

Ne bis in idem: oltre la sentenza Donati

02 Gennaio 2018

Alfredo Caruso

ABSTRACT

Il quesito a cui si vuole dare risposta attiene alla possibilità di applicare in chiave estensiva il divieto del ne bis in idem ad un'ipotesi di contemporanea pendenza di due procedimenti, l'uno davanti al tribunale ordinario, l'altro davanti al tribunale militare, nessuno dei quali sia ancora giunto a conclusione, che abbiano ad oggetto lo stesso fatto e siano promossi contro la stessa persona.

What we are going to discuss about is whether it is admissible or not to apply the “ne bis in idem” principle to those criminal trials which are both pending further approval above the Criminal Court and the Military court and which have been started against the same indicted for the same fact.

Indice:

1. **Introduzione**
2. **Il caso di specie**
3. **Il presupposto oggettivo del ne bis in idem: “il medesimo fatto”**
 - 3.1 **Analisi del caso specifico alla luce del criterio interpretativo “naturalisticamente orientato.**
4. **La sentenza o il decreto penale divenuti irrevocabili: prospettive di superamento**
5. **Il concorso formale di reati**
6. **La diversa natura della giurisdizione**
7. **Conclusioni**

1 - Introduzione

Il quesito a cui si vuole dare risposta attiene alla possibilità di applicare in chiave estensiva il divieto del *ne bis in idem* ad un'ipotesi di contemporanea pendenza di due procedimenti, l'uno davanti al tribunale ordinario, l'altro davanti al tribunale militare, nessuno dei quali sia ancora giunto a conclusione, che abbiano ad oggetto lo stesso fatto e siano promossi contro la stessa persona.

Dopo aver descritto le condotte contestate, si cercherà di individuare tra le stesse quegli elementi di uguaglianza che consentono di qualificarle “*eadem res*” alla stregua dell'interpretazione fornita da recente giurisprudenza nazionale e comunitaria. Tale operazione consentirà anche di chiarire, in premessa, quali sono i più recenti e dominanti approdi/orientamenti giurisprudenziali in ordine alla definizione della natura del presupposto oggettivo del divieto di un secondo giudizio, *id est* l'identità del fatto.

Essenziale all'argomentazione in procinto di essere sviluppata è, inoltre, l'analisi dei contenuti della **Corte Cassazione SS.UU. Sentenza n. 34655/2005 (sentenza Donati)** sul contrasto di giurisprudenza insorto riguardo l'applicabilità dell'articolo 649 del Codice di Procedura Penale alle sentenze non ancora passate in giudicato. È proprio la portata significativamente innovativa di questa pronuncia, infatti, che

spinge ad interrogarsi in ordine alla legittimità di un'interpretazione ulteriormente estensiva dell'articolo 649 Codice di Procedura Penale all'ipotesi su esposta, seppur nei limiti e nel rispetto dei dettami costituzionali.

2 - Il caso di specie

La prima contestazione, in ordine cronologico, è per il reato p. e p. dagli articoli 110 e 640 capoverso del Codice Penale perché in concorso tra loro, al fine di procurarsi un ingiusto profitto, **con artifici e raggiri consistiti nel presentare in sede di accertamento della dichiarazione dei redditi da parte dell'Agenzia delle Entrate una fattura falsa l'attestante spese mediche non sostenute**, inducendo in errore l'Agenzia delle Entrate in ordine alla effettiva spesa sostenuta e dichiarata nei modelli 730 **si procuravano l'ingiusto profitto conseguente all'annullamento dell'avviso di accertamento emesso** ai sensi dell'articolo 36 ter del Decreto del Presidente della Repubblica 600/73; in particolare i contribuenti A. e B., dopo aver ricevuto l'avviso di accertamento, si rivolgeva al suo referente C., il quale contattava D. ed E. che a loro volta si interessavano al fine di ottenere l'annullamento dell'accertamento, dopo aver mostrato la falsa fattura.

La seconda contestazione è di collusione con l'estraneo del militare della Guardia di Finanza continuata aggravata, perché l'App. scelto G. di F... in esecuzione del medesimo disegno criminoso, in più occasioni, colludeva con estranei per **frodare** la Finanza e, segnatamente, con i signori A. e B., entrambi destinatari di avvisi da parte dell'Agenzia delle Entrate. In particolare, si attivava presso i signori D. ed E., gestori di diversi C.A.F. **per procurare ad A. e B. le fatture mediche false (in quanto relative ad operazioni inesistenti), ottenendo così dall'Agenzia delle Entrate, tratta in inganno circa la veridicità delle fatture, l'indebito annullamento dei predetti avvisi di accertamento per entrambi i contribuenti.**

Chiarendo sin da ora che le lettere utilizzate sono meramente esemplificative ma che sono associate agli stessi soggetti coinvolti nella vicenda, risulta abbastanza evidente che la differente qualificazione giuridica del fatto, nell'un caso "truffa ai danni dell'Agenzia delle Entrate" nell'altro "collusione con il privato per frodare la Guardia di Finanza", non ci consente di escluderne l'identità.

In concreto, infatti, accolta pacificamente la teoria tripartita della materialità del fatto, che si compone quindi di condotta, evento e nesso causale, la condotta sottoposta al vaglio dell'accertamento giudiziario, intesa come azione od omissione, è unica, e cioè l'essersi l'imputato attivato al fine di procurare fatture mediche false in quanto relative ad operazioni inesistenti. A cambiare è il *nomen iuris* attribuito al fatto e il soggetto passivo. Sembrerebbero, dunque, ricorrere i presupposti per un concorso formale eterogeneo di reati, fattispecie che si configura quando un soggetto con una sola azione od omissione commette più reati, violando norma differenti. Ma procediamo con cautela.

3 - Il presupposto oggettivo del *ne bis in idem*: "il medesimo fatto"

È necessario sgombrare il campo da un equivoco: soffermandoci sui profili del presupposto di natura oggettiva del divieto del doppio giudizio, questo è fissato nell'identità tra il fatto già accertato e quello ancora *sub iudice* per il quale si vorrebbe instaurare un nuovo processo.

Qual è la portata di questa identità ha provato a chiarirlo la consulta in **Corte Costituzionale 31 maggio 2016 (depositata il 21 luglio 2016), n. 200, Presidente Grossi, Relatore Lattanzi** laddove è stata dichiarata l'illegittimità dell'articolo 649 del Codice di Procedura Penale nell'interpretazione datane dal diritto vivente.

Ricostruendo brevemente la vicenda procedimentale, il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale

ordinario di Torino, trovandosi a decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio proposta nei confronti di una persona imputata dell'omicidio doloso di 258 persone, osserva che in relazione alla medesima condotta l'imputato, in un precedente giudizio, è già stato prosciolto per prescrizione dai reati previsti dagli articoli 434 comma 2 e 437 comma 2 del Codice Penale. Allo stesso tempo "*premette di non poter applicare l'articolo 649 del Codice di Procedura Penale*" perché "*a fronte di una formulazione letteraria della norma chiaramente intesa a porre a raffronto il fatto storico*", l'articolo 649 del Codice di Procedura Penale parla infatti di **medesimo fatto**, "*il diritto vivente esigerebbe invece un'identità del fatto giuridico (criterio dell'*idem legale*) ovvero la coincidenza di tutti gli elementi costitutivi del reato e dei beni giuridici tutelati*".

Il giudice sarebbe cioè tenuto a valutare non solo la condotta dell'agente ma la triade "*condotta-evento-nesso di causa, indagando sulla natura dei reati e sui beni che essi tutelano*". Rileva poi che "*sulla base di un'ampia disamina della giurisprudenza della Corte EDU, l'articolo 4 del Protocollo n. 7 CEDU ha invece un significato più favorevole per l'imputato, poiché, a partire dalla **Sentenza della Grande Camera, 10/02/2009, Zolotoukhine contro Russia**, si sarebbe stabilito che è ravvisabile l'identità del fatto quando medesima è l'azione o l'omissione per la quale la persona è già stata irrevocabilmente giudicata*".

Un'interpretazione di tale tenore escluderebbe evidentemente dalla valutazione del presupposto oggettivo del divieto in esame, sia il riscontro dell'identità tra gli eventi derivanti dalla condotta sia dei nessi di causalità.

La consulta, nel valutare il merito della questione sollevata, saggia innanzitutto il convincimento del giudice a quo, "*secondo cui la disposizione Europea significa che la medesimezza del fatto deve evincersi considerando la condotta dell'agente, assunta in termini di un movimento corporeo o di un'inerzia*".

È una tesi errata perché, nonostante sia ormai pacifico che la Convenzione recepisce il più favorevole criterio dell'*idem factum*, ciò non equivale ad escludere dal giudizio comparativo delle condotte contestate, l'evento ed il nesso di causalità.

"Fatto, in questa prospettiva, è l'accadimento materiale, certamente affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'addizione di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi...Ad avere carattere giuridico è la sola indicazione dei segmenti dell'accadimento naturalistico che l'interprete è tenuto a prendere in considerazione per valutare la medesimezza del fatto. L'evento, non potrà avere rilevanza in termini giuridici, ma assumerà significato soltanto quale modificazione della realtà materiale conseguente all'azione o all'omissione dell'agente".

3.1 - Analisi del caso specifico alla luce del criterio interpretativo "naturalisticamente orientato"

Applicando questo criterio interpretativo-comparativo alle condotte contestate, così come in precedenza descritte, se ne ricava che oltre ad essere coincidenti le azioni, poiché in entrambi i casi l'imputato si è attivato al fine di procurare fatture mediche false in quanto relative ad operazioni inesistenti, è identico anche l'evento da questa causalmente determinato, consistente nel danno patrimoniale.

Più precisamente, la dottrina maggioritaria è concorde nel distinguere nel reato di truffa, un triplice evento: un *cosiddetto primo evento* consistente nello stato di errore cui è indotto il soggetto passivo, che in entrambe le contestazioni è conseguenza dalla produzione e presentazione delle false fatture. Un *cosiddetto secondo evento* individuabile in un atto di disposizione patrimoniale che recente giurisprudenza ha definito quale “*atto volontario , causativo di un ingiusto profitto altrui a proprio danno e determinato dall’errore indotto da una condotta artificiosa.*”

Ne consegue che lo stesso non deve necessariamente qualificarsi in termini di atto negoziale, ovvero di atto giuridico in senso stretto, ma può essere integrato anche da un permesso o assenso, dalla mera tolleranza o da una tradito, da un atto materiale o da un fatto omissivo, dovendosi ritenere sufficiente la sua idoneità a produrre un danno” (Corte di Cassazione Sezione II Penale 30/8/2013 Sentenza n. 35807)

Nel caso di specie, l’Agenzia delle Entrate, così come esplicitato in entrambe le contestazioni, indotta in errore dalla presentazione di false fatture, omette di compiere quelle attività intese a far acquisire al proprio “patrimonio” una concreta utilità economica, alla quale a diritto e che invece rimane acquisita al patrimonio altrui. Annulla cioè i predetti avvisi di accertamento per i contribuenti.

Da ciò deriva l’*evento finale*, il danno patrimoniale.

Si aggiunga, a chiosa, che non può affermarsi l’esistenza di una apprezzabile diversificazione per la sola circostanza che nel primo processo la contestazione contiene una fattispecie concorsuale ex articolo 110 del Codice Penale, mentre nel secondo è stato attribuito un reato militare definito dalla giurisprudenza “*di pura condotta e con natura plurisoggettiva impropria*”.

Tale diversificazione “*corrisponde difatti al risultato di una differente qualificazione giuridica del titolo di imputazione delle responsabilità penale, piuttosto che all’individuazione di distinte fattispecie munite di ontologica autonomia derivante dalla diversità delle componenti strutturali del fatto*” (Corte di Cassazione Sezioni Unite Sentenza n. 34655/2005).

4 - La sentenza o il decreto penale divenuti irrevocabili: prospettive di superamento

Provata l’identità fattuale delle condotte naturalisticamente valutate, che costituisce uno dei presupposti del divieto del secondo giudizio, l’ostacolo maggiore è rappresentato dall’altro presupposto indefettibile ex articolo 649 del Codice di Procedura Penale: l’emanazione di una sentenza o un decreto penale divenuti irrevocabili, traducibile in termini di giudicato formale.

Il richiamo alla portata innovativa della sentenza Donati rileva proprio ai fini del superamento del rigido formalismo che emerge dalla disposizione codicistica.

Il principio di diritto formulato dalle Sezioni Unite è il seguente: “*Le situazioni di litispendenza, non riconducibili nell’ambito dei conflitti di competenza di cui all’articolo 28 del Codice di Procedura Penale, devono essere risolte dichiarando nel secondo processo, pur in mancanza di una sentenza irrevocabile, l’impromovibilità dell’azione penale in applicazione della preclusione fondata sul principio generale del ne bis in idem, sempreché i due processi abbiano ad oggetto il medesimo fatto attribuito alla stessa persona, siano stati instaurati ad iniziativa dello stesso ufficio del pubblico ministero e siano devoluti, anche se in fasi o gradi diversi, alla cognizione di giudici della stessa sede giudiziaria*” (Corte di Cassazione Sezioni Unite Sentenza n. 34655/2005).

Funzionale alla nostra analisi è la comprensione dell'iter logico-argomentato che ha condotto all'estrinsecazione di questi criteri o condizioni estensive della portata prescritti dell'articolo 649 del Codice di Procedura Penale.

Il principio espresso dal tradizionale brocardo "*bis de eadem re ne sit actio*", statuiscono le Sezioni Unite " ***rappresenta il corollario dei connotati di razionalità e di ordine del processo alla cui tutela è preordinata l'indicata preclusione-consumazione, chiaro essendo che un sistema processuale che lasciasse alla discrezionalità dello stesso organo della pubblica accusa la possibilità di reiterare l'esercizio dell'azione penale contro la stessa persona per il medesimo fatto si muoverebbe lungo linee assolutamente contraddittorie e dissonanti, asimmetriche rispetto al principio di legalità e non compatibili con i caratteri salienti del 'giusto processo' prefigurato dall'articolo 11 della Costituzione. La preclusione conseguente alla consumazione del potere di azione non può non determinare la dichiarazione di impromovibilità dell'azione penale, quale epilogo necessitato del secondo processo***".

Ancora, "*dalla giurisprudenza che ha dato vita all'indirizzo favorevole ad una lettura estensiva dell'articolo 649 del Codice di Procedura Penale traspare inequivocabilmente che la declaratoria di impromovibilità dell'azione penale, pur in assenza di una decisione irrevocabile, è stata giustificata non attraverso l'applicazione diretta della predetta disposizione, la cui configurazione normativa risulta tracciata in confini ben precisi e delimitati, ma facendo leva, invece, su un principio che la trascende ed è collocato a monte della stessa, corrispondendo l'articolo 649 del Codice di Procedura Penale ad una delle plurime specificazioni di una direttiva generale alla quale è conformato tutto il sistema processuale. Si è voluto, cioè, significare che l'articolo 649 del Codice di Procedura Penale costituisce un singolo, specifico, punto di emersione del principio del ne bis in idem, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda*" (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza n. 34655/2005).

L'interpretazione, a condizione che sia costituzionalmente orientata, è materia plasmabile, è un campo elastico. E allora perché non compiere un ulteriore passo e superare il requisito dell'identità dell'ufficio del pubblico ministero che promuove l'azione penale?

Se si assume a presupposto dell'interpretazione estensiva dell'articolo 649 del Codice di Procedura Penale l'esaurimento o consumazione del potere/dovere di esercizio dell'azione penale, ma soprattutto se si inquadra il carattere dell'obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'articolo 112 della Costituzione nell'assolvimento di un'esigenza di giustizia statale, non è proprio questa esigenza che trova attuazione con l'esercizio dell'azione penale?

Se per definizione, l'organo preposto a ciò è "pubblico", andrebbe allora svincolata l'applicazione estensiva del *ne bis in idem* dall'identità degli uffici del pm.

Come autorevole dottrina sostiene "*l'azione penale è, certo, obbligatoria nell'ordinamento italiano in forza dell'esplicito imperativo costituzionale; ma lo è fintantoché la potestà punitiva sia già stata esercitata, e non si sia consumata in un altro procedimento*".

5 - Il concorso formale di reati

Se pure si obiettasse la riconducibilità delle condotte contestate nel caso di specie ad un'ipotesi di concorso formale di reati, ciò non rappresenterebbe un ostacolo insormontabile. La già menzionata sentenza ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 649 del Codice di Procedura Penale, per contrasto con l'articolo 117, comma 1 della Costituzione, in relazione all'articolo 4 del Protocollo n.7 CEDU, nella parte in cui secondo il diritto vivente *esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale.*

“Il nesso di necessità predicato nel diritto vivente tra concorso formale di reati e superamento del ne bis in idem inevitabilmente reintroduce nel corpo dell'articolo 649 del Codice di Procedura Penale profili di apprezzamento della dimensione giuridica del fatto, che restano espulsi attraverso l'adesione ad una concezione rigorosamente naturalistica della condotta, nesso causale ed evento. Questa operazione, connaturata in modo del tutto legittimo al giudizio penalistico sul concorso formale di reati, e dalla quale dipende la celebrazione di un eventuale simultaneus processus, deve reputarsi sbarrata dall'articolo 4 Protocollo n. 7 CEDU, perché segna l'abbandono dell'idem factum, quale unico fattore per stabilire se sia applicabile o no il divieto di bis in idem.

Nel sistema della CEDU e anche in quello della Costituzione repubblicana, l'esercizio di una nuova azione penale dopo la formazione del giudicato deve invece dipendere esclusivamente dal raffronto tra la prima contestazione, per come si è sviluppata nel processo, e il fatto posto a base della nuova iniziativa del pubblico ministero, ed è perciò permessa in caso di diversità, ma sempre vietata nell'ipotesi di medesimezza del fatto storico” (Corte Costituzionale 31 maggio 2016 (depositata il 21 luglio 2016), n. 200, Presidente Grossi, Relatore Lattanzi).

Si ritiene tale ostacolo superabile in virtù del fatto che le Sezioni Unite Donati, nel definire i criteri per l'applicazione estensiva del divieto del secondo giudizio ai casi di litispendenza ultronei ai conflitti di competenza, fanno espresso riferimento al “principio generale del ne bis in idem”, principio/divieto interpretabile quindi anche alla luce dell'intervento nomofilattico di cui sopra e quindi nel senso della trapiantabilità dei criteri della Donati anche ad ipotesi di concorso formale di reati.

6 - La diversa natura della giurisdizione

L'ultima perplessità sollevabile attiene alla diversa natura dei tribunali dinanzi ai quali sono promosse le differenti azioni penali per il medesimo fatto: tribunale ordinario e tribunale militare.

Sul punto soccorre una recente pronuncia comunitaria: **Corte EDU Grande Stevens e altri contro Italia, depositata il 4.3.2014.** La sentenza si occupa del tema dell'equiparazione, ai fini dell'operatività del divieto del doppio giudizio, del giudicato amministrativo al giudicato penale. In sintesi, il principio di diritto espresso dalla Corte EDU è il seguente: *dopo che, nei confronti di una società?, sono state comminate sanzioni amministrative dalla Consob ed esse siano divenute definitive, l'avvio di un processo penale sugli stessi fatti viola il principio giuridico del ne bis in idem.*

Infatti, anche se il procedimento innanzi alla Consob è amministrativo, le sanzioni inflitte possono essere considerate a tutti gli effetti come penali anziché amministrative, considerata la loro natura repressiva, l'eccessiva severità delle stesse (sia per l'importo che per le sanzioni accessorie), oltre che per le loro ripercussioni sugli interessi del condannato.

I giudici di Strasburgo hanno ritenuto non sufficiente la garanzia costituita dal c.d. principio di specialità previsto dalla legge 689/1981 al fine di evitare che un medesimo fatto sia punito due volte (bis in idem). Infatti, come il presente caso dimostra, il sistema italiano non proibisce l'apertura di una procedura penale

in idem dopo l'adozione di una decisione definitiva di condanna per infrazioni "amministrative" – ma di fatto penali – da parte della giurisdizione competente.

Non dobbiamo dimenticare, inoltre, che vi è concordanza, sia in dottrina che in giurisprudenza, nel ritenere il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale una norma di natura strumentale, anziché finale. La stessa Corte costituzionale definisce il principio come «punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale» (**Corte Costituzionale, Sentenza 28 gennaio 1991, n. 88, in Cassazione penale, 1992, 249**).

La ratio della norma è, infatti, riconducibile a tre diversi valori di rango costituzionale: il principio di uguaglianza (articolo 3), il principio di legalità (articolo 25 comma 2) nonché il principio dell'indipendenza esterna (o, anche detta, "indipendenza istituzionale") del pubblico ministero.

Il richiamo al principio di uguaglianza non è casuale, poiché limitare l'applicazione del *decisum* del caso Grande Stevens alle sole ipotesi di efficacia preclusiva della pronuncia amministrativa rispetto al procedimento penale ancora pendente, genera un'evidente violazione del principio garantito dall'articolo 3 della Costituzione per tutti quei casi in cui (si prenda ad esempio quello attorno al quale si è sviluppato l'elaborato, e cioè un'espressa ipotesi di contemporanea pendenza davanti al giudice ordinario e al giudice militare di procedimenti aventi ad oggetto il medesimo fatto e promossi contro la stessa persona) l'unica differenza, in termini formali, al di là dell'esistenza di una pronuncia preclusiva del secondo giudizio (sulla cui dispensabilità si è già discusso) sarebbe rappresentata dalla natura della giurisdizione, militare e non amministrativa.

7 - Conclusioni

Si giunge così a proporre come legittima, sulla base della ricostruita attività interpretativa estensiva dell'articolo 649 Codice di Procedura Penale, il più conforme possibile ai dettami costituzionali, l'applicazione del divieto di *bis in idem* ad ipotesi fino ad ora escluse dall'ordinario regime di applicabilità. Si tratta, come sopra descritto, di un caso di contemporanea pendenza di due procedimenti, l'uno davanti al Tribunale ordinario, l'altro davanti al Tribunale militare, aventi ad oggetto il medesimo fatto e promossi contro la stessa persona, nessuno dei quali è giunto a conclusione.

TAG: reato, responsabilità penale, spese mediche, penale, Procedura penale

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso

esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.

*Filodiritto(Filodiritto.com) un marchio di **InFOROmatica S.r.l***