

N. 262 ORDINANZA (Atto di promovimento) 24 luglio 2015

Ordinanza del 24 luglio 2015 del G.U.P. del Tribunale di Torino nel procedimento penale a carico di Schmidheiny Stephan Ernest .

Processo penale - Divieto di un secondo giudizio - Applicabilita' limitata all'esistenza del medesimo " fatto giuridico", nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo "fatto storico", cosi' come delineato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.
- Codice di procedura penale, art. 649.

(GU n.48 del 2-12-2015)

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 ottobre 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 marzo 1953, n. 87).

Nel procedimento penale pendente avanti al giudice dell'udienza preliminare di Torino Schmidheiny Stephan Ernest e' ascritto di avere, con coscienza e volonta', nella qualita' di effettivo responsabile della gestione delle societa' 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.

Piu' precisamente, con la richiesta di rinvio a giudizio, depositata in data 24 febbraio 2015, a Schmidheiny sono mossi i seguenti addebiti:

«nella qualita' di effettivo responsabile della gestione della societa' (Eternit Spa) esercente gli stabilimenti di lavorazione dell'amianto siti in Cavagnolo, Casale Monferrato, Napoli-Bagnoli, Rubiera, e di effettivo responsabile della gestione delle societa' (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. 8 comma 2, 575, 577, comma 1, nn. 2 e 4 e 61 n. 1 c.p., perche', in esecuzione del medesimo disegno criminoso, agendo con coscienza e volonta', 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 indicati per ciascuno e, segnatamente di:

[seguono le generalita' di n. 258 persone decedute, con l'indicazione di luogo, data e causa del decesso, nonche', in caso di esposizione professionale, stabilimento presso cui ciascuna prestava attivita' 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 di 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 cioè 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) confido 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 familiari 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 novembre 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 giugno 2013, e disastro doloso, dichiarato estinto per prescrizione dalla Corte di cassazione con sentenza n. 7941/15 del 19 novembre 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 articoli 437 c.p. e 434 c.p. è confluita nell'attuale contestazione sub lettera G); entrambe le condotte omissive in quella sede contestante

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, sicche' la Corte avrebbe declinato la propria competenza (cfr. da ultimo, ordinanza Nona Sezione 15 maggio 2015, nella causa C-497/14).

2) Questo giudice ritiene, invece, di dover sollevare la questione di legittimita' costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per violazione dell'art. 117 comma 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 legittimita', che si e' consolidato al punto da assumere il valore di «significato obiettivo della disposizione», cosi' 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 piu' 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 piu' persone, la seconda), hanno diversa collocazione sistematica all'interno del codice penale perche' tutelano beni giuridici differenti (la pubblica incolumita', 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 e' detto, presentano differente «schema legale tipico» e diverso «contenuto costitutivo» (Cass. 1648/1983).

E poiche' 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 e' elemento essenziale, la morte, sia pure derivante dalla medesima omissione, non puo' 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.

Cosi', non potra' invocarsi la violazione del principio del ne

bis in idem laddove la nuova norma incriminatrice applicata contempli 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 piu' 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 puo' dirsi violato il principio del ne bis in idem qualora il soggetto venga sottoposto a nuovo processo, perche' 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, gia' 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 uc. decreto-legge 10 luglio 1982, n. 429, convertito con modificazioni 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 gia' 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'unicita' di un determinato fatto storico puo' far riscontro una pluralita' 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 articoli 282 - 292 decreto del Presidente della Repubblica 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 piu' 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 e' 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 e' 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 e' gia' intervenuta una pronuncia irrevocabile sia stato conseguenza di una condotta che abbia nel contempo determinato la violazione di piu' 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 oggettivita' 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 2 aprile 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 afflitto, 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 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 cui all'art. 649 c.p.p. non può essere invocata in caso si configuri un'ipotesi di concorso formale di reati, 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, poiche' all'unicita' di un determinato fatto storico puo' far riscontro una pluralita' 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 puo' dirsi violato il principio del ne bis in idem qualora soggetto venga sottoposto a nuovo processo perche' 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 e' 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 da' nel caso qui in esame) compatibile con quello gia' 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 puo' 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 n. 18376/13 la Suprema Corte ha affermato che: «fatto» giudicato va considerato non solo sotto il profilo della sua materialita' storica ma anche con riferimento alla ritenuta «qualificazione giuridica» conferitagli nel giudizio, con la conseguenza che anche quest'ultima e' oggetto di «giudicato»; tale considerazione e' il necessario corollario derivante dall'ultima parte dell'art. 649 c.p., comma 1, ove e' 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 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 identita' nei suoi elementi costitutivi, si' 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 gia' 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 aprile 2009, Ferrarelli, Rv. 243908), facendo cioe' salvo il caso in cui vi sia una inconciliabilita' logica tra il fatto gia' 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 dell'8 aprile 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'inammissibilita' di un secondo giudizio doveva trovare applicazione esclusivamente nel caso in cui l'identita' del fatto concernesse l'intera materialita' del reato nei suoi tre elementi, della condotta, dell'evento e del nesso di causalita' (sez. 2 n. 13447 del 27/4/1989, Rv. 182236); il principio e' 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 pluralita' 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 dell'evento e nel nesso di causalita' (...).

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 e' formato il giudicato e non al fatto come e' stato giuridicamente configurato nel primo giudizio nei suoi elementi non essenziali (...).

La giurisprudenza, quindi, e' 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° luglio 2010, Rv. 247895).

(...)

Piuttosto nel caso di specie siano 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 puo' essere invocata qualora il fatto, in relazione al quale sia gia' intervenuta una sentenza irrevocabile configuri un'ipotesi di concorso formale di reati, in quanto la condotta, gia' definitivamente valutata in un precedente giudizio penale, puo' essere riconsiderata come elemento di fatto ed inquadrata, con valutazione diversa ed anche alternativa, in una piu' ampia fattispecie incriminatrice (sez. 3 n. 25141 del 15 aprile 2009, Rv. 243908; sez. 6 n. 1157 del 9 ottobre 2007, Rv. 238442).

(...)

In conclusione sul punto, ribadendo quanto gia' affermato da questa Corte (sez. 2 n. 51127 del 28 novembre 2013, Rv. 258222; sez. 1 n. 12943 del 29 gennaio 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 e' formato il giudicato, ma non di prendere in esame la stessa condotta gia' definitivamente valutata, in riferimento ad una piu' ampia fattispecie incriminatrice».

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

«allorche' vi sia una coincidenza dell'intera materialita' del reato nei suoi tre elementi: condotta evento, nesso causale (C. Sez.

2, 18.1.2005, Rv. 230791; C. Sez. 3, n. 11603 dell'11 novembre 1993, Rv 196068. Nel vigore del vecchio codice: Cass., n. 11561 del 7/5/1982, Rv. 156448). Specificatamente, e' stato rilevato che la locuzione «medesimo fatto» va intesa come coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta onde tale espressione fa riferimento alla «identita' storico-naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta, nell'evento e nel rapporto di causalita' in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona» (C.S.U., 28 giugno 2005, Rv. 231799; (Sez. 5, 1.7.2010, Rv 247895; (Sez. 2, n. 26251 del 27 maggio 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. e', in realta', costantemente guidata da criteri che analizzano il fatto storico alla luce della fattispecie astratta, cioe' proiettando sull'episodio storico le categorie del «fatto giuridico», scomposto nei suoi «elementi costitutivi»; di conseguenza, la norma applicata e' 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 pronunciata della Grande Camera nella causa Serguei Zolotukhine c. Russia, n. 14939/03 del 10 febbraio 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'identita' dei fatti, ora sull'esistenza di elementi essenziali comuni a differenti reati e, ritenendo che la diversita' 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'art. 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'art. 4 del Protocollo n. 7 racchiude tre garanzie diverse e dispone che nessuno i. puo' 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 suindicata pronuncia, la Corte europea non si e' piu' discosta.

Nella sentenza Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014, pronunciata con riferimento alla materia tributaria, la Corte europea, nuovamente richiamato 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 sovrapposibilita' tra i fatti oggetto, rispettivamente, della prima e della seconda contestazione, perche' riconducibili alla «medesima condotta».

Il caso sottoposto all'esame della Corte era originato del 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'art. 187-ter del decreto legislativo citato, e' sufficiente avere fornito indicazioni false o fuorvianti in merito agli strumenti finanziari, mentre l'art. 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 realta', 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 Sergueï Zolotoukhine sopra citata risulta che la questione da definire non e' 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 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 gia' 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 ne' avviato ne' messo a punto iniziative con riguardo alla scadenza del contratto di finanziamento, mentre l'accordo che modificava l'equity swap era gia' 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 e' sufficiente per concludere che vi e' stata violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7».

La Corte europea, superata la questione della natura solo apparentemente amministrativa del primo processo, ha riaffermato la necessita' di ancorare il giudizio sul bis in idem alla verifica «in concreto» e non al confronto tra fattispecie «in estratto».

Nella causa Lucky Dev c. Svezia conclusa con sentenza del 27 novembre 2014, la Corte europea, risolto il problema preliminare relativo alla natura sostanziale 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, richiamato la precedente pronuncia della Grande Camera nella causa Sergy Zolotukhin c. Russia, ha affermato che il credito discrezionale da applicare ai fini del vaglio del rispetto del principio del ne bis in idem e' la «sostanziale identita' dei fatti contestati», avuto

riguardo alla «inestricabilita' nel tempo e nello spazio» delle «concrete circostanze» che coinvolgono il medesimo imputato, sottoposto a secondo procedimento penale (paragrafo 58), quando il primo e' gia' 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 e' nuovamente posto a fondamento della decisione della causa Rinas c. Finlandia; nella sentenza del 27 gennaio 2015, la Corte europea, dopo aver ribadito che presupposto indefettibile di una situazione riconducibile al c.d. bis in idem e' l'irrevocabilita' della pronuncia che ha concluso il primo processo penale (paragrafi 50-51), non essendo in se' 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 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 look 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 involvin 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 Ilakka 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 puo' 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 (paragrafi 34), originate dal medesimo comportamento (paragrafo 36);

se fatti sono "essenzialmente i medesimi", e' 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 e' 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 e' 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 e', 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 comma 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 "Patto 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, comma 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 e', in ultima analisi, una forma di garanzia contro la possibilita' 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 dovra' 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, comma 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 costituzionalita' solo dopo aver verificato, vanamente, la possibilita' 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 compatibilita' con i principi costituzionali cada su una norma ricavata per interpretazione da un testo di legge e' indispensabile che il giudice a quo prospetti a questa Corte l'impossibilita' 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 e' rilevato - che nella giurisprudenza si sia consolidata una reiterata, prevalente e costante lettura della disposizione, e' consentito richiedere l'intervento di questa Corte affinche' controlli la compatibilita' 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 piu' aderente alla dimensione ermeneutica che la Corte europea adotta in modo costante e consolidato; cio', pero', 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 costituzionalita', dovra' essere preferita la strada della proposizione della questione di legittimita' 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 e', sotto il profilo storico-naturalistico, indubbiamente il medesimo di quello gia' 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. e' 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. e' 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 judicanda 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 copri' 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 e' 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 e' 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 e' 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 e' 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 e' certamente in presenza dell'idem factum ma non dell'idem legale, qual e' 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, cioe', limitata agli omicidi le cui vittime gia' figuravano nel primo processo quali persone decedute.

8) La questione e' altresì non manifestamente infondata.

E' evidente il contrasto che si e' 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, e' 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 puo' essere sanato in via interpretativa.

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

Sull'art. 649 c.p.p. l'interpretazione della Suprema Corte e' consolidata tanto da assumere valenza di significato obiettivo della disposizione, si' da concretizzare la nozione di «diritto vivente».

Pertanto, il giudice nazionale che se ne discostasse per accedere all'interpretazione, convenzionalmente orientata, affermatasi 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 un 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 puo' essere risolto dal giudice nazionale disapplicando la norma interna, ma deve essere fatto oggetto di una questione di legittimita' costituzionale.

Da qui, la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalita'.

Va, infine, segnalato che la violazione del divieto di bis in idem da parte del giudice nazionale, espone lo Stato a responsabilita' 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 legittimita' 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 «finto 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: Bompieri