

Penale Sent. Sez. 3 Num. 1376 Anno 2016
Presidente: MANNINO SAVERIO FELICE
Relatore: DI STASI ANTONELLA
Data Udiienza: 02/12/2015

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

GIARDI LUCA MARTINO nato a Prato il 11/11/1945

avverso la ordinanza del 24/7/2015 del Tribunale del riesame di Modena

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
udita la relazione svolta dal consigliere Dott.ssa Antonella Di Stasi;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale dott.
Paolo Canevelli che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.



RITENUTO IN FATTO

1. Il Tribunale di Modena, con ordinanza del 24.7.2015, rigettava l'appello proposto nell'interesse di Giardi Luca Martino avverso l'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del predetto Tribunale del 2.7.2015, con la quale era stata disattesa l'istanza di revoca dei sequestri preventivi disposti per equivalente (ex art. 1 co. 143 l 143/2007) sui beni personali- mobili e immobili- di Giardi Luca Martino.

Giardi Luca Martino, nella qualità di presidente del consiglio di amministrazione della società srl G.C.M., era indagato per il reato di cui agli artt. 81 cpv e 10 ter d.lgs. 74/2000 per omesso versamento IVA, dell'importo complessivo di euro 4.602.672 dovuto dalla società per gli anni di imposta 2009,2010,2011.

2. Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione Giardi Luca Martino, a mezzo dei difensori di fiducia, deducendo i motivi di seguito enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione, come disposto dall'art. 173 comma 1, disp. att. cod. proc. pen:

a. Erronea applicazione della legge, in particolare violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 della CEDU e relativo principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 cod. proc. pen. anche ai sensi degli artt. 10,11 e 117 comma 1 della Costituzione (art. 606, comma 1 lett. b, cod. proc. pen. .

Il ricorrente deduce che, incontestato la sussistenza dell'elemento oggettivo del reato contestatogli, deve verificarsi se tale illecito sia già sanzionato, con conseguente impossibilità di irrogazione di altra ed ulteriore misura afflittiva.

Argomenta che il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 649 cod. proc. pen., impedisce di sanzionare un medesimo fatto con due diverse sanzioni e che la Giurisprudenza europea non fa differenze tra sanzione penale e sanzione amministrativa, ritenendo che il criterio da utilizzare sia quello dell'afflittività della sanzione. Le sanzioni amministrative tributarie sono certamente afflittive e vanno qualificate come vere e proprie pene, in quanto misure aventi carattere sanzionatorio e repressivo

Aggiunge, quindi, che sanzione penale e sanzione amministrativa si pongono in rapporto di specialità e, pertanto, ogni misura che rivesta, per intensità ed incisività, carattere di vera e propria anticipazione di pena- come il sequestro per equivalente finalizzato alla confisca- non potrà colpire un fatto già attinto in precedenza da altra sanzione.

b. Violazione di legge in relazione agli artt 4 e 10 ter d.lgs. 74/2000, art. 143, comma 1, legge 244/2007, 332 ter cod. proc. pen. in ordine alla nozione di profitto



(art. 606, comma 1 lett.b, cod. proc. pen.) ed alla sequestrabilità dello stesso alla persona fisica.

Il ricorrente deduce che il sequestro finalizzato alla confisca per equivalente è stato disposto assumendo come profitto del reato l'importo del tributo evaso e contesta che il profitto del reato possa identificarsi direttamente nell'importo del tributo evaso e nel vantaggio patrimoniale nel risparmio di imposta, perché in contrasto con la nozione di debito, sia pure di natura tributaria.

Deduce, altresì, che, comunque, del vantaggio/profitto avrebbe beneficiato la società, alla quale andava diretta in via prioritaria la sanzione della confisca del profitto in questione, mentre, solo dopo averne constatato l'eventuale incapacienza, tale misura poteva disporsi nei confronti della persona fisica.

Aggiunge che la società G.C.M., dichiarata fallita il 10.12.2013, il 9.9.2014 aveva incassato, per effetto di una transazione tra il Fallimento e l'Unicredit, la considerevole somma di 52 milioni di euro e, pertanto, vi era la possibilità di aggredire in via prioritaria tale patrimonio liquido.

Insiste, pertanto, per l'accoglimento del ricorso con annullamento dell'ordinanza impugnata.

Il ricorrente ha, poi, depositato in data 26.11.2015 memoria difensiva, nella quale ha ulteriormente argomentato in merito ai motivi proposti ed ha posto la questione ulteriore del *quantum* dell'importo da sequestrare; ha concluso, quindi, chiedendo anche l'annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata perché il Tribunale determini l'importo delle imposte non versate, depurato da sanzioni ed interessi.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.Va ricordato, in premessa, che il ricorso per cassazione contro ordinanze emesse in materia di sequestro preventivo è ammesso solo per violazione di legge, in tale nozione dovendosi comprendere sia gli *errores in iudicando* o *in procedendo*, sia quei vizi della motivazione così radicali da rendere l'apparato argomentativo posto a sostegno del provvedimento o del tutto mancante o privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza e, quindi, inidoneo a rendere comprensibile l'itinerario logico seguito dal giudice (Sez. U, n. 25932 del 29/05/2008, Ivanov, Rv. 239692).

Nella valutazione del *fumus commissi delicti*, quale presupposto del sequestro preventivo di cui all'art. 321, comma 1 cod. proc. pen., il giudice del riesame non può avere riguardo alla sola astratta configurabilità del reato, ma deve tener conto, in modo puntuale e coerente, delle concrete risultanze processuali e dell'effettiva situazione emergente dagli elementi forniti dalle parti, indicando, sia pure



sommariamente, le ragioni che rendono allo stato sostenibile l'impostazione accusatoria; ciò però non significa che possa sindacare la concreta fondatezza dell'accusa, ma deve solo accertare la possibilità di sussumere il fatto in una determinata ipotesi di reato (Sez. 4[^], n. 15448 del 14/03/2012, Vecchione, Rv. 253508; Sez. 5[^], n. 18078 del 26/01/2010, De Stefani, Rv. 247134, Sez.5, Sentenza n. 49596 del 16/09/2014, dep.27/11/2014, Rv.261677).

Va, quindi, affermato che mentre per la applicazione delle misure cautelari personali è necessario un giudizio di probabilità di colpevolezza dell'indagato in relazione ad uno o più reati contestati, fondato su una valutazione di gravità degli indizi a suo carico, giudizio richiesto dall'art. 273 c.p.p., per l'applicazione delle misure cautelari reali è sufficiente e necessaria la sussistenza del *fumus commissi delicti*, ovvero una verifica delle risultanze processuali che consenta di ricondurre alla figura astratta del reato contestato la fattispecie concreta e renda plausibile un giudizio prognostico negativo per l'indagato (Sez. U, n. 920 del 17/12/2003 - 19/01/2004, Montella, Rv. 226492).

Alla luce di tali principi, quindi, vanno valutati i motivi del ricorso.

2. Il primo motivo è manifestamente infondato.

Il ricorrente contesta la concreta sanzionabilità dell'ipotesi di reato di cui alla imputazione provvisoria, deducendo la violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 della CEDU e del relativo principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 cod. proc. pen.

Come è noto l'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU sancisce il c.d. principio del *ne bis in idem*, laddove stabilisce che "Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato".

Tale principio, concepito in origine con riguardo esclusivamente agli illeciti penali, viene applicato dalla CEDU anche con riferimento al rapporto tra procedimento penale e procedimento amministrativo o meglio, viene utilizzato con riferimento a quest'ultimo, laddove la sanzione che esso preveda abbia natura sostanzialmente penale.

Nella sentenza Grande Stevens c. Italia, del 4.3.2014, infatti, i giudici della Corte di Strasburgo, hanno affermato che, dopo che sono state comminate sanzioni dalla Consob, l'avvio di un processo penale sugli stessi fatti violerebbe il principio giuridico del *ne bis in idem*, in virtù del quale non si può essere giudicati due volte per lo stesso fatto, in quanto, anche se il processo celebrato innanzi alla CONSOB ha natura amministrativa, le sanzioni inflitte possono essere parificate alle sanzioni penali in considerazione dell'eccessiva afflittività della sanzione sia per l'importo in sé considerato che per le sanzioni accessorie ed ancora per le loro ripercussioni sugli interessi del condannato.



Premessa ineludibile per l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* è l'individuazione della natura penale di una sanzione, che, sulla base della consolidata giurisprudenza della CEDU, va valutata sulla base di tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima, e la natura e il grado di severità della "sanzione" (cfr. sent. Engel e altri c. Paesi Bassi).

Ciò posto, nella specie, assume valore assorbente di ogni ulteriore considerazione, la circostanza che nulla è stato dedotto in merito alla definitività del procedimento amministrativo.

Il ricorrente, infatti, allega solo che per l'illecito amministrativo sarebbe stata emessa cartella esattoriale, notificata in data 9.7.2014 dell'importo di euro 809.222,33, senza argomentare specificamente in merito alla mancata opposizione a tale cartella esattoriale.

Pertanto, non emergendo la definitività del procedimento amministrativo, risulta ultronea ogni ulteriore valutazione in merito alla eventuale natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa ed alla fondatezza della dedotta violazione di legge.

L'ordinanza impugnata, pertanto, correttamente ha ritenuto non decisiva la questione della cd doppia incriminazione.

Consegue la inammissibilità del motivo proposto per manifesta infondatezza. 3. Il secondo motivo di ricorso è manifestamente infondato.

Le Sezioni Unite di questa Suprema Corte, con la sentenza n. 10561/2014, Gubert, hanno affermando i seguenti principi di diritto: -

«È consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica». -

«Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica sia uno schermo fittizio». -

«Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti degli organi della persona giuridica per reati tributari da costoro commessi, quando sia possibile il sequestro finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa in capo a costoro o a persona (compresa quella giuridica) non estranea al reato».



- «L'impossibilità del sequestro del profitto di reato può essere anche solo transitoria senza che sia necessaria la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto di reato».

La pronuncia delle Sezioni Unite rimarca, innanzitutto, la distinzione tra la confisca diretta del profitto del reato e l'istituto della confisca per equivalente.

La confisca diretta (o confisca di proprietà), prevista dall'art. 240 c.p. come misura facoltativa e resa obbligatoria per alcuni reati dall'art. 322 *ter* c.p., ha per oggetto il profitto del reato, vale a dire l'utilità economica direttamente o indirettamente conseguita con la commissione del reato. La confisca per equivalente (o confisca di valore), invece, ha per oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente al profitto del reato ed è destinata ad operare nei casi in cui la confisca diretta non sia possibile. Nella nozione di profitto che consente la confisca diretta non rientrano solo i beni appresi per effetto diretto e immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità comunque ottenuta dal reato, anche in via indiretta o mediata (ad esempio i beni acquistati con il denaro ricavato dall'attività illecita oppure l'utile derivante dall'investimento del denaro di provenienza criminosa).

L'art. 1 co. 143 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), ha esteso ai delitti tributari di cui agli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10 bis, 10 *ter*, 10 quater e 11 del d.lgs. n. 74 del 2000, le disposizioni di cui all'art. 322 *ter* c.p., norma che rende obbligatoria per alcuni reati contro la pubblica amministrazione la confisca del prezzo o profitto del reato e che introduce la possibilità di procedere alla confisca per equivalente nel caso in cui tale prezzo o profitto non sia facilmente aggredibile. Pertanto, nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti, per uno dei delitti tributari previsti dagli articoli sopra richiamati, «è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato» (confisca diretta); quando ciò non è possibile, avrà luogo «la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto» (confisca per equivalente). A seguito dell'abrogazione di tale norma ad opera del decreto legislativo n. 158/2015, l'art. 10 del predetto decreto legislativo ha contestualmente introdotto il nuovo art. 12 bis del d.lgs. n. 74/2000, riconducendo così la disposizione contenuta nell'art. 1 co. 143 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008). La nuova norma dispone, infatti, che «nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale per uno dei delitti previsti dal presente decreto è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è



possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto.

Consegue, pertanto, che la confisca diretta del profitto di reato è possibile anche nei confronti di una persona giuridica per le violazioni fiscali commesse dal legale rappresentante o da altro organo della persona giuridica nell'interesse della società, quando il profitto o i beni direttamente riconducibili a tale profitto siano rimasti nella disponibilità della persona giuridica medesima. Si deve, invece, escludere la possibilità di procedere a confisca per equivalente di beni della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante, salva l'ipotesi in cui la persona giuridica stessa sia in concreto priva di autonomia e rappresenti solo uno schermo attraverso cui l'amministratore agisce come effettivo titolare.

Si osserva, a tal profilo, che il rapporto organico che esiste tra persona fisica e società non è di per sé idoneo a giustificare l'estensione dell'ambito di applicazione della confisca per equivalente. Inoltre, non può trovare applicazione il principio per cui a ciascun concorrente devono imputarsi le conseguenze del reato. Nell'ordinamento vigente, infatti, è prevista solo una responsabilità amministrativa degli enti e non una responsabilità penale, sicché l'ente non è mai autore del reato e non può essere considerato concorrente. Va pure osservato che il d.lgs. n. 231 del 2001 non include i reati tributari fra quelli per cui è prevista la responsabilità della persona giuridica.

Si evidenzia, inoltre, che la confisca per equivalente dei beni della società non può fondarsi neppure sull'assunto che l'autore del reato abbia la disponibilità di tali beni in quanto amministratore, essendo tale disponibilità nell'interesse dell'ente e non della persona fisica. Sul piano del diritto positivo, infine, non vi è alcuna disposizione normativa che consenta di disporre la confisca per equivalente di beni appartenenti a una persona giuridica nel caso di violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante e stante il carattere eminentemente sanzionatorio della confisca per equivalente, le norme che la prevedono non possono essere applicate oltre ai casi espressamente considerati, a ciò ostando il divieto di applicazione analogica *in malam partem* vigente nella materia penale.

Tanto premesso, va rilevato che l'ordinanza impugnata ha fatto buon governo dei principi di diritto suesposti, valutando che, stante la sottoposizione della società a procedura fallimentare, correttamente si era ritenuto di sottoporre a vincolo i beni dell'amministratore, disponendo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti della persona fisica per i reati tributari commessi nell'interesse dell'ente.

Il Tribunale ha, poi, correttamente osservato che anche l'acquisizione da parte del fallimento della società GCM srl della somma di euro 50.000.000, peraltro solo



successivamente all'emissione del decreto di sequestro preventivo, non consente di ritenere capiente la società rispetto alle somme di denaro relative ai reati tributari oggetto di imputazione, in quanto dallo stato passivo della stessa risultano crediti privilegiati di epoca anteriore rispetto a quelli in esame e di importo notevolmente superiore (crediti dell'importo di almeno euro 100.000.000 in favore dell'Agenzia delle Entrate relativamente ad accertamenti IRPEG, IRAP e IVA per l'anno 2004).

Infondata è anche la doglianza relativa alla qualificazione del concetto di profitto del reato in materia di reati tributari.

Va ricordato, a tal proposito, che in tema di reati tributari, questa Corte ha affermato che il profitto confiscabile è costituito da qualsiasi vantaggio patrimoniale tratto dalla realizzazione del reato e può consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento di un tributo, interessi e sanzioni dovuti a seguito dell'accertamento del debito tributario (Cfr Cass. Sez. Un. 31.1.2013 n. 18734, Adami, Cass. Sez. 5[^] 10.11.2011 n. 1843, mazzieri, Rv. 253480, Sez.3, Sentenza n. 11836, dep.13/03/2013, Rv.254737).

Anche sotto profilo, pertanto, l'ordinanza impugnata risulta corretta ed in linea con il principio di diritto appena richiamato.

Consegue la inammissibilità del motivo proposto per manifesta infondatezza.

5. Quanto, infine alla questione del *quantum* dell'importo da sottoporre a sequestro, sollevata nella memoria difensiva depositata in data 26.11.2015, va ricordato che, per la proposizione del ricorso avverso decisioni in materia di misure cautelari reali, e' necessaria l'enunciazione contestuale dei motivi per effetto dell'art. 311, comma 4 cod. proc. pen., come richiamato dall'art. 325 comma 3 cod. proc. pen., con facoltà di enunciare motivi nuovi prima dell'inizio della discussione

Tuttavia, secondo una incontrastata esegesi di carattere generale, applicabile anche ai ricorsi che investono misure cautelari reali, i motivi aggiunti devono avere ad oggetto i capi o i punti della decisione impugnata che sono stati enunciati nell'originario atto di gravame ai sensi dell'art. 581, lett. a), c.p.p. (Sez. U. n. 4683 del 25/02/1998, Bono ed altri, Rv. 210259; da ultimo, Sez. 5, n. 4184 del 20/11/2014, Giannetti, Rv. 262180).

Nella specie, i motivi nuovi proposti con la memoria difensiva summenzionata esulano dal contenuto degli originari motivi di ricorso, come sopra esposti, e, pertanto, vanno valutati inammissibili.

6. Essendo il ricorso inammissibile e, a norma dell'art. 616 cod. proc. pen., non ravvisandosi assenza di colpa nella determinazione della causa di inammissibilità (Corte Cost. sent. n. 186 del 13.6.2000), alla condanna della parte

ricorrente al pagamento delle spese del procedimento consegue quella al pagamento della sanzione pecuniaria nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro 1000,00 in favore della Cassa delle Ammende.

Così deciso il 2/12/2015