

messaggio



1738/15

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

UDIENZA CAMERA DI
CONSIGLIO
DEL 11/11/2014

- Presidente - SENTENZA N. 3399/2014
- Consigliere -
- Rel. Consigliere - REGISTRO GENERALE N. 43563/2013
- Consigliere -
- Consigliere -

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. ALDO FIALE
- Dott. VITO DI NICOLA
- Dott. CHIARA GRAZIOSI
- Dott. ALDO ACETO
- Dott. VINCENZO PEZZELLA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

avverso l'ordinanza n. 89/2013 TRIB. LIBERTA' di PERUGIA, del 24/09/2013

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. CHIARA GRAZIOSI;
letta/sentite le conclusioni del PG Dott. *G. Mazzoni*
oggetto del ricorso

Udit i difensor Avv.:

Fallimentari

Socialit

3

1. Con ordinanza del 24 settembre 2013 il Tribunale di Perugia ha rigettato l'istanza di riesame presentata da _____ - indagato per il reato di cui all'articolo 10 ter d.lgs. 74/2000 per non avere, nella sua qualità di legale rappresentante di _____ S.r.l., versato nei termini previsti per il versamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta successivo l'Iva dovuta in base alla dichiarazione annuale per l'anno 2010, per un totale di € 251.026 - avverso decreto del 25 luglio 2013 con cui il gip dello stesso Tribunale aveva sottoposto a sequestro preventivo la somma di € 251.026 - o la minor somma risultante dalla sottrazione dell'imposta pagata - in possesso del suddetto o collocato sui suoi conti correnti; in mancanza di tale somma aveva disposto sequestro di beni mobili registrati e/o immobili di proprietà dell'indagato per un valore equivalente.

2. Ha presentato ricorso il difensore, sulla base di due motivi.

Il primo motivo denuncia violazione degli articoli 321 e 125 c.p.p. Il piano di pagamento rateizzato dell'Iva dovuta dalla società di cui il ricorrente è il legale rappresentante concordato con l'Agenzia delle Entrate non sarebbe stato elemento correttamente interpretato dal Tribunale: nella richiesta di riesame, infatti, sarebbe stato addotto non per attestare l'insussistenza del reato, bensì per sostenere la richiesta di riduzione del sequestro avanzata in subordine.

Il secondo motivo denuncia violazione degli articoli 321, 125 c.p.p., 322 ter c.p. e 10 ter d.lgs. 74/2000 con correlato vizio motivazionale. Sarebbe infatti apparente la motivazione relativa al primo motivo della richiesta di riesame, che aveva negato i presupposti del sequestro preventivo prevalente in quanto il profitto sarebbe comunque appartenente alla società quale soggetto che ha evaso e in ogni caso sarebbe stato necessario dimostrare che i beni della società erano incipienti e/o che il profitto non sarebbe stato conseguito da essa. Essendo il sequestro per equivalente residuale, pertanto, "sia il Pubblico Ministero, sia il Giudice per le indagini preliminari avrebbero dovuto fornire rigorosa prova in ordine all'affermata impossibilità di procedere al sequestro" nei confronti della società, indagini che non sarebbe stata svolta. Inoltre, il fatto che la misura cautelare sia stata disposta fino alla concorrenza dell'imposta non versata dalla società costituirebbe "ulteriore *vulnus*" del provvedimento impugnato perché sarebbe "illegittimo il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente quando la misura non rechi alcuna valutazione circa il valore dei beni da sequestrare, necessaria a verificare il rispetto del principio della proporzionalità", che invece non era stato considerato neppure nella fase esecutiva.

In data 4 febbraio 2014 il difensore ha depositato una memoria che invoca il recente arresto di S.U. 30 gennaio 2014, Gubert, asserendo che ivi si è trattata la stessa questione proposta

nel ricorso e che ne conseguirebbe l'impossibilità di un sequestro prevalente finalizzato alla confisca nei confronti del legale rappresentante di una persona giuridica.

CONSIDERATO IN DIRITTO

3. Il ricorso è fondato.

3.1 Il primo motivo ha rilevato che nel primo motivo della richiesta di riesame era stata richiamata l'esistenza di un piano di rientro stipulato con l'Agenzia delle Entrate non per sostenere l'insussistenza del reato, bensì per chiedere la riduzione del vincolo, e che il Tribunale ha travisato quindi il contenuto della doglianza.

Effettivamente nell'ordinanza impugnata l'esistenza del piano di rientro viene valorizzata esclusivamente proprio in relazione al *fumus commissi delicti*, argomentando che il volontario pagamento del debito tributario "non determina affatto l'insussistenza del reato": illogicamente, come ha evidenziato lo stesso ricorrente (ricorso, pagina 4). Il che ha comportato l'assoluta mancanza di motivazione sulla richiesta di riduzione del vincolo cautelare che era il reale oggetto del primo motivo della istanza di riesame. Per questo gode di fondatezza il primo motivo del ricorso, ciò già conducendo *in parte qua* all'annullamento con rinvio della ordinanza impugnata.

3.2 Il secondo motivo, più complesso, è quello che nella memoria del 4 febbraio 2014 il ricorrente ha inteso correlare - pur non avendo ancora conoscenza della motivazione - con S.U. 30 gennaio-5 marzo 2014 n. 10561, Gubert. In sintesi, il ricorrente richiama il proprio primo motivo di contestazione avanzato in sede di riesame, relativo alla asserita impossibilità di procedere a sequestro preventivo per equivalente sia perché il profitto del reato appartiene comunque al soggetto che ha evaso l'imposta - e quindi alla società amministrata dall'indagato - sia perché il PM avrebbe preliminarmente dovuto "dimostrare che i beni della società fossero incipienti e/o il profitto non fosse rinvenibile in capo a quest'ultima". Su questo asserto si sviluppano i successivi argomenti, relativi anche al concetto di profitto, che ad avviso del ricorrente avrebbe dovuto essere approfondito, laddove, con netta insufficienza, i giudici di merito si sarebbero limitati a rilevare che il profitto derivante dal reato di cui all'articolo 10 ter d.lgs. 74/2000, pur costituendo il risparmio equivalente all'imposta non pagata e pur essendo possibile rinvenire nelle casse della società il *tantundem*, non sarebbe direttamente sequestrabile, in quanto la fungibilità del denaro renderebbe difficile la prova della pertinenzialità; secondo il ricorrente, invece, è proprio la fungibilità che rende possibile il sequestro diretto.

3.2 Su questi aspetti è realmente intervenuto l'arresto delle Sezioni Unite, che, di fronte a una questione sorta dagli effetti della alterità soggettiva dell'ente al cui vantaggio viene commessa dal suo amministratore l'evasione fiscale tramite i reati tributari, ha assunto una posizione sostanzialmente di mediazione, da un lato confermando la - nettamente prevalente - giurisprudenza che detta alterità preservava e presidiava consentendo il sequestro preventivo per equivalente sui beni della società solo nel caso in cui questa fosse una società fittizia, ovvero uno schermo per la persona fisica dell'amministratore, e dall'altro valorizzando la disponibilità (già riconosciuta da ulteriori precedenti; cfr. in particolare Cass. sez. III, 14 maggio 2013 n.33182) del sequestro diretto del profitto a carico della società non fittizia in quanto qualificabile ente non estraneo al reato.

Il sequestro diretto, in queste fattispecie criminose consistendo il profitto nell'omesso esborso del denaro necessario per pagare l'imposta, non può che avere, in siffatta impostazione, ad oggetto il denaro o altri beni fungibili (che sia possibile il sequestro diretto in tal senso, si nota per inciso, è già stato contraddetto da Cass. sez. V, 4 giugno 2014, n. 27523, per cui il sequestro dovrebbe necessariamente avvenire per equivalente, sia perché il denaro è assolutamente fungibile, sia e soprattutto perché il profitto non ha mai avuto una dimensione fisica, ma è consistito in una immateriale entità contabile che, proprio per non aver dato luogo a un esborso, non si è mai "incorporata" in denaro contante: ottica, questa, più contabile che giuridica). Sottolineano allora le Sezioni Unite che "la confisca diretta del profitto di reato è istituito ben distinto dalla confisca per equivalente", e altresì che "la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta". Nel caso, dunque, in cui non sia possibile effettuare una confisca del profitto diretta, la confisca per equivalente del profitto da reato viene a completare il sistema, "secondo una prospettiva non di tipo sanzionatorio, essendo fuori discussione la "irresponsabilità" dell'ente, ma di ripristino dell'ordine economico perturbato dal reato, che comunque ha determinato una illegittima locupletazione per l'ente, ad "obiettivo" vantaggio del quale il reato è stato commesso dal suo rappresentante" (così ancora l'arresto delle Sezioni Unite in esame). Peraltro, l'autorevole pronuncia a supporto di una siffatta qualificazione della confisca a carico del soggetto "irresponsabile" richiama un precedente, S.U. 27 marzo 2008 n. 26654, Imp. Fisia Italmianti s.p.a. e altri, relativo a una fattispecie intrinsecamente diversa. Mentre, infatti, i reati tributari sono estranei, ancora, a quella normativa che, su impulso anche internazionale, è stata introdotta dal d.lgs. 231/2001 su delega dell'articolo 11 l. 300/2000, per contrastare la criminalità d'impresa e quindi praticamente superare il tradizionale fondamento *societas delinquere et puniri non potest*, è proprio in questo settore che la suddetta sentenza del 2008 si inserisce, dando atto che, nel caso di società responsabile per illecito amministrativo dipendente da uno dei reati contemplati dal d.lgs. 231/2001, la confisca del profitto disciplinata dall'articolo 9, comma 1, d.lgs. 231/2001 è sanzione, e giungendo invece a qualificare la confisca di cui all'articolo 6, comma 5, d.lgs. 231/2001 come riportato dalla sentenza Gubert. La confisca ex articolo 6, comma 5, del profitto derivato da reato

compresso da persone con funzioni apicali dell'ente, infatti, concerne - osserva la pronuncia del 2008 - quella "ipotesi particolare in cui l'ente vada esente da responsabilità, per avere validamente adottato e attuato i modelli organizzativi (*compliance programs*) previsti e disciplinati dalla stessa norma". È per questo che non può avere natura sanzionatoria, e costituisce quindi "uno strumento volto a ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato-presupposto, i cui effetti, appunto economici, sono comunque andati a vantaggio dell'ente collettivo", che giungerebbe, in caso contrario, a conseguire, seppur incolpevolmente, un profitto geneticamente illecito; e la prova della natura non sanzionatoria viene identificata dalla pronuncia del 2008 proprio nel fatto che per tale confisca non può disporsi sequestro preventivo.

D'altronde, la natura della confisca per equivalente in relazione ai reati tributari è stata recentemente riconosciuta sanzionatoria dalle stesse Sezioni Unite (S.U. 31 gennaio 2013 n. 18374, Adami ed altro, n. 18374 del 31/01/2013; "La confisca per equivalente, introdotta per i reati tributari dall'art. 1, comma 143, l. n. 244 del 2007 ha natura eminentemente sanzionatoria e, quindi, non essendo estensibile ad essa la regola dettata per le misure di sicurezza dall'art. 200 c.p., non si applica ai reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge citata") e su questa linea si è posta la giurisprudenza anche dopo la sentenza Gubert (da ultimo Cass. sez.III, 6 marzo 2014 n. 18311, che da tale natura desume che il sequestro preventivo ad essa finalizzato "non richiede specifiche esigenze cautelari, essendo sufficiente il *fumus criminalis*" e la corrispondenza tra il valore dei beni oggetto del sequestro e il profitto o prezzo dell'ipotizzato reato"; cfr. sulla tematica pure Cass. sez.III, 27 febbraio 2013 n. 23649).

3.3 Ad ogni modo, nel sistema delineato dalla sentenza Gubert la confisca per equivalente (della quale, per quanto si è appena osservato, difficile è negare che l'effetto sia sanzionatorio; sarebbe forse il caso di riconoscere in essa una, per così dire, "sanzione oggettiva", dato che anche in un ordinamento moderno sussistono istituti di responsabilità oggettiva, naturalmente - e costituzionalmente - non penali, e quindi dotati di presidi esclusivamente patrimoniali) è legittimata esclusivamente dalla impossibilità di applicare una vera sanzione, cioè la confisca diretta.

Non appare del tutto lineare, peraltro, il ragionamento dell'autorevole arresto - si nota per inciso - dal momento che la confisca diretta è stata riconosciuta come attuabile nei confronti della società "reale", cioè non fittizia: ma la posizione della società sotto il profilo della responsabilità penale per reati tributari non può che essere la stessa, sia che la confisca sia diretta, sia che la confisca sia per equivalente. È questo - sia consentito di rilevare - il *punctum dolens* della soluzione compromissoria adottata dalle Sezioni Unite: se la confisca è una pena, non può essere inflitta a chi è estraneo al reato; e la natura della confisca non muta a seconda del suo oggetto, rimanendo pena sia che si tratti di confisca diretta, sia che si tratti di confisca per equivalente. Riemerge allora dal tessuto motivativo dell'autorevole arresto la questione dell'alterità soggettiva, superabile in modo razionalmente soddisfacente soltanto attraverso

l'intervento del legislatore che, relativizzando la *factio juris* che crea la persona giuridica, nella "corazza" societaria apra uno spiraglio di collegamento con la persona fisica che organicamente guida l'ente, intervento che, come si è visto, è stato già attuato per altri settori e che sarebbe auspicabile fosse esteso anche ai reati tributari. Questa infatti, a ben guardare, è la reale conclusione della pronuncia delle Sezioni Unite, laddove si dichiarano "consapevoli che la situazione normativa dell'ente presenta evidenti profili di irrazionalità", anche, e proprio, per "il mancato inserimento dei reati tributari tra quelli previsti dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231".

3.4 Nel caso in esame, peraltro, le oggettive criticità sopra evidenziate sono superabili, potendosi identificare il nucleo del motivo in esame nella pretesa illegittimità del sequestro per equivalente finalizzato alla confisca che sarebbe derivata dall'omessa verifica della incapacità dei beni della società, presupposto del passaggio dal sequestro diretto a carico di quest'ultima al sequestro per equivalente a carico dell'indagato, suo legale rappresentante. Nelle argomentazioni della ricorrente, si comprende che l'incapacità equivarrebbe proprio alla impossibilità di rinvenire nelle casse della società il profitto, ovvero di effettuare il sequestro diretto. Ad avviso del ricorrente, infatti, come già più sopra si è riportato, prima di chiedere la disposizione del sequestro per equivalente al gip il PM avrebbe preliminarmente dovuto "dimostrare che i beni della società fossero incapienti e/o il profitto non fosse rinvenibile in capo a quest'ultima". Le Sezioni Unite, ben consapevoli che una interpretazione in tal senso avrebbe potuto, in realtà, "disinnescare" il dispositivo cautelare costituito dal sequestro per equivalente, obbligando il PM a un accertamento complesso e non compatibile né con la natura urgente della cautela, né con lo stadio accertatorio, generalmente incompleto, in cui questa deve inserirsi quale presidio prodromico della confisca disponibile ad accertamento positivo pieno, si sono però pronunciate chiaramente su questo punto, affermando che, se è vero che "il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente è legittimo solo quando il reperimento dei beni costituenti il profitto del reato sia impossibile, sia pure transitoriamente, ovvero quando gli stessi non siano aggredibili per qualsiasi ragione" (sulla scorta di Cass. sez. III, 5 maggio 2009 n. 30930), "è necessario tuttavia chiarire che, versandosi in materia di misura cautelare reale, non è possibile pretendere la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto di reato, giacché, durante il tempo necessario per l'espletamento di tale ricerca, potrebbero essere occultati gli altri beni suscettibili di confisca per equivalente, così vanificando ogni esigenza di cautela". Riconosce in sostanza la autorevole pronuncia che, se si intende mantenere l'istituto cautelare, con ciò non è compatibile una intensità di categorizzazione giuridica, tollerabile su un piano astratto, ma in concreto arrecante una paralisi, se non una severa deprivazione di efficacia dell'istituto stesso. Dunque, la cognizione su cui deve innestarsi l'opzione tra sequestro diretto e sequestro per equivalente deve adeguarsi, nella sua sommarietà, al contesto informale in cui ancora si trova il procedimento, per cui è legittimo sequestrare per equivalente anche quando, come di solito avviene, non è ancora possibile stabilire se vi sarà "confisca dei beni che costituiscono il prezzo od il profitto del reato, previa loro certa individuazione", ed è parimenti legittimo anche il sequestro

preventivo per equivalente nel caso in cui l'impossibilità del reperimento dei beni costituenti il profitto sia anche soltanto transitoria e reversibile.

3.5 Con l'insegnamento delle Sezioni Unite non è dunque compatibile la pretesa del ricorrente di un vero e proprio accertamento quale presupposto della richiesta da parte del PM di un sequestro preventivo per equivalente. Ciò non significa, naturalmente, che il PM abbia una libera scelta tra il sequestro diretto e il sequestro per equivalente, bensì adegua i presupposti della cautela alla natura dell'istituto. Così come la cognizione è sommaria in ordine al *fumus commissi delicti* e al *periculum in mora*, parimenti non può che essere sommaria in ordine alla identificazione della capienza patrimoniale dell'ente che ha tratto profitto dal reato tributario. Il che significa che il PM dovrà effettuare una verifica di quanto risulta allo stato degli atti prima di chiedere la misura cautelare, non essendo invece obbligato a svolgere accertamenti specifici e ulteriori rispetto a quanto è già confluito nel compendio indiziario. Spetterà poi, semmai, all'interessato, in quanto assoggettato al vincolo del sequestro per equivalente, apportare dati dimostrativi della sequestrabilità diretta mediante gli strumenti procedurali che lo tutelano. Il discorso vale logicamente anche per la proporzionalità dei beni sequestrati, che non può non essere valutata a livello sommario, salva ogni tutela successiva alla imposizione del vincolo.

Il Tribunale, nella ordinanza impugnata, ben anteriore alla chiarificazione operata dall'intervento delle Sezioni Unite nella sentenza Gubert, ha escluso che la società possa avere alcuna responsabilità per reati tributari (tranne nel caso in cui siano stati compiuti nell'ambito di fenomeni associativi a carattere transnazionale, ex articolo 11 l. 146/2006) giungendo peraltro a confondere, in effetti, la confisca diretta con la confisca per equivalente, laddove osserva che da tale irresponsabilità "deriva che la confisca di beni equivalente al profitto del reato non può essere disposta nei confronti della società...ma soltanto nei confronti dell'indagato, in quanto le somme da lui non versate costituiscono profitto del reato". E ciò nonostante che il ricorrente, come la stessa ordinanza rileva, avesse con il secondo motivo di gravame lamentato il mancato accertamento della sussistenza nel patrimonio della società del prezzo o del profitto del reato contestato "non potendosi, come invece fatto dal gip, optare in via automatica per il sequestro per equivalente". Se dunque non è condivisibile l'impostazione del ricorrente nella parte in cui esige un vero e proprio accertamento preliminare da parte del PM - per il quale, invece, è sufficiente la valutazione di quanto già emerge dagli atti -, è però fondata la doglianza del ricorrente nel senso che la questione del sequestro diretto, la cui impossibilità costituisce il presupposto del sequestro per equivalente, non è stata considerata dal Tribunale, e non sotto il profilo motivazionale (in questa sede, ex articolo 325 c.p.p. rilevante solo come violazione dell'articolo 125 c.p.p.), bensì in punto di diritto, negando sostanzialmente, come si è appena visto, che potesse essere disposto alcun sequestro nei confronti della società a cui vantaggio sarebbe stata evasa l'imposta. Anche in riferimento al secondo motivo, pertanto, l'ordinanza deve essere annullata.

In conclusione, deve annullarsi il provvedimento impugnato, con rinvio al Tribunale di Perugia.

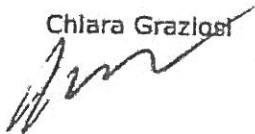
P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata con rinvio al Tribunale di Perugia.

Così deciso in Roma l'11 novembre 2014

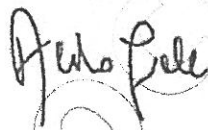
Il Consigliere Estensore

Chiara Graziosi



Il Presidente

Aldo Fiale



Fallimentari Società.it