

IL MERITO

Ne bis in idem

La decisione

Ne bis in idem - **Questione non manifestamente infondata** - **Cosa giudicata** - **Presupposti e ambito di operatività del divieto** - **Concorso formale di reati** - **Concorso apparente di norme** - **Principio di specialità** (CEDU, art. 7; Prot. CEDU n. 7, art. 4; Cost., artt. 111, 117; C.p., artt. 15, 81; C.p.p., artt. 649, 669, 671).

È rilevante e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui limita l'applicazione del principio del ne bis in idem all'esistenza del medesimo "fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico" così come delineato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 4, Prot. n. 7 CEDU.

TRIBUNALE DI TORINO, (ord.) 24 luglio 2015 - BOMPIERI, *G.u.p.* - Schmidheiny, *imputato*

Ne bis in idem:

una questione "eterna" all'esame della Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il contesto storico processuale. - 3. La giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla nozione di "stesso fatto". In particolare, il problema del concorso formale di reati. - 4. I *dicta* provenienti da Strasburgo: il trionfo della materialità. - 5. Un "paradosso costituzionale" tra orientamento consolidato e diritto vivente. - 6. Conclusioni. I possibili scenari.

1. Con l'ordinanza in commento il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Torino dubita della legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., secondo la costante e univoca interpretazione di quest'ultimo offerta dalla giurisprudenza della Corte di cassazione¹. In particolare il giudice piemontese (dinanzi al quale è in corso di svolgimento l'udienza preliminare del processo cd. "Eternit-*bis*", a carico di Stephan Schmidheiny) chiama in causa la Con-

¹ Trib. Torino, G.u.p., (ord.) 24 luglio 2015, Schmidheiny. Il testo dell'ordinanza è riportato, con un primo commento a cura di GITTARDI, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it. Il provvedimento è stato commentato da numerosi studiosi, tra cui GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, 1205 ss.; SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit e il sacrificio dei diritti*, in www.archiviopenale.it; GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in www.penalecontemporaneo.it.

sulta affinché quest'ultima si pronunci sulla possibile violazione dell'articolo 117, co. 1, Cost.² - in relazione al *ne bis in idem* sancito dall'art. 4, Prot. n. 7 della CEDU - ad opera dell'art. 649 c.p.p.³

Il GUP torinese ritiene sussistente un contrasto tra la norma processuale interna, così come risultante dall'interpretazione della Cassazione, nella parte in cui limita l'applicazione del *ne bis in idem* processuale ai soli procedimenti penali irrevocabili che abbiano avuto ad oggetto il medesimo "fatto giuridico", e la giurisprudenza della Corte EDU⁴, a mente della quale il principio in pa-

² Non si vuole qui ricostruire il "cammino convenzionale" della giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti tra ordinamento interno e CEDU. Crediamo sia sufficiente, per comprendere il rapporto tra questi due sistemi di norme, il richiamo al fondamentale principio contenuto nelle notissime sentenze gemelle, Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007: «In base all'art. 117, co. 1, Cost., come modificato dall'art. 2 l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, non può attribuirsi rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, derivando dallo stesso l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare le norme poste da trattati e dalle convenzioni internazionali - e tra queste la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), alla quale deve riconoscersi una peculiare rilevanza in considerazione del suo contenuto -, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU, e dunque con gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, co. 1, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale, che realizza un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati. Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme e qualora ciò non sia possibile, ovvero qualora dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', proporre la relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.». Sulle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 si veda, tra gli altri, SCARABBA, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3475 ss.; TEGA, *Le sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte subcostituzionale del diritto*, in *Quad. Cost.*, 2008, 133 ss. Sui rapporti tra ordinamento penale interno e CEDU, si veda MANNA, *Corso di diritto penale, parte generale*, Padova, 2015, 56 ss.; SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011.

³ Per comodità espositiva si riportano le formulazioni dell'art. 649 c.p.p. e dell'art. 4, Prot. n. 7, CEDU. Art. 649 c.p.p.: «L'imputato proscioltto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli artt. 69, co. 2 e 345. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo».

Art. 4, Prot. n. 7, CEDU: «Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione».

⁴ La disposizione CEDU vive, infatti, nell'interpretazione che di essa ne dà l'organo titolare del potere nomofilattico in questo particolare sistema normativo, ossia la Corte Europea dei diritti dell'uomo. Si veda, in tal senso, la sentenza Corte cost., n. 49 del 2015: «alla Corte di Strasburgo compete di pronunciare la "parola ultima" in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della

rola andrebbe esteso anche ai procedimenti - definitivamente conclusi - in cui l'imputato sia già stato chiamato a rispondere per lo stesso "fatto storico" posto successivamente a base del secondo procedimento.

La particolarità su cui si vuole subito richiamare l'attenzione è che il contrasto in parola (quello tra norma interna e norma convenzionale, quest'ultima integrante il parametro di costituzionalità *ex art. 117, co. 1, Cost.*) sussisterebbe in quanto gli organi deputati a svolgere l'opera di nomofilachia all'interno dei sistemi ordinamentali che vengono in rilievo (*id est* la Corte di cassazione e la Corte Europea dei diritti dell'uomo) divergono in maniera evidente sull'estensione da attribuire al divieto di doppio giudizio in materia penale.

Fondamentale importanza, ai fini che qui interessano, riveste la nozione di *idem factum* contenuta nell'art. 649 c.p.p., costituente il nodo dell'interpretazione della "cosa giudicata sostanziale", istituto finalizzato a impedire che il medesimo soggetto venga reiteratamente sottoposto ai patimenti del processo penale in relazione ad un "fatto" già oggetto di un procedimento ormai irrevocabilmente definito⁵. Una garanzia di certezza processuale, potremmo rilevare, spettante a tutti i soggetti già in precedenza sottoposti al vaglio della giustizia penale, il cui esito (assolutorio o di condanna) non deve spiegare effetti sull'estensione della garanzia costituita dal *ne bis in idem* processuale.

2. Prima di affrontare i problemi giuridici posti dall'ordinanza in commento è opportuno chiarire la situazione processuale da cui scaturisce l'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale.

Il procedimento penale attualmente in corso davanti al GUP torinese vede come unico imputato Stephan Schmidheiny, il quale - in qualità di effettivo responsabile della gestione delle società facenti capo al gruppo Eternit S.p.a., esercenti l'attività produttiva e di lavorazione dell'amianto negli stabilimenti di Bagnoli, Casale Monferrato, Cavagnolo e Rubiera - avrebbe cagionato, nell'impostazione accusatoria, volontariamente e per mera finalità lucrativa, il decesso di 258 soggetti (tra lavoratori, abitanti delle zone site in prossimità

Convenzione e dei suoi Protocolli, secondo quanto le parti contraenti hanno stabilito in forza dell'art. 32 della CEDU. Si tratta di una "funzione interpretativa eminente", con la quale si assicura che, all'esito di un confronto ermeneutico, tale da coinvolgere nel modo più ampio possibile la comunità degli interpreti, sia ricavata dalla disposizione convenzionale una norma idonea a garantire la certezza del diritto e l'uniformità presso gli Stati aderenti di un livello minimo di tutela dei diritti dell'uomo».

⁵ RIVELLO, *La nozione di "fatto" ai sensi dell'art. 649 c.p.p. e le perduranti incertezze interpretative ricollegabili al principio del ne bis in idem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 3, 1410 ss; MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis, Voena, XII, 1, Milano, 2012, 442; DE LUCA, voce *Giudicato (diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 1 ss.

degli stabilimenti e prossimi congiunti degli stessi). L'imputazione si fonda sulla fattispecie di omicidio volontario aggravato dai motivi abietti e dall'aver agito con mezzi insidiosi (artt. 61, n. 1, 575, 577, co. 1, n. 1 e n. 4, c.p.). Com'è facilmente evincibile dal nome del processo ("Eternit-*bis*"), l'imputato era già stato chiamato a rispondere per condotte che, come si constaterà, risultano quasi interamente sovrapponibili a quelle oggetto del secondo procedimento. Lo Schmidheiny, infatti, era stato rinviato a giudizio, nel 2009, per i delitti di cui all'art. 434 c.p. (disastro doloso cd. "innominato", aggravato dalla verifica del disastro) e 437 c.p. (omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, aggravato dal verificarsi dell'infortunio). La vicenda processuale che ne è conseguita, dai risvolti particolarmente interessanti, si è conclusa con la dichiarazione dell'estinzione di entrambi i reati contestati per intervenuta prescrizione, spianando così la strada al "non doversi procedere" di entrambi gli imputati, esito che ha provocato un intenso dibattito mediatico sui molteplici aspetti, umani e giuridici, della vicenda "Eternit"⁶.

⁶ Nel 2009 la Procura di Torino chiedeva il rinvio a giudizio di Stephan Schmidheiny e di Louis de Cartier de Marchenne per i reati di cui agli artt. 434, co. 2 e 437, co. 2, c.p. - disastro doloso cd. "innominato", aggravato dal verificarsi dell'evento e omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro aggravato dal verificarsi degli infortuni. Il Tribunale di Torino, con sentenza resa in data 13 febbraio 2012 - su cui si veda MASERA, *La sentenza Eternit: una sintesi delle motivazioni*. Nota a Trib. Torino, 13 febbraio 2012, Schmidheiny e altro, in www.penalecontemporaneo.it - condannava entrambi gli imputati per i reati loro ascritti alla pena di sedici anni di reclusione, in relazione agli eventi lesivi per la salute e per l'ambiente derivati dalla produzione di amianto negli stabilimenti di Casale Monferrato, Cavagnolo, Bagnoli e Rubiera, attivi sino al 1986. La sentenza di primo grado qualifica la fattispecie di cui all'art. 437, co. 2, c.p. come titolo autonomo di reato, e non come circostanza aggravante, con tutte le conseguenze che ne derivano in tema d'imputazione soggettiva e di dolo: i giudici di prime cure affermano che «la struttura normativa induce ad escludere che la fattispecie del secondo comma possa atteggiarsi a mera circostanza dell'ipotesi del primo comma, dal momento che tra le due ipotesi non vi è né corrispondenza di elementi essenziali (il primo comma descrive un reato di pericolo astratto ed il secondo un reato di danno con evento naturalistico; il reato del primo comma non include il disastro o l'infortunio nell'oggetto del dolo, mentre per il reato del secondo comma è indispensabile che il dolo contempli anche l'evento), né rapporto di specialità alcuna». Il termine prescrizione, dunque, sarebbe iniziato a decorrere dal momento d'insorgenza del singolo infortunio. Di conseguenza, la sentenza di primo grado dichiarava estinto per prescrizione il reato di disastro doloso innominato per tutte le patologie insorte, in danno dei lavoratori, prima del 13 agosto 1999. Anche il delitto d'evento di cui all'art. 434, co. 2, c.p. - disastro doloso "innominato" - è qualificato dal Tribunale come reato autonomo. Diverse sono le conclusioni, tuttavia - rispetto alla tesi dei PM - in ordine alla decorrenza del termine prescrizione. Infatti, mentre per la Procura torinese il delitto di disastro doloso era ancora in corso con riferimento a tutti e quattro gli stabilimenti produttivi - in quanto agli imputati sarebbe da contestare la condotta omissiva consistente nel non impedire l'ulteriore aggravamento del disastro che continua tuttora a verificarsi -, per il Tribunale andrebbe effettuata una distinzione: per le condotte poste in essere all'interno degli stabilimenti di Bagnoli e Rubiera il reato deve considerarsi prescritto, in quanto consumatosi fino al 1986, anno di chiusura degli stabilimenti stessi. A Casale e Cavagnolo, invece, l'evento disastro risulta tuttora perdurante, in quanto gli scarti della produzione di amianto sono stati utilizzati per la costruzione di strade e abitazioni, con la conseguenza che il reato deve ritenersi ancora in corso

Probabilmente animati da un desiderio di giustizia sostanziale, i PM torinesi hanno scelto, dopo la conclusione del primo processo, di mutare la qualificazione giuridica degli accadimenti concreti, contestando il diverso e più grave delitto di omicidio doloso. Ciò nella ragionevole certezza che una semplice riqualificazione normativa fosse sufficiente ad aggirare l'ostacolo rappresentato dal divieto di un doppio giudizio per i medesimi fatti: convincimento rafforzato, altresì, dall'orientamento assolutamente preminente della Cassazione, tendente ad escludere (ai fini dell'operatività del *ne bis in idem*) l'identità dei fatti pur in presenza di condotte largamente sovrapponibili tra loro. È evidente la semplificazione dell'onere probatorio cui era finalizzata la scelta della procura piemontese nel primo procedimento⁷: la contestazione agli imputati

di consumazione a causa della continua esposizione ad amianto della popolazione. La Corte d'Appello di Torino, con sent. 3 giugno 2013 - su cui si veda ZIRULIA, *Processo Eternit: il dispositivo della sentenza d'appello*. Nota a Corte d'Appello di Torino, 3 giugno 2013, Schmidheiny e altro, in www.penalecontemporaneo.it - riformava parzialmente la sentenza di primo grado. In primo luogo, la Corte assolveva entrambi gli imputati dai reati loro ascritti, "per non aver commesso il fatto", con riferimento ai periodi in cui non rivestirono una posizione di garanzia per gli stabilimenti italiani della multinazionale - dal 1952 al 1966, per l'imputato Louis de Cartier de Marchienne e dal 1952 al 1974, per l'imputato Stephan Schmidheiny -; assolveva inoltre l'imputato Louis de Cartier de Marchienne dai reati a lui ascritti con riferimento allo stabilimento di Rubiera, "per non aver commesso il fatto". Per de Marchienne, relativamente al periodo in cui questi rivestì l'incarico di amministratore delegato di Eternit, la sentenza dichiarava non doversi procedere nei suoi confronti per intervenuto decesso dell'imputato. La posizione di Schmidheiny, invece, è stata così valutata: dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, relativamente al reato di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro; condanna alla pena di diciotto anni di reclusione per il delitto di disastro doloso innominato - l'aggravamento di pena deriva dall'affermazione di responsabilità anche per le condotte relative agli stabilimenti di Bagnoli e Rubiera, dichiarate invece prescritte dalla sentenza di primo grado -. I giudici del gravame qualificavano il secondo comma dell'articolo 437 c.p. come circostanza aggravante, non come reato autonomo: per l'effetto, il reato contestato era da considerarsi prescritto. In ordine al disastro doloso innominato, invece, la Corte d'Appello confermava la qualificazione offerta dal Tribunale in termini di reato autonomo, coniando la nozione di "fenomeno epidemico", con riferimento all'evento del delitto di disastro innominato e consistente nell'eccezionale picco di malattie asbesto-correlate registrato dalle indagini epidemiologiche nei luoghi di ubicazione degli stabilimenti produttivi. La Corte di cassazione, all'udienza del 19 novembre 2014, ha lapidariamente dichiarato estinti entrambi i reati per prescrizione, maturata addirittura prima dell'inizio del processo di primo grado, annullando senza rinvio l'impugnata sentenza d'appello e le statuizioni civili in favore delle costituite parti civili. Per una prima analisi delle possibili ripercussioni della sentenza della Suprema Corte si rinvia all'editoriale di GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in www.penalecontemporaneo.it. In argomento, cfr. altresì PASSACANTANDO, *Alcune riflessioni critiche a margine del caso Eternit*, in www.penalecontemporaneo.it; ZIRULIA, *Eternit, il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*. Nota a Cass., Sez. I, 19 novembre 2014, Schmidheiny, in www.penalecontemporaneo.it; CAPITANI, *La prescrizione cala il sipario sulla vicenda Eternit*, in *Dir. e Giust.*, 2015, 67 ss.; PAOLI, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale: il paradigma di responsabilità adottato nella sentenza Eternit*, in *Cass. pen.*, 2014, 1802 ss. In generale, sui rapporti tra diritto penale e cd. *mass disasters*, si veda *amplius* MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 235 ss. (in particolare, sul caso Eternit, 236-238).

⁷ Secondo MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 237, lo stratagemma processuale consistito nel contesta-

del reato di omicidio avrebbe reso necessaria la dimostrazione del nesso di causalità intercorrente tra l'esposizione alle fibre di amianto e gli innumerevoli eventi-morte verificatisi nel corso degli anni⁸. Dinanzi a tale ostacolo, che certamente avrebbe allungato i tempi processuali, è stata compiuta una scelta di "comodità processuale", preferendo una contestazione fondata su di un reato di pericolo (nella formulazione base), tutelante un bene giuridico certamente più evanescente, la cui messa in pericolo sarebbe risultata di più agevole prova⁹.

La difesa dell'imputato (le cui considerazioni teoriche, come si constaterà, sono state in parte condivise dal GUP) ha ritenuto che i tempi fossero maturi per la revisione di un atteggiamento restrittivo e scarsamente garantista e ha formulato, nel corso dell'udienza preliminare, due richieste alternative. In primo luogo i difensori richiedevano al GUP di pronunciare sentenza di non luogo a procedere, ex artt. 425 e 649 c.p.p., per essere l'imputato già stato processato e assolto per i medesimi fatti oggetto del processo "bis", pur se allora diversamente qualificati; in subordine formulavano richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, affinché quest'ultima si pronunciasse sulla corretta interpretazione da attribuire al principio del *ne bis in idem* processuale previsto dall'articolo 50 della Carta di Nizza. Il GUP, tuttavia, disattendeva tale seconda istanza, ritenendo corret-

re, nel primo procedimento, reati di pericolo, ha consentito di evitare il ricorso a una legge generale di copertura da riferire agli eventi-morte del caso concreto. Tuttavia, prosegue l'Autore, nel caso del reato di cui all'articolo 434 c.p. - disastro doloso cd. "innominato" - le difficoltà potrebbero sorgere sul piano dell'elemento soggettivo, posto l'utilizzo - in detta norma - dell'inciso "fatti diretti a cagionare", che sembrerebbe escludere la contestabilità del delitto in questione a titolo di dolo eventuale.

⁸ L'obiettivo della Procura di Torino era, evidentemente, quello di evitare le "sabbie mobili" in cui sarebbero incorsi i Pubblici Ministeri qualora avessero basato il capo d'imputazione, già nel primo procedimento, sulla fattispecie di evento di cui all'art. 575 (o 589) c.p. La prova della causalità individuale intercorrente tra la condotta degli imputati - la cui descrizione richiamava, già nella prima imputazione, il fatto tipico del delitto di omicidio - e i singoli decessi sarebbe stata, infatti, oltremodo ardua e faticosa, determinando un'inevitabile allungamento dei tempi processuali. L'accusa, dunque, non ha dovuto dimostrare il nesso di causalità tra l'esposizione ad amianto e le singole patologie amianto-correlate, avendo "puntato" sul carattere unitario dell'offesa alla vita e alla salute di un numero indeterminato di soggetti quale disastro "interno" ed "esterno" dei delitti contestati. Cfr. SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit*, cit., 3; GATTA, *Il diritto e la giustizia penale*, cit.

⁹ Aderendo ad un'interpretazione risalente, il bene dell'incolumità pubblica sarebbe qualitativamente diverso dal bene dell'incolumità dei singoli; essa (l'incolumità pubblica) andrebbe identificata con il «complesso delle condizioni garantite dall'ordinamento giuridico per cui è assicurata la comune sicurezza delle persone, ossia la vita e l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone», MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, 1987, 24. Secondo CORBETTA, *L'incolumità pubblica: nozione e tecniche di tutela*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale, II, 1, I delitti contro l'incolumità pubblica. I delitti di comune pericolo mediante violenza*, a cura di Marinucci, Dolcini, Milano, 2003, 17, il concetto di "incolumità pubblica" esprimerebbe un concetto di sintesi, non incarnando un bene autonomo e qualitativamente diverso rispetto alla vita e all'integrità fisica individuale, rappresentando piuttosto un'astrazione concettuale ricomprendente la vita e l'incolumità fisica dei soggetti concreti.

tamente che i fatti contestati all'imputato non rientrassero nel campo d'applicazione del diritto europolitano, e che quindi non venisse in rilievo la norma contenuta nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; la Corte di giustizia dell'Unione Europea, se mai investita del caso, si sarebbe, di certo, dichiarata incompetente¹⁰.

Il GUP, facendo proprie e ampliando le osservazioni della difesa in merito alla medesimezza dei fatti oggetto delle due imputazioni, rileva l'esistenza di un contrasto tra la norma nazionale (l'art. 649 c.p.p., così come pacificamente interpretato dalla Cassazione) e l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, nell'interpretazione consolidata¹¹ che di esso ne dà la Corte di Strasburgo: la disposizione conven-

¹⁰ La Corte di giustizia dell'Unione Europea, peraltro, era già stata sollecitata dal Tribunale di Torino a pronunciarsi su una richiesta di rinvio pregiudiziale avente ad oggetto, però, un caso di *ne bis in idem* penal-tributario. L'ordinanza del giudice torinese (Trib. Torino, giud. Pio, ord. 27 novembre 2014, con nota di SCOLETTA, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, denunciava il contrasto tra il principio del *ne bis in idem* contenuto nell'art. 4, Prot. n. 7 CEDU e la legislazione italiana in materia di omesso versamento di ritenute certificate, che impone di perseguire anche penalmente un soggetto già giudicato definitivamente, nel procedimento tributario, tramite l'applicazione di una sovrattassa a titolo di sanzione amministrativa. Tale ordinanza appariva problematica, però, nella parte in cui chiamava in causa un organo deputato a valutare l'esatta osservanza del diritto comunitario in una materia non rientrante nel campo applicativo del diritto dell'Unione Europea. Concordemente con tali premesse, infatti, la Corte di Lussemburgo si è dichiarata manifestamente incompetente a decidere sulla questione, in quanto concernente «l'applicazione di disposizioni di diritto italiano (...) in un contesto che non presenta alcun nesso con il diritto dell'Unione» (Corte di giustizia dell'Unione Europea, ord. 15 aprile 2015, Burzio, C-497/14, con nota di SCOLETTA, *Omesso versamento delle ritenute d'imposta e violazione del ne bis in idem: la Corte di Giustizia dichiara la propria incompetenza*, in www.penalecontemporaneo.it). Recentemente il Tribunale di Bergamo ha sollevato rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea in un caso di omesso versamento di IVA (Trib. Bergamo, ord. 16 settembre 2015, M., con nota di VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it). Il caso riguardava un soggetto, già condannato definitivamente con l'irrogazione di una sanzione amministrativa, nuovamente chiamato a rispondere, per i medesimi fatti, davanti al giudice penale, per la fattispecie di cui all'articolo 10-ter D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, "omesso versamento di IVA". Anche qui, come nella precedente ordinanza del Tribunale di Torino, viene in rilievo una possibile ipotesi di contrasto tra il sistema italiano di repressione degli illeciti penal-tributari e il principio del *ne bis in idem* sancito dalla CEDU. Con la differenza - fondamentale -, però, che il "parametro" rispetto al quale il giudice bergamasco assume sussistere una violazione del diritto europolitano non è più - solo - quello di cui all'art. 4, Prot. n. 7 CEDU, bensì quello del *ne bis in idem* contenuto nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea - interpretato "alla luce" del *ne bis in idem* convenzionale -. Orbene, in attesa della pronuncia dei giudici di Lussemburgo, appare evidente come il caso in questione rientri sicuramente nel campo di applicazione del diritto UE, con conseguente legittima attesa di un pronunciamento della Corte di giustizia dell'Unione Europea che evidenzia la violazione del *ne bis in idem* da parte della legislazione italiana in materia di diritto penale tributario.

¹¹ Sulla necessità, per il giudice nazionale, di valutare la presenza di un orientamento consolidato della Corte EDU, ai fini dell'obbligo di conformazione del diritto nazionale, si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015. Senza voler entrare nel dettaglio della pronuncia del giudice delle leggi, basti qui ricordare che in questa "storica" sentenza la Corte costituzionale, affermando il «predominio assiologico» della Costituzione sulla CEDU, ha messo in guardia il giudice comune da percorsi erme-

zionale vieta di processare nuovamente lo stesso soggetto per fatti che risultino identici o “sostanzialmente” corrispondenti a quelli all’origine del primo reato¹². Da qui il contrasto incentrato sulla nozione di “stesso fatto”, con la conseguente proposizione della questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p.

Il giudice ritiene, concordemente con quanto richiesto in via principale dalla difesa, che nel caso di specie i fatti materiali contestati siano i medesimi già valutati nel primo processo, per diverse ragioni.

neutici semplicistici ed eccessivamente avanguardisti, ricordando che il giudice comune è tenuto a uniformarsi alla giurisprudenza convenzionale solo in presenza di un orientamento consolidato della stessa. Secondo i giudici costituzionali, infatti “solo nel caso in cui ci si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale. Quest’ultimo assumerà di conseguenza, e in linea di massima, quale norma interposta il risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea, dalla quale questa Corte ha infatti ripetutamente affermato di non poter prescindere, salva l’eventualità eccezionale di una verifica negativa circa la conformità di essa, e dunque della legge di adattamento, alla Costituzione, di stretta competenza di questa Corte». Sulla sentenza n. 49 del 2015 si veda VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte Cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e declaratoria di prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it; BIGNAMI, *La confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, *ivi*; RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, *ivi*; MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo*, *ivi*; MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”*, *ivi*; PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, *ivi*; CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in questa Rivista online; DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, *ivi*; ZAGREBELSKY V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.osservatorioaic.it; TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in www.forumcostituzionale.it.

¹² La Corte eur. dir. uomo, a partire dalla sentenza *Zolotoukhine c. Russia*, 10 febbraio 2009, ha imposto su un piano storico-materialistico l’interpretazione del principio del *ne bis in idem* processuale, contenuto nell’art. 4, Prot. n. 7. Nella stessa sentenza *Zolotoukhine* la Corte di Strasburgo riassume, a grandi linee, la propria giurisprudenza precedente, dando conto di orientamenti non sempre univoci nel ritenere precluso un secondo giudizio su fatti identici o sostanzialmente tali. Proprio per eliminare una situazione di possibile incertezza giurisprudenziale, i giudici convenzionali hanno ritenuto opportuno fissare un orientamento ben preciso, dal quale non paiono essersi più discostati. Infatti, come ampiamente riportato dal GUP di Torino nell’ordinanza in commento, numerose sono state le successive pronunce della Corte EDU che, pur non intervenendo specificamente nell’ipotesi del doppio giudizio in materia formalmente penale, hanno rafforzato una visione sostanzialistica del *ne bis in idem*. Si vedano in particolare le sentenze: Corte eur. dir. uomo, Grande Stevens et al. c. Italia, 4 marzo 2014; Id., Nykanen c. Finlandia e Pirttimaki c. Finlandia, 20 maggio 2014; Id., Lucky Dev c. Svezia, 27 novembre 2014; Id., Rinas c. Finlandia, 27 gennaio 2015. Da ultimo, con la sentenza Butnaru et Bejan-Piser c. Romania, la Corte EDU ha ulteriormente rinvigorito il proprio orientamento in tema di *ne bis in idem* processuale, affermando che quest’ultimo si estende fino al divieto di instaurazione di un secondo procedimento, avendo come conseguenza solo ulteriore e subordinata il divieto di seconda sentenza.

Innanzitutto, identica è la qualifica soggettiva rivestita dall'imputato nel gruppo Eternit. Identici sono i quattro stabilimenti produttivi al cui interno sarebbero avvenuti i fatti contestati e vi è, altresì, parziale coincidenza tra i soggetti il cui decesso avrebbe aggravato i reati contestati nel primo processo e le persone offese dal delitto di omicidio doloso. A rafforzamento dell'assunto di base il GUP fa notare che già nel primo procedimento i giudici avevano ritenuto sussistente il danno cagionato dalla condotta dell'imputato, in quanto fu accertato che i casi di mesotelioma pleurico da cui erano affetti i cittadini residenti nelle zone limitrofe fossero eziologicamente ricollegabili all'esposizione all'amianto prodotto negli stabilimenti¹³. In definitiva, la condotta criminosa - consistente nella cosciente e volontaria omissione dei provvedimenti tecnici e organizzativi finalizzati alla protezione dei soggetti passivi - già ascritta al soggetto nel primo processo Eternit, risulta pienamente confluita nel nuovo capo d'imputazione.

La logica conclusione dell'*iter* argomentativo seguito dall'organo giudicante sarebbe dovuta essere la pronuncia di sentenza di non luogo a procedere per improcedibilità dell'azione penale, essendo l'imputato già stato giudicato, per i medesimi fatti, con sentenza penale divenuta irrevocabile. A ciò osta, però, l'insormontabile (nella visione del GUP) ostacolo rappresentato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale limita l'operatività del *ne bis in idem* ai soli casi in cui si ravvisi la coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato e dei beni giuridici tutelati, non operando tale regola - sempre sulla scorta dell'orientamento di legittimità - nei casi di mera coincidenza dei fatti storici oggetto di successive e differenti imputazioni, formalizzate ed esaminate in due distinti procedimenti.

La pronuncia di sentenza di non luogo a procedere nel secondo procedimento è ostacolata, dunque, dall'interpretazione granitica che la giurisprudenza di legittimità offre in ordine all'operatività del divieto di un secondo giudizio, limitando quest'ultimo, come rilevato, all'esistenza di un medesimo "fatto giuridico", pur se diversamente qualificato.

Si badi: la presunta violazione della CEDU, nel ragionamento del giudice, consisterebbe non nell'incompatibilità astratta tra le formulazioni letterali del-

¹³ Secondo GITTARDI, *Eternit "bis in idem"*, cit., partendo dal presupposto che la Corte EDU sembrerebbe riferirsi - in ordine all'identità del fatto naturalistico - alla medesimezza della sola condotta, le osservazioni svolte dal GUP in merito alla sovrapponibilità - almeno parziale - delle persone offese nei due procedimenti parrebbero superflue, se si assume che tali considerazioni riguardano elementi esterni rispetto alla condotta - nesso causale ed eventi-morte -, come tali non rientranti nella nozione di "stesso fatto" di cui qui ci si occupa. È probabile che il giudice abbia voluto constatare l'identità degli "eventi" dei due reati al fine di rafforzare le conclusioni cui giunge in tema di medesimezza delle condotte contestate.

le due disposizioni¹⁴, bensì nella divergenza ermeneutica conseguente alle diverse posizioni assunte dalla Cassazione e dalla Corte di Strasburgo in ordine alla nozione di “stesso fatto”. Considerazione, quest’ultima, che avrebbe potuto (e dovuto?) indurre il GUP a scegliere la via dell’interpretazione convenzionalmente conforme dell’enunciato normativo, in modo da risolvere egli stesso il possibile contrasto e da consentire la penetrazione diretta, nell’ordinamento nazionale, dei principi CEDU in tema di *ne bis in idem*.

Probabilmente il giudice nazionale ha ritenuto eccessivamente arduo procedere secondo tale scansione logico-interpretativa, dissuaso in tal senso anche dal recente monito della Corte costituzionale la quale, nel perimetrare ulteriormente i rapporti tra ordinamento interno e CEDU, ha affermato che compete sì al giudice interno assegnare alla disposizione nazionale un significato quanto più aderente possibile alla CEDU, a condizione però che tale significato non si riveli del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge¹⁵. I giudici costituzionali escludono, nel prosieguo della stessa sentenza¹⁶, che il singolo giudice possa autonomamente assegnare alle disposizioni del diritto nazionale, in chiave ermeneutica, un significato che la Corte di cassazione reputi incostituzionale. Nel caso dell’art. 649 c.p.p., però, non è il testo della disposizione a inibire il ricorso all’ancora di salvezza rappresentata dall’interpretazione convenzionalmente conforme, bensì l’interpretazione consolidata propria della Cassazione, concernente uno specifico aspetto della disposizione *de quo*: una differenza di non poco momento, che avrebbe consentito al giudicante il ricorso a soluzioni peraltro più in linea con i principi costituzionali in materia processuale¹⁷.

¹⁴ GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di un secondo giudizio*, cit., 1209; RIVELLO, *La nozione di fatto*, cit., 1410. In realtà, dal raffronto tra il testo letterale dell’art. 649 c.p.p. e dell’art. 4, Prot. n. 7 CEDU, condurrebbe a ben altre conclusioni. Infatti, mentre la disposizione del codice di rito impedisce un secondo giudizio anche per fatti diversamente qualificati per il “titolo”, il “grado” o le “circostanze”, la disposizione convenzionale si limita a vietare un secondo procedimento per lo stesso “reato”. Con il paradosso che, mentre l’art. 649 c.p.p. - espressamente insensibile alla diversità di qualificazione giuridica - potrebbe legittimamente essere interpretato in maniera sostanzialistica, la fonte CEDU - la cui formulazione letterale è ancorata ad un criterio formalistico che consentirebbe letture di tipo astratto, tali per cui anche una semplice modifica nel capo d’imputazione imporrebbe una doppia procedibilità - è interpretata come se contenesse un rinvio alla non decisività del mutamento del reato contestato. Come si vedrà la giurisprudenza nazionale riconosce rilevanza alle modificazioni del titolo - e anche del grado - del reato, sposando, in realtà, un approccio estremamente formalistico.

¹⁵ Corte cost., n. 49 del 2015, par. 4 del “Considerato in diritto”.

¹⁶ Si veda l’ult. cpv., *ibidem*.

¹⁷ Senza voler anticipare alcune conclusioni cui si perverrà al termine del presente contributo, sembra opportuno evidenziare che l’interpretazione sostanzialistica che la giurisprudenza EDU offre in materia di *ne bis in idem* processuale pare maggiormente confacente al principio costituzionale del giusto processo. Come argutamente nota il GUP nell’ordinanza (punto 4), il capoverso dell’art. 111 Cost. (introdotto, come noto, dalla legge costituzionale n. 2 del 1999) enuncia - tra l’altro - il principio della ragionevole durata del processo, costituente applicazione, a sua volta, del principio del giusto processo di cui

Quid iuris, dunque, nel caso in cui la disposizione interna sia astrattamente suscettibile d'interpretazione convenzionalmente conforme¹⁸, ma il "diritto vivente" rappresentato dall'orientamento consolidato della Suprema Corte contrasti apertamente con quanto affermato dalla Corte EDU? È questo l'interrogativo che i giudici costituzionali sono chiamati a sciogliere¹⁹: all'orizzonte si profila, dunque, uno scontro tra "diritti viventi" o, per meglio dire, tra "orientamenti consolidati"²⁰.

3. La giurisprudenza di legittimità è univocamente orientata - per definire la latitudine applicativa della nozione di medesimo fatto contenuta nell'art. 649 c.p.p. - a considerare la globalità degli elementi costitutivi del reato, e cioè l'intero complesso tripartito rappresentato da condotta, evento e nesso causale: in breve, l'attenzione è incentrata sul fatto giuridico, piuttosto che sul fatto concreto. L'applicazione del divieto di un doppio giudizio è dunque limitata ai soli casi in cui si riscontri la corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi, dunque con riferimento alla condotta, all'evento e al nesso causale, valutati non solo nella loro dimensione storico-naturalistica, ma anche in quella giuridica²¹.

al primo comma della stessa disposizione. La garanzia della definizione in tempi ragionevoli - cioè accettabili ed equi - del singolo processo non può non garantire il singolo cittadino anche dall'esposizione indiscriminata a successivi e diversi procedimenti i quali, se avviati in tempi anche estremamente distanti tra loro, rischierebbero di estendere il numero di soggetti "eternamente giudicabili". Per tali considerazioni, si veda SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit*, cit., 11 e 21; GITTARDI, *Eternit "bis in idem"*, cit.; GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto*, cit., 5.

¹⁸ Sull'interpretazione conforme alle norme sovranazionali - e internazionali -, si veda MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 1, 2012; GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, *ivi*, 1, 2012.

¹⁹ Recentemente, la Corte costituzionale ha chiarito il ruolo che spetta al singolo giudice in presenza di un orientamento consolidato della cui compatibilità costituzionale si dubiti. Nel ribadire la possibilità, per il giudicante, di poter sempre aderire all'interpretazione giurisprudenziale consolidata, e di sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione a quest'ultima, il giudice delle leggi riconosce al giudice comune la facoltà di non uniformarsi all'interpretazione invalsa, proprio perché la "vivenza" della norma è concetto *in re ipsa* fluido e mutevole. Tale mancata adesione al diritto vivente è vieppiù giustificata nel caso in cui si prospetti una possibile incostituzionalità del diritto vivente formatosi sul punto. Si veda Corte cost., n. 242 del 2014; Id., n. 191 del 2013 e Id., n. 91 del 2004.

²⁰ GALLUCCIO, *Diritti viventi*, cit., 6, la quale nota che il GUP, nell'ordinanza di rimessione alla Consulta, utilizza il termine "diritto vivente" con riferimento alla giurisprudenza univoca della Cassazione, mentre l'espressione "orientamento consolidato" viene impiegata dal giudice con riferimento all'interpretazione proveniente da Strasburgo. Nella sentenza n. 49 del 2015, però, la Corte costituzionale identifica la giurisprudenza convenzionale, cui il giudice nazionale ha l'obbligo di conformarsi, con l'espressione "diritto consolidato".

²¹ GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di un secondo giudizio*, cit., 1211, anche per ampi riferimenti giurisprudenziali; RIVELLO, *La nozione di "fatto"*, cit., nota 19. In giurisprudenza si veda Cass., Sez. V, 7 marzo 2014, Tanzi, in *Mass. Uff.*, n. 261937, secondo cui «ai fini della preclusione connessa al principio del *ne bis in idem*, l'identità del fatto sussiste solo quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, da considerare in tutti i suoi elementi costitutivi

Le ragioni di un atteggiamento giurisprudenziale così restrittivo, tale per cui diviene difficile rinvenire ipotesi di *idem factum* in presenza di condotte suscumbibili all'interno di diverse norme incriminatrici (e quindi nel caso di concorso formale di reati)²² sono da ricercare in esigenze di tipo repressivo destinate a rimanere insoddisfatte se si recepissero - al contrario - le indicazioni provenienti dalla dottrina maggioritaria. Quest'ultima, infatti, pur in presenza di posizioni diversificate sul punto, aderisce ad un'impostazione di base, sviluppata già sotto la vigenza del codice di procedura penale del 1930, secondo cui la nozione di "stesso fatto" (contenuta nell'art. 90 c.p.p. non più in vigore) debba essere intesa come comprendente la sola condotta, al fine di evitare indebite intromissioni nella sfera di garanzia del singolo²³.

(condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona»; Id., Sez. V, 30 ottobre 2014, Savani, *ivi*, n. 261364 - fattispecie in cui la Corte ha escluso la configurabilità della preclusione derivante da identità del fatto con riguardo a procedimento relativo al reato di omicidio preterintenzionale instaurato a seguito della morte della persona offesa, sopravvenuta dopo che l'agente era stato già condannato in relazione alla medesima condotta per il reato di lesioni personali -; Id., Sez. II, 6 febbraio 2015, Alota e altri, *ivi*, n. 263543 - fattispecie in cui la Corte ha escluso la violazione del *ne bis in idem* nel caso di configurazione di circostanze aggravanti non contestate nel primo procedimento -; Id., Sez. un., 28 giugno 2005, P.G. in proc. Donati, *ivi*, n. 231799, la quale, nello statuire che non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo già sia pendente - anche se in fase o grado diversi - nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del P.M., - di talché nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità -, aderisce all'impostazione giurisprudenziale largamente maggioritaria, tendente a proiettare sul "fatto storico" le categorie del "fatto giuridico". Si veda, altresì, Id., Sez. II, 21 marzo 2013, P.G. in proc. Cuffaro, *ivi*, n. 255837; Id., Sez. II, 27 maggio 2010, Rapisarda e altri, *ivi*, n. 247849; Id., Sez. I, 18 aprile 1995, Lazzarini, *ivi*, n. 201842, secondo cui «la lettera dell'art. 649 c.p.p., così come dell'art. 90 del codice previgente, è chiarissima nel limitare l'effetto preclusivo del giudicato ai casi in cui il nuovo procedimento ha per oggetto "il medesimo fatto" su cui ha statuito la precedente sentenza irrevocabile. Tale espressione va riferita a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie - condotta, evento e nesso di causalità - e alle situazioni in cui vi sia completa identità di condizioni di tempo, di luogo e di persona».

²² GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di un secondo giudizio*, cit.; SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit*, cit., 17. Effettivamente, il rischio concreto che si prospetta - portando la tesi della giurisprudenza convenzionale alle estreme conseguenze - è quello di un sostanziale "svuotamento" dell'istituto del concorso formale di reati, tutte le volte in cui non si sia proceduto alla contestazione dei reati avvinti dal concorso all'interno del medesimo procedimento. Se, infatti, il P.M. non inserisca - in ipotesi - nel capo d'imputazione del primo procedimento penale, tutti i reati riconducibili alla condotta tenuta dal soggetto, questo non potrebbe più essere chiamato a rispondere, successivamente, per altri reati derivanti dalla condotta già presa in considerazione nel primo procedimento penale -non necessariamente definito con sentenza irrevocabile, come affermano le Sezioni unite Donati-. Parte della dottrina (RIVELLO, *La nozione di "fatto"*, cit.) nota come tali conclusioni condurrebbero ad esiti giudiziari paradossali e al limite dell'assurdità, derivando - da tale applicazione del principio del *ne bis in idem* - ingiustificabili sacche d'impunità. Si veda, altresì, GITTARDI, *Eternit "bis in idem"?*, cit., la quale prospetta i possibili inconvenienti di una limitazione della nozione di "stesso fatto" al solo elemento della condotta.

²³ RIVELLO, *La nozione di "fatto"*, cit; NORMANDO, *Il valore, gli effetti e l'efficacia del giudicato penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, VI, *Esecuzione e rapporti con autorità giurisdi-*

Alla base di questa divergenza di vedute, che trova contrapposte dottrina e giurisprudenza, sta il timore che l'*idem factum* inteso come fatto concreto - e non come *idem legale* - sia certamente più funzionale ad esigenze di difesa del cittadino dalla perenne sottoposizione alla scure della giustizia penale; ciò a detrimento, però, delle istanze tendenti ad evitare la formazione di possibili vuoti d'impunità derivanti da un'applicazione eccessivamente generosa della norma sul divieto di doppio giudizio²⁴. Si potrebbero prospettare alcuni esempi: Tizio viene condannato, nel primo procedimento, per violazione della normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro²⁵. Se dopo il passaggio in giudicato della sentenza si apre un procedimento a suo carico, per omicidio colposo, avente ad oggetto la morte del lavoratore dovuta all'inosservanza delle prescrizioni sulla sicurezza, Tizio può opporre l'eccezione del *ne bis in idem* per essere la sua condotta già stata vagliata in altro processo penale? Oppure si pensi al caso dell'automobilista che, ponendosi alla guida dell'autoveicolo in stato di ebbrezza, cagioni colposamente (mediante la violazione di norme sulla circolazione stradale) la morte di un soggetto. Ebbene, se la condotta è la medesima (la guida in violazione delle norme sulla circolazione dei veicoli) è possibile perseguire l'automobilista per omicidio colposo anche a notevole distanza cronologica dal momento in cui egli è stato giudicato definitivamente per la sola guida in stato d'ebbrezza? Se la condotta risulti essere in buona sostanza la medesima, non importa a quanti eventi questa abbia dato luogo: la pubblica accusa ha l'onere - e l'obbligo - di contestare tutte le possibili violazioni di legge nel medesimo procedimento, consumando una volta per tutte il potere-dovere di esercitare l'azione penale. L'unicità del fatto naturalistico impone all'accusa una valutazione complessiva, da svolgersi al momento della conoscenza del fatto, in merito alla quantità e alla qualità dei reati da perseguire²⁶.

Il GUP torinese ha ben presente l'orientamento consolidato della Cassazione sul punto, tanto da darne ampiamente conto nel testo dell'ordinanza. Vengono riportati, infatti, i precedenti in cui la Cassazione ha escluso la ricorrenza

zionali straniere, a cura di Kalb, Torino, 2009, 34 ss.; CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del "fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 943, secondo cui il fatto rilevante ai fini del *ne bis in idem* si esaurisce nella condotta, che rappresenta sia il nocciolo della figura criminosa che il perno del giudizio d'illiceità, escludendo ogni altro elemento della fattispecie, sia essa una circostanza, una condizione o un evento.

²⁴ Come fa presente GITTARDI, *Eternit "bis in idem"?*, cit., ritenere sufficiente, ai fini della configurabilità del *ne bis in idem*, la sola condotta, rischia di lasciare alcuni gravi fenomeni privi di tutela penale; ciò è particolarmente evidente nei casi in cui gli eventi riconducibili alla medesima condotta si verificano in via "frazionata", cioè a distanza anche di parecchi anni tra loro - come avvenuto nel caso Eternit in relazione ai decessi causalmente collegati alle condotte oggetto dei capi d'imputazione -.

²⁵ Esempio tratto da RIVELLO, *La nozione di "fatto"*, cit.

²⁶ GITTARDI, *Eternit "bis in idem"?*, cit.

del medesimo fatto (sancendo l'inoperatività dell'articolo 649 c.p.p.) per condotte concrete ritenute suscettibili d'integrare diverse fattispecie delittuose. A titolo di esempio, il giudice torinese riporta le decisioni della Suprema Corte in tema di bancarotta fraudolenta e appropriazione indebita²⁷, mancato pagamento dei diritti di monopolio e omesso pagamento dei diritti doganali²⁸, omissione nella tenuta di libri e scritture contabili e reati fiscali²⁹.

Che i problemi sorgano specialmente nell'ipotesi di reati in concorso formale tra loro è circostanza nota al GUP il quale, del resto, nell'espone lo "stato dell'arte" della giurisprudenza della Suprema Corte, parte proprio dalla considerazione che nell'ordinamento italiano il divieto di doppio giudizio non opera in caso di concorso formale di reati. A sostegno di tale affermazione si riportano i principi espressi dalla Cassazione sul tema del concorso formale tra il delitto di cui all'art. 437, co. 2, c.p. (omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, aggravato dalla verifica dell'infortunio) e quello di omicidio colposo aggravato dalla violazione di norme preventive degli infortuni sul lavoro: è configurabile, secondo la Suprema Corte, il concorso formale tra i reati in parola, attesa la diversa collocazione sistematica delle norme, la differente oggettività giuridica (incolumità pubblica e vita umana) e la non coincidenza della "situazione tipica" e dell'elemento soggettivo³⁰.

Il problema del rapporto tra concorso formale di reati e divieto di doppio giudizio è cruciale per comprendere la reale estensione dell'ambito applicativo dell'art. 649 c.p.p. Aderendo all'impostazione restrittiva della giurisprudenza, nulla vieterebbe di perseguire un soggetto che ha violato (la stessa o) diverse disposizioni di legge con la medesima condotta: in questo caso non opererebbe la preclusione del *ne bis in idem*, potendo in tal caso la stessa fattispecie essere riesaminata sotto il profilo di una diversa disposizione di legge e dovendosi valutare la vicenda criminosa alla luce di tutte le sue implicazioni

²⁷ Cass., Sez. II, 4 marzo 1997, Dies, in *Mass. Uff.*, n. 209022.

²⁸ Cass., Sez. VI, 16 novembre 1999, P.G. in proc. Balzano, in *Mass. Uff.*, n. 214951.

²⁹ Cass., Sez. II, 10 gennaio 1994, Lo Nobile, in *Mass. Uff.*, n. 196818.

³⁰ Cass., Sez. IV, 16 luglio 1993, Arienti, in *Mass. Uff.*, n. 195696. La Corte, nell'occasione, ha avuto modo di affermare che "qualora dall'ammissione dolosa di impianti diretti a prevenire disastri o infortuni su lavoro sia derivato un disastroso incendio nel quale abbiano perso la vita alcuni operai mentre espletavano attività lavorative, sussiste concorso formale tra il reato di cui all'art. 437, co. 2, c.p. e quello previsto dall'art. 589, co. 2 e co. 3, c.p. Tali previsioni normative, infatti, considerano distinte situazioni tipiche, vale a dire la dolosa omissione di misure antinfortunistiche con conseguente disastro e la morte non voluta di una o più persone, e tutelano interessi differenti, cioè la pubblica incolumità e la vita umana. Poiché il danno alla persona non è compreso nell'ipotesi complessa di cui all'art. 437, co. 2, c.p., costituendo effetto soltanto eventuale e non essenziale del disastro o dell'infortunio, causato dall'omissione delle cautele, la morte, sia pure in conseguenza dell'omissione stessa, non viene assorbita dal reato ex art. 437, co. 2, c.p. ma costituisce reato autonomo. La punizione dell'uno e dell'altro reato, pertanto, non comporta duplice condanna per lo stesso fatto e, quindi, non viola il principio del "*ne bis in idem*".

penalistiche, con possibile riesame delle ipotesi delittuose rimaste estranee al giudizio precedente³¹. Opinioni dottrinali, come si è potuto constatare, militano nel senso di ritenere, al contrario, preclusa la possibilità di procedere penalmente nei confronti di un soggetto nei casi di concorso formale³², quando la condotta del medesimo sia già stata valutata ai fini dell'accertamento della sussistenza di uno solo dei reati commessi in concorso formale. Conclusione, quest'ultima, che verrebbe ulteriormente confermata aderendo alla lettura sostanzialistica della nozione di stesso fatto operata dalla giurisprudenza della Corte EDU: se infatti la condotta resti unica, pur risultando diverse le fattispecie penali astrattamente configurabili, l'irrevocabilità della sentenza relativa ad uno soltanto dei reati concorrenti precluderebbe il giudizio per un altro reato, da ricondurre alla medesima condotta già esaminata nel procedimento definitivamente chiuso. Questo perché ciò che conta, nell'ottica di Strasburgo (e nella visione di parte della dottrina), è esclusivamente l'identità della condotta, non ulteriormente esaminabile sotto il profilo di una diversa violazione di legge. Ciò, si noti, a garanzia della "tranquillità processuale" del cittadino, il quale non sarebbe perennemente esposto ai "capricci" della pubblica accusa, avendo questa l'obbligo di esercitare una volta per tutte l'azione penale in relazione a tutti i reati contestabili nel caso di specie.

In fondo, il problema ermeneutico emergente in questi casi riguarda, a monte, più il *ne bis in idem* sostanziale³³ (e dunque il rapporto di specialità tra norme), che il *ne bis in idem* processuale³⁴: se i fatti oggetto di contestazione

³¹ Si vedano, tra le tante, le seguenti pronunce: Cass., Sez. III, 2 dicembre 2014, Scandroglio, in *Mass. Uff.*, n. 261516; Id., Sez. III, 15 aprile 2009, Ferrarelli, *ivz*, n. 243908; Id., Sez. I, 29 gennaio 2014, Bausone, *ivz*, n. 260133; Id., Sez. II, 28 novembre 2013, P.G. in proc. Ayachi e altro, *ivz*, n. 258222.

³² Non paiono esserci problemi per i rapporti tra *ne bis in idem* e concorso materiale di reati - pluralità di condotte che violano più volte la stessa o diverse norme incriminatrici -: è pacifico che in tal caso non operi la preclusione derivante dal giudicato formatosi in relazione al reato concorrente. Per quanto riguarda il concorso formale di reati - unica condotta che viola più norme penali - talune voci in dottrina distinguono tra concorso formale omogeneo - è violata più volte la stessa norma incriminatrice - e concorso formale eterogeneo - sono violate diverse disposizioni di legge -, affermando che il giudicato formatosi su uno solo dei reati concorrenti precluda la possibilità di procedere per gli altri reati esclusivamente nel caso del concorso formale eterogeneo. Per tale ricostruzione si veda RIVELLO, *La nozione di fatto*, cit.

³³ Secondo ROMANO M., *Comm. Sist. C.p.*, I, Milano, 2004, 179, il *ne bis in idem* sostanziale è il «risultato normativo dell'elaborazione dogmatica di un'istanza-guida di giustizia materiale che non tollera l'addebito plurimo di un medesimo fatto quante volte l'applicazione di una sola delle norme cui il fatto in teoria corrisponde ne esaurisca l'intero contenuto di disvalore sul terreno oggettivo e soggettivo».

³⁴ Sui rapporti tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale - e tra concorso apparente di norme e concorso formale di reati -, si veda MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 457 ss. e 819 ss.; ROMANO M., *Comm.*, cit., 173 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII, Bologna, 2014, 679 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; DE FRANCESCO, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso delle norme penali*, Milano, 1980; BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori*, Torino, 2000; BONTEMPELLI, *Il doppio binario sanzionatorio in mate-*

sono sostanzialmente i medesimi, non importa che le due norme non si trovino tra loro in rapporto di specialità logico-formale³⁵; qualora la condotta dell'imputato sia sussumibile sotto due diverse disposizioni di legge, seguendo i dettami della Corte EDU e utilizzando il criterio della specialità cd. in concreto, dovrebbe applicarsi la disposizione speciale. Una soluzione, dunque, che interviene già (e prima che a livello processuale) a livello sostanziale, richiedendo l'applicazione della sola norma speciale, senza interrogarsi sull'estensione applicativa della nozione di stesso fatto ai fini dell'operatività del *ne bis in idem* processuale. Breve: la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, privilegiando un approccio materialistico-sostanzialistico, impone una rivisitazione generale dell'istituto del concorso apparente di norme e, conseguentemente, del concorso formale di reati.

Ci si rende conto, però, che una tale tesi rischia di fornire una sostanziale *intepretatio abrogans* dell'istituto del concorso formale di reati nel caso di sentenza irrevocabile intervenuta per uno solo dei reati in concorso: tutte le volte in cui, infatti, il Pubblico Ministero abbia deciso di contestare solo una delle diverse violazioni di legge, il soggetto non potrebbe più essere chiamato a rispondere di altra violazione commessa con la medesima condotta, essendo le condotte contestate, appunto, identiche e totalmente sovrapponibili se riguardate sotto l'aspetto storico-naturalistico³⁶.

Il GUP affronta ampiamente la tematica *de quo* nell'ordinanza in commento, evidenziando non solo come la giurisprudenza della Cassazione svaluti esplicitamente la portata del fatto storico, privilegiando la valutazione di tutte le implicazioni penalistiche cui lo stesso dia luogo, ma anche il costante riferimento - della giurisprudenza di legittimità - a criteri di tipo valoriale (come quello dell'assorbimento) che rendono inoperante la garanzia del *ne bis in idem* processuale nel caso di distinta oggettività giuridica delle fattispecie vio-

ria tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale), in *questa Rivista*, 2015, 3.

³⁵ È, quest'ultimo, l'insegnamento che si può ricavare dal filone della giurisprudenza convenzionale che ha avuto inizio con la sentenza *Grande Stevens*: non bisogna guardare al rapporto tra le norme, bensì alla possibilità che il fatto concreto oggetto di giudizio rientri in due diverse norme penali - o sostanzialmente tali -.

³⁶ A tale conclusione sembrerebbe ostacolare, però, il disposto dell'articolo 671 c.p.p., laddove prevede che la persona destinataria di più sentenze di condanna divenute irrevocabili possa chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale. Ciò a testimonianza del fatto che è consentito giudicare in distinti procedimenti reati che si trovino tra loro in concorso formale. Una possibile soluzione interpretativa -nel caso di accoglimento, da parte della Corte costituzionale, di una nozione ristretta di "stesso fatto", in linea con l'orientamento CEDU- potrebbe essere quella di "leggere" l'art. 671 c.p.p. alla luce della norma che regola il conflitto "pratico" di giudicati, ossia l'art. 669 c.p.p., nel senso che andrebbe eseguita la condanna meno gravosa tra quelle pronunciate per i reati in concorso formale. Per analoghe considerazioni, si veda GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di doppio giudizio*, cit., 1215.

late con la medesima condotta. Del resto, attenta dottrina ha avuto modo di sottolineare le palesi aporie logiche in cui incorre la Cassazione nel ritenere inoperante il principio del divieto di doppio giudizio in caso di concorso formale di reati: se il secondo giudizio dovesse porsi in una situazione di “incompatibilità logica” con il primo (perché conclusosi con sentenza di assoluzione per insussistenza del fatto o perché l'imputato non lo ha commesso), allora la garanzia del *ne bis in idem* processuale tornerebbe a ricevere applicazione, venendo in rilievo la necessità di tutelare il valore della coerenza logica tra giudicati³⁷. In dottrina è stata evidenziata l'incoerenza dogmatica di tali asserzioni, che da un lato postulano la diversità dei fatti in concorso (ammettendo la possibilità di svolgimento di un secondo procedimento), mentre dall'altro conferiscono rilievo all'accertata insussistenza del fatto valutato nel primo processo, ammettendo in tal modo che il fatto sia effettivamente il medesimo³⁸.

In realtà, è stato sostenuto³⁹ che il principio di cui all'art. 649 c.p.p. non sia, in realtà, finalizzato ad impedire il contrasto “teorico” tra giudicati, bensì a tutelare il singolo dalla possibilità di essere chiamato a rispondere all'infinito per un fatto che è già stato oggetto di valutazione definitiva da parte dell'organo giudicante. Non solo: la garanzia tende ad evitare (insieme all'art. 669 c.p.p., che interviene nella fase “repressiva”) l'eventuale incompatibilità “pratica” dei giudicati scaturenti da sentenze emesse sul medesimo fatto⁴⁰.

Per tornare alle peculiarità del procedimento “Eternit-*bis*”, secondo alcuni⁴¹ nel caso sottoposto all'attenzione del GUP torinese, non si verserebbe tanto in un'ipotesi di concorso formale di reati (disastro doloso innominato aggravato, omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro aggravato e omicidi volontari), quanto piuttosto in un caso di concorso apparente di norme, posto che risulterebbero applicabili alla condotta dello Schmidheiny più norme penali incriminatrici (anche non necessariamente in rapporto di specialità tra loro⁴²), interpretando e risolvendo però il concorso apparente di

³⁷ Cass., Sez. III, 2 dicembre 2014, Scandroglio, *Mass. Uff.*, n. 261516; Id, Sez. IV, 7 giugno 2004, Aldini, *Mass. Uff.*, n. 228924.

³⁸ GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di doppio giudizio*, cit., 1214; CORDERO, *Procedura penale*, Torino, 2012, 1205. In giurisprudenza, si veda Cass., Sez. III, 17 giugno 2009, Ferrarelli, con nota di CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, 5, 1181 ss.

³⁹ BRONZO, *Osservazioni* a Cass., Sez. II, 4 marzo 1997, Diez, in *Cass. pen.*, 1998, 3312; LOZZI, voce *Giudicato*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1969, 914.

⁴⁰ La Cassazione, tuttavia, con la già citata sentenza delle Sezioni unite Donati, ha esteso l'operatività del principio anche ai casi di sentenza non irrevocabile resa nel primo procedimento, proprio per evitare il futuro e ipotetico conflitto “pratico” di giudicati.

⁴¹ SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit*, cit., 20.

⁴² Utilizzando, per la risoluzione del concorso apparente di norme, l'approccio sostanzialistico fatto

norme non più alla luce del mero criterio logico-formale (cd. specialità in astratto, raffronto tra fattispecie astratte), bensì utilizzando il criterio materialistico del fatto in concreto (cd. specialità in concreto⁴³: bisogna chiedersi se lo stesso fatto sia o meno riconducibile sotto diverse disposizioni penali). La condotta dell'imputato risulterebbe sussumibile, infatti, sia nella norma di cui all'art. 437, co. 2, c.p., sia in quella che punisce l'omicidio volontario: peraltro identica è la condotta (omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro), identici gli eventi cagionati (il decesso dei lavoratori) e identiche le qualifiche rivestite dall'imputato. Anche con riferimento all'imputazione di disastro doloso innominato si verserebbe nel perimetro del concorso apparente di norme, in quanto i decessi "esterni" agli stabilimenti produttivi potrebbero rientrare sia nella norma di cui all'articolo 434 c.p., che in quella prevista dall'articolo 575 c.p.

Già sul terreno del *ne bis in idem* sostanziale, dunque, è possibile prospettare profili di frizione tra giudici nazionali e orientamento della Corte EDU, in quanto i primi ragionano in termini di fattispecie astratte, mentre i giudici convenzionali privilegiano un approccio concreto e materialistico⁴⁴.

proprio dalla Corte EDU, espresso chiaramente a partire dalla sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*.

⁴³ Parte della dottrina afferma che l'art. 15 c.p. - disposizione che sembrerebbe risolvere il problema del concorso apparente di norme nel senso della sola specialità in astratto - disciplinerebbe anche la specialità in concreto: si veda, in tal senso, GALLO, *I reati di pericolo*, in *Il Foro Penale*, 1969, 1; NEPPI MODONA, *Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati o concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 873. Tuttavia, il problema della specialità in concreto resta quello di non riuscire a guidare l'interprete, nei casi in cui l'accadimento concreto sia riconducibile a più norme, nella scelta tra concorso apparente di norme e concorso reale di norme (*id est* concorso formale di reati). Per tali considerazioni si rinvia a ROMANO, *Comm.*, cit., 177. Per un'analisi dei possibili effetti della sentenza *Grande Stevens* sull'istituto del concorso apparente di norme si veda DI GIUSEPPE, *Il ne bis in idem alla luce degli effetti della sentenza "Grande Stevens"*, in *Rass. trib.*, 2014, 6, 1440 ss.

⁴⁴ SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit*, cit., 20; NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'è pluribus unum?*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2015, 19. La giurisprudenza della Cassazione è, infatti, univocamente orientata a intendere il principio di specialità come specialità in astratto, ossia come rapporto logico-formale tra fattispecie astratte, non come riconducibilità del fatto in concreto a più norme penali -specialità in concreto-. Tali divergenze sono emerse, recentemente, nella materia degli illeciti tributari e degli abusi di mercato. La Cassazione afferma pacificamente che i delitti di cui agli artt. 10-bis e 10-ter, d.lgs. n. 74 del 2000 e l'illecito amministrativo previsto dall'articolo 13, d. lgs. n. 471 del 1997, non siano in rapporto di specialità in astratto tra loro, ponendosi dette norme piuttosto in rapporto di "progressione criminosa". La condotta di omesso versamento delle ritenute d'imposta, dunque, ben potrebbe integrare sia l'illecito penale che quello amministrativo: in questo senso, Cass., Sez. un., 28 marzo 2013, Favellato, *Mass. Uff.*, n. 255760; Id., 28 marzo 2013, Romano, *Mass. Uff.*, n. 255757, con nota di VALSECCHI, *Le Sezioni Unite sull'omesso versamento delle ritenute per il 2004 e dell'IVA per il 2005: applicabili gli artt. 10-bis e 10-ter, ma con un'interessante precisazione sull'elemento soggettivo*, in www.penalecontemporaneo.it. Come noto, a tale interpretazione si contrappone quella della Corte di Strasburgo la quale, nel rammentare i criteri di valutazione della natura sostanzialmente penale di sanzioni formalmente denominate come tali, utilizza il criterio materialistico per la risoluzione del concorso apparente di norme, imponendo al giudice nazionale di applicare la norma speciale qualora alla stessa condotta risultino applicabili più disposizioni sanzionatorie (Corte

È chiaro che una lettura del genere importerebbe notevoli mutamenti nell'approccio ermeneutico agli istituti del concorso apparente di norme e del concorso formale di reati.

Se non si volesse aderire ad una lettura così restrittiva dell'istituto del concorso formale di reati, a tutto vantaggio del concorso apparente di norme, si dovrebbe allora più correttamente riportare la questione nel campo del *ne bis in idem* processuale, nell'ottica del divieto del doppio giudizio.

Se si ritenesse che tra le fattispecie contestate nei due processi "Eternit" non intercorra un concorso apparente di norme, potrebbe affermarsi che le stesse si trovino in concorso formale tra loro. Ebbene, è possibile fornire un'interpretazione della nozione di stesso fatto, presente nell'art. 649 c.p.p., che non solo sia maggiormente vicina alla giurisprudenza convenzionale, ma che dia concreta attuazione al principio costituzionale della ragionevole durata del processo, irrimediabilmente leso dalla perenne esposizione del singolo all'arbitrio dell'organo requirente, il quale ben potrebbe frazionare l'esercizio dell'azione penale per diversi reati commessi, però, con un'unica condotta. Ai fini del *ne bis in idem*, dunque, fatto significa pura condotta, senza intento psichico, individuata dall'oggetto fisico nei reati cosiddetti materiali; non interessano gli eventi, perché esercitando l'azione, l'attore la consuma. Conta il nucleo, costituito dalla condotta, senza aver riguardo alla misura dell'evento⁴⁵.

eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*). Sulla base dei dettami della Corte EDU diversi giudici nazionali hanno ritenuto contrastante - tra l'altro - con l'art. 4 Prot. n. 7 CEDU - per via del parametro costituzionale rappresentato dall'art. 117, co. 1, Cost. - la legislazione italiana che prevede espressamente la duplicazione sanzionatoria in tema d'illeciti tributari e di abusi di mercato. Due diverse Sezioni della Corte di cassazione avevano sollevato questione di legittimità costituzionale delle disposizioni normative che prevedono la duplicazione sanzionatoria, penale e amministrativa, in materia di *market abuse*: Cass., Sez. V, ord. 10 novembre 2014, Chiaron, con nota di SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it; Id., Sez. Trib. Civ., ord. 6 novembre 2014, Garlsson Real Estate, con osservazioni di VIGANÒ, *Anche la sezione tributaria civile della Cassazione manda agli atti alla Corte costituzionale su abusi di mercato e ne bis in idem*, in www.penalecontemporaneo.it. Parimenti, il Tribunale di Bologna aveva chiamato in causa la Corte costituzionale affinché quest'ultima si pronunciasse sulla compatibilità costituzionale del doppio binario sanzionatorio interno in materia di violazioni tributarie: il procedimento penale aveva infatti a oggetto un caso di omesso versamento di IVA: Trib. Bologna, ord. 21 aprile 2015, giud. Cenni, con nota di CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'Iva: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 maggio 2015. La Corte costituzionale ha ritenuto inammissibili le questioni sollevate dalla Cassazione e ha restituito gli atti al giudice rimettente per la terza questione, a causa di sopravvenute modifiche legislative: Corte costituzionale - Ufficio Stampa, Comunicato Stampa 8 marzo 2016, in www.cortecostituzionale.it. Al momento non è ancora stata depositata la motivazione di tale importante pronuncia. In generale, sulle problematiche sottese alle ricadute interne della sentenza *Grande Stevens*, si rinvia a MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 462 ss; si veda altresì BIGIARINI, *Ne bis in idem: il cortocircuito del "doppio binario" sanzionatorio in relazione a fatti di criminalità economica*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 2, 262 ss.

⁴⁵ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1201 ss. il quale afferma anche che l'articolo 649 c.p.p.

Peraltro, potrebbe ritenersi che il più grave delitto di omicidio costituisca, nel caso di specie, l'esito di una "progressione criminosa" rispetto ai delitti (meno gravi) contestati nel primo procedimento. In tal caso, sarebbe proprio il testo dell'art. 649 c.p.p. a venire in aiuto all'interprete. La norma, quando afferma che non si può essere nuovamente perseguiti per lo stesso fatto pur se diversamente qualificato per il "grado", si riferisce evidentemente alle ipotesi di reato progressivo (es. percosse - lesioni - omicidio), in cui le diverse norme incriminatrici non sono tutte applicabili, bensì lo è solo una, perché la norma sull'omicidio esaurisce l'intero disvalore, oggettivo e soggettivo, del fatto (in omaggio al principio *lex consumens derogat legi consumptae*). L'assolto o il condannato per il reato meno grave non è più giudicabile perché cambia esclusivamente il grado del reato: conclusione facilmente evincibile già dal testo della norma nazionale¹⁶.

L'art. 649 c.p.p. sembra già aver previsto e risolto i problemi derivanti da procedimenti iniziati successivamente per un fatto già giudicato: ciò sia nel caso di diversa qualificazione giuridica prospettata dall'organo requirente (diversità di "titolo"), sia di approfondimento dell'offesa (diversità di "grado"). Del resto, per riprendere l'insegnamento di autorevole dottrina, se ogni affare deciso fosse riesumabile, risulterebbe turbato l'equilibrio psichico sociocollettivo¹⁷.

4. Come già evidenziato, una prima lettura delle disposizioni - nazionali e convenzionali - che sanciscono il divieto di *bis in idem* processuale potrebbe indurre l'operatore del diritto ad assegnare maggiore portata garantistica all'art. 649 c.p.p., piuttosto che all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU. Questo in ragione della diversa (e assolutamente evidente) latitudine semantica delle disposizioni in parola. La lettera codicistica, infatti, impone all'interprete di non considerare il mutamento del "titolo" del reato (*id est* della sua qualificazione giuridica) ai fini dell'applicazione del divieto di doppio giudizio. La giurisprudenza univoca di legittimità, come abbiamo rilevato, sembra rifuggire da tale assunto, restando ancorata a considerazioni implicanti una valutazione dell'*idem factum* legata alla qualificazione giuridica e, dunque, alle componenti astratte delle fattispecie esaminate, al fine di restringere il più possibile la portata operativa del *ne bis in idem*.

Non così nel sistema CEDU, ove il dettato dell'art. 4 Prot. n. 7 si riferisce

«vieta un secondo giudizio sul medesimo fatto, anche sotto titolo diverso; ed è quanto succede nel concorso formale eterogeneo; un fatto cade sotto due titoli. *Ne bis in idem*, senza il minimo dubbio»; SCARONA, *Ancora sul caso Eternit*, cit., 21 ss.

¹⁶ GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di un secondo giudizio*, cit., 1214.

¹⁷ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1209.

esplicitamente al divieto di procedere per un “reato” in relazione al quale il soggetto sia stato già assolto o condannato. L’utilizzo del termine “reato” legittimerebbe letture del *ne bis in idem* fondate sull’identità giuridica dei reati contestati, ritenendo che la garanzia non operi in caso di diversità astratta dei reati contestati. Come noto, i dettami provenienti da Strasburgo militano in direzioni opposte.

Nihil novi sub soli, verrebbe da affermare: non è la prima volta che il sistema CEDU, disancorato dai (rigidi) meccanismi della legalità formale, cui il giurista continentale si aggrappa per propagandare una pretesa superiorità garantista del sistema penale interno, *de facto* è in grado di offrire una protezione più estesa dei diritti fondamentali del singolo⁴⁸. La legalità sostanziale, slegata dal (solo apparente) primato dell’organo parlamentare nella scelta del penalmente rilevante e basata sui precipitati di accessibilità e prevedibilità dei comportamenti vietati, si pone come nuovo paradigma garantistico cui i singoli sistemi nazionali devono tendere in maniera sempre più convinta, sollecitati, nel fare ciò, dalla nuova geografia *multilevel* dei diritti fondamentali. Basterà ricordare, a tal proposito, come l’interpretazione convenzionale del concetto di *matière pénale* basata su di una nozione sostanzialistica di pena, tenda a porre il reo al riparo dalle scelte del legislatore, il quale ben potrebbe qualificare un illecito - sostanzialmente punitivo - come formalmente amministrativo, rendendo inoperante, in tal modo, lo sciame delle garanzie penalistiche naturalmente connesse all’applicazione della sanzione penale.

L’obiettivo cui tendere è dunque quello di una combinazione “virtuosa” delle due diverse prospettive: la legalità formale dovrebbe fungere da ostacolo alla penetrazione nel sistema nazionale dei principi affermati in sede convenzionale solo qualora le garanzie espresse a Strasburgo siano foriere di un minor livello di garanzie per il singolo⁴⁹. Non si tratta di rinnegare l’assoluta validità della legalità formale, ma di porre l’accento sulle aporie in cui incorre un’adesione incondizionata ai paradigmi formalistici nel momento in cui è la stessa *littera legis* ad essere travalicata - *in malam partem* - in ragione

⁴⁸ Sui rapporti tra legalità formale interna e legalità sostanziale convenzionale si veda DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 2013, 1, 159 ss.; DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, IV, 2099 ss.; DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale. A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro*, in www.penalecontemporaneo.it; VALENTINI, *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁹ FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in www.penalecontemporaneo.it.

d'interpretazioni solo apparentemente fedeli al testo normativo⁵⁰.

Nel caso del *ne bis in idem*, dunque, si è dinanzi a un vero e proprio paradosso ermeneutico: mentre la norma interna, che sancisce l'indifferenza verso il mutamento del titolo di reato, è interpretata come se tale indifferenza non esistesse, la norma CEDU (il cui testo legittimerebbe, al contrario, interpretazioni "formalistiche") è applicata come se si riferisse allo stesso "fatto" e non allo stesso "reato", aprendo la porta a visioni materialistiche e concrete in tema di *ne bis in idem* processuale.

A partire dalla sentenza *Zolotoukhine c. Russia*, del febbraio 2009⁵¹, la Corte Europea dei diritti dell'uomo non si è più discostata dall'interpretazione fornita dell'ambito di applicazione dell'art. 4 Prot. n. 7. La preclusione del divieto di doppio giudizio scatta, in ambito convenzionale, quando il secondo procedimento si basa su fatti identici o sostanzialmente uguali (e dunque sovrapponibili) a quelli oggetto del primo processo. Nessun rilievo alla (diversa) qualificazione giuridica: non interessa il rapporto tra norme, ma la valutazione dei fatti. La "massima" della sentenza *Zolotoukhine* racchiude in sé tre garanzie: quella di non essere perseguito, di non essere giudicato e di non essere punito una seconda volta (*bis*) per un fatto già valutato (*in idem*) dall'organo giudicante nazionale⁵².

Il GUP torinese dà atto, nell'ordinanza, che la giurisprudenza CEDU non è sempre stata univoca nel definire i connotati operativi del divieto di doppio

⁵⁰ Per avere un'idea della contrapposizione tra le due opposte visioni della legalità penale, può risultare significativo il riferimento a due sentenze, pronunciate dalla Corte di cassazione e dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, a pochissimi giorni di distanza - rispettivamente, Cass., Sez. un., 30 gennaio 2014, Gubert, in *questa Rivista* online; Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*. La sentenza *Gubert*, muovendo - apparentemente - da una concezione formale del principio di legalità penale, ha risolto un annoso contrasto giurisprudenziale in tema di assoggettabilità a confisca dei beni della persona giuridica, nel caso di reato tributario commesso dal legale rappresentante nell'interesse della stessa. La sentenza *Grande Stevens*, ampiamente commentata in dottrina, prende le mosse da una concezione marcatamente sostanziale della legalità in ambito penale. Come ha acutamente notato parte della dottrina (FLICK, *Reati fiscali*, cit., 19) la concezione formale, improntata al rispetto della tassatività e del conseguente divieto di analogia e apparentemente più garantista, ha causato, nel caso di specie, una *deminutio* delle garanzie, mentre l'utilizzo di un approccio sostanzialista - *prima facie* maggiormente soggetto alle oscillazioni giurisprudenziali e dunque meno "affidabile" - ha determinato un innalzamento del livello di tutela.

⁵¹ Corte eur. dir. uomo, Grande Chambre, *Serguei Zolotoukhine c. Russia*, 10 febbraio 2009.

⁵² Un divieto di doppia "azione penale", dunque, prima ancora che un divieto di doppio processo. In tale ultima accezione, già la sentenza delle Sezioni unite Donati legittimava l'apertura verso orizzonti garantistici in tema di divieto di doppio procedimento. Ma le rosee conclusioni cui erano pervenuti gli ermellini nel 2005 risulta(va)no limitate ai casi di conflitti positivi di competenza impropri -*id est* duplicazione di procedimenti pendenti dinanzi a due giudici appartenenti al medesimo ufficio giudiziario-, in cui il reato contestato fosse identico. Aderendo all'interpretazione sostanzialistica della nozione di "stesso fatto" propugnata da Strasburgo potrebbe essere ampliata la portata stessa delle affermazioni contenute nella sentenza Donati, nel senso di impedire l'esercizio dell'azione penale, in relazione allo stesso fatto, anche in assenza di una sentenza passata in giudicato.

giudizio; ma a partire dalla sentenza *Zolotoukhine* la Corte di Strasburgo ha intrapreso un percorso mai più abbandonato, fondato sull'indagine relativa alla medesimezza fattuale e storica per comprendere se il fatto sia o meno lo stesso, a tutto discapito della verifica circa la coincidenza tra elementi costitutivi del reato. Da tale opzione ermeneutica la Corte non si è più discostata.

La casistica precedente alla sentenza *Zolotoukhine* (riguardante, quest'ultima, un'ipotesi di concorso formale di reati) è variegata e non riconducibile ad unità⁵³. Ciò che interessa, tuttavia, è che attualmente l'orientamento convenzionale risulti granitico nel fornire una determinata interpretazione della nozione di stesso fatto⁵⁴.

Nel caso *Sergej Zolotoukhine* ci si trova davanti, come rilevato, ad un'ipotesi di concorso formale tra illecito penale ed illecito amministrativo. La Corte EDU risolve preliminarmente la questione della natura delle infrazioni amministrative contestate, optando per la natura penale delle stesse. Successivamente valuta se le accuse formulate al ricorrente nel secondo procedimento siano o meno le stesse, concludendo nel senso che “i fatti all'origine dei due procedimenti, amministrativo e penale, avviati contro il ricorrente si differenziano per un solo elemento, la minaccia di ricorso alla violenza contro un agente di polizia, e devono quindi essere considerati sostanzialmente gli stessi”. Pur non affermando espressamente l'operatività del divieto di *bis in idem* nei casi di concorso formale di reati⁵⁵, la Corte di Strasburgo perviene ad una conclusione pratica di grande importanza: si tratta della stessa condotta, che viola diverse norme (sostanzialmente) penali, commessa negli stessi tempi e negli stessi luoghi, su soggetti diversi⁵⁶. La “rivoluzione sostanzialistica” operata dalla Corte EDU sta proprio nell'astrarre dall'analisi di tutti gli elementi costitutivi dei reati e nello svincolarsi dalla proiezione sul fatto storico delle categorie del fatto giuridico (operazione propria della giurisprudenza nazionale), per concentrarsi solo sulla condotta dell'agente e valutare se essa sia o meno la medesima, al netto di considerazioni involgenti gli eventi cagionati dalle condotte stesse.

A conclusione della rassegna delle giurisprudenza convenzionale in materia, il giudice torinese si sofferma sulla recente sentenza pronunciata, il 23 giugno

⁵³ GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., 1213; Corte eur. dir. uomo, *Gradinger c. Austria*, 23 ottobre 1995; Id., *Fischer c. Austria*, 29 maggio 2001; Id., *Oliveira c. Svizzera*, 30 luglio 1998.

⁵⁴ Corte eur. dir. uomo, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014; Id., *Nykanen c. Finlandia*, 20 maggio 2014; Id., *Lucky Dev c. Svezia*, 27 novembre 2014; Id., *Rinas c. Finlandia*, 27 gennaio 2015; Id., *Kiiveri c. Finlandia*, 27 marzo 2015; Id., *Butnaru e Bejan-Piser c. Romania*, 23 giugno 2015.

⁵⁵ Probabilmente l'assenza dell'affermazione espressa dell'operatività del *ne bis in idem* nei casi di concorso formale di reati è dovuta a preoccupazioni di stampo repressivo.

⁵⁶ GALANTINI, *Il fatto nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, cit., 1214.

2015, nella causa *Butnaru et Bejan Piser c. Romania*, in cui la Corte EDU riafferma con forza le statuizioni espresse nei propri precedenti, sottolineando che il *ne bis in idem* processuale tende a precludere, prima ancora che la doppia decisione, l'instaurazione di un doppio processo. Anche qui a venire in rilievo è un caso di concorso formale di reati: percosse e lesioni, da un lato, rapina, nel secondo procedimento. La Corte conclude per la violazione dell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU, in quanto la seconda contestazione è originata dalla medesima condotta posta a base della prima accusa; inoltre, il comportamento violento costituiva tanto l'intero substrato fattuale della prima imputazione quanto una componente essenziale della seconda. In particolare, prosegue la Corte Europea, per valutare la sussistenza di un *bis in idem* non si deve guardare agli elementi costitutivi delle (plurime) fattispecie addebitate, ma occorre aver riguardo agli accadimenti concreti, cioè all'insieme di circostanze fattuali inscindibilmente collegate tra loro, così come circostanziate nel tempo e nello spazio⁵⁷.

Inutile segnalare che dettami di tal fatta contribuiscono a far sorgere ampi interrogativi in merito alla compatibilità dell'istituto del concorso formale di reati con il divieto di doppio giudizio. Sarà compito della giurisprudenza nazionale tentare di delimitare l'ambito di applicazione dell'art. 649 c.p.p. in modo tale da rispettare la giurisprudenza di Strasburgo sul punto, senza creare ingiustificabili vuoti di tutela derivanti da letture estremamente ampie del principio del *ne bis in idem* processuale. Letture ampie che, siamo convinti, non riscuoteranno facilmente successo negli orientamenti della giurisprudenza di legittimità nazionale.

In conclusione, l'esauriente esposizione compiuta dal GUP della giurisprudenza CEDU in materia di *ne bis in idem* processuale non lascia dubbi in merito alla sussistenza di un orientamento assolutamente consolidato della Corte di Strasburgo. Considerazione, quest'ultima, che si rende essenziale a seguito della sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale in cui, come noto, il giudice delle leggi ha messo in guardia gli operatori del diritto interni dall'accettazione passiva e incondizionata dei *dicta* provenienti da Strasburgo, configurando l'obbligo di conformazione del diritto interno alla CEDU come cogente nei soli casi in cui vi sia un "orientamento consolidato" della giurisprudenza convenzionale sul punto (salvo il rispetto delle norme costituzionali, *ca va sans dire*)⁵⁸.

Orbene, anche se la definizione dei limiti quantitativi necessari per affermare la formazione di un orientamento consolidato o di un diritto vivente resti tut-

⁵⁷ Corte eur. dir. uomo, *Butnaru e Bejan-Piser c. Romania*, cit.

⁵⁸ Corte cost., n. 49 del 2015.

tora operazione di non agevole svolgimento⁵⁹, non sembra dubbio che la mole delle sentenze intervenute a partire dal caso Zolotoukhine in poi costituisca ben più che un orientamento consolidato.

5. Una volta accertate le peculiarità dell'orientamento consolidato della Corte EDU, il GUP giunge all'inevitabile conclusione che la preclusione processualistica del *ne bis in idem* ha, nell'ordinamento italiano, un'estensione di gran lunga inferiore rispetto all'ambito convenzionale. Prima di arrestarsi definitivamente nel percorso logico-argomentativo e chiamare in causa la Consulta affinché valuti la compatibilità costituzionale-convenzionale dell'art. 649 c.p.p., il giudice del caso "Eremit-bis" pone un ulteriore tassello nella ricostruzione complessiva dei rapporti tra ordinamento italiano e sistema CEDU. Presupposto di partenza è il fondamentale monito contenuto, da ultimo, nella sentenza n. 49 del 2015 (ma in realtà già presente fin dalle prime sentenze gemelle⁶⁰), secondo cui la disposizione CEDU - nell'interpretazione concreta fornita dalla Corte di Strasburgo - deve *in primis* non risultare in contrasto con le norme costituzionali: esigenza, questa, da ricondurre al "predominio assiologico" della Costituzione sulla CEDU, frutto di quella che è stata felicemente definita "ermeneutica della sorveglianza"⁶¹.

Il giudice nazionale deve, dunque, procedere ad un'interpretazione convenzionalmente conforme che non si ponga in contrasto con (tutte) le norme costituzionali: la peculiarità del caso di specie, tuttavia, è che rileggendo l'articolo 649 c.p.p. alla luce della giurisprudenza convenzionale non solo si restituirebbe al divieto di *bis in idem* una portata compatibile con la CEDU, ma si renderebbe il divieto di doppio giudizio maggiormente compatibile con il principio costituzionale del giusto processo, *sub specie* della sua ragionevole durata⁶².

⁵⁹ Sull'impossibilità di definire, da un punto di vista quantitativo, la nozione di "orientamento consolidato", si veda DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo*, cit., 9, la quale esemplifica tale interrogativo accomunandolo al cd. "paradosso del sorite": così come è impossibile stabilire quanti chicchi occorranza per formare un mucchio, allo stesso modo non si può definire quante sentenze formino un orientamento consolidato.

⁶⁰ Corte cost., sent. n. 348 e Id., n. 349 del 2007.

⁶¹ VALENTINI, *La giustizia penale convenzionale e l'oltranzismo dei controlimiti. Dall'euro-entusiasmo della prima ora all'ermeneutica della sorveglianza*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, a cura di Sonelli, Modena, 2015, 253 ss.; MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, cit.

⁶² Profili d'incompatibilità potrebbero profilarsi anche tra l'indiscriminata esposizione del soggetto alla perseguibilità penale e il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost., il quale implicherebbe il diritto a concentrare la propria difesa nell'ambito di un solo procedimento penale. In argomento, si vedano le sentenze Corte cost., n. 501 del 2000 e Id., n. 129 del 2008. Per l'affermazione secondo cui il *ne bis in idem* rivestirebbe rango di principio costituzionale -quantomeno implicito- si veda SALCUNI, *Il rinnovamento del giudizio (art. 11 c.p.) e le sorti del ne bis in idem. Un caso ancora irrisolto?*, in *Ind. pen.*,

A questo punto non si può non constatare come sia proprio il diritto vivente della Cassazione a contrastare tanto con la Costituzione, quanto con la CEDU. Questo in ragione del fatto che la perenne esposizione all'*arbitrium accusatoris* non può non rappresentare essa stessa un irragionevole calvario processuale, che renderebbe di per sé “ingiusto” un secondo processo su fatti già giudicati. Mentre nel caso della cd. “confisca senza condanna” il diritto vivente della Cassazione è stato ritenuto dalla Corte costituzionale compatibile con la Costituzione (mentre era l’orientamento CEDU ad essere tacciato, da parte dei giudici di Cassazione, di contrasto con diverse norme costituzionali), nel caso dell’art. 649 c.p.p. i ruoli si capovolgono: siamo di fronte ad un diritto vivente, frutto della giurisprudenza di legittimità, contrario ad entrambi i testi “costituzionali”; il diritto CEDU, al contrario, è sicuramente più rispettoso dei dettami della Carta costituzionale.

Un “paradosso costituzionale”, in sostanza, di fronte al quale il giudice del caso “Eremit-bis” ben avrebbe potuto imboccare la via dell’interpretazione della disposizione interna conforme al dettato della CEDU, risolvendo a monte il paventato contrasto tra la norma del codice di rito e la Costituzione, in relazione alla CEDU stessa. Se spetta, infatti, al giudice italiano assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente alla CEDU⁶³ - a condizione che tale significato non si riveli del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge⁶⁴ - non si vede come non si possa “chiudere la partita” nel caso che qui interessa, ove è la stessa *littera legis* a favorire soluzioni ermeneutiche in linea con i *dicta* provenienti da Strasburgo, oltre che con i principi costituzionali sopra esposti. Un passaggio ulteriore della sentenza n. 49/2015 rafforza tali assunti: “il giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall’art. 101, co. 2, Cost., con il quale si esprime l’esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l’indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun’altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto⁶⁵, e ciò vale anche per le norme della CEDU, che hanno ricevuto ingresso nell’ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento”. Nemmeno l’interpretazione consolidata della Cassazione può costituire ostacolo insormontabile all’ingresso dei principi CEDU nell’ordinamento interno, a condizione che essi rispettino le indicazioni contenute nella Costituzione. Conseguenza inevitabile e logicamente discendente, quest’ultima, dalla sottoposi-

2013, 315 ss.

⁶³ Corte Cost., n. 239 del 2009, § 2 del “Considerato in diritto”.

⁶⁴ Corte Cost., n. 49 del 2015.

⁶⁵ Corte Cost., n. 40 del 1964; Id., 234 del 1976.

zione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) e non ai suoi colleghi⁶⁶. Un concetto (quello della sottoposizione del giudice alla sola legge) ripetutamente espresso nella giurisprudenza costituzionale, in particolar modo, da ultimo, nella sentenza n. 230 del 2012. I giudici costituzionali, nell'escludere che l'*overruling* giurisprudenziale favorevole fosse in grado di travolgere il principio d'intangibilità della *res iudicata*, hanno riconosciuto che gli orientamenti espressi dalle Sezioni unite della Corte di cassazione aspirino indubbiamente ad acquisire stabilità e generale consenso: ma si tratta di connotati solo tendenziali, in quanto basati su di una efficacia non cogente, bensì di tipo essenzialmente persuasivo. Con la conseguenza che la nuova decisione proveniente dall'organo nomofilattico resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni si è effettivamente verificato⁶⁷.

In altre occasioni è stato rimarcato che in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato che abbia acquisito i caratteri del diritto vivente, la valutazione se uniformarsi o meno a tale orientamento è una mera facoltà del giudice remittente⁶⁸. Da ultimo, la possibilità per il giudice di merito di discostarsi dall'interpretazione dominante offerta dalla giurisprudenza di legittimità è stata espressamente affermata nella sentenza n. 242 del 2014, la quale pare "invogliare", in un *obiter dictum*, il singolo giudice ad aderire al diritto vivente (sospettato di contrasto con la Costituzione) al fine di sollevare questione di legittimità costituzionale⁶⁹.

Appare particolarmente significativa - sempre nell'ottica dei rapporti tra diritto vivente, autonomia interpretativa del singolo giudice e questione di legittimità costituzionale - la massima contenuta nell'importante sentenza n. 356 del

⁶⁶ VALENTINI, *Continua la navigazione a vista*, cit., 3.

⁶⁷ Corte cost., n. 230 del 2012, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*. L'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale (Trib. Torino, Sez. III, ord. 27 giugno 2011, Giud. Natale) era stata commentata da GAMBARDELLA, *Eius est abrogare cuius est condere. La retroattività del diritto giurisprudenziale favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁶⁸ Corte cost., n. 91 del 2004.

⁶⁹ Corte cost., n. 242 del 2014, par. 2 del "Considerato in diritto": «va rilevato che, in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice a quo - se è pur libero di non uniformarsi e di proporre una sua diversa esegesi, essendo la "vivenza" della norma una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali - ha alternativamente la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di "diritto vivente" e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con parametri costituzionali». Si vedano anche le sentenze Corte cost., n. 117 del 2012 e Id., n. 191 del 2013.

1996 della Corte costituzionale, in cui si afferma che le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali⁷⁰. Da ciò deriva che, qualora sia possibile giungere al risultato auspicato (l'interpretazione della norma in maniera conforme al testo costituzionale) mediante due diverse strade (interpretazione costituzionalmente orientata o questione di legittimità costituzionale), la questione di costituzionalità deve essere dichiarata inammissibile, perché essa, in realtà, tende a configurarsi come un improprio tentativo per ottenere dalla Corte l'avallo a favore di un'interpretazione, piuttosto che di un'altra, senza che da ciò conseguano differenze in ordine alla difesa dei principi e delle regole costituzionali, ciò in cui, esclusivamente, consiste il compito della giurisdizione costituzionale⁷¹.

Vero è che, di fronte ad una giurisprudenza granitica, il rischio che si corre, disattendendo tale interpretazione, è quello di minare alle fondamenta il principio della certezza del diritto - ricollegabile, a sua volta, al principio costituzionale di eguaglianza - *sub specie* di prevedibilità della decisione giudiziaria (che, peraltro, costituisce uno dei due aspetti fondanti la legalità penale in ambito CEDU); ma tale obiezione non può resistere in casi come quello che qui interessa, in cui è lo stesso diritto vivente a porsi in contrasto (non solo con la CEDU, ma anche e soprattutto) con la Costituzione.

6. La scelta del giudice di rimettere la questione alla Consulta, seppur non obbligata (come si è potuto constatare), appare dettata da considerazioni di carattere non prettamente teorico, bensì improntate ad una strategia processuale cauta ed oculata. Quando, infatti, il GUP afferma che “il contrasto non [è] superabile in via interpretativa e, in particolare, che non si [possono] adottare interpretazioni alternative dell'art. 649 c.p.p. compatibili con la CEDU” in realtà vuole significare che non appare possibile offrire una lettura del diritto vivente della Cassazione compatibile con la CEDU e che non ritiene opportuno e strategicamente conveniente discostarsi (in via autonoma) da tale orientamento. A sostegno di tale tesi il GUP riporta alcuni passaggi della sentenza n. 456 del 1989 della Corte costituzionale, in cui la Corte da un lato afferma che nell'ipotesi in cui il dubbio di compatibilità con i principi costituzionali cada su di una norma ricavata per interpretazione da un testo di legge è indispensabile che il giudice *a quo* prospetti l'impossibilità di una lettura costituzionalmente conforme, oppure che lamenti l'esistenza di una costante

⁷⁰ Corte cost., n. 356 del 1996.

⁷¹ Principio costantemente affermato nella giurisprudenza della Consulta: si vedano, in tal senso, Corte cost., ord. n. 274 del 1991 e Corte cost. n. 30 del 1990, Id., n. 149 del 1994, Id., n. 58 del 1995, Id., n. 296 del 1995, Id., n. 321 del 1995, Id., n. 360 del 1995, Id., n. 307 del 1996.

lettura della disposizione denunciata in senso contrario alla Costituzione (cd. “diritto vivente”), mentre dall’altro conferisce valore dirimente al principio di esclusiva soggezione del giudice alla legge (art. 101, co. 2, Cost.), in virtù del quale spetta a tutti gli organi giurisdizionali, in piena indipendenza ed autonomia, una indeffettibile funzione interpretativa. Solo quando il giudice ritenga che nella giurisprudenza si sia consolidata una reiterata, prevalente e costante lettura della disposizione, è consentito richiedere l’intervento della Corte affinché controlli la compatibilità dell’indirizzo consolidato con i principi costituzionali⁷². “È consentito”, affermano i giudici costituzionali, non “è necessario”: dunque, il principio di soggezione del giudice alla sola legge (e non anche ai precedenti giurisprudenziali) avrebbe imposto al giudice di Torino una soluzione ben diversa da quella adottata con l’ordinanza in commento. Una decisione più coraggiosa e maggiormente innovativa avrebbe reso immediatamente accessibile all’imputato la possibilità di fruire del suo diritto fondamentale al *ne bis in idem*, al fine di non ricadere perennemente nella categoria degli “eterni giudicabili”. Una soluzione, bisogna sottolinearlo, che probabilmente avrebbe precluso l’intervento della Corte costituzionale sulla delicata questione involgente le “regole d’ingaggio”⁷³ tra gli organi giurisdizionali depositari del potere nomofilattico, nel particolare caso in cui peraltro sia il diritto vivente interno a contrastare con i principi costituzionali.

A sostegno della sua scelta cautelativa il GUP sostiene che il giudice nazionale non possa discostarsi dall’interpretazione consolidata della Cassazione (al punto tale da essere divenuta, quest’ultima, “significato obiettivo della disposizione”), in quanto egli compirebbe un’operazione non consentita, assegnando alla disposizione interna un significato del tutto eccentrico rispetto alla sua stessa lettera ed al modo in cui questa concretamente vive nell’ordinamento, operazione censurata anche dalla Consulta nella più volte richiamata sentenza n. 49 del 2015. Come già rilevato in precedenza, la Corte costituzionale non ha affatto vietato al giudice nazionale di interpretare le disposizioni interne in maniera compatibile con la CEDU, a condizione che la disposizione CEDU non contrasti con la Costituzione e che la norma così ricavata non sia totalmente slegata dal testo della disposizione, configurandosi in tal caso un’ipotesi di “totale eccentricità” dell’interpretazione dal testo normativo, operazione questa espressamente vietata dal giudice delle leggi.

La *littera legis*, dunque, rappresenta il fondamento ed il limite, per l’interprete, nella progressiva tendenza all’obiettivo rappresentato dal *maximum standard* di garanzie per il singolo, derivante dalla reciprocità valoriale

⁷² Corte Cost., n. 456 del 1989.

⁷³ VALENTINI, *Continua la navigazione a vista*, cit.

dei due sistemi, quello nazionale e quello convenzionale⁷⁴. Non può esserlo, invece, il diritto vivente, il quale può assumere valore persuasivo, indicativo, ausiliario, ma mai cogente, al punto da imbrigliare il giudice nel recepimento e nell'applicazione della tavola dei diritti fondamentali enucleati ad un livello superiore a quello delle leggi ordinarie; a maggior ragione nelle ipotesi in cui lo stesso diritto vivente sarebbe tacciabile di essere incostituzionale anche in mancanza della norma di cui all'art. 4 Prot. n. 7 CEDU.

In realtà è possibile individuare, tra le righe del provvedimento, il vero motivo per il quale il giudice ha ritenuto più opportuno “passare la palla” alla Corte costituzionale, piuttosto che operare in via diretta mediante lo strumento ermeneutico: se infatti avesse autonomamente deciso di assegnare alla nozione di “stesso fatto”, contenuta nell'art. 649 del codice di rito, il significato ampio e garantista derivante dalla giurisprudenza della CEDU, si sarebbe inevitabilmente esposto al rischio di un annullamento (quasi) certo della sentenza di non luogo a procedere da parte della Cassazione. Una scelta strategica, dunque, in linea con la finalità di evitare ulteriori lungaggini processuali, inevitabili laddove la Cassazione avesse ritenuto di non aderire all'applicazione del *ne bis in idem* processuale operata dal GUP, con conseguente violazione (ulteriore) del principio della ragionevole durata del processo⁷⁵.

La questione che resta sullo sfondo, in conclusione, è la seguente: può la Corte costituzionale dichiarare la non conformità a Costituzione di un indirizzo giurisprudenziale consolidato? La risposta, anche nei casi in cui sia portato al cospetto della Corte il “diritto vivente” della Cassazione, sembrerebbe essere positiva. Lo strumento giuridico da utilizzare sembra doversi individuare nelle sentenze interpretative di accoglimento, con cui la Consulta non contraddirebbe il diritto vivente della Cassazione formatosi sul punto (anzi lo farebbe proprio): in virtù di questo potrebbe dichiarare incostituzionale la disposizione, se ed in quanto se ne possa trarre quella norma (giudicata) incostituzionale⁷⁶.

Che il vero oggetto del giudizio di legittimità costituzionale non sia la disposizione (cioè il significante), bensì la norma, cioè il significato desumibile dal testo normativo attraverso l'attività interpretativa, è confermato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 84 del 1996: la Corte - si afferma - giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni⁷⁷.

Permangono dubbi, tuttavia, sui possibili esiti della questione di legittimità

⁷⁴ In linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale nelle “seconde sentenze gemelle”, ossia Corte cost., n. 311 del 2009 e Id., n. 317 del 2009.

⁷⁵ GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto*, cit., 15; SCAROINA, *Ancora sul caso Eternit*, cit., 17.

⁷⁶ Per un esempio, si veda Corte cost., n. 78 del 2007.

⁷⁷ Corte cost., n. 84 del 1996, § 4.2.1. del “Considerato in diritto”.

costituzionale sollevata nel processo “Eternit-*bis*”. Non pare impossibile, infatti, che la Corte costituzionale possa dichiarare inammissibile la questione, basandosi sul principio espresso nella già citata - e fondamentale - sentenza n. 356 del 1996: quando risulti possibile “salvare” la disposizione censurata mediante l’interpretazione (convenzionalmente) conforme, spetterà al singolo giudice procedere direttamente al raggiungimento del risultato auspicato (interpretazione della norma interna in via conforme alla Costituzione) tramite gli strumenti ermeneutici di cui dispone. In detti casi, la questione di legittimità costituzionale sarà da dichiararsi inammissibile, proprio perché finalizzata ad imporre alla Corte l’avallo di una determinata interpretazione, nei casi in cui ciò non sia strettamente necessario per la risoluzione della questione di costituzionalità.

L’auspicio è che, nel caso in cui la Consulta non voglia (*rectius*: non possa) pronunciarsi con una sentenza (interpretativa) di accoglimento, ricorra quantomeno allo strumento della sentenza interpretativa di rigetto (e non alla dichiarazione d’inammissibilità): salvando, in questo modo, l’articolo 649 c.p.p., ma indirizzando la giurisprudenza di merito e di legittimità verso una lettura del *ne bis in idem* processuale maggiormente in linea con i principi espressi in sede CEDU⁷⁸.

In conclusione, la questione di legittimità costituzionale sollevata dal GUP del procedimento “Eternit-*bis*” rappresenta l’ennesima testimonianza della stretta correlazione intercorrente tra diritto processuale penale e garanzie costituzio-

⁷⁸ Il problema degli effetti da assegnare alle sentenze interpretative di rigetto è questione ampiamente dibattuta nell’ambito della dottrina costituzionalistica. L’efficacia delle interpretative di rigetto nel giudizio *a quo* è generalmente ammessa, con la precisazione che tale efficacia configura un vincolo prevalentemente negativo, nel senso che il giudice rimettente sarebbe obbligato esclusivamente a non applicare la norma nel significato incostituzionale individuato dalla Corte, non anche a interpretare la disposizione nel significato espresso dalla Corte. Secondo altra parte della dottrina, invece, le sentenze interpretative di rigetto spiegherebbero efficacia “para-generale”, in quanto anche gli altri giudici comuni sarebbero obbligati a non interpretare la disposizione nel senso - incostituzionale - individuato nella sentenza della Consulta. In argomento si veda CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, IV, Milano, 2004, 220 ss. In particolare, nel caso “Eternit-*bis*”, la pronuncia di una sentenza interpretativa di rigetto potrebbe rappresentare una “vittoria di Pirro” per i fautori dell’estensione del principio del *ne bis in idem* processuale: la Corte costituzionale, infatti, da un lato si discosterebbe dal “diritto vivente” granitico della Cassazione sulla nozione di “stesso fatto”, lasciando immutato, però, il testo della disposizione censurata, legittimando così approdi ermeneutici di altri giudici fedeli all’orientamento granitico della Cassazione. Probabilmente, con la pronuncia di una sentenza interpretativa di accoglimento, il giudice delle leggi farebbe “buon viso a cattivo gioco”, dimostrando di aderire all’orientamento della giurisprudenza di legittimità per dichiararlo, una volta per tutte e con efficacia *erga omnes*, incostituzionale. Peraltro, l’utilizzabilità dello strumento delle interpretative di rigetto parrebbe precluso in presenza di un “diritto vivente” consolidatosi sul punto: si vedano, a tal proposito, le sentenze Corte cost., n. 299 del 2005, Id., n. 266 del 2006 e Id., n. 197 del 2010. Per l’affermazione secondo cui, nell’ipotesi di sentenza interpretativa di rigetto, la Corte costituzionale finirebbe per usurpare le prerogative del titolare del potere nomofilattico, si veda GALLUCCIO, *Diritti viventi a confronto*, cit., 15.

nali, le quali trovano massima espansione proprio nell'ambito del processo. Il diritto a non essere giudicato due volte per lo stesso fatto, anche se non annoverato espressamente tra i principi generali dell'ordinamento giuridico interno⁷⁹, riceve ora un livello di protezione non solo più ampio, ma anche più resistente sia alle scelte del legislatore ordinario che al "diritto vivente", la cui contrarietà a Costituzione (direttamente *ex art. 111 Cost.* e indirettamente *ex art. 117, co. 1, Cost.*) non può giustificare diminuzioni di tutela dei diritti del singolo.

Una garanzia processuale che si configura, dunque, come un (nuovo) diritto fondamentale del cittadino nel processo penale, immediatamente applicabile dagli operatori del diritto interni. Il ruolo fondamentale crediamo spetti, nel caso di specie, alla Corte costituzionale, chiamata a confermare l'assunto secondo cui il diritto (processuale) penale è diritto costituzionale applicato⁸⁰.

DANIELE LABIANCA

⁷⁹ Secondo Cass., Sez. I, 12 giugno 2014, Spalevic, in *Mass. Uff.*, n. 260537, il principio del *ne bis in idem* non può ancora considerarsi, rispetto alle sentenze straniere, come principio generale di diritto riconducibile alla categoria delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciuto, oggetto di ricezione automatica ai sensi dell'articolo 10, co. 1, Cost. La Corte costituzionale, nella sent. n. 58 del 1997, ha espressamente affermato che il *ne bis in idem* è principio tendenziale cui si ispira oggi l'ordinamento internazionale, e risponde del resto a evidenti ragioni di garanzia del singolo di fronte alle concorrenti potestà punitive degli Stati.

⁸⁰ HASSEMER, *Prefazione*, in *Giudice delle leggi e diritto penale*, a cura di Belfiore, Milano, 2005, XIII.