

Penale Sent. Sez. 3 Num. 51603 Anno 2018

Presidente: LAPALORCIA GRAZIA

Relatore: SEMERARO LUCA

Data Udienza: 18/09/2018

SENTENZA

sul ricorso proposto da
PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI MACERATA
nei confronti di:

~~██████████~~ nato a ~~██████████~~ il ~~██████████~~

avverso l'ordinanza del 03/05/2018 del TRIB. LIBERTA' di MACERATA

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
udita la relazione svolta dal consigliere LUCA SEMERARO;
sentite le conclusioni del PG MARILIA DI NARDO

il p.g. conclude per il rigetto del ricorso

udito il difensore, avv. ~~██████████~~,
il difensore che ha concluso associandosi alle conclusioni del P.G. sul rigetto del
ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Macerata ha proposto il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del 3 maggio 2018 con la quale il Tribunale del riesame di Macerata ha accolto l'appello proposto dal difensore dell'indagata [REDACTED] ed ha disposto la revoca del provvedimento del Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Macerata del 9 aprile 2018.

Il pubblico ministero ha dedotto ex art. 606 lett. b) cod. proc. pen. l'inosservanza e/o l'erronea applicazione degli artt. 41 e 20 d.lgs. 159/2011, richiamati dall'art. 104-*bis* disp. att. cod. proc. pen.

Ha premesso il pubblico ministero che [REDACTED] è indagata, in concorso con l'amministratore di fatto [REDACTED], quale legale rappresentante dal 7 luglio 2016 della [REDACTED], del reato ex art. 2 d.lgs. 74/2000 perché, al fine di evadere l'imposta sul valore aggiunto, avvalendosi nella relativa dichiarazione per l'anno 2016, di fatture, emesse da più società, per operazioni soggettivamente inesistenti, ha indicato elementi passivi fittizi per complessivi € 796.633,00.

Il 20 febbraio 2018 il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Macerata ha disposto il sequestro preventivo, finalizzato alla confisca diretta del profitto, ove rinvenuto, nei confronti della società e per equivalente di beni mobili, immobili e somme di denaro nella disponibilità di [REDACTED] sino alla concorrenza dell'importo di euro 796.633,00.

In esecuzione del decreto del giudice per le indagini preliminari, il 7 marzo 2018, la Guardia di Finanza di Macerata ha sottoposto a sequestro, tra gli altri beni, il 100% delle quote sociali della [REDACTED], società unipersonale, legalmente rappresentata da [REDACTED].

Ha rappresentato il pubblico ministero che il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Macerata, il 7 ed il 15 marzo 2018, in applicazione dell'art. 104-*bis* disp. att. cod. proc. pen., ha nominato due amministratori giudiziari, indicando quale oggetto dell'amministrazione giudiziaria «aziende, società, ovvero beni, di cui sia necessario assicurare l'amministrazione (esclusi quelli destinati ad affluire nel Fondo Unico Giustizia, di cui all'art. 61, comma 23, del decreto - legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008 n. 133), concretamente già fatti oggetto (o che saranno fatti oggetto) di sequestro preventivo nel presente procedimento, ivi compresi fin da ora tutti i beni già sequestrati».

In accoglimento dell'istanza degli amministratori giudiziari, il giudice per le indagini preliminari ha emesso il provvedimento impugnato, con il quale chiariva che il sequestro preventivo della partecipazione sociale totalitaria comportava, di

diritto, l'estensione del sequestro al complesso aziendale, ai sensi degli artt. 104-*disp.* att. cod. proc. pen., 20 e 41 comma 1 del d.lgs. n. 159/2011.

In data 12 aprile 2018 la Guardia di Finanza di Macerata ha eseguito il provvedimento del giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Macerata, procedendo al sequestro del complesso aziendale della ██████████, con immissione in possesso degli amministratori giudiziari.

Il pubblico ministero ha quindi riportato parte della motivazione dell'ordinanza del Tribunale del riesame di Macerata ed ha rilevato che con legge n. 161 del 2017, il legislatore, nel modificare il c.d. codice antimafia, è intervenuto anche sull'art. 104-*bis disp.* att. cod. proc. pen., riscrivendo il comma 1 ed introducendo i commi 1-*bis* e 1-*ter*.

Per il pubblico ministero, l'art. 104-*bis*, comma 1-*bis disp.* att. cod. proc. pen., nel caso in cui il sequestro riguardi aziende, società o beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, prevede che il giudice che dispone il sequestro nomini un amministratore giudiziario ai fini della gestione. «Si applicano le norme di cui al libro I, titolo III, del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni».

Per il pubblico ministero ricorrente, le norme in tema di amministrazione, gestione e destinazione dei beni sequestrati (e confiscati) di cui al d.lgs. n. 159/2011 sono divenute il modello di riferimento per tutte le tipologie di sequestro penale, oltre che di prevenzione, per evitare la perdita di produttività dei beni sottoposti a vincolo e salvaguardare gli interessi economici e sociali coinvolti.

Rileva il pubblico ministero che l'art. 41 del codice antimafia, norma ricompresa nel titolo III, e quindi immediatamente applicabile anche al sequestro ex art. 321 comma 2-*bis* cod. proc. pen. per il richiamo contenuto nell'art. 104-*bis disp.* att. cod. proc. pen. dispone che «nel caso in cui il sequestro abbia ad oggetto aziende di cui agli articoli 2555 e seguenti del codice civile, anche per effetto del sequestro avente a oggetto partecipazioni societarie, l'amministratore giudiziario è scelto nella sezione di esperti in gestione aziendale dell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari...».

Per il pubblico ministero ricorrente, l'art. 41 del codice antimafia, in materia di gestione dei beni sequestrati, costituisce il *pendant* della disciplina dettata dall'art. 20, con riguardo all'oggetto del sequestro: «il Tribunale, quando dispone il sequestro di partecipazioni sociali totalitarie, ordina il sequestro dei relativi beni costituiti in azienda ai sensi degli articoli 2535 e seguenti del codice civile, anche al fine di consentire gli adempimenti previsti dall'articolo 104 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale... in ogni caso, il sequestro avente ad oggetto partecipazioni sociali totalitarie si estende di

diritto a tutti i beni costituiti in azienda ai sensi degli articoli 2555 e seguenti del codice civile».

Afferma il pubblico ministero che, se le modalità di amministrazione e gestione della partecipazione sociale totalitaria devono essere le stesse nel caso di sequestro di prevenzione ed in quello di sequestro penale, ne consegue l'automatica estensione del vincolo all'intero complesso aziendale, anche nell'ipotesi di sequestro preventivo di partecipazioni sociali totalitarie.

Per il pubblico ministero il nuovo assetto normativo comporta il superamento degli ulteriori argomenti addotti dal Tribunale a fondamento della revoca del sequestro; l'art. 104-bis disp. att. cod. proc. pen. pone in capo al giudice la necessità della nomina di un amministratore giudiziario, in quanto si tratta di esercitare attività gestorie.

Il pubblico ministero ricorrente ha quindi chiesto di annullare l'ordinanza impugnata.

2. Il difensore di ~~XXXXXX~~ ha depositato memoria ex art. 121 cod. proc. pen. con la quale ha chiesto il rigetto del ricorso del pubblico ministero.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso del pubblico ministero è inammissibile per le seguenti ragioni.

1.1. È manifestamente infondata in diritto la tesi del pubblico ministero ricorrente per la quale il richiamo dell'art. 104-bis disp. Att. cod. proc. pen. alle norme di cui al libro I, titolo III, del d.lgs. 159/2011, si estenderebbe anche all'art. 20 del d.lgs. 159/2011 per il riferimento implicito contenuto nell'art. 41.

Deve affermarsi il principio che l'art. 20 del codice antimafia non è una norma di carattere generale che trova applicazione in ogni caso di sequestro totalitario di partecipazioni societarie ed in particolare nel sequestro preventivo nei reati tributari.

Va ricordato che il decreto genetico di sequestro preventivo è finalizzato alla confisca del profitto del reato tributario, anche per equivalente. Il decreto genetico trova dunque la sua fonte nell'art. 321 comma 2 cod. proc. pen.

1.2. Confisca di prevenzione, confisca del profitto e confisca per equivalente hanno tre distinte *ratio* e tre distinte nature giuridiche.

La confisca di prevenzione, collegata alla pericolosità sociale, generica o specifica, esistente al momento dell'acquisto del bene, ha il fine precipuo di rimuovere beni di illecita provenienza dal circuito dell'economia legale; beni che divengono pericolosi in sé. Hanno affermato le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che la precipua finalità della confisca di prevenzione è quella di

sottrarre i patrimoni illecitamente accumulati alla disponibilità di determinati soggetti, che non possano dimostrarne la legittima provenienza; cfr. Cass. Sez. U, n. 4880 del 26/06/2014, dep. 2015, Spinelli, Rv. 262603.

Per le Sezioni Unite della Corte di Cassazione la confisca per equivalente ha natura sanzionatoria, presuppone la commissione di un reato ed anzi il suo accertamento giudiziale con sentenza di condanna, in quanto quel fatto-reato è, ordinariamente, generatore - per sua precipua essenza - di disponibilità illecite di natura delittuosa, ancorché l'adozione della misura ablatoria prescinda da un nesso di pertinenzialità del bene con il reato per il quale è intervenuta condanna.

La confisca di prevenzione non presuppone, invece, la commissione di reati determinati, ma postula una condizione esistenziale, ossia una condotta di vita reputata estranea ai canoni legali della civile convivenza.

La confisca del profitto ha la natura di misura di sicurezza, presuppone la commissione del reato e richiede il nesso di pertinenzialità.

2. La lettura del pubblico ministero dell'art. 20 del codice antimafia come norma di carattere generale è in primo luogo errata perché l'estensione del sequestro delle partecipazioni societarie totalitarie previsto da tale norma è strettamente collegata alla confisca prevista dall'art. 24 dello stesso codice; il sequestro è dunque sempre strumentale alla confisca dei patrimoni illecitamente accumulati.

Ai sensi del comma 1-*bis* dell'art. 24, per sottrarre i patrimoni illecitamente accumulati, il legislatore ha esteso *ex lege* la confisca delle partecipazioni sociali totalitarie ai relativi beni costituiti in azienda ai sensi degli articoli 2555 e seguenti del codice civile: chi infatti ha acquisito illecitamente, mediante i proventi della sua attività illecita o il loro reimpiego, le partecipazioni societarie totalitarie, ha acquisito illecitamente l'azienda ed in tale ottica si giustifica l'estensione di diritto della confisca.

Ciò però implica che permane sempre il rapporto tra sequestro e confisca: si sequestra ciò che potrà successivamente essere oggetto di confisca.

L'art. 41 del codice antimafia è stato pertanto dettato con specifico riferimento alla disciplina degli artt. 21 e 24.

3. L'estensione del sequestro delle partecipazioni societarie totalitarie all'azienda non è stata prevista dal legislatore per la confisca quale misura di sicurezza e per la confisca per equivalente, nonostante gli interventi sulla disciplina codicistica della confisca, effettuati nel 2016 con la modifica dell'art. 240 cod. pen., e nel 2018 con l'introduzione dell'art. 240-*bis* cod. pen.

Quanto ai reati tributari, la disciplina della confisca ex art. 12-*bis* del d.lgs. 74/2000 (norma introdotta nel 2015), non è stata modificata.

Pertanto, deve ritenersi che il richiamo dell'art. 41 del codice antimafia al sequestro delle partecipazioni aziendali totalitarie debba trovare applicazione solo nell'ambito del sequestro e della confisca di prevenzione.

L'art. 104-*bis* disp. Att. cod. proc. pen. si applica quindi solo quando l'oggetto diretto e specifico del decreto di sequestro preventivo, ex art. 321 comma 1 o 2 cod. proc. pen., siano proprio ed esclusivamente aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, esclusi quelli destinati ad affluire nel Fondo unico giustizia.

Per altro, l'art. 104-*bis* disp. Att. cod. proc. pen. ha subito due significative modifiche: la prima con la legge del 17 ottobre 2017, n. 161, che ha disposto, con l'art. 30, comma 2, lettera a), la modifica dell'art. 104-*bis*, comma 1; con l'art. 30, comma 2, lettera b) l'introduzione dei commi 1-*bis* e 1-*ter* all'art. 104-*bis*.

La seconda con il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, in vigore dal 6 aprile 2018, che ha disposto, con l'art. 6, comma 3, lettera a), la modifica dell'art. 104-*bis* e della rubrica e l'introduzione dei commi 1-*quater*, 1-*quinqies* e 1-*sexies*.

In tali occasioni non sono state apportate modifiche all'art. 12-*bis* del d.lgs. 74/2000.

4. L'accoglimento della tesi del pubblico ministero porterebbe ad effetti asistematici, evidenti proprio con riferimento ai reati tributari ed in particolare a quello per cui si procede.

Nei reati tributari, il sequestro preventivo può essere eseguito su beni che devono essere confiscati, costituendo il prezzo o il profitto, salvo che appartengano a persona estranea al reato, o, quando, non è possibile procedere alla confisca diretta dei beni, «per equivalente» in base all'art. 12-*bis* del d.lgs. 74/2000.

Il profitto del reato dichiarativo di frode fiscale di cui all'art. 2 del d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 è costituito esclusivamente dal valore degli importi evasi e non può avere ad oggetto neanche le sanzioni dovute a seguito dell'accertamento del debito, che rappresentano, invece, il costo del reato stesso, derivante dalla sua commissione.

Si è quindi affermato, con riferimento all'art. 2 del d.lgs. 74/2000, che il profitto oggetto del sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente è costituito dal risparmio economico derivante dalla sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale (cfr. Cass. Sez. 3, n. 28047 del 20/01/2017, Giani, Rv. 270429).

Pertanto, l'azienda non può mai costituire il profitto del reato, perché non costituisce l'importo dell'imposta evasa; preesiste al reato ed è lo strumento

mediante il quale la società a responsabilità limitata ha svolto l'attività economica: società nel cui interesse è stata presentata la dichiarazione fraudolenta ex art. 2 d.lgs. 74/2000.

L'azienda non può mai neanche essere sottoposta di per sé alla confisca per equivalente, perché è nella disponibilità di un soggetto giuridico autonomo (nel caso in esame la società a responsabilità limitata nel cui interesse è stato commesso il reato): in sostanza, la confisca dell'azienda concretizzerebbe la confisca per equivalente del bene dell'ente, non possibile in relazione al profitto del reato tributario.

Se fosse corretta la tesi del pubblico ministero, si potrebbero sottoporre a sequestro, per effetto dell'estensione di diritto dell'art. 20 del codice antimafia, beni che in ogni caso non potrebbero mai essere oggetto di confisca né diretta né per equivalente. E ciò per effetto non di una norma sostanziale ma di un richiamo contenuto in una norma che regola la gestione dei beni in sequestro.

5. L'erroneità della tesi del pubblico ministero emerge anche da altre due circostanze.

5.1. Il sequestro delle quote societarie totalitarie è stato eseguito per il valore nominale di € 10.000; il sequestro dell'intera azienda non solo può avere un valore superiore a tale somma, ma astrattamente potrebbe avere anche un valore superiore al profitto del reato contestato. Ove accolta, la tesi del pubblico ministero produrrebbe anche tale ulteriore possibile illegittimità del sequestro.

5.2. Il pubblico ministero non ha considerato, ai fini della validità della sua tesi, che la confisca per equivalente ha natura di sanzione: l'estensione del sequestro sulle quote all'azienda in sé avverrebbe per effetto di una norma, l'art. 20 della legge antimafia, entrata in vigore il 19 novembre 2017, cioè dopo la data del commesso reato (3 febbraio 2017, secondo il capo di imputazione).

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso.

Così deciso il 18/09/2018.