

Eternit “bis in idem”? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p. in relazione all’art. 4 Prot. 7 CEDU, di Irene Gittardi

penalecontemporaneo.it, 27 novembre 2015

Nota a ordinanza Tribunale di Torino, GUP Bompieri, 24 luglio 2015, imp. Schmidheiny

1. L’ordinanza in commento è stata pronunciata nel corso dell’udienza preliminare del procedimento c.d. “Eternit bis”, che vede imputato l’imprenditore **Stephan Ernst Schmidheiny** per l’omicidio doloso di **258** persone tra lavoratori del Gruppo Eternit, familiari degli stessi e cittadini residenti nelle zone limitrofe agli stabilimenti.

Il procedimento oggi pendente costituisce **stralcio del procedimento c.d. “Eternit”, in cui allo stesso Schmidheiny[1] erano stati contestati i diversi delitti di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro ex art. 437 c.p., aggravato dalla verifica degli infortuni, e di disastro doloso ex art. 434 c.p., aggravato dalla verifica del disastro - poi dichiarati estinti per prescrizione**, rispettivamente, dalla Corte d’Appello di Torino[2] e dalla Corte di Cassazione[3].

2. Già al momento del deposito della richiesta di rinvio a giudizio nel procedimento Eternit bis, intervenuto il giorno immediatamente successivo alla pubblicazione delle motivazioni della sentenza della Cassazione che definiva il procedimento principale, la difesa dell’imputato segnalava **una possibile violazione del principio di ne bis in idem.**

La difesa sosteneva, in buona sostanza, che **l’imputato fosse già stato giudicato nel procedimento Eternit per i medesimi fatti, pur se allora diversamente qualificati.**

Anche nel primo processo, infatti, veniva in rilievo la qualità di Schmidheiny di effettivo responsabile, negli anni settanta e ottanta, della gestione delle società del gruppo Eternit, operanti negli stabilimenti di lavorazione dell’amianto siti in Cavagnolo, Casale Monferrato, Bagnoli, Rubiera; i fatti, pertanto, risultavano commessi **negli stessi luoghi e negli stessi periodi.**

Il contenuto delle condotte omissive ascritte all’imputato in quella sede, inoltre, era confluito nei capi di imputazione del secondo procedimento (in particolare, nel capo G), in cui si rimproverava all’imputato, ricalcando le contestazioni già sostenute nel procedimento principale, la decisione di:

«G) Adottare ed attuare una politica aziendale comportante un’immane esposizione ad amianto di lavoratori e cittadini e, in particolare, diretta a:

negli stabilimenti di Cavagnolo, Casale Monferrato, Napoli-Bagnoli, Rubiera,

1) omettere l’individuazione e la realizzazione dei provvedimenti necessari per contenere la esposizione ad amianto [...];

2) omettere la fornitura e l’effettivo impiego di idonei apparecchi personali di protezione;

3) omettere la sottoposizione dei lavoratori esposti ad amianto a controlli sanitari adeguati e l'allontanamento dei lavoratori dall'esposizione a rischio per motivi sanitari inerenti alla loro persona;

4) omettere l'informazione e la formazione dei lavoratori circa i rischi specifici derivanti dall'amianto e circa le misure per ovviare a tali rischi;

in aree private e pubbliche al di fuori dei predetti stabilimenti,

5) consentire e non impedire la fornitura a privati ed enti pubblici e il mantenimento in uso dei materiali di amianto per la pavimentazione di strade [...] in tal guisa determinando un'esposizione incontrollata, continuativa e a tutt'oggi perdurante [...];

presso le abitazioni private dei lavoratori,

6) omettere l'organizzazione della pulizia degli indumenti di lavoro in ambito aziendale e determinare la conseguente indebita esposizione ad amianto dei familiari e conviventi e delle persone addette alla predetta pulizia;»

Vi era, infine, **parziale coincidenza tra i soggetti il cui decesso avrebbe aggravato le condotte omissive contestate all'imputato nel primo procedimento e le vittime degli omicidi di Eternit bis.**

3. Nel corso dell'udienza preliminare, i difensori dell'imputato invocavano dunque l'applicazione del principio di *ne bis in idem* ai fini di una pronuncia di non doversi procedere ex art. 649 c.p.p., richiedendo, in subordine, al giudice di sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una questione pregiudiziale di interpretazione dell'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che enuncia il medesimo principio. Il GUP del Tribunale di Torino respingeva, con altra ordinanza, la richiesta, correttamente osservando come la situazione giuridica controversa non rientri nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione.

Il giudice ha deciso invece, di propria iniziativa, con il provvedimento qui pubblicato, di sollevare **questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. (che sancisce il divieto di doppio giudizio nel nostro ordinamento), per violazione dell'art. 117 co. 1 Cost. in relazione all'art. 4 Protocollo 7 CEDU (che contiene l'enunciazione del medesimo principio).**

La violazione trae origine, secondo il giudice rimettente, non da una differenza nella lettera delle due norme, l'art. 649 c.p.p. e l'art. 4 del Protocollo 7 CEDU - le cui formulazioni sono anzi sovrapponibili, vietando entrambe di sottoporre un soggetto che sia già stato giudicato con sentenza divenuta definitiva a un nuovo procedimento penale per il *medesimo fatto*, bensì dalla diversa estensione data al principio: la Corte di Cassazione e la Corte di Strasburgo adottano invero interpretazioni diametralmente opposte di quel "medesimo fatto" il cui vaglio in un secondo procedimento penale determina la violazione del principio in parola.

4. La giurisprudenza della Corte di Cassazione è infatti assolutamente compatta, come dimostrato dalle numerose pronunce citate nell'ordinanza, nel circoscrivere l'applicazione del principio del *ne bis in idem* ai soli casi in cui si riscontri la coincidenza del "fatto giuridico" e,

cioè, della fattispecie astratta, comprensiva di **tutti gli elementi costitutivi del reato e dei beni giuridici tutelati**. Di conseguenza, **qualora lo stesso fatto materiale**, per cui un soggetto sia già stato giudicato, **risulti in un secondo momento sussumibile anche in una diversa fattispecie astratta, e dunque in un diverso “fatto giuridico”, l’inizio di un nuovo procedimento per il diverso reato non costituirà violazione del *ne bis in idem***.

A ben vedere, ciò equivale a sostenere **l’assoluta inoperatività del divieto di *bis in idem* in ogni caso di concorso formale di reati**: qualora, infatti, con una stessa azione od omissione si violino più norme giuridiche, non solo si potrà procedere alla simultanea contestazione delle diverse violazioni, ma sarà altresì sempre possibile la loro contestazione separata nel corso di tanti procedimenti successivi quante sono le norme violate, senza per ciò stesso violare il disposto dell’art. 649 c.p.p., proprio perché gli elementi costitutivi e i beni giuridici presi in considerazione saranno necessariamente diversi da procedimento a procedimento.

5. A conclusioni del tutto diverse giunge invece, come ben evidenziato nell’ordinanza in commento, **la Corte EDU, che adotta quale presupposto dell’applicazione del principio in parola l’identità del fatto inteso non in senso formale-giuridico, ma, al contrario, in senso storico-naturalistico**.

Con la sentenza *Zolotukhin c. Russia*[\[4\]](#), pronunciata nel 2009, la Corte - dissipando una volta per tutte i dubbi ingenerati dalle diverse letture della nozione di “*same offence*” rinvenibili nella propria giurisprudenza - ha infatti affermato che la preclusione prevista dall’art. 4 Protocollo 7 CEDU opera allorché il secondo processo sia fondato su “fatti identici” o “fatti sostanzialmente uguali”, dal punto di vista storico-naturalistico, a quelli che già furono oggetto del processo conclusosi con una sentenza divenuta definitiva.

La Corte EDU non si è più discostata dalla scelta ermeneutica operata con la sentenza *Zolothukin* - che si può dunque considerare come un *leading case* - come testimoniato dalla copiosa giurisprudenza citata nell’ordinanza in commento.

Il provvedimento passa infatti in rassegna le numerose pronunce della Corte di Strasburgo in casi di doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale (sia in materia di abuso di mercato sia in materia tributaria), che - dopo aver riqualificato la sanzione definita amministrativa dall’ordinamento interno come “sostanzialmente penale” secondo i criteri dalla stessa Corte elaborati a partire dal caso *Engel*[\[5\]](#) - fanno propria la definizione di “*same offence*” offerta dalla sentenza *Zolotukhin*.

Particolare significato assume, in quest’ambito, l’ormai nota **sentenza *Grande Stevens c. Italia***[\[6\]](#), in materia di abuso di mercato, **con cui la Corte EDU ha condannato l’Italia per violazione del *ne bis in idem* convenzionale**. In questo caso, alla base della pronuncia di condanna vi è proprio l’ostinata interpretazione, da parte della giurisprudenza interna, della locuzione “stesso fatto” come “stesso fatto giuridico”, in aperto contrasto con quanto stabilito dalla Corte nella sentenza *Zolotukhin*.

La Corte, rimanendo sostanzialmente in linea con il proprio *leading case*, ha poi avuto modo, nelle numerose pronunce rese negli anni successivi, di definire ulteriormente i confini della nozione di “*same offence*”, precisando che **vi può essere sovrapposibilità tra i fatti qualora questi siano riconducibili alla “medesima condotta”** e sottolineando l’importanza della **“inestricabilità nel tempo e nello spazio” delle “concrete circostanze”** contestate al medesimo imputato.

5. Esaurito l'esame della giurisprudenza CEDU, l'ordinanza afferma, in un passaggio fondamentale, che il criterio di valutazione dell'identità del fatto elaborato dalla Corte in materia di doppio binario sanzionatorio - rappresentando un criterio di indubbia portata generale - deve necessariamente trovare applicazione, secondo lo schema del ragionamento *a fortiori*, anche nei casi in cui entrambi i procedimenti siano classificati come penali.

Proprio in riferimento a queste ipotesi, è interessante il riferimento operato dal giudice rimettente al caso *Butnaru e Bejan-Piser c. Romania*^[7], in cui i ricorrenti lamentavano di essere stati giudicati prima per percosse e lesioni, poi per rapina, in relazione ai medesimi fatti. La Corte ha ritenuto violato, come prevedibile, il divieto di *bis in idem*, applicando anche in questo caso i principi in materia di identità del fatto enunciati nella sentenza *Zolotukhin*. Si legge, a tal proposito, nella sentenza, che «non si deve avere riguardo agli elementi costitutivi delle fattispecie oggetto dell'addebito, ma occorre valutare gli accadimenti, cioè l'insieme delle circostanze fattuali inscindibilmente legate fra di loro, così come appaiono circostanziate nello spazio e nel tempo, la cui esistenza deve essere dimostrata al fine di pervenire alla decisione» e che, di conseguenza, «se i fatti sono essenzialmente i medesimi, è irrilevante l'eventualità che i due procedimenti abbiano ad oggetto elementi parzialmente differenti».

6. L'esame della giurisprudenza interna e convenzionale, dunque, ha condotto inevitabilmente il giudice a rilevare l'esistenza di un contrasto tra il *ne bis in idem* interno ex art. 649 c.p.p. e il *ne bis in idem* convenzionale ex art. 4 Prot. 7 CEDU.

Il fatto materiale contestato nel procedimento Eternit bis è, infatti, sotto il profilo storico-naturalistico, indubbiamente il medesimo di quello oggetto della sentenza divenuta irrevocabile. Identiche sono le cariche rivestite dall'imputato in seno alle società del gruppo Eternit, identici gli stabilimenti interessati dalla lavorazione dell'amianto, identici i profili di responsabilità gestionale all'interno degli stabilimenti. Soprattutto le condotte omissive addebitate a Schmidheiny a titolo di omicidio volontario sono perfettamente sovrapponibili alle condotte riportate nei capi di imputazione del procedimento principale.

A ciò si aggiunge il rilievo per cui 186 delle 258 vittime del procedimento Eternit bis figuravano già nel primo processo quali soggetti deceduti «in conseguenza del comportamento dell'imputato». Sul punto, in particolare, l'ordinanza si spinge ad affermare - peccando forse di eccessiva semplificazione^[8] - che «l'esame operato in seno al primo processo coprì indubbiamente anche la verifica, con esito positivo, della sussistenza del nesso di causa tra la condotta omissiva dell'imputato e i decessi di operai addetti agli stabilimenti e cittadini delle aree limitrofe: prova ne è il fatto che in quella sede fu ammessa la costituzione di parte civile dei parenti delle vittime e fu liquidato in loro favore il risarcimento dei danni».

Ebbene, come rilevato dal GUP, **secondo i criteri dettati dalla giurisprudenza CEDU questi elementi sarebbero più che sufficienti per ravvisare nell'instaurazione del procedimento Eternit bis una violazione del principio di *ne bis in idem*** e per giungere, dunque, a una pronuncia di proscioglimento.

Senonché, il Giudice si rivela ben consapevole che una pronuncia di tal segno sarebbe stata immancabilmente censurata nei gradi di giudizio successivi in ragione dell'interpretazione di

“stesso fatto” come “stessa fattispecie astratta” adottata dalla giurisprudenza di legittimità assolutamente unitaria.

Tra i due gruppi di disposizioni contestate vi sono infatti senza dubbio differenze che riguardano il tipo legale. In particolare, l’ordinanza sottolinea come la diversa struttura dei reati - nel primo procedimento reati di pericolo, nel secondo reati di danno - si traduca nel diverso ruolo assunto dal medesimo evento morte all’interno della fattispecie: evento aggravatore quanto ai reati previsti dagli artt. 434 e 437 c.p. - il cui realizzarsi è quindi meramente eventuale - ed elemento costitutivo della fattispecie tipica, quanto al delitto previsto dall’art. 575 c.p.; diversi sono altresì i beni giuridici tutelati, rappresentati, nel primo caso, dall’incolumità pubblica e, nel secondo caso, dalla vita.

7. Se non vi sono dunque dubbi sull’esistenza e sulla rilevanza di tale contrasto, già messo in luce dalla dottrina all’indomani della sentenza *Grande Stevens*, sembra corretta anche la via scelta dal GUP per superarlo.

Il GUP di Torino, come anticipato, ha giudicato necessario rimettere gli atti al giudice delle leggi, sollevando **questione di legittimità costituzionale dell’art. 649 c.p.p., nella parte in cui, secondo l’interpretazione della Corte di Cassazione, limita l’applicazione del principio del ne bis in idem all’esistenza del medesimo “fatto giuridico” nei suoi elementi costitutivi, invece che ricondurlo all’esistenza del medesimo “fatto storico”, così come richiesto dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, per violazione dell’art. 117 co. 1 Cost. in relazione all’art. 4 Prot. 7 CEDU.**

Non si è dunque ritenuto possibile superare l’impasse con «l’adozione di interpretazioni alternative del diritto vivente interno compatibili con i parametri convenzionali». Il provvedimento ricorda, sul punto, la giurisprudenza della Corte Costituzionale che - nei casi in cui il dubbio di compatibilità con i principi costituzionali cada su una norma ricavata per interpretazione da un testo di legge - **preclude al giudice lo strumento dell’interpretazione convenzionalmente conforme della norma interna se «nella giurisprudenza si sia consolidata una reiterata prevalente e costante lettura della disposizione»**^[9]. In quest’evenienza, spetta infatti esclusivamente alla Corte Costituzionale il controllo della compatibilità dell’indirizzo consolidato, la c.d. “norma vivente”, con i principi costituzionali.

Ebbene, nel provvedimento in commento si illustra proprio l’esistenza non di una norma incostituzionale in sé, ma di una costante interpretazione in senso contrario alla Costituzione, da parte della giurisprudenza di legittimità, di una norma in astratto legittima - tant’è vero che la sua formulazione letterale è sovrapponibile a quella della corrispondente norma convenzionale.

Nonostante, dunque, sia in astratto ben possibile leggere il “medesimo fatto” ex art. 649 c.p.p. come “medesimo fatto naturalistico” senza per ciò stesso fornire un’interpretazione confliggente con la lettera della norma, il provvedimento, coerentemente con le indicazioni fornite dalla Consulta, conclude affermando che qualora «come nel caso di specie, il testo legislativo sia ingessato entro un **diritto vivente di dubbia costituzionalità**, dovrà essere preferita la strada della proposizione della questione di legittimità della norma vivente piuttosto che la strada di un’isolata - eccentrica - interpretazione adeguatrice, suscettibile di un ben prevedibile “capovolgimento” nei gradi di giudizio successivi».

La scelta di adire alla Corte Costituzionale è, quindi, non solo sostanzialmente corretta, ma anche dichiaratamente strategica, laddove indica, quale ragione di fondo della richiesta di intervento del Giudice delle Leggi, la precisa volontà di non rimanere un precedente isolato e destinato a soccombere alla giurisprudenza granitica della Corte di Cassazione, ma di imporre, al contrario, una svolta definitiva nell'interpretazione del principio.

* * *

8. Qualche considerazione a margine del provvedimento. Non si può negare, come già sottolineato da più voci in dottrina, che vi sia **un contrasto netto tra l'interpretazione interna e convenzionale del divieto di bis in idem, e che il nodo sia destinato a venire al pettine in tempi brevissimi.**

Una prima spallata al muro - perché di un muro si tratta - eretto dalla giurisprudenza della Cassazione a protezione della concezione formalistica del *bis in idem* è stata data con la sentenza *Grande Stevens*, che ha portato a una prima condanna dell'Italia. Altre ne seguiranno, probabilmente, nei numerosi casi di doppio binario in materia fiscale, dove la discrasia interpretativa in esame si ripresenta negli stessi termini.

Come puntualmente osservato dal giudice *a quo*, peraltro, il problema non si riduce alle ipotesi di doppio binario sanzionatorio, ma si estende, a maggior ragione, ai casi - come quello in questione - in cui **entrambi i procedimenti hanno natura penale**. Proprio in relazione a tali ipotesi, vi sono **due profili che si vogliono qui evidenziare.**

9. Il primo profilo attiene alla portata e all'ambito di operatività del principio.

Il principio di *ne bis in idem* comporta **esclusivamente il divieto di sottoporre un soggetto a un nuovo procedimento penale per un fatto per cui sia già stato giudicato con sentenza divenuta definitiva; non vieta, al contrario, la contestazione simultanea, nello stesso procedimento, di più reati anche in concorso formale tra loro.**

Proprio l'unicità del fatto naturalistico, anzi, fa sì che l'accusa possa e debba valutare, una volta per tutte al momento della conoscenza del fatto, per quali e quanti reati procedere. L'alternativa sarebbe infatti consentire agli organi inquirenti di giocare una sorta di tiro al piattello con l'imputato, o meglio con le diverse norme in cui può essere sussunto il fatto a lui ascritto, procedendo per tentativi nella speranza di centrare, presto o tardi, una condanna.

Il principio sancito nell'art. 4 Prot. 7 CEDU mira quindi a evitare, nella consapevolezza dell'estrema varietà delle fattispecie incriminatrici, che si proceda per tentativi, sottoponendo lo stesso soggetto a più procedimenti successivi per il medesimo fatto, creando così degli "eterni giudicabili". Vi è allora un indubbio **collegamento tra ne bis in idem e art. 111 Cost., laddove questo vincola in modo esplicito il carattere giusto del processo alla sua definizione in tempi ragionevoli.** Come osservato nell'ordinanza, se è vero che la norma costituzionale si riferisce, letteralmente, alla durata del singolo processo, non vi è però dubbio che comprenda, quanto alla

ratio, il diritto a non indossare senza limiti di tempo la veste di processato **anche per effetto di successivi procedimenti celebrati per il medesimo fatto.**

Per tornare al caso Eternit, nulla avrebbe impedito alla Procura di Torino di contestare, nel procedimento principale, sia i reati di disastro e di omissione dolosa di cautele, sia gli omicidi volontari, trattandosi, come già rilevato, di reati strutturalmente diversi, che tutelano beni giuridici distinti (come confermato anche dalle sensibili differenze nelle cornici edittali).

Il principio di *ne bis in idem*, in definitiva, è, **da un lato, necessario per una piena attuazione del principio del giusto processo previsto dall'art. 111 della Costituzione; dall'altro lato, non impedisce agli inquirenti di procedere alla contestazione simultanea di più reati, anche se riconducibili al medesimo fatto.** Ciò che si chiede alla pubblica accusa è, in buona sostanza, solo **il compimento di una scelta definitiva nel momento in cui si possiedono tutti gli elementi per valutare la rilevanza penale di una condotta.**

10. Quest'ultima osservazione ci conduce direttamente al **secondo profilo** rilevante del *ne bis in idem* convenzionale. **Quando la Corte EDU parla di identità del fatto naturalistico, sembrerebbe invero riferirsi all'identità della sola condotta,** richiedendo unicamente, per la violazione del principio, **la sovrapposibilità della frazione del fatto rappresentata dall'azione o dall'omissione verificatesi in un certo luogo e in un certo tempo.** Rimarrebbe invece estranea alla valutazione l'eventuale coincidenza dell'evento e del nesso di causalità.

Se fosse valida questa osservazione, ai fini dell'operatività del *ne bis in idem* convenzionale con specifico riferimento al caso in esame, ci si chiede se non **sarebbe stato forse sufficiente constatare l'identità spazio-temporale delle condotte contestate a Schmidheiny nei due procedimenti.** Se perno della valutazione fosse davvero la sola materialità della condotta, risulterebbero infatti non strettamente necessarie le osservazioni, contenute nell'ordinanza, circa l'ingresso nel procedimento principale delle morti di lavoratori, familiari e residenti nelle zone vicine agli stabilimenti. In altre parole, **le condotte omissive contestate all'imputato sarebbero risultate identiche anche in assenza, nel primo procedimento, della valutazione della loro rilevanza causale rispetto all'evento morte** quale circostanza aggravante dei delitti ex artt. 434 e 437 c.p. - valutazione, peraltro, che sembra essere ben più problematica di come rappresentata dal giudice *a quo* [\[10\]](#).

Non solo. **Ulteriore conseguenza** dell'applicazione del principio, se così correttamente interpretato, sarebbe **l'interruzione del procedimento Eternit bis per violazione del ne bis in idem non solo in relazione alle 186 vittime che già figuravano nel primo procedimento, ma anche in relazione agli omicidi commessi in danno ai restanti soggetti,** non rientranti tra le 2000 vittime del procedimento Eternit. Anche per questi, infatti, **le condotte descritte nei capi di imputazioni sono le medesime, distinguendosi esclusivamente con riferimento all'evento concreto.**

Questo secondo profilo del *ne bis in idem* convenzionale **rischia dunque di aprire un vuoto di tutela in relazione a tutti quei fenomeni criminosi, come appunto quelli legati all'esposizione ad amianto, caratterizzati da eventi che si verificano a notevole distanza di tempo dalla condotta.** I **lungheggianti tempi di latenza delle malattie** rendono invero ben possibile che, ad esempio, una volta giunti a sentenza definitiva per il reato di omicidio in relazione a un gruppo di vittime, si verificano altri decessi, causati dalle stesse condotte e destinati, quindi, in caso di applicazione del *ne bis in idem* convenzionale, a rimanere privi di tutela penale.

Poiché, dunque, in relazione a questi peculiari fenomeni **non sempre all'unicità della condotta corrisponde la piena possibilità, per l'accusa, di compiere una valutazione definitiva dell'offensività del fatto, ci si trova di fronte a una scelta tra due vie, ciascuna delle quali comporta il sacrificio di diritti di fondamentale importanza.**

Se si ritiene sufficiente, per l'applicazione del *ne bis in idem*, l'identità della sola condotta, **si rischia di lasciare alcuni gravi fenomeni privi di una tutela penale completa - restando ovviamente impregiudicata la possibilità di azionare eventuali pretese risarcitorie in altre sedi** - a causa della verifica "frazionata" degli eventi, anche a grande distanza di tempo delle condotte. Se, viceversa, si richiede, per la violazione del divieto in parola, la coincidenza, oltre che della condotta, anche dell'evento, **si accetta la possibilità, per nulla astratta, di sottoporre un soggetto a un numero potenzialmente infinito di processi** - uno ogni volta che si verifica un singolo evento - per le stesse condotte.

11. Una notazione conclusiva.

A fronte di un conflitto così evidente tra *ne bis in idem* così come interpretato dalla giurisprudenza interna e *ne bis in idem* convenzionale, **ci auguriamo che il giudice delle leggi colga l'occasione offerta dalla coraggiosa ordinanza del GUP di Torino per farsi carico, una volta per tutte, della soluzione di tale conflitto.**

La Corte Costituzionale potrebbe (dovrebbe?), in particolare, ritenere il contrasto superabile in via interpretativa, optando per una sentenza c.d. interpretativa di rigetto, "salvando" in questo modo l'art. 649 c.p.p. ma imponendo alla giurisprudenza di darne in futuro una lettura compatibile con le indicazioni della CEDU. Non sembrerebbe invero necessaria la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p., che facendo riferimento nella sua formulazione letterale al "medesimo fatto", ben potrebbe essere interpretato in senso convenzionalmente e quindi costituzionalmente conforme, senza forzatura alcuna, come comprensivo del "medesimo fatto naturalistico".

Resta ovviamente il rischio che la Consulta decida di non affrontare affatto il problema, ad esempio **optando per una dichiarazione di inammissibilità della questione** fondata sull'astratta possibilità, per il giudice *a quo*, di interpretare l'art. 649 c.p.p. in senso convenzionalmente conforme. **Una soluzione di tal segno non può però essere condivisibile**, poiché, come già correttamente segnalato dal giudice rimettente, **lo spazio per un'interpretazione correttiva della norma è puramente teorico**: ogni tentativo in questo senso è infatti destinato, nella prassi, a scontrarsi e a soccombere all'orientamento contrario pervicacemente sostenuto dalla Cassazione.

[1] La [sentenza di primo grado](#) è pubblicata in *questa Rivista*, con nota di S. Zirulia, 17 febbraio 2012.

[2] Pubblicata in *questa Rivista*, con scheda di S. Zirulia, 5 giugno 2013.

[3] Pubblicata in *questa Rivista*, con commento di G.L. Gatta, [Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit](#), 24 novembre 2015, S. Zirulia,

[Eternit, il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione](#), 24 febbraio 2015, di L. Santa Maria, [Il diritto non giusto non è diritto, ma il suo contrario. Appunti brevissimi sulla sentenza di Cassazione sul caso Eternit](#), 9 marzo 2015.

[4] Zolotukhin c. Russia, 14939/03, 10 febbraio 2009.

[5] Engel e altri c. Olanda, 5370/72, 8 giugno 1976.

[6] Pubblicata in *questa Rivista* con nota di A.F. Tripodi, [Uno più uno \(a Strasburgo\) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in materia di manipolazione di mercato](#), 9 marzo 2015.

[7] Butnaru e Bejan-Piser c. Romania, 8516/07, 23 giugno 2015.

[8] Per una più approfondita analisi della valutazione, operata nelle sentenze del procedimento principale, del rapporto tra condotte, eventi e risarcimento alle parti civili, si rimanda ai contributi citati *sub* note 1-3.

[9] Corte Cost., sentenza n. 456 del 1989.

[10] Si rimanda, di nuovo, sul punto, alle motivazioni delle sentenze del procedimento Eternit e alle relative note di commento.

Proc. n. 14263/13 R.G.N.R.
Proc. n. 19421/14 R.G. G.I.P.



**TRIBUNALE ORDINARIO DI TORINO
SEZIONE GIUDICI PER LE INDAGINI PRELIMINARI**

Il Giudice, nel processo a carico di SCHMIDHEINY Stephan Ernest, nato a Heerbrugg (Svizzera) il 29/10/1947

difeso di fiducia dagli avv.ti Astolfo Di Amato del Foro di Roma e Alleva Guido Carlo del Foro di Milano, ha emesso la seguente

**ORDINANZA
(ART. 23 LEGGE 11/3/1953 N. 87)**

1) Nel procedimento penale pendente avanti al giudice dell'udienza preliminare di Torino, a SCHMIDHEINY Stephan Ernst è ascritto di avere, con coscienza e volontà, nella qualità di effettivo responsabile della gestione delle società del Gruppo Eternit Spa, esercenti gli stabilimenti di lavorazione dell'amianto disseminati in varie parti d'Italia, cagionato la morte di 258 persone, tra lavoratori, familiari degli stessi e cittadini residenti nelle zone limitrofe agli stabilimenti. Più precisamente, con la richiesta di rinvio a giudizio, depositata in data 24/2/2015, a SCHMIDHEINY sono mossi i seguenti addebiti:

“nella qualità di effettivo responsabile della gestione della società (Eternit Spa) esercente gli stabilimenti di lavorazione dell'amianto siti in Cavagnolo, Casale Monferrato, Napoli-Bagnoli, Rubiera, e di effettivo responsabile della gestione delle società (Industria Eternit Casale Monferrato Spa, Industria Eternit Napoli Spa, Icar Spa, Industria Eternit Reggio Emilia Spa) esercenti gli stabilimenti di lavorazione dell'amianto siti in Cavagnolo, Casale Monferrato, Bagnoli, Rubiera, nel periodo che inizia il giugno 1976 con riguardo ai siti di Casale Monferrato, Cavagnolo, Napoli-Bagnoli, e il 27 giugno 1980 con riguardo al sito di Rubiera, e che termina il 4 giugno 1986 con riguardo ai siti di Casale Monferrato e di Cavagnolo, il 19 dicembre 1985 con riguardo al sito di Napoli-Bagnoli, il 6 dicembre 1984 con riguardo al sito di Rubiera:

artt. 81, comma 2, 575, 577, comma 1, nn. 2 e 4 e 61 n. 1, c.p., perché, in esecuzione del medesimo disegno criminoso, agendo con coscienza e volontà, cagionava la morte di 258 tra lavoratori operanti presso i predetti stabilimenti, familiari degli stessi e cittadini residenti nelle zone limitrofe tali stabilimenti, alle date e nei luoghi sotto indicati per ciascuno, e, segnatamente, di:

[seguono le generalità di n. 258 persone decedute, con indicazione di luogo, data e causa del decesso, nonché, in caso di esposizione professionale, stabilimento presso cui ciascuna prestava attività lavorativa, relative mansioni e durata; in caso di esposizione ambientale, il periodo, il luogo e il tipo di esposizione]

IN QUANTO FU CONSAPEVOLE CHE

A) il mesotelioma pleurico o peritoneale (oltre che l'asbestosi e il carcinoma polmonare) sono patologie con prognosi infausta correlate sotto il profilo eziologico all'inalazione delle fibre di asbesto;

B) gli stabilimenti di Cavagnolo, Casale Monferrato, Napoli-Bagnoli, Rubiera, presentavano condizioni di polverosità da amianto enormemente nocive per la salute delle popolazioni formate dai lavoratori e dagli abitanti delle zone prossime a tali stabilimenti;

C) le risorse finanziarie effettivamente investite per ridurre la polverosità all'interno dei luoghi di lavoro e nel territorio erano esigue;

E CIÒ MALGRADO, PER MERO FINE DI LUCRO, DECISE DI

D) continuare le attività già svolte negli stabilimenti di Cavagnolo, Casale Monferrato, Napoli-Bagnoli, Rubiera, ancora per un decennio;

E) non modificare negli stabilimenti di Cavagnolo, Casale Monferrato, Napoli-Bagnoli, Rubiera, le preesistenti ed enormemente nocive condizioni di polverosità da amianto mediante conversioni e risanamenti realmente incisivi;

F) risparmiare sulle gravose spese indispensabili per una radicale revisione degli impianti e delle procedure di lavoro, con il consapevole e voluto risultato che le fibre di asbesto continuarono a disperdersi abbondantemente nelle fabbriche e negli ambienti di vita, e, per inevitabile conseguenza, determinarono e determinano tra lavoratori e cittadini una epidemia dilatata nel tempo di patologie di cui conosceva la gravità e la diffusività;

G) adottare ed attuare una politica aziendale comportante un'immane esposizione ad amianto di lavoratori e cittadini, e, in particolare, diretta a:

negli stabilimenti di Cavagnolo, Casale Monferrato, Napoli-Bagnoli, Rubiera,

1) omettere l'individuazione e la realizzazione dei provvedimenti tecnici, organizzativi, procedurali, igienici, necessari per contenere l'esposizione all'amianto (quali impianti di aspirazione localizzata, adeguata ventilazione dei locali, utilizzo di sistemi a ciclo chiuso, limitazione dei tempi di esposizione, procedure di lavoro atte ad evitare la manipolazione manuale, lo sviluppo e la diffusione dell'amianto, sistemi di pulizia degli indumenti di lavoro in ambito aziendale);

2) omettere la fornitura e l'effettivo impiego di idonei apparecchi personali di protezione;

3) omettere la sottoposizione dei lavoratori esposti ad amianto a controlli sanitari adeguati, e l'allontanamento dei lavoratori dall'esposizione a rischio per motivi sanitari inerenti la loro persona;

4) omettere l'informazione e la formazione dei lavoratori circa i rischi specifici derivanti dall'amianto e circa le misure per ovviare a tali rischi;

in aree private e pubbliche al di fuori dei predetti stabilimenti

5) consentire e non impedire la fornitura a privati e a enti pubblici, e il mantenimento in uso, dei materiali di amianto per la pavimentazione di strade, cortili, aie, o per la coibentazione di sottotetti di civile abitazione, in tal guisa determinando un'esposizione incontrollata, continuativa e a tutt'oggi perdurante, senza rendere edotti gli esposti circa la pericolosità dei predetti materiali e per giunta inducendo un'esposizione di fanciulli e adolescenti anche durante attività ludiche;

presso le abitazioni private dei lavoratori

6) omettere l'organizzazione della pulizia degli indumenti di lavoro in ambito aziendale e determinare la conseguente indebita esposizione ad amianto dei familiari conviventi e delle persone addette alla predetta pulizia;

TANTO CHE:

H) promosse una sistematica e prolungata opera di disinformazione volta a:

1) tranquillizzare la collettività, sia divulgando la falsa rassicurazione che erano state impegnate notevoli risorse per sanare la situazione, sia propalando notizie infondate circa l'efficacia delle bonifiche già compiute e lo stato delle conoscenze scientifiche in ordine alla cancerogenicità dell'asbesto,

2) diffondere l'erronea convinzione che, per garantire la sicurezza e la salute nei luoghi di lavoro e nelle aree ad essi vicine, sarebbe stato sufficiente rispettare valori limite di soglia, peraltro individuati in modo inappropriato anche alla stregua delle conoscenze già allora disponibili e mai realmente osservati con adeguate azioni preventive;

I) confidò che l'opera di disinformazione da lui promossa avrebbe impedito alla collettività di acquisire esatta consapevolezza del fenomeno epidemico che egli si era già rappresentato e che, dunque, provocò pur di perseguire vantaggi economici;

L) si avvalse sistematicamente di un esperto di pubbliche relazioni per allontanare dalla sua persona qualsiasi sospetto sulla parte avuta nella decisione di gestire gli stabilimenti italiani con modalità tali da diffondere in notevole quantità le fibre di asbesto negli ambienti di lavoro e nel territorio, e così per occultare le proprie responsabilità scaricandole sulle articolazioni periferiche della catena di governo del gruppo.

Con le aggravanti di aver commesso il fatto per mero fine di lucro (v. punti D, E, F), e con mezzo insidioso, in quanto ometteva l'informazione a lavoratori, familiari, cittadini, circa i rischi specifici derivanti dall'amianto e circa le misure per ovviare a tali rischi, e promuoveva la sistematica e prolungata opera di disinformazione di cui ai punti H, I, L), in guisa da rendere più difficile per le vittime la difesa.

Nel quale sono persone offese:

[seguono generalità dei famigliari delle n. 258 persone decedute]

Nel corso dell'udienza preliminare, i difensori dell'imputato hanno invocato l'applicazione dell'art. 649 c.p.p. ai fini della pronuncia di una sentenza di proscioglimento ex art. 425 c.p.p. ed hanno altresì chiesto che il giudice sottoponesse alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione interpretativa pregiudiziale dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sancisce il principio c.d. del "*ne bis in idem*".

In sostanza, i difensori hanno rilevato che SCHMIDHEINY era già stato processato e giudicato, con sentenza divenuta definitiva in data 19/11/2014, nel procedimento penale RG NR 24265/04, di cui quello odierno costituisce "stralcio", conclusosi con il proscioglimento dell'imputato per intervenuta prescrizione dei reati in quella sede contestati, relativamente a fatti che le difese ritengono essere i "medesimi" oggetto dell'odierno processo, pur se in allora diversamente qualificati (omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, dichiarato estinto per prescrizione dalla Corte d'Appello di Torino con sentenza del 3/6/2013, e disastro doloso, dichiarato estinto per prescrizione dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 7941/15 del 19/11/2014).

Anche nel primo processo, come in quello oggi pendente, veniva in rilievo la qualità di SCHMIDHEINY di "effettivo responsabile" della gestione delle società del "Gruppo Eternit", esercenti gli stabilimenti di lavorazione dell'amianto siti in Cavagnolo, Casale Monferrato, Bagnoli, Rubiera; pertanto, i fatti risultano commessi negli stessi luoghi e nei medesimi periodi; il contenuto della condotta omissiva in quella sede ascritta all'imputato ex artt. 437 c.p. e 434 c.p. è confluita nell'attuale contestazione sub lettera G); entrambe le condotte omissive in quella sede contestate erano aggravate dalla malattia e dal decesso di circa 2.000 persone, in conseguenza dell'esposizione ad amianto, e 186 di esse sono indicate quali vittime anche nell'attuale processo.

I Pubblici Ministeri e i difensori delle Parti Civili hanno chiesto che, in ossequio al consolidato orientamento della Corte di Cassazione, le richieste fossero entrambe respinte e fosse pronunciato il decreto che dispone il giudizio.

Con separata ordinanza, letta in udienza, questo giudice ha respinto la richiesta dei difensori dell'imputato di investire la Corte di Giustizia della questione pregiudiziale interpretativa: la situazione giuridica controversa non rientra, infatti, nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione e il procedimento principale non riguarda l'interpretazione o l'applicazione di una norma di diritto dell'Unione diversa da quelle della Carta, sicché la Corte avrebbe declinato la propria competenza (cfr., da ultimo, ordinanza Nona Sezione 15/5/2015, nella causa C-497/14).

2) Questo giudice ritiene, invece, di dover sollevare la **questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.**, per violazione dell'art. 117 c. 1 Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 della CEDU, atteso che il divieto di doppio giudizio sancito dall'art. 649 c.p.p. ha, nell'ordinamento processuale italiano, un ambito di applicazione limitato ai casi in cui si riscontri la coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato e dei beni giuridici tutelati, non operando invece il divieto in presenza del mero accertamento della coincidenza dei fatti storici oggetto delle successive e differenti imputazioni che siano state formalizzate ed esaminate in due distinti procedimenti.

In tal modo, l'art. 649 c.p.p. si pone in conflitto con l'art. 4 Prot. 7 della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Questo giudice esclude di potersi discostare in via ermeneutica dall'orientamento della Giurisprudenza di legittimità, che si è consolidato al punto da assumere il valore di "significato obiettivo della disposizione", così da concretizzare la nozione di diritto vivente.

3) **Nell'ordinamento nazionale il divieto di "doppio giudizio" non opera in caso di "concorso formale" di reati.**

Con particolare riferimento alla materia degli infortuni sul lavoro, la Corte di Cassazione ha sempre e senza eccezioni ritenuto che tra il delitto di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro aggravato dalla morte di lavoratori (art. 437 c. 2 c.p.) e il delitto di omicidio (colposo, ex art. 589 c.p.) aggravato dalla violazione delle norme di prevenzione degli infortuni sul lavoro, sussiste “concorso formale” di reati, che si realizza allorché con un’unica azione si cagionino più eventi penalmente rilevanti.

L’assunto muove dalla considerazione che le due previsioni normative considerano distinte situazioni tipiche (la dolosa omissione di misure antinfortunistiche con conseguente disastro, la prima, e la morte non voluta di una o più persone, la seconda), hanno diversa collocazione sistematica all’interno del codice penale perché tutelano beni giuridici differenti (la pubblica incolumità, la prima, e la vita umana, la seconda) e divergono con riferimento all’elemento soggettivo (dolo della condotta quanto al reato previsto dall’art. 437 cp e colpa quanto al reato di omicidio) (Cass. 10048/1993) ovvero, si è detto, presentano differente “schema legale tipico” e diverso “contenuto costitutivo” (Cass. 1648/1983).

E poiché il danno alla persona costituisce effetto soltanto eventuale e non essenziale dell’omissione delle cautele di cui all’art. 437 c.p., mentre nel reato di omicidio colposo è elemento essenziale, la morte, sia pure derivante dalla medesima omissione, non può ritenersi assorbita nel reato di cui all’art. 437 c. 2 c.p. (Cass. 1648/1983; Cass. 10048/1993).

I principi ora sinteticamente richiamati sono costantemente applicati in tutti i settori dell’ordinamento penale.

Così, non potrà invocarsi la violazione del principio del *ne bis in idem* laddove la nuova norma incriminatrice applicata contempra un evento giuridico diverso da quello che fu oggetto della prima pronuncia: atteso che il “fatto” di cui all’art. 649 c.1 c.p.p. si identifica nell’elemento materiale del reato, costituito da “condotta-evento-nesso causale” e attesa la non necessaria coincidenza tra fatto in senso naturalistico e fatto in senso giuridico, nell’ipotesi di concorso formale di reati, in cui con un’unica azione si cagionino più eventi giuridici penalmente rilevanti, il giudicato formatosi con riguardo a uno di tali eventi non impedisce l’esercizio dell’azione penale in relazione a un altro evento scaturito dall’unica condotta, per cui non può dirsi violato il principio del *ne bis in idem* qualora il soggetto venga sottoposto a nuovo processo, perché il nuovo procedimento per il reato in concorso formale ha per oggetto non il medesimo fatto, ma quella parte di fatto -in senso giuridico- non contemplato dalla prima norma incriminatrice applicata, caratterizzata dal diverso evento giuridico.

A titolo esemplificativo si vedano:

- Cass. 3116/1994: in applicazione del suesposto principio, la Corte ha escluso che potesse invocarsi la regola del *ne bis in idem* da parte di soggetto che, già condannato per mancata tenuta dei libri e delle scritture contabili, ai sensi dell’art. 217 della legge fallimentare, era stato poi sottoposto, sulla base della stessa condotta, a nuovo procedimento penale per il reato fiscale di cui all’art. 1 u.c. D.L. 10 luglio 1982 n. 429, conv. con modif. in legge 7 agosto 1982 n. 516;

- Cass. 10472/1997: la Corte ha rigettato il ricorso con il quale l’imputato, quale agente di cambio, era stato già condannato per il reato di bancarotta fraudolenta consistita, fra l’altro, nella sottrazione di titoli e denaro della clientela e poi sottoposto a nuovo procedimento penale per il reato di appropriazione indebita in danno di un cliente, in forza del principio per cui all’unicità di un determinato fatto storico può far riscontro una pluralità di eventi giuridici;

- Cass. 3755/99: nella specie si era proceduto, in relazione a una partita di tabacchi lavorati esteri, per il mancato pagamento dei diritti di monopolio ex art. 2 legge 18 gennaio 1994, n. 50, fatto ritenuto distinto e diverso dal reato, nel primo processo non contestato, del mancato pagamento dei diritti doganali relativi alla stessa partita secondo le norme degli artt. 282 - 292 d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, in forza della considerazione che, nell’ipotesi di concorso formale di reati, in cui con un’unica azione si cagionino più eventi penalmente rilevanti, il giudicato formatosi con riguardo a

uno di tali eventi non impedisce l'esercizio dell'azione penale in relazione a un altro evento scaturito dall'unica condotta.

Inoltre, alcune pronunce della Suprema Corte svalutano esplicitamente la portata del “fatto storico”, privilegiando la valutazione di “tutte le implicazioni penalistiche” del fatto stesso: si è affermato, ad esempio, che il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p. impedisce al giudice di procedere contro la stessa persona per lo stesso fatto sul quale si è formato il giudicato, ma non vieta di prendere in esame lo stesso fatto storico e di valutarlo in riferimento a diverso reato.

La preclusione non opera, quindi, allorché il fatto storico in relazione al quale è già intervenuta una pronuncia irrevocabile sia stato conseguenza di una condotta che abbia nel contempo determinato la violazione di più disposizioni di legge, potendo e dovendo la vicenda criminosa essere valutata alla luce di tutte le sue implicazioni penalistiche col possibile riesame in direzione delle ipotesi delittuose rimaste estranee al giudizio precedente (cfr. Cass. 6801/1994; Cass. 25141/2009).

Altre pronunce della Corte negano la violazione del principio sancito dall'art. 649 c.p.p. nei casi di distinta oggettività giuridica dei beni tutelati e di assorbimento solo parziale di una violazione nell'altra; così, la preclusione processuale non opera quando sia stato celebrato un processo, e si sia formato il giudicato, in relazione ad un reato compatibile con altro reato non giudicato, non rinvenendosi la medesimezza del fatto richiesta dall'art. 649 c.p.p., ancorché entrambi i reati siano riferibili alla medesima condotta (cfr. sentenza 3354/1995, in procedimenti relativi a reati di resistenza a p.u. e di tentato omicidio; criterio che si rinviene anche in Cass. 10472/97, cit.).

Si è talvolta affermato che non sussiste, comunque, violazione del principio del *bis in idem* quando sia evitato il “conflitto teorico di giudicati” (cfr. sentenza 2149/1996: la Corte ha stabilito che il fatto della contravvenzione in materia di prevenzione infortuni, per cui l'imputato era stato assolto con sentenza passata in giudicato, poteva essere preso di nuovo in esame ai fini del delitto di lesioni colpose se il secondo giudizio fosse pervenuto, quanto al fatto contravvenzionale, alle stesse conclusioni del primo e non si ponesse quindi in rapporto di incompatibilità logica con esso; così anche Cass. 25141/2009, in cui si legge: *“come già in altre occasioni chiarito da questa Corte, la preclusione di cui all'art. 649 cod. proc. pen. - “ne bis in idem” - non può essere invocata qualora il fatto, in relazione al quale sia già intervenuta una pronuncia irrevocabile, configuri un'ipotesi di “concorso formale di reati”, in quanto la fattispecie può essere riesaminata sotto il profilo di una diversa violazione di legge derivante dallo stesso fatto, con l'unico, ragionevole, limite che il secondo giudizio non si ponga in una situazione di incompatibilità logica con il primo: ciò che potrebbe verificarsi allorché nel primo giudizio sia stata dichiarata l'insussistenza del fatto o la mancata commissione di esso da parte dell'imputato (ex plurimis Sez. 4, n. 25305 del 02/04/2004 Rv. 228924). La ragione è evidente e risiede proprio nella necessità di evitare pronunce contrastanti che si pongano in rapporto di insuperabile contrasto sulla attribuzione del fatto contestato”*).

La concreta applicazione dell'art. 649 c.p.p. è rimasta, nei decenni, sostanzialmente immutata: al di là di recenti formulazioni che all'apparenza interpretano la nozione di *“stesso fatto”* in ossequio ai canoni ermeneutici elaborati dalla Corte europea, la Corte di Cassazione è, in realtà, saldamente ancorata a valutazioni che non apprezzano affatto, in via prioritaria, l'accadimento storico.

Così, ad esempio, nel tentativo di perimetrare il concetto di *“stesso fatto giudicato”*, con la pronuncia n. 34655/2005 ric. DONATI, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, investita della questione relativa alla possibilità di applicare il divieto di *bis in idem* nel caso in cui la prima pronuncia non fosse ancora divenuta definitiva, ha preliminarmente accennato ai criteri di delimitazione del concetto di *idem*, affermando in linea di principio il primato del criterio storico-naturalistico, ma in sostanza mettendo a confronto gli *“elementi costitutivi”* dei reati, secondo la classica tripartizione di *“condotta-evento-nesso di causa”*, in riferimento alle stesse condizioni di

tempo, di luogo e di persona, e ciò ha fatto, peraltro, in relazione a una fattispecie ove, all'evidenza e inequivocabilmente, l'*idem factum* era anche l'*idem* legale, essendo contestata la medesima disposizione incriminatrice (art. 648 c.p.), nella forma concorsuale, nel primo processo e monosoggettiva, nel secondo processo.

Con la coeva pronuncia n. 10180/2005, la IV Sezione della Corte di Cassazione dimostrava di condividere la (nuova) concezione storico-naturalistica di "medesimo fatto", salvo ricadere, al momento di decidere la fattispecie concreta, nel recupero dei risalenti concetti legati alla "struttura del reato":

"... la preclusione di cui all'art. 649 c.p.p. non può essere invocata in caso si configuri un'ipotesi di concorso formale di reati, in quanto la fattispecie può essere riesaminata sotto il profilo di una diversa violazione di legge derivante dallo stesso fatto con il solo limite che nel diverso giudizio non sia stata dichiarata l'insussistenza del fatto o la mancata commissione di esso da parte dell'imputato.

Invero, poiché all'unicità di un determinato fatto storico può far riscontro una pluralità di eventi giuridici (come si verifica, appunto, nell'ipotesi di concorso formale di reati), il giudicato formatosi con riguardo ad uno di tali eventi non impedisce l'esercizio dell'azione penale in relazione ad un altro (inteso sempre in senso giuridico) pur scaturito da un'unica condotta, considerato che il "fatto" di cui all'art. 649, primo comma, c.p.p., si identifica nell'elemento materiale del reato costituito da condotta, nesso causale ed evento, non può dirsi violato il principio del ne bis in idem qualora il soggetto venga sottoposto a nuovo processo perché il nuovo procedimento per il reato in concorso formale ha per oggetto non il medesimo fatto, ma quella parte di fatto non contemplato dalla prima norma incriminatrice applicata, rappresentata dal diverso evento" (...).

In definitiva, il principio del ne bis in idem di cui al citato art. 649 c.p.p. impedisce al giudice di procedere contro la stessa persona per il medesimo fatto su cui si è formato il giudicato, ma non di prendere in esame lo stesso fatto storico e di valutarlo in riferimento a diverso reato che sia (come si dà nel caso qui in esame) compatibile con quello già giudicato), potendo e dovendo la vicenda criminosa essere valutata alla luce di tutte le sue implicazioni penalistiche col possibile riesame in direzione delle ipotesi delittuose rimaste estranee al giudizio precedente".

Analogo percorso si può agevolmente notare nelle recenti pronunce della II Sezione della Suprema Corte, n. 18376/2013 imp. CUFFARO e n. 52645/2014 imp. MONTALBANO: con esse la Corte ha affermato che la preclusione sancita dall'art. 649 c.p.p. opera solo in caso di "corrispondenza biunivoca" fra gli "elementi costitutivi dei reati" descritti nelle rispettive contestazioni, che vanno valutate anche con riferimento alle circostanze di tempo, di luogo e di persona.

In particolare, con la sentenza 18376/13 la Suprema Corte ha affermato che:

"il "fatto" giudicato va considerato non solo sotto il profilo della sua materialità storica, ma anche con riferimento alla ritenuta "qualificazione giuridica" conferitagli nel giudizio, con la conseguenza che anche quest'ultima è oggetto di "giudicato"; tale considerazione è il necessario corollario derivante dall'ultima parte dell'art. 649 c.p., comma 1, ove è prevista la preclusione del "ne bis in idem" quando il medesimo fatto sia oggetto di un secondo giudizio per un "diverso" titolo.

L'ovvia conclusione alla quale si perviene è che la preclusione ex art. 649 c.p.p., ricorre ogni qualvolta il "fatto" oggetto di contestazione sostanziale (comprensivo di tutti gli elementi strutturali del reato: condotta evento, nesso causale, circostanze di tempo e di luogo), nei due diversi procedimenti penali, promossi contro la stessa persona, presenta caratteri di identità nei suoi elementi costitutivi, sì che, indipendentemente dal nomen iuris attribuito, i contenuti delle due diverse contestazioni sono pienamente sovrapponibili".

Richiamando i propri numerosi precedenti, con la sentenza n. 50310/2014 la Suprema Corte ha espressamente affermato che:

"...la preclusione del "ne bis in idem" non opera ove tra i fatti già irrevocabilmente giudicati e quelli ancora da giudicare sia configurabile un'ipotesi di "concorso formale di reati", potendo in tal caso la stessa fattispecie essere riesaminata sotto il profilo di una diversa violazione di legge, e tuttavia facendo salva l'ipotesi in cui nel primo giudizio sia stata dichiarata l'insussistenza del fatto o la mancata commissione di esso da parte dell'imputato (Sez. 3, n. 25141 del 15/04/2009, Ferrarelli, Rv. 243908), facendo cioè salvo il caso in cui vi sia una inconciliabilità logica tra il fatto già giudicato e quello da giudicare sul rilievo che

l'evento giuridico considerato successivamente sia incompatibile con quanto deciso in seguito al procedimento vertente sul reato formalmente concorrente con quello poi preso in esame (Sez. 1, n. 7262 del 08/04/1999, Carta, Rv. 213709)".

Anche la successiva pronuncia n. 52645/2014 ha escluso l'applicazione dell'art. 649 c.p.p. nelle ipotesi di concorso formale di reati, nei seguenti termini:

"Per affrontare adeguatamente la questione proposta occorre soffermarsi sulla nozione di "medesimo fatto" contenuta nell'art. 649 cod. proc. pen. e nelle fonti internazionali citate, concetto delimitante l'ambito entro il quale opera il divieto di un secondo giudizio. Tradizionalmente, anche sotto la vigenza del vecchio codice di rito del 1930, si era affermato che il principio dell'inammissibilità di un secondo giudizio doveva trovare applicazione esclusivamente nel caso in cui l'identità del fatto concernesse l'intera materialità del reato nei suoi tre elementi, della condotta, dell'evento e del nesso di causalità (sez. 2 n. 13447 del 27/4/1989, Rv. 182236); il principio è stato costantemente riaffermato successivamente all'entrata in vigore del codice del 1988, ribadendosi che la preclusione del ne bis in idem sussiste solo se si verte in ordine ad un unico fatto il quale dia origine ad una pluralità di procedimenti penali e che, per verificare se il fatto in esame sia il medesimo, nei diversi procedimenti, occorre accertare se vi sia coincidenza degli elementi costitutivi del fatto stesso, identificabili nella condotta, nell'evento e nel nesso di causalità (...).

Certo il divieto di un secondo giudizio di cui all'art. 649 cod. proc. pen. si riferisce al fatto storico, considerato da un punto di vista fattuale e giuridico, sul quale si è formato il giudicato e non al fatto come è stato giuridicamente configurato nel primo giudizio nei suoi elementi non essenziali (...).

La giurisprudenza, quindi, è pervenuta ad una concezione storico naturalistica dell'idem factum, in base alla quale la preclusione prevista dall'art. 649 cod. proc. pen. opera nella sola ipotesi in cui vi sia, nelle imputazioni formulate nei due diversi processi a carico della stessa persona, corrispondenza biunivoca fra gli elementi costitutivi dei reati descritti nelle rispettive contestazioni, da considerarsi anche con riferimento alle circostanze di tempo, di luogo e di persona (sez. 5 n. 28548 del 1/7/2010, Rv. 247895).

(...)

Piuttosto nel caso di specie siamo in presenza di un'evidente ipotesi di concorso di reati (...).

Del resto questa Corte ha avuto modo di precisare che la preclusione di cui all'art. 649 cod. proc. pen. non può essere invocata qualora il fatto, in relazione al quale sia già intervenuta una sentenza irrevocabile, configuri un'ipotesi di concorso formale di reati, in quanto la condotta, già definitivamente valutata in un precedente giudizio penale, può essere riconsiderata come elemento di fatto ed inquadrata, con valutazione diversa ed anche alternativa, in una più ampia fattispecie incriminatrice (sez. 3 n. 25141 del 15/4/2009, Rv. 243908; sez. 6 n. 1157 del 9/10/2007, Rv. 238442).

(...)

In conclusione sul punto, ribadendo quanto già affermato da questa Corte (sez. 2 n. 51127 del 28/11/2013, Rv. 258222; sez. 1 n. 12943 del 29/1/2014, Rv. 260133), il principio del ne bis in idem impedisce al giudice di procedere contro la stessa persona per il medesimo fatto su cui si è formato il giudicato, ma non di prendere in esame la stessa condotta, già definitivamente valutata, in riferimento ad una più ampia fattispecie incriminatrice".

La sovrapposizione del criterio astratto sul criterio storico-naturalistico è apprezzabile anche nella pronuncia n. 52215/2014, con la quale la V Sezione della Corte di Cassazione ha sancito che due processi hanno ad oggetto il "medesimo fatto":

"allorché vi sia una coincidenza dell'intera materialità del reato nei suoi tre elementi: condotta, evento, nesso causale" (C, Sez. 2, 18.1.2005, Rv 230791; C, Sez. 3, n. 11603 del 11.11.1993, Rv 196068. Nel vigore del vecchio codice: Cass., n. 11561 del 7/5/1982, Rv 156448). Specificamente, è stato rilevato che la locuzione "medesimo fatto" va intesa come coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta, onde tale espressione fa riferimento alla "identità storico-naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta, nell'evento e nel rapporto di causalità, in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona" (C, S.U., 28.6.2005, Rv, 231799; C, Sez. 5, 1.7.2010, Rv 247895; C, Sez. 2, n. 26251 del 27.5.2010; C, Sez. 5, 11.12.2008, Rv 243330)".

Nonostante il richiamo ai criteri ermeneutici elaborati dalla Corte europea, nell'ordinamento italiano l'applicazione dell'art. 649 c.p.p. è, in realtà, costantemente guidata da criteri che

analizzano il fatto storico alla luce della fattispecie astratta, cioè proiettando sull'episodio storico le categorie del "fatto giuridico", scomposto nei suoi "elementi costitutivi"; di conseguenza, la norma applicata è confliggente con la norma che la Corte europea ha elaborato in relazione all'art. 4 Prot. 7 della CEDU, che adotta in via esclusiva il criterio storico-naturalistico e che ormai ha assunto i connotati del "diritto consolidato" (cfr. sentenza Corte Cost. 49/2015).

4) In sede europea, infatti, a partire dalla nota pronuncia della Grande Camera nella causa Serguei Zolotukhine c. Russia, n. 14939/03 del 10/2/2009, **la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo** ha reiteratamente affermato che la preclusione prevista dall'art. 4 Prot. 7 CEDU scatta allorché il secondo processo sia fondato su "fatti identici" o "fatti sostanzialmente uguali" rispetto a quelli che già furono oggetto del processo conclusosi con condanna divenuta definitiva.

Con la suindicata pronuncia la Corte ha dato atto di avere assunto, in passato, approcci diversi, ponendo l'enfasi ora sull'identità dei fatti, ora sull'esistenza di elementi essenziali comuni a differenti reati e, ritenendo che la diversità di tali approcci generi un'insicurezza giuridica incompatibile con il diritto fondamentale sancito dall'art. 4 Prot. 7, ha ritenuto opportuno fornire una chiara definizione di cosa debba intendersi per "*same offence*" ai fini della Convenzione.

La Corte europea ha statuito:

1) "... l'articolo 4 del Protocollo n. 7 debba essere inteso come divieto di perseguire e giudicare una persona per un secondo reato quando all'origine di questo vi siano fatti identici o fatti «sostanzialmente» uguali a quelli all'origine del primo reato. Questa garanzia entra in gioco in caso di avvio di un nuovo procedimento e di avvenuto passaggio in giudicato della precedente sentenza di assoluzione o condanna...";

2) "...l'articolo 4 del Protocollo n. 7 racchiude tre garanzie diverse e dispone che nessuno i. può essere perseguito, ii. giudicato o iii. punito due volte per gli stessi fatti...".

[traduzione in bollettino n. 116/2009 della corte europea dei diritti dell'uomo].

Dall'opzione ermeneutica adottata con la suindicata pronuncia, la Corte europea non si è più discostata.

Nella sentenza Grande Stevens c. Italia del 4/3/2014, pronunciata con riferimento alla materia tributaria, la Corte europea, nuovamente richiamando la precedente pronuncia della Grande Camera, Serguei Zolotoukhine c. Russia, ha ulteriormente precisato i confini dell'ambito di applicazione del principio sancendo che, ai fini dell'accertamento della sussistenza del *bis in idem*, non si tratta di verificare se vi sia coincidenza tra gli "elementi costitutivi degli illeciti", ma se vi sia sovrapposibilità tra i fatti oggetto, rispettivamente, della prima e della seconda contestazione, perché riconducibili alla "medesima condotta".

Il caso sottoposto all'esame della Corte era originato dal ricorso proposto da Grande Stevens e altri, che lamentavano la violazione, tra l'altro, del principio del *ne bis in idem*, essendo stati sottoposti, per il medesimo fatto, a procedimento e sanzione amministrativa da parte della CONSOB (art. 187 ter, decreto legislativo n. 58 del 1998) e, successivamente, a procedimento e sanzione penale (art. 185 punto 1, stesso decreto); le due disposizioni avevano ad oggetto la stessa condotta (la «diffusione di informazioni false») e perseguivano lo stesso scopo (evitare manipolazioni del mercato), ma differivano quanto alla situazione di pericolo che si presumeva fosse stata generata da tale condotta: per l'articolo 187 ter del decreto legislativo citato, è sufficiente avere fornito indicazioni false o fuorvianti in merito agli strumenti finanziari, mentre l'articolo 185 del medesimo decreto richiede che tali informazioni siano tali da provocare una sensibile alterazione del prezzo degli strumenti in questione.

Dopo aver spiegato i motivi per cui la sanzione amministrativa dovesse ritenersi, in realtà, sanzione penale, con specifico riferimento ai criteri di individuazione di una situazione di "*bis in idem*", la Corte ha affermato a chiare lettere:

"... dai principi enunciati nella causa Serguei Zolotoukhine sopra citata risulta che la questione da definire non è quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187 ter e 185 punto 1

del decreto legislativo n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali fossero riconducibili alla stessa condotta.

225. Dinanzi alla CONSOB, i ricorrenti erano accusati, sostanzialmente, di non aver menzionato nei comunicati stampa del 24 agosto 2005 il piano di rinegoziazione del contratto di equity swap con la Merrill Lynch International Ltd mentre tale progetto già esisteva e si trovava in una fase di realizzazione avanzata (paragrafi 20 e 21 supra). Successivamente, essi sono stati condannati per tale fatto dalla CONSOB e dalla corte d'appello di Torino (paragrafi 27 e 35 supra).

226. Dinanzi ai giudici penali, gli interessati sono stati accusati di avere dichiarato, negli stessi comunicati, che la Exor non aveva né avviato né messo a punto iniziative con riguardo alla scadenza del contratto di finanziamento, mentre l'accordo che modificava l'equity swap era già stato esaminato e concluso, informazione che sarebbe stata tenuta nascosta allo scopo di evitare un probabile crollo del prezzo delle azioni FIAT (paragrafo 40 supra).

227. Secondo la Corte, si tratta chiaramente di una unica e stessa condotta da parte delle stesse persone alla stessa data. Peraltro la stessa corte d'appello di Torino, nelle sentenze del 23 gennaio 2008, ha ammesso che gli articoli 187 ter e 185 punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 avevano ad oggetto la stessa condotta, ossia la diffusione di false informazioni (paragrafo 34 supra). Di conseguenza, la nuova azione penale riguardava un secondo «illecito», basato su fatti identici a quelli che avevano motivato la prima condanna definitiva.

228. Questa constatazione è sufficiente per concludere che vi è stata violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 7”.

La Corte europea, superata la questione della natura solo apparentemente amministrativa del primo processo, ha riaffermato la necessità di ancorare il giudizio sul *bis in idem* alla verifica “in concreto” e non al confronto tra fattispecie “in astratto”.

Nella causa Lucky Dev c. Svezia conclusa con sentenza del 27/11/2014, la Corte europea, risolto il problema preliminare relativo alla natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa comminata alla ricorrente per evasione dell'IVA, ha affrontato la questione relativa alla violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU e, richiamando la precedente pronuncia della Grande Camera nella causa Sergey Zolotukhin c. Russia, ha affermato che il criterio discrezionale da applicare ai fini del vaglio del rispetto del principio del *ne bis in idem* è la “sostanziale identità dei fatti contestati”, avuto riguardo alla “inestricabilità nel tempo e nello spazio” delle “concrete circostanze” che coinvolgono il medesimo imputato, sottoposto a secondo procedimento penale (paragrafo 58), quando il primo è già concluso con pronuncia irrevocabile (paragrafo 56):

“52. ... It considered that *an approach which emphasised the legal characterisation of the offences in question was too restrictive on the rights of the individual and risked undermining the guarantee enshrined in that provision.* Accordingly, it took the view that *Article 4 of Protocol No. 7 had to be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second “offence” in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same.* The Court’s inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and which are inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings”.

Il principio elaborato dalla Grande Camera è nuovamente posto a fondamento della decisione della causa Rinas c. Finlandia; nella sentenza del 27/1/2015, la Corte europea, dopo aver ribadito che presupposto indefettibile di una situazione riconducibile al c.d. *bis in idem* è l'irrevocabilità della pronuncia che ha concluso il primo processo penale (paragrafi 50-51), non essendo in sé vietati i “procedimenti paralleli” -purché alla definitiva conclusione dell'uno faccia seguito il venir meno dell'altro- (paragrafo 52), la Corte riafferma:

“44. (...) *In the Zolotukhin case the Court thus found that an approach which emphasised the legal characterisation of the two offences was too restrictive on the rights of the individual.* If the Court limited itself to finding that a person was prosecuted for offences having a different legal classification, it risked undermining the guarantee enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 rather than rendering it practical and effective as required by the Convention. Accordingly, the Court took the view that Article 4 of Protocol No. 7 had to be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second “offence” in so far as it arose from

identical facts or facts which were substantially the same. It was therefore important to focus on those facts which constituted a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which had to be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings”.

Le medesime affermazioni si leggono, letterali, al paragrafo 33 della sentenza del 17/2/2015, pronunciata nella causa Boman c. Finlandia; al paragrafo 52 della sentenza del 20/5/2014, pronunciata nella causa Glantz c. Finlandia; al paragrafo 41 della sentenza del 20/5/2014, pronunciata nella causa Hakka c. Finlandia; al paragrafo 42 della sentenza del 20/5/2014, pronunciata nella causa Nykanen c. Finlandia; al paragrafo 49 della sentenza del 20/5/2014, pronunciata nella causa Pirttimaki c. Finlandia.

Non si registrano pronunce difformi.

Infine, nella recente sentenza 23/6/2015 pronunciata in causa Butnaru et Bejan-Piser c. Romania, la Corte ha ripercorso i propri pronunciamenti in materia di *bis in idem*, per riaffermare con forza il principio enunciato dalla Grande Camera, ulteriormente chiarendo che l'efficacia interdittiva dell'art. 4 Prot. 7 si estende sino a precludere, a monte, l'instaurazione di un secondo processo e, solo come conseguenza ulteriore, la pronuncia di una seconda sentenza.

I ricorrenti lamentavano di essere stati giudicati due volte per i medesimi fatti: la prima, per percosse e lesioni, la seconda, per rapina; la Corte ha concluso per la violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU in quanto la seconda contestazione era originata dalla medesima condotta che aveva originato la prima e la condotta violenta integrava tanto l'intero substrato fattuale della prima imputazione quanto una componente essenziale della seconda (paragrafo 42).

In particolare, la Corte ha riaffermato i seguenti principi:

- una persona non può essere processata due volte per fatti identici o che sono sostanzialmente i medesimi (paragrafo 31);
- l'art. 4 Prot. 7 costituisce una garanzia non solo a non essere “condannati” due volte, ma anche a non essere “processati” due volte (paragrafi 33 e 45);
- per valutare se vi sia *bis in idem*, non si deve avere riguardo agli elementi costitutivi delle fattispecie oggetto di addebito, ma occorre valutare gli accadimenti, cioè l'insieme di circostanze fattuali inscindibilmente legate tra di loro, così come esse appaiono circostanziate, nello spazio e nel tempo, la cui esistenza deve essere dimostrata al fine di pervenire alla decisione (paragrafo 34), originate dal medesimo comportamento (paragrafo 36);
- se i fatti sono “essenzialmente i medesimi”, è irrilevante l'eventualità che i due procedimenti abbiano ad oggetto “elementi parzialmente differenti” (paragrafo 38);
- l'art. 4 Prot. 7 non preclude la celebrazione di processi “paralleli”, ma vieta di procedere con secondo processo penale quando il primo sia concluso con pronuncia definitiva (paragrafo 47).

Quanto sinteticamente esposto attesta che è **consolidato l'orientamento** con il quale, a partire dalla pronuncia della Grande Camera Zolotukhin c. Russia, la Corte europea ha definito i contorni dell'ambito applicativo del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4 Prot. 7 CEDU.

I criteri, elaborati dalla Corte in settori dell'ordinamento ove è previsto il c.d. doppio binario sanzionatorio, non paiono potersi limitare ai soli casi di cumulo di sanzioni amministrative e sanzioni penali perché, una volta “riqualificata” la natura della sanzione e del procedimento che l'ha originata, trovandosi di fronte alla duplicazione di procedimenti e relative sanzioni penali, la Corte europea ha affrontato l'ulteriore -principale- aspetto, di carattere generale, del criterio da utilizzare per stabilire cosa si debba intendere per “*idem*”, ancorandolo al nucleo fattuale del caso giudicato.

In tal modo, l'ambito di applicazione dello sbarramento costituito dal divieto di doppio processo è, nella CEDU, ben più ampio rispetto a quello riservato al medesimo nell'ordinamento italiano e deve

trovare applicazione, a maggior ragione, in casi, come quello in esame, in cui i procedimenti siano, sin dall'origine, qualificati come "penali".

L'art. 649 c.p.p., dunque, si pone in contrasto con l'art. 4 prot. 7 della CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo, e conseguentemente con l'art. 117 c. 1 Cost., 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 con un orientamento consolidato di cui, pertanto, il giudice nazionale deve tenere conto, nei limiti in cui non contrasti con la Costituzione (cfr. sentenza Corte Cost. 49/2015).

Tale contrasto non sussiste.

Invero, non solo non si rilevano profili di incompatibilità tra l'applicazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU e la Costituzione italiana ma, addirittura, la nozione di *bis in idem* elaborata dalla Corte europea garantisce piena attuazione alla *ratio* del principio della "ragionevole durata del processo", enunciato dall'art. 111 c. 2, ultimo periodo, Cost.

L'indicata disposizione, infatti, nel fornire un indirizzo al legislatore processuale, collega in modo esplicito il carattere "giusto" del processo alla sua "definizione in tempi ragionevoli" e, dunque, fonda il diritto dell'indagato/imputato a non mantenere tali qualifiche, per il medesimo fatto illecito, oltre il tempo "ragionevolmente" necessario a definire il processo.

Letteralmente la norma costituzionale si riferisce alla durata del singolo processo.

Tuttavia, la *ratio* che la sottende non può non comprendere anche l'affermazione del diritto a non indossare, senza limiti di tempo, la veste di "processato", sebbene per effetto di successivi processi, ciascuno -eventualmente- di "ragionevole durata", celebrati per il medesimo fatto.

La preclusione posta a che un soggetto possa subire un secondo processo per il medesimo fatto storico è, in ultima analisi, una forma di garanzia contro la possibilità che vi sia un "eterno giudicabile", sottoposto a diversi e successivi processi in relazione a tutte e ciascuna delle diverse prospettive da cui si guardi il medesimo episodio storico.

L'applicazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, nell'assicurare all'autore dei fatti che, una volta processato, non dovrà temere nuovi processi per il medesimo fatto storico, si pone come baluardo a che il ruolo di "imputato" possa protrarsi oltre la ragionevole durata del (primo) processo, dimostrandosi conforme al dettato e alla *ratio* dell'art. 111 c. 2, seconda parte, Cost.

5) Emerge quindi l'evidente contrasto tra il diritto vivente interno, da un lato, e i parametri, costituzionale e comunitario, dall'altro.

Questo giudice ritiene che **il contrasto non sia superabile per via interpretativa** e, in particolare, che non si possano adottare interpretazioni alternative dell'art. 649 c.p.p. compatibili con la CEDU. E' noto che il giudice deve percorrere la strada della questione di costituzionalità solo dopo aver verificato, vanamente, la possibilità di giungere ad una lettura della norma che, nel rispetto dei comuni canoni ermeneutici, consenta di intenderla in armonia con la Costituzione: *"Quando, infatti, il dubbio di compatibilità con i principi costituzionali cada su una norma ricavata per interpretazione da un testo di legge è indispensabile che il giudice a quo prospetti a questa Corte l'impossibilità di una lettura adeguata ai detti principi; oppure che lamenti l'esistenza di una costante lettura della disposizione denunciata in senso contrario alla Costituzione (cosiddetta norma vivente) (...) Solo allorquando il giudice ritenga-come si è rilevato-che nella giurisprudenza si sia consolidata una reiterata, prevalente e costante lettura della disposizione, è consentito richiedere l'intervento di questa Corte affinché controlli la compatibilità dell'indirizzo consolidato con i principi costituzionali"* (sentenza Corte Cost. n. 456 del 1989).

Ancora di recente e con specifico riferimento all'ambito comunitario, la Corte Costituzionale ha rammentato che compete al giudice nazionale assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente alla dimensione ermeneutica che la Corte europea adotta in modo costante e

consolidato; ciò, però, alla duplice condizione che l'interpretazione conforme alla CEDU non sia incompatibile con la Costituzione e che non si riveli “*del tutto eccentrica*” rispetto alla lettera della legge (cfr. sentenza 49/2015).

La Suprema Corte, legando il concetto di “fatto” ad elementi di natura strettamente giuridica (“condotta-evento-nesso di causa”) compie un'operazione ermeneutica che, pur se non incentrata esclusivamente sul confronto tra fattispecie astratte, finisce inevitabilmente per sovrapporre al fatto storico i concetti propri della descrizione del “tipo” legale.

E laddove, come nel caso di specie, il testo legislativo sia “ingessato” entro un diritto vivente di dubbia costituzionalità, dovrà essere preferita la strada della proposizione della questione di legittimità della norma vivente piuttosto che la strada di un'isolata -eccentrica- interpretazione adeguatrice, suscettibile di un ben prevedibile “capovolgimento” nei gradi di giudizio successivi.

6) A fronte di quanto detto, in via interpretativa l'art. 649 c.p.p. non consente di ritenere sussistenti i presupposti del principio del *ne bis in idem* in casi, come quello in esame, ove:

a) il fatto materiale contestato nell'odierno processo è, sotto il profilo storico-naturalistico, indubbiamente il medesimo di quello già oggetto della sentenza divenuta irrevocabile, in quanto:

- sono identiche le cariche rivestite dall'imputato in seno alle società del gruppo Eternit;
- sono identici gli stabilimenti interessati dalla lavorazione dell'amianto;
- sono identici i profili di responsabilità gestionale all'interno degli stabilimenti;
- sono sovrapponibili le condotte omissive addebitate all'imputato: il contenuto della condotta omissiva in allora ascritta a SCHMIDHEINY ex art. 437 c.p. è confluita nell'attuale contestazione sub lettera G), numeri 1) e 2); il contenuto della condotta omissiva in allora ascritta a SCHMIDHEINY ex art. 434 c.p. è confluita, con riferimento all'attività produttiva interna agli stabilimenti, nell'attuale contestazione sub lettera G), numeri da 1) a 4); con riferimento alle aree esterne agli stabilimenti, nell'attuale contestazione sub lettera G), numero 5); con riferimento alle abitazioni private dei lavoratori, nell'attuale contestazione sub lettera G), numero 6);
- 186 delle attuali 258 vittime figuravano già nel primo processo come soggetti deceduti in conseguenza del comportamento dell'imputato;
- le sentenze pronunciate nei tre gradi di giudizio nel proc. pen RG NR 24265/04 contengono passaggi argomentativi e valutativi di aspetti della condotta che sono confluiti nelle odierne imputazioni (cfr. es. pag. 579 sentenza Corte d'Appello e lettere A), B), C), D) dell'odierno capo d'imputazione), sicché vi sarebbe coincidenza tra il fatto giudicato con sentenza definitiva e la *res judicata* non solo ponendosi nella visuale della “contestazione formale” dell'accusa ma anche nella diversa prospettiva della “progressione della vicenda processuale” (Cass. 52645/14; Cass. 18376/13);
- l'esame che fu operato in seno al primo processo coprì indubbiamente anche la verifica (con esito positivo) della sussistenza del nesso di causa tra la condotta omissiva di SCHMIDHEINY e i decessi di operai addetti agli stabilimenti e di cittadini delle aree limitrofe: prova ne è il fatto che in quella sede fu ammessa la costituzione di parte civile dei parenti delle vittime e fu liquidato in loro favore il risarcimento dei danni;

b) e, tuttavia, il vaglio della vicenda criminosa secondo “tutte le sue implicazioni penalistiche”, col possibile “riesame in direzione delle ipotesi delittuose rimaste estranee al giudizio precedente” (cfr. Giurisprudenza citata al paragrafo 3), impedisce di ritenere esaurito, con la conclusione del primo processo, siffatto tipo di valutazione: tra i due gruppi di disposizioni penali (oggi e in allora) contestate vi sono, infatti, indubbe differenze che riguardano il “tipo legale” e, precisamente:

- la “struttura” del reato: nel proc. pen. RG NR 24265/04, erano contestati a SCHMIDHEINY due reati “di pericolo”; nel processo ora pendente, sono contestati all'imputato reati “di evento”;
- per conseguenza, il differente “ruolo” del -medesimo- evento morte all'interno della fattispecie: evento aggravatore, quanto ai reati previsti dagli artt. 434 e 437 c.p., il cui realizzarsi è meramente eventuale; elemento costitutivo della fattispecie tipica, quanto al delitto previsto dall'art. 575 c.p.;

- i beni giuridici tutelati: incolumità pubblica quanto ai delitti previsti dagli artt. 434 e 437 c.p.; vita quanto al delitto previsto dall'art. 575 c.p.

Per quanto da ultimo evidenziato ed alla luce di quanto esaminato al paragrafo 3, l'art. 649 c.p.p. non consente di ritenere che il processo oggi pendente abbia ad oggetto i “medesimi fatti” per i quali SCHMIDHEINY è già stato processato, sia con riferimento ai decessi già ricompresi nel precedente procedimento sia, a maggior ragione, per quelli in allora non presi in considerazione, secondo una valutazione irriducibilmente difforme da quella operata dal Giudice comunitario.

7) La questione che si sottopone la vaglio della Corte è **rilevante** nel processo pendente a carico di SCHMIDHEINY, atteso che l'accoglimento della questione determinerebbe un ampliamento della portata dell'art. 649 c.p.p. tale da ricomprendere anche fattispecie in cui si è certamente in presenza dell'*idem factum* ma non dell'*idem* legale, qual è quella oggetto del processo pendente avanti a questo giudice; il che costituirebbe il presupposto per la declaratoria di una sentenza ex art. 425 c.p.p., come richiesto dai difensori di SCHMIDHEINY, eventualmente parziale e, cioè, limitata agli omicidi le cui vittime già figuravano nel primo processo quali persone decedute.

8) La questione è altresì **non manifestamente infondata**.

E' evidente il contrasto che si è formato tra i due ordinamenti, nazionale ed europeo, il primo dei quali tuttora fortemente ancorato a criteri che non apprezzano in via esclusiva il fatto storico e che, pertanto, è dissonante con l'orientamento consolidato della Corte europea che, invece, affronta la valutazione del *bis in idem* utilizzando in via esclusiva il criterio del raffronto tra i fatti storico-naturalistici oggetto dei due processi.

Il contrasto non può essere sanato in via interpretativa.

Infatti, alla Corte di Cassazione è affidata la funzione nomofilattica con il connesso compito di fornire indirizzi interpretativi “uniformi”, proprio al fine di garantire, nei limiti del possibile, l'unità dell'ordinamento, attraverso l'uniformazione della giurisprudenza.

Sull'art. 649 c.p.p. l'interpretazione della Suprema Corte è consolidata tanto da assumere valenza di significato obiettivo della disposizione, sì da concretizzare la nozione di “diritto vivente”.

Pertanto, il giudice nazionale che se ne discostasse per accedere all'interpretazione, convenzionalmente orientata, affermata avanti alla Corte europea, finirebbe per assegnare alla disposizione interna un significato “del tutto eccentrico” rispetto alla sua lettera e a come essa “vive” nell'ordinamento, compiendo un'operazione che la stessa Corte Costituzionale ha censurato (cfr. sentenza n. 49/2015).

D'altra parte, per il tramite dell'art. 117 Cost., le norme della CEDU si collocano, nella gerarchia delle fonti, tra la Costituzione e la legge ordinaria, come fonti convenzionali interposte, integratrici del parametro costituzionale: con le sentenze n. 348 e 349 del 2007 la Corte Costituzionale ha precisato che le disposizioni della CEDU, nell'interpretazione che ad esse attribuisce la Corte europea, non sono direttamente applicabili negli Stati contraenti ma integrano uno degli obblighi internazionali cui si riferisce il precetto costituzionale; pertanto, il ritenuto contrasto tra la norma nazionale e la norma della CEDU, che non sia risolvibile in via ermeneutica, non può essere risolto dal giudice nazionale disapplicando la norma interna, ma deve essere fatto oggetto di una questione di legittimità costituzionale.

Da qui, la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità.

Va, infine, segnalato che la violazione del divieto di *bis in idem* da parte del giudice nazionale, espone lo Stato a responsabilità in ambito comunitario nei confronti dell'imputato che abbia subito due procedimenti penali, in violazione di detto principio (cfr. causa Grande Stevens c. Italia).

P.Q.M.

visti gli artt.134 Cost., 23 e ss. legge 11 marzo 1953 n.87,

dichiara 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 c. 1 Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU;

dispone la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale;

sospende il presente giudizio fino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale;

manda alla Cancelleria per l'immediata notificazione della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché per la sua comunicazione ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

Torino, 24 luglio 2015

Il Giudice
d.ssa Federica Bompieri