

CASO MALATTO – relazione Avv Francesca Sassano

Questioni processuali

Il principio del ne bis in idem, che vieta la celebrazione di un secondo giudizio per fatti identici, presenta, attualmente, i seguenti distinti ambiti di operatività:

1) nell'ambito del diritto interno, esso trova la sua disciplina nel codice di procedura penale: pur non essendo espressamente contemplato dalla Costituzione, viene ricondotto dalla giurisprudenza costituzionale agli artt. 24 e 111 Cost. e viene riconosciuto da questa Corte di legittimità quale principio generale dell'ordinamento, adeguato alle esigenze di razionalità e funzionalità del sistema, principio dal quale il giudice non può prescindere nell'attività interpretativa;

2) nell'ambito del diritto internazionale generale, anche nell'attuale momento storico-in cui permangono *"variazioni molteplici e spesso profonde da Stato a Stato"* nella *"valutazione sociale e politica dei fatti umani"* - esso assume, al più, valore di "principio tendenziale", ma non (ancora) valore di principio generale, applicabile, come tale, nell'ordinamento interno ex art. 10 Cost., sicché un processo celebrato nei confronti di un imputato straniero, in uno Stato in cui non vigono accordi idonei a derogare alla disciplina dell'art. 11 cod. pen., non preclude la rinnovazione del giudizio in Italia per gli stessi fatti;

3) nell'ambito del diritto europeo convenzionale (dalla Convenzione EDU), l'art. 4 del Protocollo n. 7 si occupa del principio solo in una prospettiva interna ai singoli Stati;

4) nell'ambito del diritto dell'Unione europea, infine, il ne bis in idem assume, ad oggi, in un'ottica di cooperazione giudiziaria sovranazionale fra Stati, valore di principio generale e, come tale, deve trovare pieno riconoscimento nell'ordinamento interno, atteso che, nella cornice dello "spazio giuridico europeo", «ogni sentenza emessa da uno Stato membro deve valere quale sentenza di ogni singolo Stato, sul presupposto che si tratta di ordinamenti fondati sul rispetto dei diritti umani e delle garanzie difensive che costituiscono il nucleo del giusto processo».

Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea non costituisce un rimedio giuridico esperibile

automaticamente a sola richiesta delle parti, spettando solo al giudice di stabilirne la necessità.

Il principio del ne bis in idem, tanto nella sua accezione processuale che sostanziale viene solennemente proclamato dalle due Carte dei diritti fondamentali, sebbene l'art. 6 par. 3 del Trattato dell'Unione Europea affermi che « *i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali* » la Corte di Giustizia nega che la Cedu costituisca un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea (v. Corte eur. giust., Grande sezione, 20-03-2018, C-537/16)..

Più precisamente, mentre l'art. 50 del Capo VI della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. dedicato alla "giustizia" dispone che : " *nessuno può essere processato e punito nuovamente per il medesimo fatto ove sia intervenuta una sentenza penale definitiva di condanna o di assoluzione adottata da giudici che operino 'nell'Unione',*" l'art. 4 Prot. 7 CEDU adottato nel 1984 ed entrato in vigore nel 1988 (e peraltro non ratificato da tutti gli Stati" Il diritto di non essere giudicato o punito due volte non è stato inserito nella Convenzione adottata nel 1950 ma è stato inserito nel settimo protocollo, adottato nel 1984 ed entrato in vigore nel 1988, ossia circa 40 anni più tardi. Quattro Stati (Germania, Paesi Bassi, Regno Unito e Turchia) non hanno ratificato il Protocollo n. 7 e uno di loro (Germania), assieme ad altri quattro Stati che l'hanno ratificato (Austria, Francia, Italia e Portogallo), ha espresso delle riserve o delle dichiarazioni interpretative che hanno precisato che la parola « penalmente » deve essere da loro applicata in base al senso dato a tale nozione dalle rispettive leggi nazionali » (Cedu, Grande Camera, A e B c/ Norvegia, 15-11-2016) stabilisce che « *nessuno può essere condannato o perseguito penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato* ».

Tale divieto è inoltre sancito, sempre all'interno dell'Unione europea, dall'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 (CAAS) il quale prevede che « *una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente, non possa più essere eseguita* » .

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'art. 649 del c.p.p. (divieto di un secondo giudizio) stabilisce che « *l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato un procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo* ».

La rinnovata attenzione per il divieto di ne bis in idem è stata non a caso messa in evidenza nella relazione di orientamento n. 26/17 dell'Ufficio del Massimario Penale del 21 marzo 2017 , nella quale si è sottolineato come tale divieto operi ormai non soltanto all'interno dei singoli ordinamenti giuridici ma anche nel rapporto multilevel tra

ordinamenti dei singoli Stati ed ordinamento giuridico europeo specialmente in seguito delle due fondamentali decisioni sopracitate adottate dalle due Corti europee.

È però da rilevare che se vi è ormai una sostanziale coincidenza tra le Corti nell'identificare l'*idem factum*, e nel riconoscere che l'unità del fatto non coincide con la qualificazione formale dell'illecito altrettanto non pare potersi dire in relazione alla qualificazione della condanna che, per così dire, esaurisce la pena e che quindi non va ripetuta: a parte infatti l'ossequio formale ai c.d. Engel criteria operato dalla varie Corti, in concreto poi sempre più numerose sentenze ritengono compatibili con il divieto le duplicazioni di sanzioni afflittive in relazione al medesimo fatto attribuendo alla medesima sanzione ora natura amministrativa, ora natura penale, a volte una finalità punitiva, altre volte finalità deterrente.

Basti considerare, con riferimento all'identificazione dell'*idem factum*, che la Corte costituzionale, con sentenza 31 maggio 2016, n. 200 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla 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 principio generale che si poteva trarre da quella sentenza, secondo il quale non possono essere irrogate più sanzioni sostanzialmente penali per lo stesso fatto, si è infatti sostituita, nelle decisioni sopra esaminate, un'indagine caso per caso, devoluta in ultima analisi ai giudici nazionali, sulla funzione assoluta dalle singole pene e sulla loro proporzionalità rispetto al reato.

Secondo tale approccio case by case si potrà così giustificare la sottoposizione di uno stesso soggetto a più processi per il medesimo fatto illecito e l'eventuale adozione di una pluralità di sanzioni sostanzialmente penali soltanto laddove i procedimenti si svolgano contestualmente, o al massimo nel medesimo periodo (connessione temporale) e purché, nel caso di cumulo tra sanzioni, venga rispettato il principio di proporzionalità; principio, questo, che non a caso viene riconosciuto dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. e che in realtà ha finito per sostituire nella recente applicazione delle Corti quello del *ne bis in idem*.

È così avvenuto per tale via che l'ultima parola sui limiti del principio del *ne bis in idem* sia in parte stata devoluta dalle Corti europee alle Corti nazionali, le quali in realtà, si ripete, hanno finito per applicare non già il divieto di duplicazione dei processi e delle sanzioni bensì il principio di proporzionalità della pena; non a caso, con una recente sentenza la Corte di Cassazione, nell'affermare che il principio del *ne bis in idem* non fosse stato violato in un caso in cui i ricorrenti erano stati condannati per abuso di mercato con una doppia sanzione penale ed amministrativa a seguito di due distinti procedimenti, ha ritenuto che « purché la risposta sanzionatoria, derivante dal cumulo delle due pene inflitte nei diversi procedimenti, sia complessivamente proporzionata alla gravità del fatto e prevedibile, nulla vieta ai legislatori nazionali di predisporre un doppio binario sanzionatorio ed alle Autorità preposte di percorrerlo fino alla decisione »

Nel caso che qui ci occupa, per Malatto, la questione processuale si riassume nella pendenza attuale in Italia, dinnanzi alla Procura Presso il Tribunale penale di Roma,

di due procedimenti, attivati regolarmente con due autorizzazioni a procedere concesse dal Ministro della Giustizia, richieste in due momenti diversi, per differenti denunce azionate da parenti delle persone offese, entrambi pendenti in fase di indagini preliminari, successivamente riunite. Quindi in ambito nazionale in relazione a questi due procedimenti non vi è discussione di ne bis in idem, né di consumazione dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero.

Diversa è la questione dei rapporti tra i due procedimenti, quello a carico del Malatto con il quale era stata richiesta l'extradizione ed aveva titolo esecutivo in quel provvedimento, per il quale non può essere più riproposta sullo stesso provvedimento, bensì con nuova emissione di provvedimento cautelare, completamente innovata rispetto alla precedente per la quale si è già formato il giudicato con la sentenza della Corte di Cassazione di rigetto della richiesta.

Potenza _Roma li 19/01/2021

Avv. Francessa Sassano