

Penale Sent. Sez. 6 Num. 7261 Anno 2022

Presidente: FIDELBO GIORGIO

Relatore: SILVESTRI PIETRO

Data Udiienza: 08/07/2021

SENTENZA

sui ricorsi proposti da:

1. Di Maio Giovanni, nato a Messina il 19/11/1961
2. Mendolia Celeste, nata a Taormina il 03/03/1985, anche nella qualità di legale rappresentante della Namastè s.r.l.;
3. Micena Nicolò, nato a Palermo il 02/01/1954;

avverso l'ordinanza emessa dal Tribunale di Messina il 04/11/2020

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere, Pietro Silvestri;

lette le conclusioni del Sostituto Procuratore generale che ha chiesto il rigetto dei ricorsi;

RITENUTO IN FATTO

1. Il Tribunale della libertà di Messina, in accoglimento dell'appello del Pubblico Ministero, ha disposto il sequestro preventivo diretto del denaro depositato sui conti correnti di numerose società e, in subordine, il sequestro per equivalente finalizzato alla confisca della somma di 2.815,00 euro nei confronti Di Maio Giovanni, di quella di 23.540,00 euro nei riguardi di Mendolia Celeste e di quella di 10.635,00 nei riguardi di Micena Nicolò.

Di Maio, Mendolia e Micena sono indagati per il reato di peculato perché, quali gestori di alcune strutture recettive site nel territorio di Taormina, e dunque nella qualità di incaricati di pubblico servizio, si sarebbero appropriati delle somme di denaro - delle quali avevano la disponibilità in ragione dell'ufficio - versato dai clienti a titolo di imposta di soggiorno entro il termine di 15 giorni dalla fine di ciascun mese, così come previsto dall'art. 6 del relativo regolamento comunale

2. Ha proposto ricorso per cassazione Giovanni Di Maio articolando tre motivi.

2.1. Con il primo si deduce violazione del principio devolutivo ex art. 597 cod. proc. pen.

Si assume che: a) il Giudice per le indagini preliminari aveva disposto, in parziale accoglimento delle richieste del Pubblico Ministero, il sequestro della somma di 2.815,00 euro nei confronti dell'indagato, rigettando la richiesta nei riguardi della società, non rientrando il peculato tra i reati - presupposto per la responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231; b) il Pubblico Ministero aveva proposto appello ritenendo che i beni della persona giuridica fossero pienamente sequestrabili, nel caso in cui costituiscono profitto del reato; c) il Tribunale avrebbe disposto il sequestro diretto dei conti correnti delle società e, in violazione del principio devolutivo - non avendo sul punto proposto appello il Pubblico Ministero -, in via subordinata il sequestro per equivalente delle somme presenti sui conti correnti degli amministratori, in caso di incapacienza delle casse sociali.

Dunque, si argomenta, il sequestro sarebbe stato disposto in violazione dell'art. 597 cod. proc. pen., atteso che l'appello del Pubblico Ministero avrebbe avuto ad oggetto solo la parte dell'ordinanza con cui il Giudice per le indagini preliminari aveva rigettato la richiesta di sequestro diretto nei confronti dell'ente.

2.2. Con il secondo motivo si deduce violazione di legge processuale.

Il Tribunale ha ritenuto che le somme di denaro avrebbero accresciuto in via diretta il patrimonio delle persone giuridiche e non quello degli amministratori e dunque avrebbe dovuto verificare se il denaro presente sui conti correnti personali fossero ricollegabili alla attività illecita posta in essere a vantaggio delle società.

Sul punto l'ordinanza sarebbe silente.

2.3. Con il terzo motivo si deduce violazione di legge; il tema attiene al fumus commissi delicti: il fatto attribuito agli indagati non sarebbe più previsto dalla legge come reato ai sensi dell'art. 180 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, applicabile, ai sensi dell'art. 2 cod. pen., anche ai fatti pregressi.

3. Ha proposto ricorso per cassazione l'avv. Isabella Barone, nella qualità di difensore di Mendolia Celeste e di procuratore speciale della stessa Mendolia nella qualità di legale rappresentante della Namastè s.r.l.



Si premette che: a) la ricorrente aveva proposto riesame avverso il provvedimento con cui era stato disposto il sequestro emesso nei suoi riguardi ed il Tribunale del riesame aveva annullato l'ordinanza in ragione della mancata previa escussione della società Namastè; b) il Tribunale aveva poi disposto, in accoglimento dell'appello del Pubblico Ministero, il sequestro diretto delle somme giacenti sui conti delle società e quello per equivalente nei riguardi egli indagati.

Sono stati articolati cinque motivi.

3.1. Con il primo si deduce violazione di legge; il motivo attiene alla configurabilità del *fumus* ed è sostanzialmente sovrapponibile alle considerazioni esposte nel ricorso proposto nell'interesse di Di Maio Giovanni; si invita la Corte, nel caso in cui ritenesse non intervenuta l'abolizione del reato anche in relazione ai fatti commessi prima della entrata in vigore del d.l. n. 34 del 2020, a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 314 cod. pen., interpretato nel senso indicato, per contrasto con gli artt. 3, 25, 27 Cost., 7 Cedu.

3.2. Con il secondo motivo si lamenta violazione di legge per essere stato disposto il sequestro delle somme di pertinenza della società Namastè s.r.l.

Il peculato non sarebbe compreso tra i reati c.d. presupposto per la responsabilità dell'ente e nella specie, non potrebbe essere disposta nei riguardi della società il sequestro finalizzato alla confisca diretta del denaro.

3.3. Con il terzo motivo si lamenta violazione di legge in ordine ai disposti di cui all'art. 597 cod. proc. pen.; il tema è quello già in precedenza descritto.

3.4. Con il quarto motivo si deduce violazione di legge; il Tribunale, dato atto che il profitto era stato conseguito dall'ente, non avrebbe potuto disporre il sequestro delle somme di denaro giacenti sui conti correnti personali dell'indagata.

3.5. Con il quinto motivo si deduce violazione di legge in relazione all'omessa motivazione quanto al *fumus commissi delicti*; non vi sarebbe la prova che le somme fossero state versate dai clienti.

4. Ha proposto ricorso per cassazione anche Micena Nicolò.

I presupposti fattuali sono identici a quelli descritti per il ricorso "Mendolia".

Sono stati articolati quattro motivi con cui sono state dedotte le stesse questioni oggetto del ricorso proposto nell'interesse di Mendolia.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso proposto nell'interesse della società Namastè s.r.l. da Celeste Mendolia, in qualità di legale rappresentante, è inammissibile.

Dagli atti emerge che la società, nella persona del suo legale rappresentante, Celeste Mendolia- indagata per avere compiuto nella qualità indicata il reato oggetto del



procedimento- ha proceduto alla nomina del suo difensore, avv. ssa Isabella Barone, dopo l'esecuzione del sequestro.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione, nell'ambito di un'articolata motivazione, hanno chiarito come, in tema di responsabilità da reato degli enti, il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto non può provvedere, a causa di tale condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore di fiducia dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001.

Ne consegue, secondo la Corte di cassazione, che è inammissibile per difetto di legittimazione, rilevabile di ufficio ai sensi dell'art. 591, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., la richiesta di riesame di decreto di sequestro preventivo presentata dal difensore dell'ente nominato dal rappresentante che sia imputato o indagato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo (Sez. U, n. 33041 del 28/05/2015, Gabrielloni).

Nel caso di specie, il ricorso per cassazione nell'interesse della società è stato proposto dall'avv.ssa Isabella Barone in ragione della procura conferitagli, in qualità di legale rappresentante della società, da Celeste Mendolia, a cui è contestato di aver compiuto il reato nell'interesse o a vantaggio dello stesso ente.

Ne deriva l'inammissibilità del ricorso e la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro tremila in favore della Cassa delle ammende.

2. Sono invece fondati, nei limiti di cui si dirà, i motivi proposti nell'interesse degli indagati relativi al fumus commissi delicti, che hanno valore assorbente.

2.1. Al momento in cui la presente sentenza è stata deliberata - prima della entrata in vigore dell'art. 5 - *quinquies* della legge 17 dicembre 2021, n. 215, con cui è stata varata una disposizione di interpretazione autentica a carattere retroattivo della disciplina della c.d. imposta di soggiorno e delle sue sanzioni - la Corte di cassazione aveva in più occasioni condivisibilmente affermato la permanenza della rilevanza penale del fatto, qualificato in termini di peculato in relazione alle condotte di omesso, ritardato o parziale versamento dell'imposta di soggiorno, commesse dal gestore di una struttura ricettiva prima della data del 19 maggio 2020, ossia anteriormente alle modifiche introdotte dall'art. 180 d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito nella legge 20 luglio 2020, n. 77 (cfr., tra le altre, Sez. 6, n. 36317 del 28/10/2020, Brugnoli, Rv. 280286).

Quanto alle condotte poste in essere prima delle modifiche introdotte dall'art. 180 d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito nella legge 20 luglio 2020, n. 77, la giurisprudenza di legittimità, sulla base della normativa recata dall'art. 4 del d.lgs. 14 marzo 2011 n. 23, era ferma nel ritenere che integra il reato di peculato la condotta posta in essere dal gestore di una struttura ricettiva che si appropriava delle somme



riscosse a titolo di imposta di soggiorno, omettendo di riversarle al Comune, in quanto lo svolgimento dell'attività ausiliaria di responsabile del versamento, strumentale all'esecuzione dell'obbligazione tributaria intercorrente tra l'ente impositore e il cliente della struttura, determinava l'attribuzione della qualifica di incaricato di pubblico servizio in capo al privato cui era demandata la materiale riscossione dell'imposta (per tutte, Sez. 6, n. 27707 del 26/03/2019; Norsa, Rv. 276220; Sez. 6, n. 32058 del 17/05/2018, Locane, Rv. 273446).

Le conclusioni della giurisprudenza si fondavano su argomenti tratti dalla disciplina positiva del tributo, secondo cui l'unico soggetto obbligato al versamento dell'imposta prevista era l'ospite della struttura alberghiera senza che, a suo carico fossero previsti obblighi dichiarativi o adempimenti ulteriori, e sul rilievo che il Comune si rapporta con il gestore della struttura alberghiera non come soggetto del rapporto tributario, bensì quale destinatario giuridico delle somme incassate dal gestore a titolo di imposta di soggiorno e nell'ambito di una relazione completamente avulsa dal rapporto tributario, sebbene ad esso funzionalmente orientata e correlata.

La giurisprudenza di legittimità riteneva, pertanto, che il gestore rivestisse la qualità di incaricato di pubblico servizio, anche in assenza di un preventivo, specifico incarico da parte della pubblica amministrazione, qualora avesse proceduto effettivamente e materialmente alla riscossione dell'imposta di soggiorno in considerazione dell'attività prettamente pubblicistica della sua attività direttamente disciplinata dalle norme di diritto pubblico istitutive della relativa imposta.

Essenziale, in tale prospettiva, era che fosse costituita una relazione tra ente di pertinenza dell'imposta ed altro soggetto, divenendo agente contabile anche il soggetto che avesse fatto maneggio di denaro pubblico.

2.2. Ritiene tuttavia il Collegio che, ai fini di individuare il contenuto del rapporto intercorrente tra il comune e i gestori delle strutture operanti nel territorio, assumono rilievo decisivo i regolamenti comunali ai quali rinvia il comma 3 dell'art. 4 cit. e, nella fattispecie, il Regolamento del Comune di Taormina, con i contenuti del quale non si è affatto confrontata l'ordinanza impugnata, che ha esaminato il tema della qualificazione giuridica in una prospettiva solo generale, ai fini della ricostruzione della disciplina pubblicistica che regola l'attività del gestore della struttura sia nella fase di riscossione dell'imposta che in quella del versamento e degli (eventuali) contenuti giuridici pubblici che ne connotano l'esercizio.

Non si tratta di verificare se la disciplina prevista dal Regolamento del Comune di Taormina avesse individuato il gestore della struttura quale "responsabile di imposta" (secondo uno schema del diritto tributario non praticabile prima dell'entrata in vigore dell'art. 180 d.l. 34 del 2020), ma di esaminare in concreto quali fossero, nella prospettiva funzionale oggettiva che caratterizza la qualificazione del soggetto attivo del

reato quale incaricato di pubblico servizio, i connotati pubblicistici dell'attività svolta dal gestore della struttura sia nella fase di riscossione che in quella di versamento dell'imposta; ciò che deve essere accertato in concreto, ai fini della sussistenza del *fumus commissi delicti*, è, anche ai sensi del Regolamento, se;

a) il gestore sia ritenuto o meno quale soggetto che risponde direttamente del corretto e integrale versamento dell'imposta di soggiorno al Comune, dunque in assenza del vincolo di solidarietà e del potere di rivalsa verso il soggetto passivo del rapporto tributario, aspetti, questi essenziali della figura di responsabile di imposta nel diritto tributario;

b) fermo restando il rapporto tributario che intercorre tra il Comune e il soggetto passivo del tributo - cioè il cliente della struttura - se il regolamento del Comune configuri o meno in capo al gestore della struttura un obbligo "diretto", cioè, lo individui come debitore in proprio di somme nei confronti dell'Ente, obbligo rispetto al quale gli vengono imposti adempimenti di natura squisitamente dichiarativa e "tributaria", e, in caso di omesso, ma anche ritardato o parziale versamento dell'imposta, una sanzione amministrativa, anche questa "tipicamente tributaria", quale quella prevista dall'art. 13 del d. lgs. n. 471/1997;

c) dal contenuto del Regolamento emergano elementi per ritenere sussistente, in capo al gestore della struttura alberghiera, l'esercizio di poteri *latu sensu* pubblicistici nella fase della determinazione e versamento dell'importo dovuto.

d) sulla scorta del contenuto del Regolamento, se vi siano elementi che connotino in senso immediatamente "pubblicistico" l'attività svolta nella fase in cui il gestore della struttura procede all'incasso dell'imposta, atteso che nel caso in cui fosse prevista una responsabilità diretta del gestore nella fase del versamento dell'imposta al Comune, detta previsione si porrebbe in termini di incompatibilità ontologica con la configurabilità delle sue mansioni quale agente contabile, cioè di soggetto addetto alla riscossione dell'imposta quale incaricato del Comune;

e) in ultima analisi, le somme dovute dall'esercente appartengano al suo patrimonio e non a quello del Comune e dunque non sussiste il "maneggio di denaro pubblico", *conditio sine qua non* al fine di attribuire la qualifica di agente contabile al gestore della struttura ricettiva, non potendosi in tal caso imputare a quest'ultimo alcuna condotta di omesso versamento di denaro già ab origine di pertinenza della pubblica amministrazione, ma soltanto di inadempimento di un obbligo posto direttamente a suo carico nei confronti di quest'ultima.

2.3. Se è vero che l'art. 358 cod. pen. attribuisce la qualifica di incaricato di pubblico servizio a coloro che, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio, prescindendo dall'esistenza di un rapporto di dipendenza con la pubblica amministrazione, è imprescindibile l'esame dei caratteri qualificanti dell'attività in concreto svolta dai

soggetti per definirla pubblico servizio e, altresì, che tale attività non si concreti in semplici mansioni di ordine o si esaurisca in attività di prestazione d'opera meramente materiale e che non si esaurisce nella mera destinazione, a finalità pubbliche, delle somme riscosse.

Si rende necessario, pertanto, un più approfondito accertamento per verificare le ricadute della disciplina regolamentare, di cui non si tenuto in nessun modo conto, sul rapporto tra il Comune e il gestore della struttura, sull'esercizio di poteri pubblicitici e sui contenuti pubblicitici che eventualmente lo connotano.

Non può trascurarsi, infine, che tale accertamento risulta rilevante anche sotto il profilo psicologico e della consapevolezza del gestore della struttura alberghiera sulle funzioni e sui poteri pubblici esercitati e, quindi del correlativo elemento psicologico del reato di peculato.

3. Conseguie l'annullamento dell'ordinanza impugnata e la trasmissione degli atti, per ulteriore corso, al Tribunale di Messina, restando assorbita la valutazione degli ulteriori motivi di impugnazione.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso proposto nell'interesse della società Namaste s.r.l, che condanna al pagamento delle spese processuali e della somma di euro tremila in favore della Cassa delle ammende.

Con riferimento agli altri ricorsi annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo giudizio al Tribunale di Messina competente ai sensi dell'art. 324, comma 5, cod. proc. pen.

Così deciso in Roma, l'8 luglio 2021.

Il Consigliere estensore

Pietro Silvestri



Il Presidente

Giorgio Fidelbo

