

il Giudice,
a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 9 luglio scorso sulle eccezioni formulate dalle Difese ed in parte illustrare nelle memorie depositate;

visti gli atti e sentite le parti;

OSSERVA

1) I difensori degli imputati Gabetti, Grande Stevens e Marrone hanno espressamente richiesto di espungere o, comunque, cancellare dalla dichiarazione di costituzione di parte civile presentata dalla Consob l'esposizione dei fatti, le argomentazioni e le valutazioni svolte dal difensore di tale organo di controllo nelle pagine da 20 a 45 del predetto atto, in quanto risulterebbero contenere riferimenti fattuali e considerazioni non collegate alle imputazioni oggetto del presente procedimento, non pertinenti alla fase di introduzione dell'udienza preliminare e non richieste né consentite ai fini della costituzione di parte civile.

In altri, termini, dunque, i Difensori lamentano, con il primo motivo di eccezione, che l'atto di costituzione di parte civile della Consob sia viziato in eccesso, adducendo il predetto atto circostanze di fatto non attinenti alle vicende dell'imputazione e sviluppando nel suo contenuto argomentazioni non necessarie ai fini della indicazione della causa petendi.

Orbene, tale eccezione deve essere respinta, reputando il Giudice che l'esame della predetta dichiarazione di costituzione (esame limitato alla verifica circa il rispetto dei rigorosi requisiti di formalità richiesti ex art. 76 e ss. c.p.p., e non anche esteso, ovviamente, alla valutazione della fondatezza della pretesa stessa fatta valere, riservata semmai alla fase di merito), nonché la specifica disciplina che regola l'esercizio dell'azione civile nel processo penale, così come la lettura e l'interpretazione sistematica delle norme che disciplinano le diverse fasi del procedimento penale, non legittimino l'accoglimento della richiesta avanzata dai difensori.

Debbono, anzitutto, prospettarsi seri dubbi in ordine alla stessa ammissibilità della richiesta difensiva così formulata, in assenza di qualsivoglia riferimento normativo che attribuisca al Giudice il potere di espungere - o anche solo di disporre la cancellazione - dagli scritti presentati al vaglio dell'organo giurisdizionale dal difensore di uno dei soggetti processuali, di considerazioni e valutazioni asseritamente non pertinenti ai fatti di causa o, comunque, non attinenti alla specifica fase processuale in corso di svolgimento: al più, dunque, di tali circostanze, prospettazioni e valutazioni il giudicante potrà semplicemente non tenere conto ai fini delle decisioni adottande.

Ciò premesso, deve osservarsi che se è vero come (secondo il costante orientamento della Corte di Cassazione) sia certamente sufficiente, al fine di ritenere integrato il requisito previsto dall'art. 78, lett. d), c.p.p., che con

l'esposizione delle ragioni che giustificano la domanda si individui semplicemente la pretesa fatta valere in giudizio, è altrettanto vero (tenuto conto dell'ampiezza della locuzione utilizzata dal legislatore al fine di soddisfare il predetto requisito) come non possa in alcun modo ritenersi viziato (o anche solo irrituale) l'impegno argomentativo profuso dal difensore di una costituenda parte civile che - in termini che, peraltro, si possono ipotizzare come neppure esaustivi - abbia inteso anche enucleare e spiegare quelle ragioni che, oltre a giustificare la scelta di esercitare l'azione civile nel processo penale, sarebbero anche atte a determinare l'accoglimento della relativa domanda: ciò, a ben vedere, è quanto ha inteso fare la costituenda parte civile Consob che, dopo una esaustiva quanto analitica panoramica del quadro normativo e delle disposizioni legislative di riferimento - finalizzata a chiarire i fini istituzionali della predetta Autorità e, dunque, la complessa ed articolata funzione di tutela degli interessi del pubblico risparmio nel settore del mercato finanziario a cui è demandata - si è poi determinata a svolgere un'ampia ed approfondita ricostruzione dei fatti (secondo una prospettazione che ben può e deve, a priori, definirsi "parziale", come è ovvio che sia, provenendo da una parte del procedimento): ricostruzione dei fatti che, pur prendendo spunto dalle vicende descritte nel capo d'imputazione in contestazione (ove si fa certamente riferimento al contratto di equità swap concluso da Exor Group S.A. con Merrill Lynch International, così come agli sviluppi della clausola del "convertendo" circa la conversione in azioni del debito precedentemente contratto da Fiat S.p.A. con alcune banche), non si è, tuttavia, limitata alla mera riproposizione delle vicende ivi descritte, avendole invece illustrate e sviluppate, allo scopo di individuare il rapporto tra il bene giuridico proprio della fattispecie criminosa contestata - e che si reputa violata - ed il complesso dei poteri di vigilanza e di controllo attribuiti alla medesima Consob (in particolare, con riguardo alla specifica materia dell'informazione al pubblico ed al mercato finanziario), così da individuare il necessario collegamento tra fatto-reato e danno lamentato.

D'altronde, l'argomentazione secondo la quale dovrebbe escludersi in radice la possibilità per la costituenda parte civile di introdurre elementi, giudizi e valutazioni che - in quanto ultronee rispetto all'indicazione della causa petendi - non sarebbero consentite nella specifica fase processuale che ci occupa (destinata semplicemente alla verifica della regolare costituzione delle parti), non sembra neppure armonizzarsi con la lettura sistematica di altre norme che disciplinano poteri e facoltà di alcuni soggetti processuali nelle diverse fasi del procedimento penale, in rapporto peraltro con quanto specificatamente disposto dall'art. 187 undecies del T.U.F. che riconosce alla Consob, nei procedimenti per i reati previsti dagli artt. 184 e 185 del predetto testo normativo, la possibilità di esercitare i diritti e le facoltà attribuite dal codice di procedura penale agli enti e alle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato: diritti e facoltà tra le quali vi è indubbiamente quella,

ai sensi del combinato disposto degli artt. 90 e 91 c.p.p., di presentare memorie in ogni stato e grado del procedimento (e, addirittura, indicare elementi di prova, in tal caso con esclusione del giudizio di cassazione).

Cosicché parrebbe oltremodo singolare vietare alla Consob (e, quindi, a qualsivoglia p.o.), con la dichiarazione di costituzione di parte civile formalizzata in udienza preliminare, ciò che la medesima Autorità di vigilanza ed altri soggetti processuali potrebbero egualmente e ritualmente proporre all'attenzione del giudice, in ogni stato e grado del procedimento con il deposito di memorie ex artt. 90, 91 e 121 c.p.p.: tanto più che, a ben vedere, i fatti e le valutazioni contenute nel predetto atto di costituzione, si sono tradotti in una esposizione di elementi già presenti negli atti del procedimento e che (unitamente ad altre risultanze) hanno determinato la pubblica accusa (cui detta funzione è demandata) all'esercizio dell'azione penale.

2) Con le argomentazioni addotte a sostegno dell'eccezione relativa alla regolarità formale della dichiarazione di costituzione di parte civile di Marco Geremia Carlo Bava, i difensori degli imputati si dolgono della insufficiente specificazione, in tema di illustrazione della causa petendi, del rapporto tra fatto-reato e danno lamentato e, quindi, delle ragioni che determinerebbero l'esercizio dell'azione civile nel processo penale, riguardando per di più le contestazioni oggetto del presente procedimento reati di pericolo.

Al riguardo, deve tuttavia osservarsi come il contenuto della predetta dichiarazione di costituzione non si sia limitato alla mera allegazione dell'avvenuta commissione di un reato ovvero al mero richiamo al fatto descritto nel capo d'imputazione (ciò che sarebbe stato, comunque, sufficiente per ritenere integrato il requisito della specificazione della causa petendi, nelle ipotesi di rapporto diretto ed immediato tra fatto contestato e pretesa azionata), ma abbia altresì spiegato, seppur in termini generici e sintetici, le ragioni in forza delle quali la costituenda parte civile prospetta che dalle fattispecie di reato contestate agli imputati siano scaturite conseguenze pregiudizievoli nella sua sfera giuridica, caratterizzata dal rivestire il richiedente la specifica qualità di azionista sia di IFIL Investments S.p.A. che di FIAT S.p.A.: conseguenze pregiudizievoli, in tema di compravendita delle azioni, legate alla mancata corretta informazione circa la prospettata esistenza di operazioni di mercato sul titolo Fiat, che verrebbero a coincidere con la stessa lesione del bene giuridico protetto dal delitto di manipolazione del mercato (ovvero quello, appunto, della trasparenza dell'informativa resa al mercato mobiliare).

In definitiva, si ritiene che l'atto di costituzione del Bava soddisfi i requisiti di cui all'art. 78 c.p.p., contenendo tutti gli elementi necessari - in quanto previsti a pena d'inammissibilità - compreso quello dell'esposizione delle ragioni che giustificano la domanda.

3) Ciò detto quanto al profilo della regolarità formale della predetta dichiarazione di costituzione, si pone il problema, sollevato dal difensore delle persone giuridiche IFIL Investments S.p.A. e GIOVANNI AGNELLI & C. S.a.p.az. - chiamate a rispondere dell'illecito di cui agli artt. 5, 25 sexies D.Lgs. 231/2001 (in quanto responsabili del reato commesso dagli imputati) - di verificare l'ammissibilità e legittimità della costituzione di parte civile nei confronti di ente chiamato a rispondere quale responsabile amministrativo ai sensi del predetto decreto, posto che la parte privata BAVA ha chiesto di costituirsi in giudizio per esercitare nel presente procedimento l'azione civile volta ad ottenere anche il risarcimento del danno asseritamente cagionato dalla ipotizzata commissione da parte degli enti delle condotte loro ascritte.

È noto come con il D. Lgs. n. 231/2001 il legislatore abbia introdotto un nuovo modello di responsabilità delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni prive di personalità, per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: dunque, una nuova categoria di illecito che, seppur definito come amministrativo dal legislatore, presenta caratteristiche indubbiamente peculiari, sia perché il relativo accertamento deve avvenire, per espressa previsione legislativa, con le garanzie del processo penale; sia perché detto illecito amministrativo dipendente da reato presuppone l'esistenza oggettiva di un fatto-reato, trovando fondamento nella commissione - nel suo interesse o a suo vantaggio - di determinati reati da parte di soggetti che dell'ente rivestono la qualità di organo o che ne ricoprono funzioni apicali, in diritto o anche in fatto (ovvero che risultano sottoposte alla direzione e vigilanza degli organi della società): un modello di responsabilità, dunque, secondo il quale l'ente non risponde del reato commesso dalle persone fisiche, quanto di un autonomo illecito amministrativo riconducibile ad una propria carenza organizzativa, che ha finito per rendere, appunto, possibile la consumazione del reato nel suo interesse o a suo vantaggio.

Premesse queste considerazioni, non vi è dubbio che la eventuale commissione di un illecito ai sensi del predetto decreto costituisce, almeno in astratto, fattispecie produttiva anche di illecito extracontrattuale di cui l'ente, se del caso, deve rispondere in sede civile per responsabilità diretta, sulla base della regola del *neminem ledere* cristallizzata nell'art. 2043 c.c. che, nella disciplina in esso prevista, costituisce criterio generale di imputazione del fatto illecito.

In altri termini, viene a configurarsi sulla base di tale normativa una responsabilità diretta dell'ente giuridico che va ad aggiungersi all'ipotesi di responsabilità indiretta, tradizionalmente ancorata al disposto di cui all'art. 2049 c.c.; con la conseguenza che deve reputarsi senz'altro possibile, per chi si ritenga danneggiato dalla condotta dell'ente cui è applicabile il citato D.Lgs. n. 231/2001, adire direttamente il giudice civile e, dimostrata incidentalmente la sussistenza sia del reato-presupposto che dell'illecito amministrativo contestabile all'ente, ottenere il risarcimento dei danni subiti,

previa naturalmente la doverosa prova circa il nesso di causalità ed il “quantum”, alla stregua delle regole di diritto civile.

In tale contesto, allora, occorre verificare se sia consentito, sulla base della normativa introdotta, trasporre tale azione nel processo penale in cui, appunto, viene contestato all’ente l’illecito amministrativo da reato; occorre, cioè, valutare se le specifiche disposizioni del codice di procedura penale che disciplinano la parte civile e la sua costituzione, siano suscettibili di trovare applicazione anche nel procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato, tenuto conto della clausola di applicabilità (prevista dagli artt. 34 e 35 del decreto) delle disposizioni del codice di procedura penale e di quelle processuali relative all’imputato, solo in quanto compatibili.

Deve anzitutto osservarsi che la disciplina della responsabilità dell’ente, pur qualificata come “amministrativa” dal legislatore, contiene numerosi elementi di matrice penalistica, con diretta e specifica applicazione di istituti fondamentali di diritto sostanziale (e anche processuale) propri dell’illecito penale:

- in primo luogo, l’Autorità Giudiziaria competente ad istruire le indagini preliminari e ad esercitare l’azione penale nei confronti dell’ente è il P.M., mentre al giudice penale è attribuita la cognizione di tale categoria di illecito, con il potere di applicare le relative sanzioni;
- le sanzioni (pecuniarie ed interdittive) vengono applicate con un provvedimento giurisdizionale emesso al termine e con le garanzie del procedimento penale;
- le finalità delle sanzioni comminate hanno natura essenzialmente preventiva;
- alcuni dei principi cardini del diritto penale sostanziale, quali il principio di legalità e quello che regola l’efficacia delle leggi nel tempo e nello spazio, trovano diretta applicazione;
- la responsabilità dell’ente presenta indubbi carattere di autonomia, posto che la stessa persiste anche laddove l’autore del reato non sia identificabile o non sia imputabile, ovvero quando il reato si estingue per causa diversa dall’amnistia;
- infine, i criteri di imputazione sul piano soggettivo sono legati e commisurati ad un atteggiamento colpevole dell’ente. Il legislatore ha, infatti, delineato una responsabilità “da organizzazione”, che insorge in presenza di un nesso oggettivo e soggettivo di imputazione del fatto criminoso.

Ciononostante, è un dato di fatto che lo stesso legislatore si sia ben guardato dal qualificare tale categoria di fatto-illecito quale illecito penale (atteso lo sbarramento costituzionale costituito dal principio della personalità della responsabilità penale).

Allo stesso modo, costituisce dato di fatto inconfutabile che il dettato normativo del d.lgs. 231/2001, pur richiamando e disciplinando molteplici istituti paralleli, oltre che a quelli penali, a quelli processuali (si pensi, ad

esempio, al sistema cautelare, alla prescrizione, alla contumacia, alle fasi delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, ai riti speciali), non contenga alcun richiamo alla figura della parte civile né contempla espressamente ovvero implicitamente la possibilità di costituzione di parte civile nei confronti dell'ente nell'ambito del procedimento per l'accertamento e l'applicazione delle sanzioni ivi previste. E ciò, nonostante il legislatore avesse tenuto ben presente che tale illecito avrebbe potuto cagionare un danno, quantomeno di natura patrimoniale, nella sfera giuridica di terzi, tant'è che ha previsto: la non applicazione delle sanzioni interdittive nelle ipotesi in cui l'ente abbia, tra altro, provveduto al risarcimento integrale del danno ed all'eliminazione delle conseguenze dannose; la possibilità di riduzione della sanzione pecuniaria nelle ipotesi in cui il danno patrimoniale cagionato sia di particolare tenuità; la possibilità di evitare la confisca del prezzo o del profitto del reato, per la parte di essi che può essere restituita al danneggiato.

Anzi, appare oltre modo significativo che specifiche disposizioni normative, che nella legge processuale penale menzionano la parte civile o, comunque, ad essa fanno riferimento, sono ribadite nel decreto in questione senza alcuna indicazione a quest'ultimo soggetto processuale. In particolare:

- l'art. 27 comma 1 limita la responsabilità patrimoniale dell'ente - che risponde con il suo patrimonio o con il fondo comune - alla sola obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria, senza alcun riferimento al danno risarcibile;
- l'art. 33, trattando l'ipotesi di cessione dell'azienda nell'ambito della cui attività è stato commesso il reato, prevede che il cessionario sia solidalmente obbligato al pagamento della sanzione pecuniaria, senza nulla aggiungere quanto alla sorte delle obbligazioni civili;
- l'art. 59 prevede che la contestazione da parte del P.M. all'ente dell'illecito amministrativo dipendente da reato venga effettuata in via ordinaria mediante la richiesta di rinvio a giudizio. Detta contestazione deve contenere gli elementi identificativi dell'ente, l'enunciazione in forma chiara e precisa del "fatto" che può comportare l'applicazione delle sanzioni amministrative, l'indicazione del "reato" da cui l'illecito dipende e dei relativi articoli di legge e delle fonti di prova, senza che vi sia alcuna indicazione circa la persona offesa (indicazione, invece, prevista, dal corrispondente art. 417 c.p.p.).
- l'art. 61 comma 2, nel prevedere ciò che deve contenere, a pena di nullità, il decreto che dispone il giudizio nei confronti dell'ente, non contiene alcun riferimento alla indicazione di parti differenti dall'ente (mentre il corrispondente art. 429 comma primo lettera a) del c.p.p. stabilisce che, oltre alle generalità dell'imputato, il decreto deve anche indicare quelle delle altre parti private e, quindi, della parte civile);
- l'art. 69, nel disciplinare la sentenza di condanna pronunciata a carico dell'ente, stabilisce che, in tal caso, il Giudice applica all'ente le sanzioni

(pecuniarie ed interdittive) previste nel presente decreto, condannandolo al pagamento delle spese processuali, senza alcun riferimento al risarcimento del danno in tema di decisione sulle questioni civili (come, invece, previsto, dagli artt. 538 e segg. c.p.p.).

Senza contare, peraltro, che il decreto 231/2001 intitola la Sezione II del Capo III “Soggetti, giurisdizione e competenza”, senza però alcuna menzione della parte civile, a differenza di quanto avviene nel libro I del c.p.p. (parimenti dedicato ai soggetti del procedimento) in cui è compiutamente disciplinata la detta parte.

Tuttavia, seppur l’omessa previsione di qualsivoglia riferimento alla figura della parte civile ed alla conseguente possibilità di costituzione nei confronti dell’ente giuridico non può non considerarsi oltre modo significativa, è chiaro come non potrebbe ancora affermarsi, per ciò solo, la non compatibilità delle disposizioni contenute nel decreto 231/2001 con le norme del codice di procedura penale in tema di costituzione di parte civile (artt. 74 e ss.), richiamate appunto dall’art. 34, potendo ciò spiegarsi con una scelta consapevole del legislatore di non fare riferimenti ad un soggetto processuale la cui partecipazione al procedimento è meramente eventuale.

Senonchè, indicazioni specifiche e di indubbio peso ermeneutico circa la volontà del legislatore di non contemplare, per scelta, la figura della parte civile nell’ambito del procedimento disciplinato ex D.lgs. 231/2001 a carico dell’ente giuridico, si traggono dall’analisi dell’art. 54 del decreto che prevede che il sequestro conservativo possa essere richiesto esclusivamente dal P.M. in relazione alla dispersione delle garanzie per il pagamento della sanzione pecuniaria.

Si tratta di una norma che ricalca solo in parte la disciplina dell’art. 316 c.p.p. laddove, invece, tale disposizione processuale consente analoga richiesta anche alla parte civile in relazione alle obbligazioni civili derivanti da reato.

Orbene, che l’art. 54 non faccia alcun riferimento alla parte civile e non preveda alcun potere in capo a tale soggetto processuale di richiedere il sequestro conservativo appare estremamente significativo, posto che si tratta di istituto di rilevante importanza per garantire il soddisfacimento della pretesa civilistica prospettata da detta parte.

Peraltro, la circostanza che il legislatore abbia riscritto la disciplina del predetto istituto, ricalcando in modo quasi pedissequo il contenuto del primo comma dell’art. 316 c.p.p. non può indurre a pensare che l’omesso riferimento alla figura della parte civile possa essere considerata una mera dimenticanza del legislatore: si tratta, invero, di una precisa ed inequivocabile scelta legislativa nel senso di non prevedere nel procedimento in questione la presenza di tale soggetto processuale.

La correttezza di tale conclusione, peraltro, è confermata dal fatto che l’art. 54, nel richiamare espressamente la disciplina del sequestro conservativo regolato dal codice di procedura penale, ha limitato il suddetto richiamo esclusivamente al quarto comma dell’art. 316 c.p.p., omettendo invece il

richiamo al comma secondo (ossia quello che consente la richiesta anche alla parte civile) ed al comma terzo (che stabilisce che il sequestro richiesto dal P.M. giova anche alla parte civile); dunque, non si tratta semplicemente di norma che omette di prevedere un potere in capo ad una parte processuale che, comunque, potrebbe essere presente nel procedimento contro l'ente, ma di norma che segnala inequivocabilmente che detta parte non può, in tale sede, agire civilmente nei confronti dell'ente imputato dell'illecito amministrativo, non spiegandosi altrimenti per quale ragione il legislatore abbia inteso riscrivere la disciplina dell'istituto in oggetto.

Né una tale contraria indicazione in ordine alla ammissibilità della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente giuridico, fornita appunto dallo stesso legislatore, potrebbe essere superata con una applicazione estensiva - operata sul presupposto che uno degli elementi costitutivi dell'illecito dell'ente è, pur sempre, un fatto costituente oggettivamente reato - della generale disciplina riguardante la parte civile, laddove l'art. 74 c.p.p. consente di ospitare l'azione civile nel processo penale - da esercitare nei confronti dell'imputato e del responsabile civile - soltanto per il danno da reato ex art. 185 c.p.: una tale applicazione estensiva è resa ardua dal fatto che sia l'art. 185 c.p. - norma fondamentale in punto risarcibilità in sede penale dei danni conseguenti alla commissione di un reato - sia l'art. 74 c.p.p. sono costruiti, appunto, sulla nozione di "reato", che è cosa diversa dall'illecito amministrativo, posto che la responsabilità dell'ente che da tale illecito consegue non è assimilabile, concettualmente e giuridicamente, alla responsabilità penale.

Ciò, peraltro, è confermato ancora una volta dal dato letterale del decreto 231/2001, laddove l'art. 59 secondo comma prospetta la netta distinzione tra il fatto-non reato, da cui deriva la responsabilità dell'ente, ed il comportamento-reato addebitabile alla persona fisica/imputata. D'altronde, neppure è dato intravedere un qualche automatismo tra la commissione di un reato e la sussistenza dell'illecito di cui l'ente è chiamato a rispondere, ulteriori e diversi essendo - per quest'ultimo - i presupposti oggetto di necessario accertamento, quali ad esempio, la sussistenza dell'interesse o del vantaggio derivante all'ente, il ruolo ricoperto dai soggetti che hanno agito in nome e per conto dell'ente, la verifica che l'autore del reato non abbia agito nell'interesse proprio o di terzi, profili tutti per i quali la giurisprudenza della Corte Suprema richiede apposita ed esplicita motivazione, distinta ed ulteriore rispetto a quella relativa all'accertamento del reato commesso.

In conclusione, si ritiene che nel procedimento nei confronti di ente giuridico imputato dell'illecito amministrativo la costituzione di parte civile non sia ammissibile.

P.Q.M.

In accoglimento dell'eccezione sollevata dalla Difesa delle persone giuridiche IFIL Investments S.p.A. e GIOVANNI AGNELLI & C. S.a.p.az.

dichiara l'inammissibilità della costituzione di parte civile di Marco Geremia Carlo Bava nei confronti dei responsabili amministrativi ex d.lgs. 231/01.

Rigetta le ulteriori eccezioni e richieste e, per l'effetto, ammette la costituzione di parte civile del Bava nei confronti degli altri imputati, nonché quella della Consob.

Dispone procedersi oltre nell'udienza.

Depositato in udienza il 24 luglio 2008

Il Giudice

Dr. Francesco Moroni