



22357 / 10

57

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SECONDA SEZIONE PENALE

UDIENZA PUBBLICA  
DEL 27/05/2010

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. PIETRO ANTONIO SIRENA
- Dott. DOMENICO GENTILE
- Dott. GIULIANO CASUCCI
- Dott. DOMENICO GALLO
- Dott. DOMENICO CHINDEMI

~~SENTENZA~~  
ORDINANZA

- Presidente - N. 2132/10
- Consigliere -
- Rel. Consigliere - REGISTRO GENERALE N. 6996/2008
- Consigliere -
- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

~~SENTENZA~~ / ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

- 1) DE GIOVANNI FABRIZIO N. IL 20/11/1961
- 2) MICCICHE' GIOVANNI N. IL 10/03/1941

avverso la sentenza n. 786/2006 CORTE APPELLO di PALERMO, del 30/05/2007

visti gli atti, la sentenza e il ricorso  
udita in PUBBLICA UDIENZA del 27/05/2010 la relazione fatta dal Consigliere Dott.  
GIULIANO CASUCCI

Udito il Procuratore Generale in persona del Dott. *Cornide Stabile*  
che ha concluso per *il rigetto dei ricorsi*;

Udito, per la parte civile, l'Avv

Uditi difensori Avv. *franco Cofri e Francesco Bertorotta* per  
*Micciche Giovanni e avv. Piersi Plasina* che hanno chiesto  
perché sia dichiarata non manifestamente infondata la  
questione di legittimità costituzionale dell'art 10 legge  
n 251/2005 e perché comunque siano accolti i ricorsi;

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza in data 30 maggio 2007, la Corte d' Appello di Palermo, 4<sup>a</sup> sezione penale, confermava la sentenza del Tribunale di Agrigento, con la quale gli appellanti Micciché Giovanni e De Giovanni Fabrizio erano stati dichiarati colpevoli di concorso nel delitto di cui all' art. 12-*quinquies* DL n. 306/92, come modificato all' udienza del 3.2.2005, per avere il primo, noto imprenditore siciliano, sottoposto ad indagine penale per concorso esterno in associazione mafiosa, fittiziamente attribuito al secondo, nell' agosto/settembre 1998, la titolarità (*rectius* la qualità di beneficiario) di una fondazione (Mette Stiftung) a sua volta titolare del conto (denominato Ultrason) con saldo attivo di 1.400.000 franchi svizzeri, acceso presso la Banca Unione del Credito di Lugano, allo scopo di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione, e condannati, esclusa l' aggravante di cui all' art. 7 legge n. 203/1991 e riconosciute ad entrambi le circostanze attenuanti generiche, alla pena di tre anni di reclusione il primo e due anni nove mesi di reclusione il secondo, con interdizione dai pubblici uffici per la durata di cinque anni per Micciché e con confisca della somma di £. 1.200.000.000 oltre eventuali interessi maturati, somma sottoposta a sequestro dall' Autorità elvetica il 27.10.1998 a seguito di rogatoria internazionale. Con la stessa sentenza erano stati assolti, per insussistenza del fatto, dal connesso reato di riciclaggio, per mancanza di prova della provenienza illecita delle somme versate nel conto, nonché da altre ipotesi di reato connesse al suddetto conto svizzero.

La Corte territoriale, rammentato che la materialità del fatto era stata sostanzialmente ammessa dagli stessi imputati e documentalmente accertata (Micciché era beneficiario fin dal 1992 della fondazione con sede nel Liechtenstein, alla quale si attestava un conto presso la BUC di Lugano con saldo attivo di 1.400.000 franchi svizzeri; il 19.6.1998 era stato rinviato a giudizio per il delitto di concorso esterno ad associazione mafiosa; nel luglio 1998, tramite un suo consulente svizzero, tale Galli, e De Giovanni Fabrizio, chiedeva a Grandini, presidente del consiglio di amministrazione della fondazione, di prelevare 500.000 FS dal conto Ultrason, con rifiuto della banca, trattandosi di conto "indagato". Sostituito l' intero consiglio di amministrazione della fondazione, con Galli presidente, faceva nominare nuovo beneficiario della fondazione Fabrizio De Giovanni e redigeva per la BUC dichiarazione del 4 settembre 1998 con firma autenticata dal notaio Poma di Lugano, con la quale confermava di aver ceduto la fondazione a De Giovanni a far data dal 15.9.1997. Contestualmente, era stato aperto presso la BUC il conto



Anfitrione sul quale De Giovanni, assistito da Galli, chiedeva di trasferire il danaro del conto Ultrason) nel merito riteneva fondata la prova della responsabilità al rilievo:

-che la mancata sottoposizione a misura di prevenzione patrimoniale era ininfluente stante la tutela anticipata approntata dal delitto in esame;

-che la sussistenza del dolo specifico era riscontrata dalla pendenza a carico di Micciché del procedimento per il delitto di concorso esterno ad associazione mafiosa (in relazione alla quale era stata disposta custodia cautelare nell' ottobre 1997, che impone la attivazione di accertamenti patrimoniali volti all' adozione di misure di prevenzione) e dalla testimonianza dell' amministratore Grandini nonché dalla scelta di simulare la cessione in favore di De Giovanni e di aprire contestualmente l'altro conto (Anfitrione) sul quale far confluire il danaro del conto Ultrason. Di tali circostanze De Giovanni era, per sua stessa ammissione, consapevole e il teste Grandini ha dichiarato di averlo ragguagliato nel luglio 1998 della situazione del conto Ultrason

Escludeva la fondatezza dell' eccezione di nullità della sentenza per violazione degli artt. 518 e 521 c.p.p. perché all' udienza del 3.2.2005 il PM si era limitato ad integrare il capo 1) dell' imputazione, perché il fatto storico (il fittizio "passaggio" da Micciché a De Giovanni) era rimasto immutato.

Confermava le ordinanze con le quali il Tribunale aveva respinto la richiesta di assumere le testimonianze di Moscatelli, Galli ed aveva revocato quella ammissiva della testimonianza di Poma al rilievo che lo scopo elusivo perseguito risultava da una serie convergente di circostanze, sicché la situazione processuale non mutava anche a dare per ammesso che nulla sapesse delle iniziative della Procura Federale.

L' eccezione di incompetenza funzionale del GUP del Tribunale di Palermo era infondata perché la successiva esclusione dell' aggravante di cui all' art. 7 legge 203/91 non incidere sulla competenza dell' ufficio distrettuale.

Correttamente era stata disposta la confisca a norma dell' art. 240 c.p. il danaro costituiva il prodotto e il profitto del reato. Le pene erano state quantificate in misura adeguata alla gravità del fatto, peraltro previa concessione delle attenuanti generiche. In conseguenza non poteva essere dichiarato ingiustificato il dissenso del PM alla pena patteggiata proposta da De Giovanni in primo grado.

Contro tale decisione hanno proposto tempestivi ricorsi gli imputati, a mezzo dei rispettivi difensori, che ne hanno chiesto l' annullamento per i seguenti motivi:



1) ricorso nell' interesse di De Giovanni Fabrizio: - erronea applicazione della legge penale, con riferimento all' art. 12-*quinquies* DL 306/92 con conseguente vizio di motivazione, perché con l' appello si era chiesto di stabilire che nel caso in esame non si sarebbe potuto ravvisare sprecauzione alcuna tra le possibilità economiche ostentate e quelle effettive o dichiarate e si chiedeva quindi di apprezzare, con valutazione *ex ante*, quale potesse essere l' elemento intenzionale in capo al ricorrente, senza trascurare che non si spiega per quale ragione egli dovesse essere al corrente della corretta imputazione elevata a Miccichè. Gli stessi giudici di merito riconoscono che manca la prova sia della provenienza illecita sia della sproporzione tra redditi dichiarati e redditi posseduti sicché non è dato comprendere come possa affermarsi che De Giovanni si è dolosamente prestato a farsi intestare danari al preciso fine di eludere le disposizioni di legge in materia di prevenzione patrimoniale; - mancanza e contraddittorietà della motivazione risultante da atto del processo specificamente indicato nei motivi di gravame e conseguente erronea applicazione della legge penale in relazione all' elemento soggettivo -dolo specifico- richiesto dall' art. 12-*quinquies* D.L. 306/92, perché con l' appello si era specificamente richiamata la testimonianza resa dal funzionario della BUC Ernesto Bozzoli, che smentiva quanto riferito dal teste Grandini (peraltro contrastante con la prova documentale costituita dalla comunicazione rilasciata al momento del passaggio delle consegne a Galli, nella quale il fiduciario assicurava che le somme in giacenza sul conto Ultrason erano libere da pesi e vincoli e quindi disponibili). Su tali deduzioni la Corte palermitana ha omesso di motivare ed anzi a foglio 11, contro ogni emergenza probatoria, allinea la deposizione di Bozzoli a quella del fiduciario Grandini. Va poi incidentalmente rilevato che le procedure per l' apertura del conto Anfitrione furono promosse da funzionario della BUC (Cattaneo) senza nessuna richiesta dei clienti; - inosservanza di norme processuali stabilite a pena di nullità in relazione agli artt. 518 e 522 c.p.p. con riguardo alla variazione dell' imputazione intervenuta all' udienza del 3.2.2005 allorché all' originario capo 1) dell' imputazione, che addebitava il reato di cui all' art. 12-*quinquies* D.L. 396/92 per la fittizia intestazione del denaro depositato in Svizzera presso la Banca Unione di Credito a fini di riciclaggio (capo connesso a quello sub 2 che addebitava il delitto di riciclaggio della somma di danaro da ascrivere al delitto di falso in bilancio della IMPRESIM S.p.a di cui Miccichè era stato socio), si aggiungeva l' ulteriore contestazione della finalità di elusione delle disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione, comportante l' individuazione di una condotta diversa e con configurazione di elemento soggettivo del tutto diverso, oltretutto dopo l' esame dell'



imputato, che aveva avuto ad oggetto circostanze che poi sarebbero state poste a fondamento della nuova imputazione. La Corte di appello ha risolto la questione sbrigativamente annotando che a fronte della nuova contestazione l' imputato avrebbe potuto chiedere di essere sottoposto a nuovo esame. In ogni caso la nuova contestazione doveva essere assoggettata alle regole dell' art. 518 c.p.p.; - inosservanza degli artt. 519, 522 c.p.p. e contestuale mancata assunzione di prova decisiva costituita dalla chiesta ammissione come testimone del notaio Poma, richiesta accolta con ordinanza dell' 11 marzo 2005 ma poi revocata sol perché il testimone non si era presentato ed aveva chiesto di esser sentito per rogatoria. La relativa censura è stata ritenuta fondata dalla Corte territoriale ma disattesa sull' assunto che il teste nulla avrebbe potuto dire sulle intenzioni che mossero l'imputato al fittizio trasferimento, laddove proprio dal teste si sarebbe potuto apprendere quando gli imputati appresero del "blocco formale" e quale fu la reazione del De Giovanni.

2) ricorso nell' interesse di Miccichè Giovanni:

- ai sensi dell' art. 606 c. 1 lett. b) c.p.p. in relazione agli artt. 157 c.p. e 10 c. 3 legge 5 dicembre 2005 n. 251; nullità della sentenza ai sensi dell' art. 125 c.p.p. (art. 606 comma 1 lett. c, c.p.p.), perché al momento dell' entrata in vigore della legge n. 251/2005 il procedimento non era ancora pendente in appello, perché gli atti non erano ancora pervenuti alla Corte di appello di Palermo, sicché il reato, la cui consumazione non può esser procrastinata a data successiva a quella del sequestro (risalente al 27 ottobre 1998), si è prescritto il 27 aprile 2005, prima della pronuncia della sentenza di appello. La questione, oggetto di specifica richiesta illustrata con memoria allegata al verbale d' udienza del 30.5.2007, non è stata oggetto di motivazione alcuna;

- in subordine al motivo che precede si solleva eccezione di legittimità costituzionale dell' art. 10 comma 3 legge 251/2005 per contrasto con l' art. 117 della Costituzione, questione che trae spunto dalle sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 22-24 ottobre 2007. Con la sentenza n. 393/05 (*recte* 06) la Corte Costituzionale aveva già affrontato *incidenter* la forza giuridica che deve essere riconosciuta all' art. 15 del Patto sui diritti civili e politici di New York del 16.12.1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25.10.1977 n. 881, patto di natura convenzionale che non rappresenta fonte del diritto internazionale generalmente riconosciuto (diritto internazionale consuetudinario), al quale (solo) deve invece essere attribuita una dignità pari alle norme costituzionali, ai sensi dell' art. 10 della Costituzione. La citata sentenza n. 393/05 (*recte* 06) ha richiamato



anche il comma 2 dell' art. 6 del Trattato dell' Unione Europea (sottoscritto ad Amsterdam il 2 ottobre 1997 e ratificato con legge 18 giugno 1998 n. 209) e sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee nonché la Carta dei diritti fondamentali dell' Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000. Ma la questione viene ora posta con riferimento all' art. 117 della Costituzione che nel testo vigente dispone che "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall' ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". Poiché la stessa Corte Costituzionale ha stabilito l' equiparazione della pena più mite con quella della prescrizione più favorevole dalle richiamate norme pattizie di carattere internazionale risulta evidente il contrasto tra l' art. 10 c. 3 della legge 251/05 con l' art. 117 comma 1 della Costituzione in quanto in violazione dei vincoli derivanti dall' ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali sopra richiamati;

- ai sensi dell' art. 606 comma 1 lett. b) del D.L. 306/92 nonché ai sensi dell' art. 606 comma 1 lett. c) c.p.p. in relazione agli artt. 518 e 522 c.p.p. perché la contestazione suppletiva formulata all' udienza del 3.2.2005 aveva comportato una vera e propria *mutatio libelli* sostanziatasi nella contestazione di un fatto nuovo, posto che l' art. 12-*quinquies* DL cit. è norma a più fattispecie a dolo specifico di offesa, che presuppongono un' oggettività e una lesività diversa l' una dall' altra, che si riflettono anche sul piano probatorio. La giustificazione adottata dalla Corte territoriale, secondo la quale il fatto è rimasto immutato, omette di considerare che è proprio la diversa direzione finalistica della volontà a conferire contenuto illecito alla condotta. Il "quadro di fatto" che presuppone la misura di prevenzione patrimoniale è del tutto distinto da quello delineato nelle altre due ipotesi. Non è mutato soltanto l' elemento psicologico ma il piano di riferimento oggettivo e il piano dell' offesa;

- ai sensi dell' art. 606 comma 1 lett. d) e lett. e) c.p.p. in relazione agli artt. 178 lett. c), 190, 518, 519 e 522 c.p.p. perché a fronte delle doglianze difensive sollevate con i motivi di appello rispetto alla negata ammissione dei testi Galli e Moscatelli, il Giudice di secondo grado definiva ininfluenti le richieste probatorie della difesa, innovando rispetto alla motivazione adottata sul punto dal primo giudice e comunque violando il diritto alla prova, riconosciuto dagli artt. 519 c. 2 e 522 c.p.p., avendo dato esclusivo rilievo alla testimonianza Grandini nonostante fosse in contrasto con la prova documentale offerta. Proprio in ragione della *mutatio libelli*, scaturita dalla testimonianza Grandini, doveva esser garantita alla difesa la controprova. Analoghi vizi di nullità erano stati evidenziati in ordine alla revoca del teste Poma, per la quale il parametro non poteva essere quello della



decisività ma quello indicato dall' art. 190 c.p.p. della prova legittima e non manifestamente superflua. Comunque il teste Poma avrebbe dovuto riferire su fatti di decisiva importanza sulle diverse ragioni sottostanti al compimento degli atti simulati perché De Giovanni e Galli non avevano alcuna informazione in ordine ad un blocco informale del conto Ultrason, circostanza taciuta proprio dalla BUC, la quale aveva chiesto ai nuovi amministratori di attivarsi per superare le resistenze della banca. Analoghe censure potrebbero muoversi alle ordinanze del Tribunale di Agrigento. Il diritto alla controprova, da valutarsi in base all' astratta capacità del teste della difesa di ribaltare l' efficacia probatoria della prova a carico è la trasposizione del diritto costituzionalmente riconosciuto dall' art. 111 Cost.;

- ai sensi dell' art. 606 comma 1 lett. b) c.p.p. in relazione agli artt. 12-*quinquies* D.L. 306/92, 49 c.2 c.p. perché, anche a voler ammettere che la norma in esame prevede una fattispecie di pericolo astratto o presunto, l' ipotesi di reato non può ritenersi integrata allorché il soggetto che dispone del bene non venga mai sottoposto (come nel caso) ad una richiesta di misura di prevenzione patrimoniale. L' argomento ulteriore speso dalla Corte territoriale, sulla possibilità che tali misure possono ancora essere richieste, è contrastato dalla constatazione che il ricorrente è già stato sottoposto a procedimento di prevenzione, nel quale è stata richiesta l' applicazione di una misura di carattere personale, che è stata rigettata ed è divenuta definitiva. Il processo per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa, che aveva dato luogo al provvedimento di custodia cautelare del settembre 1997 sul quale si è fondata l' affermazione di responsabilità per il reato di cui all' art. 12-*quinquies*, si è fondato sugli stessi elementi indiziari del procedimento di prevenzione. Ma il ricorrente è stato assolto in grado di appello dal delitto di concorso esterno nel delitto associativo ed è questo un argomento ulteriore che milita a favore del chiesto annullamento.;

- ai sensi dell' art. 606 comma 1 lett. b) c.p.p. in relazione agli artt. 12-*quinquies* D.L. 306/92 e 43 c.p., nonché ai sensi dell' art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p. per non avere la sentenza impugnata dato risposta allo specifico motivo di appello che aveva evidenziato quali fossero state le effettive ragioni che avevano determinato Micciché a ricorrere alla fittizia intestazione a Fabrizio De Giovanni (sospetto di *mala gestio* da parte di Grandini e Moscatelli, circostanza riconosciuta dallo stesso Grandini; conseguente decisione di accreditare le somme su conto corrente in Italia; rifiuto del fiduciario svizzero di occuparsene; parere espresso dal consulente bancario Maurizio De Giovanni; mancata conoscenza dell' impegno assunto da Grandini, tramite il suo legale avv. Pietro Simona,



con la Procura Federale Svizzera di non movimentare il conto Ultrason; la conseguente scelta, su consiglio del consulente Maurizio De Giovanni, di nominare suo fratello Fabrizio fiduciario della fondazione; iniziativa autonoma della BUC di aprire il nuovo conto denominato Anfitrione, al fine di ostacolare ulteriormente il trasferimento della titolarità della somma depositata sul conto Ultrason; le ulteriori attività venivano poste in essere sempre per superare le difficoltà frapposte dalla BUC a perfezionare il trasferimento sempre nella totale ignoranza degli impegni assunti dalla banca con la Procura elvetica). La Corte territoriale ha ommesso di rispondere, così come ha ommesso di considerare che l' esistenza del conto svizzero era stata indicato dallo stesso di Micciché in occasione degli interrogatori successivi al suo arresto. Tali indicazioni contenute nell' atto di appello rendevano fra l' altro evidente la decisività dell' audizione come testimone della Sig.ra Moscatelli;

- ai sensi dell' art. 606 comma 1 lett. b) c.p.p. in relazione all' art. 240 comma 1 c.p., ovvero, ai sensi dell' art. 606 comma 1 lett. e) per mancanza di motivazione sul punto relativo alla pericolosità sociale quale presupposto della confisca facoltativa, perché a fronte della specifica doglianza mossa sul punto con l' atto di appello, la sentenza impugnata ha giustificato la propria decisione al rilievo che il provvedimento ablatorio rappresentava "l' unico modo per dare concretezza ed effettività all' intervento repressivo sul comportamento fraudolento di entrambi gli imputati, impedendo loro anche di raggiungere lo scopo che si erano prefissi", in tal modo appellandosi ad una fantomatica funzione punitiva della confisca, piuttosto che a quella preventiva che agisce attraverso la prognosi di pericolosità, nulla dicendo invece (ed in tal modo omettendo di motivare) in ordine alla sussistenza del pericolo di reiterazione del reato da parte del ricorrente qualora il danaro fosse tornato nella sua disponibilità.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo di ricorso nell' interesse del ricorrente Micciché è infondato, perché le Sezioni Unite di questa Corte hanno stabilito, con sentenza del 29.10-1012.2009 n. 47008, che – ai fini dell' applicazione della disciplina transitoria di cui all' art. 10 legge n. 251 del 2005 in forza della quale, qualora i termini di prescrizione risultino più brevi rispetto ai termini previgenti – il processo deve considerarsi pendente in grado di appello subito dopo la pronuncia della sentenza di condanna di primo grado. Nel caso in esame la sentenza di primo grado è stata pronunciata in data 2 maggio 2005 e quindi il processo deve ritenersi pendente in appello in data anteriore all' entrata in vigore dei nuovi, e più favorevoli, termini di prescrizione. È opportuno rammentare che questa Sezione, con



ordinanza del 12 novembre 2009, aveva rimesso il ricorso alle Sezioni Unite di questa Corte sollecitando, fra l' altro, di rivalutare il canone interpretativo ora riportato al fine di adottare interpretazione "adeguatrice" al principio affermato dalla Corte costituzionale, secondo cui "al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme". Ma tale sollecitazione non ha trovato accoglimento, sicché il diritto "vivente" deve ritenersi essere quello già indicato: al momento dell' entrata in vigore della legge n. 251 del 2005 il procedimento era già pendente in appello.

2 Con il secondo motivo di ricorso, il medesimo ricorrente ha sollevato eccezione di legittimità costituzionale dell' art. 10 comma 3 della legge 251/ 2005 per contrasto con l' art. 117 della Costituzione.

2.1.La questione non è manifestamente infondata, sia pure con le precisazioni che seguono, rispetto alle deduzioni difensive.

Con la sentenza n. 393 del 2006 la Corte Costituzionale ha premesso che l' art. 2 quarto comma del codice penale deve essere interpretato, ed è stato costantemente interpretato dalla giurisprudenza sia del giudice delle leggi che di quello di legittimità, nel senso che la locuzione <<disposizioni più favorevole al reato>> si riferisce a tutte quelle norme che apportino modifiche *in melius* alla disciplina di una fattispecie criminosa, ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato, in coerenza con la sua natura sostanziale e con l' effetto che produce, perché <<il decorso del tempo non si limita ad estinguere l' azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, in quanto costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva>> (Cass. Sez. 1, 8 maggio 1998 n. 7442). Ha quindi precisato che "il regime giuridico riservato alla *lex mitior*, e segnatamente la sua retroattività , non riceve nell' ordinamento la tutela privilegiata di cui all' art. 25, secondo comma, della Costituzione, in quanto la garanzia costituzionale, prevista dalla citata disposizione, concerne soltanto il divieto di applicazione retroattiva della norma incriminatrice, nonché quella altrimenti più sfavorevole per il reo." Ne ha tratto la conclusione che "eventuali deroghe al principio di retroattività della *lex mitior*, ai sensi dell' art. 3 Cost., possono essere disposte dalla legge ordinaria quando ricorra una sufficiente ragione giustificativa" ed in questa ottica ha rammentato che il principio di retroattività della *lex mitior* è stato sancito sia a livello internazionale sia a livello comunitario. In primo luogo l' art. 15, primo comma, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso

*Qu*

esecutivo ~~con legge 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo~~ con legge 25 ottobre 1977 n. 881, il quale stabilisce che <<se, posteriormente alla commissione di un reato, la legge prevede l' applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne>>, "disposizione alla quale si collega la riserva dell' Italia nel senso dell' applicazione limitata ai procedimenti in corso, e non anche a quelli nei quali sia intervenuta una decisione definitiva".

Il ricorrente ha correttamente osservato che già questa norma di carattere internazionale, se parametrata non all' art. 3 Cost. ma all' art. 117 primo comma della Costituzione, rende non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria in esame, perché priva l' imputato, il cui processo sia già pendente in appello o in cassazione, dell' ottemperanza alla regola cogente, imposta dalla norma pattizia ("deve beneficiarne") per la quale la *lex mitior* deve essere di immediata applicazione, senza che le deroghe disposte dalla legge ordinaria possano essere giustificate per effetto del bilanciamento con interessi di analogo rilievo. Tale bilanciamento è stato operato dalla sentenza n. 393/2006 sol perché come parametro è stato assunto quello dell' art. 3 Cost.

Osserva il Collegio che successive pronunce della Corte Costituzionale, da ultimo la sentenza n. 93 dell' 8-12 marzo 2010, hanno affermato in maniera costante che "le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell' uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) – integrano, quali <<norme interposte>>, il parametro costituzionale espresso dall' art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli <<obblighi internazionali>> (sentenze n. 317 e n. 311 del 2009, n. 39 del 2008)". Ne consegue che "nel caso in cui si profili un eventuale contrasto tra una norma interna e una norma CEDU, il giudice nazionale comune, deve, quindi, preventivamente verificare la praticabilità di una interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica (sentenza n. 239 del 2009), e, ove tale soluzione risulti impercorribile (non potendo egli disapplicare la norma interna contrastante), deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento al parametro dianzi indicato".

La Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell' uomo, in seguito al ricorso n. 10249/2003 presentato da Scoppola Franco, con sentenza del 17 settembre 2009 ha imposto allo Stato italiano di porre fine alla violazione degli artt. 6 e 7 della Convenzione

*Da*

e di assicurare che la pena dell' ergastolo inflitta al ricorrente venisse sostituita con pena non superiore a quella della reclusione di anni trenta.

La CEDU è pervenuta alla citata decisione avendo affermato che l' art. 7 della Convenzione, che stabilisce il principio del divieto di applicazione retroattiva della legge penale, incorpora anche il corollario del diritto dell' accusato al trattamento più lieve.

In particolare, per quel che rileva nel presente procedimento, dopo aver rammentato le proprie precedenti pronunce sull' interpretazione dell' art. 7 della Convenzione (par 103), la Corte europea ha stabilito che la sopravvenienza di norme di carattere internazionale e di pronunce applicative e interpretative di esse imponeva un "approccio dinamico ed evolutivo nell' interpretazione dell' art. 7". Allo scopo richiamava (par. 104) l' art. 49 §1 della Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea (c.d. Carta di Nizza), la sentenza 3 maggio 2005 della Corte di giustizia delle Comunità europee (sentenza Berlusconi) e lo stesso art. 2 del cod. pen. italiano. Affermava in conseguenza il principio (par. 109) secondo il quale ".....l' art. 7 §1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività della legge penale più severa, ma anche, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa" per cui ".....se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all' imputato."

Risulta evidente il "nuovo" significato attribuito all' art. 7 della Convenzione, integrante <<norma interposta>>, in relazione al parametro costituzionale di cui all' art. 117 della Costituzione.

Il Giudice delle leggi con la citata sentenza n. 93 del 2010, richiamando le sue precedenti sentenze n. 311 del 2009, n. 349 e n. 348 del 2007, ha spiegato che la Corte Costituzionale, nel procedere allo scrutinio di sua competenza, "resta legittimata a verificare se la norma della Convenzione.....- norma che si colloca pur sempre ad un livello sub-costituzionale – si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato".

Lo scrutinio relativo è sottratto al giudice ordinario.

Né esso risulta effettuato con la già citata sentenza n. 393 del 2006, laddove il Giudice delle leggi ha osservato che "Il livello di rilevanza dell' interesse preservato dal principio di retroattività della *lex mitior* -.....- impone di ritenere che il valore da esso tutelato può essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo



(quali –a titolo esemplificativo – quelli dell’ efficienza del processo, della salvaguardia dei diritti dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell’ intera collettività nazionale connessi a valore di primario rilievo; cfr. sentenze n. 24 del 2004; n. 10 del 1997, n. 353 e n. 171 del 1996; n. 218 e n. 54 del 1993).”

Ciò non tanto perché il parametro di riferimento è stato l’ art. 3 Cost, quanto piuttosto perché gli elementi assunti come *tertium comparationis* sono costituiti da “interessi di analogo valore”, senza indicazione specifica di “conflitto” con altre norme della Costituzione (ipotesi che la Corte Costituzionale nelle ricordate sentenze definisce “eccezionale” e riserva alla sua competenza, di guisa che non sembra corretta una valutazione interpretativa, da parte del giudice ordinario, di motivazione non esplicita di altra sentenza della Corte Costituzionale).

2.2 La questione, oltre che non manifestamente infondata, è rilevante, sia perché il reato per cui si procede è punito nel massimo con la pena detentiva di sei anni di reclusione (sicché, secondo la regola dettata dal “nuovo” art. 157 cod.pen., la prescrizione massima, con l’ aumento di un quarto per il novellato art. 160 c. 3 cod. pen., è di sette anni e sei mesi, già decorsi) sia per le ragioni di seguito indicate.

3. Il terzo motivo del ricorso nell’ interesse di Micciché e il terzo motivo del ricorso di De Giovanni, che denunciano violazione degli artt. 518 e 522 c.p.p. (che, se accolti, comporterebbero la regressione del processo dinanzi al pubblico ministero e quindi l’ applicazione dei nuovi termini di prescrizione), sono infondati. Nel corso del dibattimento non è emerso un “fatto nuovo”. Come osservato dai giudici di merito il fatto, sotto il profilo storico, è rimasto immutato nella sua realtà fenomenica. Quel che è risultato diverso è stato solo l’ elemento intenzionale. L’ art. 518 c.p.p. disciplina infatti l’ ipotesi in cui nel corso del dibattimento emerga a carico dell’ imputato un “fatto nuovo non enunciato nel decreto che dispone il giudizio”. L’ art. 516 c.p.p. regola invece la difforme ipotesi del “fatto diverso da come è descritto nel decreto che dispone il giudizio” difformità emersa nel corso del dibattimento

Va ribadito che “la nozione di fatto <<diverso>>, adottato nella citata norma, deve essere intesa in senso materiale e naturalistico, con riferimento non solo al fatto storico che, pur integrando una diversa imputazione, resti invariato, ma anche al fatto che abbia connotati materiali parzialmente difformi da quelli descritti nel decreto che dispone il giudizio; mentre la locuzione <<fatto nuovo non enunciato nel decreto che dispone il giudizio>>,”



di cui al successivo art. 518, concerne un accadimento del tutto autonomo e difforme, per le modalità essenziali dell' azione e dell' evento, rispetto a quello originariamente contestato" (Cass. Sez. 1, 27.10-5.11.1997 n. 9958).

L' assunto secondo il quale si verserebbe in ipotesi di dolo specifico di offesa muove dal presupposto che la caratterizzazione dell' elemento volitivo sotto il profilo teleologico finisca con il ridondare nella definizione del "fatto", ma elude il dato essenziale e cioè che la precisazione della contestazione da parte del PM ha avuto ad oggetto non un fatto "nuovo" ma il medesimo fatto diversamente specificato in ottemperanza alla disciplina del codice di rito che regola distintamente le due diverse ipotesi rispettivamente agli artt. 516 e 518, assegnando un diverso livello di tutela.

4. Il motivo di ricorso nell' interesse di Micciché che denuncia inosservanza o erronea applicazione della legge penale in relazione all' art. 12-*quinqies* DL 306/92 e 49 c.p. e il primo motivo di ricorso nell' interesse di De Giovanni (che se accolti comporterebbero l' annullamento senza rinvio per insussistenza del fatto) sono anch' essi infondati.

Va ribadito che con l' art. 12-*quinqies* cit. " ...il legislatore intende sanzionare il comportamento oggettivamente e soggettivamente fraudolento di chi, versando in una posizione nella quale si profila concretamente l' applicazione a suo carico di misura di prevenzione patrimoniale, tenti di prevenire tali potenziali effetti pregiudizievoli, espungendo fittiziamente dal proprio patrimonio i beni stessi.

Non vi è d' altra parte alcuna compromissione del diritto di difesa sia dell' *intraneus* che degli *extranei* poiché.....gli oneri probatori sull' elemento oggettivo e soggettivo sono a carico del PM e sono distribuiti, secondo i criteri generali, gli oneri di contro-deduzione e allegazione a favore della difesa una volta che il PM abbia prospettato e raccolto le prove rilevanti.

Precisa ancora la Sez. 5<sup>a</sup> di questa Corte, con la sentenza del 25.9-29.10.2007 n. 39992, (che il Collegio condivide) che "l' 12-*quinqies*, comma 1, punisce una condotta qualificata negativamente e non neutra, qual è quella dell' intestare fittiziamente beni a terzi" in un momento nel quale, per l' esistenza di indagini per reati particolarmente gravi e dettagliatamente individuabili quali presupposti per l' applicazione di misure di prevenzione personale, "il legislatore vieta che siano posti in essere atti di disposizione patrimoniale volti proprio a vanificare gli effetti eventuali di quelle procedure.....Si può essere sottoposti a processo per reati di mafia o anche solo alle relative indagini; si può essere addirittura assolti in seguito da tali reati; ci si può trovare sottoposti a



procedimento per l' applicazione di misure di prevenzione patrimoniale o in una situazione che lo lasci soltanto prevedere (rv. 227969): quel che il legislatore intende sanzionare non è una condotta in sé lecita ma qualificata negativamente da tale transeunte situazione soggettiva; viceversa intende sanzionare il comportamento oggettivamente e soggettivamente fraudolento di chi, versando in una posizione nella quale si profila concretamente l' applicazione a suo carico di misura di prevenzione patrimoniale, tenta di prevenire tali potenziali effetti pregiudizievoli espungendo fittiziamente dal proprio patrimonio i beni stessi. Non si ravvisa nemmeno il lamentato *deficit* di tassatività della norma perché essa punisce una condotta ben definita che è quella dell' interposizione fittizia o trasferimento fraudolento di beni, assistiti dal dolo specifico, il quale consiste nella consapevolezza e volontà, da dimostrare a carico di tutti i soggetti chiamati a rispondere del trasferimento fraudolento, che tale condotta sia volta ad eludere gli effetti della procedura per l' applicazione di misura di prevenzione patrimoniale: il tutto, come sottolineato anche dalla Sezioni Unite di questa Corte, con riferimento al momento in cui viene realizzata l' attribuzione fittizia trattandosi di reato istantaneo (Cass. SU n 8 del 2001, Ferrarese)"

La sentenza ora citata prosegue con il rammentare la giurisprudenza formatasi, che prescinde dalla pendenza del procedimento di prevenzione essendo sufficiente in capo al soggetto agente la possibilità di prevedere l' inizio prossimo del proc. di prevenzione (rv 214094) anche nel caso di pendenza di proc. penale per concorso esterno (rv. 208005).

Tale essendo la natura del reato (di pericolo) in esame, di nessun rilievo sono le critiche mosse dal ricorrente De Giovanni, perché non viene il gioco la sproporzione delle somme depositate nel conto corrente in relazione ai redditi dell' imputato, sproporzione che rileva ai diversi fini disciplinati dal successivo art. 12-*sexies*.

5. I ricorsi sono fondati nella parte in cui denunciano violazione dell' art.519 c.p.p.

Va invero confermato che in tema di nuove contestazioni, poiché alla contestazione suppletiva che modifica l' imputazione originaria consegue un ampliamento del *thema probandum*, è necessario che a ciascuna parte sia garantito il pieno esercizio del diritto alla prova rispetto ai nuovi fatti emersi nel processo; ne consegue che, se nel dibattimento viene contestato un fatto diverso a quello originariamente contestato, secondo quanto consentito dall' art. 516 c.p.p., alla parte va riconosciuto il diritto alla prova nella medesima estensione stabilita per la fase degli atti preliminari al dibattimento e l' ammissione delle prove medesime può essere negata solo se esse siano vietate dalla



legge o manifestamente superflue o irrilevanti (cfr. Cass. Sez. 6, 5.6-12.7.2000 n. 8131). L' art. 519 c.p.p. è stato infatti dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui, nei casi previsti dall' art. 516 del c.p.p., non consente al pubblico ministero e alle parti private diverse dall' imputato di chiedere l' ammissione di nuove prove e, anche nei confronti dell' imputato relativamente all' inciso <<a norma dell' art. 507>>(Corte Cost. 3 giugno 1992 n. 241), sull' esplicito presupposto dell' evidenza dell' irragionevolezza e della lesione del diritto di difesa che "di fronte a nuove contestazioni –rispetto alle quali un onere di preventiva indicazione di prove è da escludere per definizione – il diritto alla prova delle parti possa incontrare limiti diversi e più penetranti di quelli vigenti in via generale per i <<nova>>".

Le giustificazioni addotte dai giudici di merito per negare agli imputati di introdurre prove testimoniali finalizzate alla prova dell' insussistenza dell' intenzione di eludere misure di prevenzione di natura patrimoniale si sono spinte in una valutazione preventiva di idoneità delle prove indicate e quindi di non necessità delle stesse, non consentita alla luce della disposizione di cui all' art. 495 c.p.p., tanto più con riferimento alla revoca delle prove già ammesse, dove il limite è quello della superfluità.

Va invero ribadito che il diritto alla prova contraria –garantito all' imputato dall' art. 495 comma secondo cod.proc.pen., in conformità all' art. 6 §3 lett. d) della Convenzione europea dei diritti dell' uomo e del patto internazionale sui diritti civili e politici, e attualmente anche dall' art. 111 Cost. – può essere, con adeguata motivazione, denegato dal giudice solo quando le prove richieste sono manifestamente superflue o irrilevanti. Ne deriva che il giudice di appello, cui sia dedotta la violazione dell' art. 495 comma secondo cod.proc.pen. deve decidere sull' ammissibilità della prova secondo i parametri rigorosi previsti dall' art. 190 cod.proc.pen. (per il quale le prove sono ammesse a richiesta di parte), mentre non può avvalersi dei poteri discrezionali riconosciutigli dall' art. 603 cod. proc. pen. in ordine alla valutazione di ammissibilità delle prove non sopravvenute al giudizio di primo grado (Cass. Sez. 5, 9-15.6.2004). Nel caso in esame l' assunto secondo il quale l' audizione dei testimoni indicati dalla difesa non avrebbe potuto comunque modificare il quadro probatorio già acquisito, si è risolto in una scelta ingiustificatamente lesiva del diritto alla prova garantito a livello sia costituzionale sia dei diritti riconosciuti a livello internazionale.

La questione così risolta assorbe quelle residue, quindi anche quelle relative al denunciato difetto di motivazione in ordine alla sussistenza dell' elemento soggettivo in capo ai ricorrenti (perché per la delibazione sul punto sarebbe necessario completare l'



assunzione delle prove indicate dalla difesa) nonché quelle attinenti alla mancata considerazione di prove asseritamente a favore e travisate e/o trascurate, perché solo a seguito dell' assunzione delle nuove prove il giudice del rinvio potrebbe procedere ad una rivalutazione complessiva del quadro probatorio acquisito.

Tale soluzione imporrebbe l' annullamento con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Palermo, ma la rilevata non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell' art. 10 della legge n. 251 del 2005 si pone come pregiudiziale. È evidente che, ove dovesse dichiararsi l' estinzione per prescrizione del reato ascritto, sarebbe del tutto inutile procedere all' assunzione delle prove indicate dalla difesa, in omaggio alla regola dettata dall' art. 129 c.p.p.

Per l' effetto va dichiarata rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell' art. 10 comma 3 legge n. 251 del 2005 nella parte in cui esclude l' applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, per "i processi già pendenti in grado di appello o aventi alla corte di cassazione", in relazione all' art. 117 della Costituzione e all' art. 7 della CEDU come interpretato dalla Commissione Europea dei diritti dell' uomo.

P.Q.M.

Dichiara non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell' art. 10 della legge 5 dicembre 2005 n. 251 in relazione all' art. 117 della Costituzione e sospende il giudizio in corso; ordina che a cura della Cancelleria la presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei ministri e che sia comunicata ai Presidenti delle sue Camere del Parlamento.

**Roma 27 maggio 2010**

Il Consigliere Est.

Il Presidente

