la preclusione del *ne bis in idem*, poiché i fatti sono diversi ai sensi dell'art. 649 c.p.p.

9. Gli illeciti rientranti nel paradigma degli artt. 416 e 416-bis c.p. si consumano con la creazione del sodalizio criminoso o l'ingresso nello stesso, protraendosi fino a quando non intervenga lo scioglimento ovvero l'interessato non abbandoni la *societas sceleris* per recesso volontario o a seguito di estromissione (105)

-

(105) ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Giuffrè, 1997, p. 238; BARAZZETTA, *Art. 416-bis*, cit., p. 2362; MACRÌ-MACRÌ, *La legge antimafia*, Jovene, 1983, p. 38; MARINI, voce *Ordine pubblico (delitti contro l')*, in *Nss. d.I.*, vol. V, Utet, 1984, p. 575; RUBIOLA, *Associazione per delinquere di tipo mafioso*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. III, 1988, p. 5; TURONE, *Il delitto*, cit., p. 316; UCCELLA, *L'associazione mafiosa tra costituzione e legge penale*, in *Riv. pol.*, 1983, p. 776.

; come ogni altro delitto associativo, sono caratterizzati dalla natura permanente. Poiché consustanziale a questa classe di reati è la naturale tensione a protrarsi nel tempo, riveste grande importanza, ai fini processuali, l'individuazione dei limiti cronologici del , qualora il processo faccia riferimento a una condotta non esaurita. L'instaurazione di un giudizio per un comportamento ancora *in itinere* sottintende l'idea che la consumazione o la cessazione del reato permanente siano da collegare a circostanze capaci di influire in concreto sul divenire dell'attività del reo: in base al presupposto logico-normativo che la durata della permanenza dipenda dal persistere o meno della condotta tipica, nessuna ripercussione di per sé hanno la presentazione di una denuncia, la formulazione dell'imputazione, l'arresto o l'esecuzione di una misura cautelare, la stessa celebrazione del giudizio; tali occorrenze sono inidonee a neutralizzare in assoluto la possibilità materiale di continuare l'azione punita dalla legge. Merita consenso l'opinione che "processo e reato si muovono su piani paralleli, in modo che ne risulta esclusa qualsiasi interferenza: il capo dell'associazione criminale può continuare a impartire ordini anche dal carcere, l'autore di un reato omissivo permanente può persistere nel suo non agire incurante del processo instaurato nei suoi confronti" (106)

-  
(106) MALAVASI, *Reato permanente*, ne bis in idem ed interruzione giudiziale della permanenza, in *questa rivista* 2002, p.264, n. 45, alla cui elaborazione lo scrivente è tributario di alcuni spunti *in parte qua*.

. Nel solco di una stretta lettura formalistica dell'art. 649 c.p.p., nemmeno il sopravvenire di una sentenza di condanna o il suo passaggio in giudicato interrompono, a rigore, l'unitarietà sostanziale della condotta esecutiva del reato permanente, ma questa soluzione ermeneutica, portata alle estreme conseguenze, finirebbe con il rendere non più perseguibili attività tipiche posteriori al processo: se il reato permanente sanziona un fatto ontologicamente unitario, le condotte posteriori alla sentenza non potrebbero essere più punite, in quanto saldate, per volontà di legge, a quelle anteriori e già giudicate (107)

-  
(107) Cfr. MALAVASI, *Reato permanente*, cit., p. 265.

.  
La giurisprudenza, per rimediare a inaccettabili dissonanze pratiche, ha escogitato l'espedito della c.d. interruzione giudiziale della permanenza: la tesi poggia sulla premessa che la sentenza produce una sorta di consumazione processuale del reato e ne frantuma l'unitarietà, onde le condotte successive all'intervenuta decisione rileveranno quali elementi costitutivi di un reato permanente identico, ma distinto e valutabile nuovamente in sede giudiziale (108)

-  
(108) Cfr. Sez. I, 23 novembre 1992, Egizio, in *C.E.D.Cass.*, n. 192647; Sez. I, 10 febbraio 1993, Sepe, *ivi*, n. 193335; Sez. V, 8 aprile 1998, Puca, *ivi*, n. 192573; Sez. VI, 4 ottobre 2000, Drago Ferrante, in *questa rivista*, 2002, p. 259, n. 45, con nota di MALAVASI, *Reato permanente, ne bis in idem ed interruzione giudiziale della permanenza*. Per la dottrina, altresì, GIOVENE, *Giudicato*, cit., p. 430; LOZZI, *Giudicato*, cit., p. 923; LOZZI, *Lezioni*, cit., p. 635; DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, p. 559; COPPI, voce *Reato permanente*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XI, Utet 1996, p. 326. In senso contrario, RAMPIONI, voce *Reato permanente*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, 1987, p. 868, che afferma: "analogamente (ed a *fortiori* rispetto) a quanto avviene nel reato progressivo, in cui il principio del *ne bis in idem* risulta operante anche quando il giudicato concerne il reato meno grave, nel reato permanente il giudicato impedisce l'ulteriore esperimento dell'azione penale per fatti successivi commessi in prosecuzione dell'unico reato".

.  
Tuttavia, le pronunce in materia non palesano un orientamento univoco. Per esempio, viene asserito che nei delitti associativi l'effetto interruttivo della permanenza debba collegarsi alla sentenza, anche non irrevocabile, che accerti la responsabilità dell'imputato, da ciò derivando che la porzione di condotta illecita successiva a detto provvedimento, pur non disgiungibile strutturalmente dalla precedente, rimane perseguibile a titolo di reato autonomo. Viceversa, ove sia stata emessa sentenza di assoluzione, non può ritenersi prodotta in virtù di tale pronuncia alcuna interruzione della permanenza della condotta criminosa, proprio perché è carente l'accertamento di un reato; da questa situazione deriva solo l'effetto preclusivo del giudicato di cui all'art. 649 c.p.p., ma il divieto di un secondo giudizio vale solo per i fatti verificatisi fino alla data precisata nella contestazione, indipendentemente dalla data di pronuncia della sentenza assolutoria (109)

-  
(109) Sez. II, 14 marzo 1997, Maranto, in *C.E.D.Cass.*, n. 208752.

. Un altro indirizzo sostiene che la distinzione tra pronunce affermative o negative della responsabilità poco si giustifica sul piano razionale e contrasta con il dettato dell'art. 649 c.p.p. che,

nel sancire l'inibizione di un secondo giudizio, si riferisce al , inteso nella accezione normale del termine, ossia in senso naturalistico e quindi di accadimento ben precisato e definito nello spazio e nel tempo. Ai fini della preclusione del giudicato, il deve essere individuato secondo un criterio unitario che, in tema di reato permanente, per finzione giuridica, è quello della pronuncia della sentenza di primo grado, ove manchi l'indicazione della relativa durata: la permanenza del reato, in materia di associazione per delinquere, non è di per sé interrotta né dall'arresto né dallo stato di detenzione, e serve, invece, la prova dell'estromissione del soggetto dall'associazione criminosa o il suo recesso dal sodalizio. Sempre restando in questa area definitoria, appare del tutto indifferente l'esito del giudizio, cioè l'affermazione o meno della penale responsabilità dell'imputato, poiché in entrambi i casi la sentenza consegue all'accertamento del , che nel reato permanente non prescinde in alcun modo dalla durata di esso, per soffermarsi solo sul momento di inizio (110)

-  
(110) Sez. VI, 4 ottobre 2000, Drago Ferrante, *cit.* È opportuno ricordare che per la dottrina penalistica l'arresto dell'associato non assume necessariamente un significato decisivo in ordine alla cessazione del reato (MACRÌ-MACRÌ, *La legge antimafia*, *cit.*, p. 38-39; SPAGNOLO, *Ai confini tra associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 116; TURONE, *Il delitto di associazione*, *cit.* p., 318), e l'accusa ha l'onere di provare che permane il vincolo associativo dopo l'arresto di capi e componenti di prestigio (Sez. I, 20 gennaio 1988, Muto, in *C.E.D. Cass.*, n. 177871). L'emissione del decreto di rinvio a giudizio o, comunque, l'esercizio dell'azione penale sono stati ritenuti atti idonei a interrompere la permanenza, tanto che una successiva adesione alla *societas sceleris* integra un fatto-reato diverso, legittimando l'emissione di un nuovo provvedimento cautelare senza violare il disposto dell'art. 297 comma 3 c.p.p. (Sez. V, 1° luglio 1996, Aiello, in *C.E.D.Cass.*, n. 206292; Sez. I, 6 novembre 1995, Maggio, *ivi*, n. 203587). Come emerge dalle indicazioni riportate, la Corte di cassazione non esprime un indirizzo uniforme sulle cause di cessazione del reato permanente, avendo stilato un catalogo nel quale sono ravvisabili la sentenza irrevocabile di condanna o di assoluzione, quella non divenuta irrevocabile e il semplice esercizio dell'azione penale, qualora, negli ultimi due casi, vi siano atti coercitivi contro il partecipe o comunque nell'arresto dei consociati in numero tale che i soggetti rimasti siano inferiori al numero richiesto dalla legge per l'associazione punibile: Sez. V, 30 giugno 1993, Tornese, *ivi*, n. 196263; Sez. I, 12 febbraio 1993, Sepe, *ivi*, n. 193335; Sez. I, 16 dicembre 1992, Verde, *ivi*, n. 195936; Sez. I, 13 giugno 1987, Abbate, *ivi*, n. 177588.

·  
Orbene, "il reato permanente può essere unitario (quando l'unica azione permanente realizzata dal primo all'ultimo istante della sua durata fino alla cessazione del reato permanente corrisponde a un

solo illecito, perché non intervengono fatti giuridici interruttivi) ovvero può essere pluralistico, quando un qualsiasi fatto giuridico spezza l'unità dell'azione permanente" (111)

-  
(111) GIULIANI, *Sul carattere eventualmente pluralistico del reato permanente: conferme e rettifiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, p. 837.

; pertanto, il segmento della realtà che si sedimenta nel processo appare delimitato dalla contestazione, la quale altro non è che la descrizione del fatto come esso si è svolto (o si va svolgendo) *in rerum natura*; allorché esso viene descritto qual è per sua natura, ossia come reato che perdura nel tempo e perciò permanente, la permanenza inerisce alla sostanza del fatto contestato ed è da questo inseparabile, non potendo essere degradata a mero elemento accidentale e a una sorta di post-fatto la cui punibilità richieda a sua volta una ulteriore e superflua contestazione (112)

-  
(112) Sez. un., 13 luglio 1998, Montanari, in *questa rivista*, 1999, p. 483, n. 158, con nota di FENU, *Sugli effetti della mancanza di contestazione del momento di cessazione della permanenza*.

. La precisazione nel capo di imputazione della data di accertamento del reato, che nelle fattispecie istantanee è sufficiente a individuare il confine temporale del fatto-reato, nel reato permanente fornisce solo il segno del momento iniziale di realizzazione del reato e non quello finale di consumazione (113)

-  
(113) Nello stesso senso, MALAVASI, *Reato permanente*, cit., p. 265.

. Da ciò la domanda se il giudice, stante il principio di correlazione fra accusa e sentenza, possa pronunciarsi su fatti di permanenza posteriori a quello inizialmente contestato quando l'imputazione faccia riferimento alla data di accertamento del reato permanente, che rivela il punto di avvio della consumazione *in fieri* dell'illecito, oppure sia necessario contestare l'ulteriore condotta con designazione del momento finale.

La Corte di legittimità, nel suo più elevato consesso, ha deciso che la contestazione del reato permanente, per l'intrinseca natura del fatto che enuncia, contiene già l'elemento del perdurare della condotta antiggiuridica: ove il pubblico ministero si sia limitato a puntualizzare la data iniziale (o la data dell'accertamento) e non quella finale, la permanenza - considerata come aspetto del reale - deve ritenersi compresa nell'imputazione, sicché l'interessato è chiamato a difendersi nel processo circa un fatto la cui essenziale connotazione è rappresentata dalla sua persistenza nel tempo, senza alcuna necessità che il protrarsi della condotta criminosa formi oggetto di contestazioni suppletive da parte del titolare dell'azione penale (114)

-

(114) Sez. un., 13 luglio 1998, Montanari, *cit.*

. L'intrinseca attitudine di tale tipo di reato a durare nel tempo, anche dopo l'avverarsi degli elementi costitutivi, comporta che l'originaria contestazione si estenda all'intero sviluppo della fattispecie criminosa e che il giudicabile debba conseguentemente articolare la propria difesa non soltanto in ordine alla parte realizzatasi, ma anche a quella successiva perdurante fino alla cessazione della condotta o dell'offesa, e comunque non oltre la sentenza di primo grado. Quando il capo di imputazione indicato nel decreto di rinvio a giudizio indichi la data di accertamento di un reato permanente, senza nessun riferimento a quella della cessazione, il giudice del dibattimento deve appurare, attraverso l'interpretazione di detto capo, considerato nel suo complesso, se esso pertenga a una fattispecie concreta la quale, così come descritta, si sia già esaurita prima o contestualmente all'accertamento medesimo, ovvero focalizzi una condotta ancora in atto; nella seconda ipotesi, poiché il capo di imputazione ascrive all'imputato un'azione che, lungi dall'essersi già esaurita, prosegue alla data nello stesso riportata, bisogna affermare che la contestazione comprenda anche l'eventuale protrazione della permanenza, della quale può tenere conto il giudice del dibattimento a ogni effetto penale, senza che sia richiesta a questo scopo una ulteriore contestazione da parte del pubblico ministero. Può succedere che nell'imputazione di un reato permanente sia contestata una durata della permanenza fissata nel tempo, quanto meno nel suo momento terminale: il giudice valuterà il successivo protrarsi della consumazione soltanto se esso sia stato oggetto di contestazione ai sensi dell'art. 516 c.p.p.; la posticipazione della data finale della permanenza, invero, incide sulla individuazione del fatto come dapprima contestato, comportandone una diversità, sotto il profilo temporale, che influisce sulla gravità del reato e sulla misura della pena, e condiziona anche l'applicazione di eventuali cause estintive (115)

-

(115) Sez. un., 11 novembre 1994, Polizzi, in *questa rivista*, 1995, p. 531, n. 355 e in *Giur. it.*, 1995, II, c. 217, con nota di DE ROBERTO; Sez. un., 13 luglio 1998, Montanari, *cit.*

. Insomma, nell'orizzonte tracciato dall'art. 649 c.p.p., il fatto-reato permanente, se il decreto di rinvio a giudizio indichi soltanto il momento iniziale dell'illecito, senza specificare la sua durata nel tempo, resta circoscritto, di regola, fra la data d'inizio della condotta criminosa contenuta nel capo di imputazione e quella della pronuncia della sentenza di prime cure, a nulla rilevando l'esito del giudizio (116)

-

(116) Sez. VI, 4 ottobre 2000, Drago Ferrante, *cit.*

. L'effetto interruttivo "si svolge a far data dalla sentenza di primo grado anche non definitiva, poiché con la chiusura di tale grado di giudizio viene meno qualunque possibilità di modificare

l'oggetto del processo: nei gradi successivi il giudice si pronuncerà comunque sullo stesso fatto, e i fatti successivi potranno essere giudicati solo nel contesto di un diverso processo" (117)

-  
(117) MALAVASI, *Reato permanente*, cit. p. 265.

.  
Deve, però, essere chiaro che il pubblico ministero, il quale disponga di elementi per stabilire la data di cessazione della permanenza, dovrà contestare tale preciso momento - allora l'imputazione non sarà più , ma -, cosicché il processo riguarderà il reato permanente nella sua delimitazione temporalmente cristallizzata: ulteriori fatti di permanenza possono rientrare nell'orbita cognitiva del giudice solo con la modifica dell'imputazione ai sensi dell'art. 516 c.p.p., perché un mutamento dei contorni cronologici, nel corso del processo, rende differente il fatto in confronto a quello contestato. Qualora dall'istruttoria dibattimentale risultasse che la permanenza non sia cessata o abbia una protrazione oltre il termine fissato nell'imputazione, il giudice, a norma dell'art. 521 c.p.p., trasmetterà gli atti al titolare dell'accusa perché provveda alle indispensabili rettifiche.

Secondo un'autorevole opinione, i vari problemi, che si profilano sul collegamento fra reato permanente e preclusione *ex art. 649 c.p.p.*, possono essere risolti senza dover ricorrere al modulo dell'interruzione giudiziale della permanenza: " il giudicato vale rispetto alla *res deducta*: chiamiamola *a-b*; ovvio che l'assolto o il condannato sia perseguibile *sub b-c* (se no delinquerebbe in piena licenza). Sono fatti diversi. Tutto sta nell'individuare gli estremi. Meno chiaramente la giurisprudenza parla d'"effetto interruttivo": da quel punto l'eventuale seguito costituisce fatto diverso; e fioriscono questioni fuori luogo. Ad esempio, se il nuovo corso cominci dalla condanna in primo grado o risalga alla sentenza irrevocabile. Due ipotesi insostenibili: diventa giudicato quanto risulta dall'accusa (eventualmente accresciuta a dibattimento: art. 518); gli sviluppi posteriori costituiscono una storia aperta al futuro giudiziario..." (118)

-  
(118) CORDERO, *Procedura*, cit., p. 1135.

. Si è replicato che nell'esposto ragionamento sarebbe "presente un equivoco (che traspare anche dall'indicazione dell'art. 518 c.p.p., come norma di riferimento per l'eventuale contestazione integrativa); i fatti *b-c* di cui parla l'autore sono fatti nuovi solo dal punto di vista storico, mentre dal punto di vista della fattispecie, per la particolare tecnica di tipizzazione del reato permanente, sono lo stesso fatto rispetto a quello giudicato, di modo che, per poterli sottoporre a giudizio, è logicamente necessario individuare un punto di cesura dell'unitarietà del fatto a seguito del quale i fatti *b-c* saranno, allora sì, storia aperta al futuro giudiziario" (119)

-

(119) MALAVASI, *Reato permanente*, cit., p. 267.

.  
Al di là di un'adesione all'una o all'altra teorica, sembra comunque evidente che il divieto di un nuovo giudizio, il quale si pone in maniera identica per le sentenze di condanne o per quelle di assoluzione, concerne la condotta esposta in imputazione - anche nel dibattimento -, sulla base del principio *tantum iudicatum quantum deductum*, mentre la prosecuzione della stessa condotta o la sua ripresa in epoca successiva perfezionano un diverso e non coperto dalla decisione definitiva, per cui non vi è impedimento alcuno a procedere contro la medesima persona (120)

-  
(120) In questo senso, Sez. III, 13 marzo 2001, Migliorato, in *C.E.D.Cass.*, n. 219499; Sez. VI, 24 maggio 2000, Leanza, *ivi*, n. 218337.

. Il giudicato, cioè, rompe con la sua forza normativa l'unità del fatto tra accadimenti anteriori e successivi alla data della sentenza, e l'ulteriore permanenza oltre la contestazione della precedente accusa è punibile a titolo di nuovo reato.

10. Nella moderna storia giudiziaria ha acquistato peculiare spessore il concorso in associazione mafiosa, la cui trattazione esula da questo scritto. Saranno analizzati due peculiari aspetti della materia, che permetteranno anche di ottenere verifiche sull'efficacia del giudicato, come esplicitata nel lungo *excursus* precedente.

L'attenzione esegetica è rivolta, anzitutto, ai comportamenti concorsuali nei cd. delitti, vale a dire quelli in danno delle forze dell'ordine, di magistrati, politici, giornalisti, grossi imprenditori, uomini d'onore, collaboratori di giustizia e loro familiari: il problema attiene alla posizione dei partecipi, che occupano una posizione di vertice nella scala gerarchica dell'associazione mafiosa, poiché si ravvisa frequentemente un'area di coincidenza o di interferenza tra l'attività svolta in sede di deliberazione degli obiettivi criminosi e la fase realizzativa del programma.

Rilevata l'autonomia del reato di associazione rispetto alla realizzazione del programma criminoso, si osserva che il ruolo di partecipe - anche gerarchicamente dominante - da taluno rivestito nell'ambito dell'organizzazione criminale non è da solo sufficiente a far presumere, in forza di un inammissibile criterio di semplificazione dell'accertamento della responsabilità concorsuale, quel medesimo soggetto automaticamente responsabile di ogni delitto compiuto da altri appartenenti al sodalizio, sia pure riferibile all'organizzazione malavitosa e inserito nel quadro del programma criminoso. Dei delitti fine rispondono soltanto coloro che materialmente o moralmente hanno dato un effettivo contributo, causalmente rilevante, volontario e consapevole all'attuazione della singola condotta delittuosa, alla stregua dei comuni principi in tema di concorso di persone nel reato,

essendo teoricamente esclusa dall'ordinamento vigente qualsiasi forma di anomala responsabilità di (121)

-  
(121) Sez. I, 2 aprile 1996, Alfano, *inedita*, per una fattispecie di tipo camorristico.

. In altre sentenze è stata postulata la necessità di verificare, affinché possa dichiararsi la colpevolezza di un appartenente all'organismo di vertice, se da parte dell'imputato vi sia stata una concreta presa di coscienza del disegno criminoso (122)

-  
(122) Sez. IV, 14 novembre 1992, Madonà, in *questa rivista*, 1994, p. 1497, n. 874.

, oppure se egli, informato dagli altri associati, non abbia manifestato alcun dissenso in ordine alla commissione del crimine (123)

-  
(123) Sez. I, 30 giugno 1992, Altadonna, in *questa rivista*, 1993, p. 1679, n. 975.

, o ancora se faccia parte attualmente del vertice dell'organizzazione (124)

-  
(124) Sez. I, 30 novembre 1995, Greco, in *C.E.D.Cass.*, n. 203872.

.  
Il giudice di legittimità ha, altresì, ritenuto che l'appartenenza alla c.d. dell'associazione mafiosa, pur non suffragando un giudizio certo di responsabilità penale, costituisca quantomeno un grave indizio di colpevolezza, ai sensi dell'art. 273 c.p.p., per attribuire ai relativi componenti i c.d. : a causa dell'importanza, del rilievo e del riflesso nei confronti dell'associazione mafiosa, reati del genere sono direttamente deliberati dal suddetto consesso in veste di mandante o almeno hanno il nulla-osta sotto forma di adesione, in funzione repressiva o di prevenzione generale (125)

-  
(125) V., tra le altre, Sez. I, 28 novembre 1995, Bano, in *questa rivista*, 1997, p. 695, n. 391; Sez. VI, 2 maggio 1995, Madonà, in *C.E.D. Cass.*, n. 201829; Sez. I, 16 maggio 1994, Farinella, in *questa rivista*, 1995, p. 1829, n. 1083. Circa la responsabilità concorsuale dei soggetti che rivestono un ruolo primario nella struttura di "Cosa nostra" (componenti della "Commissione" e " capi-mandamento"), si segnala Ass. Palermo, Sez. IV, 11 aprile 2001, Riina, *ivi*, 2002, p.2499, n. 862, con nota di TULUMELLO, *Il giudice e lo storico: la responsabilità dell'associato per i reati scopo fra dimensione penale-sostanziale e regole del ragionamento probatorio*.

Le difformità applicative risentono delle tematizzazioni probatorie, che scaturiscono dal funzionamento della composizione apicale del sodalizio, descritto in termini non sempre coerenti dai collaboratori di giustizia (126)

-  
(126) CANZIO, *Orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 600; TULUMELLO, *Il giudice*, cit. p. 2511 s.. Per un'ampia trattazione dei vari problemi, MINNA, *La mafia in Cassazione*, Firenze, 1995, p. 106 s.

.  
Occorre, in secondo luogo, accennare alle ipotesi di ad associazioni criminali da parte di coloro che non siano componenti stabili dell'organizzazione delittuosa (127)

-  
(127) Sulle attività criminose in forma organizzata, DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 1293.

: non è discutibile che persone diverse dai compartecipi necessari possano eventualmente concorrere ex art. 110 c.p. nei reati plurisoggettivi (128)

-  
(128) FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 476; MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2001, p. 576; PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 1998, p. 395.

, ma il fenomeno del concorso in associazione mafiosa è tema di non sopiti contrasti. La categoria giuridica, infatti, è fortemente impregnata di istanze politico-criminali, per non lasciare sfornite di sanzione condotte fiancheggiatrici, che forniscano un sostegno tangibile al sodalizio (129)

-  
(129) Cfr. FIANDACA, *Il "concorso esterno" agli onori della cronaca*, in *Foro it.*, 1997, V, c. 1. Ad avviso di DE FRANCESCO, *Paradigmi generali e concrete scelte repressive nella risposta penale alle forme di cooperazione in attività mafiosa*, in *questa rivista*, 1996, p. 3497, n. 1993, "con la categoria del concorso esterno, si vuole realizzare l'obiettivo di punire determinate condotte di "collateralismo" e di contiguità rispetto all'associazione mafiosa; condotte che non hanno una dimensione così macroscopica, ma che, considerate complessivamente, agevolano l'associazione". Da ultimo, BERNAZZANI, *Profili problematici del concorso esterno nel reato associativo*, in *Casi materiali di diritto penale*, a cura di Cadoppi-Canestrari, I, Giuffrè, 2002, p. 254 s., con ampia bibliografia.

: si vuole rendere effettiva la possibilità di punire, o di punire più agevolmente, tramite il concorso eventuale, forme di contiguità alle associazioni delinquenziali assai significative sul piano

criminologico, ma non sempre facilmente inquadrabili nello schema del reato associativo. È il caso di chi, senza appartenere in modo organico all'associazione, presta, magari in via occasionale ma consapevolmente, un contributo utile per la vita e l'attività del sodalizio (130)

-  
(130) Trib. Palermo, 18 novembre 1996, Cordaro, *Foro it.*, 1997, II, c. 611, con nota di VISCONTI, *Difesa di mafia e rischio penale*.

. D'altronde, "proprio lo specifico settore dell'associazione per delinquere mafiosa, per quel suo intrinseco carattere di coesione interna fra gli associati tipico della relativa subcultura, appare un fertile terreno per l'innesto di contributi esterni all'associazione stessa" (131)

-  
(131) MILITELLO, *Agevolazione e concorso di persone nel progetto 1992*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 581.

, sicché il riconoscimento della possibilità dogmatica e pratica del concorso esterno al di là della mera partecipazione consente all'autorità giudiziaria di usare uno strumento assai duttile per identificare e colpire pericolose collusioni con la mafia, attuate da chi non ne faccia stabilmente parte, e permette di differenziare, anche sul piano giuridico, situazioni che appaiono oggettivamente diverse anche alla rilevazione sociologica (132)

-  
(132) GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione e irrilevanza penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 1208.

.  
L'indirizzo che nega l'ammissibilità del concorso eventuale nel reato associativo richiama sia il contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza, per l'ingiustificata equiparazione sanzionatoria tra concorrente esterno e associato vero e proprio (133)

-  
(133) MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso "esterno" nei reati associativi, tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 1194. Vedi anche INSOLERA, *Il concorso esterno nei reati associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 1995, p. 423, nota a G.i.p. Trib. Catania, 8 marzo 1994, Di Grazia. Si è espresso per la manifesta infondatezza della eccezione di illegittimità costituzionale con riferimento ai principi di uguaglianza e di determinatezza, Trib. Taranto, 11 giugno 1997, X ric., in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p. 753, con nota di VISCONTI, *Il concorso esterno tra aspetti di costituzionalità e prospettive di riforma legislativa*.

, sia l'interpretazione sistematica che non trascuri gli artt. 378 comma 2 e 418 c.p., i quali esauriscono le ipotesi di favoreggiamento personale e di , sia la previsione dell'art. 7 l. 12 luglio 1991, n. 203, che introduce una circostanza aggravante applicabile a chi commetta delitti al fine di agevolare l'associazione mafiosa: mediante quest'ultima fattispecie, la legge ha già valutato, benché soltanto per i fatti già costituenti reato, la significatività penale dell'apporto illecito destinato, dall'esterno, all'associazione criminosa. Proprio il dato scaturente dal diritto positivo, dunque, confermerebbe che l'unica forma di concorso di persone nel reato in discorso è quella del concorso necessario (134)

-  
(134) INSOLERA, *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1986, p. 149 ss.; ID., *Il concorso esterno*, cit., p. 423; MANNA, *L'ammissibilità*, cit., p.1196; SIRACUSANO, *Il concorso esterno e le fattispecie associative*, in *questa rivista*, 1993, p. 1876 s., n. 1111. Questa tesi è stata condivisa da Sez. I, 18 maggio 1994, Clementi, in *Foro it.*, 1994, II, c. 560, con nota critica di VISCONTI, *Il tormentato cammino del "concorso esterno" nel reato associativo*.

. La giurisprudenza minoritaria, sulla base di codesti argomenti e di altre critiche, ha concluso per l'inammissibilità del concorso (135)

-  
(135) Sez. I, 18 maggio 1994, Clementi, *cit.*; Sez. I, 18 maggio 1994, Mattina, in *questa rivista*, 1994, p. 2685, n. 1647; Sez. I, 3 giugno 1994, Della Corte, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1114, con nota adesiva di TENCATI, *Fiancheggiamento e partecipazione nell'art. 416-bis del codice penale*; Sez. I, 19 gennaio 1987, Cillari, in *questa rivista*, 1989, p. 34, con nota contraria di DE LIGUORI, *Concorso eventuale e reati associativi*; G.i.p. Trib. Catania, 8 marzo 1994, Di Grazia, *cit.*; Trib. Catania, 28 marzo 1991, Amato, in *Foro it.*, 1991, c. 472, con nota di FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*. Ad avviso di MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, Cedam, 1995, p. 92 ss. la fattispecie del concorso esterno incorre in tre "aporie dogmatiche": a) la prima riguarda l'applicabilità al concorrente esterno, e non al partecipante, dell'aggravante prevista dall'art. 112, n. 1 c.p.; b) la seconda consiste nell'operatività, rispetto al concorrente esterno, della disciplina di cui all'art. 116 c.p., non estensibile al partecipe all'associazione; c) la terza attiene alla differenziazione del trattamento in tema di desistenza e recesso attivo fra il partecipe e il concorrente esterno: a quest'ultimo sarebbe applicabile la disposizione dell'art. 56 commi 3 e 4, alla condizione che lo stesso abbia eliminato gli effetti prodotti dalla sua condotta, mentre all'altro basterebbe il recesso dell'associazione.

La compatibilità di siffatto concorso con i reati associativi è stata riconosciuta, invece, da altra parte della dottrina e suffragata dall'insegnamento prevalente del supremo Collegio, che ha rimarcato la diversità dei ruoli fra chi partecipa all'associazione e il concorrente eventuale materiale. Il primo è colui senza il cui apporto quotidiano, o comunque assiduo, il sodalizio non raggiunge i suoi scopi o non li raggiunge con la dovuta speditezza; è, insomma, il soggetto che agisce nella , nella vita corrente quotidiana dell'associazione. Il secondo è, per definizione, colui che non vuol far parte dell'associazione e che l'associazione non chiama a , ma al quale si rivolge per colmare eventuali vuoti temporanei in un determinato ruolo e, soprattutto, nel momento in cui la del sodalizio entra in fibrillazione, attraversando una fase che, per essere superata, richiede il contributo temporaneo, limitato anche a un unico intervento, di un esterno: è, in sostanza, la persona che occupa uno spazio proprio nei momenti di emergenza della vita associativa (136)

-  
(136) Per tutte, Sez. un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *questa rivista*, 1995, p. 842, n. 529, con nota di IACOVIELLO, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*; in *Foro it.*, 1995, II, c. 422, con nota di INSOLERA. In dottrina, per la configurabilità del concorso esterno si sono espressi DE FRANCESCO, *Associazione*, cit., p. 305 s.; DE LIGUORI, *Concorso eventuale*, cit., p. 38 s.; GROSSO, *La contiguità*, cit., p. 1191 s.; INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Giuffrè 1983, p. 96 s.; INGROIA., *Associazione di tipo mafioso*, in *Enc. dir. - Agg. I*, Giuffrè, 1997, p. 143; PACI, *Osservazioni sull'ammissibilità del concorso eventuale nel reato di associazione a delinquere di tipo mafioso*, in *questa rivista*, 1995, p. 542, n. 357; SPAGNOLO, *L'associazione*, cit., p. 128; VISCONTI, *Il tormentato cammino*, cit. p. 561 s. Assume un posizione autonoma BERNAZZANI, *Concorso*, cit., p. 287 s., che si mostra favorevole all'ipotesi pur con alcuni adattamenti.

. Per quanto all'elemento psichico, il dolo del concorrente eventuale si caratterizza come generico, consistente nella coscienza e volontà di fornire un contributo atipico alla *societas sceleris*; in ciascuno dei partecipi all'associazione, però, deve sussistere il dolo specifico (137)

-  
(137) Sez. VI, 27 marzo 1995, Alfano, in *questa rivista*, 1997, p. 983, n. 584, con nota di CERASE, *Sul dolo richiesto per il concorso esterno nel reato associativo*.

.  
Dopo aver riportato sommariamente i caratteri delle fattispecie delittuose, anche nei risvolti concorsuali, devesi riaffermare che il *ne bis in idem* non opera per l'imputato chiamato a rispondere, a titolo di concorso, dello stesso reato cui si riferisce la regiudicata, quando egli non sia stato coinvolto nel rapporto processuale definito con la pronuncia non più impugnabile.

La convalida alla tesi secondo cui l'ordinamento processuale non assicura alla *res iudicata* penale né pregiudizialità vincolante né stabilità decisoria esterna o *erga omnes* è fornita dall'art. 238-bis c.p.p., introdotto dall'art. 3 comma 2 d.lg. 8 giugno, 1992, modificato in sede di conversione con l. 7 agosto 1992, n. 356, il quale recita: .

Uno degli obiettivi di questa norma è di evitare che debbano essere provati in continuità, attraverso il diretto esame testimoniale, dati ampiamente dimostrati da precedenti sentenze, come la natura criminosa e di una certa associazione (138)

-  
(138) RIVELLO, *Art. 238-bis c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II Agg., coordinato da Chiavario, Utet, 1993, p. 91, nota 5.

, ma l'art. 238-bis c.p.p., "lungi dall'assumere la portata di statuizione idonea a risolvere ogni aspetto del *thema* devoluto alla cognizione del giudice ricevente, si limita a regolare il modo di valutazione della pronuncia irrevocabile resa in separato giudizio, in una logica di economia nella raccolta del materiale utile alla decisione che non intacca il basilare principio, già operante nel vigore dell'art. 18 del precedente codice, per cui ogni giudice è tenuto a formarsi il convincimento in base alle prove di cui dispone e che sono utilizzabili, senza che ad una di tali prove possa essere attribuita efficacia cogente e risolutiva dell'obbligo di apprezzamento e motivazione da parte del giudicante" (139)

-  
(139) C. cost., 20 maggio 1996, n. 159, in *questa rivista*, 1996, p. 3233, n. 1800.

.  
La disposizione, che accomuna la disciplina in materia a quella prevista per i documenti formati fuori della sede processuale, risponde all'esigenza di non disperdere gli elementi conoscitivi dei provvedimenti che hanno acquistato autorità di cosa giudicata, sempre rimanendo intatto l'assioma del libero convincimento del giudice (140)

-  
(140) Sez. II, 19 aprile 1994, Rapanà, in *C.E.D. Cass.*, n. 198107.

: l'impiego, ai fini del decidere, di risultanze di fatto emergenti anche dalla motivazione, e non solo dal dispositivo delle sentenze divenute irrevocabili e acquisite *ex art. 238-bis*, implica, per il richiamo alle previsioni degli artt. 187 e 192 comma 3, l'accertamento della rilevanza di dette risultanze con riferimento all'oggetto della prova, e poi una verifica circa la sussistenza o no degli indispensabili elementi di riscontro individualizzanti, di qualsiasi natura, da acquisire nel contraddittorio delle parti, che ne confermino la valenza di elemento di prova, per legge non autosufficiente (141)

-

(141) Sez. I, 16 novembre 1998, Hass e Priebke, *cit.*; Sez. I, 20 maggio 1997, Bottaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 207930; Sez. I, 25 maggio 1995, Ronch, in *questa rivista*, 1996, p. 3356, n. 1872, con nota di CURTOTTI, *Una faticosa ricostruzione del contenuto dell'art. 238-bis tra incrinature sistematiche ed esigenze contingenti in chiave "emergenziale"*, nonché *ivi*, 1996, p. 3673, n. 2058, con nota di PARLATO, *Acquisizione ai fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze dei fatti emergenti dalle motivazioni*. Sul tema dell'efficacia della cosa giudicata, Sez. I, 4 marzo 1997, *ivi*, 1997, p. 2132, n. 1224, con nota di ADRIANI, *La sentenza penale irrevocabile come mezzo di prova*.

L'art. 238-bis prescrive che sentenze definitive, una volta acquisite al dibattimento, debbono essere valutate a tenore degli artt. 187 e 192 comma 3 c.p.p. Questo strano binomio normativo (CURTOTTI, *Art. 238-bis*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Utet, 2001, p. 804) è apparso inopportuno, attesa la valenza di principio generale riscontrato nell'art. 187, che, "essendo norma di carattere generale in tema di prove avrebbe comunque trovato applicazione, al di là di ogni specifico richiamo" (PONTIN, *C'era una volta il codice*, in *Crit. dir.*, 1992, n. 4-5, p. 18. Vedi anche Cfr., CORDERO, *Procedura*, *cit.*, p. 751; *Contra* I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, Cedam, 1995, p. 128, la quale reputa il richiamo "non indispensabile, ma utile"), mentre il rinvio all'art. 192 comma 3 è una tecnica comoda ma imprecisa, che rischia di far apparire "quanto meno irriverente nei confronti dell'autorità giudiziaria" la previsione per le sentenze irrevocabili di riscontri identici a quelli delle dichiarazioni dei chiamanti in correità (Così RIVELLO, *Art. 238-bis*, *cit.*, p. 90 ss). Poiché l'art. 192 comma 3 c.p.p. richiede la necessaria presenza di elementi corroborativi, ai fini del riscontro di attendibilità, il legislatore ha voluto attribuire alla sentenza passata in giudicato il valore di prova piena parificandola alla dichiarazione di correo, nel momento in cui sono richiesti riscontri esterni individualizzanti che confermino la veridicità dei fatti, accertati nelle sentenze irrevocabili acquisite (Sez. I, 26 maggio 1995, Ronch, *cit.* Secondo Sez. VI, 2 marzo 1998, Calise, in *questa rivista*, 1999, p. 2890, n. 1445, con nota di CANTONE, *L'art. 238-bis: strumento probatorio e mezzo per la risoluzione preventiva del contrasto di giudicati*). Venendo indicati come criteri di valutazione della prova quelli contenuti negli artt. 187 e 192 comma 3, l'uno riguardante i fatti oggetto di prova e, in particolare, i fatti che concernono l'imputazione, l'altro da ricollegare all'esigenza di ridimensionare la valenza dimostrativa delle sentenze così acquisite, nel senso che è sempre necessario per la utilizzazione della decisione, ai fini della prova del fatto in essa accertato, la presenza di ulteriori elementi probatori che confermino l'accertamento compiuto, l'art. 238-bis, così come formulato, sembra destinato a consentire l'utilizzazione della ricostruzione storica e naturalistica dell'evento, attraverso una verifica rimessa al libero convincimento del giudice. Il quale, però, ha il dovere di dimostrare

l'osservanza dei rigidi criteri stabiliti dalla legge, senza che possa apparire esaustivo né il richiamo a formule di stile né la mera citazione dello stesso art. 238-bis; altrimenti dovrebbe ritenersi introdotto - con inevitabili riverberi quanto all'osservanza del principio di ragionevolezza e del diritto di difesa - un congegno in grado di produrre un'efficacia *erga omnes* del giudicato penale, per di più in stridente contrasto con il principio stabilito dall'art. 2 comma 2 c.p.p.). Eppure il punto debole della normativa è rappresentato proprio dalla individuazione degli elementi di prova per la *corroboration* (CANTONE, *L'art. 238-bis, cit.*), quando si pensi che è stata qualificata perfettamente rispondente al dettato normativo l'utilizzazione della deposizione resa da un testimone nel corso del dibattimento in esito al quale fu pronunciata la sentenza irrevocabile impiegata in base all'art. 238-bis c.p.p. (Sez. I, 26 maggio 1995, Ronch, *cit.*). Lo stesso elemento di prova, dunque, finisce con l'assolvere due funzioni che parrebbero incompatibili: da un lato, contribuisce a formare il convincimento del giudice che pronuncia la sentenza che si intende acquisire e, dall'altro, serve quale documento *ab externo*, idoneo a confermare proprio l'attendibilità di circostanze emergenti da tale provvedimento (PARLATO, *Acquisizione ai fini di prova, cit.*, p. 3677). Situazioni del genere rendono fondati i rilievi sull'assurdità e inapplicabilità dell'art. 238-bis, interpolato nel *corpus* originario del codice, perché la prova sta negli atti sui quali si fonda la decisione (parole del testimone, una frase cavata dall'imputato nell'esame, impronte digitali, segni scoperti sul cadavere dal perito settore) (CORDERO, *Procedura, cit.*, p. 751), che sono già acquisibili ai sensi dell'art. 238 c.p.p. anche quando i procedimenti non sono definiti con sentenza irrevocabile (ADRIANI, *La sentenza, cit.*, p. 2139; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2001, p. 418).

A parere di altra dottrina, le decisioni irrevocabili, introdotte nel giudizio "ai fini della prova di fatto in essa accertato", permettono di considerare provato il fatto ritenuto in sentenza, non pure tutte le altre circostanze che lo supportano: una diversa interpretazione sarebbe inaccettabile, perché rende vane le previsioni dell'art. 238 c.p.p. (CALAMANDREI, *Art. 238-bis, cit.*, p. 1295); in senso contrario, la giurisprudenza afferma che le sentenze di cui si tratta sono acquisibili per le risultanze di fatto che emergono dalla motivazione e non già dal loro dispositivo (Sez. V, 12 maggio 2000, Vera, in *C.E.D. Cass.*, n. 216306; Sez. I, 17 giugno 1997, Bottaro, *cit.*; Sez. I, 26 maggio 1995, Ronch, *cit.*

Ne deriva che la normativa codicistica non riconosce nessuna portata vincolante alla sentenza irrevocabile, che sia prodotta quale mezzo di prova documentale: il critico uso della piattaforma probatoria è imposta, invero, dal canone secondo cui la prova del in essa accertato - per tale intendendosi ogni elemento fattuale, ossia non valutativo, ritenuto per avvenuto o negato nella sua

fenomenica esistenza, che abbia contribuito con il suo accertamento giudiziale a fondare il convincimento del giudice e la sua pronuncia conclusiva - dev'essere apprezzata insieme con gli , acquisiti *ex novo*, che ne confermino l'attendibilità (142)

-  
(142) Il legislatore, con il riferimento alla "prova di fatto", frutto probabilmente di un *lapsus calami* (RIVELLO, *Art. 238-bis*, cit., p. 90, nota 2), ha voluto circoscrivere la rilevanza alla pronuncia emessa in altro giudizio alla "prova del fatto", intendendo alludere, da una prima impressione, al fatto ritenuto in sentenza e non a tutti quelli che eventualmente lo supportano (I. CALAMANDREI, *La prova*, cit., p.127. V. anche CURTOTTI, *Art. 238-bis*, cit., p. 804.

. Anche l'art. 238-*bis*, pur riflettendo una concreta esigenza di coordinamento probatorio e di raccordo fra distinti dati processuali, al pari dello strumento attinente alla circolazione della prova offerto dall'art. 238 c.p.p. per i verbali di prove di altro procedimento, presuppone l'autonomia delle valutazioni giudiziali.

L'ordinamento processuale, dunque, bandisce automatismi per il giudice di merito nel recepire e nell'utilizzare i fatti accertati dal giudice *a quo*, in forza di una impropria situazione di pregiudizialità rispetto al *dictum* e di un'inammissibile efficacia *erga omnes* del giudicato.

Esce allora rafforzata l'interpretazione che il giudicato penale formatosi nei confronti di un determinato imputato per un certo fatto non vincola il giudice chiamato a esaminare di nuovo l'accadimento rispetto alla posizione dei concorrenti nel medesimo reato: in particolare, nell'ipotesi di assoluzione di una persona con sentenza irrevocabile, il giudice del procedimento a carico di un altro soggetto, che risponde a titolo di concorso nel medesimo reato, può conoscere la condotta del compartecipe assolto, al solo fine di valutare la sussistenza o il grado di responsabilità dell'imputato sottoposto al suo giudizio, ma con il limite del *ne bis in idem* nei confronti della persona per la quale si è esaurita l'azione penale (143)

-  
(143) Sez. I, 16 novembre 1998, Hass e Priebke, *cit.* Nello stesso senso, Sez. I, 25 maggio 1995, Ronch, *cit.*