

IN EVIDENZA:

Rivalutazione degli immobili: affrancamento del "disallineamento" e del "saldo attivo"

■ **Accantonamenti** afferenti attività immobilizzate ai sensi dello **IAS 37**

Ancora una proroga per la **riscossione dei tributi locali** affidata a Equitalia

■ Imposta di **bollo** su depositi e **istanze telematiche**

Mezzi di impugnazione delle **misure cautelari**

■ Illegittimità costituzionale dell'inapplicabilità del "**prezzo valore**" agli immobili ceduti tramite asta

Transazioni finanziarie infragruppo finalizzate all'erosione della base imponibile

■ **Giurisprudenza e Prassi tributaria**

Le Guide del Fisco

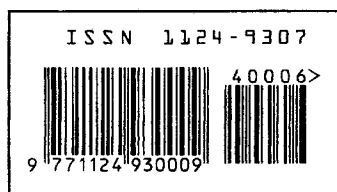
in vendita esclusivamente in abbinamento al settimanale **il fisco** a soli 9,90 euro in più.

6



il fisco

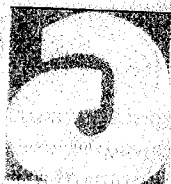
Gruppo Wolters Kluwer



Cod. 150590

10 febbraio
2014

Euro 9,90



APPROFONDIMENTO

I mezzi di impugnazione in materia di applicazione delle misure cautelari

di Benito Capellupo^(*)

Il presente articolo intende esaminare in via generale i mezzi di impugnazione di cui l'avvocato dispone a seguito dell'applicazione delle misure cautelari. Talune riflessioni sono poste in merito alla misura cautelare reale del sequestro preventivo, finalizzato alla confisca per l'equivalente, in riferimento ai reati in materia tributaria e riguardo all'eventuale coinvolgimento della persona giuridica alla luce del D.Lgs. n. 231/2001.

1. Premessa

Il diritto formale prevede specifici mezzi finalizzati all'impugnazione di quei provvedimenti che applicano, modificano o revocano le misure cautelari.

Resta inteso come il procedimento relativo al mezzo d'impugnazione si svolga in maniera del tutto autonoma rispetto al procedimento penale di riferimento che parallelamente segue il suo corso.

Per tali ragioni detta impugnazione costituisce un **procedimento incidentale** rispetto al procedimento principale.

All'uopo, pare doveroso precisare come tutti e tre i mezzi *de quo*, più precisamente il **riesame**, l'**appello** ed il **ricorso per cassazione**, non abbiano effetto sospensivo sul provvedimento che limita la libertà personale (art. 588, comma 2, c.p.p.).

2. Il riesame

Tale mezzo trova applicazione soltanto avverso le ordinanze che adottano per la prima volta (*ab initio*) una misura coercitiva. La relativa richiesta può essere avanzata soltanto dall'imputato o dal suo difensore e non dal pubblico ministero.

In quanto "**impugnazione devolutiva**" essa consente sia di controllare la legittimità che di valutare nel merito il provvedimento di applicazione della misura coercitiva.

Ai sensi dell'art. 309, comma 9, c.p.p. è nelle facoltà concesse al Tribunale della Libertà annullare il provvedimento impugnato o riformarlo in senso favorevole anche per motivi diversi rispetto a quelli oggetto di impugnazione ovvero confermarlo per ragioni differenti rispetto a quelle indicate nelle motivazioni del provvedimento stesso. I termini per giungere alla decisione a seguito della richiesta avanzata risultano essere brevi e perentori a pena della perdita di efficacia della misura coercitiva stessa (art. 309, comma 10, c.p.p.). Si precisi come l'ordinanza che sostituisce, rino-

^(*) Il contributo è parte dei temi trattati nel corso del convegno "Le misure cautelari: mezzi di impugnazione" tenuto in data

27 settembre 2013 ed organizzato dall'Associazione Italiana Giovani Avvocati - Sezione Torino.

va, modifica o ripristina una misura coercitiva già applicata non ammette il riesame bensì l'appello come meglio analizzeremo nel prosieguo del presente studio.

In dette ipotesi, resta inteso come il riesame sia ammesso soltanto qualora, a seguito della revoca, venga successivamente applicata una **nuova misura** ma fondata su presupposti differenti.

Tuttavia, all'imputato viene garantito il diritto di inoltrare richiesta di riesame anche laddove sia stata già disposta la revoca della misura cautelare *ex art. 299 c.p.p.*

Infatti, è interesse dell'imputato ottenere una pronunzia da parte del Tribunale della Libertà fondata sull'esistenza o meno dei presupposti di merito della misura cautelare - in particolar modo sulla sussistenza o meno dei gravi indizi di colpevolezza *ex art. 273 comma 1 c.p.p.* sui quali il giudice, autore della revoca, non si è espresso - non soltanto al fine dell'ottenimento di una sentenza di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.* bensì per un'eventuale richiesta di riparazione per ingiusta detenzione *ex art. 314 comma 2 c.p.p.*

Altra ipotesi di esclusione del suddetto mezzo è quella concernente l'applicazione della misura cautelare disposta dal Tribunale della Libertà all'esito dell'appello proposto dal pubblico ministero avverso il provvedimento che negava l'applicazione della misura stessa. In tali circostanze l'imputato può soltanto ricorrere alla Corte di Cassazione e fondare l'istanza su eventuali vizi connessi all'applicazione della legge.

In termini procedurali la richiesta in oggetto deve essere presentata **entro il termine perentorio**, a pena di inammissibilità, di **giorni 10** che per l'imputato decorre dall'esecuzione o dalla notificazione del provvedimento e per il difensore dalla notifica dell'avviso di deposito dell'ordinanza stessa. Al riguardo, merita attenzione il principio dell'unicità del mezzo di impugnazione. Quindi, al difensore viene preclusa la possibilità di presentare la richiesta di riesame qualora quest'ultima sia stata già presentata dall'imputato e sulla quale il Tribunale della Libertà abbia già espresso il proprio orientamento. Al contrario, qualora l'anzidetto organo giudiziario non avesse ancora deciso, il secondo gravame confluirebbe nel primo integrandone i motivi¹.

La richiesta - che può non essere motivata - viene presentata nella cancelleria del Tribunale della Li-

bertà e, ai sensi dell'art. 309, comma 5, c.p.p., Presidente cura che sia dato immediato avviso a l'autorità procedente che dovrà trasmettere al Tribunale entro il termine perentorio di giorni cinque dalla richiesta di riesame sia gli atti presentati *illo tempore* e finalizzati all'applicazione della misura cautelare nonché qualsivoglia element sopravvenuto a favore della persona sottoposta alle indagini (al riguardo, la Sentenza n. 232 del 1998 emessa dalla Corte Costituzionale ha inteso precisare come il *dies a quo* dal quale far decorrere il termine sia da considerarsi quello in cui perviene la richiesta presso la Cancelleria del Tribunale del Riesame).

Si precisi come il termine di giorni cinque si consideri non osservato qualora gli atti non pervengano al Tribunale del riesame entro proprio quinto giorno dalla pervenuta richiesta, a nulla rilevando come il loro invio sia stato invece perfezionato nel rispetto dei termini stessi².

Anche il suddetto termine è perentorio e come tale, il mancato rispetto, comporta la perdita di efficacia delle misure applicate. Ad ogni modo, anche in detta ipotesi, il Tribunale della Libertà è tenuto ugualmente ad esprimersi sul merito della vicenda cautelare³.

Altro termine perentorio è quello di giorni 10 dalla ricezione degli atti per il **deposito del dispositivo** concernente la decisione del Tribunale della Libertà *ex art. 309, comma 9, c.p.p.*

Al riguardo, si evidenzia come qualora il giudice del riesame decidesse oltre i suddetti termini e, indi, dichiarando l'estinzione della misura cautelare, non sarebbe preclusa al Pubblico Ministero la facoltà di rinnovare la richiesta di applicazione della misura.

Al contrario, qualora il Tribunale del Riesame si pronunziasse oltre i termini perentori - confermando il provvedimento - l'indagato avrebbe l'onere di proporre ricorso per cassazione onde vedersi annullata la decisione del Tribunale della Libertà.

Nell'ipotesi in cui l'indagato non provvedesse ad esperire l'anzidetta impugnazione il giudice del procedimento principale non può - d'ufficio o su istanza dell'indagato stesso - dichiarare l'estinzione della misura⁴.

In merito ai poteri attribuiti al Tribunale della Libertà si sottolinei come, a seguito della L. n. 33, datata 8 agosto 1995, il pubblico ministero debba:

¹ Vd., Cass., Sez. VI pen., 22 giugno 1995, E., in C.E.D., n. 202774.

² Cfr., Cass., SS.UU. Pen., 17 novembre 1997.

³ Cfr. Cass., SS.UU. Pen., 31 maggio 2000.

⁴ Cfr. Cass., SS.UU. Pen., 31 maggio 2000.

trasmettere tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini nonché - per effetto dell'art. 11 della L. n. 397 del 7 dicembre 2000 che ha introdotto nel codice di procedura penale il titolo VI *bis*, in merito alle investigazioni difensive - ai sensi dell'art. 391 *octies* c.p.p., è facoltà della difesa presentare direttamente al Tribunale della Libertà i risultati delle indagini private.

Il contraddittorio in corso dell'udienza è del tutto **facoltativo** ed il Pubblico Ministero nonché il difensore dell'imputato regolarmente preavvisati possono parteciparvi con facoltà di esporre oralmente le proprie conclusioni.

Il Tribunale si pronuncia sulla scorta dei soli atti scritti e dei documenti presentati. Al riguardo, non è possibile disporre l'audizione di persone, né l'assunzione di prove non rinviabili, né imporre al pubblico ministero di svolgere determinate indagini⁵.

Ad ogni modo, il Tribunale della Libertà può annullare, riformare, confermare la misura o dichiarare l'inammissibilità della richiesta.

L'ordinanza viene annullata sia per **carezza degli elementi essenziali**, così capitolati a pena di nullità ai sensi dell'art. 292 c.p.p., che per **vizi di merito** (in particolare è l'ipotesi in cui manchino i gravi indizi di colpevolezza così come sancito all'art. 273 c.p.p.).

La misura può essere oggetto di modifica e qualora ad impugnare sia solamente l'imputato essa può essere modificata soltanto in maniera più favorevole, in forza dell'applicazione del principio generale sulle impugnazioni così denominato "divieto di *reformatio in peius*".

Si precisi come la decisione del Tribunale della Libertà non possa limitarsi ad un generico rinvio alla motivazione del provvedimento impugnato.

Nel confermare la misura l'Organo chiamato ad esprimersi può addurre ragioni diverse rispetto a quelle indicate nella stessa motivazione integrante il provvedimento cautelare e, addirittura, rimediare ai difetti in essa contenuti. In tali circostanze, l'imputato è reso edotto dei "veri" motivi per i quali è stata limitata la sua libertà personale e l'unico strumento che ancora possiede onde impugnare nuovamente quest'ultima pronuncia è quello del ricorso per cassazione onde lamentarsi in merito all'eventuale violazione della legge.

La dichiarazione d'inammissibilità viene pronunciata nell'ipotesi in cui la richiesta è stata presentata oltre i termini o da soggetti non legittimati.

Tuttavia, anche in materia *de libertate*, vale il principio di conversione così sancito dall'art. 568, comma 5, c.p.p.

Pertanto, la domanda di riesame erroneamente presentata dal Pubblico Ministero **potrà essere convertita in appello** qualora essa contenga i motivi di gravame.

3. L'appello

Denominata "**impugnazione limitatamente devolutiva**" poiché l'appello consente il controllo di tutti quei provvedimenti emessi dal giudice in tema di misure cautelari e non sottoponibili a riesame. Per tali ragioni, è un mezzo d'impugnazione **residuale** poiché riguarda tutte quelle ordinanze che non applicano per la prima volta la misura cautelare.

È pure una facoltà del pubblico ministero presentare appello al Tribunale della Libertà avverso l'ordinanza del giudice che ha applicato una misura personale meno grave di quella da lui richiesta o piuttosto avverso un'ordinanza di accoglimento della revoca o della sostituzione della misura su richiesta dell'imputato.

Ebbene, nel procedimento di appello instaurato dal pubblico ministero e avverso l'ordinanza di rigetto della richiesta di una misura cautelare personale emessa dal giudice per le indagini preliminari viene consentito alla difesa dell'indagato, nel rispetto del contraddittorio camerale, produrre qualsivoglia documentazione relativa ad elementi probatori "nuovi", sia preesistenti che sopravvenuti, acquisiti anche all'esito di investigazioni difensive ed idonei a contrastare i motivi di gravame del pubblico ministero, ovvero a dimostrare che non sussistono le condizioni ed i presupposti di applicabilità della misura cautelare richiesta.

Allo stesso modo, il pubblico ministero può produrre documentazione relativa a elementi probatori "nuovi" preesistenti o sopravvenuti.

In quest'ultima ipotesi - a garanzia del contraddittorio delle parti - può essere concesso un congruo termine a difesa.

Resta inteso come pure l'imputato ed il suo difensore possano presentare appello contro quei provvedimenti cautelari diversi da quelli che applicano per la prima volta la misura coercitiva.

Ora, la natura devolutiva del giudizio d'appello ed i poteri di cognizione affidati al giudice del gravame - individuati in base alle doglianze avanzate

⁵ Vd. Cass., SS.UU. Pen., 21 luglio 1993.

dal ricorrente - hanno determinato la seguente problematica.

Un primo orientamento giurisprudenziale - in sintonia con il carattere devolutivo dell'appello - **negava la possibilità** di acquisire ulteriori elementi di prova nel corso dell'udienza camerale di discussione dell'appello stesso.

Preclusione che veniva addirittura estesa in riferimento alla possibilità di procedere all'acquisizione di documentazione medica relativa al mutamento dello stato di salute dell'indagato o dell'imputato. Tuttavia, l'orientamento maggioritario⁶ è nel senso opposto e - richiamando i principi generali in tema di giudizio di appello, in particolare la disciplina dettata dall'art. 603 comma 2 e 3 c.p.p. - consente l'acquisizione di nuovi elementi utilizzabili ai fini della decisione a condizione che, da un lato, detti elementi rientrino nei limiti del *devolutum* (si precisi come con l'esposizione dei motivi a sostegno dell'impugnazione venga delimitato e definito il *petitum* nonché l'ambito di cognizione del giudizio di appello) e siano rilevanti per la decisione, dall'altro, la loro acquisizione avvenga, a pena di nullità *ex art. 178 lett. b) e c) c.p.p.*, nel rispetto del contraddittorio.

Ad ogni modo, resta inteso come non siano da considerarsi elementi nuovi prodotti in sede di appello eventuali atti interni al processo - come sentenze o provvedimenti emessi in epoca antecedente da altra Autorità Giurisdizionale - in quanto trattasi di documenti liberamente consultabili dal giudice del gravame anche qualora i medesimi non siano stati oggetto di produzione da parte del ricorrente o del resistente.

Tornando alla perentorietà o meno dei termini nell'ipotesi dell'appello esso deve essere rigorosamente presentato a pena d'inammissibilità **entro giorni dieci dall'esecuzione o notificazione del provvedimento**, *ex art. 310 comma 2 c.p.p.* All'uopo, il Tribunale della Libertà si pronuncia in termini più lunghi rispetto al procedimento relativo al riesame (in giorni 20) e non sono "perentori" bensì "ordinatori": il loro superamento non comporta la perdita dell'efficacia della misura cautelare oggetto di impugnazione.

A differenza del mezzo del riesame, l'appello deve precisare, a pena di inammissibilità, i motivi per i quali il soggetto interessato ritiene che il provvedimento debba essere annullato oppure modificato. Infine, l'appello è un mezzo di impugnazione ad "effetto parzialmente devolutivo" poiché al Tribunale della Libertà è consentito di esercitare un

controllo limitato solo ed esclusivamente a quei punti del provvedimento che sono oggetto dei motivi di gravame così stilati nell'atto d'impugnazione presentato dall'imputato o dal pubblico ministero

4. Il ricorso per cassazione

In breve, il ricorso per cassazione è un mezzo di impugnazione che può essere esperito contro le decisioni che il Tribunale della Libertà ha pronunciato sulla richiesta di riesame o sull'appello (*ex art. 311, comma 1, c.p.p.*)

Al riguardo pare opportuno osservare come ir dette ipotesi i motivi sono quelli sanciti dall'art. 606 c.p.p. tra i quali sono compresi la mancanza la contraddittorietà e la manifesta illogicità della motivazione.

Quindi, alla Corte di Cassazione non è consentito di compiere valutazioni di qualsivoglia natura ir merito alla fondatezza o meno degli elementi che giustificano l'ordinanza impugnata.

Tuttavia, il Legislatore ha inteso riconoscere all'imputato ed al suo difensore un'ulteriore strumento, denominato "ricorso per cassazione *pe saltum*", contro le ordinanze che dispongo *ab initio* una misura coercitiva. Resta inteso che i motivi devono concernere solo ed esclusivamente la "violazione di legge" (art. 311 comma 2 c.p.p.).

La Corte di Cassazione decide in camera di consiglio entro giorni trenta dalla ricezione degli atti. Detto termine è ordinatorio, indi, il suo mancato rispetto non inficia sull'efficacia della misura cautelare applicata.

Merita interesse sottolineare come nell'ipotesi ir cui la Corte che si pronunziasse in maniera favorevole a seguito di impugnazione presentata soltanto da alcuni co-indagati gli effetti si estenderebbero agli altri co-indagati non impugnanti qualora la prima fase del procedimento di impugnazione (riesame o appello) si sia svolta in maniera cumulativa ed unitaria.

5. Brevi considerazioni in merito al sequestro preventivo funzionale alla confisca per l'equivalente in riferimento a reati in materia tributaria

Pare doveroso precisare come l'art. 1, comma 143 della Finanziaria 2008 (L. n. 244/2007) - entrata ir

⁶ Cass., Sez. III pen., 17 gennaio 2002.

vigore a far data 1° gennaio 2008 - abbia esteso a quasi la **totalità dei reati in materia tributaria l'applicazione del principio della confisca per l'equivalente**.

Peculiarità dell'anzidetta disposizione era rappresentata dalla sua applicazione pure in ordine a quei reati commessi in epoca antecedente alla sua entrata in vigore poiché il principio di irretroattività della legge penale opera soltanto nei riguardi delle fattispecie criminose e non estendibile nei riguardi delle misure di sicurezza.

All'uopo, si è ritenuta non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 200, 322 *ter* c.p. con l'art. 1 comma 143 della Finanziaria 2008 (L. n. 244/2007). Il principio di irretroattività nell'applicazione delle misure di sicurezza origina contrasto con quanto sancito dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. In particolare, secondo l'ordinamento italiano la confisca per l'equivalente è una misura di sicurezza avente **carattere sanzionatorio** rappresentando, indi, una pena e come tale deve essere rispettato il principio di cui all'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che prescrive rigorosamente come non possa essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso⁷.

Ebbene, anche nell'ambito dei reati transnazionali - secondo il combinato disposto di cui agli artt. 3 e 11 della L. n. 146 del 16 marzo 2006 - per cui è prevista la confisca obbligatoria per l'equivalente, la Suprema Corte ha inteso precisare come il sequestro preventivo di beni in funzione della confisca per equivalente sia estendibile anche ai fatti di frode fiscale commessi addirittura precedentemente all'entrata in vigore della L. n. 244/2007⁸.

Altra problematica meritevole di opportuno approfondimento è quella concernente la posizione assunta dalle persone giuridiche, dalle società e dalle associazioni prive di personalità giuridica nell'ipotesi di reati fiscali commessi nel loro interesse o a loro vantaggio dai soggetti così indicate all'art. 5 del D.Lgs. n. 231 dell'8 giugno 2001.

A tal proposito, in relazione ad una determinata vicenda connessa, *in species*, all'occultamento delle scritture contabili *ex art.* 10 del D.Lgs. n. 74 del 10 marzo 2000, la Suprema Corte - con sentenza

n. 28731 del 7 giugno 2011⁹ - si era pronunciata a favore del sequestro preventivo dei beni intestati alla società stessa ai fini della confisca per l'equivalente sottolineando come la compagine *de qua* non potesse considerarsi terza estranea, *ex art.* 240 comma 3 c.p., alla condotta illecita posta in essere dal suo amministratore stante il beneficio economico, o meglio, la partecipazione diretta all'utilizzo degli incrementi economici che ne sarebbe derivata in capo alla stessa poiché il profitto, considerata la particolare tipologia dell'illecito stesso, non era da considerarsi individuale.

Tuttavia, alla luce di un recente orientamento giurisprudenziale viene meglio evidenziato l'istituto della confisca per l'equivalente non avente funzione di prevenzione (tipica delle misure di sicurezza) essendo, al contrario, vera misura ablatoria con carattere afflittivo in quanto impone un sacrificio patrimoniale a carico del reo e, indi, rappresenta una mera sanzione penale per la quale vige il principio dell'irretroattività nonché l'inapplicabilità del presente istituto nei confronti di soggetti diversi dall'autore della fattispecie criminosa, nel rispetto dell'art. 27 Cost.

A tal proposito, secondo la Suprema Corte - in merito ai reati in materia fiscale - con preciso riferimento alle persone giuridiche, nulla rileva il rapporto che lega i soggetti di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 231/2001 alla propria società ed il vantaggio economico che può trarne quest'ultima per effetto dei reati tributari così commessi.

Vi è di più, l'art. 19, comma 2, del D.Lgs. n. 231/2001 sancisce la confisca per l'equivalente nei confronti dell'ente in generale a seguito della commissione dei reati di cui agli artt. 24 e ss. del decreto non annoverando tra gli stessi quelli fiscali di cui al D.Lgs. n. 74/2000¹⁰.

Unica ipotesi prevista di sequestro preventivo funzionale alla confisca per l'equivalente disposta nei confronti dell'ente relativa alle violazioni finanziarie è quella in cui la struttura aziendale risulti essere un apparato fittizio e realizzata su misura dal reo per commettere gli illeciti *ut supra*. In tali circostanze ogni bene intestato in maniera fittizia alla società è riconducibile solo ed esclusivamente all'autore del reato che ne ha invero l'esclusiva disponibilità¹¹.

⁷ Al riguardo, vd. Sent. n. 12 febbraio 2008, Tribunale di Trento.

⁸ Cass. Pen., Sent. n. 11969 del 24 marzo 2011, in banca dati "fisconline".

⁹ In banca dati "fisconline".

¹⁰ Cass. Sez. III pen., Sent. n. 25774 del 14 giugno 2012, in banca dati "fisconline".

¹¹ Cass. Sez. III pen., Sent. n. 33371 del 4 luglio 2012, Cass. Sez. III pen., sent. n. 1256 del 19 settembre 2012, entrambe in banca dati "fisconline".