



48591/16

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

UDIENZA CAMERA DI
CONSIGLIO
DEL 26/04/2016

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RENATO GRILLO
Dott. ORONZO DE MASI
Dott. ANGELO MATTEO SOCCI
Dott. ALDO ACETO
Dott. ALESSIO SCARCELLA

- Presidente - SENTENZA
N. 1118/2016
- Consigliere -
- Rel. Consigliere - REGISTRO GENERALE
N. 44880/2015
- Consigliere -
- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

avverso l'ordinanza n. 139/2014 TRIB. LIBERTA' di BARI, del
27/07/2014

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. ANGELO MATTEO
SOCCI;
lette/~~sentite~~ le conclusioni del PG Dott. *Aldo Policastro*;
((Rifiuto)).

Udit i difensor Avv.;

RITENUTO IN FATTO

1. Il Tribunale di Bari con ordinanza del 27 luglio 2015 rigettava l'istanza di riesame avverso il provvedimento del Giudice per le indagini preliminari di Bari, del 7 aprile 2014, che aveva disposto il sequestro preventivo per equivalente dell'importo di € 1.821.145,00 - successivamente ridotto ad € 795.009,27 per pagamento del dovuto all'erario per gli anni 2010 e 2011- nei confronti di

indagato per il reato di cui all'art. 10 bis del d. lgs 74 del 2000, commesso nella qualità di rappresentante legale della Gestione e Management Sanitario s.p.a.

2. Ricorre in Cassazione, , tramite il difensore, deducendo i motivi di seguito enunciati, nei limiti strettamente necessari per la motivazione, come disposto dall'art. 173, comma 1, disp. att., c.p.p.

2. 1. Violazione dell'art. 10 bis del d. lgs n. 74 del 2000.

La Cassazione con la decisione n. 10475 del 2015 ha ritenuto che il reato dell'art. 10 bis si configura solo se sussiste la certificazione attestante le ritenute effettuate, non si configura invece il reato con il solo modello 770.

2. 2. Violazione dell'art. 10 bis del d. lgs. 74 del 2000 e della CEDU art. 4, protocollo n. 7.

La motivazione del tribunale (questione del ne bis in idem da trattare in altra sede) costituisce una negazione di giustizia; il Giudice deve pronunciarsi sulle richieste delle parti.

2. 3. Violazione di legge, mancanza e manifesta illogicità della motivazione in relazione all'art. 321, comma 1, del cod. proc. pen., per inesistenza del periculum in mora.

L'esistenza per tutti i debiti tributari della GMS s.p.a. di rateizzazioni, regolarmente onorate esclude qualsiasi pericolo di mancato pagamento delle imposte.

Il Tribunale poi non ha valutato che tenuta al pagamento è la GMS s.p.a., mentre il ricorrente è stato solo amministratore della GMS s.p.a., fino al 5 ottobre 2013; il sequestro andava operato nei confronti della società e non dell'amministratore.

Ha chiesto pertanto l'annullamento del provvedimento impugnato.

3. La Procura Generale della Corte di Cassazione, Sostituto Procuratore generale Aldo Policastro, ha chiesto il rigetto del ricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

4. Il ricorso risulta infondato e deve rigettarsi.

Deve premettersi che sia per il sequestro preventivo e sia per il sequestro probatorio è possibile il ricorso in Cassazione unicamente per motivi di violazione di legge e non per vizio di motivazione (art. 325 cod. proc. pen.).

Il ricorso per Cassazione contro ordinanze emesse in materia di sequestro preventivo o probatorio 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. 5, n. 43068 del 13/10/2009 - dep. 11/11/2009, Bosi, Rv. 245093; Sez. U, n. 25932 del 29/05/2008 - dep. 26/06/2008, Ivanov, Rv. 239692; Sez. U, n. 5876 del 28/01/2004 - dep. 13/02/2004, P.C. Ferazzi in proc. Bevilacqua, Rv. 226710).

5. Sul primo motivo di ricorso, ovvero la configurabilità del reato dell'art. 10 bis solo se fosse esistente la certificazione attestante le ritenute effettuate, e la non configurabilità invece con il solo modello 770, il ricorrente richiama la Cassazione Sez. 3, n. 10475 del 09/10/2014 - dep. 12/03/2015, Calderone, Rv. 263007: "In tema di omesso

2
Augusto Antonio Sgarbi

versamento di ritenute certificate, la prova dell'elemento costitutivo del reato, rappresentato dal rilascio ai sostituiti delle certificazioni attestanti le ritenute effettivamente operate - il cui onere incombe all'accusa - non può essere costituita dal solo contenuto della dichiarazione modello 770 proveniente dal datore di lavoro, giacché l'art. 10 bis D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74 punisce solo l'omesso versamento sopra soglia delle ritenute oggetto di certificazione e non il mancato versamento delle ritenute esclusivamente indicate nella dichiarazione modello 770. (In motivazione la Corte ha chiarito che il mancato versamento delle ritenute esclusivamente indicate nella dichiarazione modello 770 integra illecito amministrativo)".

Sul punto è intervenuta anche una modifica legislativa; l'art. 7 del d. lgs. 24 settembre del 2015, n. 158 ha modificato l'art. 10 bis del d. lgs. n. 74 del 2000 e ha esteso l'ambito di operatività della norma alle ipotesi di omesso versamento di ritenute dovute sulla base delle dichiarazioni provenienti dal datore di lavoro (c.d. mod. 770); l'art. 10 bis, come modificato, prevede: "E' punito ... chiunque non versa entro il termine previsto per la dichiarazione annuale di sostituto d'imposta ritenute *dovute sulla base della stessa dichiarazione o* risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti, per un ammontare superiore a *centocinquantamila* euro per ciascun periodo d'imposta".

Da questa modifica deve desumersi che per i fatti pregressi la prova dell'elemento costitutivo del reato non può essere costituita dal solo contenuto della dichiarazione, essendo necessario dimostrare l'avvenuto rilascio ai sostituiti delle certificazioni attestanti le ritenute operate dal datore di lavoro quale sostituto d'imposta (vedi Cassazione Sez. 3, n. 10104 del 07/01/2016 - dep. 11/03/2016, Grazzini, Rv. 266301). Infatti la modifica della norma (intervento legislativo che non risulta interpretativo, ma di effettiva modifica) risulta certamente sfavorevole al reo e quindi ex art. 2, comma 4, del cod. pen. non può applicarsi ai fatti antecedenti (deve applicarsi la norma più favorevole al reo, che risulta quella antecedente alla modifica).

Così ricostruita la vicenda della successione di leggi penali, deve rilevarsi che se per un giudizio di colpevolezza, in sede di decisione di

merito, è certamente necessaria la prova dell'avvenuto rilascio ai sostituiti delle certificazioni attestanti le ritenute operate dal datore di lavoro quale sostituto d'imposta, non altrettanto può affermarsi per un fumus cautelare.

Ai fini dell'emissione del sequestro preventivo il giudice deve valutare la sussistenza in concreto del "fumus commissi delicti" attraverso una verifica puntuale e coerente delle risultanze processuali, tenendo nel debito conto le contestazioni difensive sull'esistenza della fattispecie dedotta, all'esito della quale possa sussumere la fattispecie concreta in quella legale e valutare la plausibilità di un giudizio prognostico in merito alla probabile condanna dell'imputato. (Sez. 6, n. 49478 del 21/10/2015 - dep. 15/12/2015, P.M. in proc. Macchione, Rv. 265433).

Nel nostro caso l'omesso pagamento delle somme, indicate nel modello 770, è rilevabile dagli accertamenti della Guardia di Finanza e in sede di giudizio l'accusa dovrà provare anche il rilascio delle certificazioni; tuttavia, come adeguatamente motivato nel provvedimento impugnato, senza contraddizioni e senza manifeste illogicità (e quindi con motivazione che non può ritenersi apparente o assente), dalla dichiarazione è desumibile anche il rilascio delle certificazioni, ai soli fini del fumus cautelare, con apprezzamento di merito insindacabile in questa sede di legittimità per i sopra visti limiti del ricorso in Cassazione, in sede di sequestro, solo per violazione di legge.

Può quindi affermarsi il seguente principio di diritto: "Per i fatti antecedenti alla modifica legislativa (ad opera del d. lgs. n. 158 del 2015, art. 7) dell'art. 10 bis del d. lgs n. 74 del 2000 è richiesta la prova del rilascio ai sostituiti delle certificazioni attestanti le ritenute operate dal datore di lavoro non essendo sufficiente la dichiarazione (c.d. mod. 770), ai sensi dell'art. 2, comma 4, del cod. pen.; in sede di valutazione del "fumus commissi delicti", per il sequestro preventivo per equivalente, il giudice del riesame può tuttavia ritenere sussistente il fumus dalla dichiarazione (770) e da altri elementi, con motivazione adeguata non sindacabile in Cassazione ai sensi dell'art. 325, comma 1, cod. proc. pen. che ammette il ricorso solo per violazione di legge".

6. Anche il motivo sul divieto del ne bis in idem è infondato.

Manca qualsiasi prova della definitività della sanzione amministrativa, presupposto per l'operatività del divieto del ne bis in idem, come affermato da questa Corte di Cassazione, con decisione condivisa da questo collegio: "È preclusa la deducibilità della violazione del divieto di "bis in idem" in conseguenza della irrogazione, per un fatto corrispondente sotto il profilo storico-naturalistico a quello oggetto di sanzione penale, di una sanzione formalmente amministrativa, ma della quale venga riconosciuta la natura "sostanzialmente penale" secondo l'interpretazione data dalle decisioni emessa dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nelle cause "Grande Stevens e altri contro Italia" del 4 marzo 2014, e "Nykanen contro Finlandia" del 20 maggio 2014, quando manchi qualsiasi prova della definitività della irrogazione della sanzione amministrativa medesima". (Sez. 3, n. 19334 del 11/02/2015 - dep. 11/05/2015, Andreatta, Rv. 264809).

Inoltre, nel nostro caso, il soggetto responsabile penalmente (il ricorrente persona fisica) è diverso dal soggetto responsabile in sede tributaria (amministrativa, la società GMS s.p.a.), e quindi non si pone una questione di ne bis in idem, come già affermato da questa Cassazione, con decisione che il collegio decidente condivide: "Non sussiste la preclusione all'esercizio dell'azione penale di cui all'art. 649 cod. proc. pen., quale conseguenza della già avvenuta irrogazione, per lo stesso fatto, di una sanzione formalmente amministrativa ma avente carattere sostanzialmente "penale" ai sensi dell'art. 7 CEDU, allorquando non vi sia coincidenza fra la persona chiamata a rispondere in sede penale e quella sanzionata in via amministrativa. (In applicazione del principio, la Corte ha escluso la violazione del divieto di "bis in idem" con riferimento all'imputazione, a carico di un soggetto, per un fatto per il quale era stata inflitta una sanzione amministrativa ad una società a responsabilità limitata di cui egli era socio e procuratore)". (Sez. 2, n. 13901 del 25/02/2016 - dep. 07/04/2016, P.G., Castiglioni, Rv. 266669; nello stesso senso, Sez. 3, n. 43809 del 24/10/2014 - dep. 30/10/2015, Gabbana e altri, Rv. 265118).

7. L'esistenza della rateizzazione non impedisce il sequestro per gli importi ancora non corrisposti (Cassazione 3 sez., 11 febbraio 2016 n. 5728); già il Giudice per le indagini preliminari aveva del resto ridotto l'importo della somma da sequestrare, detraendo le somme già versate. Relativamente alla insussistenza del pericolo dell'inadempimento (periculum in mora), unico aspetto evidenziato dal ricorrente nel motivo di ricorso – estremamente generico sul punto -, si deve rilevare che il provvedimento impugnato motiva adeguatamente ritenendo esistente il periculum in mora relativo al debito residuo (rate ancora non versate) ed esclude la rilevanza delle garanzie, sui beni sottoposti a sequestro, in favore della Banca Monte dei Paschi di Siena. Tale motivazione è insindacabile in questa sede, ai sensi dell'art. 325, comma 1, del cod. proc. pen. che ammette il ricorso solo per violazione di legge.

8. L'ultimo motivo di ricorso riguarda la mancanza di sequestro alla società in luogo di quello eseguito al ricorrente, che è stato solo l'amministratore della stessa fino al 5 ottobre 2013. Il motivo risulta estremamente generico ed inoltre lo stesso non è stato oggetto di motivo specifico in sede di riesame.

Infine il motivo risulta comunque infondato, perché "In tema di reati tributari commessi dal legale rappresentante di una persona giuridica, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente prevista dagli artt. 1, comma 143, della l. n. 244 del 2007 e 322 ter cod. pen. non può essere disposto sui beni dell'ente, ad eccezione del caso in cui questo sia privo di autonomia e rappresenti solo uno schermo attraverso il quale il reo agisca come effettivo titolare dei beni". (Sez. U, n. 10561 del 30/01/2014 – dep. 05/03/2014, Gubert, Rv. 258646; nello stesso senso Sez. 3, n. 18311 del 06/03/2014 – dep. 05/05/2014, Cialini, Rv. 259102).

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle
spese processuali.

Così deciso il 26/04/2016

Il Consigliere estensore

Angelo Matteo SOCCI



Il Presidente

Renato Grillo

