

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

1/2025

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Dèsirèe Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Dario Albanese, Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Patrizia Brambilla, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Elisa Grisonich, Alessandro Malacarne, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Pontepino, Sara Prandi, Tommaso Trinchera.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

**EFFETTI PRECLUSIVI DELL'ARCHIVIAZIONE QUALE LIMITE AL
POTERE DEL PUBBLICO MINISTERO DI FRAZIONARE LA
CONTESTAZIONE NEI REATI PERMANENTI.
RIFLESSIONI A MARGINE DI CORTE DEI CONTI 282/2023**

Corte dei conti, Sezione II Giurisdizionale Centrale d'Appello, depositata il 13 ottobre 2023, n. 282, Pres. Loreto, rel. Chesta, – PM Beltrame (conclusioni difformi), Riforma sentenza 23 marzo 2022, n. 49

di Federico Messuti

Il presente contributo mira ad esaminare il tema degli effetti preclusivi dell'archiviazione, indagandone il possibile ruolo quale limite al potere del pubblico ministero di frazionare la contestazione nei reati permanenti. La riflessione prende avvio dalla sentenza n. 282/2023 della Corte dei conti, che ha dichiarato inammissibile, per violazione del principio di unicità dell'azione, un atto di citazione emanato dopo che, in relazione ad un diverso segmento temporale della medesima vicenda, era stata disposta l'archiviazione. La decisione offre lo spunto per riflettere sull'equilibrio tra obbligatorietà dell'azione e divieto di abuso del processo da parte del pubblico ministero, con particolare attenzione alla rilevanza della preclusione come strumento di garanzia contro il frazionamento arbitrario delle contestazioni. L'articolo esplora la possibile trasposizione di tali principi al diritto processuale penale, concentrandosi in primo luogo sull'art. 414 c.p.p., letto quale ulteriore manifestazione del divieto di bis in idem. Particolare attenzione è poi dedicata alle problematiche sollevate dal frazionamento delle contestazioni nei reati permanenti, con l'obiettivo di proporre soluzioni che armonizzino le esigenze dell'accertamento dei crimini con il rispetto delle garanzie difensive. Attraverso un confronto interdisciplinare tra il sistema processuale per responsabilità erariale e quello penale, il lavoro evidenzia le interconnessioni tra i due ordinamenti, proponendo un approccio integrato per affrontare problematiche comuni.

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. La questione sollevata. – 3. La decisione: l'effetto preclusivo dell'archiviazione e il divieto di frazionamento della contestazione giudiziale da parte della procura erariale. – 4. La prima possibile estensione alla materia penale. L'art. 414 c.p.p. come ulteriore forma di manifestazione del divieto di bis in idem? – 5. La seconda possibile estensione alla materia penale. Frazionamento della contestazione nei reati permanenti: problematiche e (possibili) soluzioni.

1. La vicenda.

La sentenza in commento ha ad oggetto un caso di pretesa responsabilità erariale, ossia di quella peculiare ipotesi di responsabilità «in cui incorre il soggetto persona fisica

avente un rapporto di servizio con un ente pubblico, il quale, in violazione di doveri da tale rapporto derivanti, abbia cagionato un danno alla sua (e/o anche ad altra) pubblica amministrazione»¹.

La vicenda origina dalla contestazione elevata ad opera della Procura della Corte dei conti dell'Emilia-Romagna² nei confronti di un medico titolare dal 2002 di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato come dirigente medico in regime di esclusività con una Azienda sanitaria USL della Regione. L'addebito si fondava sul fatto che egli, contemporaneamente, risultava essere anche proprietario di una quota di partecipazione del 25%, nonché membro del Consiglio di Amministrazione di una

¹ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XXIII Ed., Milano, Giuffrè, 2021, p. 611. Anche definita responsabilità amministrativa (o amministrativa-contabile), essa è sottoposta ad una peculiare regolamentazione tanto sotto il profilo sostanziale, quanto sul versante processuale. Al riguardo, v. A. ALTIERI, *La responsabilità amministrativa per danno erariale*, Milano, Giuffrè, 2012; D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. CANALE (a cura di), *La responsabilità per danno erariale*, Bari, Cacucci, 2022; G. BOTTINO, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enc. Dir.*, Vol. X, Milano, Giuffrè, 2017, p. 756 ss.; A. CANALE, D. CENTRONE, F. FRENI, M. SMIRALDO (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, II Ed., Milano, Giuffrè, 2022; S. CERRATO, L. GROSSI, *Elementi fondamentali di responsabilità amministrativo-contabile e danno erariale*, Torino, Giappichelli, 2021; F. GARRI, *La responsabilità per danno erariale*, Milano, Giuffrè, 1965; M. GLIUBICH, *Principio di efficienza e responsabilità per danno erariale dei funzionari dell'amministrazione finanziaria*, Roma, Aracne, 2014; D. IMMORDINO, *Responsabilità erariale e "buona amministrazione" nell'evoluzione dell'interesse pubblico*, in *Riv. C. conti*, 2022, 3, p. 65 ss.; S. PILATO, *La responsabilità amministrativa dalla clausola generale alla prevenzione alla corruzione*, Torino, Giappichelli, 2019; E.F. SCHLITZER (a cura di), *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002; F.G. SCOCA, *La responsabilità amministrativa ed il suo processo. Con un'appendice normativa*, Milano, CEDAM, 1997; ID., A.F. DI SCIASCIO, *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; S. SUSANNA, *Il danno erariale non patrimoniale: contributo allo studio del diritto privato dello Stato*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2023; V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in ID. (a cura di), *La nuova Corte dei conti. Responsabilità, pensioni, controlli*, V Ed., Milano, Giuffrè, 2022, p. 26 ss.; ID., *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente: responsabilità civile, responsabilità penale, responsabilità amministrativo-contabile, responsabilità disciplinare, responsabilità dirigenziale: normativa, dottrina, giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 2013.

² Il giudizio di responsabilità erariale è attualmente disciplinato nella parte seconda del d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174 (cd. Codice di giustizia contabile, abbreviato c.g.c.). Volendo delinearne uno schema essenziale: a seguito della ricezione di una notizia di danno, la procura erariale apre un fascicolo istruttorio e conduce una fase preprocessuale segreta di natura istruttoria. Al termine, qualora non ritenga di archiviare, l'ufficio requirente notifica un atto di invito a dedurre (con finalità di *disclosure*) al presunto responsabile del danno erariale. Segue l'atto di citazione in giudizio, che dà avvio alla fase processuale, svolta in primo grado davanti alla Sezione Regionale e, in grado d'appello, dinnanzi alla Sezione Giurisdizionale Centrale della Corte dei conti. Per un'analisi approfondita si v. A. CANALE, F. FRENI, M. SMIRALDO (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti. Commento sistematico al codice della giustizia contabile*, III Ed., Milano, Giuffrè, 2024; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1000 ss.; A. GRIBAUDO (a cura di), *Il codice di giustizia contabile. Commentato articolo per articolo*, Rimini, Maggioli, 2017; F. MASTRAGOSTINO, S. PILATO (a cura di), *La giustizia contabile. Dal regolamento di procedura al nuovo codice*, Bologna, Bologna University Press, 2017; R. PEPE, *Il diritto di difesa tra vecchio e nuovo processo contabile*, Milano, Wolters Kluwer, 2020; E.F. SCHLITZER, C. MIRABELLI (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, VI Ed., Milano, Giuffrè, 2018. Per un'analisi del processo di danno erariale prima del vigente codice cfr., *ex multis*, A. LUPI, *Giudizi di conto e di responsabilità*, in F. GARRI, G. DAMMICO, A. LUPI, P. DELLA VENTURA, L. VENTURINI, *I giudizi dinnanzi alla Corte dei conti. Responsabilità, conti, pensioni. Istituti e rassegna della giurisprudenza*, IV Ed., Milano, Giuffrè, 2007, p. 424 ss.

società titolare di un Poliambulatorio che intratteneva rapporti convenzionali con l'AUSL sopracitata.

Nel marzo 2015 questi veniva informato, da parte del direttore dell'ufficio di amministrazione del personale dell'azienda, del fatto che questa situazione sarebbe stata potenzialmente foriera di una violazione dell'art. 4 comma 7 della legge 30 dicembre 1991, n. 412³, ove interpretato nel senso che fosse sufficiente la mera detenzione delle quote di partecipazione senza necessità di dimostrare un effettivo conflitto di interessi; il medico, quindi, rassegnava immediatamente le proprie dimissioni dal C.d.A. e cedeva le proprie quote al coniuge il 26 maggio 2015. Nel 2018, poi, il Direttore Sanitario dell'ASL prescriveva al medico di astenersi (*ex art. 6 bis l. 241/90*) dal partecipare a procedimenti decisorii inerenti a strutture private accreditate.

La Procura regionale, venuta a conoscenza di quanto esposto, contestava con un primo invito a dedurre⁴, notificato il 31 luglio 2020, la violazione della sopracitata legge nel periodo intercorrente tra la costituzione del rapporto di lavoro (2002) e la cessione delle quote (2015); conseguentemente ipotizzava un danno erariale per gli emolumenti di esclusività versati nel detto periodo. Il 9 febbraio 2021, tuttavia, la Procura notificava l'archiviazione della contestazione.

Poco dopo, con un secondo invito a dedurre dell'8 aprile 2021 (dal quale origina la sentenza in commento), la Procura però contestava il danno erariale per il periodo successivo alla cessione delle quote al coniuge convivente, ritenendo che tale operazione non facesse venire meno l'incompatibilità di cui al citato art. 4; pertanto, quantificava il danno erariale negli emolumenti di esclusività percepiti dalla cessione (2015-2021).

In primo grado la Sezione giurisdizionale per la regione Emilia-Romagna, ritenuto non prescritto il solo periodo 2016-2021, affermava che la cessione al coniuge avrebbe configurato un meccanismo «*consapevole e deliberato*» di elusione del precetto, in quanto nella sostanza si sarebbe avuta «*in realtà una effettiva e continuativa detenzione da*

³ Legge 30 dicembre 1991, n. 412, art. 4, comma 7: «Con il Servizio sanitario nazionale può intercorrere un unico rapporto di lavoro. Tale rapporto è incompatibile con ogni altro rapporto di lavoro dipendente, pubblico o privato, e con altri rapporti anche di natura convenzionale con il Servizio sanitario nazionale. Il rapporto di lavoro con il Servizio sanitario nazionale è altresì incompatibile con l'esercizio di altre attività o con la titolarità o con la compartecipazione delle quote di imprese che possono configurare conflitto di interessi con lo stesso».

⁴ L'invito a dedurre (art. 67 c.g.c.) è l'atto che, nel procedimento per responsabilità erariale, il pubblico ministero contabile adotta al termine dell'istruttoria, qualora non intenda archiviare il procedimento. Esso, infatti, deve necessariamente precedere l'atto di citazione in giudizio e svolge la funzione di garanzia di *disclosure* dell'indagine nei confronti dell'indagato, che viene così messo in condizione di conoscere l'addebito ipotizzato e le prove raccolte, di interloquire con la controparte pubblica e di addurre le proprie difese. Cfr. A. CANALE, *L'invito a dedurre*, in A. CANALE, F. FRENI, M. SMIRALDO (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, cit., p. 273 ss.; C. CHIARENZA, P. EVANGELISTA, *Il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, in V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti*, cit., p. 673 ss.; F. LORENZONI, *L'invito a dedurre fra garanzia processuale e partecipazione amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa monastero, 15-17 settembre 2005, Milano, Giuffrè, 2006, p. 771; A. LUPI, *Giudizi di conto e di responsabilità*, in F. GARRI, G. DAMMICO, A. LUPI, P. DELLA VENTURA, L. VENTURINI, *I giudizi dinanzi alla Corte dei conti*, cit., p. 480 ss.; P.L. PORTALURI, G. MARGIOTTA, *L'invito a dedurre, le deduzioni e l'accesso*, in E.F. SCHLITZER, C. MIRABELLI (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, cit., p. 643 ss.

parte del dott. OMISSIS (dal 2015 per il tramite della moglie)». Il giudice, dunque, accertava la sussistenza del danno erariale e lo quantificava pari alla misura degli emolumenti corrisposti nel menzionato periodo.

Il provvedimento veniva successivamente impugnato davanti alla Sezione Giurisdizionale Centrale d'Appello dal condannato, il quale contestava, tra le altre cose e per quanto qui di interesse, in via preliminare l'ammissibilità stessa della citazione in giudizio conseguente al secondo invito a dedurre (dell'8 aprile 2021). La doglianza si fondava, in particolare, sulla asserita violazione, da parte della Procura, dei principi del giusto processo (*ex art. 111 Cost.*), legittimo affidamento e *ne bis in idem*, la quale si sarebbe realizzata attraverso la contestazione, con il secondo invito a dedurre, di un segmento per il quale era stata già disposta, implicitamente, l'archiviazione. Si ritiene, invero, obbligo per il pubblico ministero contabile di contestare il fatto unitariamente, senza possibilità di frazionare discrezionalmente la contestazione della medesima vicenda nel momento in cui sia già a conoscenza di tutti gli elementi sulla base della quale effettuare la scelta sull'*an* dell'agire. Questi principi sarebbero così concretizzati nella previsione dell'art. 70 c.g.c., il quale consente la riapertura del fascicolo istruttorio solo se «*dopo l'emanazione del formale provvedimento di archiviazione emergono elementi nuovi consistenti in fatti sopravvenuti, ovvero preesistenti ma dolosamente occultati*».

La Procura chiedeva il rigetto dell'appello sulla scorta delle valutazioni già espresse dal giudice di prime cure. Il rilievo si dovrebbe ritenere superato sulla base del dato formale che il provvedimento di archiviazione successivo al primo invito a dedurre disponeva la stessa espressamente solo fino alla data della cessione alla coniuge. Di conseguenza, per il periodo successivo la procura non avrebbe né archiviato né esercitato, senza dar quindi luogo all'applicazione dell'art. 70 c.g.c., in questo caso irrilevante.

2. La questione giuridica sollevata.

La decisione dei giudici sul caso esposto, come si è accennato, dipende essenzialmente dalla soluzione data ad un fondamentale interrogativo: la sussistenza nel nostro ordinamento di un potere del p.m. di "frazionamento" della contestazione. Si intende, cioè, l'esistenza di un potere di esercitare l'azione solo per un "pezzo" del fatto e riservarsi di procedere separatamente per il residuo.

Il ricorrente ritiene che il primo invito a dedurre esaurisca, per così dire, l'intera materia del contendere, facendo sì che per la parte non contestata si debba ritenere formata una valutazione di legittimità del comportamento, dal momento che la Procura non potrebbe «arbitrariamente scegliere tempi e modi della contestazione». Logicamente, quindi, la mancata contestazione equivarrebbe ad una archiviazione (tacita) di tutta la vicenda e, conseguentemente, imporrebbe la riapertura solo alle condizioni dell'art. 70 c.g.c.

Al contrario, il giudice di primo grado riteneva che il procuratore ben potesse "decidere di decidere due volte", *in primis* esprimendosi solo su un segmento della vicenda, e riservandosi di intervenire sulla residua parte successivamente. In questo

senso, il primo atto sarebbe stato di «archiviazione solo parziale» e il relativo fascicolo «non [sarebbe] stato chiuso». In sostanza, il p.m. disporrebbe del potere discrezionale di instaurare due o più giudizi per il medesimo fatto.

Il problema posto, dunque, attiene essenzialmente al potere che l'ordinamento riconosce al pubblico ministero sulle modalità di esercizio dell'azione e, in definitiva, all'equilibrio che si delinea nel rapporto tra la pretesa punitiva statale, da un lato, e le esigenze di garanzia e di tutela dell'individuo soggetto a tale pretesa, dall'altro.

Posto che "l'accusa" deve sicuramente agire (principio di obbligatorietà dell'azione)⁵ e che essa è *domina* dell'azione - nel senso che solo ad essa spetta ogni valutazione (tecnica, e non discrezionale) in merito⁶ - ci si deve chiedere se e in quale misura il modo in cui agire sia rimesso alla sua determinazione.

In particolare, come si è detto, il problema riguarda la natura obbligatoria ovvero facoltativa della contestazione unitaria da parte pubblico ministero. Qualora si optasse

⁵ Anche nel processo erariale vale il principio di obbligatorietà dell'azione. Sebbene cristallizzato a livello costituzionale solo per il processo penale (art. 112 Cost.), esso si configura anche in tale settore, come si ricava dall'art. 51 c.g.c. («Il pubblico ministero inizia l'attività istruttoria, [...] sulla base di specifica e concreta notizia di danno», non «può iniziare») e dall'art. 54 c.g.c. («Il procuratore regionale, a seguito di notizia di danno, comunque acquisita, ove non ritenga di provvedere alla sua immediata archiviazione per difetto dei requisiti di specificità e concretezza o per manifesta infondatezza, dispone l'apertura di un procedimento istruttorio», e non «può disporre»). Il punto è consolidato tanto in giurisprudenza quanto in dottrina. Per la giurisprudenza v. Corte conti, Sez. Riun., 25 marzo 2005, n. 1/qm: «la funzione istituzionale obbliga il Procuratore Regionale/Generale ad agire secondo principi di imparzialità e di necessaria tutela degli interessi pubblici, espressi dalla obbligatorietà ed irrinunciabilità dell'azione, attraverso la quale trova tutela sia l'interesse pubblico all'utilizzazione finalizzata del patrimonio pubblico sia l'aspetto sanzionatorio dei comportamenti illeciti dei pubblici amministratori e dipendenti. È coerente con questa impostazione pubblicistica l'esigenza, che per la parte pubblica diventa dovere di comportamento, di convenire in giudizio tutti i soggetti che hanno arrecato danno all'ente pubblico con dolo o colpo grave sia a fini ripristinatori del patrimonio pubblico sia a fini sanzionatori dei comportamenti devianti, rilevando sotto ambedue i profili che nel giudizio stiano tutti i soggetti responsabili e solo essi (o più precisamente quelli che la parte pubblica ritiene responsabili)». Quanto alla dottrina cfr. *ex multis* E.F. SCHLITZER, *L'azione contabile*, in E.F. SCHLITZER, C. MIRABELLI (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, cit., p. 520; nonché M. SCIASCIA, *Manuale di Diritto processuale contabile*, cit., p. 379 ss. Tuttavia, parte della dottrina osserva come il tradizionale mito dell'obbligatorietà dell'azione erariale sia ormai nei fatti superato (come nella materia penale) per via della sempre maggiore discrezionalità lasciata alle procure, garantita tanto dalla genericità della disciplina dei presupposti di archiviazione, quanto dall'assenza, nel processo per responsabilità amministrativa, di una forma di controllo giurisdizionale sulla scelta di inazione (prevedendone solamente uno «gerarchico»). In relazione alle critiche v. P. SANTORO, *Il codice di giustizia contabile e il giusto processo*, in *www.contabilita-pubblica.it*, 22 settembre 2016. Per una rassegna critica delle posizioni v. D. TOTA, *Il pubblico ministero presso la Corte dei conti: organizzazione e funzioni alla luce del codice di giustizia contabile*, in *Riv. C. conti*, 2021, 1, p. 52 ss.

⁶ Il PM si configura come titolare esclusivo dell'azione. Tale valutazione, infatti, non sarebbe condivisibile con l'altra parte necessaria (che subisce, come convenuto, l'azione da altri esercitata) né dal giudice. Quest'ultimo, superata la logica puramente inquisitoria, non è una parte, ma un soggetto terzo e imparziale al quale è demandato il solo compito di decidere sulle scelte di azione da altri effettuate, senza alcun potere di disporre della stessa azione. Nemmeno l'Amministrazione danneggiata, infine, può incidere sulle scelte di azione, in quanto «non è portatrice di un interesse alla difesa del pubblico erario e non è legittimata ad adire il giudice contabile»: A. ODDI, *Il «giusto processo» dinanzi alla Corte dei conti*, Napoli, Jovene Editore, 2010, p. 161.

per la prima soluzione, se ne dovrebbe logicamente dedurre la preclusione di tutte le eventuali successive azioni; nel secondo caso, invece, si aprirebbe la strada ad una possibile frammentazione della fattispecie concreta in plurimi segmenti processuali.

Se si osserva attentamente la questione, si coglie come la soluzione imponga di affrontare preliminarmente il tema dell'unicità dell'illecito oggetto del procedimento.

Solo nell'ipotesi in cui il fatto sia lo stesso (*idem*) allora il problema si pone, valendo altrimenti un diverso ragionamento. Invero, qualora ci si trovasse di fronte ad una pluralità di condotte materiali integranti più violazioni, *nulla quaestio*: il p.m. dispone sicuramente del potere di separare o unire le contestazioni, purché proceda. La scelta del *simultaneus processus* (ossia, di contestare in un unico procedimento più illeciti) rappresenta uno spazio libero nell'ambito del principio di obbligatorietà che è lasciato alla volontà (esclusiva) della Procura, secondo le regole del litisconsorzio facoltativo⁷ mutate (*mutatis mutandis*) dal processo civile⁸. In quest'ottica, dunque, le norme consentono all'inquirente di procedere alle contestazioni multiple.

Al contrario, di fronte all'unicità è evidente l'assenza nell'ordinamento di norme direttamente volte a prevedere ovvero escludere tale frazionamento. La ragione parrebbe essere intuitiva: se il fatto è uno, la contestazione deve necessariamente essere una; non si potrebbe pensare di dividerlo in più addebiti, in quanto un singolo illecito non è di per sé frazionabile. Sembra, cioè, porsi anzitutto una impossibilità ontologico-materiale di scomposizione, che rende superfluo ogni divieto normativo. Tale argomento, tuttavia, non risulta essere decisivo per il caso analizzato, nonostante la sua apparente evidenza.

Il giudice di primo grado, infatti, ha ritenuto fosse possibile procedere con la seconda contestazione, proprio argomentando sulla facoltà riconosciuta al p.m. di dare diverso corso al medesimo addebito: un primo segmento (fino al 2015) viene archiviato, il resto è contestato.

Per risolvere il problema da cui origina tale questione è utile recuperare una distinzione propria della scienza penalistica: quella che intercorre tra il reato istantaneo e quello permanente. Una volta consumato il crimine, in diritto penale si distingue a seconda che il protrarsi della situazione antiggiuridica prodotta dall'illecito sia irrilevante

⁷ Laddove obbligatorio, il litisconsorzio esula dall'oggetto della presente trattazione, in quanto sottratto alla discrezionalità dell'organo requirente.

⁸ Le principali differenze si notano proprio con riferimento alla concentrazione del potere di cumulazione in capo alla sola parte pubblica (PM), attore esclusivo del giudizio di responsabilità, con esclusione di chiamate ed interventi che avvengano su iniziativa altrui. Un simile potere è infatti escluso tanto in capo al convenuto (art. 83 comma 4 c.g.c.) quanto in capo al giudice (art. 83 co. 1 c.g.c., che vieta espressamente la chiamata *iussu iudici*). Anche per i terzi non è ammesso l'intervento in giudizio, se non a sostegno della posizione della procura. Per un approfondimento dell'argomento v. M. SCIASCIA, *Manuale di Diritto processuale contabile*, cit., p. 129 ss.; nonché A. LUPI, *Giudizi di conto e di responsabilità*, in F. GARRI, G. DAMMICO, A. LUPI, P. DELLA VENTURA, L. VENTURINI, *I giudizi dinanzi alla Corte dei conti*, cit., p. 522 ss.; M. OREFICE, E.F. SCHLITZER, *L'intervento nel giudizio contabile*, in E.F. SCHLITZER, C. MIRABELLI (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, cit., p. 649 ss.; M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit., p. 129 ss.

o meno⁹. Nel primo caso¹⁰, la violazione è indubitabilmente una soltanto; si stabilisce così una equivalenza, cui consegue che solamente una potrà essere anche la relativa azione. Nel secondo caso¹¹, invece, l'offesa al bene giuridico non si esaurisce al momento della sua produzione, ma si «protrae nel tempo per effetto del perdurare della condotta volontaria del reo, esaurendosi, [...], soltanto con la cessazione di quest'ultima»¹². Secondo la dottrina e la giurisprudenza assolutamente prevalenti il reato permanente, comunque, è unico, in quanto lesivo dello stesso bene giuridico¹³.

Applicando queste categorie al caso in commento, si può facilmente notare come al medico sia stata addebitata un'infrazione che presenta caratteristiche omogenee a quelle del reato permanente. Il contestato art. 4 comma 7 della legge 30 dicembre 1991 n. 412, infatti, non punisce la percezione dell'indennità di esclusività, la quale costituisce mero elemento di quantificazione del danno subito dall'erario per effetto del comportamento del ricorrente, ma la situazione di incompatibilità derivante dalla contemporanea titolarità di due o più cariche. Si è di fronte, pertanto, non ad una pluralità di violazioni commesse con l'incremento patrimoniale, ma ad una unica, che è integrata nel momento dell'assunzione del secondo ruolo e che si protrae fintantoché non viene meno tale incompatibilità, per effetto della cessazione dell'ulteriore incarico. In questo senso, dunque, si deve qualificare l'intera vicenda come un unico illecito che

⁹ Sul punto cfr., *ex multis*, I. CARACCIOLI, *Condotta permanente e permanenza di effetti nella fattispecie criminosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 221 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII Ed., Bologna, Zanichelli, 2019, p. 213; E. GAITO, *Reato permanente e successione di leggi*, in *Arch. pen.*, 1960, 2, p. 34 ss.; G. LEONE, *Del reato abituale, continuato, permanente*, Napoli, Jovene Editore, 1933; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XI Ed., Cedam-Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 470 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, IX Ed., Milano, Giuffrè, 2020, p. 283 ss.

¹⁰ Esempio tipico di reato istantaneo è l'omicidio, ove l'offesa si reca con il passaggio dalla vita alla morte. In questo caso il protrarsi dell'offesa è impossibile: o la vittima è morta o non lo è.

¹¹ Si pensi all'ipotesi associativa, in cui il reato permane fino alla cessazione della partecipazione al sodalizio criminale.

¹² Corte cost., 8 marzo 2018, n. 53, § 3 del *Considerato in diritto*.

¹³ Quanto alla giurisprudenza cfr., *ex multis*, Corte cost., 8 marzo 2018, n. 53, § 3 del *Considerato in diritto*: «La giurisprudenza – salvo sporadiche eccezioni – ha sempre riconosciuto al reato permanente natura unitaria, scartando l'opposta teoria pluralistica. La prosecuzione nel tempo della condotta, oltre il momento iniziale nel quale sono stati posti in essere tutti gli elementi costitutivi del singolo reato, non dà luogo a tante offese – e, dunque, a tanti reati – quanti sono i “momenti” di cui si compone la permanenza: unica è la condotta, unica e medesima l'offesa, unico dunque il reato». In dottrina, fra gli altri, cfr. F. COPPI, *Reato permanente*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. XI, Torino, UTET, 1996, p. 318-319; A. PECORARO ALBANI, *Del reato permanente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 419 ss.; R. RAMPIONI, *Contributo alla teoria del reato permanente*, Padova, Cedam, 1988, p. 5 ss.; ID., *Fattispecie associative e natura unitaria del reato permanente: dalla “magica” forza interruttiva degli atti processuali alla “terrena” violazione del principio di legalità della pena*, in *Cass. pen.*, 2006, 9, p. 3051 ss.; ID., *Reato permanente*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, p. 857-858. V. anche G. DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 565 ss. il quale afferma che «l'unicità del reato permanente è desumibile direttamente dalla legge», vista la disciplina dettata in materia di prescrizione, querela e indulto. Contraria alla tesi dell'unicità del reato permanente è l'assolutamente minoritaria “teoria pluralistica” del reato permanente, la quale ritiene che esso sia costituito da una pluralità di illeciti penali autonomi, per quanto unificati dall'ordinamento giuridico in modo tale da manifestarsi come un unico fenomeno giuridico, in modo simile a quanto accade nell'ipotesi di reato continuato. Al riguardo, v. U. GIULIANI, *La struttura del reato permanente*, Padova, Cedam, 1967.

si è verificato nel periodo intercorrente tra la costituzione del rapporto di lavoro (2002) e la definitiva cessione delle quote.

Proprio in riferimento a quest'ultimo elemento, tuttavia, nella causa in analisi si evidenzia un'ulteriore fonte di possibili incertezze: la cessione delle quote al coniuge nel maggio 2015. Secondo il giudice di prime cure, sulla scia di un orientamento del Consiglio di Stato¹⁴, mediante la cessione delle quote alla coniuge, egli avrebbe «consapevolmente e deliberatamente voluto eludere il divieto» di cui al sopracitato articolo. La moglie avrebbe così rappresentato uno schermo elusivo fittiziamente posto per celare l'immutata e persistente situazione di incompatibilità.

Ove si ammetta tale ricostruzione, per quanto qui di interesse, si impone ancora una volta di considerare la violazione come unica, in quanto la diversità attiene esclusivamente alle modalità di integrazione. In questo caso, infatti, si ritiene semplicemente che l'illecito non si sia definitivamente consumato con la cessione, ma che esso permanga, in quanto perdura la situazione di incompatibilità e, pertanto, l'illiceità, seppur diversamente realizzata.

Lo stesso giudice territoriale, peraltro, dimostra di accogliere tale considerazione nella sua motivazione¹⁵, sebbene, come si cercherà di evidenziare, non ne tragga le coerenti conseguenze in punto di procedibilità dell'azione.

Tanto premesso, rimane solamente da chiedersi se la prima archiviazione debba ritenersi assorbente dell'intero fatto, o se quest'ultimo possa esse scomposto in più addebiti distinti.

3. La decisione: l'effetto preclusivo dell'archiviazione e il divieto di frazionamento della contestazione giudiziale da parte della procura erariale.

La Corte dei conti, con la presente sentenza, accoglie l'appello del condannato e dichiara l'inammissibilità dell'atto di citazione.

La pronuncia si regge, essenzialmente, sul seguente ragionamento: si ravvisa nell'ordinamento un principio di unicità dell'invito a dedurre per il medesimo fatto, da cui deriva l'impossibilità di un'archiviazione soltanto parziale, cui segue l'illegittimità del secondo invito a dedurre, con la conseguente inammissibilità dell'atto di citazione in giudizio.

Il fondamento della decisione è, quindi, rappresentato dal riconoscimento dell'esistenza nel processo contabile di un principio di necessaria unitarietà-unicità

¹⁴ Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 2001, n. 2417: «altrimenti opinando [...] si aprirebbe la via ad una agevole elusione del precetto» di cui all'art. 4 comma 7 della legge 30 dicembre 1991, n. 412». Tale valutazione è condivisa anche dal giudice di primo grado della vicenda in commento, il quale ha ritenuto che tale sentenza affermasse un principio «pienamente valido, attuale e perfettamente applicabile alla vicenda per cui è causa»: Corte conti, s.g. Emilia-Romagna, 23 marzo 2022, n. 49, § 22 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ Corte conti, s.g. Emilia-Romagna, 23 marzo 2022, n. 49, § 23 del *Considerato in diritto*: «il caso all'esame è in realtà quello di una effettiva e continuativa detenzione da parte del dott. OMISSIS (dal 2015 per il tramite della moglie)» delle quote della OMISSIS in violazione dell'art. 4 comma 7 della legge 30 dicembre 1991, n. 412 più volte menzionato.

dell'atto di invito a dedurre (prodromico, in quel sistema, dell'atto di citazione in giudizio¹⁶), da cui deriva il divieto di reiterare o, per quanto qui di interesse, di frazionare la contestazione in successivi inviti e la conseguente inammissibilità di tutti gli atti di citazione fondati su quest'ultimi¹⁷. Nella sostanza, si ritiene che la Procura potesse emettere, con riferimento all'unico illecito commesso e contestato (l'incompatibilità in violazione dell'art. 4 comma 7 della legge 30 dicembre 1991, n. 412), un solo invito a dedurre, con la risultante preclusione di tutti gli atti successivi che non presentassero elementi innovativi.

La Corte perviene a tale conclusione a seguito di un'articolata disamina della disciplina che il codice detta per la fase preprocessuale. L'argomentazione si fonda, in particolare, sull'interpretazione testuale dell'art. 67 c.g.c., il quale attribuisce alla parte pubblica «il solo potere di notifica(re) al presunto responsabile *un* atto di invito a dedurre nel quale sono esplicitati gli elementi essenziali *del fatto* nonché di *ciascuna condotta* contestata»¹⁸. Si evincono, così, i requisiti dell'unicità e della completezza che devono necessariamente caratterizzare il detto atto¹⁹. Il tutto è ulteriormente confermato, in ottica sistematica, dalla funzione di garanzia dell'incolpato che tale atto svolge nel sistema preprocessuale del giudizio di danno erariale, tanto che la difformità tra la citazione in giudizio e l'invito a dedurre è normativamente sanzionata con la nullità del primo (art. 87 c.g.c.)²⁰. Proprio quest'ultima invalidità rappresenta, quindi, la conferma indiretta del principio di unicità dell'atto che contesta l'illecito, dal momento che l'unica eccezione ad essa prevista è determinata dalla sopravvenienza di nuove questioni a seguito delle controdeduzioni dell'incolpato. Inoltre, si osserva anche come l'art. 67 al comma 7 preveda che l'emissione dell'invito determini la preclusione di ogni ulteriore attività di indagine, ancora una volta con la sola eccezione di fatti nuovi.

¹⁶ Ex art. 67 comma 1 c.g.c.: «prima di emettere l'atto di citazione in giudizio, il pubblico ministero notifica al presunto responsabile un atto di invito a dedurre, nel quale sono esplicitati gli elementi essenziali del fatto, di ciascuna condotta contestata e del suo contributo causale alla realizzazione del danno contestato [...]».

¹⁷ Il processo contabile, infatti, prevede un principio di necessaria corrispondenza tra il contenuto dell'invito a dedurre e quello del successivo atto di citazione, con la conseguenza che l'illegittimità del primo determina l'invalidità del secondo, ex art. 87 c.g.c. La sanzione per tale violazione non è espressamente stabilita dal codice; tuttavia, secondo l'opinione prevalente (seguita anche nel presente giudizio) essa si identifica con l'inammissibilità, mentre per una parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza con la nullità. Il tema è approfondito in G. DAMMICO, *La citazione*, in E.F. SCHLITZER, C. MIRABELLI (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, cit., p. 601 ss.; nonché A. IADECOLA, *Introduzione del giudizio*, in A. CANALE, F. FRENI, M. SMIROLDO (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, cit., p. 366 ss.; M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile*, cit., p. 417; F. LORENZONI, *L'invito a dedurre fra garanzia processuale e partecipazione amministrativa*, cit., p. 771.

¹⁸ Corte conti, Sez. II, 13 ottobre 2023, n. 282. Il corsivo è aggiunto.

¹⁹ *Ibidem*: «Il dato letterale della norma dell'art. 67 conduce ad una qualificazione dell'invito a fornire deduzioni non solo quale atto tipico ma anche conclusivo dell'attività istruttoria, unico ("*un atto di invito a dedurre*") e completo ossia contenente "*ciascuna condotta contestata*" al singolo incolpato».

²⁰ *Ibidem*: «In tale cornice si inserisce la configurazione dell'invito a dedurre quale atto procedimentale preprocessuale unico, a contenuto indefettibile stabilito dalla legge e individuato quale presupposto necessario al promovimento dell'azione di responsabilità, con la duplice finalità e declinazione di garanzia e istruttoria, tradizionalmente ricondotta allo stesso».

I giudici riconoscono, dunque, come il sistema nel suo complesso assegna all'invito a dedurre il ruolo di momento determinante nel quale l'accusa deve, se non intende archiviare, riversare tutti i possibili addebiti che sono già ravvisati o ravvisabili, senza alcun potere discrezionale. Altrimenti, l'emissione di un secondo invito, senza l'insorgere di nuovi elementi, risulterebbe invero in un comportamento elusivo del termine decadenziale (120 giorni) fissato per l'emissione del decreto di citazione in giudizio da parte della Procura stessa²¹.

Nel caso concreto si deve, pertanto, correttamente concludere per l'avvenuta archiviazione dell'intera vicenda al momento della mancata contestazione nel primo invito a dedurre, o, quantomeno, con il successivo decreto di archiviazione.

Una volta giunti a tale conclusione, tuttavia, rimane ancora da analizzare l'effetto prodotto dal provvedimento di archiviazione.

A tal proposito, si deve segnalare come un primo (anche storicamente) orientamento di parte della dottrina²² e della giurisprudenza²³ ritenga che non sarebbe possibile farne discendere alcuna preclusione. Questa posizione si radica sulla pacifica natura non giurisdizionale dell'atto di archiviazione nel processo contabile²⁴, il quale è, in effetti, un semplice decreto dell'organo requirente che non assume natura giurisdizionale²⁵ e che non prevede alcuna forma di controllo, verifica o vaglio da parte del giudice. In quest'ottica, dunque, da questo elemento si dedurrebbe l'impossibilità di esplicitare alcuna efficacia vincolante nei confronti dello stesso soggetto che lo ha formato, ben potendo quest'ultimo sempre "cambiare idea" e procedere.

Tale tesi, tuttavia, deve ormai ritenersi definitivamente superata *per tabulas*, per effetto del nuovo art. 70 del codice di giustizia contabile. Il legislatore oggi prevede, infatti, espressamente che la riapertura del fascicolo istruttorio possa avvenire (sempre con decreto motivato del p.m.) solo quando «emergono elementi nuovi consistenti in

²¹ *Ibidem*: «Il comportamento tenuto dal Requirente nel riproporre un secondo invito a dedurre, in presenza di una sostanziale identità di contenuti in senso oggettivo e soggettivo tra il primo e il secondo invito a dedurre, come in precedenza rilevata, costituisce quindi un rimedio da dover ritenere non consentito perché in qualche misura elusivo del termine, normativamente previsto, di emissione dell'atto di citazione». Nello stesso senso anche Corte dei conti, Sez. Riun., 2010, n. 26; l'orientamento è stato anche successivamente ribadito, nella vigenza dell'attuale codice, da Corte dei conti, Sez. I, 2016, n. 210 e Corte dei conti, Sez. I, 4 aprile 2022, n. 149.

²² Cfr., *ex multis*, C. CHIARENZA, P. EVANGELISTI, *Il giudizio di responsabilità innanzi alla Corte dei conti*, in V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, cit., p. 682: «Con l'archiviazione non si forma un "giudicato" né può ritenersi preclusa una successiva iniziativa processuale, per lo stesso fatto causativo di danno erariale, da parte dello stesso Ufficio del Pubblico Ministero».

²³ Corte conti, s.g. Lazio, 9 aprile 2002, n. 1108, in *Riv. C. conti*, 2002, n. 2, pp. 220 e ss.; Corte conti, s.g. Sardegna, 14 febbraio 1986, n. 46 in *Riv. C. conti*, 1986, n. 1, pp. 159 e ss.

²⁴ La tesi è pacifica in dottrina. Tra i molti v. L. MONFELI, *L'archiviazione*, in F. MASTRAGOSTINO, S. PILATO (a cura di), *La giustizia contabile*, cit., p. 212 ss.; nonché S. PILATO, *L'archiviazione*, in E.F. SCHLITZER, C. MIRABELLI (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, cit., p. 596; M. SCIASCIA, *Manuale di Diritto processuale contabile*, cit., p. 392; A. TRAVERSI, *La difesa nel giudizio di responsabilità per danno erariale da reato*, Milano, Giuffrè, p. 146.

²⁵ Cfr. Corte cost., 27 luglio 1995, n. 415; Corte cost., 4 giugno 1997, n. 163. La Corte, proprio in ragione del carattere non decisorio della sua attività, ha coerentemente escluso il potere di sollevare la questione di legittimità costituzionale da parte dello stesso procuratore contabile.

fatti sopravvenuti, ovvero preesistenti ma dolosamente occultati». Questa norma conferma ancora una volta che la decisione dell'inquirente deve essere, recuperando il lessico tipico del diritto amministrativo, *one-shot*, dal momento che, *rebus sic stantibus*, consuma immediatamente il potere di agire in relazione a quella fattispecie concreta²⁶.

Il ragionamento del collegio, dunque, è da condividere per la corretta ricostruzione interpretativa tanto in chiave letterale quanto in ottica sistematica, nel quadro di una riaffermazione delle garanzie difensive dell'incolpato, sottoposto al giudizio di responsabilità erariale, di fronte ad un patente abuso dello strumento processuale della parte pubblica.

4. La prima possibile estensione alla materia penale. La preclusione *ex art. 414 c.p.p.* come ulteriore forma di manifestazione del divieto di *bis in idem*?

Di particolare interesse appare la possibile trasposizione al terreno processualpenalistico dei principi e delle regole che si sono appena affermati nell'ambito della responsabilità erariale.

A tal riguardo, si possono distinguere due differenti situazioni, a seconda che il *ri-esercizio* segua (*rectius*: pretenda di seguire) ad una preventiva archiviazione complessiva, ovvero sia il frutto di una scelta operata dall'organo inquirente di frazionare il fatto in più imputazioni.

Nella prima ipotesi, anche per il processo penale, il tema si incentra sulla portata degli effetti preclusivi derivanti dal provvedimento di archiviazione. In questo settore, la tormentata questione attiene, in sostanza, al comprendere se i presupposti e la procedura, cui il codice subordina la riapertura delle indagini una volta intervenuto il provvedimento di archiviazione (art. 414 c.p.p.), debbano osservarsi anche nell'ipotesi – non espressamente regolata – in cui il pubblico ministero, dopo l'archiviazione, intenda formulare direttamente l'imputazione, senza svolgere ulteriore attività investigativa²⁷.

²⁶ In commento all'art. 70 c.g.c. cfr. A. CANALE, *L'invito a dedurre*, in A. CANALE, F. FRENI, M. SMIROLDO (a cura di), *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti*, cit., p. 286 ss.; nonché B. PEZZILLI, *La forza espansiva dell'art. 70 c.g.c., questioni aperte*, in *Riv. C. conti*, 2024, n. 4, p. 166 ss.

²⁷ Il punto è stato oggetto di molteplici riflessioni in dottrina. Al riguardo, cfr. *ex multis* F. ALONZI, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 979; M. CAIANIELLO, *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo 1, p. 59 ss.; F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, Jovene Editore, 1994, p. 368 ss.; ID., *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1374 ss.; F. CENTORAME, *Effetti preclusivi dell'archiviazione*, in L. MARAFIOTI, R. DEL COCCO (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale*, cit., p. 129 ss.; C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, cit., p. 321 ss.; ID., *Archiviazione*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. III, G. GARUTI (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Torino, UTET, 2009, p. 807; F. CORDERO, *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Vol. II, 1958, p. 1025 ss.; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematiche e questioni interpretative*, II Ed., Torino, Giappichelli, 1994, p. 64 ss.; R. ORLANDI, *Effetti preclusivi dell'archiviazione e procedimento cautelare*, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 3291; C. VALENTINI REUTER, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, Cedam, 1994, p. 146.

Una prima teoria, sostenuta da autorevole dottrina²⁸, ritiene che il provvedimento di archiviazione non rivestirebbe alcuna efficacia preclusiva al successivo esercizio dell'azione, in quanto atto di natura non giurisdizionale che avrebbe la funzione di mera "autorizzazione a non procedere"²⁹. Nessuna norma, infatti, subordinerebbe l'esercizio dell'azione al presupposto di cui all'art. 414 c.p.p., il cui dato letterale si riferisce alla sola ipotesi dello svolgimento di ulteriori attività investigative. In più, si osserva come il preteso valore preclusivo di tale provvedimento contrasterebbe apertamente con il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale³⁰. Si ritiene, di conseguenza, che il pubblico ministero potrebbe agire anche sulla base di una mera rilettura, vale a dire limitandosi a effettuare una semplice rivalutazione degli atti già in suo possesso (fermo restando, invece, l'obbligo di autorizzazione per la nuova attività di indagine).

In senso contrario, altra parte della dottrina ha, invece, sostenuto l'efficacia preclusiva e la natura giurisdizionale del provvedimento archiviativo³¹. Tale opinione si

²⁸ Si veda al riguardo M. CAIANIELLO, *Archiviazione*, cit., p. 60, il quale obietta come vi si oppongano ragioni anzitutto sistematiche oltreché letterali. Il riconoscimento di un'efficacia (anche solo parzialmente) preclusiva al provvedimento archiviativo non risulterebbe da alcuna norma codicistica e deriverebbe da una «concezione utopistica dell'obbligatorietà dell'azione» che imporrebbe la necessaria completezza delle indagini, al cui esito l'alternativa tra esercizio e archiviazione si porrebbe come equiordinata. Tale assunto, tuttavia, finirebbe per «sovvertire» i principi di base del sistema accusatorio, trasformando la fase investigativa che «non conta e non pesa» in modo sempre più simile alla (abbandonata) istruzione di stampo inquisitorio. Concorde in tal senso anche L. GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, XI Ed., Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2020, p. 589, per i quali la preclusione in parola configgerebbe apertamente con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, finendo «per espropriare l'organo di accusa del suo potere-dovere di esercitare l'azione». Celebre l'opinione di F. CORDERO, *Procedura penale*, IX Ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 434: «Ed ecco una simmetria falsa come le finestre dipinte: il Pubblico Ministero chiede un provvedimento che lo autorizzi a non agire; idem nel caso inverso, quando voglia riesumare l'affare archiviato. Sono ipotesi molto diverse: l'azione esige un controllo, essendo obbligatorio l'impulso al processo; quando indaga su possibili reati, il Pubblico Ministero adempie degli obblighi. Considerata a parte iudicis, la situazione appare ancora più stravagante: il Pubblico Ministero gli chiede una riapertura delle indagini motivata dalla esigenza di nuove investigazioni: o è gratuito ossequio formale, non essendo possibili dinieghi; o il giudice vuol sapere perché quel caso debba essere riesumato, e magari esercita una supervisione sul nuovo piano sottopostogli, posando a giudice superistruttore». In tal senso anche F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, cit., p. 368 ss.

²⁹ R. BONSIGNORI, *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1997, p. 125.

³⁰ F. CAPRIOLI, *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, cit., p. 1384: «ritenere che dopo una prima rinuncia ad esercitare l'azione – e in mancanza di elementi nuovi – il pubblico ministero non possa richiedere direttamente il rinvio a giudizio della persona sottoposta ad indagine [...] significa introdurre una consistente limitazione di natura estrinseca all'operatività dell'obbligo sancito dall'art. 112 Cost.».

³¹ Cfr. C. CONTI, *Archiviazione*, cit., p. 810; G. GIOSTRA, *L'archiviazione: lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., p. 64 ss.; M. N. GALANTINI, *Riapertura delle indagini*, in *Dig. disc. pen.*, IV Ed., vol. XII, Torino, UTET, 1997, p. 169; R. E. KOSTORIS, *Riapertura delle indagini*, in *Enc. Dir.*, vol. XL, Milano, Giuffrè, p. 352 ss. In tal senso, si veda anche G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, XII Ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 409, il quale ritiene che l'interpretazione che esclude ogni efficacia preclusiva sia da ritenere incostituzionale, per violazione, soprattutto, dell'art. 3 Cost. In particolare, egli afferma che «sostenere che un indagato che abbia subito lunghe indagini preliminari e subito la custodia cautelare in carcere potrà o no vedersi riassoggettato ad indagini preliminari a seconda che venga o no rispettato l'art. 414 c.p.p. (dal momento che se il pubblico

radica sulla necessità di assicurare una tutela alla “quiete penale” dell’individuo di fronte a possibili “persecuzioni” processuali, altrimenti rimesse all’arbitrio dell’organo inquirente. La premessa logica di questo orientamento è che l’archiviazione, nel vigente codice, interviene all’esito di un’attività investigativa che si caratterizza per tendenziale completezza e per profonda incisività sui diritti e sulle libertà delle persone coinvolte, la cui chiusura (con esito favorevole) fa sorgere un’aspettativa di stabilità meritevole di tutela, sia pur non assoluta³². In questi termini, il provvedimento *ex art. 409 c.p.p.* è, nel confronto con gli istituti disciplinati dal codice di rito del 1930, per certi versi assimilabile più alla sentenza istruttoria di proscioglimento che non ad un’archiviazione, in quanto disposto all’esito di indagini complete e di un procedimento che contempla la possibilità di contraddittorio e impugnazione³³. La richiesta di archiviazione risulta così essere una vera e propria domanda giudiziale che innesca un procedimento connotato da giurisdizionalità, volto ad affermare, sulla base di tutti gli elementi raccolti durante le indagini, se si possa non celebrare il processo, in coerenza con i caratteri di eccezionalità e tassatività delle ipotesi di archiviazione che derivano dal principio di obbligatorietà dell’azione³⁴. Inoltre, si fa osservare come l’esclusione della fattispecie in esame dal raggio di operatività dell’art. 414 c.p.p. diverrebbe strumento per l’«agevole elusione» della norma stessa: il pubblico ministero, infatti, potrebbe formulare l’imputazione e procedere ad indagare, senza più bisogno di autorizzazione alcuna, *ex art. 419 comma 3*³⁵.

Dal punto di vista normativo, il contrasto non trovava, per lo meno sino alla riforma Cartabia, sicura composizione nel testo codicistico, il quale, come detto, non prende espressamente posizione al riguardo³⁶. Tuttavia, nel silenzio del codice,

ministero chiede la riapertura delle indagini e la richiesta viene respinta le indagini non potranno riprendere mentre tale ripresa si verificherà in ogni caso se il pubblico ministero riapre le indagini in violazione dell’art. 414 c.p.p.) crea una irragionevole disparità di trattamento palesemente contrastante con l’art. 3 Cost.»

³² In quanto destinata, per sua natura, a valere solo *rebus sic stantibus*.

³³ Sul confronto tra i due istituti si veda F. CAPRIOLI, *L’archiviazione*, cit., p. 407.

³⁴ M. CAIANIELLO, *Archiviazione*, cit., p. 62, pur avversando tale teoria, ricostruisce limpidamente il punto: «provando a schematizzare l’archiviazione appare del tutto assimilata ad un vero e proprio giudizio: un giudizio che avrebbe come oggetto non già un fatto asserito come reato e addebitato ad un individuo, bensì il suo contrario, vale a dire un fatto, su cui si è fatta piena luce, asserito dall’attore istituzionale come non assoggettabile alla pretesa punitiva dello stato, ma che dell’imputazione, e della verifica sulla stessa, reca tutti i crismi tipici. È un processo sulla possibilità di non tenere un processo: [...]. Si potrebbe quasi dire di trovarsi di fronte ad un’udienza preliminare in negativo».

³⁵ G. GIOSTRA, *Effetti preclusivi dell’archiviazione e riapertura delle indagini*, cit., p. 100.

³⁶ Un sottile appiglio normativo è per vero rivenuto da G. GIOSTRA, *L’archiviazione*, cit., p. 99 ss., il quale sostiene la possibilità di far discendere l’efficacia (parzialmente) preclusiva dal combinato disposto degli artt. 345 e 649 c.p.p. La prima, infatti, è norma speciale rispetto alla seconda, in quanto prevede che per i provvedimenti in essa ricompresi (archiviazione, sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per difetto di una condizione di procedibilità) non si applichi il principio generale del *ne bis in idem*; mentre l’art. 649, nell’affermare la regola generale, fa salve le eccezioni di cui all’art. (69 e) 345 c.p.p. In tal senso si deriva, *a contrario*, che nei casi diversi da quello considerato dall’art. 345 (difetto di condizione di procedibilità) il provvedimento archiviativo sia invece soggetto alla normale preclusione del divieto di doppio giudizio. In tal senso, si veda anche E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in G. UBERTIS, G.P. VOENA (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Vol. XLI.1, Milano, Giuffrè, 2012, p. 491, il quale ritiene che

acquistano rilievo interpretativo anche i criteri direttivi imposti dal Parlamento al momento del conferimento della delega legislativa, al fine di uniformare il testo del decreto delegato alle prescrizioni contenute nella legge di delegazione. Al riguardo, si deve segnalare in particolare il criterio n. 56, il quale obbliga a disciplinare i «presupposti per l'esercizio dell'azione penale per fatti precedentemente oggetto di provvedimento di archiviazione»³⁷. Appare, dunque, evidente come si intendesse assicurare una qualche forma di stabilità al provvedimento archiviativo, subordinando la successiva azione (e non solo le successive indagini) a determinati «presupposti», altrimenti non necessari.

Ad ogni modo, si deve osservare come la giurisprudenza unanime, tanto della Corte costituzionale³⁸ quanto della Corte di Cassazione³⁹, abbia accolto la seconda tesi,

l'art. 345 c.p.p., che menziona tra gli altri il provvedimento di archiviazione «rientri appieno nell'ambito di operatività del *ne bis in idem*: la decisione menzionata nell'art. 345 c.p.p. impedisce, in linea di principio, che si possa instaurare nuovamente l'azione penale», e che «il divieto di un secondo giudizio è, anzitutto, a garanzia di libertà e presidio posto eminentemente a tutela della posizione soggettiva dell'accusato». Sempre con riferimento all'art. 345 c.p.p. l'Autore afferma che «la consunzione del potere di *ius dicere* ha riguardato l'accertamento dell'ostacolo al processo; e ciò sarebbe sufficiente a impedire senza limiti di tempo un futuro sindacato di liceità. Il legislatore ha, tuttavia, ritenuto che il sopraggiungere della manifestazione di volontà punitiva nei termini imposti dalla legge possa riesumare quei poteri d'accertamento apparentemente consumati». *Contra* F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 436, il quale ritiene trattarsi di «argomento malaccorto» in quanto «presuppone testi dove ogni sillaba abbia sensi abissali, e interpretabili, ma il codice non è la Mishnah; né va letto nel modo in cui esploriamo i testamenti. [...] Qualunque cosa pensassero o possano aver pensato i compilatori degli artt. 345 e 414, sono opinioni, più o meno stimabili, da relegare nella stoa aneddotica dei lavori preparatori: a noi interessano le norme; e non essendo legati da formule così nette che *ibi fiat interpretatio*, bisogna estrarle col forcipe sistematico». Dello stesso avviso anche M. CAIANIELLO, *Archiviazione*, cit., p. 78, il quale ritiene che «il *trompe-l'oeil* interpretativo cagionato dalla lettura dell'art. 345 c.p.p. sembrar dovuto a un frettolo accostamento, in un'unica proposizione, di tre situazioni differenti, quali l'archiviazione, la sentenza di non luogo a procedere e il proscioglimento giudiziale. [...] Ora, come è noto, l'argomento *a contrario* poggia su un postulato, quello di coerenza e completezza del sistema delle fonti positive, il quale, anche ad una lettura superficiale delle disposizioni coinvolte, sembra del tutto smentito dai dati in concreto esaminati.»

³⁷ Legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, art. 2 n. 56). Nello stesso criterio 56, peraltro, si stabilisce l'efficacia preclusiva della sentenza di non luogo a procedere, rispetto alla quale l'archiviazione si differenzia solo per il grado della preclusione.

³⁸ Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 27, §3 del *Considerato in diritto*: «il nuovo codice di rito penale assegna una efficacia (limitatamente) preclusiva al provvedimento di archiviazione» in quanto «dopo l'archiviazione, l'inizio di un nuovo procedimento è subordinato a un provvedimento autorizzatorio del giudice» che «ha dunque l'effetto di rendere possibile il riaprirsi di un procedimento per il fatto già archiviato e, all'esito di esso, l'eventuale esercizio dell'azione penale, che, in difetto di autorizzazione, sarebbe precluso». «In carenza di autorizzazione del giudice a riaprire le indagini, è l'instaurabilità di un nuovo procedimento, e, quindi, la procedibilità ad essere impedita, sicché se il presupposto di procedere manca, il giudice non può che prenderne atto, dichiarando con sentenza, appunto, che l'azione penale non doveva essere iniziata».

³⁹ I giudici di legittimità sono intervenuti a dirimere i contrasti interpretativi sul punto con due sentenze a Sezioni Unite che accolgono la posizione della Corte costituzionale e riconoscono efficacia preclusiva al provvedimento di archiviazione: Cass., Sez. Un., 22 marzo 2000, n. 9, *Finocchiaro*; e Cass., Sez. Un., 20 settembre 2010, n. 33885, *Giuliani e Petrone*. Tali principi sono stati riaffermati anche dalla giurisprudenza più recente, cfr., *ex multis*, Cass., Sez. II penale, 14 maggio 2019, n. 37479, *Costanzo*. L'indirizzo è confermato espressamente anche da Cass, Sez. Un., 28 settembre 2005, n. 34655, §6 del *Considerato in diritto*: «la preclusione del *ne bis in idem* giustifica la dichiarazione di improvvisabilità dell'azione penale anche in presenza di provvedimenti decisori diversi da quelli indicati nell'art. 649 c.p.p., come il decreto di

riconoscendo la natura di vera e propria condizione di procedibilità dell'azione al decreto autorizzativo del giudice e sancendo l'improcedibilità dell'azione esercitata in mancanza⁴⁰.

In quest'ottica, anche nel confronto con la disciplina del processo per responsabilità erariale, la ormai riconosciuta garanzia di una portata (seppur solo parzialmente) preclusiva del provvedimento di archiviazione sembra ormai potersi definitivamente iscrivere nel panorama generale del divieto di *bis in idem*⁴¹, inteso come principio generale dell'ordinamento che non si traduce soltanto nella regola dettata dall'art. 649 c.p.p., ma che si esprime nel sistema stesso attraverso tutte quelle singole previsioni che impediscono il doppio procedere per il medesimo caso.

Come noto, il principio del *ne bis in idem* appartiene alla storia e tradizione giuridica del nostro come degli altri ordinamenti della tradizione giuridica occidentale

archiviazione seguito da riapertura delle indagini da parte dello stesso pubblico ministero senza l'autorizzazione del giudice prescritta dall'art. 414 c.p.p.».

⁴⁰ La giurisprudenza ha tuttavia precisato l'ambito di operatività della preclusione, limitandola al singolo ufficio di procura e non estendendolo a quelli territorialmente diversi, in virtù del fatto che gli altri uffici non sarebbero legittimati alla richiesta di riapertura ex art. 414 c.p.p. e, in via di fatto, difficilmente potrebbero conoscere l'eventuale archiviazione già disposta per quel caso da altro ufficio. Sul punto v. *amplius* C. CONTI, *Archiviazione*, cit., p. 807 ss. *Contra* R. ORLANDI, *Effetti preclusivi dell'archiviazione e procedimento cautelare*, cit., p. 3295 ss.

⁴¹ Fiumi di inchiostro sono stati scritti sul principio del *ne bis in idem*. Al riguardo, tra i molti, si vedano: S. ASTARITA, *Ne bis in idem*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, UTET, 2008, p. 733 ss.; M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'IVA: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont. online*, 18 maggio 2016; G. GRABENWARTER, *The European Convention on Human Rights. A commentary*, Oxford, Beck-Hart, 2014, pp. 436 e ss.; E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 403 e ss.; V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 84 ss.; R. NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. VI, L. KALB (a cura di), *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere*, Torino, UTET, 2009, p. 32 ss.; A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2022; ID, *Il ne bis in idem dalla "certezza del diritto" alla "certezza del diritto soggettivo"*, in A. GAITO, C. DANIELA (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2016, p. 267 ss.; A. MANGIARACINA (a cura di), *Il ne bis in idem*, Torino, Giappichelli, 2022; N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. It.*, 2015, p. 216 ss.; ID, *Il fatto nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1205 ss.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 287 ss.; P. PASSAGLIA (a cura di), *Il principio del ne bis in idem*, in *Servizio studi della Corte costituzionale*, 2016; T. RAFARACI, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in A. MANGIARACINA (a cura di), *Reati tributari*, Torino, Giappichelli, 2022; T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 860 ss.; R. A. RUGGIERO, *Proscioglimento e ne bis in idem nel doppio binario sanzionatorio*, Torino, Giappichelli, 2022; A. F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, Torino, Giappichelli, 2022; N. MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2020; E.M. MANCUSO, F. VIGANÒ, *Diritto a non essere giudicato o punito due volte*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 375 ss.; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione della Carta?*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, p. 219 ss.; ID, *La grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. online*, 18 novembre 2016; ID, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont. online*, 28 settembre 2015; ID, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dir. pen. cont. online*, 16 maggio 2016.

e il brocardo significa, tradotto letteralmente dal latino, “non due volte per la stessa cosa”, indicando quello che è ormai oggi considerato un assioma fondamentale di civiltà giuridica: la stessa persona non può essere giudicata due volte per il medesimo fatto⁴².

Il divieto di *double jeopardy* rappresenta, così, il cardine di un composito sistema di preclusioni che garantiscono il soggetto dall’esposizione continua alla “persecuzione” processuale e quindi ai sacrifici imposti dall’essere sottoposto a giudizio, impedendo il riesercizio dell’azione penale⁴³. Il divieto rappresenta in questo senso lo strumento di tutela della “quiete penalistica” di un individuo, vale a dire del suo interesse a essere lasciato quieto, facendo cessare quello stato di continua e temporalmente indefinita soggezione alla pretesa punitiva⁴⁴.

Questa impostazione è ormai accolta anche da parte della giurisprudenza nazionale. In particolare, a partire dalla sentenza *Donati* delle Sezioni Unite⁴⁵, invero, si è espressamente riconosciuto come una nuova imputazione per il medesimo fatto nei

⁴² La regola è testualmente prevista agli artt. 649 e 669 del codice di procedura penale, che pongono tale divieto a seguito di una sentenza di assoluzione o di condanna o di un decreto penale irrevocabili. La garanzia si connota per la stretta natura processuale, differenziandosi così dalla portata dell’art. 15 c.p. che ne esprime la versione sostanziale. Il principio in questione non è espressamente tutelato dalla Costituzione, nella quale però trova un fondamento indiretto di copertura costituzionale; si ritiene, infatti, riconosciuto per implicazione da una serie di altre norme. In particolare, esso sarebbe connaturato all’art. 111 comma 1, nella nozione di giusto processo, nonché al comma 2, come strumento per assicurare la ragionevole durata dei procedimenti, ma, soprattutto, dall’art. 2, in quanto funzionale alle garanzie connesse allo sviluppo della personalità individuale, nonché per la funzione di tutela del giudicato e della certezza dei rapporti giuridici. Il principio è, inoltre, riconosciuto e tutelato a livello sovranazionale sovranazionali, formando così un sistema di garanzia multilivello che si integra reciprocamente. In particolare, esso è cristallizzato all’art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, nonché all’art. 4 del protocollo 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Queste due ultime fonti e i loro circuiti giurisdizionali, invero, hanno rivestito un ruolo fondamentale nell’evoluzione della nozione del *ne bis in idem*, nel segno di una sempre maggiore attenzione alle garanzie individuali di fronte al potere punitivo statale (anche di natura amministrativa), permettendone anche la definitiva affermazione tra quelli di rango costituzionale per il tramite dell’art. 117 comma 1 Cost.

⁴³ Al riguardo si veda G. LEO, *Ne bis idem e principio di preclusione nel processo penale*, in *Corr. merito*, 2006, p. 239 ss.; R. ORLANDI, *Principio di preclusione e processo penale*, in *Processo penale e Giustizia*, 2011, 5, p. 1 ss.; G. SILVESTRI, *Le preclusioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 2011, 1, p. 1 ss.; P. TROISI, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 719 ss.; C. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 74 ss.; F. CENTORAME, *Effetti preclusivi dell’archiviazione*, cit., p. 129 ss.; nonché R. DEL COCO, L. MARAFIOTI, *Il principio di preclusione nel processo penale*, atti del convegno, Teramo, 16 giugno 2011, Torino, Giappichelli, 2012.

⁴⁴ T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 860, il quale afferma che il *ne bis in idem* è «fondamento dell’illegittimità che grava sulla duplicazione dei processi *in itinere* per lo stesso fatto contro la stessa persona», in virtù della «sua immanente natura di diritto fondamentale della persona di fronte ai poteri giudiziari dello Stato».

⁴⁵ Cass, Sez. Un., 28 settembre 2005, n. 34655, secondo cui «un sistema processuale che lasciasse alla discrezionalità dello stesso organo della pubblica accusa la possibilità di reiterare l’esercizio della azione penale contro la stessa persona per il medesimo fatto si muoverebbe lungo linee assolutamente contraddittorie e dissonanti, asimmetriche rispetto alla legalità e non compatibili con i caratteri salienti del “giusto processo” prefigurato all’art. 111 Cost». Al riguardo, cfr. F.M. FERRARI, *Ne bis in idem, mai più processi-clone. Ecco la strada per evitare duplicazioni. Le Sezioni unite: il precedente giudizio consuma il potere del Pm*, in *Dir. giust.*, 2005, 40, p. 76; G. AMATO, *Estensione del “ne bis in idem” sulla base di principi generali*, in *Guida dir.*, 2005, 40, p. 66; L. G. VELANI, *Divieto di un secondo giudizio per il medesimo fatto e contro il medesimo soggetto: azione penale improcedibile anche in mancanza di irrevocabilità*, in *Ind. pen.*, 2006, 2, p. 735.

confronti dello stesso soggetto sia proibita non solo nel caso, pacifico, in cui sulla prima pronuncia sia sceso il giudicato (649 c.p.p.), ma anche nell'ipotesi di litispendenza⁴⁶, proprio per l'operare di un principio generale divieto di secondo giudizio che informa l'intero sistema processuale⁴⁷. La Corte di legittimità, infatti, ha riconosciuto che il primo esercizio rende «definitivamente consunto il potere di azione di cui quell'ufficio è titolare»⁴⁸, impedendo, quindi, la reiterabilità della stessa (*bis de eadem re ne sit actio*), anche in mancanza di una esplicita esclusione normativa.

Si nota, dunque, come la tesi dell'efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione presenti notevoli affinità, se non una vera e propria identità, di *ratio* tra processo di responsabilità per danno erariale e procedimento penale. Ciò sembra costituire, in una logica di coerenza complessiva dell'ordinamento giuridico, un ulteriore elemento a supporto della teoria favorevole all'efficacia preclusiva, ormai fatta propria dal diritto vivente anche in materia penale. Entrambi i sistemi, infatti, individuano in tale atto la fonte di effetti parzialmente bloccanti che impediscono la riapertura del procedimento⁴⁹ allo stato degli atti (ossia, in mancanza di nuovi elementi), sul presupposto che ciò rappresenti un'ulteriore manifestazione di quel più ampio sistema di preclusioni volto a tutelare l'individuo dall'indefinita esposizione all'azione pubblica, nonché a rendere effettiva l'imposizione di un termine di durata massiva all'attività investigativa⁵⁰.

Le indagini preliminari, pertanto, anche nel campo processualpenalistico risultano dominate da un principio di unicità-unitarietà, che in fondo può anche essere considerato come una conseguenza della necessaria completezza delle stesse⁵¹, e che si traduce in alternativa obbligata tra esercizio o archiviazione. Entrambe le menzionate opzioni parimenti esauriscono il potere di azione per l'intera fattispecie concreta (da cui

⁴⁶ Situazione in cui più procedimenti relativi allo "stesso fatto" pendano davanti allo stesso giudice. L'art. 28 c.p.p. ("casi di conflitto") non risulta applicabile, in quanto presuppone la pendenza delle cause davanti a uffici giudiziari diversi, determinando una situazione di apparente vuoto normativo che ha originato il caso deciso dalle Sezioni Unite nella citata sentenza. Cfr. P. TROISI, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 6, p. 719.

⁴⁷ Cass, Sez. Un., 28 settembre 2005, n. 34655, §4 del *Considerato in diritto*.

⁴⁸ Ivi, §4 del *Considerato in diritto*, per la quale «l'applicabilità della regola del *ne bis in idem* è collegata non tanto alla diretta operatività dell'art. 649 quanto al fatto che tale norma rappresenta l'espressione di un principio più ampio, che, anche in assenza di una sentenza irrevocabile, rende la duplicazione del processo incompatibile con le strutture fondanti dell'ordinamento processuale e ne permette la rimozione con l'impiego dei rimedi enucleabili dal sistema».

⁴⁹ Dell'intero "fascicolo", come si esprime l'art. 70 c.g.c., e non delle sole attività investigative.

⁵⁰ Quanto al processo penale, è esplicito sul punto A. CAMON, *Lineamenti di procedura penale*, IV Ed., Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2023, p. 527: «si tratta di scelta funzionale, da un lato, a proteggere l'indagato da incontrollabili persecuzioni giudiziarie *sine die* ad opera del pubblico ministero; dall'altro, a garantire effettività ai termini massimi di durata delle indagini, che potrebbero essere facilmente aggirati avvalendosi della libertà di riaprire senza condizioni i procedimenti archiviati».

⁵¹ Sul punto, Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88. In dottrina v. E. MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sist. pen.*, 2020, n. 5, p. 199 ss.; nonché F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini preliminari*, Torino, 2005, p. 41 ss.; C. VALENTINI, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, p. 3 ss.

deriva l'efficacia preclusiva), salva la riconosciuta possibilità di rimozione per l'ipotesi di nuovi elementi (che rappresenta la limitazione di tale effetto).

Sempre in questo senso, si segnala come sul punto sia intervenuta da ultimo anche la cd. "riforma Cartabia"⁵², la quale sembra aver recepito l'orientamento giurisprudenziale prevalente. La novella, infatti, è intervenuta sull'art. 414 c.p.p., subordinando espressamente il rilascio del decreto di autorizzazione alle indagini (ma, per quanto detto fino ad ora, anche il nuovo esercizio dell'azione) alla ragionevole previsione di individuazione di «nuove fonti di prova». Si specifica, in tal modo, come anche nel processo penale sia necessario che emergano elementi nuovi per consentire il superamento di quella preclusione che, altrimenti, osterebbe ad un agire che derivasse da una mera "rilettura" degli atti⁵³.

Il legislatore, tuttavia, non si è ancora spinto nel processo penale fino a riconoscere testualmente la necessità del provvedimento autorizzativo anche per l'esercizio dell'azione, pur essendo oggi possibile ricavare implicitamente tale requisito dal sistema⁵⁴. In questo senso, allora, l'art. 70 c.g.c. potrebbe rappresentare un valido modello per la riscrittura dell'art. 414 c.p.p., che tenga conto dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sul punto e dia anche formalmente corpo al già citato criterio n. 56 della legge delega.

5. La seconda possibile estensione alla materia penale. Frazionamento della contestazione e reati permanenti: problematiche e (possibili) soluzioni.

La presente vicenda appare di interesse anche per quanto riguarda i principi affermati in tema di esercizio frazionato dell'azione di responsabilità. Infatti, il tema della possibile segmentazione dell'azione da parte del pubblico ministero per un medesimo fatto merita, per l'evidente affinità delle situazioni, di essere osservato anche sotto il profilo dei possibili riflessi sul processo penale, in cui massime si fanno le esigenze di garanzia e di tutela dell'individuo, esposto alla più grave forma di pretesa punitiva del nostro ordinamento.

⁵² La modifica è stata introdotta dall'art. 22, co. 1, lett. h), n. 1) del d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. "riforma Cartabia"), che ha previsto l'introduzione al comma 1, dopo il primo periodo, il seguente: «La richiesta di riapertura delle indagini è respinta quando non è ragionevolmente prevedibile la individuazione di nuove fonti di prova che, da sole o unitamente a quelle già acquisite, possono determinare l'esercizio dell'azione penale».

⁵³ G. LEO, *La regola di giudizio dell'archiviazione e la riapertura delle indagini*, in G.L. GATTA, M. GIALUZ (diretto da), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, Vol. II, T. BENE, M. BONTEMPELLI, L. LUPARIA DONATI (a cura di), *Nuove dinamiche del procedimento penale*, Torino, Giappichelli, 2024, p. 93 ss.; nonché G. STAMPONI BASSI, *La riapertura delle indagini*, in V.A. BOGA, R. CREPALDI, V. DE LUCA, L.N. MEAZZA, M. MOSCARDINI, G. STAMPONI BASSI, *Le indagini preliminari, l'udienza preliminare e la nuova udienza predibattimentale. Aggiornato alla "riforma Cartabia" e alla legge 30 dicembre 2022, n. 199*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 183 ss.

⁵⁴ Si parla ancora di autorizzazione «alle indagini», senza fare riferimento al tema dell'esercizio diretto dell'azione penale, senza previa attività investigativa.

Anche in questo caso, il nodo centrale della questione attiene alla risoluzione della dicotomia tra unicità e pluralità dei fatti contestati: in quest'ultima situazione l'organo requirente risulta sicuramente titolare di una pluralità di azioni (una per ciascun reato), che potranno tradursi in una o più imputazioni. Non è, invero, rinvenibile alcuna imposizione normativa del *simultaneus processus*, a discapito della separazione degli addebiti; al contrario, l'attuale codice di procedura penale si ispira al *favor separationis*, ma lascia al pubblico ministero la scelta di esercitare un'unica azione cumulativa ovvero più azioni⁵⁵. Ciò si desume dal fatto che, in primo luogo, la connessione (art. 12 c.p.p.) e il collegamento (art. 371 comma 1, lettera b) non costituiscono condizioni sufficienti per la riunione (art. 17 c.p.p.) dei processi originati dalle diverse azioni; allo stesso tempo, la separazione (art. 18 c.p.p.)⁵⁶, salve talune ipotesi di obbligatorietà, può avvenire esclusivamente «su accordo delle parti» e, dunque, a condizione che vi sia (anche) il consenso dell'inquirente stesso. *In secundis*, si osserva come proprio l'intero sistema dei procedimenti speciali cd. "imperativi" o "oggettivi"⁵⁷ si fondi sulla separazione delle cause «salvo che ciò pregiudichi gravemente le indagini»⁵⁸. Ad ulteriore conferma, l'art. 518 c.p.p. prevede che il fatto nuovo emerso in dibattimento (per il quale, dunque, si configura una nuova e diversa azione rispetto a quella già esercitata) segua le «forme ordinarie», cioè venga contestato separatamente, a meno che il p.m. stesso non «faccia richiesta» di innestare la nuova azione su quella già in corso.

Di fronte a più reati, dunque, appare evidente il delinarsi di uno spazio di libertà nella scelta sul "modo" di esercitare le distinte azioni all'interno del principio di obbligatorietà: anche il p.m. "ordinario" è libero di scegliere come perseguire meglio, purché persegua.

Posta, invece, l'unicità dei fatti materiali, anche nel processo penale si evidenzia l'assenza di norme direttamente volte a prevedere ovvero escludere tale frazionamento dell'imputazione per l'intuitiva ragione che se il fatto è uno, allora la contestazione deve necessariamente essere una: l'impossibilità ontologica di scomporre il singolo fatto in più "sotto-fatti" rende apparentemente inutile ogni divieto normativo.

In realtà, il problema, normalmente assente, dell'eventuale sussistenza di una facoltà di scelta sul se frazionare il fatto, e quindi l'imputazione, da parte degli uffici

⁵⁵ Cfr. G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 69-70; F. DELLA CASA, G.P. VOENA, *Soggetti*, in G. CONSO, C. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 22-23. Per un'approfondita disamina della differente ricostruzione dell'istituto del *simultaneus processus* tra il codice Rocco del 1930 e quello accusatorio si veda: L. MARAFIOTI, *La separazione dei giudizi penali*, Milano, Giuffrè, 1990.

⁵⁶ Fenomeno inverso alla riunione, in cui si assiste al frazionamento in più "segmenti" processuali dell'originario esercizio unitario di più azioni tramite l'unica imputazione. Cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XIII Ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 80 ss.

⁵⁷ R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. CONSO, C. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 567-568. L'espressione è utilizzata nella manualistica per indicare i procedimenti speciali la cui instaurazione consegue alla scelta autoritativa del magistrato senza che alcun ruolo possa giocare il consenso dell'imputato. Esempi ne sono il procedimento per direttissima o il giudizio immediato a richiesta del p.m.

⁵⁸ Valutazione, quest'ultima, ovviamente lasciata all'insindacabile discrezionalità ("tecnica") dell'ufficio requirente.

della procura si propone con riferimento ai reati permanenti⁵⁹. Per essi, invero, la natura “di durata” dell’illecito e, quindi, il suo prolungarsi nel corso del tempo apre la strada a possibili distorsioni, al pari di quanto accaduto nell’esaminato processo per responsabilità erariale.

Infatti, il reato permanente è, come si è visto⁶⁰, considerato in diritto sostanziale come un’unica violazione, ossia un’unica fattispecie che include nel “fatto” tutte le diverse condotte di rilevanza penale, a partire dall’integrazione fino alla sua consumazione⁶¹. Ci si chiede, pertanto, quali siano le conseguenze dell’unitarietà sostanziale del reato sulla disciplina processuale, in particolare sui limiti in cui è permesso considerare il fatto come diverso, in particolare ai fini della imputazione e dell’applicazione della garanzia del *ne bis in idem*⁶².

Il cuore del problema sta nel comprendere se «il reato permanente [sia] scindibile in tante porzioni ciascuna delle quali caratterizzata da una propria condotta»⁶³: in altri termini, ci si chiede quale sia il contenuto che la nozione di “medesimo fatto” assume in relazione ai reati permanenti, e se sia ammissibile che attraverso un atto autoritativo del magistrato si determini l’effetto interruttivo della permanenza (e, quindi, la frantumazione dell’unitarietà, dal punto di vista del diritto sostanziale, del reato). La risposta a questi interrogativi assume notevole rilevanza pratica, in quanto da essa dipende la possibilità stessa che «la successiva condotta posta in essere pure a titolo di permanenza p[ossa] essere oggetto di un nuovo giudizio»⁶⁴.

Al riguardo si deve preliminarmente distinguere a seconda che, al momento in cui venga formulata l’imputazione, la condotta di permanenza sia cessata (e, quindi, il reato sia consumato), ovvero sia ancora in corso di esecuzione (e, dunque, il reato è perfetto ma non consumato).

⁵⁹ Per i reati istantanei, infatti, il problema non si pone nemmeno, secondo quanto già detto nel secondo paragrafo.

⁶⁰ Sul reato permanente e la sua natura unitaria, oltre agli Autori già citati alla nota 12, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X Ed., Padova, Cedam-Wolters Kluwer, 2017, p. 423; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V Ed., Vol. II, UTET, Torino, 1981, p. 463-464; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 710-711; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII Ed., Milano, Giuffrè, 2018, p. 267; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XI Ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 315-316.

⁶¹ B. PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Vol. I, Napoli, Jovene Editore, 1955, p. 236: «si compie e si perfeziona in tutti gli elementi che lo costituiscono, ma non si esaurisce, e la condotta del reo continua ininterrottamente, in ogni istante successivo, a realizzare la violazione dell’interesse e della norma che lo tutela».

⁶² Sul rapporto tra unicità del reato permanente e *ne bis in idem* cfr. R. RAMPIONI, *Reato permanente*, cit., p. 867-868; G. DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, cit., p. 596; G. LOZZI, *Un punto obbligato nella teoria del reato permanente: la bigamia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 129 ss.; R. MALAVASI, *Reato permanente, ne bis in idem ed interruzione giudiziale della permanenza*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 262 ss.; M. VALIANTE, *Il reato permanente. Aspetti sostanziali e problemi processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 210 ss.; S. VASSALLI, *Ammistia, decorrenza del termine e interruzione giudiziale della permanenza nei reati punibili a querela di parte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 1166 ss.

⁶³ A. GIOVENE, *Giudicato*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. V, Torino, UTET, 1991, p. 430.

⁶⁴ *Ibidem*.

In quest'ultimo caso, infatti, la dottrina e la giurisprudenza unanimi ammettono che il pubblico ministero possa effettuare una contestazione "aperta", vale a dire senza indicazione del termine di cessazione della condotta *sub iudice*. Essa si distingue, così, dalla contestazione "chiusa", in cui l'autorità requirente, all'atto di agire in giudizio, individua in modo determinato la frazione temporale di riferimento indicando anche il momento terminativo⁶⁵.

L'ammissibilità di una imputazione "aperta" si fa logicamente discendere dal fatto che il reato permanente in corso di esecuzione è un illecito già perfetto (quindi, già integrato in tutti i suoi elementi costitutivi) e, come tale, già punibile. Ciò è indirettamente confermato anche dall'art. 8 comma 3 c.p.p., che fa riferimento all'«inizio della consumazione» e non alla sua cessazione⁶⁶.

A questa soluzione, tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti associano un ulteriore elemento: la produzione di un effetto interruttivo della permanenza al momento della pronuncia della sentenza di condanna di primo grado (*rectius*: dal giorno successivo alla pubblicazione)⁶⁷. Si afferma infatti, che la soluzione che negasse tale efficacia finirebbe in realtà per determinare una «precostituzione di impunità»⁶⁸, in quanto il soggetto risponderebbe delle sole condotte compiute fino al momento della condanna, senza alcuna possibilità di punire quelle successive, che sarebbero coperte dal giudicato sulle precedenti. In questo modo, paradossalmente, la condanna diverrebbe lo strumento, l'occasione per guadagnare l'impunità successiva⁶⁹. Per impedire tale soluzione, senza però entrare in contrasto con il principio del *ne bis in idem*, si accoglie la

⁶⁵ Sulla distinzione tra contestazione "chiusa" e "aperta" cfr., *ex multis*, D. FALCINELLI, *Il tempo del reato, il reato nel tempo. La scrittura normativa delle coordinate cronologiche criminali*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 82 ss.

⁶⁶ Sulla base di tale considerazione la giurisprudenza giustifica una contestazione "aperta", vale a dire che, attraverso la mancata indicazione del termine finale di consumazione del reato nell'imputazione, "automaticamente" includa anche i fatti successivi all'esercizio dell'azione, senza la necessità di formale modifica della contestazione *ex art.* 516 c.p.p. L'orientamento appena menzionato è stato accolto da: Cass., Sez. Un., 13 luglio 1998, n. 11021. In senso conforme, tra le altre, Cass., Sez. VI, 4 luglio 2000, n. 10621; Cass., Sez. III, 11 ottobre 2000, n. 11591; Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2000, n. 13280; Cass., Sez. I, 6 giugno 2003, n. 27381; Cass., Sez. II, 20 aprile 2016, n. 20798. In dottrina, al riguardo v. R. RAMPIONI, *Contributo alla teoria del reato permanente*, cit., p. 40; R. CATENA, *Reati a consumazione prolungata e profili problematici nella contestazione c.d. "aperta". Equivoco interpretativo in una recente sentenza della Cassazione*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020, 6, p. 3 ss.; M. VALIANTE, *Il reato permanente. Aspetti sostanziali e problemi processuali*, cit., p. 218; F. COPPI, *Reato permanente*, cit., p. 326.

⁶⁷ Al riguardo v., *ex multis*, F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, II Ed., Torino, Giappichelli, 2011, p. 99; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1229 ss.; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 830; A. PAGLIARO, *Cosa giudicata e continuazione dei reati*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 42 ss.; T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, cit., p. 876; P.P. RIVELLO, *Analisi in tema di ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 2, p. 476 ss.; R. L. RICCIARDI, *Il reato permanente e i suoi effetti processuali. Nozione di reato permanente*, in *Arch. pen.*, 1960, 1, p. 364; G. SABATINI, *Sulla giudiziale interruzione della permanenza del reato*, in *Giust. pen.*, 1952, 2, p. 3 ss. Parte della dottrina ritiene che l'interruzione della permanenza si verifichi al momento del giudicato, v. G. LOZZI, *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1968, p. 922 ss.

⁶⁸ A. GIOVENE, *Giudicato*, cit., p. 431. Corte cost., 8 marzo 2018, n. 53, § 4 del *Considerato in diritto* al riguardo parla di «inaccettabile "salvacondotto" per chi intenda continuare a violare la legge penale».

⁶⁹ Si pensi al caso-limite di un concorrente nel reato associativo che sfrutti i riti alternativi per ottenere una pena celere (e ridotta) e continuare successivamente a far parte del sodalizio, impunito.

nozione di “medesimo fatto” di cui all’art. 649 c.p.p. in senso strettamente storico-materiale⁷⁰.

Si deve segnalare, tuttavia, come una parte minoritaria della dottrina obietti, non senza qualche ragione, che tale effetto interruttivo, assegnato al provvedimento di condanna del giudice, non trova alcun fondamento legislativo⁷¹ e che, in realtà, è ammesso solamente per ragioni di politica criminale⁷². Si è ancora sostenuto che la permanenza, unificando le condotte in un solo reato, renderebbe unico il “fatto”, con la conseguenza che tutte le successive iniziative giudiziali dovrebbero considerarsi precluse ai sensi del divieto di secondo giudizio (art. 649 c.p.p.)⁷³.

Quest’ultima affermazione, però, è sicuramente da respingere, in quanto è ormai dato acquisito che il “fatto” rilevante ai fini del divieto di *double jeopardy* sia solo quello inteso in senso “storico-materiale”, indipendentemente dalla sua qualificazione

⁷⁰ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1211-1212, il quale espressamente afferma: «il giudicato vale rispetto alla res deducta: chiamiamola *a-b*; ovvio che l’assolto o il condannato sia perseguibile su *b-c* (se no, delinquerebbe in piena licenza). Sono fatti diversi».

⁷¹ *Ibidem*, nonché E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 479. Gli Autori, infatti, osservano come la tesi dell’interruzione giudiziale non sia supprotata da alcun dato normativo e sarebbe, peraltro, superflua. Il giudicato si forma sulla *res deducta*, e in base a questa sola considerazione si può ricostruire l’effetto preclusivo nei confronti di successive iniziative giudiziarie. La diversa tesi, peraltro, sembrerebbe quasi ammettere un caso in cui la sentenza del giudice penale non si limitasse ad accertare e condannare, ma avesse anche, per utilizzare *mutatis mutandis* la terminologia propria del diritto processuale civile, valore costitutivo, ossia «fa luogo alla modificazione giuridica» (cfr. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, in C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, XVII Ed., Vol. I, Torino, Giappichelli, 2020, p. 48), rappresentata in questo caso dalla estinzione della permanenza.

⁷² R. RAMPIONI, *Reato permanente*, cit., p. 867, il quale parla di «asserita esigenza pratica (*in malam partem*)».

⁷³ P. CAMPUS, *Studio sul reato permanente*, Sassari, G. Gallizzi Editore, 1902, p. 72, secondo il quale: «il principio della unicità del fatto nel reato permanente ci avverte che qualunque nuovo giudizio condurrebbe a violare la norma fondamentale del *non bis in idem*».

giuridica⁷⁴. Ciò che rileva sono le singole condotte materiali, non il fatto che il diritto sostanziale le accomuna in una medesima fattispecie “di durata”⁷⁵.

Discorso a parte merita, invece, la differente e peculiare ipotesi in cui il reato sia già consumato nel momento in cui il pubblico ministero esercita l’azione penale, come (*mutatis mutandis*) accaduto nell’ipotesi di responsabilità erariale da cui trae spunto il presente commento. In tale eventualità, ci si deve chiedere se sia illegittima la condotta processuale dell’organo requirente che “isoli” singole frazioni della complessiva condotta, frammentandola in più “contestazioni chiuse”⁷⁶.

Al riguardo, si deve anzitutto escludere che si possa ravvisare una violazione del principio del *ne bis in idem*, sulla base dei medesimi ragionamenti di cui sopra. È evidente, infatti, come anche in questo caso le condotte – sul piano storico-materiale – siano inevitabilmente “diverse”, non potendosi così ritenere integrata la nozione di *idem factum* richiesta per l’operatività di tale garanzia e del relativo effetto preclusivo⁷⁷.

Tale frazionamento potrebbe, tuttavia, essere evitato qualora si ritenesse estendibile anche alla materia penale quel principio che, nel caso in commento, i giudici contabili hanno ricavato dal sistema del processo per responsabilità erariale: l’unicità

⁷⁴ La nozione di *idem factum* come requisito di operatività del principio del *ne bis in idem* non può, per evidenti ragioni di spazio, essere affrontata in questa sede. Per un’approfondita analisi delle varie teorie seguite in dottrina e in giurisprudenza, nonché della loro evoluzione nel tempo v. A. PROCACCINO, *I bis in idem tra diritti individuali e discrezionalità dell’apparato*, Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2022, p. 38-42. In giurisprudenza, a livello nazionale, v., *ex multis*, Corte cost., 8 marzo 2018, n. 53, § 4 del *Considerato in diritto*, secondo la quale: «l’identità del fatto, rilevante ai fini dell’operatività del principio del *ne bis in idem*, sussiste – secondo un radicato principio giurisprudenziale – solo quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica». Per un ampio commento sulla sentenza della Corte costituzionale v. A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem, interruzione della permanenza e applicabilità dell’art. 671 c.p.p.: la consulta fa chiarezza su alcune questioni problematiche*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, p. 143 ss. Sul concetto convenzionale di “*idem*” cfr. Corte EDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009, n. 14939/2003, *Zolotoukhin c. Russia*, § 81-82: «The Court further notes that the approach which emphasises the legal characterisation of the two offences is too restrictive on the rights of the individual, for if the Court limits itself to finding that the person was prosecuted for offences having a different legal classification it risks undermining the guarantee enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 rather than rendering it practical and effective as required by the Convention (compare Franz Fischer, cited above, § 25). Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second “offence” in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same». In dottrina, cfr. S. ALLEGREZZA, *Commento all’art. 4 del Protocollo n. 7*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, Cedam, 2012, p. 894 ss.

⁷⁵ F. COPPI, *Reato permanente*, cit., p. 326.

⁷⁶ Per fare un esempio in ambito penale, si pensi ad una condotta di mancato pagamento degli assegni di mantenimento (art. 570 *bis* c.p.) che si protragga nell’arco di un triennio, ma che la procura contesti con separate imputazioni ogni singola annualità.

⁷⁷ Corte cost., 8 marzo 2018, n. 53, §4 del *Considerato in diritto*, secondo la quale: «il divieto di secondo giudizio riguarda soltanto la condotta posta in essere nel periodo indicato nell’imputazione e accertata con la sentenza irrevocabile, e non anche la prosecuzione o la ripresa della stessa condotta in epoca successiva, la quale integra un “fatto storico” diverso, non coperto dal giudicato». In tal senso, cfr. R. CATENA, *Reati a consumazione prolungata e profili problematici nella contestazione cd. “aperta”*, cit., p. 8-9. Stando sempre all’esempi di cui alla nota precedente, è infatti intuitivo come i mancati pagamenti riferiti, in ipotesi, al 2008 siano fatti “diversi” e distinti (non i medesimi) di quelli del 2009 e così via. *Contra*, M. VALIANTE, *Il reato permanente. Aspetti sostanziali e problemi processuali*, cit., p. 224.

della contestazione⁷⁸. Un simile principio, tuttavia, non pare ravvisabile nel codice di procedura penale e, anzi, è stato indirettamente escluso anche dalla Corte costituzionale⁷⁹, la quale ha ritenuto che, nel caso di «unico reato permanente giudicato “per tranche” in sede cognitiva»⁸⁰, con plurime “contestazioni chiuse”, si debba assegnare all’atto di esercizio dell’azione da parte pubblico ministero l’effetto di momento interruttivo della permanenza⁸¹. Il ragionamento della Corte si fonda sull’illogicità di un argomento che ammetta la diversità dei fatti ai sensi dell’art. 649 c.p.p., ma, allo stesso tempo, la escluda ai fini della contestazione, considerando il reato necessariamente come unitario⁸². Dunque, se i fatti sono da ritenersi “processualmente” diversi (ai sensi dell’art. 649 c.p.p.), devono allora esserlo a tutti gli effetti della legge di rito penale. Ne deriva che, a seguito della contestazione “frazionata”, non ci si trova più

⁷⁸ V. il terzo paragrafo del presente contributo. Laddove riconosciuto, questo principio imporrebbe al pubblico ministero di riversare in un’unica imputazione tutte le condotte già verificatesi afferenti al medesimo reato permanente (in quanto costituenti un unico “fatto tipico” non frazionabile), con la conseguenza che le eventuali successive iniziative risulterebbero precluse. Non sarebbe, dunque, ammissibile che la condotta processuali frantumi l’unitarietà sostanziale del reato. In tal senso opina M. VALIANTE, *Il reato permanente. Aspetti sostanziali e problemi processuali*, cit., p. 221.

⁷⁹ Corte cost., 8 marzo 2018, n. 53. La vicenda sottoposta all’attenzione della Corte riguardava il caso di un soggetto condannato tre volte in via definitiva per il reato di violazione aggravata degli obblighi di assistenza familiare (art. 570, secondo comma, c.p.): la prima per fatti commessi da marzo a settembre 2008; la seconda per fatti commessi da ottobre 2008 a marzo 2009; la terza per fatti commessi da agosto 2009 a marzo 2010. Davanti al giudice dell’esecuzione il condannato lamentava che le tre condanne si riferissero tutte ad un unico reato di natura permanente, rimanendo egli inadempiente anche nei periodi intermedi a quelli formalmente contestati.

⁸⁰ Ivi, §5.

⁸¹ *Ibidem*, la quale richiama, concordando, la costante giurisprudenza della Corte di cassazione sul punto: «in caso di contestazione “chiusa”, è la data finale indicata nel capo di imputazione a segnare – una volta che sul fatto sia intervenuto l’accertamento processuale definitivo – il momento nel quale si determina la frantumazione della condotta criminosa, che imprime alla condotta successiva i connotati di un distinto reato». Concorde sul punto anche la dottrina prevalente. V., per tutti, F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., p. 99. *Contra*, G. DE FRANCESCO, *Profili strutturali e processuali del reato permanente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 594 ss.

⁸² *Ibidem*, che afferma: «è del tutto logico che le meccaniche operative del fenomeno dell’interruzione giudiziale vadano di pari passo con quelle del *ne bis in idem*, rimanendo perciò collegate alle modalità di formulazione (“chiusa” o “aperta”) dell’accusa, nei termini dianzi ricordati. Sarebbe, del resto, singolare, se non anche contraddittorio, che – così come mostra, in sostanza, di ritenere il giudice a quo – un segmento del reato permanente debba essere considerato fatto diverso e autonomo, ai fini dell’esclusione dell’operatività del *ne bis in idem*, malgrado il principio di unitarietà di tale categoria di reati, e, al contrario, porzione del fatto già giudicato – in nome di quello stesso principio – quando si tratti di stabilire se si sia al cospetto di un reato unico o di una pluralità di reati. Se si riconosce alle modalità dell’accertamento giudiziario (fattore di tipo processuale) la capacità di frantumare l’unità sostanziale del reato permanente – in risposta alle esigenze pratiche cui si è fatto cenno, giudicate ineludibili – ciò non può non valere su entrambi i versanti. In siffatto ordine d’idee, l’interruzione della permanenza deve ritenersi intervenuta anche nel caso oggetto del giudizio a quo: discutendosi di contestazioni “chiuse”, non rileva, in contrario, il fatto che la prima sentenza di primo grado sia successiva all’intero periodo cui si riferiscono le tre condanne». Pur disconoscendo l’ammissibilità di un effetto interruttivo della permanenza, ai medesimi risultati pervengono quegli Autori (v. nota 71) che, correttamente, riconducono l’idoneità preclusiva del giudicato alla *res deducta* nel processo, la cui determinazione è rimessa, nel nostro sistema alla discrezionalità del pubblico ministero.

di fronte ad un *unico* reato permanente, ma a *più* reati permanenti, in concorso tra di loro, rispetto ai quali l'organo requirente è, come si è visto, libero di agire separatamente (senza alcun effetto preclusivo). Tale conclusione è avvalorata anche dalla disciplina che i giudici delle leggi, richiamando pure la giurisprudenza della Cassazione, ritengono applicabile in punto di trattamento sanzionatorio: quella in materia di reato continuato⁸³.

Tuttavia, si deve osservare come queste conclusioni, sebbene utili «al fine di giustificare, sul piano teorico, la possibilità di giudicare in modo separato singoli segmenti temporali del reato permanente senza incorrere nella violazione del divieto di *bis in idem*, evitando effetti di “immunità penale”»⁸⁴, determinino qualche perplessità. Infatti, non si può fare a meno di notare, da un lato, l'assenza di base normativa alla teoria dell'interruzione legale della permanenza⁸⁵; dall'altro, l'irragionevolezza di (e l'insoddisfazione per) una disciplina processuale del reato permanente che ne frantumi l'unitarietà sostanziale in una pluralità di reati concorrenti, determinando, sul versante sanzionatorio, l'irrogazione di più pene (per quanto unificate *ex art. 81 comma 2*⁸⁶) per una condotta che, nella volontà del legislatore, è punita una sola volta⁸⁷.

Dunque, di fronte a tale discrepanza, ci si deve domandare se sia possibile correggere l'attuale sistema in via ermeneutica, emendando la criticità rappresentata dal cumulo di procedimenti e di sanzioni per lo stesso reato.

Quanto al profilo legato al rito penale, si deve riconoscere l'impossibilità di pervenire ai medesimi risultati cui sono giunti i giudici contabili nella vicenda da cui trae spunto il presente commento⁸⁸, in quanto l'unitarietà, dal punto di vista della legge sostanziale, dell'illecito non può prevalere sulla nozione storico-materiale di *idem*, su cui si fonda il sistema processuale penale (anche) nell'assegnare valore preclusivo al giudicato⁸⁹.

Ciononostante, la conclusione cui si è appena raggiunti per il giudizio e per la *res iudicata* non si può ritenere valida anche per la pena, la quale ha ad oggetto la condotta per come essa è qualificata dalla norma, ossia il reato. Il giudice, nel determinare la sanzione, deve far applicazione del diritto sostanziale, pena la violazione del principio di legalità (*nulla poena sine lege*)⁹⁰ e, dunque, non può considerare e punire un reato

⁸³ Il quale altro non è che un'ipotesi di concorso materiale di reati, sebbene avvinti tra loro dal vincolo dalla continuazione. Corte cost., 8 marzo 2018, n. 53, § 5 del *Considerato in diritto*, nel quale si legge che «nel caso di interruzione giudiziale della permanenza, è bene applicabile ai vari segmenti di condotta autonomamente giudicati la disciplina del reato continuato, anche in sede esecutiva». Il giudice delle leggi, infatti, risolve il caso concreto di cui alla nota 75 con una sentenza interpretativa di rigetto, affermando l'applicabilità alla vicenda dell'art. 671 c.p.p.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 481.

⁸⁶ Eventualmente anche *in executivis ex art. 671 c.p.p.*

⁸⁷ M. VALIANTE, *Il reato permanente. Aspetti sostanziali e problemi processuali*, cit., p. 225-226.

⁸⁸ Vale a dire, il riconoscimento dell'esistenza di un principio di unicità della contestazione che precluda le successive azioni.

⁸⁹ Cfr. R. FONTI, *Il giudicato penale*, in M.C. GASTALDO (a cura di), *Procedura penale esecutiva*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 42 ss.; nonché F. IOVINO, *La risoluzione del conflitto pratico di giudicati*, in P. TROISI (a cura di), *Esecuzione penale e modifiche del giudicato*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 107 ss.

⁹⁰ Principio tutelato a livello costituzionale dall'art. 25 comma 2 Cost. e ribadito a livello primario dall'art. 1

permanente come se fosse uno continuato. Consapevole delle possibili interferenze derivanti dalla diversità tra l'oggetto del processo (fatto) e quello del diritto sostantivo (reato), il legislatore ha previsto una serie di rimedi in sede esecutiva⁹¹. Lo strumento principale, in questo senso, è l'art. 671 c.p.p., il quale permette il recupero *in executivis* dell'applicazione delle regole in materia di concorso formale e di reato continuato, che non avessero potuto applicazione in sede cognitiva, per i limiti derivanti dal già citato *favor separationis* che accoglie il codice di rito⁹². Questa norma, definita di portata «rivoluzionaria»⁹³, riconosce la recessività della *res iudicata* di fronte alle preminenti esigenze di garanzia della legalità della pena (art. 25 comma 2 Cost.), nonché di uguaglianza (art. 3 Cost.)⁹⁴.

Le esigenze di legalità e uniformità del trattamento sanzionatorio, poste a base dell'articolo in commento, si ritrovano, immutate, anche nell'ipotesi del reato permanente. Anche in questo caso, infatti, la disciplina processuale produce uno scarto tra il risultato concreto e quello stabilito dal legislatore, che deve essere corretto da parte del giudice dell'esecuzione⁹⁵. Parimenti, emerge la necessità di recuperare sia la coerenza tra il disposto della cognizione e la lettera della legge sostanziale (*nulla poena sine lege*), sia l'uguaglianza di trattamento tra colui che è fisiologicamente giudicato in modo unitario e colui che invece subisce plurimi procedimenti (e condanne), nonché la proporzionalità della pena⁹⁶.

Tali profili sono percepiti anche dal diritto vivente⁹⁷, il quale tuttavia ne trae la convinzione che, per evitare i summenzionati contrasti, si debba in qualche modo

c.p. Sul punto cfr., *ex multis*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IX Ed., Bologna, Zanichelli, 2024, pp. 85 ss.; nonché V. MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 36 e ss. Con specifico riferimento al momento dell'esecuzione, cfr. M.C. GASTALDO, *La legge, il giudice, la pena*, in M.C. GASTALDO (a cura di), *Procedura penale esecutiva*, cit. p. 1 ss.

⁹¹ Per una compiuta analisi v. D. VIGONI, *Gli interventi sul giudicato nella fase esecutiva*, in M.C. GASTALDO (a cura di), *Procedura penale esecutiva*, cit., p. 161 ss., la quale afferma che «la giurisdizione esecutiva risente di forti tensioni che la rendono in parte prigioniera dell'essere fisiologica sede di risoluzione di ogni questione relativa al giudicato, in parte aperta verso logiche di controllo funzionale all'attuazione del "giusto titolo esecutivo", quale presidio di garanzia della legalità della pena.

⁹² V., per tutti, D. VICOLI, *Funzioni. Il giudice dell'esecuzione*, in F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, II Ed., Torino, Giappichelli, 2011, p. 273 ss.

⁹³ G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 57.

⁹⁴ In dottrina si veda P. TROISI, *La ricomposizione del reato continuato*, in P. TROISI (a cura di), *Esecuzione penale e modifiche del giudicato*, cit., p. 51 ss., il quale parla di «rimedio a carattere unidirezionale, fruibile esclusivamente *in favorem rei*, a difesa della legalità della pena e di fondamentali esigenze di uniformità di trattamento»; nonché «dismesse le vesti di giudice degli incidenti, l'organo investito di potestà decisoria (art. 655 c.p.p.) non si limita più a dirimere contrasti inerenti all'esecutività del titolo, che si frappongono alla concreta messa in atto del medesimo, ma interviene sul comando, per modificarlo e ricondurlo a legalità». In giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766; Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 37107; Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040; Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858.

⁹⁵ Tale discrasia, come si è visto, è pacificamente accolta dalla giurisprudenza, anche della Corte costituzionale, che, proprio su tale base, ritiene doversi applicare la disciplina del reato continuato.

⁹⁶ Sul principio di proporzionalità, con particolare riferimento al suo rapporto col procedimento penale, v. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, p. 143 ss.

⁹⁷ La giurisprudenza di legittimità, avallata – come si è visto – anche dalla Corte costituzionale, è consolidata nel ritenere l'effetto interruttivo della permanenza e quindi applicare la disciplina della continuazione

applicare un cumulo giuridico delle pene inflitte, al posto della mera somma materiale delle condanne. La soluzione più semplice è così rinvenuta nell'applicazione della disciplina del reato continuato, il che può già avvenire – come visto – anche durante l'esecuzione. Il principale ostacolo, esclusa la problematicità della medesimezza del disegno criminoso⁹⁸, si rinviene nel fatto che la nozione di continuazione presuppone la pluralità di reati: la soluzione sta nella teoria dell'effetto interruttivo della permanenza, secondo quanto osservato *supra*.

Appare, invece, più coerente con il sistema ed i principi costituzionali richiamati ritenere che la *ratio* dell'art. 671 c.p.p., traduzione normativa del generale principio di legalità della pena, operi anche nell'ipotesi in cui si debba garantire la corretta applicazione della disciplina sul reato permanente. Quindi, il giudice dell'esecuzione, qualora si trovi di fronte a più condanne ritenute episodi di un medesimo reato, dovrà accertare la sussistenza in concreto della permanenza, «sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione» (facendo così salva, nei limiti ammessi dalla legalità della pena, la *firmitas* della *res iudicata*⁹⁹), e, nel caso, rideterminare la sanzione complessiva entro il massimo edittale previsto dalla relativa norma incriminatrice, sempre nel limite del cumulo materiale delle pene inflitte di cui al secondo comma.

In tali termini, si spiega anche l'assenza di una qualsivoglia previsione normativa circa l'interruzione legale della permanenza. Quello che viene presentato come peculiare effetto costitutivo attribuito alla sentenza del giudice (o, perfino, all'imputazione stessa), può, invero, essere spiegato più semplicemente come l'effetto derivante dalla delimitazione del *thema decidendum* processuale, e quindi della cognizione giudiziale, ai soli fatti imputati, da cui discende che il giudicato copre, in fatto, solo ciò che è formalmente contestato¹⁰⁰. Tale circostanza, invece, rimane irrilevante a livello sostanziale, in assenza di diversa statuizione legislativa, e non può così esserle riconosciuto il potere, verrebbe da dire quasi messianico, di trasformare *ipso facto* l'uno in plurimo.

Inoltre, non vale ritenere che tale scarto possa essere rimediato già applicando al permanente quanto dettato per il continuato. Tale trasformazione, oltre ad essere

⁹⁸ È evidente, infatti, che l'unicità del disegno criminoso ricorra nelle ipotesi in cui il soggetto ponga in essere più azioni per commettere un unico reato, altrimenti mancherebbe il dolo di consumazione con riferimento ad alcune delle condotte tipiche, con conseguente assoluzione.

⁹⁹ Con riferimento ai vincoli che la *res iudicata* impone al giudice dell'esecuzione v. *ampilius*, P. TROISI, *La ricomposizione del reato continuato*, in P. TROISI (a cura di), *Esecuzione penale e modifiche del giudicato*, cit., p. 58 ss.

¹⁰⁰ Come osservato a nota 71, questa ricostruzione, che ripudia l'interruzione legale e fa discendere la cognizione "per tranches" del reato permanente dall'operare delle ordinarie regole di estensione oggettiva del giudicato penale, è di F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1211 e 1212, secondo il quale: «il giudicato vale rispetto alla *res deducta*: chiamiamola *a-b*; ovvio che l'assolto o il condannato sia perseguibile su *b-c* (se no, delinquerebbe in piena licenza). Sono fatti diversi. Tutto sta nell'individuare gli estremi. Meno chiaramente, la dottrina parla d'"effetto interruttivo": da quel punto l'eventuale seguito costituisce fatto diverso; e fioriscono questioni fuori luogo. [...] [Una] ipotesi insostenibile: diventa giudicato quanto risulta dall'accusa (eventualmente accresciuta al dibattimento: art. 518); gli sviluppi posteriori costituiscono una nuova storia aperta al futuro giudiziario». Dello stesso avviso, più di recente, E.M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 477 ss.; nonché F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 99.

artificiosa, opererebbe pure *in malam partem* nei confronti dell'imputato, il quale sarebbe trattato come soggetto che ha offeso più volte il medesimo bene giuridico, con conseguenze sfavorevoli in tema di pena ed effetti penali, come dimostra peraltro la stessa vicenda all'attenzione della Corte nella già citata sentenza 53/2018¹⁰¹.

Una più seria obiezione, invece, potrebbe derivare dalla necessità di salvaguardare il valore (anche costituzionale) della fermezza della *res iudicata*¹⁰². Infatti, se si assumesse che il principio generale è la sua stabilità, allora l'art. 671 c.p.p. verrebbe inevitabilmente a qualificarsi come norma eccezionale, in quanto contemplante una deroga, e come tale sarebbe insuscettibile di applicazione «oltre i casi [...] in ess[a] considerati»¹⁰³. Di fronte a questa prospettiva, che sembra comunque non in linea con il valore oggi riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza alla tutela della legalità della pena come interesse prevalente sulla fermezza del giudicato¹⁰⁴, apparirebbe di grande utilità l'intervento del legislatore, affinché introduca un maggiore coordinamento tra la disciplina sostanziale e quella processuale del reato permanente. Emerge, infatti, anche grazie al confronto con il sistema di danno erariale, l'esigenza di un recupero delle istanze di garanzia, quantomeno sotto il profilo sanzionatorio, senza che queste possano essere (ancora) sacrificate sull'altare della difesa sociale.

¹⁰¹ In questo caso, il soggetto è stato condannato tre volte in via definitiva *ex art* 570 c.p. per fatti che, si scopre in fase di esecuzione, costituiscono singoli episodi di un'unica condotta permanente. Il cumulo materiale delle condanne è di 18 mesi di reclusione (e 600 euro di multa), e, se si applica *in executivis* la disciplina della continuazione, il comma 2 dell'art. 671 c.p.p. garantisce una pena massima di uguale misura (laddove il cumulo giuridico *ex art*. 81 c.p. potrebbe infatti giustificare la reclusione fino a 3 anni, considerata la pena dell'art. 570 c.p. aumentata fino al triplo). Attraverso la disciplina del reato continuato, dunque, il reo, nel caso concreto, è esposto ad un massimo edittale concreto di 18 mesi di reclusione; al contrario, se il fatto fosse considerato come un unico reato permanente, la pena massima sarebbe di soli 12 mesi di reclusione.

¹⁰² Tuttavia, si segnala come questa posizione non sembri più in linea con l'attuale tendenza al riconoscimento della recessività della stabilità del giudicato. Sul punto, cfr. F. CAPRIOLI, *Introduzione*, in F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., p. 4, secondo cui è «tramontata la stagione delle sentenze irrevocabili destinate a *facere de albo nigrum*, nell'attuale assetto normativo»; nonché G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., p. 45, il quale afferma che: «il giudicato diviene istituto flessibile, malleabile, aperto alle verifiche qualora ve ne sia comprovata necessità *in bonam partem*»; R. LOPEZ, *La correzione della pena illegale*, in P. TROISI (a cura di), *Esecuzione penale e modifiche del giudicato*, cit., p. 239 ss. In giurisprudenza, tra le molte, Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 47766, §8 del *Considerato in diritto*: «l'efficacia del giudicato penale [...] non implica l'immodificabilità in assoluto del trattamento sanzionatorio stabilito con la sentenza irrevocabile di condanna nei casi in cui la pena debba subire modificazioni necessarie imposte dal sistema a tutela dei diritti primari della persona»; nonché Cass., Sez. Un., 27 novembre 2014, n. 18821, §7 del *Considerato in diritto*, secondo la quale nel: «bilanciamento tra il valore della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente previsti, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo».

¹⁰³ Art. 14 del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, Disposizioni sulla legge in generale.

¹⁰⁴ V. nota 102.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**