

BARBARA LAVARINI

Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Torino

Il 'fatto' ai fini del *ne bis in idem* tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio

The 'fact' in the perspective of the ne bis in idem principle between italian legislation and Echr: the Constitutional Court in search of a difficult balancing

La Corte costituzionale, riconoscendo un contrasto fra l'accezione convenzionale e quella interna di *ne bis in idem*, ha dichiarato l'art. 649 c.p.p. illegittimo nella parte in cui, nella lettura offertane dal diritto vivente, esclude l'identità del fatto per la sola circostanza che sussista, tra la *res iudicata* e la *res iudicanda*, un rapporto di concorso formale. La Corte ha negato, però, che la giurisprudenza europea imponga altresì di intendere l'*idem factum* come 'stessa condotta', ribadendo, quindi, la necessaria coincidenza di condotta, nesso causale ed evento, seppure inteso in senso naturalistico e non giuridico. Sotto questo secondo profilo, la sentenza in commento appare criticabile, vuoi perché non è pienamente in linea con le indicazioni della Corte di Strasburgo, vuoi perché rischia di avallare orientamenti interpretativi in contrasto con la lettera dell'art. 649 c.p.p.

The Constitutional Court, acknowledging a contrast between the national and the conventional notion of the ne bis in idem principle, has declared art. 649 of italian criminal procedure code partially unconstitutional, with regard to the interpretation given by the prevalent case-law, which exclude 'idem factum' on the sole grounds that the same conduct may constitute several offences. The Constitutional Court has denied, though, that European case law suggests to interpret 'idem factum' as 'same conduct', and has confirmed that 'factum' is 'idem' when essential elements of the offence, i.e. conduct, event, and causal relationship, correspond. As to this second profile, the decision at issue is criticizable: on the one hand, it does not fully comply with European Court guidelines; on the other hand, it might endorse unlawful interpretations, contrasting with provisions of art. 649 of italian criminal procedure code.

PREMESSA

Terribile, sotto il profilo dei risvolti umani, il compito demandato alla Corte costituzionale dal G.u.p. presso il Tribunale di Torino nel sollevare questione di legittimità, per violazione degli artt. 117 Cost. e 4 Prot. 7 Cedu, dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui – secondo il diritto vivente – «limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo "fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, invece che al medesimo "fatto storico" così come delineato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»¹. Nel giudizio *a quo* – c.d. Eternit *bis* – l'imputato è infatti chiamato a rispondere, quale responsabile della gestione di Eternit S.p.a, dell'omicidio di 258 persone, in conseguenza, peraltro, delle medesime condotte, omissive dell'adozione di cautele contro i danni da esposizione all'amianto, per le quali è già stato irrevocabilmente giudicato, e prosciolto per prescrizione, a titolo di disastro aggravato (art. 434 comma 2 c.p.) e omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (art. 437 comma 2 c.p.)²: di

¹ G.u.p. Trib. Torino, ord. 24 luglio 2015, in *G.U.*, 1^a serie spec., 2015, n. 48.

² Cfr., quanto alla declaratoria di prescrizione del reato ex art. 434 c.p., Cass., sez. I, 19 novembre 2014, n. 7941, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 febbraio 2015; quanto, invece, alla declaratoria di prescrizione del reato ex art. 437 c.p., v. App. Torino, 3 giugno 2013, Schmidheiny, *ivi*, 18 novembre 2013. Per una compiuta ricostruzione delle diverse "tappe" del processo Eternit v. S. Zirulia, *Processo Eternit: a che punto siamo?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2013; Id., *Eternit, Il disastro è prescritto. Le motivazioni della Cassazione*, *ivi*, 24 febbraio 2015.

qui l'evidente impatto della risposta al quesito di costituzionalità sulle aspettative di giustizia di un elevato numero di vittime, già duramente provate dall'esito del primo processo.

Fulcro della questione, come sottolineato in dottrina, è lo "scontro" fra due diritti viventi³ – quello interno e quello convenzionale – curiosamente accomunati dalla totale indifferenza – sia pure con risultati interpretativi, appunto, antitetici – ai rispettivi riferimenti di diritto positivo⁴. Da un lato, infatti, la giurisprudenza nazionale, benché l'art. 649 c.p.p. inequivocabilmente precluda un nuovo giudizio sul medesimo *fatto materiale* – data l'irrilevanza della relativa considerazione per titolo, grado o circostanze –, fa solo apparentemente leva su quest'ultimo, circoscrivendo in realtà l'applicazione del divieto ai casi di identità del *reato* in tutti i suoi elementi costitutivi, identificati nella condotta, nell'evento – anche in senso giuridico⁵ – e nel nesso di causalità⁶; dall'altro lato il giudice convenzionale, benché l'art. 4 Prot. 7 Cedu sembri calibrare il divieto sull'*idem legale* – dato il riferimento al «medesimo reato»⁷ –, attribuisce rilievo al solo fatto materiale, ravvisando la violazione della garanzia quando le imputazioni, ascritte all'accusato nel secondo procedimento, «scaturiscano dalle medesime circostanze concrete relative allo stesso autore e indissociabilmente legate fra loro nel tempo e nello spazio»⁸, ovvero siano riconducibili «alla medesima condotta, riconoscibile alla luce delle concrete circostanze, che per come inestricabilmente collocate nel tempo e nello spazio, appaiano sostanzialmente identiche»⁹.

Appariva allora più che fondato il dubbio, sollevato dal rimettente, che a fronte delle *medesime condotte* oggetto del primo giudicato – fra l'altro incidenti, almeno in parte, sulle *medesime vittime*¹⁰ –, non bastasse invocare la diversità di "fatti giuridici", sottesa alla configurabilità del concorso formale tra reati "giudicati" e "giudicandi", per escludere la violazione del *ne bis in idem* convenzionale. Nell'impossibilità, d'altra parte, di piegare la pur malleabile lettera dell'art. 649 c.p.p. alle esigenze dell'interpretazione conforme – dato il già ricordato granitico orientamento della giurisprudenza nazionale – non restava che attivare la verifica di costituzionalità¹¹, secondo il meccanismo delineato dalle sentenze "gemelle" nn. 348 e 349 del 2007¹².

La Corte costituzionale ha optato per una soluzione di fatto compromissoria, dichiarando l'art. 649 c.p.p. illegittimo limitatamente alla parte in cui «esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il

³Cfr. A. Galluccio, *Diritti viventi a confronto: a proposito della questione di legittimità costituzionale nel processo Eternit bis*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 gennaio 2016, p. 6 ss.; D. Labianca, *Ne bis in idem: una questione "eterna" all'esame della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. (web)*, 2016, n. 2, p. 20 ss.; E. Scaroina, *Ancora sul caso Eternit: la giustizia e il sacrificio dei diritti*, in *Arch. pen. (web)*, 2015, n. 3, p. 4 ss.

⁴Mettono in particolare luce la circostanza P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vivente e diritto vivente*, in corso di pubblicazione (p. 2 dattiloscritto); N. Galantini, *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1209.

⁵Fra le altre, con riguardo ad ipotesi di concorso formale di reati, Cass., sez. III, 18 settembre 2014 n. 50310, in www.cortedicassazione.it; Id., sez. IV, 16 marzo 2005, n. 10180, in *Leggi d'Italia*.

⁶Cfr. Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *Cass. pen.*, 2006, p. 28, secondo cui «il "medesimo fatto" esprime l'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». V. anche C. cost., 30 aprile 2008, n. 129, in www.giurcost.org.

⁷Così dovendosi tradurre le locuzioni '*same offence*' e '*same infraction*' figuranti nei testi ufficiali del Protocollo.

⁸Cfr. Corte e.d.u., Gr. C., 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia, in www.echr.coe.int, §§ 80-84: secondo il testo inglese «*article 4 Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution of trial of a second "offence" in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same...the Court inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings*».

⁹Testualmente Corte e.d.u., sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, in www.echr.coe.int, § 224.

¹⁰Come rilevato nell'ordinanza di rimessione, infatti, 186 fra i 258 "eventi morte" contestati in *Eternit-bis* erano stati contestati, agli effetti dell'integrazione delle fattispecie aggravate ex artt. 434 comma 2 e 437 comma 2 c.p., anche nel primo processo.

¹¹Concordano con la scelta del giudice a quo N. Galantini, *Il 'fatto'*, cit., p. 1217; A. Galluccio, *Diritti viventi*, cit., p. 14 ss.; I. 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, 27 novembre 2015. V. anche, con qualche diversa sfumatura, E. Scaroina, *Ancora sul caso Eternit*, cit., p. 16, secondo cui «la scelta del giudice di rimettere la palla alla Corte costituzionale, seppur non necessitata, appare tutto sommato comprensibile nonché strategicamente accorta».

¹²C. cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e Id., 24 ottobre 2007, n. 349, entrambe in www.giurcost.org.

reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale». Come vedremo – e come del resto precisa lo stesso Giudice delle leggi – siffatto dispositivo, letto alla luce dell’articolata motivazione, sembra “salvare”, in tutto o in parte, il processo *a quo* dalla scure dell’improcedibilità, dando però luogo ad alcune riserve, in ragione tanto della compatibilità con le indicazioni effettivamente ricavabili dalla giurisprudenza europea, quanto del quadro legislativo e sistematico interno.

UNA QUESTIONE PRELIMINARE: ‘ACQUITTEMENT’ CONVENZIONALE E PROSCIoglimento PER PRESCRIZIONE

La sentenza annotata si preoccupa anzitutto di rigettare alcune eccezioni di irrilevanza, su una delle quali – in particolare – qualche riflessione è opportuna.

Invocando l’art. 4 Prot. 7 Cedu nella versione originale francese, secondo cui il *ne bis in idem* scatta allorché l’imputato sia stato definitivamente «acquitté ou condamné», una parte privata aveva rilevato che la garanzia postula una vera e propria ‘assoluzione’, laddove, nel caso di specie, l’imputato era stato prosciolto per prescrizione. La Corte costituzionale supera sbrigativamente la questione, osservando che, alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, la preclusione del *ne bis in idem* scaturisce dalla «natura definitiva di una decisione giudiziale», per tale intendendosi l’autorità di giudicato di quella decisione nell’ordinamento interno, certamente riconosciuta – in Italia – alle sentenze di proscioglimento per prescrizione.

Premesso che va a nostro parere distinta la definitività della decisione dal relativo configurarsi come assoluzione o condanna, proprio dalla giurisprudenza europea *in re* Margus c. Croazia, a cui la Corte costituzionale fa rinvio, si ricavano indicazioni meno univoche di quanto la stessa Corte parrebbe ritenere¹³: nel caso Margus, infatti, la Corte di Strasburgo osservava come la prima decisione, applicativa di un’amnistia, non presupponesse alcuna indagine sulle accuse contestate al ricorrente, né statuisse sulla responsabilità di costui, traendone che fosse allora «aperta la questione in ordine al se [tale decisione] possa considerarsi “assoluzione o condanna definitiva” nel senso dell’art. 4 Prot. 7»¹⁴. Sebbene il giudice europeo non abbia poi ritenuto di risolvere il problema – l’insussistenza della violazione convenzionale emergendo per altra via –¹⁵, ed una parola definitiva non sia arrivata nemmeno dalla Grande Camera a cui il caso è stato successivamente deferito¹⁶, sarebbe stato forse opportuno, da parte della nostra Corte costituzionale, un maggiore approfondimento. Del resto, anche ad ipotizzare che il *ne bis in idem* convenzionale postuli un effettivo accertamento sulla consistenza della accuse, le sorti dell’eccezione di irrilevanza non sarebbero probabilmente cambiate, dato che la prescrizione è stata dichiarata, nel primo processo Eternit, nei giudizi di appello e cassazione seguenti alle condanne di primo grado, e quindi dopo che le responsabilità dell’imputato erano state ampiamente accertate¹⁷.

¹³ V. anche P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit*, cit., p. 2.

¹⁴ Cfr. Corte e.d.u., sez. I, 13 novembre 2012, Margus c. Croazia, in www.echr.coe.int, § 67: «that decision did not presuppose any investigation into the charges brought against the applicant and did not amount to an assessment of the applicant guilt. The Court considers that it is therefore open the question whether it can be regarded as a “final acquittal or conviction” within the meaning of article 4 of Protocol No. 7».

¹⁵ Cfr. in particolare il § 68: «however, the Court will leave the question open in the present case and instead proceed with its analysis under paragraph 2 of art. 4 of Protocol No. 7».

¹⁶ Cfr. Corte e.d.u., Gr. C., 27 maggio 2014, Margus c. Croazia, in www.echr.coe.int, la quale, preso atto che la vicenda aveva riguardo a gravi crimini contro l’umanità perpetrati durante la guerra nei territori della ex Jugoslavia, ha concluso per l’inapplicabilità dell’art. 4 Prot. 7 Cedu, in ragione dell’esigenza di bilanciare la garanzia ivi prevista con l’indefettibile tutela che gli artt. 2 e 3 Cedu offrono al diritto alla vita e all’integrità fisica delle persone (v. anche, *infra*, nota n. 21). È peraltro significativo che, nella *Concurring opinion* di ben tre giudici (Spielmann, Power-Forde e Nussberger), ci si rammarichi del fatto che la Corte non abbia colto l’occasione di chiarire il significato dell’espressione “*finally acquitted or convicted*”, da intendersi – secondo i medesimi giudici – come non automaticamente inclusiva delle decisioni applicative dell’amnistia (cfr., in particolare, i §§ 2 e 7).

¹⁷ L’idoneità del proscioglimento irrevocabile per prescrizione a fondare il divieto di *bis in idem* – nella specie ai sensi dell’art. 54 CAAS – è stata invece affermata espressamente dalla Corte di giustizia dell’Unione europea: cfr. C. giust. UE, 28 settembre 2006 (C-467/04), Gasparini, in www.curia.europa.eu, che, nell’ambito di una procedura di rinvio pregiudiziale, ha dato risposta positiva al quesito «se il principio *ne bis in idem*, sancito all’art. 54 della CAAS, [si applichi]...ad una decisione di un giudice di uno Stato contraente con cui un imputato viene definitivamente assolto in ragione della prescrizione del reato che ha dato luogo al procedimento penale».

LA COMPLESSITÀ ARGOMENTATIVA DELLA DECISIONE NEL MERITO

Nel decidere sul merito della questione, la Corte costituzionale segue un percorso argomentativo molto articolato e complesso, che sembra in parte esorbitare dai binari del quesito di costituzionalità e della relativa soluzione, nell'intento – peraltro dichiarato – di tracciare una precisa “strada interpretativa” per il giudice *a quo*¹⁸.

In primo luogo la sentenza annotata, pur dando atto che la Corte europea, «a dispetto della lettera dell'art. 4 del Protocollo 7», recepisce «il più favorevole criterio dell'*idem factum* ... anziché la più restrittiva nozione di *idem legale*», esclude – contrariamente a quanto adombrava il rimettente – che ne derivi l'inevitabile corollario per cui l'identità del fatto vada calibrata esclusivamente su quella della condotta, nell'irrelevanza, quindi, di evento e nesso di causalità.

La Corte premette come non vi sia «alcuna ragione logica» sulla cui base il ‘fatto’, pure inteso «nella sola dimensione empirica», dovrebbe restringersi all'azione od omissione, e non comprendere, invece, «anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente». Entro quest'ultimo limite la scelta, «di carattere normativo», fra le possibili accezioni di *idem factum* non incontrerebbe ostacoli ad opera della giurisprudenza convenzionale.

Non avrebbero peso, innanzitutto, le sentenze europee – a partire da quella *in re* Grande Stevens – ove pure si afferma testualmente come debba accertarsi se «i fatti ascritti ai ricorrenti» nei diversi procedimenti siano «riconducibili alla stessa condotta»¹⁹: si tratterebbe, infatti, di fattispecie concrete in cui la comparazione intercorreva tra reati di mera condotta, sì che l'indagine giudiziale non poteva che coinvolgere solo quest'ultima. Sarebbe poi significativo che il giudice di Strasburgo abbia talora attribuito importanza, nel valutare l'*idem factum*, alla riferibilità della condotta alla medesima vittima, così fornendo quantomeno degli «indizi» sul possibile rilievo, a segnare il mutamento del fatto, del diverso «oggetto fisico» attinto dall'azione. Ancora, la giurisprudenza europea non offrirebbe alcuno spunto che impedisca di trarre l'alterità del fatto dal mutamento dell'evento naturalistico.

Da ultimo, la Corte costituzionale fa leva su «un certo grado di relatività» nella tutela convenzionale del *ne bis in idem* – in ragione, da un lato, degli spazi lasciati dall'art. 4 § 2 Prot. 7 Cedu alla riapertura del procedimento²⁰, dall'altro dell'esigenza, recentemente affermata dalla Corte di Strasburgo, di bilanciare il divieto con le garanzie fondamentali di cui agli artt. 2 e 3 Cedu²¹ –, per escludere che l'interprete nazionale sia stimolato a preferire, fra le accezioni convenzionalmente compatibili di *idem factum*, quella – di “stessa condotta” – che preserverebbe l'imputato da una nuova azione penale anche nei casi «in cui sia aggravata l'offesa nei confronti della stessa persona», oppure «un'unica condotta abbia determinato una pluralità di vittime, lese in beni primari e personalissimi come la vita e l'integrità fisica».

In un quadro siffatto, l'unico profilo di contrasto fra l'accezione interna e quella convenzionale di *idem factum* sarebbe ascrivibile al persistere di una giurisprudenza che, nel richiedere la coincidenza della “triade” condotta/nesso causale/evento, dà rilievo al mutamento di quest'ultimo inteso non solo in senso naturalistico²², ma pure in senso giuridico, in particolare escludendo che il ‘fatto’ possa dirsi il medesimo anche per il solo motivo che tra la *res iudicata*, e quella oggetto della nuova imputazione, sia

¹⁸ Cfr., in questi termini, P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit*, cit., p. 1.

¹⁹ Il riferimento è, in particolare, al § 233 di Corte e.d.u., 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, cit., ove si afferma che «la questione da definire non è se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187 *ter* e 185 comma 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».

²⁰ Come è noto, la disposizione prevede che il principio del *ne bis in idem*, enunciato dall'art. 4 § 1, non impedisca «la riapertura del procedimento, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se dei fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio fondamentale della procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l'esito del caso».

²¹ Il riferimento è a Corte e.d.u., Gr. C., 27 maggio 2014, Margus c. Croazia, cit., la quale ha escluso l'applicabilità dell'art. 4 Prot. 7 Cedu in un caso in cui il primo processo, definito attraverso l'applicazione di un'amnistia, riguardava gravi crimini contro l'umanità (cfr. anche *supra*, nota n. 16). Nel dettaglio, la Corte ha rilevato che «the guarantees under Article 4 of Protocol No. 7 and States' obligations under Articles 2 and 3 of the Convention should be regarded as parts of a whole», e ha di conseguenza riconosciuto che «bringing a fresh indictment against the applicant and convicting him of war crimes against the civilian population, the Croatian authorities acted in compliance with the requirements of Articles 2 and 3 of the Convention». Di qui la conclusione che «Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention is not applicable in the circumstances of the present case».

²² Come invece imporrebbe, secondo la Corte, l'insegnamento di Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, cit.

configurabile il concorso formale di reati²³. Per il Giudice delle leggi questa lettura, allontanandosi dalla dimensione storico-naturalistica del fatto, cela un criterio di giudizio fondato sull'*idem legale*, venendo dunque certamente a confliggere con la Cedu, ma anche con gli artt. 24 e 111 Cost., ai quali la garanzia del *ne bis in idem*, pur in assenza di enunciazione esplicita, è immanente²⁴.

Di qui la declaratoria di illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nei termini sopra ricordati, con la precisazione però – ad evitare fraintendimenti – che non potrà farsene discendere l'automatica applicabilità del divieto ogniquale volta il reato *sub iudice* concorra formalmente con quello giudicato, ben potendo accadere che, a fronte di un'identica azione od omissione, il fatto muti in virtù «di elementi ulteriori... siano essi costituiti dall'oggetto fisico di quest'ultima, ovvero anche dal nesso causale e dall'evento» naturalistico²⁵.

Quanto ai riflessi sul procedimento *a quo*, quindi, seppure la configurabilità del concorso formale tra i reati ex artt. 434 e 437 c.p. (giudicati) e quelli di omicidio (*sub iudice*) di per sé non escluda la violazione del *ne bis in idem*, né assuma alcun rilievo – a tal fine – la diversa struttura delle fattispecie criminose o la differenza degli interessi protetti, non dovrebbe dubitarsi che i fatti siano diversi «qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio», cioè un nuovo evento in senso materiale. Se invece detto giudizio ha riguardato «anche quella persona», il nuovo giudice dovrà «accertare se la morte o la lesione siano già state specificamente considerate, unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato».

LUCI E OMBRE: A) NELLA RICOSTRUZIONE DEL QUADRO CONVENZIONALE

La sentenza annotata, condivisibile laddove reputa “convenzionalmente precluso” negare la medesimezza del fatto per via della sola sussistenza, tra il reato *sub iudice* e quello giudicato, del concorso formale, non convince, invece, nel delineare i confini del “convenzionalmente consentito”, ricomprendendovi – in particolare – quell'interpretazione di *idem factum* che postula la corrispondenza di condotta, nesso causale ed evento, alla sola condizione che quest'ultimo sia inteso in senso naturalistico.

Va innanzitutto rilevato come il frequente riferimento della giurisprudenza di Strasburgo alla medesimezza della ‘condotta’ non sempre possa essere sminuito dalla circostanza che, nel caso concretamente all'attenzione della Corte europea, entrambi i reati in discussione siano di mera condotta²⁶: non mancano, infatti, sentenze in cui il giudice convenzionale pone l'accento sulla «stessa condotta, rivolta nei confronti della stessa vittima», per trarne la violazione dell'art. 4 Prot. 7 Cedu nonostante siano a raf-

²³ Fra le altre, Cass., sez. II, 20 novembre 2014, n. 52645, in www.cortedicassazione.it; Id., sez. II, 28 novembre 2013, n. 51127, in www.cortedicassazione.it; Id., sez. IV, 11 novembre 2004, n. 10180, cit.; cfr. inoltre, con qualche diversa sfumatura, Id., sez. III, 15 aprile 2009, n. 25141, in *Giur. it.*, 2010, p. 5, ove si ribadisce che la preclusione del *ne bis in idem* non opera quando tra i fatti già giudicati e quelli ancora da giudicare sia ravvisabile il concorso formale, facendo però 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 (e così incorrendo nell'aporia logica giustamente rilevata da F. Caprioli, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1186: «se davvero X e Y fossero fatti diversi ai sensi dell'art. 649 c.p.p., perché mai dovrebbe assumere rilevanza, nel processo concernente il secondo di essi, l'accertata insussistenza del primo?»); in termini analoghi Id., sez. III, 18 settembre 2014, n. 50310, cit. In dottrina la tesi, per cui la configurabilità di un concorso formale di reati comunque esclude l'*idem factum* ex art. 649 c.p.p., è autorevolmente sostenuta da G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2014, p. 808 s.; in termini analoghi P.P. 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, p. 1410 ss.

²⁴ È opportuno ricordare che C. cost., 15 gennaio 1976, n. 6, in www.giurcost.org, aveva invece dichiarato infondata una questione di costituzionalità, per violazione degli artt. 24 e 3 Cost., dell'art. 90 c.p.p. 1930 nella parte in cui, secondo la lettura giurisprudenziale allora (come in tempi più recenti) prevalente, «non opera[va] in caso di concorso formale di reati».

²⁵ È a queste ultime ipotesi, precisa la Corte, che deve riferirsi l'art. 671 c.p.p., il quale, consentendo al giudice dell'esecuzione di applicare il regime del concorso formale anche a fronte di più decisioni irrevocabili nei confronti della stessa persona, «presuppone normativamente» l'esistenza di casi in cui «la formazione del primo giudicato non preclude il perseguimento in separato processo del reato concorrente con il primo». V. anche, *infra*, nel testo.

²⁶ Di recente, il riferimento della giurisprudenza di Strasburgo alla “medesima condotta” è stato valorizzato da F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano, 2016, p. 28, secondo il quale la Corte europea avrebbe così definitivamente superato «ogni residua ambiguità semantica» in ordine a cosa debba intendersi per *idem factum*.

fronto un reato di mera condotta e uno di evento, o due reati di diverso evento²⁷.

Su un piano più generale va poi osservato che, a partire dalla sentenza della Grande Camera *in re Zolotukhin* – intervenuta a “mettere ordine” in una giurisprudenza sino ad allora parecchio variegata²⁸ – la Corte dei diritti umani sembra riferire la medesimezza del fatto ad un *quid* completamente diverso dalle categorie componenti la “triade” di cui si discute²⁹, le quali, seppure valutate nella dimensione empirica, restano di matrice normativa, e dunque irrilevanti nella prospettiva sovranazionale. In particolare, il giudice europeo fa costante ed esclusivo riferimento agli accadimenti concreti da cui «scaturiscono» (*arise*³⁰) le imputazioni oggetto dei plurimi giudizi, ravvisandovi l’*idem factum* a condizione che riguardino il medesimo imputato e siano inscindibilmente legati nel tempo e nello spazio: è quindi la discontinuità spazio-temporale degli accadimenti – rispettivamente “giudicati” e “giudicandi” – a segnare il mutamento del fatto, laddove nessun rilievo pare assumere la circostanza che il primo giudicato copra solo alcuni segmenti delle condotte, eventi, e relativi nessi causali di rilievo “penalistico”, se questi, traendo origine da un inestricabile insieme di circostanze storiche, ben si potevano individuare *ab origine* e contestare cumulativamente³¹.

Possono richiamarsi in tal senso diverse decisioni relative a casi in cui, a fronte di una prima condanna per reati minori contro l’ordine pubblico, concretamente perpetrati attraverso condotte minacciose o aggressive verso cose e persone, è seguito un secondo processo per i danni o le lesioni a quelle cose o persone. In nessun caso, infatti, è valsa ad escludere la violazione convenzionale la circostanza che, nel primo processo, non si fosse preso in considerazione il “risvolto lesivo” delle condotte contestate – il nostro evento naturalistico, in altre parole – tenuto conto che l’accadimento concreto era comunque il medesimo³².

Né, ancora, la Corte europea ha ritenuto legittimo un secondo giudizio per rapina a carico dell’irrevocabilmente giudicato – nella specie prosciolti – per percosse e lesioni, sul presupposto che i medesimi fatti di violenza, riferibili ad una medesima vittima in una medesima data, integrassero tanto l’unico elemento costitutivo della prima imputazione, quanto una componente essenziale della seconda, a nulla rilevando che i due procedimenti avessero comunque ad oggetto elementi parzialmente differenti³³.

²⁷ Cfr., in particolare, Corte e.d.u., sez. IV, 14 aprile 2014, *Muslija c. Bosnia Herzegovina*, in www.echr.coe.int, relativa ad un caso in cui il ricorrente, già giudicato per aver disturbato la quiete pubblica attraverso condotte aggressive nei confronti della moglie, era stato successivamente processato per le lesioni personali scaturenti da quelle condotte; v. anche Corte e.d.u., sez. III, 23 giugno 2015, *Butnaru e Bejan-Piser c. Romania*, *ivi*, ove le fattispecie a raffronto erano quelle di lesioni e rapina (cfr. anche, *infra*, nel testo).

²⁸ Secondo la ricostruzione della stessa sentenza *Zolotukhin*, nella giurisprudenza europea potevano allora rinvenirsi, quanto alla nozione di *idem factum*, tre principali orientamenti, che facevano leva, rispettivamente, sulla medesimezza del fatto storico e in particolare della condotta, sul c.d. *idem legale* – con conseguente esclusione dall’ambito dell’art. 4 Prot. 7 dei casi in cui una medesima condotta integrasse più reati in concorso formale –, sulla coincidenza degli “elementi essenziali” delle fattispecie di reato in discussione. Cfr., per un più approfondito esame e per il dettaglio dei riferimenti giurisprudenziali, S. Allegrezza, sub art. 4 Prot. 7, in R. Bartoli-G. Conforti-V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, 890 ss.

²⁹ Lo nota, fra gli altri, N. Galantini, *Il ‘fatto’*, cit., p. 1214.

³⁰ Cfr. Corte e.d.u., Gr. C., 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*, cit., § 82, costantemente richiamata dalla giurisprudenza successiva.

³¹ Cfr., per uno spunto analogo, I. Gittardi, *Eternit “bis in idem”?*, cit.

³² Cfr. Corte E.d.u., sez. IV, 14 aprile 2014, *Muslija c. Bosnia Herzegovina*, cit. (in particolare § 34); v. anche Id., sez. I, 26 giugno 2009, *Maresti c. Croazia*, in www.echr.coe.int (§ 63); Id., sez. III, 1° giugno 2016, *Milenkovich c. Serbia*, *ivi* (§§ 39-41).

³³ V. Corte e.d.u., sez. III, 23 giugno 2015, *Butnaru e Bejan-Piser c. Romania*, cit., in particolare §§ 37-38 («*En l’espèce, la Cour note que la requérante a été accusée à deux reprises des mêmes faits de violences qu’elle aurait infligés à la même personne, D.M.M., et à la même date, le 2 juin 2004; elle note également que D.M.M. a eu la possibilité de présenter son cas en tant que victime.... Même si d’autres faits – à savoir une atteinte au patrimoine de D.M.M. – ont été reprochés à l’intéressée lors de la seconde procédure, il n’en reste pas moins vrai que les deux procédures en cause coïncidaient quant aux faits de violences... Or, dans des affaires similaires à la présente espèce, la Cour a déjà conclu à l’existence de faits essentiellement les mêmes, bien que les deux procédures concernées aient eu trait à des éléments partiellement différents*») e 42 («*Dès lors, en l’espèce, la Cour estime que l’infraction de vol avec violences reprochée à la requérante englobait en sa totalité les faits de l’infraction de coups et blessures et que cette dernière infraction ne renfermait aucun élément qui ne fut compris dans l’infraction de vol avec violences. Les faits de violences constituaient ainsi l’élément infractionnel unique dans le cadre de la procédure pour coups et blessures et un élément essentiel dans le cadre de la procédure pour vol avec violences*»).

A maggior ragione significativa è una recentissima sentenza, ove si ravvisa la violazione del *ne bis in idem* in un caso in cui il ricorrente, già condannato per l'illecito di "atti di disordine minori" per avere ingiuriato e minacciato il personale di un bar³⁴, era stato ulteriormente condannato per il reato di "atti di disordine aggravati" per aver percosso e cagionato lesioni al medesimo personale, nonché danneggiato gli arredi del locale. La Corte riconosce, invero, che dalla successiva condanna emergono "fatti rilevanti" nemmeno menzionati nella precedente, ma, sul presupposto che questi ultimi traggano origine «dalla medesima e continuativa condotta solo parzialmente descritta nella prima decisione», conclude che siffatta "selezione" di taluni comportamenti dal contesto complessivo appare artificiosa, in particolare perché la polizia, intervenuta – a quanto pare di comprendere – pressoché in flagranza, aveva avuto l'opportunità di accertare in modo completo e immediato il caso sulla scena del reato³⁵.

Dalla giurisprudenza convenzionale sembra in definitiva emergere con sufficiente chiarezza che, a fronte dei plurimi risvolti penali di un unico accadimento concreto, e della possibilità di verificarli contestualmente, l'esigenza di prevenire la violazione dell'art. 4 Prot. 7 Cedu ne consiglia la trattazione cumulativa, e ciò a prescindere dal fatto che gli eventi o finanche le condotte, quali categorie giuridiche, possano avere una loro autonomia³⁶. Quanto di più distante, insomma, dalle vicende del processo Eternit, nel quale, pur risultando *ab origine* un notevole numero di vittime dell'omissione di cautele contro l'esposizione all'amianto – tanto che gli eventi morte e lesivi comportavano la contestazione dei reati ex artt. 434 e 437 c.p. nell'ipotesi aggravata – l'accusa, con una scelta chiaramente funzionale ad alleggerire il proprio onere probatorio, ha preferito non contestare, come pure avrebbe potuto, il concorso formale fra detti reati e quelli di omicidio o lesioni³⁷.

Con riguardo, invece, agli eventi morte o lesivi ancora ignoti al tempo del primo processo, non c'è effettivamente motivo di pensare che la Corte europea ravviserebbe la violazione del *ne bis in idem*, data, *in primis*, la diversità di vittime, in secondo luogo l'impossibilità di procedere ad un'unica contestazione *ex ante*, e da ultimo la sensibilità del giudice convenzionale – giustamente sottolineata dalla Corte costituzionale – al bilanciamento fra la garanzia di cui si discute e quella ex art. 2 Cedu.

(SEGUE) B) NELL'IMPATTO COI DATI TESTUALI E SISTEMATICI INTERNI

In relazione al quadro testuale e sistematico interno, la parziale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. è indubbiamente apprezzabile, in quanto la riconosciuta irrilevanza – ai fini del mutamento del fatto – della mera configurabilità di un concorso formale fra il reato giudicato e quello *sub iudice*, da un lato, restituisce significato alla *littera legis*, laddove vieta di tornare a procedere se il fatto è diversamente configurato per 'titolo', dall'altro, segna opportunamente l'autonomia del *ne bis in idem* processuale dal *ne bis in idem* sostanziale, in conformità al diverso obiettivo a cui i due principi rispondono.

Sull'onda della giurisprudenza europea, la Corte costituzionale finalmente riconosce, infatti, quanto un'autorevole dottrina sosteneva da tempo, e cioè che la versione "processuale" del divieto opera non solo, come è (o dovrebbe essere) ovvio, quando un medesimo fatto sia oggetto di un concorso apparente di norme penali – e quindi in funzione preventiva del rischio di una doppia punizione – ma anche nei casi, appunto di concorso formale, in cui la legge sostanziale ammette, invece, il cumulo sanzionato-

³⁴ L'illecito, meramente amministrativo nel diritto nazionale, è stato ritenuto "sostanzialmente penale" dalla Corte di Strasburgo.

³⁵ Cfr. Corte e.d.u., Sez. V, 16 giugno 2016, Igor Tarasov c. Ucraina, in *www.echr.coe.int*, §28: «as to the second conviction...it disclosed new relevant facts which were not mentioned in the first case: the infliction of injuries on bar staff and causing damage to bar property. The Court notes that these new elements originated from the same continuous conduct which was only partially described in the first conviction...the first conviction referred to some of the applicants movements which were made within a wider continuous action embraced by the same criminal intent of the applicant. Such extraction of movements from the wider context appears to be artificial, especially when the applicant was taken from the bar by the police who had the opportunity to properly and immediately assess the case at the scene of the crime».

³⁶ V. anche I. Gittardi, *Eternit "bis in idem"?*, cit., secondo cui «il principio sancito dall'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"».

³⁷ Cfr. D. Labianca, *Ne bis in idem*, cit., p. 5. L. Masera, *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, n. 3, p. 350 ss.; E. Scaroina, *Ancora sul caso Eternit*, cit., p. 23; S. Zirulia, *Processo Eternit*, cit., p. 7.

rio *de eadem re et persona*: pure in questa seconda eventualità, invero, si pone l'esigenza di preservare l'interessato dalla "sanzione aggiuntiva" del doppio processo, considerato che, a fronte di un unico accadimento storico, ben se ne possono individuare a monte, e perseguire unitariamente, tutti i risvolti penali³⁸.

È altresì condivisibile – ad evitare una disarmonia sistematica fra gli artt. 649 e 671 c.p.p. – la precisazione che il rapporto di concorso formale fra i reati 'giudicati' e 'giudicandi', seppure non basti ad escludere l'operatività del *ne bis in idem*, nemmeno la imponga. La previsione dell'applicabilità *in executivis* della disciplina ex art. 81, comma 1, c.p. non si spiegherebbe, infatti, se non presupponendo l'esistenza di casi, in cui il pregresso giudicato non impedisca un nuovo processo per altro reato, integrato dalla medesima azione od omissione³⁹.

Suscita invece perplessità che la Corte si serva, per individuare i casi *de quibus*, della nozione di *idem factum* tradizionalmente elaborata dalla giurisprudenza di legittimità, incentrata sulla coincidenza non soltanto della condotta – al più qualificata dall'oggetto fisico su cui cade⁴⁰ –, ma altresì del nesso causale e dell'evento, per quanto inteso in senso naturalistico.

Ribadendo il rilievo dell'intera "triade", la sentenza annotata rischia infatti di produrre effetti che vanno ben oltre la questione del concorso formale fra il reato giudicato e quello *sub iudice*.

In particolare, la nozione di *idem factum* accolta dal Giudice delle leggi potrebbe offrire ulteriore linfa a quella giurisprudenza che, sul presupposto del mutamento dell'evento naturalistico, ammette il *bis in idem* nelle ipotesi di reato progressivo, ed in particolare nel caso – non infrequente – in cui la morte della vittima sopravvenga a un giudicato, di condanna o proscioglimento, per percosse o lesioni in suo danno⁴¹. Un siffatto orientamento si pone però in radicale conflitto con l'art. 649 c.p.p. nella parte in cui, nel sancire il *ne bis in idem* quand'anche il fatto sia diversamente considerato per 'grado', palesemente esclude la rilevanza del più grave evento⁴², e non, secondo un'incredibile lettura della Cassazione, del «grado della colpevolezza»⁴³.

Né la Corte costituzionale si preoccupa di erigere qualche "paletto", precisando, ad esempio, che l'evento naturalistico possa segnare il mutamento del fatto solo fuori dei casi – del reato progressivo, o del "passaggio" dal tentativo al delitto consumato – in cui sia il 'grado' a variare⁴⁴. A ben vedere, anzi, il Giudice delle leggi sembra addirittura "spingere" – almeno implicitamente – in favore della soluzione qui paventata: in un passaggio motivazionale, infatti, la Corte valuta positivamente il fatto che la «relatività» della tutela convenzionale del *ne bis in idem* non impedisca un nuovo processo, fra l'altro, quando «si sia aggravata l'offesa nei confronti della stessa persona»⁴⁵.

Onde prevenire il rischio di avallare letture *contra legem* dell'art. 649 c.p.p., al contempo evitando che la garanzia ivi sancita apra intollerabili vuoti nella tutela di beni giuridici primari – come nel caso, oggetto appunto del processo Eternit, in cui gli effetti lesivi o mortali di una medesima condotta possano verificarsi a notevole distanza di tempo da questa –, sarebbe stato preferibile contenere l'*idem factum* nei più ristretti confini suggeriti dalla prevalente dottrina, intendendolo come mera condotta, qualificata,

³⁸ Cfr., *ex plurimis*, F. Caprioli, *Il principio del ne bis in idem*, in F. Caprioli-D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 88 s.; F. Cordero, *Procedura penale*⁹, Milano, 2012, p. 463 s.; E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Milano, 2012, p. 454 s.; T. Rafaraci, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, p. 873.

³⁹ Cfr., in particolare, F. Caprioli, *Sui rapporti*, cit., p. 1183.

⁴⁰ V. meglio *infra*, nel testo.

⁴¹ Cfr. Cass., sez. V, 30 ottobre 2014, n. 52215, in www.cortedicassazione.it, la quale ha ritenuto legittima la condanna per omicidio preterintenzionale del già irrevocabilmente condannato per lesioni; in termini analoghi Id., sez. V, 1° luglio 2010, n. 28548, in *CED Cass.*, n. 247895; Id., sez. V, 18 novembre 2009, n. 4404, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1598 (ove si è ravvisata una progressione criminosa, legittimante il *bis in idem*, tra le fattispecie di appropriazione indebita e bancarotta fraudolenta).

⁴² L'assunto è pressoché unanime in dottrina. Cfr., in particolare, gli Autori citati *sub* nota 38.

⁴³ Cfr. Cass., sez. V, 30 ottobre 2014, n. 247895, cit., secondo cui la locuzione «diversamente considerato...per grado» ex art. 649 c.p.p. «si riferisce al diverso atteggiarsi dell'elemento soggettivo, facendo rimando al grado della colpevolezza e non alle conseguenze dell'illecito». La tesi è all'evidenza errata, dato che l'irrelevanza, ai fini della mutazione del fatto, del coefficiente psicologico, va fatta discendere dal riferimento ex art. 649 c.p.p. al 'titolo' del reato: per tutti F. Caprioli, *Il principio*, cit., p. 85.

⁴⁴ Formula un suggerimento in questo senso P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit*, cit., p. 5.

⁴⁵ Cfr. il § 6 del *Considerato in diritto*.

però, dall'oggetto "fisico" su cui questa incide⁴⁶. In siffatta prospettiva, fermo restando – conformemente alla lettera dell'art. 649 c.p.p. – il divieto di procedere *ex novo* nelle fattispecie di reato progressivo – in cui l'oggetto fisico è il medesimo – nulla osterebbe a un secondo giudizio vuoi nei casi di concorso formale omogeneo in cui la stessa azione attinga diversi oggetti, vuoi in quelli di concorso eterogeneo in cui il primo giudicato copra soltanto l'azione, ed il secondo quest'ultima, "qualificata" da un oggetto materiale⁴⁷. Col che, fra l'altro, residuerebbe comunque un margine applicativo all'art. 671 c.p.p.⁴⁸.

Accedendo all'una o all'altra interpretazione di *idem factum*, le sorti del processo Eternit-bis potrebbero cambiare. Secondo la lettura da noi preferita il giudice *a quo*, ferma la possibilità di procedere per l'omicidio delle 72 persone offese che non comparivano nel primo giudizio⁴⁹, dovrebbe rilevare il *bis in idem* quanto all'omicidio delle persone già figuranti, *illo tempore*, fra i soggetti deceduti – o ammalatisi – a seguito della condotte omissive dell'imputato. Ipotizzando, invero, che nelle fattispecie aggravate *ex* artt. 434 comma 2 e 437 comma 2 c.p. la condotta, intransitiva nelle fattispecie base, abbia una ricaduta "fisica", verrebbero infatti a coincidere, con riguardo appunto alle vittime coinvolte nel primo processo, sia la condotta omissiva, sia i relativi oggetti materiali.

Aderendo all'impostazione della Corte, invece, un nuovo giudizio per omicidio potrebbe essere ammesso anche in ordine agli eventi morte o lesivi già oggetto del primo processo, a condizione che non siano stati «specificamente considerati unitamente al nesso di causalità con la condotta dell'imputato»⁵⁰: al di là dell'oscurità di tale locuzione, ciò non è probabilmente avvenuto, dato che quegli eventi sono stati al più valutati nell'ambito di uno sfumato e onnicomprensivo "evento epidemiologico", e che solo in questa più evanescente prospettiva è stato "indagato" il nesso causale⁵¹.

⁴⁶ Cfr., limpidamente, F. Caprioli, *Il principio*, cit., secondo cui «fatto = condotta + oggetto materiale; o, più esattamente, fatto = condotta: ma condotta = azione + (eventuale) oggetto materiale». V., altresì, gli Autori citati *sub* nota n. 38.

⁴⁷ Cfr., anche per alcune esemplificazioni, F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 1229; E. Mancuso, *Il giudicato*, cit., p. 465; T. Raraci, *Ne bis in idem*, cit., p. 874.

⁴⁸ Cfr. in particolare F. Caprioli, *Sui rapporti*, cit., p. 1185.

⁴⁹ V. anche S. Zirulia, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 luglio 2015.

⁵⁰ Cfr. § 12 del *Considerato in diritto*.

⁵¹ Facendo leva su quest'ultimo argomento, e in particolare osservando come la Cassazione e il giudice d'appello abbiano escluso, con riguardo ai reati *ex* artt. 437 e 434 c.p., il rilievo dei "singoli" eventi morte e lesivi, P. Ferrua, *La sentenza*, cit., p. 6, ritiene invece che il processo Eternit bis possa proseguire, anche per gli omicidi delle vittime coinvolte nel primo processo, tanto se si intenda l'*idem factum* come coincidenza della condotta e del relativo oggetto materiale, quanto se lo si intenda come corrispondenza dell'intera triade condotta/nesso causale/evento. Sulle complesse problematiche attinenti al rapporto fra i singoli eventi morte e lesivi e l'evento "aggravante" dei reati *ex* artt. 434 comma 2 e 437 comma 2 c.p., e sulle differenti ricostruzioni di tale rapporto nei diversi gradi di giudizio del primo processo Eternit cfr., in una prospettiva più generale, L. Masera, *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1590 s.; S. Zirulia, *A che punto siamo*, cit., p. 5 ss.