

La valutazione di sospetti, indizi e notizie di reato nel passaggio (incerto) dalle attività ispettive alle funzioni di polizia giudiziaria

The Evaluation of Suspects, Clues and notitiae criminis in the (Uncertain) Transition from Administrative Inquiries to Police Investigations

PIETRO SORBELLO

Dottorando di ricerca in Istituzioni e mercati, diritti e tutele presso l'Università di Bologna

PROCESSO EQUO, DIRITTO DELLE PROVE, CIRCOLAZIONE DELLE PROVE OTTENUTE IN PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI

FAIR TRIAL, LAW ON EVIDENCE, CIRCULATION OF THE EVIDENCE OBTAINED THROUGH ADMINISTRATIVE INSPECTIONS

ABSTRACT

Il principio di legalità non è rivolto soltanto al diritto penale, ma guarda anche al processo ed attraverso il rispetto delle regole del procedimento probatorio intende assicurarne la giustizia. Se la circolazione degli elementi di prova acquisiti nell'esercizio dei poteri istruttori costituisce un limite ai principi di oralità e del contraddittorio, l'art. 220 disp. att. c.p.p. pone un controlimite all'utilizzabilità delle risultanze acquisite in sede amministrativa dal momento in cui emergono indizi di reato. Tra le diverse funzioni esercitate, l'art. 220 disp. att. garantisce, a livello di legislazione ordinaria, alcuni diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti e costituzionalmente tutelati, in particolare, dall'art. 111 della Costituzione a norma del quale "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge".

The principle of legality not only affects criminal law, but it also aims to ensure a fair trial through compliance with the rules of evidence. The circulation of the evidence obtained during an administrative inquiry limits the principles of orality and equality of arms. Nevertheless, under the Article 220 of the implementing rules to the Criminal Procedure Code, these elements cannot be used to form the basis of a decision if they are collected when there are already grounds for suspicion. Among its functions, the above-mentioned Article 220 guarantees at the level of national law some of the fundamental rights that are internationally recognized and constitutionally protected, especially by the Article 111 of the Italian Constitution, which provides that "the jurisdiction is implemented through a fair trial regulated by the law".

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Il principio di legalità e l’interazione tra diritto penale e processo. – 3. Poteri istruttori in materia tributaria, diritti fondamentali ed applicabilità della Convenzione EDU. – 4. Le attività a finalità mista e le funzioni dell’art. 220 disp. att. c.p.p. – 4.1. Raccordo tra legislazione speciale e codice di procedura penale. – 4.2. Regola di graduazione comportamentale tra sospetti ed indizi di reato. – 4.3. Norma di garanzia: l’inutilizzabilità come applicazione della legalità probatoria. – 5. La notizia di reato quale collegamento tra diritto penale e processo.

1. Premessa.

Nel considerare la nozione di illecito l’immediata associazione d’idee sulla relativa declinazione è probabilmente influenzata dalla formazione e dalle esperienze individuali. Uno studioso del diritto civile potrà quindi specificarlo in termini “contrattuale” o “aquiliano” in vista di un’azione di risarcimento per il conseguente danno. Un penalista penserà invece al reato e tra gli attori nel procedimento penale, secondo le rispettive funzioni, alcuni saranno chiamati a svolgere indagini ed a raccogliere elementi sulla responsabilità dell’autore del fatto; altri, attraverso la prova, sosterranno in giudizio l’accusa a suo carico o ne assumeranno la difesa; vi è chi, infine, valutate le prove legittimamente acquisite, potrà condannare soltanto “se l’imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio”.

Sebbene la nozione di illecito sia stata tradizionalmente descritta in termini ora di contrarietà tra fatto e diritto¹, ora di conformità del primo al secondo², queste relazioni acquistano significato soltanto in rapporto alle sanzioni comminate dall’ordinamento³, nominalmente distinte in civili, amministrative o penali. Senza spingersi nell’individuare le differenze strutturali nelle situazioni giuridiche conseguenti alla commissione dell’illecito si vuole qui soltanto citare la categoria dell’“illecito di diritto pubblico” che accoglie le violazioni sanzionate in via tanto amministrativa quanto penale riguardo alle quali, a ragione della rilevanza pubblicistica degli interessi tutelati⁴, l’ordinamento attribuisce agli organi competenti poteri c.d. istruttori.

Le successive riflessioni saranno rivolte all’esercizio dei poteri istruttori di natura amministrativa, in particolare al momento che costituisce lo spartiacque tra questi e le funzioni di polizia giudiziaria e che l’art. 220 disp. att. c.p.p. fissa nell’emergere degli indizi di reato. Da questo momento la prescritta osservanza delle disposizioni del codice di rito è finalizzata ad “assicurare le fonti di prova e raccogliere quant’altro possa servire per l’applicazione della legge penale”. Saranno quindi descritte le diverse funzioni affidate all’art. 220 disp. att. e spiegate le ragioni per le quali, rappresentando il primo contatto tra il diritto e la procedura penale, la sua osservanza esprima non già una strumentalità del procedimento all’applicazione della legge penale quanto una pariteticità informata al rispetto di una duplice legalità.

2. Il principio di legalità e l’interazione tra diritto penale e processo.

Riconoscere al principio di legalità un’origine penalistica sarebbe riduttivo perché la sua matrice ha natura politica e scaturisce dall’esigenza di subordinare alla legge l’esercizio di ogni potere dello Stato⁵.

In materia penale, il richiamo alla legalità coinvolge immediatamente il corollario della riserva di legge stabilito dall’art. 25, secondo comma, della Costituzione a norma del quale “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”. Se al diritto penale è riconosciuto il compito di assicurare le condizioni minime della convivenza sociale, comminandosi la sanzione più grave a fatti lesivi dei più importanti beni giuridici, il processo penale non deve perseguire soltanto “la funzione di tutelare la società

¹ Secondo CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, III, Roma, 1951, pag. 227, l’illecito rappresenta “il rovescio ossia il fallimento del diritto”.

² La conformità è intesa quale requisito giuridico del fatto “che può costituire la ragione e la misura della valutazione negativa dell’ordinamento” In questi termini DELL’ANDRO R., *Antigiuridicità* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, pag. 542 ss.

³ Così PAGLIARO A., *Il diritto penale fra norma e società: scritti 1956-2008*, Milano, 2009, I, pag. 231.

⁴ Sul punto si rinvia ad ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, pag. 13.

⁵ Si veda FOIS S., *Legalità (principio di)*, in ID., *La crisi della legalità, Raccolta di scritti*, Milano, 2010, pag. 383.

contro la delinquenza, ma anche quella di difendere l'accusato dal pericolo di una condanna ingiusta⁶. Alla dimensione sostanziale della legalità penalistica, la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, ne affiancò, simmetricamente, una processuale attraverso la riforma dell'art. 111 Cost.: stabilendo che "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge", l'art. 111, primo comma, ha elevato il giusto processo a condizione di legittimità della funzione giurisdizionale⁷.

Il "nessuno può essere punito se non in forza di una legge" ed il "giusto processo regolato dalla legge" esprimono quindi un'interazione tra diritto penale e processo che si sviluppa in termini di necessaria legalità⁸, sul tradizionale versante sostanziale e su quello processuale, con particolare riferimento alla legalità probatoria⁹ la cui introduzione, nella dogmatica processualpenalistica, è più recente¹⁰. Ancor prima dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, invero, si affermò la consapevolezza che i diritti inviolabili dell'uomo potessero essere gravemente compromessi quando "a carico dell'interessato vengono fatti valere, come indizi o prove, attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino"¹¹.

Fin dalle origini della sua elaborazione, la legalità probatoria è stata indissolubilmente legata alla tutela dei diritti del singolo accusato. La disciplina del procedimento probatorio esprime, infatti, l'equilibrio tra i "differenti rapporti di forza che ogni ordinamento può raggiungere con riferimento all'immanente conflitto processuale fra potere dell'autorità e diritti dell'individuo [in vista di] una concezione dialettica della prova in forza della quale il dato conoscitivo è utilmente acquisito solo in un determinato ambito rispettoso delle modalità di formazione"¹².

L'interazione tra diritto penale e processo si presenta quindi dinamica e bidirezionale perché comunica valori da entrambe le componenti, dovendosi così respingere quel dogma della strumentalità che relegava il processo al ruolo di "servo muto" rispetto ad un sistema di valori affermato solo nel codice penale. Al contrario, come efficacemente osservato, il processo penale è "servo loquace ed anche paritario"¹³ perché esprime valori propri in base ai quali svolge una funzione necessariamente selettiva rispetto alle inosservanze immesse nel suo circuito¹⁴.

Se il diritto penale trova attuazione solo mediante il giusto processo regolato dalla legge, un processo potrà dirsi giusto soltanto quando è orientato alla garanzia di tutti i valori costituzionali coinvolti perché un processo carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale a prescindere dall'esito al quale può pervenire¹⁵. Oltre che trovare

⁶ Così TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015, pag. 2 ss., per il quale "le due esigenze hanno pari importanza. Non deve indurre in errore la considerazione secondo cui l'esigenza di tutela della società contro il delinquente riguarda tutti i cittadini e, perciò, costituisce un interesse pubblico, mentre la difesa dell'accusato è oggetto di un interesse privato. Da ciò non si può dedurre che la difesa della società debba prevalere sulla difesa dell'imputato [...] limitare le possibilità di difesa può ridurre il pericolo di assolvere il colpevole, ma aumenta il rischio di condannare l'innocente".

⁷ In questi termini GALANTINI N., *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 7 settembre 2011. Sulla riforma dell'art. 111 Cost. si rinvia a CECCHETTI M., *Il principio del "giusto processo" nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in AA. VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, Padova, 2001, pag. 49.

⁸ Così PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 2/1999, pag. 530.

⁹ Per queste riflessioni si rinvia a MAZZA O., *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2011, pag. 1525 ss., il quale segnala "la necessità che il processo, e quindi anche ogni esperimento probatorio, sia integralmente regolato da disposizioni di legge e si svolga nel rigoroso rispetto delle prescrizioni normative".

¹⁰ Per una ricostruzione storica si veda SANTORIELLO C., *La legalità della prova*, in DINACCI F. R. (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, pag. 417 ss. Con riferimento alla fase istruttoria, la Corte costituzionale affermò che le "attività probatorie compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito". Così Corte cost., sentenza 06.04.1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, pag. 341, con nota di GREVI V., *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni*, il quale segnalava la necessità di un "deciso rafforzamento del principio di legalità della prova anche a livello costituzionale".

¹¹ Così Corte cost., sent. 06.04.1973, n. 34, cit.

¹² Così DINACCI F. R., *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, pag. 1, per il quale, affinché la legalità processuale sia osservata, il giudice deve formare il proprio convincimento nel rispetto delle regole che sono "fondamentali proprio per individuare il corretto bilanciamento fra diritto e potere. Questo, infatti, implica l'esistenza di un limite che è individuabile proprio nel diritto del soggetto contro cui il potere si esercita. [Significativamente] in altre parole, il modo dell'accertamento vale quanto l'accertamento stesso".

¹³ L'ulteriore metamorfosi si avrebbe dalla fase del "socio paritario" a quella del "socio tiranno": nella misura in cui "assume il soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale correlate ai valori modali della prontezza e della celerità della pena, intervenendo direttamente sugli istituti sostanziali, di cui prospetta un "governo" a fini esclusivamente processuali [...] il processo finisce allora col garantire l'effettività di se stesso [...] autolegittimandosi come strumento di controllo sociale che trova in sé la propria giustificazione". Così PADOVANI T., *La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1992, pag. 436.

¹⁴ Così PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità*, cit., pag. 529.

¹⁵ In questo senso Corte costituzionale, sent. 04.12.2009, n. 317, richiamata da MAZZA O., *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *questa Rivista*, 3/2013, pag. 4.

specificazione nei principi enunciati nei commi successivi¹⁶, la nozione di giusto processo di cui all'art. 111, primo comma, Cost., evoca un "concetto ideale di Giustizia", preesistente alla legge e direttamente collegato a quei diritti inviolabili che lo Stato, in base all'art. 2 Cost, si impegna a riconoscere ed il cui contenuto può essere ricavato dai patti internazionali ai quali l'Italia ha aderito¹⁷.

Nella prospettiva del giusto processo e del rispetto dei diritti fondamentali sarà affrontata la questione dell'attività istruttoria in materia tributaria, con particolare riferimento all'applicabilità della Convenzione europea dei diritti fondamentali ed alle condizioni e limiti al transito nel processo penale degli elementi di prova raccolti in sede amministrativa.

3. **Poteri istruttori in materia tributaria, diritti fondamentali ed applicabilità della Convenzione EDU.**

L'art. 13 della legge 24 novembre 1981, n. 689 attribuisce, agli "organi addetti al controllo sull'osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa", poteri istruttori "per l'accertamento delle violazioni di rispettiva competenza [...] fatto salvo l'esercizio degli specifici poteri di accertamento previsti dalle leggi vigenti". È sufficiente accennare che l'espressione "poteri istruttori" definisce il complesso di poteri autoritativi, di natura amministrativa, finalizzati al controllo dell'osservanza di determinati obblighi e qualificati istruttori perchè funzionali (anche) all'irrogazione di sanzioni amministrative¹⁸. Tale complesso si articola nei poteri di: a) richiedere, sia al contribuente che a terzi, la trasmissione di dati e notizie; b) richiedere, sia al contribuente che a terzi, l'esibizione e la trasmissione di atti o documenti; c) invitare il contribuente a comparire, di persona o a mezzo di un rappresentante, per fornire informazioni o chiarimenti; d) procedere all'esecuzione di accessi, ispezioni e verifiche, sia presso il contribuente che presso terzi¹⁹.

In materia tributaria, ad esempio, l'esercizio dei poteri istruttori persegue lo scopo (immediato) di controllare l'adempimento spontaneo del contribuente rispetto ad una serie di obblighi (tenuta di scritture contabili, dichiarazione del presupposto, autoliquidazione e versamento dell'imposta) e (più mediato) di esercitare la funzione di accertamento dei tributi, di riscossione e di irrogazione delle sanzioni²⁰. Al fine del corretto svolgersi dell'accertamento e dell'attuazione del tributo sono inoltre previste specifiche sanzioni, amministrative o penali, comminate alla violazione degli obblighi sopracitati e del principio di collaborazione (mancata ottemperanza alle richieste di informazioni o documenti²¹ oppure esibizione o trasmissione di atti o documenti falsi o comunicazione di dati e notizie non rispondenti al vero²²).

Il profilo di maggior interesse è verificare se gli obblighi di collaborazione verso l'amministrazione finanziaria siano inderogabili o sussistano, invece, situazioni nelle quali il contribuente possa rifiutare di collaborare senza incorrere in sanzioni. La questione riguarda il riconoscimento, anche all'"uomo contribuente", del diritto fondamentale al silenzio²³, ma an-

¹⁶ Si veda TROCKER N., *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in CIVININI M.G.-VERARDI C.M., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, 2001, pag. 45.

¹⁷ Così TONINI P., *Manuale*, cit., pag. 42.

¹⁸ In materia fiscale, ad esempio, il principale modulo ispettivo adottato dalla Guardia di Finanza è la "verifica", attività endoprocedimentale "finalizzata ad acquisire ed a comunicare all'Autorità amministrativa titolare del procedimento di accertamento delle imposte e di applicazione delle sanzioni, dati, elementi e notizie utilizzabili per la determinazione delle basi imponibili fiscalmente rilevanti e delle imposte nonché per l'irrogazione di sanzioni" amministrative. Così COMANDO GENERALE GUARDIA DI FINANZA, *Circolare n. 1/2008 "Istruzioni sull'attività di verifica"*, vol. I, pag. 4: www.gdf.it.

¹⁹ Per un'efficace sintesi si rinvia a VANZ G., *Poteri istruttori* [dir. trib.], in *Dir. on line*, 2014.

²⁰ Così MICELI R., *L'attività istruttoria tributaria*, in FANTOZZI A. (a cura di), *Diritto tributario*, Torino, 2012, pag. 615 ss.

²¹ Il riferimento è agli illeciti amministrativi di cui agli artt. 9, secondo comma, ed 11, primo comma, del D.Lgs. 18.12.1997, n. 471. Diversa è la questione del reato di occultamento di scritture contabili ex art. 10 del D.Lgs. 10.03.2000, n. 74, in cui, secondo la Suprema corte, il semplice rifiuto di esibizione non appare sufficiente ad integrare la fattispecie: "l'occultamento delle scritture contabili che integra gli estremi del delitto contestato può realizzarsi con qualsivoglia modalità e, quindi, con il materiale nascondimento nello stesso posto o in altro luogo rispetto a quello ove i documenti devono essere conservati e con il rifiuto a esibirli". Così Cass. pen., Sez. III, sent. 07.10.2010, n. 38224, in *Ced. Cass.* 2010.

²² Si veda l'art. 11, primo comma, del D.L. 06.12.2011, convertito dalla legge 22.12.2011, n. 214 ed il relativo approfondimento di LANZI A. - ALDROVANDI P., *Diritto penale tributario*, Padova, 2014, pag. 358.

²³ Sebbene non espressamente previsto nella Convenzione EDU, il diritto al silenzio ed a non contribuire alla propria incriminazione rappresenta un elemento importante della nozione di equo processo di cui all'art. 6. Sul punto Corte EDU, sentenza 11.07.2006 (JALLOH c. Germania), par. 102.

cor prima l'applicabilità della Convenzione EDU alla materia tributaria. A ragione della dicotomia tra "materia civile" e "materia penale"²⁴, contenuta all'art. 6 della Convenzione, la Corte EDU ha tradizionalmente escluso l'applicazione del diritto ad un processo equo²⁵ alla materia pubblicistica²⁶ e soprattutto alla fiscalità, come indicherebbe l'art. 1 del primo Protocollo addizionale, sulla protezione della proprietà, a norma del quale la relativa salvaguardia non può pregiudicare "il diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie [...] per assicurare il pagamento delle imposte [...]"²⁷. Una così rigida interpretazione della norma è stata progressivamente temperata da una lettura evolutiva della Convenzione EDU che ne ha riconosciuto l'applicabilità con riferimento a: il diritto ad un processo equo nella prospettiva non dei "diritti e doveri di carattere civile", bensì della materia penale²⁸; il *ne bis in idem*²⁹; la tutela del domicilio nel corso delle verifiche fiscali³⁰; il diritto al silenzio (anche) di fronte alle richieste che l'amministrazione finanziaria rivolge al contribuente, nel contempo, indagato in un procedimento penale.

Sotto quest'ultimo profilo, nella sentenza CHAMBAZ³¹ la Corte EDU affermò che, in presenza di "diverse procedure distinte condotte in parallelo [ed] in maniera tale che è impossibile distinguere le fasi della procedura che verte su "un'accusa in materia penale" da quelle che hanno un altro oggetto" (par. 42), è possibile "esaminare globalmente, sotto l'angolo dell'art. 6, un insieme di procedure se queste sono sufficientemente legate tra loro per ragioni relative sia ai fatti sui quali poggiano, sia alle modalità di conduzione da parte delle autorità nazionali" (par. 43): di fronte a richieste dell'amministrazione finanziaria che possano portare ad un'autoincriminazione, il diritto al silenzio travalica pertanto i confini dei procedimenti penali, affacciandosi come garanzia ineludibile anche nei confronti dell'autorità amministrativa³².

In realtà, il diritto al *nemo tenetur se detegere* era già stato riconosciuto dalla Corte di giustizia, in una procedura esclusivamente amministrativa, avuto riguardo all'esercizio dei poteri "di raccogliere informazioni e richiedere documenti" attribuiti alla Commissione dal Regolamento 6 febbraio 1962, n. 17, in materia di concorrenza: "benché possa obbligare un'impresa a fornirle tutte le informazioni necessarie [la Commissione] non può però pregiudicare i diritti

²⁴ Per l'approfondimento si veda MAZZACUVA FR., *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2013, pag. 1899, nonché, sulla "nozione di materia penale a geometria variabile", VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 15 Aprile 2013.

²⁵ Sul tema si rinvia a FOCARELLI C., *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001.

²⁶ La posizione è espressa nella sentenza 12.07.2001 (FERRAZZINI c. Italia), in cui la Corte EDU affermò che "la materia fiscale fa parte ancora del nucleo duro delle prerogative della potestà pubblica" (par. 29).

²⁷ Sulla questione si rinvia a DEL FEDERICO L., *Quadro teorico e itinerari giurisprudenziali per giungere all'applicazione della CEDU in materia tributaria*, in BILANCIA F. - CALIFANO C. - DEL FEDERICO L. - PUOTI P., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giustizia tributaria italiana*, Torino, 2014, pag. 72 ss., il quale non manca di criticare "l'antistorica e pregiudizievole" concezione della Corte EDU "in cui la posizione Fisco-Amministrazione finanziaria tenuta ad attuare la legge, viene confusa con quella del Fisco-Stato impositore che mediante la legge (questa espressione di sovranità e supremazia) dispone il prelievo".

²⁸ Nella sentenza 23.11.2006 (JUSSILA c. Finlandia) la Corte ha ritenuto che se un processo tributario ha ad oggetto una sanzione che non solo assolve ad una funzione compensativa del danno prodotto, ma assume una valenza punitiva oltre che deterrente, esso deve rispettare l'art. 6, senza che la tenuità della sanzione sia decisiva per escluderne la natura penale (parr. 29-39) dovendosi tenere conto, anche alternativamente, dei criteri adottati nella sentenza 08.06.1976 (ENGEL c. Paesi Bassi).

²⁹ Il riferimento è ancora ai criteri di ENGEL, da ultimo ribaditi nelle sentenze 20.05.2014 (NIKÄNEN c. Finlandia) e 10.02.2015 (KIIVERI ed Österlund, entrambe contro la Finlandia) nelle quali è stata accertata la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU.

³⁰ Nella sentenza 21.02.2008 (RAVON c. Francia) la Corte affermò che le garanzie dell'art. 6 non riguardano solo la fase processuale strettamente intesa, ma valgono anche nel corso del procedimento tributario e che è manifesto il carattere "civile" del diritto al domicilio (par. 24) tutelato, inoltre, dall'art. 8 (era in questione il diritto del contribuente a trovare adeguata tutela nel corso di un accesso domiciliare ai fini fiscali).

³¹ Il Sig. CHAMBAZ, cittadino svizzero, fu indagato per evasione fiscale e sottoposto anche ad un controllo fiscale nel corso del quale si rifiutò di consegnare documenti bancari. Per questo rifiuto si vide irrogate delle sanzioni amministrative. Nell'impugnare il provvedimento, il ricorrente lamentò la violazione del suo diritto ad un equo processo, visto che obbligarlo a fornire i documenti richiesti nel procedimento amministrativo violava il diritto a non autoincriminarsi, in relazione alle parallele indagini per evasione.

³² Posizione sostanzialmente simile a quella dell'ordinanza della Corte costituzionale 26.02.2002, n. 33 sulla questione di legittimità dell'art. 51, secondo comma, numero 2, del D.P.R. 633/1972 e dell'art. 32, primo comma, numero 2, del D.P.R. 600/1973 sollevata dalla CTR di Ancona con riferimento all'art. 24, secondo comma, Cost.. Secondo il remittente sussisteva "una inconciliabile antinomia fra il regime istruttorio-probatorio proprio del procedimento penale, nel cui ambito l'indagato ha il diritto di non rispondere [...] e quello proprio della materia tributaria, in cui, a seguito della contestazione delle risultanze bancarie, la mancata o insufficiente giustificazione comporta l'applicazione della "presunzione di ricavi". [Pertanto, vi sarebbe] "un momento in cui il contribuente-indagato si trova a dover scegliere se rinunciare ai suoi diritti di indagato (silenzio) per far valere i suoi diritti di contribuente ovvero se rinunciare ai secondi per far valere i primi, esponendosi in tal modo alle previste sanzioni tributarie compresa l'applicazione di presunzioni legali sfavorevoli". Nel dichiarare la manifesta inammissibilità della questione, secondo la Corte "l'alternativa in cui si trova il contribuente fra l'avvalersi pienamente del diritto al silenzio di cui egli usufruisce in sede penale e il fornire elementi che potrebbero giovargli in sede tributaria ma, in ipotesi, nuocergli in altra sede, non realizza alcuna situazione di contrasto con il diritto di difesa, che si esplica in ogni procedimento secondo le regole proprie di questo: bensì attiene alle personali scelte che, di fatto, il contribuente-indagato può compiere circa le strategie con le quali difendersi in ciascuno dei distinti procedimenti, fermo restando, in ciascuno di essi, il rispettivo regime probatorio stabilito dalla legge", in *Giur. costit.*, 2002, pag. 304.

della difesa [né] può pertanto imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione" (parr. 34-35)³³.

In estrema sintesi, la sentenza CHAMBAZ interessa il rapporto tra l'esercizio di poteri istruttori da parte della P.A. e la circolazione di materiale probatorio dal procedimento amministrativo-tributario a quello penale³⁴. Tale rapporto pone una questione di garanzia del diritto fondamentale alla difesa il quale, senza qui considerare le diverse disposizioni costituzionali che ne impongono l'osservanza³⁵, sarà di seguito affrontata per verificare se l'ordinamento nazionale preveda una disciplina sufficientemente garantista che, sia scusato il gioco di parole, garantisca la giustizia del processo ai sensi dell'art. 111, primo comma, Cost.

4.

Le attività a finalità mista e le funzioni dell'art. 220 disp. att. c.p.p.

È stato già segnalato che una violazione del *ne bis in idem* in materia tributaria sorgerebbe per effetto dell'applicazione giurisprudenziale poiché, nelle ipotesi di omesso versamento, la Suprema corte ha ritenuto sussistere un rapporto non già di specialità bensì di progressione criminosa³⁶. Questo semplice accenno, da una parte, lascia apprezzare l'esistenza di settori normativi nei quali, alla stregua di criteri selettivi fissati dalla fattispecie incriminatrice, alcune violazioni accertate "nel corso delle attività ispettive o di vigilanza" possono assumere rilevanza penale³⁷; dall'altra, consente d'introdurre il fenomeno degli atti a finalità "mista" il cui referente normativo è costituito dall'art. 220 disp. att. c.p.p. a norma del quale "quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice"³⁸. Si tratta di una norma plurifunzionale e per la cui operatività occorre individuare il contenuto della locuzione "indizi di reato" e, conseguentemente, il momento della loro emersione.

³³ Nella sentenza 18.10.1989, causa 374/87 (ORKEM c. Commissione), preso atto che il Regolamento n. 17 "non riconosce all'impresa [...] alcun diritto di sottrarsi per il motivo che potrebbe risultarne la prova di un'infrazione [...] le incombe, anzi, un obbligo di attiva collaborazione" (par. 27), la Corte di giustizia si chiese se, "in mancanza di un diritto al silenzio espressamente sancito [...] in qual misura, i principi generali di diritto comunitario, di cui fanno parte integrante i diritti fondamentali e alla cui stregua vanno interpretate tutte le norme di diritto comunitario, impongano il riconoscimento di non fornire informazioni che possono essere utilizzate per provare, contro chi le fornisce, l'esistenza di un'infrazione delle norme sulla concorrenza" (par. 28). Poiché "gli ordinamenti giuridici degli Stati membri riconoscono il diritto di non testimoniare contro se stessi solo all'imputato in un procedimento penale, l'analisi comparativa dei diritti nazionali, pertanto, non consente di concludere nel senso dell'esistenza di detto principio [...] in favore delle persone giuridiche e per infrazioni di natura economica" (par. 29). Non trovando un aggancio nell'art. 6 della Convenzione EDU né all'art. 14 n. 3, lett. g), del Patto internazionale, secondo la Corte "talune limitazioni al potere di investigazione della Commissione nel corso dell'indagine preliminare [...] scaturiscono dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti della difesa, considerati dalla Corte un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico comunitario" (part. 32).

³⁴ Si rinvia a GARUTI G. (a cura di), *Diritto a un equo processo: Nemo tenetur se detegere e reati tributari*, in Osservatorio della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pag. 777. Più in generale, si segnala come la Suprema corte abbia escluso una generale applicabilità di tale principio nel nostro ordinamento, "essendo la regola circoscritta ai limiti previsti dall'art. 384 c.p.". Così Cass. pen., Sez. feriale, 29.08.2013, n. 35729, in *Foro it.*, 11/2013, 2, pag. 601.

³⁵ Per l'approfondimento si veda MANACORDA S., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pag. 147 ss., nonché MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, pag. 48 ss.. Basti qui segnalare che al rispetto dei diritti fondamentali sono stati subordinati finanche i valori della certezza e stabilità del giudicato. Nella sentenza 07.04.2011, n. 113, infatti, la Corte costituzionale ha ritenuto illegittimo l'art. 630 c.p.p. "per la violazione dell'art. 117, primo comma, e dell'art. 46 della CEDU, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna per la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea". Secondo la Corte, "l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della CEDU comporta infatti anche l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della *restitutio in integrum* in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione [...] garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della CEDU, trovano ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 della Costituzione", in *Giur. it.*, 12/2011, pag. 2646, con nota di PUSTORINO P., *Un nuovo intervento della Corte costituzione in tema di riapertura di procedimenti penali per contrarietà alla CEDU*.

³⁶ Quanto all'omesso versamento delle ritenute "la presenza della previsione dell'illecito amministrativo ex art. 13, primo comma, d.lgs. 471/1997, e la consumazione in concreto di esso, non sono di ostacolo all'applicazione, per lo stesso periodo d'imposta e nella ricorrenza di tutti gli specifici presupposti, della statuizione relativa all'illecito penale di cui al d.lgs. 74/2000 art. 10-bis. [...]" Così Cass. pen., Sez. unite, sent. 12.09.2013, n. 37425 (FAVELLATO). Si consenta il rinvio a SORBELLO P., *Il bis in idem nell'ordinamento penale italiano: dal market abuse al diritto sanzionatorio tributario*, in *Le sanzioni penali per le persone fisiche e giuridiche nella prospettiva interna, europea ed internazionale*, in *questa Rivista*, n. 3/2015.

³⁷ Anche il dato normativo considera questa evenienza al citato art. 2 del D.Lgs. 68/2001 che demanda alla Guardia di Finanza "compiti di prevenzione, ricerca e repressione delle violazioni [intese come illeciti amministrativi o penali] ferme restando le norme del codice di procedura penale".

³⁸ Per l'approfondimento si rinvia a KOSTORIS R., sub art. 220 norme coord., in *Commentario al nuovo codice di procedura penale* diretto da AMODIO E.-DOMINIONI O., *Appendice (Norme di coordinamento e transitorie)*, a cura di UBERTIS G., Milano, 1990, p. 74 ss.

Senza poter scendere nel dettaglio, secondo le Sezioni unite il presupposto di operatività dell'art. 220 disp. att. deve rinvenirsi nella "mera possibilità di attribuire comunque rilevanza penale al fatto che emerge dall'inchiesta amministrativa e nel momento in cui emerge, a prescindere dalla circostanza che esso possa essere riferito ad una persona determinata"³⁹. In questo caso, analogamente ad altre ipotesi codicistiche⁴⁰, la nozione di indizio assume un significato dinamico, diverso rispetto all'art. 192, secondo comma, c.p.p.: mentre nelle prime ipotesi l'indizio, "collegato solo indirettamente all'attività di verifica di un addebito [...] mira a soddisfare esigenze connesse a sviluppi intermedi del procedimento penale senza essere finalizzato alla fissazione del fatto oggetto del medesimo"⁴¹, nella seconda, alle condizioni di pluralità, gravità, precisione e concordanza, l'indizio integra la prova indiretta intesa quale ragionamento logico che da un fatto certo (provato) ricava l'esistenza di un ulteriore fatto (incerto) che costituisce l'oggetto di prova⁴².

4.1. *Raccordo tra legislazione speciale e codice di procedura penale.*

Ad un *primo* livello, l'art. 220 disp. att. funge da raccordo tra legislazione speciale e codice qualora, nel corso dell'esercizio di poteri istruttori di natura amministrativa, si abbia conoscenza di fatti penalmente rilevanti.

È stata sottolineata la genericità dell'art. 220 disp. att. perché la locuzione "attività ispettive e di vigilanza" non definirebbe i tipi di accertamento né consentirebbe di ricondurre ad una previsione unitaria i diversi accertamenti previsti dalla legislazione speciale. Al contrario, evitando un approccio casistico, la medesima disposizione permette la più ampia operatività della norma così riconoscendo le garanzie del diritto di difesa quando, nell'esercizio di poteri istruttori di natura amministrativa, emergono indizi di reato⁴³: da tale momento, infatti, "si deve ritenere iniziata un'indagine penale, ancorché non sia stata formulata un'ipotesi di reato con indicazione delle norme di legge che si assumono violate"⁴⁴.

Come anticipato, la disciplina generale dei poteri istruttori della pubblica amministrazione è contenuta all'art. 13 della legge 689/1981, al quale la legislazione speciale affianca previsioni che consentono di specificarne l'attività in relazione al settore d'intervento, ad esempio in materia tributaria⁴⁵, antiriciclaggio e valutaria⁴⁶ e, più in generale, di polizia economico-finanziaria le cui funzioni, ai sensi dell'art. 1 del D.Lgs. 19 marzo 2001, n. 68, la Guardia di Finanza assolve "a tutela del bilancio pubblico, delle regioni, degli enti locali e dell'Unione europea"⁴⁷.

³⁹ Così Cass. pen., Sez. Unite, 28.11.2001, n. 45477, in *Giur. it.*, 2002, pag. 1235.

⁴⁰ Ad esempio gli artt. 63, primo comma (dichiarazioni indizianti), 267, primo comma, (presupposti del provvedimento di intercettazioni), 273, primo comma, (condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari personali), 384, primo comma (fermo d'indiziato di delitto).

⁴¹ Così UBERTIS G., *Fondamenti normativi della metodologia, il linguaggio processuale ("fonte di prova", "elemento di prova", "mezzo di prova", "criterio", "risultato", "indizio", "sospetto")*, in *Quaderni Consiglio Superiore Magistratura*, 98/1997, pag. 8 del documento.

⁴² In senso conforme, FANUELE C., *La ricostruzione del fatto nelle investigazioni penali*, Padova, 2012, pag. 51, per la quale il termine "indizi" sta a significare una "qualificata probabilità di reato", indicando solo il minimum necessario per iniziare il procedimento penale; ma non richiama il concetto di indizio in senso tecnico (quello, cioè, di "segno" adoperato ai fini d'una operazione logica inferenziale).

⁴³ Così MARINELLI C., *Non costituiscono prova documentale gli atti dei procedimenti ispettivi* (nota a Cass. pen., Sez. VI, sent. 10.09.1998), in *Dir. pen. proc.*, 5/1999, pag. 590.

⁴⁴ Così Cass. pen. Sez. III, sent. 24.09.2001, in *Giur. it.*, 2002, pag. 1035.

⁴⁵ I poteri di polizia tributaria sono disciplinati dagli artt. 34 e 35 della legge 07.01.1929, n. 4, sulla repressione delle violazioni delle leggi finanziarie, nonché, per i principali tributi, dagli artt. 51 e 52 del D.P.R. 26.10.1972, n. 633, in materia di IVA, e 32 e 33 del D.P.R. 29.09.1973, n. 600, in materia di accertamento delle imposte sui redditi. Sul tema si rinvia a COMANDO GENERALE GUARDIA DI FINANZA, *Circolare n. 1/2008 "Istruzioni sull'attività di verifica"*, cit., pag. 61 ss.

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 8, commi quarto e quinto, del D.Lgs. 21.11.2007, n. 231, di attuazione della direttiva 2005/60/CE in materia antiriciclaggio, per effettuare gli approfondimenti delle segnalazioni di operazioni sospette ed eseguire i controlli antiriciclaggio "gli appartenenti al Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di Finanza esercitano anche i poteri loro attribuiti dalla normativa valutaria" di cui al D.P.R. 31.03.1988, n. 148. Sul punto si veda COMANDO GENERALE GUARDIA DI FINANZA, *Circolare n. 83607/2012 "Attività della Guardia di Finanza a tutela del mercato dei capitali"*, pag. 86: www.gdf.it.

⁴⁷ A norma del successivo art. 2, quarto comma, "ferme restando le norme del codice di procedura penale e delle altre leggi vigenti, i militari del Corpo della Guardia di Finanza si avvalgono delle facoltà e dei poteri previsti dagli articoli 32 e 33 del D.P.R. 600/1973, 51 e 52 del D.P.R. 633/1972": tale previsione ha esteso i poteri istruttori, originariamente previsti per il settore tributario, alla prevenzione, ricerca e repressione di qualsiasi violazioni in materia economico finanziaria, come definita all'art. 1, secondo comma, del D.Lgs. 68/2001. In senso conforme, secondo la Suprema corte l'attività di verifica svolta ai sensi dell'art. 2, D.Lgs. 68/2001 ha assunto un ambito di operatività più ampio, sostanzialmente coincidente con quello di una vera e propria polizia economico-finanziaria e quindi non limitato alla sola materia fiscale e tributaria. Così Cass. pen., Sez. III, ord. 28.03.2012, n. 14026, in *Ced. Cass.*, 2012. Sulle funzioni di polizia economico finanziaria si rinvia a SCUOLA DI POLIZIA TRIBUTARIA, *La Polizia economico-finanziaria: il ruolo della Guardia di Finanza* (a cura dei frequentatori del 31° Corso Superiore "Enrico DE NICOLA"), 5/2004.

A prescindere dalla tipologia di accertamento ispettivo, l'emergere degli indizi di reato segna il confine tra procedimento amministrativo ed indagini preliminari, tra poteri di polizia amministrativa e funzioni di polizia giudiziaria, e l'art. 220 disp. att. diventa così una regola di comportamento doveroso.

La dottrina prevalente ritiene che la locuzione "indizi di reato" equivalga a quella di notizia di reato⁴⁸ nonostante esistano argomentate posizioni contrarie⁴⁹. Poiché con la formula "gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale" l'art. 220 disp. att. reimpiega quella usata all'art. 55, primo comma, c.p.p. nel delineare le funzioni di polizia giudiziaria successive alla presa di conoscenza della notizia di reato⁵⁰, appare corretto ritenere che l'emergere degli indizi "integra gli estremi di una notizia di reato di cui informare senza ritardo il pubblico ministero a norma dell'art. 347 c.p.p. e qualifica senz'altro gli atti successivi di approfondimento come atti di polizia giudiziaria"⁵¹.

4.2.

Regola di graduazione comportamentale tra sospetti ed indizi di reato.

Ad un *secondo* livello l'art. 220 disp. att. integra una regola di comportamento doveroso volta a prevenire che "attraverso l'adozione, senza soluzione di continuità, dei moduli propri dell'attività amministrativa, si finisca per eludere il regime stabilito dal codice di procedura penale per il compimento degli atti delle indagini"⁵². Il passaggio dalle funzioni di polizia amministrativa a quelle di polizia giudiziaria non comporta però la sospensione delle prime perché l'attività amministrativa potrà legittimamente continuare secondo il corrispondente regime⁵³.

Poiché la norma richiede un'osservanza finalizzata all'applicazione della legge penale⁵⁴, se l'inosservanza dell'art. 220 disp. att. non inficia l'utilizzabilità ai fini amministrativi, essa può eventualmente determinare in capo agli operatori conseguenze di natura sia penale, per omessa denuncia (361, commi primo⁵⁵ o secondo, c.p.) e per l'omissione di eventuali ulteriori atti da compiere per "ragioni di giustizia" (art. 328, primo comma, c.p.), che disciplinare se agli operatori sono attribuite anche funzioni di polizia giudiziaria (art. 16 disp. att.). L'accennata eventualità, avuto almeno riguardo alle indicate ipotesi delittuose perché integrate dal dolo, deriva dalla difficoltà d'individuare il momento della "metamorfosi funzionale" a partire dal quale è richiesta l'osservanza dell'art. 220 disp. att.; tale difficoltà è maggiore qualora la mede-

⁴⁸ Così ORLANDI R., *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992, pag. 156, per il quale "la notizia di reato, allo stesso modo dell'indizio ex art. 220, è il presupposto al cui verificarsi deve seguire l'applicazione della normativa processuale penale". Si veda anche KOSTORIS R., sub art. 220 norme coord., cit. pag. 83.

⁴⁹ Si veda APRATI R., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, pag. 17 ss., la quale accosta gli "indizi di reato" ex art. 220 disp. att. al "sospetto di reato" sorto per la morte di una persona, che autorizza il p.m., se del caso, a ordinare l'autopsia ai sensi dell'art. 116 disp. att. c.p.p. Nello stesso senso COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA, *Istruzioni sull'attività di verifica. Circolare 1/2008*, vol. III, cit., pag. 159, secondo cui l'art. 220 disp. att. "fa riferimento ad "indizi di reato" e, quindi, è da ritenere che l'obbligo dalla stessa contemplato si perfezioni in un momento antecedente al manifestarsi di quello concernente la comunicazione di notizia di reato al Pubblico Ministero".

⁵⁰ Così BELLANTONI G., *Attività ispettive e di vigilanza e processo penale*, in ID., *Nuovi scritti di procedura penale*, Torino, 2009, p. 112, nota 27.

⁵¹ In questi termini RAFARACI T., *Reati tributari con soglia di punibilità e applicazione dell'art. 220 disp. att. c.p.p.: la Cassazione rimarca i diritti della difesa* (nota a Cass. pen., Sez. III, sent. 03.02.2015, n. 4919), in *Riv. Guardia di Finanza*, 3/2015, pag. 675.

⁵² IBIDEM., pag. 674. Si veda anche UBERTIS G., *L'utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni*, in ID., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, pag. 144 ss.

⁵³ In senso conforme KOSTORIS R., sub art. 220, cit., pag. 81.

⁵⁴ Non appare condivisibile l'auspicio di prescrivere l'osservanza del codice fin dall'avvio dell'attività ispettiva e, quindi, ancor prima dell'emergere di indizi di reato, considerandosi equivalente all'attività di polizia giudiziaria quella amministrativa qualora "finalizzata a verificare se il soggetto controllato abbia o meno violato norme di rilievo penale". Così FURIN N., *Diritto di difesa, indizi, sospetti e l'art. 220 norme att. c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 9/1999, pag. 2726. In verità, RAFARACI T., *Reati tributari*, cit., pag. 676, riporta che durante i lavori preparatori del codice, la stessa posizione era stata propugnata dalla Commissione parlamentare che suggeriva di anticipare le garanzie fin dall'inizio delle "attività ispettive o di vigilanza di per sé suscettibili di far emergere dati di rilevanza anche penale". L'auspicio era forse condivisibile quando non esistevano le leggi 241/1990 (sul procedimento amministrativo) e 212/2000 (sullo Statuto dei diritti del contribuente) il cui art. 12 riconosce il diritto di farsi assistere, nel corso di un'attività ispettiva, da un professionista abilitato alla difesa dinanzi alla giustizia tributaria; né si era ancora affermato il principio del contraddittorio ai sensi e per gli effetti (diretti) dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che va oltre l'ambito penale processuale. Sul contraddittorio si veda CANESCHI G., *I confini extrapenalistici del principio del contraddittorio*, in Aa.Vv., *Alla prova dei fatti. I rapporti tra diritto penale e processo nello scenario internazionale ed europeo. Atti del VI Corso di formazione interdotto di Diritto e Procedura Penale "Giuliano VASSALLI"*, Siracusa-Noto, 18-20 settembre 2015, *infra*.

⁵⁵ Il richiamo al primo comma dell'art. 361 c.p. consente di precisare che l'art. 220 disp. att. non attribuisce funzioni di polizia giudiziaria al pubblico ufficiale che ne sia sprovvisto quando, nel corso delle attività ispettive o di vigilanza, emergono indizi di reato.

sima autorità ispettiva cumuli le qualifiche di polizia amministrativa e di polizia giudiziaria⁵⁶.

Se la corretta acquisizione della formula “indizi di reato” è funzionale alla regola comportamentale, l’osservanza dell’art. 220 disp. att. non è però prescritta in presenza di una rappresentazione del fatto che non supera il livello del sospetto nella “catena che può condurre alla verifica dell’oggetto di prova”⁵⁷. Tale catena segue uno sviluppo verticale direttamente proporzionale all’intensità persuasiva degli strumenti gnoseologici e nella sua progressione il sospetto presenta “scarsa persuasività” e l’indizio avrebbe efficacia dimostrativa minore rispetto alla prova (in senso stretto) e maggiore in relazione al sospetto⁵⁸.

In forza delle indicazioni codicistiche e della legislazione speciale possono distinguersi livelli di rappresentazione del fatto reato cui corrispondono comportamenti doverosi differenti.

In linea generale, il sospetto non nega l’esistenza di un fatto, ma la sua persuasione ha un’efficacia quantitativamente differenziata e diversamente apprezzata dall’ambito normativo di riferimento, in particolare nella legislazione tributaria⁵⁹, allorché è qualificato come presupposto operativo. Al di fuori dell’art. 116 disp. att., il sospetto potrà produrre la descritta metamorfosi funzionale soltanto nelle ipotesi in cui gli è normativamente riconosciuta una posizione analoga all’indizio “nella catena degli atti che segnano l’avvio e gli immediati sviluppi del procedimento penale”⁶⁰.

Con la scelta dell’una (sospetto) o l’altra (indizi) formula il legislatore “determina nell’organo precedente una graduazione comportamentale nella salvaguardia dei valori eventualmente lesi dall’attività investigativa”⁶¹, ma il passaggio dalle funzioni di polizia amministrativa a quelle di polizia giudiziaria, come anticipato, può non essere agevole perché dinamico e potenzialmente condizionato da valutazioni soggettive⁶². L’applicazione dell’art. 220 disp. att., infatti, è in alcuni casi esposta ad incertezze non facilmente superabili dovute non soltanto al tipo legale⁶³, ma anche alla variabilità delle fattispecie concrete, all’impostazione dell’attività di controllo, alla sensibilità degli operatori. Questa valutazione non sempre è agevole, in

⁵⁶ In questi termini KOSTORIS R., sub art. 220, cit., pag. 74, per cui l’emergere degli indizi di reato comporta il passaggio alle funzioni di polizia giudiziaria di cui all’art. 55 c.p.p. In senso conforme FELICIONI P., *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2012, pag. 163, per la quale “una volta che sono emersi indizi di reato, vi è una progressione dell’attività di polizia amministrativa in attività di polizia giudiziaria e non possono essere adottate modalità di accertamento diverse da quelle previste dal codice di rito”.

⁵⁷ Sul punto rinvia ad UBERTIS G., *I fondamenti normativi*, cit., pag. 7.

⁵⁸ Così UBERTIS G., *Prova in generale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1995, pag. 296 ss. A differenza del sospetto, tradizionalmente descritto come ipotesi priva di riscontro obiettivo perché derivata da un’intuizione soggettiva, l’indizio poggia su un elemento certo e concreto (il fatto noto) dal quale acquisire la conoscenza del fatto ignoto attraverso un procedimento inferenziale. Si veda BATTAGLIO S., “Indizio” e “prova indiziaria nel processo penale”, in *Riv. it. proc. pen.*, 2/1995, pag. 410. Una distinzione basata sul riscontro obiettivo che distinguerebbe l’indizio dal sospetto è stata tuttavia ritenuta illusoria: a meno che non si ammetta che l’organo precedente “possa agire in conformità a proprie fantasmagorie od oniriche rivelazioni, è evidente che anche il più esile sospetto non possa che trarre spunto da elementi concreti. Non va confusa, cioè, la scarsa persuasività di questi ultimi con la loro inesistenza”. Così ID., *I fondamenti normativi*, cit., pag. 7. In senso conforme, in materia di prevenzione dell’utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio, ai fini della segnalazione di operazioni sospette l’art. 41, primo comma, del D.Lgs. 231/2007 precisa che “il sospetto è desunto dalle caratteristiche, entità, natura dell’operazione o da qualsivoglia altra circostanza conosciuta in ragione delle funzioni esercitate, tenuto conto anche della capacità economica e dell’attività svolta dal soggetto cui è riferita, in base agli elementi a disposizione dei segnalanti, acquisiti nell’ambito dell’attività svolta ovvero a seguito del conferimento di un incarico”.

⁵⁹ A titolo esemplificativo e non esaustivo si segnalano gli artt. 33 della citata legge 4/1929 e 18, terzo comma, lett. d) del D.Lgs. 504/1995, recante il testo unico in materie di imposte sulla produzione e sui consumi, che legittimano perquisizioni domiciliari in caso di “notizia o fondato sospetto” di violazioni costituenti reato con riferimento a tributi tassativamente previsti.

⁶⁰ Così BONTEMPELLI M., *L’accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, pag. 173.

⁶¹ In questi termini UBERTIS G., *I fondamenti normativi*, cit., pag. 8.

⁶² In materia tributaria, tale difficoltà sorgerebbe con riferimento all’accesso presso il domicilio del contribuente che gli artt. 52 del D.P.R. 633/1972 e 33 del D.P.R. 600/1973 consentono, previa autorizzazione del procuratore della Repubblica, solo in presenza di gravi indizi di violazioni tributarie. Sul punto è stato correttamente evidenziato che se i gravi indizi di reato riguardano la commissione di un reato, la polizia tributaria non dovrebbe agire secondo le modalità di cui all’art. 52, ma secondo le disposizioni del codice di rito. Muovendo dalla prassi per cui “l’indicazione della violazione tributaria non costituisce indice della sua sussistenza, che deve essere ancora verificata”, l’Autrice avverte che lo “spostamento dell’emersione sostanziale degli indizi di reato ad un periodo successivo, pur dichiarandone formalmente l’esistenza” determinerebbe il rischio del mancato riconoscimento delle garanzie richieste dall’art. 220 disp. att. Così ALESCI T., *L’autorizzazione del procuratore della Repubblica all’accesso presso i locali del contribuente: natura e regime giuridico*, in *Proc. pen. e giustizia*, 1/2015, pag. 93. Ferma restando l’utilizzabilità dei documenti precostituiti, si ritiene che questo rischio sia escluso dall’art. 63 c.p.p., in particolare il secondo comma, a norma del quale “se la persona doveva essere sentita sin dall’inizio in qualità di [...] persona sottoposta alle indagini, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate”.

⁶³ Sul punto si rinvia ad ORLANDI R., *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell’inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-3/1996, pag. 568 ss., che segnala lo stretto rapporto tra determinatezza delle fattispecie incriminative e possibilità di vincolare l’operato e i poteri dell’accusa “alle condizioni che dovrebbero accompagnare l’inizio di un procedimento penale: la precisa individuazione del presupposto di fatto che dà corpo alla notizia criminosa”. Così INSOLERA G., in ORLANDI R.-CAPRIOLI F.-INSOLERA G., *La ricerca della notizia di reato da parte dell’accusatore*, *Criminalia*, 2011, pag. 452.

particolare con riferimento ai reati caratterizzati da soglie di punibilità⁶⁴, a quelli di pericolo concreto⁶⁵ ed ai reati integrati da condotte fiscalmente elusive⁶⁶.

4.3.

Norma di garanzia: l'inutilizzabilità come applicazione della legalità probatoria.

Ad un *terzo* livello, accanto alle eventuali conseguenze di natura penale o disciplinare, all'inosservanza dell'art. 220 disp. att., seguiranno conseguenze certe in termini di inutilizzabilità degli elementi di prova: dal momento in cui emergono gli indizi di reato, per tutelare i diritti della difesa, la disposizione pone infatti il divieto di utilizzazione degli atti assunti in sede amministrativa.

Se le garanzie difensive⁶⁷ non possono di certo applicarsi prima dell'emergere di indizi di reato⁶⁸, è fondamentale ribadire il contenuto di questa formula legislativa che permette di individuare il momento⁶⁹ a partire dal quale i documenti redatti nell'esercizio dei poteri istruttori non hanno più quell'utilizzabilità probatoria che l'art. 234 c.p.p. riconosce alle prove scritte precostituite. Gli atti formati nell'ambito di attività ispettive o di vigilanza, esterni quindi al procedimento penale, costituiscono documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p. fino a quando non sono emersi indizi di reato mentre "gli accertamenti compiuti a partire da quel momento dovranno essere considerati "atti del procedimento", anche se questo non è ancora stato aperto dall'autorità giudiziaria"⁷⁰.

Nella sua funzione garantista, pertanto, l'art. 220 disp. att. "scongiora il pericolo che il giudice formi il proprio convincimento sulla base di documenti (i verbali redatti dagli organi ispettivi o di vigilanza) di cui sarebbe altrimenti surrettiziamente sostenibile l'indiscriminata acquisizione (pure nell'eventualità di mancata osservanza delle salvaguardie difensive) qualora gli atti ivi documentati fossero reputati appartenere ad un "diverso" procedimento (amministrativo)"⁷¹.

⁶⁴ Secondo la Suprema Corte, durante una verifica fiscale gli indizi del reato di dichiarazione infedele di cui all'art. 4 del D.Lgs. 74/2000 devono considerarsi emersi non all'avvenuto superamento della soglia di imposta evasa, perché questo "comporterebbe che nei reati che prevedono una tale soglia non dovrebbero mai osservarsi le modalità previste dal codice ("una simile posizione non è ammissibile perché elude gli obblighi di legge, con lesione del diritto di difesa e dei principi del giusto processo"), bensì ancor prima, alla concreta probabilità che la medesima sia superata. così Cass. pen., Sez. III, sent. 4919/2015, in *Riv. Guardia di Finanza*, 3/2015, pag. 675, con nota di RAFARACI T., *Reati tributari*, cit., pag. 673.

⁶⁵ Si prenda ad esempio l'illecito penale ed amministrativo di manipolazione del mercato, di cui agli artt. 185 e 187-ter del D.Lgs. 58/1998, la cui distinzione poggia principalmente sulla concreta idoneità della condotta "a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari".

⁶⁶ Il riferimento è alla rilevanza penale delle operazioni antielusive di cui all'art. 37-bis, terzo comma, D.P.R. 600/1973. A fronte delle operazioni ivi indicate, fino all'entrata in vigore del D.Lgs. 128/2015, l'assenza di valide ragioni economiche integrava l'ipotesi di dichiarazione infedele. Tale fenomeno è stato recentemente arginato dall'art. 10-bis, tredicesimo comma, della legge 212/2000 a norma del quale "le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie". Per l'approfondimento si veda MUCCIARELLI F., *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti e ambiti applicativi (nota a Cass., Sez. III pen., sent. 01.10.2015, n. 40272)*, in *Dir. pen. cont.*, 9 ottobre 2015, nonché BOSI M., *La rilevanza penale dell'abuso del diritto*, in Aa.Vv., *Alla prova dei fatti. I rapporti tra diritto penale e processo*, cit., infra.

⁶⁷ Quali la facoltà di nominare un difensore, senza la cui assistenza le dichiarazioni non sono utilizzabili contro la persona che le ha rese (artt. 63 e 350 c.p.p.), o di farsi assistere dal medesimo alla perquisizione, agli accertamenti urgenti, al sequestro ed all'immediata apertura di plichi autorizzata dal pubblico ministero (art. 356 c.p.p.).

⁶⁸ Così ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., pag. 142.

⁶⁹ Già nella vigenza del precedente codice di rito la Corte costituzionale ribadì che "la linea di demarcazione fra indagini generiche ed atti istruttori si identifica necessariamente col momento in cui, in qualsiasi modo, un soggetto risulti indiziato di reato. Questa demarcazione è da considerare essenziale per evitare che la nozione di procedimento si dilati al di là di quei confini che sono da ritenere necessari e sufficienti per garantire a tutti il diritto di difesa: il quale, come è ovvio, non può essere operante prima che un indizio di reato ci sia". Così Corte cost., sent. 27.11.1969, n. 149. In senso conforme Cass. pen., Sez. Unite, sent. 28.11.2001, n. 45477, cit. Assume una posizione contraria, alla quale non si aderisce, FURIN N., *Diritto di difesa*, cit., pag. 2726, per cui "quando l'attività amministrativa è finalizzata a verificare se il soggetto controllato abbia o meno violato norme di rilievo penale, essa equivale a tutti gli effetti ad un'attività di polizia giudiziaria".

⁷⁰ Così SCALFATI A., *Trattato di procedura penale*, Assago, 2009, pag. 327. Si veda anche Mazza O., *L'utilizzabilità processuale del verbale di constatazione redatto dalla Guardia di Finanza*, in *Corr. trib.*, 18/2000, pag. 1280 ss. Sul punto la giurisprudenza consolidata ritiene il PVC della Guardia di Finanza "atto amministrativo extraprocessuale" in grado di costituire "prova documentale anche nei confronti di soggetti non destinatari della verifica fiscale" ex art. 234 c.p.p. a condizione che non siano emersi indizi di reato a partire dai quali l'art. 220 disp. att. impone di procedere secondo le modalità del c.p.p.: "la parte del documento redatta successivamente a detta emersione non è utilizzabile" dal punto di vista probatorio. Così, da ultimo, Cass. pen., Sez. III, sent. 20.07.2015, n. 31391, in *Leggi d'Italia*.

⁷¹ In questi termini UBERTIS G., *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in Aa.Vv., *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. Studi in onore di GIULIANO VASSALLI*, Milano, 1991, I, pag. 317 ss.

5.

La notizia di reato quale collegamento tra diritto penale e processo.

L'accento all'equivalenza degli effetti collegati all'emergere degli indizi di reato ed all'acquisizione della notizia di reato impone delle brevi riflessioni su quest'ultimo istituto volte a sottolinearne la funzione di collegamento tra diritto penale e processo quale "momento genetico del procedimento penale"⁷².

Nonostante costituisca un presupposto di fatto esterno al procedimento penale e ad essa sia intitolato il secondo titolo del libro quinto dedicato alle indagini preliminari, proprio ad evidenziarne il ruolo propulsivo, l'ordinamento processuale penale non contiene una definizione di notizia di reato⁷³. Dall'esame dell'istituto è tuttavia possibile sintetizzare due profili di rilevanza: la percezione di un dato (profilo di fatto) e la sua qualificazione come penalmente rilevante (profilo di diritto). Mentre per il primo rileva la "consistenza" della notizia di reato intesa come "livello di corrispondenza a dati effettuali verificati"⁷⁴, il secondo guarda invece al suo "contenuto" ovvero al "grado di conformità ad una fattispecie tipica (reato)"⁷⁵.

Volendo assicurare l'attuazione del principio di legalità di cui all'art. 25 della Costituzione fin dalla genesi del procedimento penale, la notizia di reato deve contenere "enunciati referenziali" corrispondenti agli "enunciati legislativi" di una figura criminosa⁷⁶, come prescritto dall'art. 347 c.p.p. a norma del quale "acquisita la notizia di reato, la polizia giudiziaria, senza ritardo, riferisce al pubblico ministero, per iscritto, gli elementi essenziali del fatto" inteso come fatto tipico⁷⁷.

Nella prospettiva processuale i medesimi elementi costituiscono, ma non esauriscono, l'oggetto della prova di cui all'art. 187 c.p.p. ed il rispetto della legalità probatoria, nei termini sopra accennati, assicurerà la giustizia del processo richiesta dall'art. 111, primo comma, della Costituzione⁷⁸.

⁷² Per l'approfondimento si veda APRATI R., *La notizia di reato, cit.*, pag. 6 ss., nonché ZAPPULLA A., *Notizia di reato (voce)*, in *Enc. diritto*, Annali, V, Milano, 2012, pag. 890, per cui "la notizia di reato si colloca quale primo gradino che, nella scala procedimentale, conduce alla formazione del giudicato, attraverso l'imputazione prima e la sentenza. In tale contesto, la notizia di reato viene comunemente vista, per quel che riguarda il livello di sussunzione di un fatto storico all'interno di una norma incriminatrice, come un *quid minoris* rispetto all'imputazione o alla pronuncia di condanna, che presuppongono una diretta e totale coincidenza fra concreta ricostruzione storica e astratta fattispecie penale".

⁷³ Sul tema si rinvia a SPANGHER G., *La pratica del processo penale*, II, Padova, 2012.

⁷⁴ Così PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità, cit.*, pag. 531. In senso conforme APRATI R., *La notizia di reato, cit.*, pag. 8, per cui non si tratta di "un'attività valutativa, ma di semplice constatazione [né, in questa fase] deve essere effettuato quel giudizio, seppur prognostico, di conformità. Se, infatti, la notizia di reato rappresenta l'*incipit* e solo dopo che essa sia stata iscritta il pubblico ministero e la polizia giudiziaria sono autorizzati a compiere le indagini preliminari (ad esempio sono illegittime le perquisizioni per ricercare una notizia di reato), si comprende come sia impossibile stimare la consistenza di alcunché [...] perché è la volontà del legislatore a rinviarla ad un successivo momento processuale", quale la valutazione sull'infondatezza dell'accusa ai fini della richiesta di archiviazione, ex art. 125 disp. att. c.p.p..

⁷⁵ Si tratta del risultato di una valutazione, dovendosi "appurare se il dato di cui si ha cognizione sia contenuto in una delle fattispecie incriminatrici dell'ordinamento. In altre parole, quanto costituisce oggetto dell'informazione appresa dagli organi investiganti deve in qualche modo ricondursi a una norma penale". Così APRATI R., *La notizia di reato, cit.*, pag. 9.

⁷⁶ In questi termini FERRUA P., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in FERRUA P.-GRIFANTINI F.M.-ILLUMINATI G.-ORLANDI R., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010 pag. 296 ss.

⁷⁷ Costituisce notizia di reato "la mera apprensione di avvenimenti concreti corrispondenti al frammento più significativo di una norma incriminatrice, quello in cui si incentra l'offesa al bene giuridico: la condotta e, in aggiunta o in alternativa a quest'ultima, l'evento naturalistico". Così APRATI R., *La notizia di reato, cit.*, pag. 10. Affinché vi sia una notizia di reato, è necessario rilevare una fattispecie concreta obiettivamente riconducibile, in assenza di ogni giudizio di valore complementare (antigiuridicità, dolo), ad una ipotesi riconoscibile come fattispecie di reato". Così Cass. pen., Sez. VI, sent., 13.03.2014, n. 12021, in *Leggi d'Italia*.

⁷⁸ La rilevanza costituzionale del giusto processo ha modificato lo scenario della circolazione del materiale probatorio dalla sede amministrativa al processo penale perché la nuova formulazione dell'art. 111 Cost. impone di ripensare "i delicati equilibri fra prova preconstituita e prova costituenda" alla luce dei principi costituzionali della legalità processuale e del contraddittorio nella formazione della prova. Per queste riflessioni si rinvia a MAZZA O., *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa, cit.*, pag. 1525.