

8982/11

ACR

82

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.

Camera di Consiglio
del 27.1.2011

Dott. Guido	De Maio	Presidente
Dott. Silvio	Amoresano	Consigliere
Dott. Giulio	Sarno	Consigliere
Dott. Luca	Ramacci	Consigliere
Dott. Santi	Gazzara	Consigliere

Sentenza
N. 176

Registro Generale
N.28702/2010

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

- 1) nato il
- 2) nato il
- 3) nato il

avverso l'ordinanza del 17.6.2010
del Tribunale di Pistoia

sentita la relazione fatta dal Consigliere Silvio Amoresano

sentite le conclusioni del P. G., dr. Guglielmo Passacantando,
che ha chiesto rigettarsi il ricorso

sentiti i difensori, avv. ti Marco Miccinesi e Pier Matteo
Lucibello, che hanno concluso per l'accoglimento del ricorso



AA

OSSERVA

1) Con ordinanza in data ~~16~~ 17 giugno 2010 il Tribunale di Pistoia rigettava la richiesta di riesame, proposta nell'interesse di Giusfredi Andrea, avverso il provvedimento del GIP del 17.5.2010, con cui era stato disposto il sequestro preventivo di quattro unità immobiliari appartenenti ai predetti, indagati per il reato di cui all'art.5 D.L.vo 74/2000.

Premetteva il Tribunale che, nel corso di una verifica fiscale nei confronti della , era emersa la gestione diretta e continuativa di tre società romene da parte della predetta tramite gli indagati, i quali si occupavano della conduzione delle attività produttive, degli aspetti gestionali e della organizzazione giornaliera/ordinaria, rivestendo quindi la qualifica di amministratori di fatto. Il GIP, ritenendo applicabile il disposto di cui all'art.73 comma 3 DPR 917/1086 TUIR, disponeva il sequestro ex art.322 ter c.p. e 1 comma 143 L.244/07.

Tanto premesso, riteneva il Tribunale che ricorresse il fumus del reato ipotizzato, in quanto, svolgendo gli indagati attività di amministratori di fatto, avevano l'obbligo di presentazione della dichiarazione, con la conseguenza che la mancata presentazione rendeva applicabile la sanzione di cui all'art.5 D.L.vo 74/2000.

Quanto alla eccepita mancata determinazione dell'esatto ammontare dell'imposta evasa, assumeva il Tribunale che, a differenza del provvedimento di confisca, in sede di sequestro preventivo ex art.321 comma 2 bis c.p.p. non fosse necessaria una siffatta precisa determinazione. Il quantum dell'imposta evasa (calcolata come emergeva dalla stessa informativa della G.d.F. al lordo senza cioè tener conto dei costi) non impediva l'imposizione del vincolo cautelare, tenuto conto, peraltro, che l'impossibilità di accertamento sarebbe stata determinata dalla mancata esibizione della documentazione da parte degli stessi indagati.

L'incompletezza dei dati richiamati dalla difesa rendeva, comunque, allo stato, infondato l'assunto di aver sostenuto costi di gestione e produzione che avrebbero determinato il calcolo di una imposta al di sotto della soglia di punibilità.

Infine, ai sensi dell'art.52 comma 5 DPR 633/72, per l'accertamento delle imposte non possono essere presi in considerazione elementi favorevoli (per le detrazioni) ove risultino da libri, registri, fatture e documenti di cui è stata rifiutata l'esibizione.

2) Ricorrono per Cassazione gli indagati, denunciando, con il primo motivo, la violazione di legge in relazione agli artt.322 ter comma 1 seconda parte, 1 comma 143 L.244/07 e 321 c.p., non sussistendo i presupposti per disporre il sequestro.

Come risulta chiaramente dal provvedimento del GIP, il sequestro è stato disposto perchè funzionale alla confisca per equivalente. Secondo la ormai pacifica giurisprudenza della Corte di Cassazione, tale sequestro nei confronti di un soggetto indagato per uno dei reati di cui all'art.322 ter c.p. può essere disposto per il prezzo

e non anche per il profitto del reato. I quattro immobili sono stati sequestrati per il valore corrispondente al profitto (identificato nel quantum dell'imposta evasa); il sequestro pertanto è illegittimo.

In ogni caso non è indicata alcuna relazione tra i beni sequestrati ed il reato ipotizzato. Sul punto manca totalmente la motivazione.

Il Tribunale non ha, poi, tenuto alcun conto della costante giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo cui spetta esclusivamente al giudice penale l'accertamento e la determinazione dell'imposta evasa. In applicazione del principio contenuto nell'art.193 c.p.p., anche nella fase delle indagini preliminari, ai fini dell'accertamento dei reati tributari, vanno considerati, in ordine al fumus, tutti gli elementi indiziari e prova (sia a favore che a sfavore dell'indagato). Il Tribunale, invece, ha tenuto conto soltanto degli elementi positivi di formazione del reddito. Eppure dalle indagini della polizia giudiziaria erano emersi elementi negativi concorrenti alla determinazione del reddito e della base imponibile delle tre società romene.

I bilanci di tali società erano stati puntualmente esaminati, e la polizia tributaria aveva correttamente tenuto conto degli elementi positivi e negativi (come emerge da una semplice lettura dei processi verbali di constatazione). Per gli anni 2007 e 2008, che costituiscono oggetto del procedimento cautelare, non vi era certamente il superamento della soglia di punibilità. Anche perchè dal preteso debito fiscale verso l'Italia doveva dedursi necessariamente l'imposta romena sui redditi delle società.

Il rifiuto del Tribunale di considerare gli elementi negativi è palesemente illegittimo (anche con riferimento all'art.53 Cost.).

Con il secondo motivo denunciano la violazione dell'art.2 c.p., dell'art.322 ter c.p. e 1 comma 143 L.244/07. E' pacifico che il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente possa essere disposto soltanto per i reati tributari commessi a partire dal 1 gennaio 2008. Il sequestro per la pretesa evasione di imposta per l'anno 2007 è pertanto illegittimo.

Con il terzo motivo denunciano la violazione e falsa applicazione dell'art.52 comma 5 DPR 633/72, nonché la violazione dell'art.6 L.212/200 e 18 L.241/90.

L'art.52 riguarda l'IVA e non le imposte sul reddito, come erroneamente ritiene il Tribunale. Le preclusioni in detta norma previste non possono, comunque, rilevare in sede di accertamento penale; in ogni caso non vi è stato rifiuto di esibizione, dovendo la richiesta essere avanzata nei confronti dei rappresentanti legali. I ricorrenti non avevano alcuna legittimazione a ricevere la richiesta.

Peraltra, a norma dell'art.6 comma 4 L.212/2000, al contribuente non possono essere richiesti documenti e informazioni già in possesso dell'amministrazione finanziaria.

Infine non sussiste alcuna discordanza tra i dati offerti dai ricorrenti e quelli risultanti dalla documentazione extracontabile rinvenuta in sede di verifica.

3) Il ricorso è fondato nei limiti e nei termini di seguito indicati.

3.1) Correttamente il Tribunale ha ritenuto che, in relazione ai reati tributari, la confisca per equivalente si applichi sia al prezzo che al profitto del reato. L'art.1 comma 143 della L.244/2007 prevede che "nei casi di cui agli artt.2, 3, 4, 5, 8, 10 bis, 10 ter, 10 quater e 11 D.L.vo 10 marzo 2000 n.74 si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'art.322 ter del codice penale".

Il richiamo in "toto" all'art.322 ter c.p. (senza specificazione di commi) rende applicabile la confisca per equivalente sia in relazione al prezzo che al profitto del reato. Del resto (cfr.sent. sezioni unite n.41936 del 22.11.2005), analoga questione si è posta con riferimento all'art.640 quater, che rinvia, come l'art.1 L.244/2007 all'art.322 ter, senza alcuna specificazione, ed è stata risolta nel senso che la confisca per equivalente si applichi anche in relazione al profitto del reato. Hanno affermato, infatti, le sezioni unite che "Il sequestro preventivo disposto nei confronti della persona sottoposta ad indagini per uno dei reati previsti dall'art.640 quater cod.pen. può avere ad oggetto beni per un valore equivalente non solo al prezzo ma anche al profitto del reato, in quanto la citata disposizione richiama l'intero art.322 ter cod.pen" (la giurisprudenza successiva è assolutamente conforme: ex multis Cass.sez.1 n.30790 del 30.5.2006; sez.2 n.10838 del 20.12.2006; sez.2 n.23425 del 12.4.2007; sez.6 n.37090 del 30.5.2007; sez.6 n.5401 del 28.1.2009).

3.2) Infondato è anche il motivo, con cui si denuncia la omessa motivazione in relazione alla pertinenzialità dei beni sequestrati al reato ipotizzato.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte "...nei casi in cui il profitto consiste nel denaro, appare difficile sostenere l'applicabilità di quella giurisprudenza che subordina l'operatività del sequestro alla verifica che il profitto del reato sia confluito effettivamente nella disponibilità dell'indagato (Cass.sez.5, 3 luglio 2002v n.32797, P.M. in proc.Silletti; Cass.sez.3, 20 marzo 1996 n.1343, P.M. in proc.Centofanti), in quanto trattandosi di sequestro per equivalente, tale necessità deve ritenersi superata. Subordinare l'operatività del sequestro (o la confisca) per equivalente a tale condizione vorrebbe dire negare la stessa funzionalità della misura e ristabilire la necessità di un nesso pertinenziale tra res e reato che la legge non richiede. In questo tipo di confisca il denaro oggetto di ablazione non è necessariamente il denaro proveniente dal delitto, ma una somma di denaro che equivale a quella, cioè il tandundem, che corrisponde solo per valore al prezzo o al profitto del reato. In conclusione, nel caso dell'art.322 ter c.p. la confisca per equivalente non presuppone la dimostrazione del nesso pertinenziale tra reato e somme confiscate (o sequestrate) e, inoltre, viene meno la necessità di verificare, preliminarmente, se il bene sia entrato o meno nel patrimonio dell'indagato per tentarne il recupero. Sono infatti assoggettabili alla confisca di cui all'art.322 ter c.p. beni nella disponibilità dell'imputato per un valore corrispondente a quello relativo al profitto o al prezzo del reato (Cass.sez.6, 27 gennaio 2005 n.11902, Baldas)"-

cfr.Cass.sez.6 n.31692 del 5.6.2007; conf.Cass.sez.3 n.25129 del 17.4.2008; Cass.sez.2 n.24167 del 16.5.2003.

E' stato escluso, quindi, anche alla luce della Decisione-quadro del Consiglio dell'Unione europea 2005/212/GAI, "che la confisca per equivalente prevista dall'art.322 ter cod.pen. e, quindi, il sequestro preventivo ad essa finalizzato, postulino l'esistenza di un nesso di pertinenzialità tra i beni da confiscare ed il reato addebitato al soggetto che ne dispone, atteso che, con detta decisione, il Consiglio dell'Unione europea, lungi dal voler restringere i limiti di applicabilità dell'istituto in discorso, come se, in precedenza, le legislazioni degli Stati membri ne consentissero l'applicazione in misura eccessiva o arbitrario, ha invece inteso imporre soltanto una disciplina minima uniforme in funzione della repressione di reati ritenuti di particolare allarme sociale e nocività economica (principio affermato, nella specie, a fronte della tesi difensiva secondo cui la Decisione summenzionata consentirebbe la confisca, e quindi il sequestro, di beni solo se legati al reato da vincolo eziologico diretto o, quanto meno, derivanti da sproporzione tra il patrimonio del soggetto e il suo reddito legittimo)" cfr.Cass.sez.2 n.10838 del 20.12.2006.

L'esclusione della necessità di un nesso di pertinenzialità tra i beni da confiscare ed il reato addebitato è confermata da Cass.sez.6 n.31692 del 5.6.2007, Cass.sez.6 n.11902 del 27.1.2005 cit.; Cass.sez.6 n.7250 del 19.1.2005.

3.3) Erroneamente, però, il Tribunale ha ritenuto che, ai fini del calcolo dell'imposta evasa, debba tenersi conto solo degli elementi positivi di reddito.

E' pacifico che, ai fini della integrazione del reato di cui all'art.5 D.L.gs. n.74/2000, punito solo ove abbia determinato una evasione di imposta pari a euro 77,468,53, per imposta evasa deve intendersi l'intera imposta dovuta, da determinarsi sulla base della contrapposizione tra ricavi e costi d'esercizio fiscalmente detraibili, in una prospettiva di prevalenza del dato fattuale reale rispetto ai criteri di natura meramente formale che caratterizzano l'ordinamento tributario" (cfr.Cass.pen.sez.3 n.21213 del 26.2.2008).

Ed è altrettanto indubitabile che "ai fini del superamento della soglia di punibilità di cui all'art.5 D.L.gs n.74/2000, spetta esclusivamente al giudice penale il compito di procedere all'accertamento e alla determinazione dell'ammontare dell'imposta evasa, attraverso una verifica che può venire a sovrapporsi ed anche ad entrare in contraddizione con quella eventualmente effettuata dinanzi al giudice tributario" (cfr.Cass.pen.sez.3 n.21213/2008 cit.).

3.3.1) Il Tribunale, pur con i limiti del procedimento cautelare, non poteva, quindi sottrarsi, alla luce delle deduzioni offerte dalla difesa in ordine agli "elementi negativi", all'accertamento del superamento della soglia di punibilità prevista dall'art.5 D.L.vo 74/2000 (e quindi dell'esistenza stessa del fumus del reato ipotizzato).

La giurisprudenza di questa Corte (cfr. in particolare sez. unite 29.1.1997, ric. P.M. in proc. Bassi) è, ormai, orientata nel ritenere che nei procedimenti incidentali aventi ad oggetto il riesame di provvedimenti di sequestro, non è ipotizzabile una "plena cognitio" del Tribunale. L'accertamento, quindi, della sussistenza del fumus commissi delicti va compiuto sotto il profilo della congruità degli elementi rappresentati, che non possono essere censurati sul piano fattuale, per apprezzarne la coincidenza con le reali risultanze processuali, ma che vanno valutati così come esposti, al fine di verificare se essi consentono - in una prospettiva di ragionevole probabilità - di sussumere l'ipotesi formulata in quella tipica. Il Tribunale del riesame non deve, pertanto, instaurare un processo nel processo, ma svolgere l'indispensabile ruolo di garanzia, tenendo nel debito conto le contestazioni difensive sull'esistenza della fattispecie dedotta ed esaminando sotto ogni aspetto l'integralità dei presupposti che legittimano il sequestro (ex multis Cass. pen. sez. 3 n. 40189 del 2006 - ric. Di Luggo). Il controllo non può quindi limitarsi ad una verifica meramente burocratica della riconducibilità in astratto del fatto indicato dall'accusa alla fattispecie criminosa, ma deve essere svolto attraverso la valutazione dell'antigiuridicità penale del fatto come contestato, ma tenendosi conto, nell'accertamento del "fumus commissi delicti", degli elementi dedotti dall'accusa risultanti dagli atti processuali e delle relative contestazioni difensive.

Secondo anche la già citata sentenza (sez. un. n. 23/1997), non sempre correttamente richiamata, al giudice del riesame spetta quindi il dovere di accertare la sussistenza del cd. fumus commissi delicti che, pur se ricondotto nel campo dell'astrattezza, va sempre riferito ad una ipotesi ascrivibile alla realtà fattuale e non a quella virtuale (principi affermati più volte da questa sezione 3, 29.11.1996, Carli; Cass. sez. 3, 1.7.1996, Chiatellino; 30.11.199, Russo; 2.4.2000, P.M. c. Cavagnoli; n. 5145/2006).

In conclusione la verifica da parte del giudice del riesame del "fumus commissi delicti", ancorché limitata all'astratta configurabilità del reato ipotizzato dal p.m., importa che lo stesso giudice, lungi dall'essere tenuto ad accettare comunque la prospettazione dell'accusa, abbia il potere-dovere di escluderla, quando essa appaia giuridicamente infondata (cfr. Cass. pen. sez. 1 n. 15914 del 16.2.2007 - Borgonovo).

Gli ulteriori richiami, fatti dal Tribunale, per sottrarsi all'esame, di cui era stato investito dalle prospettazioni difensive (in relazione al mancato superamento della soglia di punibilità), non risultano pertinenti.

Come fanno rilevare i ricorrenti, infatti, l'art. 52 comma 5 DPR 633/72 riguarda l'IVA e non le imposte sul reddito.

3.3.1.1) Lo stesso Tribunale, peraltro, nonostante gli erronei (come si è visto) enunciati di partenza, finisce, poi, per prendere in esame le argomentazioni difensive, ritenendo, allo stato, "infondata la pretesa di avere sostenuto costi di gestione e produzione che avrebbero determinato il calcolo di una imposta al di sotto della soglia

di rilevanza penale": si limita però ad evidenziare l'incompletezza dei dati richiamati dalla difesa che non trovano riscontro nei bilanci di esercizio.

Trattasi di motivazione questa assolutamente apodittica ed apparente.

A norma dell'art.325 c.p.p., il ricorso per cassazione può essere proposto soltanto per violazione di legge.

Secondo le sezioni unite di questa Corte (sentenza n.2/2004, Terrazzi), nel concetto di violazione di legge, però, può comprendersi la mancanza assoluta di motivazione o la presenza di motivazione meramente apparente in quanto correlate all'inosservanza di precise norme processuali, quali ad esempio l'art.125 c.p.p., che impone la motivazione anche per le ordinanze, ma non la manifesta illogicità della motivazione, che è prevista come autonomo mezzo di annullamento dall'art.606 lett.e) c.p.p., né tantomeno il travisamento del fatto non risultante dal testo del provvedimento.

3.4) Rimanendo assorbita ogni altra doglianza, l'ordinanza impugnata va annullata, con rinvio al medesimo Tribunale per nuovo esame (alla luce dei rilievi e dei principi sopra enunciati).

P. Q. M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia al Tribunale di Pistoia.

Così deciso in Roma il 27 gennaio 2011

Il Consigliere est.

Il Presidente

