REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROSI Elisabetta - Presidente -

Dott. CERRONI Claudio - Consigliere -

Dott. ANDREAZZA Gastone - Consigliere -

Dott. SEMERARO Luca - rel. Consigliere -

Dott. ANDRONIO Alessandro Maria - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da A.C., nato a (OMISSIS);

avverso la sentenza del 24/01/2018 della CORTE APPELLO di MESSINA;

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere Dott. LUCA SEMERARO;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Dott. GIULIO ROMANO;

Il Proc. Gen. conclude per l'annullamento con rinvio riguardo alla recidiva e al rigetto sospensione condizionale della pena.

udito il difensore, avv. Fabio Giuseppe, quale sostituto processuale dell'avv. Pietro Giannetto;

il difensore presente si riporta ai motivi.

Svolgimento del processo

1. La Corte di appello di Messina, con la sentenza del 24 gennaio 2018, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Messina del 11 luglio 2014, ha dichiarato non doversi procedere nei confronti di A.C. per il reatoD.Lgs. n. 74 del 2000, ex art. 5 perchè estinto per prescrizione; ha condannato l'imputato alla pena di anni 2 di reclusione, per il reato D.Lgs. n. 74 del 2000, ex art. 10, "perchè, nella qualità di imprenditore individuale ("EdilArt di A.C."), al fine di evadere le

Fallimenti e Società.it

imposte sui redditi e sul valore aggiunto, occultava le scritture contabili obbligatorie, in modo da non consentire la ricostruzione dei redditi e del volume di affari. In luogo imprecisato, in data antecedente e prossima all'(OMISSIS)".

La Corte di appello di Messina ha altresì revocato la sospensione condizionale della pena concessa dal Tribunale di Messina con la sentenza irrevocabile il 10 luglio 2011.

2. Il difensore di A.C. ha proposto il ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte di appello di Messina del 24 gennaio 2018.

2.1. Con il primo motivo la difesa ha dedotto i vizi di violazione di legge, ex art. 606 c.p.p., lett. c), per l'inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di inutilizzabilità in riferimento all'art. 220 disp. att. c.p.p., art. 191 c.p.p., art. 63 c.p.p., comma 1, artt. 55, 253, 347, 348, 349, 350, 360 e 364 c.p.p. e della motivazione, quanto al rigetto dell'eccezione di inutilizzabilità proposta dalla difesa.

In estrema sintesi, la difesa ha riproposto l'eccezione di inutilizzabilità del processo verbale di constatazione redatto dalla Guardia di Finanza il 8 marzo 2012, di tutti gli atti allegati o verbalizzati a decorrere dal 3 febbraio 2012 e della testimonianza del M.llo N. sull'attività di indagine compiuta e verbalizzata nel processo verbale di constatazione a decorrere dalla medesima data.

La difesa ha richiamato alcune sentenze della Corte di Cassazione (fra cui Cass., Sez. 3 del 14 marzo 2014 n. 12254) ed ha affermato che qualora nel corso dell'attività ispettiva di verifica o controllo svolta dalla Guardia di Finanza emergano indizi di reato, occorre procedere secondo le modalità previste dall'art. 220 disp. att. c.p.p.giacchè, altrimenti, in caso di violazione o mancata osservanza di tale disposizione la parte del documento redatta successivamente all'insorgenza o emersione di tali indizi non può assumere efficacia probatoria e, quindi, non è utilizzabile ai sensi dell'art. 191 c.p.p..

La difesa, rilevato che gli indizi a carico di A.C. erano emersi sin dall'inizio delle operazioni, in data 3 febbraio 2012, come riferito in udienza dal M.llo A., proprio in relazione alla mancata esibizione delle scritture contabili, ha dedotto che la polizia giudiziaria avrebbe dovuto interrompere immediatamente l'audizione dell'imputato e procedere ex art. 63 c.p.p., poi alla compiuta identificazione e trasmissione della notizia di reato alla Procura della Repubblica.

Per la difesa, la violazione dei diritti della difesa è avvenuta in quanto: l'interrogazione al sistema informatico CLI. FO. (Clienti e Fornitori) avrebbe dovuto essere assimilata all'ispezione e necessitava del decreto motivato dell'Autorità Giudiziaria ex art. 244 c.p.p., previ gli adempimenti ex art. 364 c.p.p.;

l'acquisizione delle fatture allegate in fotocopia al processo verbale di constatazione, avrebbe dovuto costituire oggetto di sequestro ex art. 253 c.p.p., con conseguente inutilizzabilità ex artt. 191 e 526 c.p.p.; le dichiarazioni informalmente fatte pervenire dal curatore fallimentare della SRL (OMISSIS), piuttosto che attraverso una missiva allegata al processo verbale di constatazione, avrebbero dovuto essere consacrate in un verbale di sommarie informazioni ex art. 350 c.p.p..

Per la difesa, pertanto, tutta l'attività di verifica compiuta successivamente al 3 febbraio 2012 era inutilizzabile.

Fallimenti@pcedu.it

Per la difesa è inutilizzabile anche la testimonianza del M.llo N. sugli atti di cui si chiede la declaratoria di inutilizzabilità.

La difesa ha poi contestato la motivazione della sentenza della Corte di appello di Messina in relazione alla risposta all'eccezione di inutilizzabilità, rilevando di aver precisamente indicato le norme violate, che gli indizi di reità erano subito emersi all'inizio della verifica.

2.2. Con il secondo motivo, la difesa ha dedotto il vizio di mancanza di motivazione, "in riferimento al D.Lgs. 10 marzo 200, n. 74, art. 10 e art. 51 c.p., anche in riferimento all'art. 24 Cost. e all'art. 6 Conv. EDU", ex art. 606 c.p.p., lett. e).

Secondo la difesa, il vizio consiste nell'avere la Corte di appello di Messina, nell'escludere la scriminante dell'esercizio di un diritto, rinviato illegittimamente per relationem alla sentenza di primo grado.

Il rifiuto e la mancata esibizione delle scritture contabili, sanzionato come reato dal D.Lgs. n. 74 del 2000, art.10, concretizzerebbe l'esimente dell'esercizio del diritto a non autoincriminarsi, secondo il pronunciamento della Corte EDU, 5 Sez., del 5 aprile 2012, n. 11663/04, Pres. Spielman (Chambaz vs Svizzera).

Per la difesa, la Corte di appello di Messina non ha motivato sulla osservazione della difesa per la quale il legittimo rifiuto di esibire e consegnare documenti dai quali possano emergere profili di responsabilità penale, estrinsecazione del privilegio contro l'autoincriminazione, elide l'antigiuridicità del fatto-reato di occultamento delle scritture contabili D.Lgs. n. 74 del 2000, ex art. 10.

Il privilegio contro l'autoincriminazione, esercitato attraverso il rifiuto di esibire e consegnare le scritture obbligatorie, renderebbe legittimo il rifiuto da parte del contribuente ed escluderebbe il reato.

Nè tale rifiuto di collaborazione ha ostacolato o impedito lo svolgersi dell'attività di indagine, poichè alla mancata esibizione delle scritture contabili sono seguiti ulteriori accertamenti da parte della Guardia di Finanza che hanno condotto alla contestazione per la presunta violazione del D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 5.

La difesa ha quindi riportato alcune massime sull'obbligo di motivazione e ribadito la sussistenza del vizio della motivazione.

2.3. Con il terzo motivo la difesa ha dedotto, ex art. 606 c.p.p., lett. e), la mancanza e manifesta illogicità della motivazione, in riferimento all'art. 99 c.p., comma 2, n. 2 e D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 10, in relazione al D.L. 12 settembre 1983, n. 463, art. 2. La contestazione della difesa concerne il riconoscimento della recidiva infraquinquennale.

Dopo aver riportato i principi espressi dalla Corte Costituzionale e dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sulla applicazione della recidiva, ha affermato la difesa di aver chiesto l'esclusione della recidiva poichè la reiterazione dell'illecito non era sintomo di accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo, in assenza di altri procedimenti penali pendenti e della cessazione dell'attività di imprenditore edile; aveva contestato che l'aumento di pena per la recidiva aveva

Fallimenti & Società.it

condotto ad un trattamento sanzionatorio eccessivamente severo rispetto al fatto contestato, alla luce di una valutazione in concreto dell'offensività del reato e della capacità a delinquere del reo.

Per la difesa, il riconoscimento della recidiva da parte della Corte di appello di Messina è privo di motivazione in quanto si fonda solo sulla preesistenza di una precedente condanna per omesso versamento di ritenute previdenziali, emessa con sentenza del Tribunale di Messina irrevocabile il 10 luglio 2011, senza alcuna verifica della pericolosità sociale. La difesa ha quindi riportato alcune massime della giurisprudenza sull'obbligo di motivazione sulla recidiva.

La difesa ha poi contestato la motivazione della sentenza della Corte di appello di Messina laddove ha ritenuto che la precedente condanna non si riferisse a reato depenalizzato, allegando al ricorso per cassazione la sentenza del Tribunale di Messina irrevocabile il 18.07.2011 al fine di dimostrare che la soglia di punibilità non era stata superata, con conseguente depenalizzazione dei reati ed impossibilità di valutare la condanna ai fini della recidiva.

Per la difesa la Corte di appello di Messina ha omesso il dovuto controllo, applicando la recidiva anche in violazione di legge.

2.4. Con il quarto motivo la difesa ha dedotto il vizio di illogicità della motivazione, ex art. 606 c.p.p., lett. e), deducendo che la Corte di appello di Messina ha revocato la sospensione condizionale della pena concessa con la sentenza del Tribunale di Messina irrevocabile il 18 luglio 2011 pur trattandosi di reato depenalizzato.

Inoltre, la Corte di appello di Messina non ha applicato la sospensione condizionale della pena ritenendo sussistente una precedente condanna senza però considerare l'avvenuta depenalizzazione e la cessazione di ogni effetto penale della condanna.

La difesa ha quindi chiesto di annullare la sentenza impugnata.

Motivi della decisione

1. Il primo motivo di ricorso è manifestamente infondato.

1.1. Va in primo luogo osservato che il motivo con cui si deduce il vizio di violazione di legge processuale di cui alla lett. c) dell'art. 606 c.p.p. è ammissibile solo ove si deduca l'inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o di decadenza.

Alcune norme invocate dalla difesa, gli artt. 55, 253, 347, 348, 349 e 350 c.p.p., non prevedono, in caso di inosservanza, nessuna delle sanzioni descritte nell'art. 606 c.p.p., lett. c).

Il richiamo poi all'art. 360 c.p.p. è inconferente, perchè non è stato eseguito alcun accertamento tecnico irripetibile.

1.2. Sono manifestamente infondati in diritto i motivi relativi alla questione di inutilizzabilità proposta dalla difesa.

Ed invero, la Corte di Cassazione, con la sentenza della Sez. 3, n. 6594 del 26/10/2016, dep. 2017, Pelini, Rv. 269299, ha chiarito i rapporti tra l'attività ispettiva e quella procedimentale.

Fulmanti e Sonetti.it

Ha affermato la Corte di Cassazione che il confine tra l'attività ispettiva e l'attività di indagine preliminare, superato il quale "gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice" (art. 220, disp. att. c.p.p.), è segnato dalla mera possibilità di attribuire comunque rilevanza penale al fatto che emerge dall'inchiesta amministrativa e nel momento in cui emerge, a prescindere dalla circostanza che esso possa essere riferito ad una persona determinata (Cass. Sez. U., n. 45477 del 28/11/2001, Raineri, Rv. 220291).

Ha affermato la Corte di Cassazione che l'obbligo di osservare le norme del codice di rito, però, riguarda lo specifico fatto, non qualsiasi altro diverso fatto la cui possibile rilevanza penale non sia ancora emersa.

L'art. 220 disp. att. c.p.p. è norma di raccordo tra l'attività ispettiva e quella investigativa: va rilevato che tale norma non prevede alcuna sanzione di inutilizzabilità, sicchè la violazione dell'art. 220 disp. att. c.p.p. non determina automaticamente l'inutilizzabilità, a fini penali, degli elementi di prova, dichiarativi o documentali, acquisiti una volta superato il confine.

L'inutilizzabilità o la nullità dell'atto deve essere autonomamente prevista dalle norme del codice di procedura penale, a cui rimanda l'art. 220 disp. att. c.p.p..

Va dunque ribadito il principio di diritto espresso dalla sentenza Pelini, secondo il quale la violazione dell'art. 220 disp. att. c.p.p. non determina automaticamente l'inutilizzabilità dei risultati probatori acquisiti nell'ambito di attività ispettive o di vigilanza, ma è necessario che l'inutilizzabilità o la nullità dell'atto sia autonomamente prevista dalle norme del codice di rito a cui l'art. 220 disp. att. rimanda.

1.3. Tanto premesso, deve rilevarsi che le sentenze di condanna non si fondano in alcun modo, quanto all'occultamento delle scritture contabili, sulle dichiarazioni rese dall'indagato, ma su di un fatto accertato sin dall'inizio della verifica: nella sede della società di cui il ricorrente era il legale rappresentante non fu rinvenuto alcun documento contabile.

Nè nelle sentenze si fa riferimento a dichiarazioni rese dal ricorrente che avrebbero dovuto essere interrotte ai sensi dell'art. 63 c.p.p.: sul punto l'eccezione è priva dell'atto processuale di cui si assume l'inutilizzabilità.

1.4. Erronea in diritto è anche l'assimilazione dell'interrogazione al sistema informatico CLI. FO. (Clienti e Fornitori) all'ispezione.

L'ispezione è infatti un mezzo di ricerca della prova tipico, previsto nell'art. 244 c.p.p. ed ha ad oggetto persone, luoghi o cose quando occorre accertare le tracce e gli altri effetti materiali del reato.

Invece, il sistema informatico cli.fo è stato introdotto dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78, art. 21 convertito con modificazioni dalla L. 30 luglio 2010, n. 122: l'accesso al predetto sistema informatico è finalizzato ad acquisire un dato documentale, nella disponibilità della Agenzia delle entrate, ed è pertanto regolato dagli artt. 234 c.p.p. e ss..

Fallimenti e Società.it

1.5. Analogamente, l'acquisizione delle fotocopie delle fatture è assolutamente legittima; non solo si tratta di documenti provenienti dall'imputato, ma l'acquisizione di una copia di un documento, senza sequestro, è indirettamente prevista dall'art. 258 c.p.p..

1.6. Alcuna norma poi impone che il curatore sia assunto a sommarie informazioni nella fase delle indagini preliminari, ben potendo essere acquisite le sue relazioni.

1.7. Dunque, alcuna attività inutilizzabile è stata compiuta; nè la deposizione del teste M.llo N. ha avuto ad oggetto prove inutilizzabili, ma solo le circostanze di fatto oggetto del suo diretto accertamento.

2. Il secondo motivo è infondato.

Il richiamo al principio del nemo tenetur se detegere è del tutto improprio e la questione per come proposta non ha nessuna rilevanza rispetto alla sentenza di condanna.

La condotta contestata all'imputato, per la quale è stata emessa la condanna, non è consistita nella mancata esibizione delle scritture contabili nell'ambito del procedimento fiscale ma nel pregresso doloso occultamento delle scritture contabili e dei documenti di cui è obbligatoria la conservazione, al fine di evadere le imposte dei redditi o sul valore aggiunto ed impedire la ricostruzione del volume di affari.

Una condotta dunque che con il diritto di difesa, esercitabile mediante il silenzio, non ha nulla a che vedere; una condotta penalmente rilevante punita quale ostacolo alla commissione di ben più gravi reati.

Per altro, l'obbligo di conservazione delle scritture contabili è stabilito nel codice civile ed assume una rilevanza pubblicistica che va ben oltre il profilo tributario e tutela interesse rilevanti che coinvolgono anche i terzi.

3. Sono invece fondati il terzo ed il quarto motivo di ricorso.

La Corte di appello di Messina ha infatti affermato in maniera del tutto apodittica che la precedente condanna non si riferisse a fattispecie depenalizzata, per il superamento della soglia di punibilità.

La difesa ha però prodotto la sentenza di condanna dalla quale risulta che l'importo non corrisposto dei contributi è di Euro 3.111,00, quindi è al di sotto della soglia di punibilità.

Pertanto, ai sensi dell'art. 2 c.p., comma 2, la Corte di appello di Messina non avrebbe dovuto valutare la precedente condanna nè ai fini della determinazione della pena nè dell'applicazione della recidiva nè ai fini della revoca della sospensione condizionale della pena, tenuto conto della intervenuta depenalizzazione e del mancato superamento della soglia di punibilità.

4. Pertanto, la sentenza impugnata va annullata 1(2::seatefrteri-n9 ~senza rinvio limitatamente alle statuizioni relative al riconoscimento della circostanza aggravante della recidiva ed alla revoca della sospensione condizionale della pena concessa con la sentenza del Tribunale di Messina irrevocabile il 10 luglio 2011, statuizioni che elimina.

Fallimenti e Società.it

La sentenza impugnata va invece annullata con rinvio, limitatamente al trattamento sanzionatorio ed alla concedibilità della sospensione condizionale della pena, per il nuovo esame sul punto alla Corte di appello di Reggio Calabria.

Il ricorso deve essere rigettato nel resto.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata senza rinvio limitatamente alle statuizioni relative al riconoscimento della circostanza aggravante della recidiva ed alla revoca della sospensione condizionale della pena concessa con la sentenza del Tribunale di Messina irrevocabile il 10 luglio 2011, statuizioni che elimina.

Annulla la sentenza impugnata limitatamente al trattamento sanzionatorio ed alla concedibilità della sospensione condizionale della pena e rinvia per nuovo esame sul punto alla Corte di appello di Reggio Calabria.

Rigetta nel resto il ricorso.

Così deciso in Roma, il 11 ottobre 2018.

Depositato in Cancelleria il 5 dicembre 2018

Fallimenti e Società.it