Sentenza del 11/05/2018 n. 20862 - Corte di Cassazione - Sezione/Collegio 3

Testo

Intitolazione:

Violazioni e sanzioni - sanzione penale - Art. 11 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 - Pagamento delle imposte - Sottrazione fraudolenta - Reato - Simulazione - Effettivo trasferimento del bene - Recupero - Trust - Nullità - Effetti.

Massima:

Ai fini della integrazione del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, l'alienazione è "simulata", ossia finalizzata a creare una situazione giuridica apparente diversa da quella reale, allorquando il programma contrattuale non corrisponde deliberatamente in tutto (simulazione assoluta) o in parte (simulazione relativa) alla effettiva volontà dei contraenti; con la conseguenza che ove invece il trasferimento del bene sia effettivo, la relativa condotta non può essere considerata alla stregua di un atto simulato, ma deve essere valutata esclusivamente quale possibile "atto fraudolento", idoneo a rappresentare una realtà non corrispondente al vero e a mettere a repentaglio o comunque ostacolare l'azione di recupero del bene da parte dell'Erario. Nel caso di specie l'atto fraudolento anche se ha natura di sham trust, rende più difficoltosa l'azione di recupero del bene, perchè già con il trust è stato sottratto in un primo momento alle ragioni dell'Erario. Inoltre, essendovi l'atto giuridico di costituzione formalmente esistente si dovrà dimostrare la sua nullità, procedendo giudizialmente per ottenere la sua eliminazione dal mondo giuridico, e solo dopo procedere all'esecuzione sul bene.

Massima redatta a cura del Ce.R.D.E.F.

Intitolazione:

Violazioni e sanzioni - sanzione penale - Sospensione condizionale - Risarcimento del danno - Presupposto - Condizioni economiche del contribuente - Accertamento - Motivazione.

Massima:

Nella sospensione condizionale della pena subordinata al risarcimento del danno, il giudice, pur non essendo tenuto a svolgere un preventivo accertamento delle condizioni economiche

dell'imputato, deve tuttavia effettuare un motivato apprezzamento di esse, qualora l'imputato abbia diligentemente allegato specifiche circostanze dirette a dimostrare l'assoluta incapacità a soddisfare la condizione imposta.

Massima redatta a cura del Ce.R.D.E.F.

Testo:

Ritenuto in fatto

1. P.A.S., in proprio, ha proposto ricorso avverso la sentenza del 9 febbraio 2017 con cui la Corte di Appello di Milano ha confermato la sentenza emessa dal giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Milano. All'esito del rito abbreviato P.A.S. è stato condannato alla pena di anni uno di reclusione per il reato di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11, con applicazione della sospensione condizionale della pena.

L'imputato è stato condannato per avere, al fine di sottrarsi al pagamento delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto, agli interessi ed alle sanzioni, per un ammontare complessivo di Euro 149.316,47, alienato simulatamente i propri beni in maniera idonea a rendere in tutto inefficace la procedura di riscossione coattiva. In particolare, l'imputato, insieme alla moglie, ha costituito un trust trasferendovi le unità immobiliari ciascuno per la propria quota di proprietà. I beneficiari del trust erano i disponenti stessi ed in via successiva la figlia P.I..

2. Con il primo motivo il ricorrente ha chiesto l'annullamento della sentenza ai sensi dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e) per mancanza e contraddittorietà della motivazione in ordine alla ritenuta sussistenza del reato.

Secondo l'imputato, la motivazione della Corte di Appello di Milano è lacunosa, contraddittoria e priva di logica giuridica quanto al c.d. "trust autodichiarato" o "sham trust", caratterizzato dalla mancanza di trasferimento a terzi dei beni costituiti nel trust medesimo; in particolare, l'imputato contesta l'affermazione della Corte di appello in ordine al fatto che la natura di sham trust non implica di per sè la nullità o l'inesistenza dell'atto dispositivo (cfr. pag. 3 sentenza), i criteri adoperati per valutare la sussistenza della nullità o inesistenza del trust (riportati a pag. 4 della sentenza) e la qualificazione data del trust dalla Corte di appello di Milano.

Inoltre, secondo il ricorrente, è priva di sostrato argomentativo e giuridico la motivazione della Corte d'Appello di Milano laddove afferma che la nullità in re ipsa del trust autodichiarato non è del tutto pacifica ed è oggetto di ampio dibattito (cfr. pag. 4 della sentenza), risolvendosi la frase in una mera petizione di principio.

Secondo l'imputato invece, il (------) è uno sham trust caratterizzato da nullità, inefficacia ed inopponibilità a terzi.

Ancora, l'imputato ritiene sussistere la contraddittorietà della motivazione in quanto la Corte di appello di Milano - dopo aver affermato che la nullità di un trust, nel quale "la perdita del

controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente", debba essere valutata sulla scorta dei caratteri concreti dell'atto dispositivo - è giunta a conclusioni del tutto differenti sulla valutazione della nullità del (------), poichè nel trust de quo settlors e trustees coincidono (l'imputato e la di lui moglie) e sono anche i primi beneficiari del trust. Da qui la violazione dell'art. 2465 ter c.c. (sic) e l'insussistenza dell'altruità dell'interesse ex art. 1322 c.c., comma 2: di conseguenza, ai sensi dell'art. 2465 c.c., il (------) non è opponibile ai terzi.

Secondo il ricorrente, una volta applicate le premesse del ragionamento, la Corte di appello di Milano avrebbe dovuto affermare la nullità del trust e la sua inefficacia; dalla nullità sarebbe, poi, conseguita l'assoluzione con formula piena dell'imputato perchè il fatto non sussiste, non essendo un trust nullo idoneo a "rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva" e, quindi, ad integrare la fattispecie di pericolo concreto ex D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11.

3. Con il secondo motivo, il ricorrente ha dedotto i vizi di cui all'art. 606 c.p.p., lett. b) ed e) per inosservanza o erronea applicazione dell'art. 62 bis c.p. e per mancanza della motivazione in ordine all'omessa concessione delle circostanze attenuanti generiche.

Secondo il ricorrente, nel motivare la mancata concessione delle circostanze attenuanti, la Corte di appello ha omesso di rispondere ai motivi di appello, con conseguente illegittimità della motivazione (si richiama Corte di Cassazione, Sezione 3 Penale, 23.04.2013, n. 23055). Secondo il ricorrente, la Corte di appello di Milano non ha tenuto conto del corretto comportamento processuale del ricorrente e, quanto al mancato raggiungimento dell'accordo transattivo con la parte civile Equitalia Nord S.p.A., adoperato per negare le circostanze attenuanti generiche, non ha valutato lo sforzo compiuto dall'imputato ed il suo concreto attivarsi per la definizione degli aspetti civilistici e risarcitori della vicenda che qui ci occupa.

La Corte di appello di Milano è poi incorsa, secondo il ricorrente, nella erronea applicazione dell'art. 62 bis c.p. perchè ha ignorato che tra gli elementi positivi valutabili ai fini del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, rientrano il corretto comportamento processuale ed ogni altra situazione di manifesto ravvedimento (cfr. Corte di Cassazione, sezione 5 Penale, 14.05.2009, n. 33690); dunque, l'atteggiamento partecipativo del ricorrente rispetto al procedimento penale ed il suo ravvedimento, concretizzatosi nel tentativo di addivenire un accordo con la parte civile, avrebbero dovuto essere positivamente valutati dal Giudicante.

Vi è stata dunque, secondo il ricorrente, una errata applicazione dell'art. 62 bis c.p., censurabile ai sensi dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. b).

4. Con il terzo motivo il ricorrente ha chiesto l'annullamento della sentenza ai sensi dell'art. 606 c.p.p., lett. b) per l'inosservanza o erronea applicazione dell'art. 165 c.p..

Secondo il ricorrente, la Corte d'Appello ha rigettato il motivo di appello relativo alla subordinazione della sospensione condizionale della pena al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno (pag. 4, 5 sentenza) richiamando un orientamento non pacifico quanto all'indagine da compiere sulle condizioni economiche dell'imputato (Corte di Cassazione, Sezione 2 Penale, 11.06.2015 n. 26221).

Il ricorrente invece richiama un altro orientamento che ritiene "illegittima la decisione con cui il giudice subordina la concessione della sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno contestualmente liquidato, senza procedere, con apprezzamento motivato, alla valutazione, sia pure sommaria, delle condizioni economiche dell'imputato e della sua concreta possibilità di sopportare l'onere del risarcimento pecuniario" (Corte di Cassazione, Sezione 5 Penale, 02.02.2015 n. 21557).

Il ricorrente segnala che la Corte di Cassazione ha affermato che il giudice deve effettuare un motivato apprezzamento delle condizioni economiche dell'imputato, qualora il medesimo - come nel caso di specie - "abbia diligentemente allegato specifiche circostanze dirette a dimostrare l'assoluta incapacità a soddisfare la condizione imposta" (Corte di Cassazione, Sezione 4 Penale, 05.04.2016 n. 25685).

L'incertezza interpretativa su tali punti non può risolversi ai danni dell'imputato ma secondo il principio del favor rei.

La Corte d'Appello poi, secondo il ricorrente, non ha chiarito le ragioni per aderire all'orientamento più restrittivo e, se avesse correttamente valutato le circostanze del caso concreto (la condanna al risarcimento del danno di Euro 172.670,43 e la confisca del profitto anche per equivalente sui beni immobili conferiti nel (------), nei limiti della quota immobiliare dell'imputato), sarebbe giunta a conclusioni differenti in relazione alla subordinazione del beneficio concesso al risarcimento del danno. Secondo il ricorrente vi è una sostanziale duplicazione delle conseguenze sanzionatorie del reato sulla sfera economico-patrimoniale dell'imputato, risolvendosi in un pregiudizio eccessivamente gravoso per lo stesso.

5. Con il quarto motivo, in via subordinata, il ricorrente chiede l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ex art. 610 c.p.p., comma 2 e art. 618 c.p.p. per dirimere il contrasto interpretativo sull'art. 165 c.p. ed in particolare sulla sussistenza o meno dell'obbligo per il giudice di merito di accertare le condizioni economiche dell'imputato prima di subordinare la sospensione condizionale della pena al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno ex art. 165 c.p..

Considerato in diritto

1. Va preliminarmente rilevato che la sentenza di primo grado, richiamata e condivisa dalla Corte di appello di Milano, ha ritenuto simulato il (------) realizzato dall'indagato - e dalla moglie - con atto notarile del 29 ottobre 2010, con il quale il patrimonio immobiliare dei due fu segregato all'interno del trust e costituito al solo fine di sottrarsi al pagamento del debito erariale accumulato dal ricorrente.

La natura simulatoria e la finalità fraudolenta della costituzione del (------) è stata ritenuta in quanto il trust:

- fu costituito il giorno dopo la terza comunicazione di irregolarità (le altre due comunicazioni furono del 18 aprile 2009 e 14 giugno 2010) ed otto cartelle di pagamento;

- ha una struttura giuridica particolare, con la coincidenza nella persona del P. del disponente, del trustee e del beneficiario.

Il trust, qualificato nelle sentenze quale trust cd. autodichiarato o shame trust, è stato ritenuto atto simulato, così come indicato anche nel capo di imputazione, cioè tale da essere idoneo ad interporre alle pretese di Equitalia lo schermo segregativo proprio di tale istituto.

2. Va rilevato che la sentenza di primo grado da atto che non è stata contestata dalla difesa la ricostruzione del fatto, per la quale il trust è stato realizzato al fine di sottrarre i beni all'esecuzione del fisco.

Ed invero, sia con l'atto di appello che con il ricorso per cassazione, in estrema sintesi, l'imputato ha contestato che le due sentenze abbiano qualificato il (------) - ritenuto uno shame trust, trust cd. autodichiarato - quale atto simulato e non nullo.

Secondo la tesi del ricorrente, la nullità dello shame trust determina che l'atto non produca effetti nei confronti dell'Agenzia delle entrate; non producendo l'effetto segregativo il reato non sussiste, non essendo un trust nullo idoneo a "rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva" e, quindi, ad integrare la fattispecie di pericolo concreto ex D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11.

I riferimenti normativi invocati dal ricorrente non sono corretti in quanto l'art. 2465 ter c.c. non esiste ed il richiamo all'art. 2465 c.c. è inconferente: tale norma regola i poteri dei soci accomandatari.

Il vizio dedotto dalla difesa con il ricorso per cassazione è relativo però alla mancanza ed alla contraddittorietà interna della motivazione.

Il motivo di ricorso intende sollecitare allora il sindacato del giudice di legittimità sulla motivazione, affinchè si verifichi che sia effettiva, ovvero realmente idonea a rappresentare le ragioni che il giudicante ha posto alla base della decisione adottata, e non internamente contraddittoria, ovvero esente da insormontabili incongruenze tra le sue diverse parti o da inconciliabilità logiche tra le affermazioni in essa contenute.

3. Il primo punto del motivo di ricorso, relativo alla mancanza della motivazione, è manifestamente infondato: la Corte di appello ha ampiamento risposto ai motivi di appello (pagine da 2 a 4 della sentenza), con una motivazione che in alcun modo può ritenersi inesistente o apparente.

3.1. La Corte di appello di Milano ha in primo luogo richiamato la decisione di primo grado relativa alla natura simulatoria del trust e, nel confermare la sentenza, ha anche esplicitamente condiviso la qualifica di atto simulato del trust fondata sull'analisi degli elementi di prova e dell'atto costitutivo del trust.

Quindi, la Corte di appello di Milano ha rigettato la tesi difensiva relativa alla nullità del trust cd. autodichiarato o "shame trust", di per sè, per la sola coincidenza tra disponente e trust, con una pluralità di argomenti.

Quanto alla questione relativa alla natura giuridica del trust cd. autodichiarato o "shame trust"; la motivazione si è confrontata con gli orientamenti delle sezioni civili della Corte di Cassazione (sentenze nn. 3886, 3735 e 3737) che hanno affermato la necessità, per la sussistenza del trust, del trasferimento a terzi da parte del settlor dei beni costituiti in trust, quale tratto tipologicamente caratteristico.

La Corte di appello di Milano, dopo aver affermato che il trust autodichiarato può far sorgere fortissimi sospetti di essere simulato, e quindi di essere una struttura fittizia o una costruzione artificiosa "come nel caso in esame", ha affermato che non ogni trust autodichiarato è automaticamente inesistente o nullo, come invece sostiene la difesa: ciò perchè le leggi straniere che disciplinano il trust ammettono il trust autodichiarato; perchè nell'ordinamento italiano esistono una pluralità di fattispecie di vincoli auto-istituiti ed anche nella prassi vi sono applicazioni di tale schema (come gli escrow accounts, cioè i depositi di somme in garanzia che un professionista riceve per conto dei suoi clienti).

La Corte di appello di Milano si è anche confrontata con la sentenza del Tribunale di Monza indicata dalla difesa, rappresentando che la convenzione dell'Aja non disciplina direttamente i trust, ma stabilisce le condizioni alle quali un trust straniero debba essere riconosciuto e sia produttivo di effetti.

Secondo la Corte di appello di Milano, la legge straniera che conosce il trust ed adottata nell'atto costitutivo del (------), è la Jersey Law del 1984 (e successive modifiche) che ammette il trust autodichiarato.

Tale affermazione della Corte di appello di Milano è corretta, ove si considerino in particolare l'art. 10 comma 12 della Jersey Law che prevede che "Un Disponente od un trustee di un trust possono essere anche Beneficiari dello stesso trust" e l'art. 9 sui poteri del disponente.

3.2. La Corte di appello di Milano ha rappresentato altresì che il trust autodichiarato non è neanche contrario a norme inderogabili, alle norme di applicazione necessaria ed a quelle relative l'ordine pubblico, perchè nessuna di queste norme riguarda, sia pure indirettamente, la possibilità di dar vita al trust autodichiarato.

Dopo aver ribadito la natura simulatoria del (------) in quanto la perdita del controllo dei beni del disponente è solo apparente, la Corte di appello di Milano ha affermato che la nullità del trust non deriva dalla coincidenza tra disponente e trustee ("trustee non significa necessariamente "terzo" e ben potrebbe coincidere con il disponente") ma dall'analisi complessiva delle clausole dell'atto, dalla verifica in concreto dei poteri che il disponente si riserva ed attribuisce al trustee, sia che queste figure s'identifichino sia si tratti di soggetti diversi.

Deve quindi ritenersi che la Corte di appello di Milano, avendo qualificato in più passaggi il trust come simulato, abbia effettuato tale verifica dell'atto e abbia escluso la nullità del (------).

Infine, la Corte di appello di Milano ha ritenuto corretta le argomentazioni del giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Milano per il quale il processo civile di esecuzione da parte di Equitatia non avrebbe potuto prescindere da una previa declaratoria giudiziale di

accertamento della nullità o inesistenza del trust e l'iscrizione di ipoteca sui beni conferiti in trust si sarebbe scontrata comunque con l'effetto segregativo interposto dal trust stesso. L'azione di riscossione di Equitalia sarebbe stata comunque impedita.

4. Quanto al motivo di ricorso relativo alla contraddittorietà interna della motivazione, deve osservarsi che la Corte di appello ha tratto conclusioni del tutto coerenti con le sue premesse.

La Corte di appello ha infatti rilevato che l'atto costitutivo del (------) richiamava la Jersey Law che ammette il trust autodichiarato; ha proceduto all'analisi dell'atto e lo ha ritenuto simulato e non nullo, in base all'analisi delle clausole e della sua struttura complessiva (anche la moglie del ricorrente è disponente per la sua quota di proprietà degli immobili e trustee del complesso dei beni conferiti; beneficiaria in via successiva e la loro figlia P.I.).

L'aver rilevato poi l'esistenza di soluzioni giuridiche non univoche sul trust autodichiarato è del tutto irrilevante ai fini della decisione, fondata sulla valutazione del concreto assetto di interessi realizzato con il (------) per effetto dell'adozione della Jersey Law.

5. Analizzando il contenuto del ricorso emerge che la difesa contesta, in realtà, la motivazione della sentenza di appello sulla soluzione di diritto alla questione incidentale civile sul vizio dello sham trust (atto nullo o simulato) e l'erronea applicazione del D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11; si chiede in sostanza di qualificare lo sham trust, il trust cd. autodichiarato, quale nullo e di ritenere escluso dall'ambito applicativo dell'art. 11 l'atto nullo, pur se commesso al fine di sottrarsi al pagamento delle imposte.

Per come proposto, il motivo è inammissibile, perchè quello relativo alla contraddittorietà della motivazione contesta la soluzione in diritto data dalla Corte di appello di Milano, sulla questione incidentale e sugli elementi costitutivi del delitto ex del D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11 e quindi non è proponibile ai sensi della lettera e) dell'art. 606 c.p.p.. Cfr. Cass. Sez. 1, n. 16372 del 20/03/2015 Rv. 263326, De Gennaro: in materia di questioni di diritto, non è ammissibile la deduzione di (ritenuti) vizi di motivazione, ai sensi dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e) in quanto la mancanza, la contraddittorietà o la manifesta illogicità della motivazione sono configurabili "soltanto con riguardo ad elementi di fatto che il giudice abbia trascurato o di cui abbia dato una valutazione illogica o contraddittoria, e non con riguardo" alle questioni di diritto nè alle "argomentazioni giuridiche delle parti". Se, infatti, le questioni e le argomentazioni in parola sono fondate, "il fatto che il giudice le abbia disattese (motivatamente o meno) da luogo al diverso motivo di censura costituito dalla violazione di legge", mentre, se "sono infondate,... il giudice le abbia disattese non può dar luogo ad alcun vizio di legittimità della pronuncia giudiziale" (così, da ultimo, Sez. U., n. 29817 del 17/07/2014, Cukon, non massimata sul punto, e le sentenze ibidem indicate: Sez. 1, n. 4931 del 17/12/1991 - 1992, Parente, Rv. 188913; Sez. 5, n. 4173 del 22/02/1994, Marzola ed altri, Rv. 197993; Sez. 2, n. 3706 del 21/01/2009, Haggag, Rv. 242634; Sez. 2, n. 19696 del 20/05/2010, Maugeri, Rv. 247123).

Cfr. nello stesso senso Cass. Sez. 3, sentenza n. 6174 del 23/10/2014, (dep. 2015) Rv. 264273, Monai: Nel giudizio di cassazione il vizio di motivazione non è denunciabile con riferimento a questioni di diritto, posto che il giudice di merito non ha l'onere di motivare l'interpretazione prescelta, essendo sufficiente che il risultato finale sia corretto. (In motivazione, la Corte ha

osservato che l'art. 606 c.p.p., lett. b) e c), si riferiscono all'inosservanza ed all'erronea applicazione della legge e non fanno alcun riferimento al percorso logico-argomentativo del giudice, a differenza della successiva lett. e), che si riferisce, peraltro, ai profili in fatto della motivazione).

Per altro, una volta che il trust sia stato qualificato quale atto simulato, la soluzione in diritto, ai fini della sussistenza del reato ex D.Lgs. n. 74 del 2000 art. 11 è del tutto corretta.

6. La tesi difensiva non è neanche corretta in punto di diritto.

Va ricordato che il D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11 sanziona chiunque, al fine di sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto, ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a dette imposte, per un ammontare complessivo superiore a 50.000,00 Euro, aliena simulatamente o compie altri atti fraudolenti sui propri o su altrui beni, idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva.

Come affermato da Cass. Sez. 3, n. 3011 del 05/07/2016, Rv. 268798, Di Tullio, attraverso l'incriminazione della condotta prevista dal D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11 il legislatore ha inteso evitare che il contribuente si sottragga al suo dovere di concorrere alle spese pubbliche creando una situazione di apparenza tale da consentirgli di rimanere nel possesso dei propri beni fraudolentemente sottratti alle ragioni dell'Erario.

Cfr., sul punto, Cass. Sez. 3, n. 36290 del 18/05/2011, Cualbu, Rv. 251077, secondo cui l'oggetto giuridico del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte non è il diritto di credito del fisco, bensì la garanzia generica data dai beni dell'obbligato, potendo quindi il reato configurarsi anche qualora, dopo il compimento degli atti fraudolenti, avvenga comunque il pagamento dell'imposta e dei relativi accessori.

La norma punisce due distinte condotte: l'alienazione simulata ed il compimento di atti fraudolenti.

L'alienazione è "simulata" quando è finalizzata a creare una situazione giuridica apparente diversa da quella reale, quando il programma contrattuale non corrisponde deliberatamente in tutto (simulazione assoluta) o in parte (simulazione relativa) alla effettiva volontà dei contraenti. Si è affermato che in tale condotta rientrino anche i casi di interposizione fittizia di persona (cfr. Cass. Sez. 3, n. 40319 del 2016, Scandiani).

Per "atto fraudolento" (cfr. in tal senso Cass. Sez. 3, n. 3011 del 05/07/2016, Rv. 268798, Di Tullio) deve intendersi qualsiasi atto che, non diversamente dalla alienazione simulata, sia idoneo a rappresentare ai terzi una realtà (la riduzione del patrimonio del debitore) non corrispondente al vero, mettendo a repentaglio o comunque rendendo più difficoltosa l'azione di recupero del bene in tal modo sottratto alle ragioni dell'Erario.

Nel novero degli "altri atti fraudolenti" sono ricompresi sia atti materiali di occultamento e sottrazione dei propri beni (sparizione materiale di un bene senza alienazione), ma anche atti giuridici diretti, secondo una valutazione concreta, a sottrarre beni al pagamento delle imposte (in tal senso Cass. Sez. 3 n.578/2017 Tartaglia), come ad esempio (cfr. Cass. Sez. 3 n. 3011 del

05/07/2016 Rv. 268798 Di Tulli) se posti in essere a tale fine, la messa in atto, da parte degli amministratori, di più operazioni di cessioni di aziende e di scissioni societarie simulate finalizzate a conferire ai nuovi soggetti societari immobili, la costituzione di un fondo patrimoniale, la costituzione fittizia di servitù, di diritti reali di godimento, la concessione di locazione, la ricognizione di debito.

Secondo il costante indirizzo della giurisprudenza, il delitto è un reato di pericolo concreto; in ossequio al principio di offensività, si deve valutare l'idoneità "ex ante" dell'atto a mettere in pericolo la garanzia patrimoniale del debito erariale. La diminuzione della garanzia può essere anche solo parziale, non necessariamente totale (Sez. 3, n. 6798 del 16/12/2015, dep. 2016, Arosio, Rv. 266134), purchè effettivamente in grado di mettere a rischio l'esazione del credito.

7. La tesi difensiva di fatto esclude dall'ambito applicativo dell'art. 11 gli atti nulli, in contrasto con la formulazione dell'art. 11 e con la sua natura di reato di pericolo; un contratto fraudolento concluso in violazione del D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11 può essere nullo ma concretizzare la condotta penalmente rilevante.

Ed invero, il D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11 contiene un esplicito divieto, sanzionato penalmente, di non porre in essere atti (fra cui rientrano tutti gli atti giuridici, compresi i contratti) fraudolenti idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva.

La norma è diretta alla tutela di un interesse pubblico generale: evitare che il contribuente si sottragga al suo dovere di concorrere alle spese pubbliche, dovere per altro previsto dall'art. 53 Cost. in ragione della capacità contributiva.

Il divieto previsto dall'art. 11, avendo rilevanza penale, non ha alcuna possibilità di esenzione dalla sua osservanza e pertanto la norma che impone il divieto deve essere considerata imperativa: di conseguenza, il contratto concluso con la finalità fraudolenta prevista dall'art. 11 ed in violazione del divieto ivi previsto è nullo per contrasto con norma imperativa, ai sensi dell'art. 1418 c.c..

In tal caso infatti, si concretizza la violazione di disposizioni di ordine pubblico in ragione delle esigenze d'interesse collettivo sottese alla tutela penale, trascendenti quelle di mera salvaguardia patrimoniale dei singoli contraenti perseguite dalla disciplina sull'annullabilità dei contratti.

8. Il carattere fraudolento di determinate operazioni negoziali presuppone, quale dato pressochè costante, che l'attività fraudolenta sia nascosta attraverso lo schermo formale di attività o documenti apparentemente regolari (Cass. Sez. 3, n. 40319 del 2016, Scandiani) o l'adozione di un atto formalmente lecito - come l'alienazione di un bene - però caratterizzato da una componente di artificio o di inganno (Cass. Sez. 3, n. 25677 del 16/5/2012, Caneva e altro, Rv. 252996).

Realizzando il trust - anche ove lo si ritenga nullo secondo le norme del codice civile, perchè sham trust, con la coincidenza tra disponente e trustee - il ricorrente ha creato uno schermo formale, un diaframma, tra il patrimonio personale e proprietà costituita in trust, nel quale è

confluito il suo patrimonio immobiliare; e ciò ha fatto, in maniera del tutto incontestata, per la finalità elusiva delle ragioni creditorie erariali (sulla rilevanza penale di una tale condotta cfr. Cass. Sez. 5, n. 13276 del 24/01/2011, Rv. 249838, Orsi, che ha ritenuto sussistente il fumus del delitto ex D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 11 nel caso di sham trust).

Tale schermo formale però può cadere solo quando si riveli la situazione di mera apparenza; quando cioè emerga che, pur nella presenza formale del trust, l'indagato continui ad amministrare i beni, conservandone la piena disponibilità.

L'atto fraudolento allora, pur se ha natura di sham trust, rende più difficoltosa l'azione di recupero del bene, perchè già con il trust è stato sottratto in un primo momento alle ragioni dell'Erario; in secondo momento perchè comunque, essendo l'atto giuridico formalmente esistente, si dovrà dimostrare la sua nullità, procedendo giudizialmente per ottenere la sua eliminazione dal mondo giuridico e solo dopo procedere all'esecuzione sul bene.

9. Con il secondo motivo la difesa deduce i vizi di cui all'art. 606 c.p.p., lett. b) ed e) per inosservanza o erronea applicazione dell'art. 62 bis c.p. e per mancanza della motivazione in ordine all'omessa concessione delle circostanze attenuanti generiche.

Il motivo è manifestamente infondato.

La Corte di appello di Milano ha fatto una corretta applicazione dell'art. 62 bis c.p.; non è incorsa in alcun vizio della motivazione.

Con l'atto di appello la difesa aveva chiesto la concessione delle circostanze attenuanti generiche per la partecipazione attiva dell'imputato al procedimento ed il tentativo di raggiungere un accordo con il fisco.

La Corte di appello di Milano ha negato l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche rilevando che il ricorrente "... si è reso per più anni inadempiente agli obblighi fiscali, preordinando un sistema fraudolento per impedire o comunque ostacolare l'agente riscossore nelle sue attività di recupero dei crediti. Il tentativo di transazione effettuato dall'appellante non risulta essere stato portato poi a compimento con accordo definitivo".

La Corte di appello ha dato una motivazione del tutto esaustiva ed ha rigettato la richiesta sulla base della negativa valutazione della personalità del ricorrente.

Va ricordato che l'esclusione delle circostanze attenuanti generiche è adeguatamente motivata quando il giudice, a fronte di specifica richiesta dell'imputato volta all'ottenimento delle attenuanti in questione, indichi delle plausibili ragioni a sostegno del rigetto di detta richiesta, senza che ciò comporti tuttavia la stretta necessità della contestazione o della invalidazione degli elementi sui quali la richiesta stessa si fonda (in tal senso Cass. Sez. 3, n. 35570 del 30/05/2017 Rv. 270694, Di Luca).

Per il costante indirizzo della Corte di Cassazione, ai fini della concessione o del diniego delle circostanze attenuanti generiche, il giudice può limitarsi a prendere in esame, tra gli elementi indicati dall'art. 133 c.p., quello che ritiene prevalente ed atto a determinare o meno il

riconoscimento del beneficio, sicchè anche un solo elemento attinente alla personalità del colpevole o all'entità del reato ed alle modalità di esecuzione di esso può essere sufficiente in tal senso (così Cass. sez. 2, n. 3609 del 18.1.2011, Sermone ed altri, rv. 249163; conf., ex plurimis, sez. 6, n. 7707 del 4.12.2003 dep. il 23.2.2004, Anaclerio ed altri, rv. 229768).

9. Con il terzo motivo si chiede l'annullamento della sentenza ai sensi dell'art. 606 c.p.p., lett. b) per inosservanza o erronea applicazione dell'art. 165 c.p..

Tale motivo è fondato.

Con l'atto di appello la difesa aveva chiesto, come anche già effettuato in primo grado, di non subordinare la sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno; con l'appello, in più, la difesa aveva prodotto alcuni documenti per dimostrare l'incapacità economica dell'imputato.

La Corte di appello non ha motivato sulla subordinazione della sospensione condizionale della pena perchè ha ritenuto di aderire al principio di diritto espresso da Cass. N. 26221 del 2015. Di conseguenza, non ha risposto allo specifico motivo di appello.

L'interpretazione fornita dalla Corte di appello dell'art. 165 c.p. non è corretta.

Ed invero, aderendo a quanto già affermato da Cass. Sez. 3, n. 29996 del 17/05/2016, Rv. 267352, Lo Piccolo, in motivazione, deve affermarsi il seguente principio di diritto: "nel caso in cui il beneficio della sospensione condizionale della pena sia subordinato all'adempimento dell'obbligo di risarcimento del danno, il giudice della cognizione non è tenuto a svolgere alcun accertamento sulle condizioni economiche dell'imputato; il giudice deve, tuttavia, effettuare un motivato apprezzamento di esse, se dagli atti emergono elementi che consentono di dubitare della capacità di soddisfare la condizione imposta ovvero quando tali elementi vengono forniti dalla parte interessata in vista della decisione".

Nello stesso senso Cass. Sez. 4, n. 25685 del 05/04/2016, Rv. 267372, Scaretti: In tema di sospensione condizionale della pena subordinata al risarcimento del danno, il giudice, pur non essendo tenuto a svolgere un preventivo accertamento delle condizioni economiche dell'imputato, deve tuttavia effettuare un motivato apprezzamento di esse, qualora l'imputato abbia diligentemente allegato specifiche circostanze dirette a dimostrare l'assoluta incapacità a soddisfare la condizione imposta.

Dunque, deve disporsi l'annullamento della sentenza impugnata limitatamente alla subordinazione della sospensione condizionale della pena al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno, con rinvio per nuovo giudizio sul punto ad altra sezione della Corte di appello di Milano.

Trattandosi di annullamento parziale, per altro limitato alla sola subordinazione della sospensione condizionale della pena, ai sensi dell'art. 624 c.p.p., la sentenza ha autorità di cosa giudicata quanto alle altre parti (responsabilità, pena principale e pena accessoria, condanna al pagamento delle spese processuali, concessione della sospensione condizionale della pena,

confisca, condanna al risarcimento del danno ed al pagamento delle spese processuali in favore della parte civile).

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata limitatamente alla sospensione condizionale della pena e rinvia per nuovo giudizio sul punto ad altra sezione della Corte di appello di Milano.

Così deciso in Roma, il 7 novembre 2017.

Depositato in Cancelleria il 11 maggio 2018

Documenti citati

Documenti collegati

- Normativa
- Prassi
- Giurisprudenza