
Concorso formale - Ne bis in idem

La decisione

Concorso formale - Lesioni personali lievi - Maltrattamenti in famiglia - *Bis in idem* - Esclusione (C.p., artt. 81, 572, 582; C.p.p., art. 649).

Poiché, ove il reato già giudicato si ponga in concorso formale con quello oggetto del secondo giudizio, la preclusione connessa al principio del ne bis in idem opera nel solo caso in cui sussista l'identità del fatto storico, inteso sulla base della triade condotta - nesso causale - evento, laddove si possa distinguere la condotta che ha cagionato le lesioni personali lievi da quella di maltrattamenti, sotto il profilo dell'elemento soggettivo (rinvenendo l'intenzione, anche, di ledere l'integrità fisica della vittima), l'identità del fatto storico viene meno proprio nella individuazione - necessariamente oggettiva e soggettiva - della condotta e il secondo giudizio non cade sotto il divieto di bis in idem di cui all'art. 649, co. 1, c.p.p.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE V, 27 settembre 2018 (ud. 18 luglio 2018) - BRUNO, *Presidente* - SCARLINI, *Relatore* - LIGNOLA, P.G. (*diff.*), C., *ricorrente*.

***Quid de nocte?* Un apparente passo indietro nel dialogo tra Cassazione e Corte costituzionale per la definizione dei rapporti tra concorso formale e divieto di *bis in idem* processuale**

Con la sentenza n. 200 del 2016, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. «nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale», perché la Costituzione impone che il giudice dichiari l'azione improcedibile ogniqualvolta rilevi che il fatto contestato si compone della stessa triade condotta - nesso causale - evento già giudicata in altro processo, rimanendo l'esistenza di un concorso formale «*influyente ai fini dell'applicazione dell'art. 649 cod. proc. pen.*». Con la sentenza qui annotata, decidendo della legittimità di un giudizio per un reato in concorso formale con altro già giudicato, la Cassazione ha ritenuto che «*laddove sia possibile distinguere la condotta sotto il profilo dell'elemento soggettivo [...], l'identità del fatto storico viene meno proprio nella individuazione - necessariamente oggettiva e soggettiva - della condotta e il secondo giudizio non cade sotto il divieto di bis in idem di cui all'art. 649, co. 1, c.p.p.*». Nel presente contributo, si cercherà di scoprire se, apparenze a parte, il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte è compatibile con la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art.

649 c.p.p. del 2016 e, quindi, conforme a Costituzione.

Quid de nocte? Apparently, a step backwards in the dialogue between the Italian Supreme Court and the Italian Constitutional Court for the purposes of setting out the relations between connection of crimes and the prohibition of bis in idem principle has been made

With the judgment No. 200 of 2016, Italian Constitutional Court declared as constitutionally unlawful Section 649 of the Italian Code of Criminal Procedure «insofar as it excludes that the fact is the same due to the only circumstance that exists an ideal concurrence of offences between the already judged crime with a judgement deemed as irrevocable and the crime for which the new criminal proceedings is started», so that the Italian Constitution requires that the judge declares the action as inadmissible every time he notes that the disputed fact consists of the same triad: conduct – causal link – and event already judged during another trial, being the existence of an ideal concurrence of offences «not relevant for the application of Section 649 of the Italian Code of Criminal Procedure». With the judgment here noted, deciding about the legitimacy of a judgment for a crime in ideal concurrence with another crime already judged, the Italian Supreme Court held that «if it is possible to distinguish the conduct from the point of view of the subjective element [...], the identity of the historical fact fails right in the identification – necessarily objective and subjective – of the conduct and the second judgment doesn't fall under the prohibition of the bis in idem/on referred to in Section 649, clause 1, Italian Code of Criminal Procedure». With this paper, it will be analysed if, appearances aside, the principle expressed by the Supreme Court is compatible with the declaration of the constitutional illegitimacy of Section 649 of the Italian Code of Criminal Procedure of 2016 and, therefore, in accordance with Italian Constitution.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una nozione di *idem factum* che delimiterebbe la portata innovativa della dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale dell'art. 649, co. 1, c.p.p. di Corte cost., n. 200 del 2016. – 3. Un primo rilievo: un errore di metodo? – 4. Un problema di incongruenza teleologica.

1. Introduzione. Con la pronuncia che qui si annota, dopo aver rilevato che «il costante orientamento di questa Corte è nel senso che la preclusione connessa al principio del ne bis in idem opera ove il reato già giudicato si ponga in concorso formale con quello oggetto del secondo giudizio nel solo caso in cui sussista l'identità del fatto storico, inteso sulla base della triade condotta - nesso causale - evento (da ultimo, Sez. 4, n. 54986 del 24/10/2017, Montagna, Rv. 271717)», la V sezione della Corte di cassazione ha concluso che «quando si possa distinguere la condotta che ha cagionato le lesioni personali lievi da quella di maltrattamenti, sotto il profilo dell'elemento soggettivo (rinvenendo l'intenzione, anche, di ledere l'integrità fisica della vittima), l'identità del fatto storico viene meno proprio nella individuazione - necessariamente oggettiva e soggettiva - della condotta».

Sotto le rassicuranti spoglie di un sillogismo – struttura fondamentale del ragionamento deduttivo e dunque emblema di consequenzialità e linearità – le

argomentazioni svolte dalla Suprema Corte celano un'affermazione tutt'altro che scontata e, al contrario, potenzialmente dirompente.

Nella premessa minore i giudici di legittimità sostengono che due distinti giudizi per reati in concorso formale vertono su un *idem factum*, e il secondo è destinato a essere dichiarato improcedibile¹ per violazione del divieto di *bis in idem* previsto dall'art. 649, co. 1, c.p.p., soltanto se le contestazioni da cui traggono origine, oltre a descrivere il medesimo fatto storico, riportano anche lo stesso elemento soggettivo.

Si tratta della prima sentenza di Cassazione che interviene a ridefinire in misura tanto incisiva i contorni del concetto di *idem factum* come plasmata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 200 del 2016². Considerato quanto ampia sarebbe la riduzione della portata applicativa del divieto di *bis in idem* processuale cui si assisterebbe se la pronuncia facesse giurisprudenza, quantomeno – come si vedrà – nell'area del concorso formale tra reati dolosi, sembrano necessarie alcune riflessioni.

2. Una nozione di *idem factum* che delimiterebbe la portata innovativa della dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale dell'art. 649, co. 1, c.p.p. di Corte cost., n. 200 del 2016. Nella celebre sentenza n. 200 del 2016, la

¹ Con sentenza di non doversi procedere ex art. 529, co. 1, c. Naturalmente, benché la *rubrica legis* dell'art. 649 c. faccia riferimento unicamente al divieto di un secondo «giudizio», il divieto ivi disciplinato è, come si evince dal testo della disposizione, una più estesa proibizione di sottoporre la persona a un secondo «procedimento» per fatti già giudicati. Ne consegue che, laddove il magistrato inquirente si avveda, già in fase d'indagine, che i fatti per i quali si procede sono coperti da un precedente giudicato (o oggetto di accertamento in altro procedimento precedentemente incardinato dinanzi a giudice parimenti competente, v. Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati, in *Cass. pen.*, 2006, 28 ss) sarà tenuto a chiedere l'archiviazione, ai sensi dell'art. 411 c. Analogamente, laddove l'identità del fatto emerga in sede di udienza preliminare, il giudice pronuncerà sentenza di non luogo a procedere ex art. 425 c. Su entrambi i casi, v. sempre, per tutte, Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati, *cit.*, 34

² Corte cost., 31 maggio - 21 luglio 2016, n. 200, in *Giur. cost.*, 2016, 2447 ss., con nota di VICOLI, *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri* in *Cass. pen.*, 2017, 60 ss., con note di PULITANÒ, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem* e FERRUA, *La Corte costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*. Si segnalano inoltre i commenti di FALCINELLI, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazionale-europeo*, in *questa Rivista*, 2017, 63 ss.; DINACCI, *Concorso formale di reati e ne bis in idem: conta l'identità o la diversità naturalistica del fatto?*, in *Studium Iuris*, 2016, 1297; LAVARINI, *Il fatto ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 60 ss.; PULITANÒ, *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1588 ss.

Corte costituzionale ha affermato (o meglio: riaffermato³) che affinché un secondo giudizio integri *bis in idem* è sufficiente che abbia a oggetto tutto e *solo* il fatto storico già coperto da un precedente giudicato. Ciò che bisogna guardare, per la Consulta, sembrerebbe essere esclusivamente l'elemento oggettivo del reato: la sequenza «*condotta, nesso causale, evento naturalistico* [d'ora in avanti, per meglio dire: l'evento storico, ndr⁴]⁵.

³ La rilevanza della sola «*dimensione storico-naturalistica*» del fatto ai fini dell'applicazione dell'art. 649 c. era già stata sancita da Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Donati, *cit.* Tuttavia, come segnalano gli stessi giudici della Consulta (Corte cost., 31 maggio-21 luglio 2016, n. 200, *cit.*, 2462), la giurisprudenza di legittimità successiva al 2005 ha ritenuto che il *dictum* delle Sezioni unite andasse circoscritto ai casi in cui il medesimo fatto storico fosse contestato secondo una qualificazione giuridica che configurasse un titolo di un reato *non* in concorso formale con quello precedentemente giudicato. Eloquente Cass., Sez. VI, 9 ottobre 2007, n. 1157, in *Mass. Uff.*, n. 238442: «*Il divieto di un secondo giudizio riguarda il fatto nella sua identità concreta, composta di elemento materiale (condotta) ed elemento soggettivo, indipendentemente dalla qualificazione giuridica, cioè dal titolo del reato, dal grado, cioè se sia tentato o consumato, e dalle circostanze (Sez. un., 28 giugno 2005 n. 34635, ric. G. in proc. Donati ed altro), ferma restando comunque la perseguibilità per il concorso formale (Cass., Sez. 4, 2 aprile 2004 n. 25305, ric. Aldini), che si differenzia dalla diversa qualificazione giuridica perché in questa il titolo di reato non è concorrente, bensì alternativo*».

⁴ Con l'espressione «*evento naturalistico*» i giudici delle leggi descrivono, all'interno del fatto «*nella [propria] dimensione empirica*», «*la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente*», v. Corte cost., n. 200 del 2016, *cit.*, 2459. L'interpretazione «autentica» fornita dallo stesso estensore chiarisce senza bisogno d'altro il significato della locuzione nelle intenzioni della Consulta, impiegata come sinonimo di «*evento storico*». A scanso di equivoci, occorre tuttavia segnalare che quasi sempre la dottrina ha impiegato la dicitura «*evento naturalistico*» per riferirsi all'evento come elemento costitutivo del reato, ovvero sia come concetto astratto. È evento «*naturalistico*» (o evento «*in senso naturalistico*») «*l'effetto naturale della condotta umana che è rilevante per la norma incriminatrice*» (ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, agg. a cura di CONTI, Milano, 2003, 229; v. anche, in termini pressoché identici, GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2014, vol. I, 236; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 188; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, 124). Ad esempio, «*evento naturalistico*» è l'elemento costitutivo «*morte di un uomo*» previsto dalla norma incriminatrice di cui all'art. 575 c. Esso è solitamente contrapposto al cd. «*evento giuridico*» (v. *infra*, sub nota 6). La Consulta definisce come «*evento naturalistico*» non l'elemento costitutivo «*morte di un uomo*» cagionato da una condotta umana della fattispecie astratta di omicidio ma l'accadimento concreto «*morte di Tizio*» cagionato dalla condotta di Caio. In questa sede, per evitare sinonimie potenzialmente fuorvianti, quando ci si riferirà a «*morte di Tizio*», ovvero sia alla «*modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente*», si impiegherà la dicitura «*evento storico*».

⁵ Corte cost., n. 200 del 2016, in *Giur. cost.*, *cit.*, 2462 e 2466. Naturalmente, nel concorso formale tra reati di mera condotta bisognerà guardare soltanto alla condotta, poiché è questa l'unica componente del fatto penalmente rilevante. Solo apparentemente più complessa la soluzione nell'ipotesi di concorso formale tra reato d'evento e reato di mera condotta. L'art. 649 c., infatti, vuole impedire che sia celebrato un processo per un fatto già giudicato e in questi casi si è in presenza di un'unica condotta materiale (rilevante per l'integrazione di entrambi i reati) che genera un unico evento storico (rilevante soltanto per l'integrazione del reato d'evento). Nel caso in cui sia giudicato prima il reato d'evento e poi quello

Dunque: ogniqualevolta contro la medesima persona sia mossa una nuova contestazione in cui sono dedotti una condotta, un nesso causale e un evento storico (o solo la medesima condotta, come nei casi appena descritti) già coperti da giudicato, l'azione penale andrebbe dichiarata improcedibile per violazione del divieto di *bis in idem* di cui all'art. 649, co. 1, c.p.p.

Irrilevante il resto: anche se mutano «*le considerazioni sugli interessi tutelati dalle norme incriminatrici, sui beni giuridici offesi, sulla natura giuridica dell'evento, sulle implicazioni penalistiche del fatto*»⁷, il fatto, ai fini dell'applicazione dell'art. 649, co. 1, c.p.p., rimane il medesimo.

La Consulta non bolla esplicitamente come irrilevante anche l'elemento soggettivo. Si cercherà di scoprire, all'esito del presente elaborato, se questa sia comunque una conclusione obbligata dalle argomentazioni contenute in motivazione.

A ogni buon conto, non va dimenticato che la costruzione dell'*idem factum* ivi proposta rimane pur sempre un *obiter dictum* della sentenza costituzionale, il quale, per quanto autorevole ne sia la fonte, a rigore non vincola il giudi-

di mera condotta, basterà guardare, ovviamente, soltanto all'identità della condotta materiale: solo questa potrà essere il «fatto» contestato nel secondo giudizio e risulterà già interamente valutato dal primo giudice che ha giudicato del reato d'evento. Se, all'opposto, è stato contestato per primo il reato di mera condotta, il secondo giudizio per il reato d'evento sfugge al divieto di *bis in idem* processuale: in esso si aggiunge un nuovo elemento della «triade» - l'evento storico - che non è mai stato giudicato in precedenza. Ovviamente, queste sono le ipotesi ordinarie, quelle in cui si dà per presupposto che il magistrato requirente contesti esclusivamente gli elementi del fatto rilevanti per l'integrazione del reato. Nel caso esaminato dalla Corte, invece, nella prima contestazione per maltrattamenti è stato dedotto l'evento storico, giuridicamente irrilevante ex art. 572, co. 1, c., delle lesioni lievi, sul quale pertanto si è formato giudicato (v. immediatamente *infra*, nel testo, e *sub* nota 10)

⁶ L'offesa al bene giuridico protetto da una norma incriminatrice è comunemente definita "evento giuridico". La commissione di qualunque reato provoca un evento giuridico, perché anche un reato di mera condotta offende un bene giuridico tutelato, così come anche il tentativo (o un reato di pericolo) offende il bene giuridico tutelato dalla norma penale, seppur non tramite lesione ma soltanto perché ne espone pericolo l'integrità. V. ANTOLISEI, *op. cit.*, 230-231; GALLO, *loc. ult. cit.*; MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, 188; PADOVANI, *op. cit.*, 125-126. In alcuni casi, la giurisprudenza di legittimità precedente alla sentenza costituzionale del 2016 ha valorizzato proprio la molteplicità degli eventi giuridici per negare che il divieto di *bis in idem* intervenisse in giudizi per reati in concorso formale con altri già precedentemente giudicati, sostenendo che «*non vi è alcuna preclusione processuale, derivante dal principio del ne bis in idem*» laddove sia «*accertata la sussistenza di una condotta criminosa che, benché unitaria, abbia leso beni aventi distinta oggettività giuridica e [debba] ritenersi sussistere un concorso formale eterogeneo di reati*», Cass., Sez. I, 24 gennaio 1995, n. 3354, in *Mass. Uff.*, n. 200695; v. anche Cass., Sez. III, 8 marzo 2016, n. 18494, in *Mass. Uff.*, n. 266942. Ritiene che con la sentenza n. 200 del 2016 la Consulta abbia decretato l'irrilevanza dell'evento cd. giuridico, FALCINELLI, *op. cit.*, 81

⁷ Corte cost., n. 200 del 2016, in *Giur. cost.*, cit., 2462

ce ordinario, né di merito né di legittimità⁸.

L'unica componente cogente della sentenza n. 200 del 2016 è il dispositivo, in cui, tramite dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale, la Consulta ha rimaneggiato l'art. 649, co. 1 c.p.p., restituendo una norma in forza della quale non è più concesso escludere «*che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale*»⁹.

Ebbene: a prima vista, la pronuncia qui in commento potrebbe apparire perfettamente compatibile con la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di cui sopra, se considerata isolatamente.

È d'uopo precisarlo: la Suprema Corte era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di un secondo giudizio, per lesioni lievi (art. 582, c.p., co. 1), nel quale era contestata esattamente la medesima triade «*condotta* [immobilizzazione seguita da schiaffi e pugni] - *nesso causale* - *evento storico* [lesioni lievi]» già giudicata all'esito di un precedente processo come frazione della condotta integrante il delitto di maltrattamenti (art. 572, co. 1, c.p.). Difatti, come rilevato dal difensore dell'imputato e riportato in sentenza, «*il capo di imputazione di condanna per il delitto di maltrattamenti riportava proprio le lesioni che l'imputato aveva provocato alla moglie e delle quali era stato chiamato nuovamente a rispondere nell'odierno processo*»¹⁰.

⁸ FERRUA, *La Corte costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, cit., 84

⁹ Corte cost., n. 200 del 2016, cit., 2466

¹⁰ La menzione delle lesioni come conseguenza dell'aggressione, poi rigiudicata, nella prima contestazione per maltrattamenti è superflua, quantomeno ai fini della sussistenza del fatto. Nondimeno, la circostanza che siano state contestate e già giudicate nel primo processo ne fa oggetto di giudicato. Pertanto, la triade schiaffi e pugni - nesso causale - lesione è stata interamente coperta dal giudicato formatosi in esito al primo giudizio. È bene precisare che il presente elaborato non si prefigge l'obiettivo di stabilire se e quando da una condanna per maltrattamenti possa scaturire la preclusione del giudicato per un giudizio per lesioni. Astrattamente, anzi, nulla impedisce che un episodio prima contestato come parte di una condotta di maltrattamenti sia poi rigiudicato come lesioni lievi o lievissime laddove l'evento della malattia nel corpo sia scoperto soltanto in seguito e sia contestato per la prima volta nel secondo giudizio. Più difficile la soluzione al problema opposto, laddove il giudizio per lesioni preceda quello per maltrattamenti. Si tratta di un problema che presuppone, intanto, la soluzione dell'annosa questione della qualificazione del delitto di maltrattamenti quale reato di mera condotta o quale reato d'evento (v. la sintesi del dibattito offerta da MONTICELLI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, *Parte speciale*, Torino, 651 ss. e

Dapprima, i giudici di legittimità negano che la fattispecie di lesioni lievi possa essere assorbita da quella di maltrattamenti¹¹, successivamente, distinguendosi dagli, ormai incostituzionali, orientamenti giurisprudenziali precedenti al 2016 (secondo i quali «*la preclusione di cui all'art. 649 c.p.p. non può essere invocata in caso si configuri un'ipotesi di concorso formale di reati*»¹²), non escludono che il fatto precedentemente giudicato a titolo di maltrattamenti e poi ricontestato a titolo di lesioni lievi sia il medesimo *solo* perché tra i due reati sussiste concorso formale.

Sintatticamente e formalmente, il dispositivo della sentenza costituzionale n. 200 del 2016 è rispettato.

Nelle prime battute delle proprie argomentazioni, la sentenza qui annotata lascerebbe sperare che da essa non emergano neppure profili d'incompatibilità sostanziale con le statuizioni della Consulta. Nel solco di

riferimenti ivi contenuti) e che, in seconda battuta, non può essere affrontato ignorando l'insegnamento di Cass., Sez. VI, 12 novembre 2014, n. 51212, in *Mass. Uff.*, n. 261319, secondo la quale «*in ragione della natura abituale del reato [di maltrattamenti], l'acquisizione di dati dimostrativi della presenza di ulteriori fatti rende retroattivamente rilevanti per la configurabilità della fattispecie precedenti comportamenti, anche se già oggetto di sentenza irrevocabile di assoluzione, con la conseguenza che un giudicato assolutorio su una parte dell'azione non è preclusivo di una nuova valutazione dei medesimi fatti storici, all'interno di un complesso di elementi analoghi, resi noti o intervenuti successivamente, idonei ad integrare il delitto per effetto dell'identità e reiterazione delle condotte*». In definitiva, è soltanto per un accidente (la – come si è detto – superflua deduzione delle lesioni nella prima contestazione per maltrattamenti) che il problema del *bis in idem* si è posto, nel caso di specie, tra il reato di maltrattamenti e quello di lesioni. Ciò che interessa invece valutare è se sia corretto, universalizzabile e costituzionalmente compatibile il principio di diritto, per il quale la condotta è identica soltanto se identica ne è anche la componente «soggettiva», enunciato dalla Suprema Corte per la soluzione del caso

¹¹ Conformemente alla giurisprudenza dominante, v. da ultime, Cass., Sez. III, 29 aprile 2015, n. 50208, in *Mass. Uff.*, n. 267283; Id., Sez. II, 13 dicembre 2012, n. 15571, *ivi*, n. 255780; Id., Sez. VI, 3 maggio 2011, n. 19700, *ivi*, n. 249799. Meno accordo sulla correttezza dell'assunto si registra in dottrina: a favore, COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, in *Enc. dir.*, XXV, 1975, 259-260, *contra* MONTICELLI, *op. cit.*, 674

¹² Si tratta di un automatismo che, come rammenta la Corte costituzionale, la giurisprudenza di legittimità ha «*ininterrottamente applicato dall'entrata in vigore dell'art. 90 del codice di procedura penale del 1930 fino ad oggi*», cfr. Corte cost., 31 maggio - 21 luglio 2016, n. 200, in *Giur. cost.*, cit., 2463. Si riporteranno, in aggiunta a quelle che saranno citate infra nel testo, soltanto le pronunce più recenti: Cass., Sez. III, 8 marzo 2016, Pepe e altro, in *Mass. Uff.*, n. 266942; Cass., sez. V, 20 gennaio 2016, n. 11918, Incalza, *ivi*, n. 266382; Id., Sez. III, 15 aprile 2009, Ferrarelli, *ivi*, n. 243908; Id., Sez. VI, 9 ottobre 2007, n. 1157, cit.; Id., Sez. IV, 2 aprile 2004, n. 25305, *ivi*, n. 228924. La tendenza era di escludere l'ammissibilità del secondo giudizio soltanto laddove il primo si fosse risolto con una sentenza di assoluzione per insussistenza del fatto o perché l'imputato non l'ha commesso, dato che in tal caso si sarebbe profilato un conflitto teorico tra giudicati, quale quello descritto all'art. 630, co. 1, lett. a), c.

altro precedente della IV sezione successivo al 2016¹³, la Suprema Corte esordisce ribadendo esplicitamente in premessa che il divieto di *bis in idem* interviene «nel caso in cui sussista l'identità del fatto storico, inteso sulla base della triade condotta - nesso causale - evento».

L'aggiunta decisiva e problematica viene dopo: è la precisazione per la quale, nel giudizio sull'identità del fatto, la condotta non andrebbe considerata soltanto nella propria dimensione «oggettiva», ovvero sia come «movimento del corpo percepibile dall'esterno», nella propria forma attiva (cd. azione)¹⁴, o come «il mancato compimento di un'azione che si ha l'obbligo giuridico [penalmente presidiato] di compiere» nella propria forma omissiva (cd. omissione)¹⁵. Essa, all'opposto, assumerebbe una conformazione bidimensionale, «oggettiva» e «soggettiva».

In breve: anche l'elemento soggettivo farebbe parte della condotta rilevante nella determinazione dell'*idem factum*.

Mettendo in pratica il postulato nella soluzione della questione loro devoluta, i giudici di legittimità statuiscano che affinché ricorra il divieto di *bis in idem* processuale tra reati dolosi, nella nuova contestazione, oltre al movimento corporeo, anche l'oggetto della volontà e della rappresentazione che tale attività hanno determinato deve essere identico, altrimenti il fatto si può considerare diverso.

Nel caso di reati dolosi in concorso formale (alla cui analisi ci si limiterà in questa sede¹⁶), perciò, se l'agente, pur autore di un'unica condotta materiale, si è rappresentato e ha voluto due diversi fatti di reato¹⁷ (i maltrattamenti e la lesione), sarà giudicabile due volte.

Si tratta di una conclusione concretamente (e non solo formalmente) conci-

¹³ Cass., Sez. IV, 24 ottobre 2017, n. 54986, Montagna, in *Mass. Uff.*, n. 271717

¹⁴ ANTOLISEI, *op. cit.*, 223; PADOVANI, *op. cit.*, 115. Parlano di «attività esteriore» MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, 184

¹⁵ Testualmente, MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, 212; in termini pressoché identici, ANTOLISEI, *op. cit.*, 227; cfr. PADOVANI, *op. cit.*, 117 ss.

¹⁶ Per le ragioni di cui si dirà *infra*, sub nota 29

¹⁷ È ovviamente indifferente che i due fatti di reato voluti siano diversi perché presentano gli elementi costitutivi di due diverse fattispecie incriminatrici (come nel caso di specie, dando luogo a concorso formale eterogeneo) o perché configurano plurime violazioni della stessa norma incriminatrice (cambiando soltanto l'oggetto materiale della condotta e delineandosi in tal caso un'ipotesi di concorso formale omogeneo)

liabile con la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. contenuta nella sentenza costituzionale n. 200 del 2016? Per scoprirlo, è necessario, preliminarmente, un passo indietro.

Con le argomentazioni appena riportate, la Suprema Corte parrebbe rispolverare, per applicarla al giudizio sull'*idem factum* doloso, la cd. concezione finalistica della condotta.

Si tratta – è bene ricordarlo – di una teoria diffusasi, poco prima della metà del secolo scorso, con lo scopo di individuare il concetto di condotta penalmente rilevante nell'ambito del diritto penale sostanziale, come risposta all'insoddisfazione per i limiti della cd. concezione naturalistica (che circoscrive il concetto di condotta alla dimensione “oggettiva”¹⁸).

La teoria finalistica della condotta è sintetizzabile nella formula welzeliana «*il dolo non compete alla colpevolezza, bensì alla fattispecie*»¹⁹. Esattamente quanto sostenuto dai giudici di legittimità nella pronuncia in commento.

Infine, nel passaggio logico successivo, la sentenza fa propria un'originale²⁰

¹⁸ V. *supra*, nota 14

¹⁹ MORSELLI, *Un breve bilancio fine-secolo sul finalismo e le sue prospettive di sviluppo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1319. La disputa su quale concetto di condotta (finalistica, naturalistica o normativa) meriti preferenza nella definizione della condotta penalmente rilevante è una delle questioni più affascinanti ma anche più complesse della dogmatica penale. Si tratta, per giunta, di argomento la cui trattazione esulerebbe dai fini del presente studio, il cui proposito – come si vedrà – non è (e sarebbe pretenzioso il contrario) stabilire quale teoria della condotta sia la più corretta in ambito sostanziale, bensì valutare se la teoria della condotta impiegata dalla Cassazione nella sentenza in commento sia validamente spendibile in sede processuale. Per una sintesi dei termini del problema e dell'evoluzione del dibattito in merito, G. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2014, 226-229; SPASARI, *Condotta (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961, 839-840; CARACCIOLI, *Condotta*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, 2-3; MARINI, *Condotta*, in *Dig. disc. pen.*, III, 1989, 15-18. Sebbene l'adagio testé citato ne isoli efficacemente il nucleo fondamentale, imponente e declinata in un ampio ventaglio di sotto-correnti si rivela anche la produzione scientifica dei fautori della cd. teoria finalistica. Oltre al classico di GALLO, *La teoria dell'azione “finalistica” nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1967, si indicano, per un riepilogo degli sviluppi più moderni della dottrina e per un'analisi critica della stessa, la sezione di approfondimento *La teoria finalistica oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 363 ss., con i contributi di MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*; FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*; PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, nonché il lavoro di MORSELLI citato all'inizio della nota

²⁰ Ad avviso di MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, Padova, 1959, 137-138, la proposta di BETTIOL e PETTOELLO MANTOVANI sarebbe singolare perché, a fronte di un panorama dottrinale che solitamente individua nel «*momento soggettivo*» il collante di più azioni materialmente distinte (come nel caso del reato continuato), questa corrente di pensiero si serva del momento soggettivo per dividere un'azione materialmente unica

applicazione della teoria finalistica, proposta da BETTIOL e PETTOELLO MANTOVANI²¹ per definire l'unicità dell'azione rilevante ai fini della disciplina del concorso formale di reati, fissata dall'art. 81, co. 1, c.p.

Per i due autorevoli Autori, l'unicità della condotta è data soltanto dall'unicità dell'atto esecutivo combinata all'«unicità dell'atto volitivo teleologicamente orientato»²²: in altri termini, la condotta è unica soltanto quando un unico processo esecutivo persegue la realizzazione di un unico fatto di reato.²³ Quando, al contrario, con un processo esecutivo unico l'agente si rappresenta e vuole la realizzazione di due o più fatti di reato, non si potrebbe parlare di azione singola.

²¹ BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, 694-697. Sarebbe limitativo, e lo si è fatto solo per esigenze di sintesi, ascrivere il pensiero degli Autori sic et simpliciter alla cd. corrente finalista. BETTIOL è invero riconosciuto come il padre del cd. teleologismo nello studio del diritto penale: trattasi di «un metodo scientifico, in base al quale non solo la interpretazione delle disposizioni di legge, ma anche la costruzione dogmatica, devono assumere come criterio di verità la corrispondenza agli scopi del diritto», PAGLIARO, *Teleologismo e finalismo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 32. Si tratta comunque di un pensiero che, come spiega dettagliatamente PAGLIARO presenta numerosi punti di contatto con il finalismo di WELZEL. al punto che lo stesso BETTIOL, nella prefazione alla seconda edizione di *Diritto penale*, non esclude che il suo sistema avrebbe in futuro potuto «essere riveduto sulla base di quel criterio finalistico proprio dell'agire umano» ed è possibile che il proposito non abbia avuto seguito soltanto per mancanza di tempo, PAGLIARO, *op. cit.*, 31 e 39. Per quanto qui interessa, pur variando le premesse, le conclusioni cui perviene BETTIOL paiono riconducibili a una teoria fondamentalmente finalistica della condotta: essa «è un concetto che deve essere esaminato unitariamente in base a criteri di valore che non permettono di prescindere da un elemento finalistico: solo chi opera per fini coscienti compie un'azione nel vero senso della parola», BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI, *op. cit.*, 283-284

²² *Idem*, 689 e 695

²³ Parleremo di «fatto di reato» e non di «evento», perché BETTIOL e PETTOELLO MANTOVANI (*op. cit.*, 508) esplicitamente descrivono il dolo – e quindi, se ne desume, l'atto volitivo – come «consapevolezza e volontarietà del fatto lesivo» e non del solo «evento», di modo che la definizione possa ricomprendere anche il dolo nei reati di mera condotta. Per giunta, nonostante non lo dichiarino esplicitamente, tutto lascia pensare che BETTIOL e PETTOELLO MANTOVANI ritengano che la condotta sia duplice anche quando, attuando un unico processo esecutivo, l'agente intenda realizzare gli estremi di due reati di mera condotta. Gli A.A. ravvisano due condotte distinte nel caso di concorso formale tra il delitto di soppressione, distruzione e occultamento di atti veri (art. 490 c.) e quello di furto (art. 624 c.), entrambi reati di mera condotta: «anche qui, infatti, la determinazione non è unica ma plurima: sembra che l'agente si determini solo ad una sottrazione, ma in realtà egli agisce per un verso col fine di trarre profitto, per l'altro col fine di eliminare un mezzo di prova», BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI, *op. cit.*, 696. È ragionevole pensare che, nelle pur non adamantine intenzioni degli Autori, i due fini non debbano essere necessariamente tipizzati dalla norma incriminatrice in quanto oggetto di dolo specifico. Dei due menzionati nell'esempio, infatti, reato a dolo specifico è solo il furto e non anche (se si eccettua la fattispecie avente a oggetto scritture private, ignorata dagli Autori) il delitto di cui all'art. 490 nella formulazione vigente al tempo in cui l'opera è stata scritta e precedente alla modifica intervenuta a opera del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7

Si tratta di una dottrina che, come avvertono gli stessi BETTIOL e PETTOELLO MANTOVANI, se applicata a rigore nega sempre che nel concorso formale sia possibile ravvisare un'unica condotta²⁴. Unico, nel concorso formale, è solo il processo esecutivo, sempre duplice (o molteplice) il momento volitivo e quindi sempre due (o più) sarebbero le condotte²⁵.

Poiché il «fatto» di cui all'art. 649, co. 1, c.p.p. si compone *sempre* della condotta (oltre che, eventualmente, anche di evento e nesso causale), se si riproduce in campo processuale una nozione di condotta per la quale essa non è mai unica in caso di concorso formale tra reati dolosi, conseguentemente neppure il fatto risulterà mai unico in tale ipotesi.

Pur in presenza di un singolo movimento corporeo dell'agente, le condotte e i fatti "diversi" saranno tanti quante sono le diverse intenzioni che gli sono attribuibili e ogni fatto considerato "diverso" è – banalmente – un fatto sottratto al divieto di *bis in idem*, quindi suscettibile di un nuovo giudizio.

Il divieto di *bis in idem*, in definitiva, non troverebbe *mai* applicazione tra giudizi per reati dolosi in concorso formale.

Restando nell'ambito dei reati dolosi, si tratta degli stessi esiti decisorii cui perveniva, applicando il criterio dell'*idem* legale, la giurisprudenza di legittimità prima del 2016 e che sono stati censurati dalla Corte costituzionale. Giusto due esempi²⁶.

Cass., sez. I, 18 maggio 2004, n. 27717²⁷ ha ritenuto che l'unico fatto storico dell'incendio (poi non divampato) di liquido infiammabile sparso attraverso le fessure della porta d'ingresso e degli infissi della persona offesa potesse essere

²⁴ *Idem*, 695 e 696

²⁵ *Ibidem*. Va segnalato che i due Autori dichiarano espressamente di riprendere – completandola – la nozione di unicità dell'azione già elaborata da DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 203-204. Neppure DELITALA, per quanto sicuramente recepisca dei contenuti comuni alla teoria finalistica, può essere considerato un finalista. Egli piuttosto è stato il maggior artefice del recepimento, in Italia, della sistematica tripartita del reato, di cui la teoria finalistica è considerata una variante «*particolarmente significativa*», v. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2013, 62-65

²⁶ Oltre a quelle citate in nota 12, per una nutrita rassegna di altre sentenze di legittimità, precedenti al 2016, nelle quali si è ritenuto che il divieto di *bis in idem* non operasse tra due giudizi soltanto perché aventi a oggetto reati in concorso formale, si rimanda all'ordinanza di rimessione con la quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale poi accolta dalla sentenza n. 200 del 2016: Trib. Torino, Ufficio G.i.p., ord. 24 luglio 2015, in *G.U., serie spec. - Corte costituzionale*, n. 42 del 2018, 213-215. Per un commento dell'ordinanza, SCARONA, *Ancora sul caso Eternit: la giustizia e il sacrificio dei diritti*, in *questa Rivista*, 2015, 877 ss.

²⁷ In *Mass. Uff.*, n. 228724

giudicato due volte, prima contestato e definitivamente addebitato come tentativo d'incendio (artt. 56 e 423 c.p.) e poi come tentativo di omicidio (artt. 56 e 575 c.p.), semplicemente perché «*non vi è preclusione nell'ipotesi di concorso formale di reati*».

Ragionando come la sentenza commentata, invece, premesse diverse ma conclusione identica: il secondo giudizio potrebbe ritenersi parimenti valido per diversità del fatto storico, giacché sarebbe possibile «*distinguere la condotta* [del tentato incendio da quella di tentato omicidio] *sotto il profilo dell'elemento soggettivo (rinvenendo l'intenzione* [sia di incendiare la cosa altrui, sia di uccidere la vittima])».

Cass., sez. I, 24 gennaio 1995, n. 3354²⁸ ha arguito che, benché la condotta fosse «*unitaria*», una singola aggressione a un pubblico ufficiale fosse giudicabile in due distinti processi, uno per resistenza a pubblico ufficiale e l'altro per tentato omicidio perché i due reati, in concorso formale, presentano diversa «*oggettività giuridica*».

Chi usasse come precedente la sentenza commentata giungerebbe alle stesse conclusioni, ritenendo che le condotte e i fatti giudicati si sottraggano al divieto di cui all'art. 649, co. 1, c.p.p. perché non autenticamente identici ma distinguibili «*sotto il profilo dell'elemento soggettivo*», essendo possibile rinvenire sia l'intenzione di applicare violenza a un pubblico ufficiale per sottrarsi a un atto d'ufficio, sia l'intenzione (o l'accettazione del rischio) di cagionare il decesso della persona offesa.

L'unica differenza tra le conseguenze derivanti dall'impiego del criterio dell'*idem legale* e quelle cui conducono le statuizioni che si possono ricavare dalla sentenza in commento è che, mentre con il criterio dell'*idem legale* a essere sottratte dal divieto di *bis in idem* erano tutte le ipotesi di concorso formale, anche quelle di concorso tra reati colposi o tra reato colposo e doloso, il recepimento della concezione di unità della condotta proposta da BETTIOL e PETTOELLO MANTOVANI circoscriverebbe l'inoperatività del divieto alla sola area del concorso tra reati dolosi²⁹.

²⁸ In *Mass. Uff.*, n. 200695.

²⁹ Il lettore più attento potrebbe fondatamente dubitare che la sentenza annotata sottragga al divieto di *bis in idem* soltanto il concorso formale tra reati dolosi e non anche quello tra reati colposi. I giudici di legittimità sostengono, infatti, che l'identità del fatto cada quando è possibile distinguere la condotta,

Basta questa distinzione a ritenere il principio di diritto ricavabile dalla pronuncia annotata compatibile con l'insegnamento della sentenza costituzionale n. 200 del 2016 e, quindi, costituzionalmente legittimo? O siamo ancora nell'ambito di una mera compatibilità formale tra le due decisioni? Dacché l'art. 42, co. 2, c.p. sancisce che il dolo è la normale condizione di rimproverabilità dei delitti e che la possibilità di rimprovero per colpa o per preterintenzione è solo un'eccezione che dev'essere «*espressamente preveduta*» nelle singole disposizioni di parte speciale³⁰, disinnescare il divieto di *bis in idem* in tutta l'area del concorso formale tra reati dolosi significherebbe neutralizzare la portata del divieto nel campo d'elezione del concorso formale. Si rivela allora necessario proseguire nell'analisi, sia del metodo sia del merito, delle argomentazioni svolte dalla Suprema Corte.

3. Un primo rilievo: un errore di metodo? Dalle argomentazioni della Cassazione parrebbe trapelare, intanto, un errore di metodo, in assenza del quale difficilmente si sarebbe giunti a questo risultato. Senza fornire particolari giustificazioni della propria scelta, i giudici di legittimità hanno voluto applicare, nella definizione del fatto *processualmente* giudicabile ex art. 649, co. 1, c.p.p. una nozione di condotta che la dottrina sostanzialistica ha elaborato per definire il fatto illecito *penalmente* rilevante. Benché abbiano lo stesso oggetto, la condotta, si tratta di concetti infungibili.

Non tutte le condotte processualmente giudicabili sono anche penalmente

semplicemente, «*sotto il profilo dell'elemento soggettivo*», espressione idonea a ricomprendere tanto la contestazione di nuovi momenti rappresentativi e volitivi quanto la contestazione di nuovi profili di colpa. Se non è stata considerata una simile lettura della sentenza è – a torto o a ragione – per tre motivi. Il primo, il proposito di attenersi strettamente al *decisum* su un “concorso tra intenzioni” la Suprema Corte era chiamata a pronunciarsi e del concorso tra intenzioni ha deciso che può essere causa di uno sdoppiamento della condotta. Le argomentazioni non brillano per chiarezza e, forse, sono eccessivamente stringate, meglio non inferire conclusioni fuori dal nucleo inequivocabile: *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Secondo: se si esclude che i giudici di legittimità abbiano inteso coniare una nuova teoria della condotta, la proposta dottrinale cui paiono essersi ispirati è stata concepita, meditata e foggata esclusivamente sul reato doloso (e questo è una delle critiche mosse a BETTIOL e PETTOELLO MANTOVANI, v. ROMANO, *pre-art. 71*, in *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2004, I, 727). Terzo motivo, ultimo ma prevalente: per sostenere in termini tanto laconici l'esclusione anche del concorso formale tra reati colposi dall'ambito di operatività dell'art. 649, co 1, c., la Suprema Corte avrebbe dovuto ignorare la sentenza costituzionale del 2016 (perché l'approdo sarebbe esattamente coincidente allo stato della giurisprudenza precedente, su cui è intervenuta la dichiarazione d'illegittimità costituzionale) e questa, trattandosi della Cassazione, è un'ipotesi da scartare a priori

³⁰ Cfr., BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI, *op. cit.*, 503-504

rilevanti. *Ex multis*, la condotta che poi si scopre essere stata determinata da minaccia altrui (art. 54, co. 3, c.p.) o, più in generale, la condotta eseguita in assenza di capacità di intendere e di volere (art. 85 c.p.) sono due esempi lampanti di condotte giudicabili (perché ben possono costituire oggetto di accertamento processuale) ma penalmente irrilevanti (perché non configurano alcun reato).

Di converso, ed è ciò che interessa maggiormente in questa sede, non tutte le condotte penalmente rilevanti devono essere necessariamente anche giudicabili.

In un'ottica di bilanciamento tra interessi contrapposti, l'ordinamento può individuare determinati valori, parecchio elevati, capaci di sottrarre un reato all'accertamento processuale. Esempi paradigmatici: se la querela non è proposta o è proposta oltre la scadenza dei termini di cui all'art. 124 c.p., l'ordinamento sottrae deliberatamente all'accertamento processuale il reato, pur perfetto, procedibile a querela, così come, in forza del disposto dell'art. 343 c.p.p., è destinato a non essere mai processato il reato compiuto dal parlamentare per il quale non sia stata concessa autorizzazione a procedere.³¹

Tanto vale anche per i reati in concorso formale. Già nella sentenza n. 200 del 2016, con encomiabile discernimento, la Consulta ha sì riconosciuto, da un lato, che «*sul piano delle opzioni di politica criminale dello Stato, è ben possibile [...] che un'unica azione o omissione infranga, in base alla valutazione normativa dell'ordinamento, diverse disposizioni penali, alle quali corrisponde un autonomo disvalore che il legislatore, nei limiti della discrezionalità di cui dispone, reputa opportuno riflettere nella molteplicità dei corrispondenti reati e sanzionare attraverso le relative pene [...] per quanto il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico*».

Dall'altro, ha tuttavia puntualizzato che il concorso formale resta un istituto «*di diritto sostanziale*» e in tale ambito esaurisce la propria funzione. «*La cir-*

³¹ Per una sintesi delle varie opinioni circa l'individuazione dei valori che subordinano a querela la procedibilità di alcuni illeciti penali, v. DINACCI, *Querela*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, 39-42. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino, 2017, 307 e 340 individua nell'esigenza di proteggere il parlamentare da «*interventi dell'Autorità giudiziaria di tipo persecutorio*» il fine dell'istituto dell'autorizzazione a procedere per i parlamentari di cui all'art. 68, co. 2, Cost., mentre nell'esigenza di proteggere il ministro da azioni penali per fatti commessi nel perseguimento d'interesse pubblico la *ratio* dell'autorizzazione a procedere per i reati commessi dai ministri nell'esercizio delle loro funzioni di cui all'art. 96 Cost.

costanza che i reati concorrano formalmente non [dovrebbe] interferire con l'area coperta dal portato normativo dell'art. 649 cod. proc. pen. Quest'ultima dovrebbe, al contrario, essere determinata esclusivamente dalla formazione di un giudicato sul medesimo fatto, sia che esso costituisca un solo reato, sia che integri plurime fattispecie delittuose realizzate con un'unica azione od omissione».

Dando attuazione ai suddetti principi: è sì legittima (e non spetta al processualista stabilire se debba esser preferita alle dottrine alternative) una teoria della condotta che, nell'ambito del diritto penale sostanziale, ravvisa nel concorso formale di reati due distinte condotte penalmente rilevanti (e non una sola condotta che integra gli estremi di due reati³²), perché, sebbene sia unico il processo esecutivo, duplice è l'intenzione che l'ha animato³³.

Sembra, però, errato decontestualizzare tale idea, per trasporla *sic et simpliciter* nel campo del diritto processuale penale e impiegarla per giungere alla conclusione che, nel caso di concorso formale, entrambe le azioni penalmente rilevanti così individuate debbano sempre essere oggetto di accertamento processuale, anche a costo di instaurare due distinti processi aventi a oggetto la medesima condotta materiale, il medesimo «*movimento corporeo tangibile dall'esterno*».

³² Come ricorda MORO, *op. cit.*, 138, non è necessario presupporre che nel concorso formale siano distinguibili molteplici condotte per riconoscervi molteplici reati. Quella di reato, infatti, altro non è che la qualificazione giuridica di un fatto storico, in ragione della sussumibilità dello stesso entro una determinata fattispecie astratta incriminatrice. Nulla impedisce che un singolo fatto o atto storico, nonché – per quanto interessa – una singola condotta umana, integri gli estremi di due diverse fattispecie astratte, come parrebbe peraltro agevolmente evincibile dal testo dello stesso art. 81, co. 1, c.p., il quale disciplina il trattamento sanzionatorio di chi «*con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge*». Conformemente, MUSOTTO, *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1981, 336.

³³ Non si ricorre alla formula dubitativa tanto per manifestare le perplessità di chi scrive, quanto per dare atto che la costruzione del concetto di condotta proposta da BETTIOL e PETTOELLO MANTOVANI è avversata da numerosi A.A. Ne contestano l'applicazione allo studio dell'unità dell'azione o dell'omissione rilevante ex art. 81, co.1, c.: MORO, *op. cit.*, 137 ss. (il quale ne produce una compiuta critica punto per punto); MUSOTTO, *op. cit.*, 342-343 e ZAGREBELSKY, *Concorso di reati e reato continuato*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di Vassalli, Milano, 1986, 88. In questa sede ci si sente di aderire sia agli appunti di stampo “utilitaristico” mossi da MORO e MUSOTTO e riportati nella nota precedente, sia a un'ulteriore osservazione avanzata da MUSOTTO (*op. cit.*, 338), il quale invita a non ridurre il concetto di “determinazione” in quello di “dolo”: per l'A. è ben possibile che l'agente con una determinazione unica decida di compiere più reati (assommando, quindi, una pluralità di “doli”)

4. *Un problema di incongruenza teleologica.* Naturalmente, non è soltanto il rilievo di un errore di metodo che può indurre a ritenere erronee, perché non conformi a Costituzione, le conclusioni cui giunge la pronuncia annotata. D'altronde, si può constatare – e non è cosa da poco – che, intanto, l'errore qui supposto non induce a conclusioni inconciliabili con il testo della legge processuale ordinaria.

Una concezione della condotta comprensiva dell'interno psichico – stante la quale la contestazione di nuove e ulteriori rappresentazioni e intenzioni che hanno ispirato il medesimo «*movimento corporeo*» non sarebbe *bis in idem* – infatti non contrasta necessariamente col significato letterale dell'art. 649 co. 1, c.p.p.

La disposizione in parola proibisce un nuovo giudizio sul «*medesimo fatto*» anche se questo è diversamente considerato «*per il titolo*», ovverosia laddove ne muti la qualificazione giuridica.

La dottrina prevalente include nelle variazioni di titolo irrilevanti ai fini dell'operatività del divieto di *bis in idem* anche le mutazioni della qualificazione giuridica dovute alla contestazione di un diverso o – come nel caso che interessa a noi – nuovo elemento soggettivo.³⁴ Per quanto autorevolmente sostenuta, la conclusione appare troppo affrettata, perché sbrigativa è l'equiparazione di tutte le forme dell'elemento soggettivo ai cd. elementi normativi (ad es., la qualifica di pubblico ufficiale o l'altruità della cosa) e ai presupposti del fatto³⁵, sulla scorta della considerazione che, al pari del variare di presupposti o elementi meramente normativi, «*il mutamento dell'elemento psicologico non sposta l'identità [della condotta]*»³⁶.

Tale assimilazione può valere esclusivamente per il mutamento dei profili di colpa contestati (ad es., negligenza al posto dell'imperizia), poiché quello della colpa è un giudizio meramente normativo³⁷.

Ma, com'è stato altrettanto autorevolmente sostenuto, la rappresentazione e

³⁴ LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1988, 738; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2017, 821; CAPRIOLI, VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, 85 e 89.

³⁵ Le situazioni di fatto o giuridiche che, nell'economia della fattispecie, preesistono alla condotta, ANTONISEL, *op. cit.*, 216-217; MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, 187; PADOVANI, *ult. op. cit.*, 123-124.

³⁶ LEONE, *loc. ult. cit.*

³⁷ MANTOVANI, *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, II, 300; MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, 313.

la volizione (nella forma dell'intenzione o dell'accettazione) di un fatto all'interno della mente di un uomo, sebbene rimangano nella sua coscienza, sono anch'essi, da un punto di vista «*generale o filosofico*» condotta, perché tale è ogni «*comportamento dell'uomo che abbia il suo principio nel soggetto, [ivi compresi] desideri, propositi o volizioni*»³⁸.

La causa per la quale il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte non può ritenersi compatibile con la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. del 2016 è, invece, teleologica. I giudici di legittimità, quando affermano che la contestazione di un'intenzione soggettiva ulteriore rispetto a quella già giudicata legittima un nuovo giudizio sulla medesima condotta materiale, non tengono in debita considerazione le finalità cui l'art. 649 c.p.p. dovrebbe obbedire secondo le motivazioni della Consulta, perché imposte dalla Costituzione e dall'art. 4, Prot. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti, C.E.D.U.)³⁹.

I giudici costituzionali hanno statuito che il giudizio «*sulla medesimezza dell'accadimento storico*» dev'essere «*obiettivo*» e per esserlo dev'essere immune «*da considerazioni sottratte alla certezza della dimensione empirica, così come accertata nel primo giudizio*»⁴⁰.

Nonostante l'infelice scelta lessicale, è indubbio che con la locuzione «*dimensione empirica*» la Corte costituzionale intendesse riferirsi alla componente materiale, tangibile (se si vuole, *fenomenica*) del fatto, e quindi della condotta, perché solo questa può essere veicolo di «*certezza*».

Alla dimostrazione della sussistenza di ciò che è immateriale, infatti, il giudice perviene sempre innestando proprie valutazioni sulle circostanze del fatto storico tangibile. Si tratta di un giudizio soggettivo, come tale incompatibile con l'obiettività che – come pretendono la Costituzione e la C.E.D.U, secondo la Consulta⁴¹ – deve contrassegnare il giudizio sull'*idem factum* per evitare che il consociato sia soggetto alla reiterazione di «*più iniziative punitive* [per lo stesso fatto materiale, ndr], *se non pretestuose, comunque tali da porre peren-*

³⁸ ANTOLISEI, *op. cit.*, 220

³⁹ Per l'attribuzione di rilevanza – anche – costituzionale interna al principio del *ne bis in idem*, Corte cost., 31 maggio - 21 luglio 2016, n. 200, in *Giur. cost.*, cit., 2460-2461

⁴⁰ *Idem*, 2461-2462

⁴¹ *Idem*, 2462

nemente in soggezione l'individuo di fronte a una tra le più penetranti e invasive manifestazioni del potere sovrano dello Stato-apparato»⁴².

Con la sentenza n. 200 del 2016 la Corte costituzionale ha avallato il pensiero della dottrina dominante, per la quale il *ne bis in idem* è «un espediente pratico che sottrae il singolo a una teoricamente illimitata possibilità di persecuzione penale e, quindi, all'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo»⁴³, così rivelandosi anche utile strumento di salvaguardia dell'«equilibrio sociopsichico collettivo»⁴⁴.

Sia concesso aggiungere una tautologia chiarificatrice. Il *ne bis in idem* di cui all'art. 649, co. 1, c.p.p. riconosce – banalmente – il diritto del consociato a non essere giudicato due volte per lo stesso fatto⁴⁵, in termini ancora più spicci: il diritto a che la magistratura (requirente o giudicante) non possa *valutare* due o più volte a suo carico il fatto per il quale è già stato condannato o assolto. Soltanto se il consociato è certo che i fatti per i quali è stato già giudicato una prima volta non saranno più valutabili a suo carico da parte dell'Autorità, la società non si sente ostaggio del potere giudiziario⁴⁶.

È accogliendo questa idea del *ne bis in idem* che la Consulta ha negato che la contestazione di un'ulteriore qualificazione giuridica o della lesione di un ulteriore bene giuridico possa legittimare un secondo giudizio sul medesimo fatto storico. Perché tali ulteriori deduzioni altro non sono che il risultato di nuove e diverse valutazioni soggettive e «*sempre opinabili*»⁴⁷ del medesimo fatto, proibite alla magistratura una volta che quel fatto sia stato coperto da

⁴² *Idem*, 2461-2462

⁴³ DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 90, n. 34. Conformemente, LOZZI, *op. cit.*, 812. CERESA-GASTALDO, *Esecuzione*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Bargis, Padova, 2018, 1032 rimarca la differenza tra la funzione di tutela prettamente soggettiva assolta dal divieto di doppio giudizio nel processo penale e quella rinvenibile nell'effetto preclusivo di un secondo giudizio del giudicato civile ricavabile dall'art. 2909 c.c., maggiormente orientata alla soddisfazione di esigenze di economia e certezza processuale

⁴⁴ Efficacemente, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 1205. Soffermano l'attenzione sulle esigenze di garanzia della certezza del diritto e della stabilità (quantomeno *contra reum*) dell'accertamento contenuto nella sentenza penale anche GIOVENE, *Giudicato*, in *Dig. Pen.*, V, 1991, 424-427 e RANALDI, F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *questa Rivista*, 2017, 114

⁴⁵ BISCARDI, *Ne bis in idem tra Costituzione e fonti europee*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F. R. Dinacci, Milano, 2010, 541-542

⁴⁶ V. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, Laterza, 1985, 604 s.

⁴⁷ Corte cost., n. 200 del 2016, cit., 2462

giudicato⁴⁸.

Un nuovo evento storico si scopre (e perciò secondo la Consulta la contestazione di un nuovo evento quale conseguenza di una condotta già giudicata non infrange il divieto di *bis in idem*), una nuova qualificazione giuridica si valuta.

Come rilevato all'inizio, la sentenza n. 200 del 2016 non esclude *expressis verbis* il dolo dagli elementi la cui mutazione è irrilevante ai fini del giudizio sull'*idem factum*.

In quanto pensieri di un individuo, però, rappresentazione e volizione sono sì comportamenti umani ma, poiché meramente interni, restano immateriali, intangibili: non «*empirici*».

Poiché non sono ancora disponibili strumenti d'indagine neurologica retrospettiva, è adagio solidamente radicato tanto sui libri di teoria⁴⁹ quanto nelle aule di giustizia⁵⁰, che, salvi i casi in cui è resa confessione, la struttura, l'intensità e la sussistenza stessa del dolo (al pari del giudizio sulla natura della colpa o sull'esistenza di una previsione) si ricavano dall'applicazione di inferenze logiche e massime d'esperienza alle circostanze del fatto materiale. Un giudizio, in definitiva, *opinabile*. Se, dopo che un primo giudice ha rilevato nell'aggressione del convivente che colpisce la vittima con schiaffi e pugni cagionandole lesioni lievi la sola intenzione di maltrattarla, un secondo giudice vi ravvisa anche l'intenzione di ferirla, lo fa esclusivamente all'esito di una rivalutazione soggettiva del medesimo fatto «*empirico*».

Queste, almeno attualmente, le ragioni che inducono a escludere il dolo (*rectius*, l'identità e l'unicità del dolo) dai requisiti dell'*idem factum* rilevante *ex art. 649, co. 1, c.p.p.* e a negare che, in caso di concorso formale, tante siano le condotte giudicabili in processi diversi quante sono le intenzioni che hanno animato l'unico agire materialmente percepibile.

Non si tratta di ragioni ontologiche, perché anche rappresentazione e volizione sono atti umani come lo è un movimento corporeo e non meri giudizi

⁴⁸ La dottrina parla del giudicato come «*causa di estinzione dell'azione penale*», LEONE, *op. cit.*, 736

⁴⁹ Per tutti, MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 309-312 e la minuziosa analisi di IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 464 ss.

⁵⁰ Cass., Sez. VI, 6 aprile 2011, Monghini, in *Mass. Uff.*, n. 250007; Id., Sez. I, 6 giugno 1989, Caldarelli, *ivz*, n. 183444; Id., Sez. I, 2 giugno 1989, Della Pasqua, *ivz*, n. 183440.

normativi. Sono ragioni teleologiche⁵¹: un'interpretazione della locuzione «*medesimo fatto*» comprensiva del dolo contrasterebbe con i fini che il legislatore persegue (anzi, che deve perseguire perché imposti da Costituzione e C.E.D.U stante l'interpretazione che ne offre la Corte costituzionale) con l'art. 649, co. 1, c.p.p.

Il processo penale contemporaneo, accusatorio e garantista, non può permettersi di alimentare il bulimico appetito inquisitorio che «*tende all'infinito*» anche nell'«*esplorazione della psiche*»⁵².

Basti pensare a quali sarebbero le conseguenze in termini di quiete sociale se la persona, già assolta o condannata per un fatto ascrittale durante un processo penale, non potesse maturare alcuna certezza riguardo alla definitività del riconoscimento della propria innocenza o della responsabilità per un solo reato perché un nuovo – o lo stesso – magistrato d'accusa potrebbe sempre rivalutare gli stessi elementi fattuali per i quali è stata già giudicata, attribuendo alla sua condotta una nuova e ulteriore intenzione oltre a quella già contestata, come nel caso deciso dalla Suprema Corte.

Dal lato opposto, proprio perché la prova della sussistenza del dolo si ricava dalle circostanze materiali della vicenda concreta, sulla carta, una volta ricostruito il fatto materiale, un magistrato d'accusa diligente disporrebbe di tutti gli elementi necessari a desumerne correttamente l'elemento psicologico, sia che esso sia unico, sia che esso sia molteplice.

Le ulteriori, o le diverse, intenzioni ascrivibili all'imputato, anche se non fossero «*dedotte*» sarebbero «*deducibili*»⁵³.

Se si vuole obbedire all'insegnamento della sentenza costituzionale n. 200 del 2016, fin quando la prova del dolo sarà raggiunta prevalentemente⁵⁴ per mez-

⁵¹ Sull'argomento teleologico, inteso come «*dell'ipotesi del legislatore provvisto di fini*», v. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di Cicu, Messineo, Milano, 1980, vol. I, tomo II, 370-371. In questo caso, il fine non è supposto, bensì imposto dalla Costituzione e della CEDU: l'argomento si salda con le esigenze di un'interpretazione conforme alle fonti sovraordinate alla legge processuale penale.

⁵² CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1202.

⁵³ V. CORDERO, *ult. op. cit.*, 1206.

⁵⁴ Restano fuori, infatti, i casi in cui la prova del dolo è fornita direttamente dall'imputato, ad esempio tramite dichiarazioni confessorie rese, più o meno intenzionalmente (presentandosi all'Autorità o in una conversazione intercettata, per esempio), successivamente al passaggio in giudicato della sentenza. Si tratta di ipotesi che, ai fini che qui interessano, appaiono marginali (è assai improbabile che un imputato confessi un reato che non ha commesso).

zo di massime d'esperienza o inferenze logiche (e quindi un "nuovo dolo" sarà contestabile e addebitabile tramite una mera rivalutazione soggettiva da parte della magistratura del fatto materiale per il quale è l'imputato è stato già giudicato), le finalità cui è ordinato il divieto di *bis in idem* impediscono di accogliere, tra i requisiti dell'identità e dell'unicità dell'*idem factum* rilevante ex art. 649, co. 1, c.p.p., l'identità e/o l'unicità del dolo, come invece vorrebbe la sentenza in commento.

Ecco perché, inoltre, ai sensi dell'art. 3 Cost., sarebbe irragionevole distinguere tra dolo e colpa quali requisiti di identità del fatto di cui all'art. 649, co. 1, c.p.p.: entrambi gli elementi soggettivi, a oggi, sono addebitati sulla base di una valutazione dei fatti, per quanto diversa nei parametri sostanziali pur sempre personale, del giudice⁵⁵.

Ma non è detto che sarà sempre così. Poiché rappresentazione e volizione sono comunque atti umani, quando e se mai i progressi nelle discipline delle neuroscienze permetteranno di raggiungerne la prova attraverso strumenti scientifici⁵⁶, e per ciò stesso obiettivi, la questione potrebbe riaprirsi. Semplicemente, quel giorno non è ancora arrivato.

JACOPO EPIFANI

tato definitivamente prosciolto per un delitto ascrittogli confessi solo successivamente la propria responsabilità) ma parecchio problematiche. Non troppi anni orsono, ha destato scalpore nell'opinione pubblica il caso di un uomo, assolto dall'accusa di aver ucciso l'ex moglie, che solo successivamente al passaggio in giudicato della sentenza ha reso piena confessione della propria responsabilità, FERRARELLA, *La giustizia bussa due volte*, Milano, 2014, in lettura.corriere.it/debates/la-giustizia-bussa-due-volte/

⁵⁵ Il controllo della ragionevolezza di una differenza di disciplina tra due fattispecie, e quindi la conformità della distinzione all'art. 3 Cost., ha quale primo necessario passaggio la verifica della rispondenza di tale distinzione al fine perseguito dalla disposizione ordinaria, v. G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 111-112

⁵⁶ Sul punto v. BASILE, VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, IV, 283-284