

Ordinanza del BVerfG 27 gennaio 2023 2 BvR 1122/22*

Pubblicato: 31 luglio 2024

Il BVerfG (*Bundeferfassungshof – Corte Costituzionale Federale*) ha emesso la seguente ordinanza sul ricorso costituzionale contro l'ordinanza del BGH (*Bundesgerichtshof – Corte Federale*) del 6 aprile 2022 e la sentenza del tribunale del Land Bonn del 21 giugno 2021:

Il ricorso non è ammesso a decisione Consequentemente la richiesta di provvedimento d'urgenza resta priva di oggetto

Motivi:

Il ricorrente censura, con la doglianza di essere stato leso nel suo diritto alla decisione di un giudice stabilito dalla legge ex art. 101.1 GG attraverso la sua condanna penale per reati tributari. Il suo ricorso ha per oggetto una sentenza penale del Landgericht Bonn del 1° giugno 2021 e un'ordinanza del BGH del 6 aprile 2022.

I

La procura di stato di Colonia conduceva diverse indagini per possibili reati in relazione all'acquisto di azioni nel giorno di distribuzione dei dividendi (cd. negozi cum – ex). In un primo processo dovevano rispondere dinanzi al Landgericht di Bonn per partecipazione a più reati tributari due operatori di borsa britannici. Il Landgericht li condannava a pene detentive, la cui esecuzione veniva condizionalmente sospesa, nel marzo 2020. Nell'estate 2021 il Primo Senato BGH rigettava la domanda di revisione proposta contro la sentenza (BGH, sentenza del 1° Senato del 28 luglio 2021 – 1StS 519/20 – BGSt 66, 182 e segg.).

Nei motivi scritti della sentenza il Landgericht faceva riferimento in diversi passaggi al ricorrente e alla sua posizione in una banca che aveva partecipato allo sviluppo dei negozi cum – ex. Esso osservava che il ricorrente avrebbe intenzionalmente partecipato con altre persone alla commissione *contra legem* di reati tributari. Non sussisterebbero ragionevoli dubbi sul fatto che il ricorrente ed un socio della banca fossero stati consapevoli, già nel 2007, dell'area di efficacia dei negozi cum – ex e che i profitti realizzati fossero fondati, nel loro risultato, sul fatto che venisse fatta valere la contabilizzazione di un'imposta che non gravava, né sulla banca, né sui clienti di questa. Entrambi questi soggetti avrebbero consapevolmente esposto deduzioni equivalenti nelle dichiarazioni fiscali. Il ricorrente ed il suo operatore non avrebbero avuto al riguardo, secondo il convincimento del collegio, soltanto la comune possibilità di sapere di commettere un'illecita valutazione fiscale assistiti da un comune avvocato specializzato. Per questo si sarebbero rassegnati al fatto che la successiva contabilizzazione fiscale non avrebbe potuto dar luogo all'indebita detrazione.

Nel caso in cui uno degli operatori di borsa condannati abbia partecipato ai reati commessi, questi dovrebbe essere perseguito sulla base di un programma comune col ricorrente, specificamente perseguito e l'avvocato specificamente incaricato.

* Traduzione di Enrico Altieri – agosto – settembre 2023

2. a) Nel maggio 2020 la procura di stato incriminava il ricorrente ed altre tre persone di reati connessi con operazioni cum – ex dinanzi al Landgericht di Bonn. Secondo il programma di riparto delle operazioni la stessa sezione veniva chiamata a decidere sull'accusa che aveva avuto luogo prima della sentenza contro gli operatori di borsa. Il presidente della sezione ed un altro giudice, che era previsto come relatore nel procedimento contro il ricorrente, avrebbero partecipato alla sentenza penale contro gli operatori di borsa.

b) Successivamente all'apertura della trattazione principale e all'ammissione di questo – ma prima dell'inizio della trattazione principale – il ricorrente ricusava il presidente e il relatore per interesse nella causa. Sarebbe stata fondata l'ipotesi motivata secondo cui questi giudici non sarebbero stati imparziali nei suoi confronti ed avrebbero avuto un interesse nella causa perchè erano stati già parti nel procedimento contro il ricorrente.

All'inizio del novembre 2020 il Landgericht rigettava perché infondata, senza motivazione, la domanda di ricusazione del ricorrente. Esso osservava che la sfiducia per difetto d'imparzialità del giudice che aveva rigettato non sarebbe stata giustificata dal punto di vista di un imputato ragionevole nella valutazione esistente dei fatti a lui noti, non solo perché questi avevano cooperato in un iniziale procedimento penale, nel quale avessero assunto gli stessi comportamenti di quello presente. Un diverso giudizio sarebbe stato adottato solo se si fossero verificate speciali circostanze, e la decisione iniziale avesse contenuto, ad esempio, giudizi di fatto inutili ed inesatti. Il ricorrente non avrebbe, però, dedotto tali affermazioni difformi dalla realtà e non necessarie commesse dal giudice *a quo*. Tali particolari situazioni non emergono dalla stesura della sentenza di per se stessa, non si possono trarre dai passaggi della sentenza citati e non possono emergere neanche considerando nel loro complesso i motivi della sentenza.

3. a) La trattazione principale contro il ricorrente aveva avuto inizio nella metà del novembre 2020 ed era durato fino al giugno 2021. Il ricorrente chiedeva di esaminare nuovamente un teste già sentito dal tribunale perché riteneva che questi avrebbe reso dichiarazioni difformi da quelle rese nell'iniziale processo cum – ex. Il 23 febbraio 2021 il presidente dichiarava nel processo quanto segue:

Quindi non c'è ancora un punto – che ella abbia accennato, Signore (avvocato) nelle sue conclusioni sulle prove; ella non avrebbe costruito nella sua domanda di prova un argomento, secondo cui [il teste] avrebbe reso qui una falsa dichiarazione – spero, io la riporto ora specificamente – riguardo al fatto che questi, nel nostro esame abbia dichiarato qualcosa di diverso del suo esame di un anno fa e di quando era qui presente. Ella avrebbe, perciò, contestato qualcosa – diversamente da quanto qui dichiarato dal teste – sulla base di un verbale stenografico a noi ignoto sull'esame del presente processo.

Non tutti qui in aula – e precisamente soltanto quei pochi, e cioè il relatore ed io – hanno allora seguito l'esame [de teste]. La procura di stato era talvolta rappresentata da una funzionaria, altre volte da altri. Non so ora chi fosse presente nei giorni di trattazione.

Io ricordo qualcosa di diverso da quello che Ella ha dedotto, e cioè che [il teste], in sede di esame nel primo giorno di trattazione è stato esaminato più volte e ha reso dichiarazioni in più occasioni.. Io voglio seguirlo e la pregherò semplicemente – se può – di esibirmi una volta per tutte interamente questo verbale stenografico, in modo che possa accertare questo in modo corretto. Ciò perché a questo mira anche la sua richiesta probatoria. E sarebbe certamente sensato aver ciò in termini precisi.

b) Quindi la trattazione veniva proseguita. Il 24 febbraio 2021 aveva luogo un altro giorno di udienza. Il giorno di udienza del 2 marzo 2021 il ricorrente accettava la proposta del presidente di chiedere la sospensione del procedimento, Il giudice avrebbe fatto riferimento ai suoi ricordi di un teste, perché, secondo il § 22 cod.proc.pen. (*in tedesco, Strafprozessordnung – StPO*) egli sarebbe escluso per legge dalla cooperazione nel presente procedimento.

Il Landgericht rigettava questa richiesta con ordinanza del 9 marzo 2021. Avrebbe potuto osservarsi se la domanda ai sensi del § 26 a n.1 cod.proc.pen. avrebbe potuto essere differita perché la trattazione principale sarebbe proseguita dopo il rinvio alla stessa data e proseguita in un altro giorno di udienza, senza che fosse proposta una relativa richiesta di ricusazione. La domanda di ricusazione sarebbe comunque immotivata. Il motivo di esclusione del § 22 n.5 cod.proc.pen. non ricorrerebbe perché il giudice non sarebbe stato sentito come teste. Il riferimento del giudice al suo ricordo non darebbe luogo all'applicazione neanche della regola dell'interessamento, perché sarebbe evidente per ogni parte ragionevole del processo che il giudice non abbia voluto affermare l'oggetto della valutazione della prova, ma abbia solo voluto affermare se sussistesse una ulteriore necessità di dichiarazione riguardo alla domanda di prova. È evidente, in proposito, che il presidente della sezione abbia lasciato senza risposta una precedente deduzione sul teste con l'osservazione che egli avrebbe tratto un suo ricordo dal procedimento e non abbia voluto assumere un criterio sull'ammissibilità del rifiuto.

c) Il 1° giugno 2021 il Landgericht condannava il ricorrente per cinque ipotesi di evasione fiscale ad una pena detentiva complessiva di cinque anni e sei mesi. Nei motivi della sentenza la sezione premetteva in diversi punti che essa non avrebbe affrontato né la risoluzione del problema del perseguito amministratore della banca né quale idea del ricorrente vi sarebbe stata nella sottoscrizione delle dichiarazioni fiscali.

4. a) Il ricorrente impugna questa sentenza con la revisione. Egli fa valere, fra l'altro, che le domande sulla predisposizione e sul riferimento del presidente alle domande fondate sul cointeressamento sarebbero state disattese a torto perché sussisterebbe il motivo di revisione del § 338 n.3 cod.proc.pen. Al riguardo il ricorrente argomenta con una sentenza del 16 febbraio 2021 emessa dalla Corte per i Diritti dell'Uomo (CEDU, Meng c. Germania, sentenza del 16 febbraio 2021, n. 1128/17).

b) Il procuratore generale federale presso il BGH chiedeva il rigetto della revisione. Nella sua istanza scritta egli partiva, fra l'altro, dalla considerazione che nessuna domanda di irrilevanza sarebbe stata disattesa illegittimamente. Sarebbe stato, quindi, necessario negare accoglimento alle pronunce basate su questo.

Il fatto che i giudici ricusati avrebbero già cooperato alla pronuncia della sentenza contro il ricorrente non fonderebbe l'applicazione della regola sull'interessamento. Non ricorrerebbero speciali circostanze, che consentirebbero di limitare il preinteressamento alla mancante comune prevenzione dei giudici. Il tribunale non avrebbe potuto risparmiarsi dall'esaminare il comportamento del ricorrente nel procedimento sugli aiuti nel contesto cum – ex perché lo stesso ricorrente avrebbe sottoscritto, insieme agli altri, le determinanti dichiarazioni fiscali. La sentenza non conterrebbe, comunque, accertamenti superflui sugli atti del ricorrente.

La censura di cointeressamento contro il presidente della sezione sarebbe stata inammissibile per la sua proposizione all'udienza del 23 febbraio 2021 perché sarebbe stata proposta in ritardo. La trattazione principale sarebbe, infatti, proseguita senza che venisse proposta oltre a questa istanza una fondamentale domanda di ricusazione. Il ricorrente avrebbe, così, esercitato la ricusazione senza ritardo, nel senso del § 25.2 parte 1 a – n.2 cod.proc.pen. Egli non ha indicato ragioni favorevoli a che la collocazione dell'istanza di ricusazione sarebbe stata ancora tempestiva ai sensi del § 26.2.1 cod.proc.pen. Nel resto la richiesta sarebbe anche immotivata, perché, secondo un ragionevole esame della dichiarazione del presidente della sezione non può affermarsi che questi avesse voluto rendere la dichiarazione sul piano privato e, non decidendo sulla domanda di prova assumere un convincimento sul fondamento della decisione tratto dal processo preliminare. Il significato della dichiarazione sarebbe, piuttosto, consistito nel lasciare al tribunale la gestione dell'acquisizione di atti che avrebbero consentito a queste conclusioni sulla credibilità del testimone e sulla sua attendibilità nel senso stretto della prova delle dichiarazioni da lui rese, di modo che il tribunale potesse formarsi una propria opinione, solo sulla base di questi atti, sul se al riguardo sussistesse una necessità di dichiarazione. Un tale comportamento non darebbe luogo alla necessità di applicazione

della regola sul cointeressamento. Non sarebbe concepibile che nei confronti di questo motivo dell'istanza di ricasazione, che il giudice ricasato abbia voluto dare ad intendere con un proprio desiderio di rinuncia, di non dare seguito alla – prospettata – contraddizione nella dichiarazione del teste. Alla domanda di revisione il presidente della sezione non avrebbe obiettato nella pendenza del procedimento una critica sull'attività defensionale, nonostante la sua conoscenza come privato derivante dal precedente svolgimento del processo, per cui non vi sarebbe alcuna ragione a favore di un cointeressamento. Ciò varrebbe anche se il ricorrente obiettasse che il presidente avrebbe tentato, col suo comportamento, di distanziarsi dagli accertamenti della sentenza: entrambe le censure ricadrebbero, piuttosto in quella di prevenzione del giudice.

c) Il ricorrente censurerebbe in questa istanza scritta, nell'essenziale, precisando che avrebbe inteso approfondire la sua richiesta sul senso della sentenza CEDU del 16 febbraio 2021.

Con ordinanza del 6 aprile 2022 secondo il § 349.2 cod.proc.pen. la 1 a sezione penale del BGH rigettava l'istanza di revisione del ricorrente, I motivi dell'ordinanza integrano la richiesta motivata del Procuratore Generale solo su deduzioni sulla decisione di legittimazione passiva (cfr. BGH, ordinanza del 1° senato penale del 6 aprile 2022) Il 1° Senato penale rigettava il 29 luglio 2022 un'ulteriore censura di legittimazione passiva proposta successivamente.

II

Il ricorso costituzionale ha per oggetto la sentenza penale del Landgericht Bonn e la decisione sulla revisione del BGH. Il ricorrente fa valere una lesione del suo diritto alla decisione del giudice stabilito dalla legge.

Con riferimento alla giurisprudenza della CEDU egli deduce, in sostanza, che il presidente e il relatore sarebbero stati a lui sfavorevoli in modo non condivisibile, perché questi giudici avrebbero già preso parte al processo contro l'operatore di borsa, condannato come concorrente del ricorrente. In numerosi passaggi – indicati specificamente dal ricorrente – della precedente sentenza il tribunale avrebbe esposto un giudizio definitivo sulla sua colpevolezza, quantunque ciò non fosse stato necessario sul piano giuridico -sostanziale né sussistesse in proposito un imperativo processuale. La precedente sentenza conterrebbe eccessive affermazioni sulla colpevolezza del ricorrente. Il Landgericht non avrebbe certamente dovuto condurre il processo contro i concorrenti prima del processo contro di lui. Sarebbe stato evidente che le deduzioni accusatorie proposte contro gli autori principali dovevano essere attese e produrre un vincolo per i procedimenti. Sarebbe del resto casuale che il Landgericht, nella sentenza contro il ricorrente, si sia riferito espressamente alle dichiarazioni su notizie di altre persone, in particolare dell'amministratore della banca. La sezione avrebbe manifestamente, in tal modo, già posto conseguenze in base alla giurisprudenza attuale della CEDU.

Il ricorrente deduce, inoltre, che – anche se egli abbia già formulato, in data 23 febbraio 2021, censure di rilevanza costituzionale contro la sentenza per cointeressamento del presidente della sezione per le sue dichiarazioni – questa vicenda processuale renderebbe evidente il difetto d'imparzialità del presidente della sezione.

III

Il ricorso costituzionale non è ammesso a decisione perché non ricorrono i presupposti di cui al § 93 a.2 legge sul BVerfG. Il ricorso costituzionale non possiede rilevanza fondamentale. Il suo accoglimento non è neanche necessario per l'attuazione dei diritti del ricorrente. Al ricorrente non è stato sottratto il giudice legale nel senso dell'art. 101.1.2 GG. (*Grundgesetz, legge fondamentale, costituzione*).

1. a) La garanzia della decisione da parte del giudice legale ex art. 101.1 parte 2 GG deve evitare il pericolo che la giustizia, attraverso una manipolazione degli organi giurisdizionali, venga abbandonata, nel singolo caso, ad un reale influsso esterno. Deve essere evitato che, attraverso una scelta del giudice chiamato alla decisione – non importa di quale settore – il risultato di questa possa essere influenzato (cfr. BVerfGE 17, 294 <299>; 48, 248 <254>; 82, 286 <296>; 95, 322 <327>). Deve così essere assicurata l'indipendenza della giurisprudenza e la fiducia di chi chiede giustizia e del pubblico nella natura apartitica e nella obiettività della giurisprudenza (cfr. BVerfG, ordinanza del secondo Senato dl 16 dicembre 2021 – 2 BvR 2076 /21).

Inoltre l'art. 101.1 parte 2 GG ha un contenuto sostanziale di garanzia. La norma costituzionale garantisce che la giustizia, attraverso una manipolazione degli organi giurisdizionali, non venga influenzata da effettivi influssi esterni. La norma costituzionale è orientata nel senso che il soggetto che chiede giustizia nel singolo caso si trovi dinanzi ad un giudice che sia indipendente ed imparziale e che sia destinato a garantire la neutralità e la distanza nei confronti delle parti del procedimento. Il legislatore deve perciò, sotto il profilo sostanziale, curare che nel singolo caso l'organico giudiziale non sia occupato da giudici che stiano nei confronti del caso controverso oggetto della decisione con la necessaria distanza professionale di un soggetto imparziale e neutrale. I requisiti sostanziali della garanzia costituzionale impongono al legislatore di prevedere regolamentazioni che rendano possibile che un giudice, che nel singolo caso non garantisce l'imparzialità, sia escluso dall'esercizio di un incarico d'ufficio, e comunque la sua esclusione in una procedura di ricasazione.

b) L'art.101.1 parte 2 GG garantisce, conseguentemente, un diritto soggettivo ad una decisione del giudice legale (v. BVerfG, ord. del secondo Senato del 16 dicembre 2021 . 2 BvR 2076/21. Attraverso questa garanzia, equiparata a un diritto fondamentale, il BVerfG non viene, però, sottoposto ad un organo di controllo che debba correggere l'errore procedimentale basato sulla competenza del tribunale adito. Una "sottrazione" al giudice legale da parte della giurisdizione speciale, alla quale incombe l'applicazione delle discipline sulla competenza non può essere ravvisata in ogni errata applicazione del diritto perché, diversamente, ogni errata applicazione del diritto comune dovrebbe parimenti essere considerata come violazione costituzionale. Il BVerfG nega, perciò, l'interpretazione e l'applicazione di norme sulla competenza solo quando le stesse, secondo una concezione ragionevole, delle idee determinanti della costituzione, non sembrano più prospettabili, siano manifestamente insostenibili o vengano disconosciuti il significato e la portata della garanzia dell'art.101.1 parte 2 GG. Il BVerfG non muove contestazioni contro decisioni – non arbitrarie – sulla determinazione del tribunale o del giudice competente (cfr. BVerfGE 7, 327<329>).

c) La questione giuridico – costituzionale qui da risolvere concerne l'interpretazione ed applicazione delle regole sulla parzialità e quindi l'interpretazione ed applicazione di regole che, con la finalità stabilita con l'art.101.1 parte 2 GG, sono destinate a garantire, anche nel caso concreto, la neutralità e la distanza del giudice designato alla decisione. Il BVerfG non verifica, al riguardo, se sussista effettivamente il presupposto della parzialità, ma soltanto se la decisione di un Landgericht di rigettare o non prendere in considerazione una domanda di ricasazione e il controllo della decisione del Landgericht da parte del BGH nel procedimento di revisione, secondo i principi del diritto sul ricorso siano stati arbitrari o abbiano violato in modo specifico il diritto costituzionale (v. in proposito ordinanza del BGH, 3° senato penale, del 18 maggio 2022 – 3StR 181/21. punto 58). Se la decisione di un tribunale si basa su un arbitrio, e cioè su un caso di grande equivoco o di applicazione molto grandemente errata del diritto legislativo, o se essa mette in vista che un tribunale disconosce, in principio, significato e portata della garanzia costituzionale dell'art. 101.1 parte 2 GG può essere affermato in base delle circostanze del relativo singolo caso (BVerfG, ordinanza della seconda sezione del secondo Senato, 16.12.2021 – 2 BvR 2113721 – punto 30).

2. Applicando questi criteri, al ricorrente non è stato sottratto il giudice legale ai sensi del-

l'art.101.1 parte 2 GG. Le decisioni impugnate sono espressione della costante giurisprudenza del BGH sulla parzialità per prevenzione (a), che non contrasta né con concetti giuridici costituzionali (b), né con concetti giuridici di trattati (c). Ove il BGH – seguendo l'argomentazione del Procuratore Generale – ha respinto nel caso concreto la censura di parzialità contro il presidente della sezione penale, la sezione penale non ha ignorato, sul piano del diritto sulla revisione, la censura di parzialità rivolta contro il presidente della sezione penale ed ha negato, per il ricorrente, una sottrazione lesiva del suo diritto ai sensi dell'art.101.1 parte 2 GG.

a) Una decisione preliminare del giudice della causa che concerna l'oggetto del procedimento non dà luogo, secondo la giurisprudenza del BGH, né all'esclusione automatica del giudice dall'esercizio del suo ufficio nell'ulteriore procedimento (aa), né fonda necessariamente la situazione di parzialità (bb).

aa) Secondo la concezione del diritto penale il giudice della cognizione non è escluso automaticamente, salvo casi eccezionali, la partecipazione nell'ulteriore procedimento. Il ricorrente non fa qui valere che ricorra uno dei casi di eccezione previsti dalla legge, né un tale contesto è di per se stesso rivelatore in tal senso. Mentre il ricorrente si è limitato a riferirsi, nel procedimento di revisione, al motivo di esclusione di cui al § 22 n.5 cod.proc.pen., egli non ha rinnovato espressamente quest'affermazione processuale nel ricorso costituzionale.

bb) Poiché i motivi di esclusione disciplinano in via definitiva, nel codice di procedura penale, la questione della parzialità, la partecipazione precedente di un giudice in altri contesti processuali non è di regola, secondo la costante giurisprudenza del BGH, un'ipotesi atta a fondare una situazione di parzialità nel senso del § 24.2 cod.proc.pen., devono intervenire speciali circostanze che giustificano tale situazione (giurisprudenza costante: v. BGH ordinanza del 1° senato penale del 10 agosto 2005 – 5 StR 180/05; sentenza del 1° Senato penale del 30 giugno 2010 – 2 StR 455/09). Ciò vale non solo per la partecipazione precedente a decisioni incidentali nello stesso procedimento, ad es. nella partecipazione all'ordinanza di apertura o a decisioni di arresto, ma anche per la partecipazione di un giudice della cognizione a processi contro altri concorrenti nella stessa vicenda (cfr. BGH, ordinanza del 3° Senato penale del 18 maggio 2022 – 3 StR 181 /21 – punto 48).

b) Questa giurisprudenza non deve essere contrastata sul piano giuridico-costituzionale. Il diritto processuale tedesco è dominato dall'idea che un giudice possa essere non prevenuto sulla decisione di una causa anche quando abbia reso già prima una sentenza sulla stessa vicenda (v. BVerfG 330,149 < 153 e seg.>). Sono perciò necessarie particolari circostanze per affermare la prevenzione di un giudice sulla base della sua mancata neutralità. Solo se viene arbitrariamente rigettata un'istanza di accertamento di prevenzione il giudice viene sottratto all'imputato ai sensi dell'art. 101.1 parte 2 GG.

c) Questi criteri sono conformi con la CEDU che deve essere applicata a titolo interpretativo ausiliario per la configurazione di contenuto ed ampiezza dei diritti fondamentali anche se non è imposto un parallelismo schematico degli imperativi della legge fondamentale con quelli della CEDU. Con l'adesione alla CEDU le decisioni di principio della Corte CEDU devono essere prese in considerazione anche quando non abbiano ad oggetto lo stesso oggetto della lite, poiché alla corte CEDU spetta anche sul singolo caso concreto una funzione effettiva di orientamento e di guida. La qualificazione della giurisprudenza della Corte CEDU come supporto interpretativo secondo l'art. 1.2 GG sul caso concreto serve, inoltre, a far creare nel modo il più possibile integrale le garanzie della CEDU nella Repubblica Federale di Germania e può anche fornire un aiuto per evitare pregiudizi di questa a causa della Corte CEDU.

La Corte CEDU sollecita l'imparzialità giuridica il giudice chiamato alla decisione con un giusto procedimento ex art. 6.1 CEDU e considera questo come parte essenziale dell'imparzialità (giur. costante, v. Corte CEDU, Schwarzenberger c. Germania, sentenza del 10 agosto 2006 n. 75737/01, § 38; Bezek c. Germania, decisione del 21 aprile 2015 n. 4211712, Meng c. Germania, sentenza del 16 febbraio 2021 n. 1128/17. Essa non controlla solo sulla base di criteri soggettivi, partendo dal

convincimento personale dal comportamento di un determinato giudice in una determinata causa, se il giudice abbia osservato la garanzia che tutti gli scopi prestabiliti siano stati conseguiti. Esso si basa anche su criteri oggettivi e controlla se il giudice abbia dato una sufficiente garanzia a che tutti i dubbi siano scolti. (giurispr. costane v. la prima sentenza sopra citata, § 38; Kriegisch c. Germania, sent. 23 novembre 2010 n. 21698/06; sentenza Meng c. Germania, § 44).

Anche secondo la giurisprudenza della Corte CEDU non è sufficiente solo il fatto che un giudice abbia svolto una trattazione su una questione di fatto, analoga ma indipendente o in uno specifico processo penale contro un coimputato per fondare dubbi sull'imparzialità di questo giudice in una causa successiva (giurispr. costante; v., oltre alle già citate sentenze, anche Mucha c. Slovacchia, 25 novembre 2021, n. 63703/19, § 49). Se, d'altra parte, un tribunale, in una precedente sentenza senza necessità giuridica ha deciso in modo dettagliato sul ruolo del successivo imputato che la precedente sentenza debba intendersi nel senso che il tribunale abbia ritenuto presenti tutti i criteri necessari per la realizzazione di una fattispecie penale, secondo la giurisprudenza della Corte CEDU possono esservi oggettivi dubbi sull'imparzialità del tribunale (giurispr. costante; v. la già citate sentenze della Corte CEDU Kriegisch c. Germania e Meng c. Germania). Essa ritiene possibile tale dubbio particolarmente quando un giudice statale, non solo ha descritto i fatti che concernono un autore successivamente incriminato ma inoltre il suo comportamento, senza che, al riguardo, abbia giuridicamente valutato se vi fosse stata una necessità (v. sentenza Corte CEDU Meng c. Germania, § 48).

La Corte CEDU ritiene, inoltre, che in procedimenti penali complessi con più parti, che non possono essere giudicate contemporaneamente in un unico processo, per il giudizio sulla colpevolezza della persona non giudicata può essere inammissibile che il tribunale penale faccia riferimento alla partecipazione di terzi contro i quali, ove possibile, viene condotto più tardi un distinto processo (v. sentenze Corte CEDU Meng, § 47; Mucha § 68; con riferimento all'art. 6.2 CEDU, Karaman c. Germania, 27 febbraio 2014, n.17103/10, § 64). Essa ha esplicitamente affermato che i tribunali penali, anche in contesti in cui devono accertare per quanto possibile fatti precisi e decisivi -ivi compresi quelli relativi alla partecipazione di terzi – e non possono decidere con mere affermazioni o presunzioni (v. sentenza Corte CEDU Mucha . c. Slovacchia, § 58). Essa indica come parte del controllo anche se e in quale misura la colpevolezza del ricorrente debba essere valutata. Essa ha ritenuto inesistente la necessità che il giudice non sia stato parziale quando il tribunale decidente non ha deciso successivamente di aver ritenuto necessaria una nuova prova nel secondo procedimento, in particolare se dalla sentenza nel successivo procedimento risulta una nuova valutazione della prova secondo cui la valutazione decisiva ha avuto luogo sulla base dei mezzi di prova dedotti nel nuovo procedimento e a questo appartenessero novi argomenti (v. Corte CEDU, sent. Kriegisch c. Germania; sent. Meng, § 50).

d) Non sarebbe censurabile sul piano giuridico – costituzionale il fatto che il BGH abbia rigettato l'istanza di revisione. Anche con riguardo alla garanzia dell'art.6.1 e 2 CEDU è esclusa una sottrazione che leda il ricorrente nel suo diritto ex art. 101.1 parte 2 CEDU.

aa) Sul piano giuridico – costituzionale si deve ricordare, invece, che la competente sezione era dell'avviso che nel presente, complesso procedimento penale si potesse giudicare come in un procedimento contemporaneo. Già le sentenze prodotte dal ricorrente precisano che alle operazioni dal contesto cum – ex avevano partecipato numerosi incaricati di diverse banche, in diverso rapporto tra loro e in differenti contesti di casi. Un singolo processo contro tutte queste persone avrebbe, in particolare, gravato oltre misura i partecipanti di contributi di fatto per la sua lunghezza e non sarebbe stato compatibile con l'imperativo della rapidità. L'obiezione del ricorrente, secondo cui il tribunale avrebbe dovuto verificare, per il primo processo contro persone la cui partecipazione come ausiliari ai sensi del § 27.1 cod.proc.pen., se occorresse attendere, anche fino all'esito del giudizio contro le persone ritenute autori principali, non coglie perciò nel segno.

bb) L'argomentazione dell'Avvocato Generale federale, la cui richiesta motivata di rigetto è stata condivisa dal tribunale della revisione sarebbe stato inevitabile accertare il contributo fattuale del ricorrente nei primi processi cum – ex e valutare giuridicamente, in modo adeguato al motivo sulle

garanzie dell'art.101.1 parte 2 GG – art.6.1 e 2 CEDU se queste dessero luogo a critiche di diritto costituzionale o convenzionale.

- (1) D'accordo col Landgericht occorre prendere come punto di partenza la considerazione che gl'imputati del procedimento iniziale furono accusati e condannati, fra l'altro, per un sostegno all'evasione fiscale. In questo processo contro gli operatori di borsa non sia sarebbe potuto rinunciare ad accertamenti sulla sussistenza di un fatto antigiuridico presupposto e cioè dei fatti decisivi – anche quelli relativi alla partecipazione di terzi – non con l'enunciazione di mere affermazioni o presunzioni (v. sentenze Corte CEDU Mucha .c. Slovacchia, § 58; Karaman c. Germania, § 64).
- (2) Nell'accertamento che uno dei primi imputati abbia prestato sostegno la ricorrente nel suo inadempimento fiscale intenzionale e antigiuridico il Landgericht – osservando prescrizioni giuridiche convenzionali (v. sent. Meng, § 49) si è riservato l'accertamento se il ricorrente avesse agito intenzionalmente. Esso ha rilevato che un comportamento colpevole dell'autore (principale) – diversamente da una condotta conforme alla fattispecie ed antigiuridica – secondo il principio dell'accessorietà limitata della partecipazione affermato nel § 27.1 cod.proc.pen. – non è presupposto della punibilità dell'aiuto.
- (3) Il riferimento del ricorrente al fatto che spesso sia stato fatto il suo nome nella precedente sentenza sul contesto cum – ex non è già sostenibile in considerazione della lunghezza della sentenza in questione. Dove il ricorrente fa riferimento a situazioni in cui il tribunale, secondo il suo avviso, ha ritenuto la sua colpevolezza, questo non è desumibile dai passaggi citati, perché il tribunale, invero, – compiendo l'accertamento necessariamente in censura sull'ausilio – ha discusso sulla parte fattuale interna del ricorrente ma non sulla sua colpevolezza.
- (4) In contrasto alle deduzioni del ricorrente non si sarebbe potuto rinunciare nel precedente processo penale alla sua dichiarazione sul suo ruolo nel contesto cum – ex neanche perché, all'infuori di lui, un ulteriore partecipante fattuale ha sottoscritto le relative dichiarazioni fiscali e perciò, comunque, non ha commesso un fatto principale antigiuridico punibile. A lui può essere opposto che in questo modo ogni autore principale potrebbe qualificare come irrilevante la rappresentazione del suo contributo fattuale e non la potrebbe qualificare come irrilevante con riferimento ad altri autori, così che il tribunale, soprattutto, non potrebbe più affermare, nel risultato, l'esistenza di un'azione fattuale. Ciò entrerebbe in contrasto con la circostanza che per lazione di aiuto si deve accertare quale fatto intenzionale ed antigiuridico necessariamente in modo determinante per la valutazione che è stata imposta nel procedimento contro gli ausiliari.
- (5) Un'implicazione costituzionalmente censurabile del giudice di cognizione non si può trarre dal fatto che il Landgericht nella sentenza contro gli operatori di borsa non ha descritto più in generale il fatto principale intenzionale antigiuridico e ha lasciato aperta la descrizione dell'autore principale. Il ricorrente, è vero, afferma a ragione che la condanna di un concorrente nel relativo procedimento è possibile quando resta ignota l'identità dell'autore principale. Nel procedimento in esame, però, proprio l'identità degli autori principali, e in particolare la loro posizione professionale e le loro conoscenze erano determinanti per la valutazione – nel procedimento per le contestazioni mosse contro gli aiuti – dell'atteggiamento degli autori principali.
- (6) Anche la valutazione che, secondo l'avviso del ricorrente, fa riferimento alla omissione di una valutazione sul ruolo del possibile, ulteriore principale nei motivi della sentenza in esame non consente di concludere che le osservazioni del tribunale, nella sentenza contro sull'azione del ricorrente siano in contrasto con e che quelle dei partecipanti condannati vadano al di là della misura necessaria. Secondo gli accertamenti del Landgericht il ricorrente avrebbe svolto difese su tutte le caratteristiche dell'evasione fiscale come se questa fosse di proprio pugno, come autore, in quanto aveva sottoscritto le relative dichiarazioni fiscali. Nulla di decisivo può affermarsi, in questo contesto, sugli atti di possibili complici.

cc) La censura dedotta col ricorso costituzionale, secondo la quale il riferimento del presidente ai suoi ricordi sull'esame di un teste in precedenti procedimenti darebbe fondamento a speciali circostanze, che adempirebbe alla necessità di prova dell'implicazione è una deduzione, in ogni caso, da rifiutare. Il ricorrente disconosce il criterio di controllo applicabile quando vorrebbe conseguire, nel risultato, una nuova valutazione delle circostanze che dimostrerebbero un'implicazione e delle circostanze a favore di un'implicazione. Oggetto del controllo del BVerfG non è l'implicazione di un giudice come tale ma – secondo il criterio dell'arbitrio (v. supra, punto 25) la conseguenza se i provvedimenti impugnati siano compatibili con una domanda d'implicazione del ricorrente, e se il controllo di questa decisione da parte del tribunale di revisione sia rispettoso delle garanzie degli artt. 101.1 parte 2 Gg e 6.1 CEDU.

IV

Per il non accoglimento del ricorso la richiesta di un provvedimento d'urgenza resta priva di oggetto.

V

Si prescinde da una ulteriore motivazione secondo il § 93 d.1.2 legge sul BVerfG.

Kessel – Wulf Wallrabenstein Offenloch