

Penale Sent. Sez. 5 Num. 38919 Anno 2019

Presidente: SCARLINI ENRICO VITTORIO STANISLAO

Relatore: BORRELLI PAOLA

Data Udiienza: 05/07/2019

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI CATANZARO

e da:

DE MARCO GINO nato a PRAIA A MARE il 01/01/1989

nel procedimento a carico di quest'ultimo

avverso l'ordinanza del 11/04/2019 del TRIB. del riesame di CATANZARO

udita la relazione svolta dal Consigliere PAOLA BORRELLI;

udite le conclusioni del Sostituto Procuratore generale ELISABETTA CESQUI, che ha concluso per l'inammissibilità dei ricorsi;

udito l'Avv. NICOLA CARRATELLI, che ha insistito per l'accoglimento del proprio ricorso e per il rigetto del ricorso del pubblico ministero.

RITENUTO IN FATTO

1. L'ordinanza impugnata è stata pronunciata il 16 aprile 2019 dal Tribunale del riesame di Catanzaro ed ha parzialmente riformato, in seguito a istanza di riesame dell'indagato, quella del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Paola che aveva applicato a Gino De Marco la misura cautelare della custodia in carcere ^{per} i reati di bancarotta fraudolenta per distrazione e di autoriciclaggio.



La riforma è consistita nell'annullamento dell'ordinanza genetica quanto al reato di autoriciclaggio e nella sostituzione della misura carceraria con gli arresti domiciliari in ordine alla fattispecie superstite.

2. I fatti addebitati provvisoriamente all'indagato riguardano la bancarotta fraudolenta per distrazione consistita nella stipula di un contratto di affitto di ramo di azienda simulato, della durata di otto anni, tra la De Marco Costruzioni s.r.l. (rappresentata dal padre dell'odierno ricorrente, Giacomo De Marco, società dichiarata fallita nel giugno 2016) e la Immobiliare costruzioni De Marco s.r.l., di cui era legale rappresentante Gino De Marco, contratto cui corrispondeva un canone annuale non congruo e con il quale, secondo l'accusa convalidata dal Tribunale del riesame, erano stati ceduti anche appalti milionari. L'autoriciclaggio consisterebbe — secondo la contestazione del pubblico ministero non avallata dal Tribunale del riesame — nell'utilizzazione dei beni e delle attività del ramo di azienda affittato per l'aggiudicazione di gare di appalto, con conseguente effetto di confusione patrimoniale tra i beni che hanno formato oggetto del predetto contratto e quelli già rientranti nel patrimonio della Immobiliare costruzioni De Marco s.r.l.

3. Contro l'ordinanza anzidetta hanno presentato ricorso sia l'indagato che il pubblico ministero.

4. Il ricorso proposto nell'interesse dell'indagato consta di due motivi.

4.1. Il primo motivo lamenta vizio di motivazione e violazione di legge. Secondo la parte, l'assunto del Tribunale del riesame circa la natura distrattiva del contratto di affitto di ramo di azienda — nonché della cessione delle attestazioni SOA e dei flussi finanziari oggetto del contratto di appalto — alla Immobiliare Costruzioni De Marco s.r.l. era errato, in quanto la De Marco costruzioni s.r.l. non aveva mai avuto la disponibilità materiale e giuridica dell'azienda vendutale dalla ditta individuale De Marco Giacomo (né delle attestazioni SOA e dei flussi finanziari oggetto dei contratti di appalto con l'amministrazione provinciale di Cosenza e con il Comune di Lauria), in quanto la ditta aveva affittato detta azienda alla Immobiliare Costruzioni De Marco s.r.l. fin dal 21 dicembre 2007. A dispetto di quanto ritenuto dal Tribunale del riesame, il fallimento era stato causato da un consistente debito nei confronti di una società finanziaria risalente ad almeno dieci anni prima. In ogni caso l'affitto del ramo di azienda, inerendo a beni comunque rimasti nella proprietà della società fallita, non aveva comportato la loro sottrazione ai creditori. Era smentito *per tabulas* che il ramo di azienda in questione costituisse la voce principale della società De Marco costruzioni s.r.l. sulla quale i creditori facevano affidamento, giacché la



massa creditoria si era formata ben prima del contratto del 24 maggio 2011. Il reato — sostiene il ricorrente — non sarebbe configurabile né da un punto di vista oggettivo, né soggettivo.

4.2. Il secondo motivo investe, denunciando vizio di motivazione e violazione di legge, il profilo delle esigenze cautelari e della scelta della misura. Erroneo sarebbe il ragionamento del Tribunale del riesame allorché aveva ritenuto il pericolo di recidiva nonostante il fallimento della De Marco costruzioni s.r.l. fosse stato chiuso nel 2017 e l'altra società della famiglia De Marco, la Immobiliare De Marco costruzioni s.r.l. non avesse alcuna esposizione debitoria. In mancanza dell'apertura o della pendenza di una procedura fallimentare non sussisterebbe il pericolo di recidiva. Il giudizio circa le esigenze cautelari — continua il ricorrente — sarebbe stato tratto o da intercettazioni inutilizzabili perché effettuate in altro procedimento o da intercettazioni in cui l'indagato non veniva proprio menzionato o da intercettazioni malamente interpretate. Oltre a queste considerazioni, il ricorrente lamenta l'utilizzo di proposizioni congetturali alla base del giudizio cautelare, la già avvenuta elisione delle esigenze cautelari con le misure disposte ex d.lgs. 231 del 2001 nonché la possibilità di soddisfarle con la meno afflittiva misura cautelare interdittiva. Il Tribunale del riesame — sostiene infine il ricorrente — non aveva considerato la personalità concreta dell'indagato — incensurato e privo di altre pendenze giudiziarie.

5. Il ricorso del pubblico ministero si compone di un unico motivo.

La parte contesta la conclusione cui era giunto il Tribunale del riesame in tema di autoriciclaggio, circa l'inesistenza di un *quid pluris* eloquente di una particolare idoneità dissimulativa della provenienza delittuosa dei beni nelle condotte integranti la contestazione ex art. 648-ter1 cod. pen. A seguire, il pubblico ministero ricorrente rievoca i contratti di affitto ed il contratto di vendita di ramo di azienda che avevano coinvolto la ditta individuale De Marco Giacomo, la Scalea costruzioni s.r.l. (già De Marco Costruzioni s.r.l.) e la Immobiliare costruzioni De Marco; tali condotte evidenzerebbero l'intenzione di sottrarre beni e utilità finanziarie al fine di reimmetterle nel circuito economico finanziario. Gli indagati — evidentemente il ricorrente si riferisce anche alle altre posizioni non interessate dal provvedimento impugnato — avevano prima distratto come contestato ai capi a), b) e c), e successivamente destinato tali beni e utilità, anziché al soddisfacimento dei creditori sociali, al conseguimento di remunerativi appalti pubblici, tutti aggiudicati utilizzando il ramo di azienda oggetto dei contratti di affitto/cessione. I beni non erano stati utilizzati e goduti personalmente ma impiegati in attività economiche e finanziarie, né la circostanza che le operazioni fossero tracciabili escludeva la sussistenza del

reato. La confusione tra i patrimoni delle società aveva impedito la soddisfazione dei creditori, giacché la procedura era stata chiusa per mancanza di attivo.

6. Il 28 giugno 2019 la difesa di Gino De Marco ha depositato una memoria in cui ha lamentato l'inammissibilità del ricorso del pubblico ministero, evocando giurisprudenza di questa Corte a supporto della necessità di un *quid pluris* che, con un'obiettiva idoneità dissimulativa della provenienza delittuosa dei beni, avrebbe dovuto contraddistinguere la condotta che si vuole ricondurre al reato di autoriciclaggio.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso di Gino De Marco è complessivamente infondato e va, pertanto, respinto, con conseguente condanna del medesimo al pagamento delle spese processuali.

1.1. Il primo motivo di ricorso — che predica la natura non distrattiva del contratto di affitto di ramo di azienda da parte della "De Marco Costruzioni s.r.l." alla "Immobiliare Costruzioni De Marco s.r.l." — è infondato in quanto affronta un profilo del provvedimento che è immune da vizi motivazionali o di diritto.

Il Tribunale del riesame è, invero, partito da una premessa giuridicamente ineccepibile, vale a dire quella secondo cui integra il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione il contratto di affitto d'azienda stipulato in previsione del fallimento (Sez. 5, n. 16748 del 13/02/2018, Rv. 272841 - 01). La fraudolenza dell'operazione può essere desunta sia dal fatto che l'affitto venga stipulato con canoni incongrui o simulati (Sez. 5, n. 44891 del 9 ottobre 2008, P.M. in proc. Quattrocchi, Rv. 241830), sia dalla circostanza che la stipula avvenga al preciso scopo di trasferire la disponibilità dei beni societari ad altro soggetto giuridico in previsione del fallimento (Sez. 5, n. 46508 del 27 novembre 2008, Scire' e altri, Rv. 242614; Sez. 5, n. 3302 del 28 gennaio 1998, Martinel, Rv. 209947; Sez. 5, n. 11207 del 29 ottobre 1993, Locatelli ed altri, Rv. 196456).

Nel caso di specie, il Collegio di merito ha rilevato la presenza di plurimi indici di fraudolenza, rappresentati dalla pattuizione di un prezzo irrisorio, dalla parentela tra legale rappresentante della società cedente e di quella cessionaria, dalla dismissione, immediatamente successiva, della società "De Marco Costruzioni" e dall'emersione di uno stato di decozione di quest'ultima nonché dalla ripetizione dello stesso schema depauperativo che, anni prima, aveva accompagnato l'affitto dalla ditta individuale "De Marco Giacomo" alla immobiliare di famiglia; elementi questi che denotano, senza incorrere in tratti di



manifesta illogicità, l'operazione attuata come preordinata alla spoliazione della società poi fallita in favore di altra realtà imprenditoriale facente capo al medesimo assetto familiare.

Non è poi del pari manifestamente illogica la risposta che il Tribunale del riesame ha fornito alla doglianza circa il fatto che l'azienda non era mai stata nella disponibilità materiale e giuridica della società poi fallita. I giudici del riesame hanno infatti evidenziato, da una parte, il lasso temporale che è intercorso tra il primo contratto di vendita — ottobre 2010 — e la stipula del contratto di affitto — giugno 2011; dall'altra, la rilevanza economica di detto contratto nell'ambito del patrimonio della società De Marco costruzioni s.r.l. e, quindi, la sua assoluta preminenza nel quadro della garanzia patrimoniale a disposizione dei creditori; infine l'ininfluenza della circostanza che l'azienda fosse stata gestita da altra società rispetto alla titolarità di essa in capo alla fallita, tanto più rilevante in quanto attinente ad un compendio redditizio.

1.2. Il motivo di ricorso che verte sulle esigenze cautelari è inammissibile.

Esso ignora quanto evidenziato dal Tribunale del riesame circa l'inclinazione alla commissione di condotte analoghe già manifestata da Gino De Marco che, appena all'indomani della maggiore età, era stato già coinvolto in un'operazione analoga che aveva pregiudicato la ditta individuale "De Marco Giacomo". D'altra parte non coglie nel segno l'impugnativa quando evidenzia l'assenza del rischio di commissione di condotte analoghe perché l'altra società di famiglia era in ottime condizioni ovvero perché non era pendente nessun'altra procedura fallimentare. A parte l'assertività della riflessione, deve dirsi che il rischio di recidiva non richiede che vi sia un'impresa già in decozione o addirittura fallita, ben potendo le condotte spoliative essere poste in essere, a discapito dei creditori sociali, anche in relazione ad imprese per cui non si appalesino ancora indici di criticità nonché ad imprese eventualmente diverse da quella già note nel patrimonio familiare. Il ricorso è poi aspecifico quando si duole dell'inutilizzabilità di intercettazioni che non riguardano la posizione di Gino De Marco, ma quella del padre o del fratello, mentre tenta di proporre una diversa lettura in fatto delle recenti captazioni che evidenziano l'attivismo di Gino De Marco, rilettura che è inammissibile in questa sede laddove le proposizioni adoperate dal Tribunale del riesame non sono caratterizzate da manifesta illogicità.

Il ricorso, infine, difetta di confronto con l'ordinanza avversata nella misura in cui ignora l'argomentazione del Tribunale del riesame circa l'attivismo che, nonostante le perquisizioni della Guardia di Finanza, già aveva contraddistinto l'agire dell'indagato e che costituiva un valido indice predittivo della sua irriducibile propensione alla commissione di condotte analoghe. A questo proposito, va ricordato come Sez. U, n. 8825 del 27/10/2016, dep. 2017,

Galtelli, Rv. 268823, abbia di recente ribadito un concetto già accreditato nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui i motivi di ricorso per cassazione sono inammissibili non solo quando risultino intrinsecamente indeterminati, ma altresì quando difettino della necessaria correlazione con le ragioni poste a fondamento del provvedimento impugnato.

2. Anche il ricorso del pubblico ministero è infondato.

Il Collegio intende dare seguito alla giurisprudenza di questa Corte, menzionata anche dal Tribunale del riesame, secondo cui non integra la condotta di autoriciclaggio il mero trasferimento di somme oggetto di distrazione fallimentare a favore di imprese operative, occorrendo a tal fine un *quid pluris* che denoti l'attitudine dissimulativa della condotta rispetto alla provenienza delittuosa del bene (Sez. 5, n. 8851 del 01/02/2019, Petricca, Rv. 275495 - 01), giacché il ragionamento svolto in quest'ultima pronuncia può essere integralmente mutuato nel caso di specie.

A tale riguardo, occorre osservare che, come evincibile dal dato letterale e come sostenuto da Sez. 2, n. 33074 del 14/07/2016, Babuleac e altro, Rv. 267459 - 01 (in motivazione), la norma sull'autoriciclaggio punisce soltanto quelle attività di impiego, sostituzione o trasferimento di beni od altre utilità commesse dallo stesso autore del delitto presupposto che abbiano però la caratteristica precipua di essere idonee ad «ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa». Il dettato normativo, dunque, induce a ritenere che si tratti di fattispecie di pericolo concreto, dal momento che esso non lascia dubbi circa la necessità che il Giudice penale debba valutare l'idoneità specifica della condotta posta in essere dall'agente ad impedire l'identificazione della provenienza delittuosa dei beni.

Ritiene il Collegio che, a reputare integrata tale idoneità, non basti che i beni aziendali della "De Marco Costruzioni s.r.l." siano confluiti nella "Immobiliare De Marco" e che quest'ultima li abbia poi utilizzati nel normale svolgimento dell'attività di impresa; sarebbe stato invece necessario che la condotta specifica fosse connotata da un *quid pluris* eloquente di una particolare idoneità dissimulativa rispetto all'origine dei beni anzidetti.

Sostengono detta scelta ermeneutica, da una parte, il dato letterale, laddove il legislatore ha inteso rimarcare non solo l'impiego in attività imprenditoriali — che è l'ipotesi che potrebbe ricorrere nella specie — e l'idoneità dissimulativa della condotta, ma ha anche preteso, come sopra osservato, che tale idoneità dissimulativa sia "concreta", il che costituisce un indicatore che la volontà legislativa richieda un contegno che vada oltre la mera ricezione del bene proveniente da reato.



L'altra riflessione che avvalorata la tesi della necessità di un *quid pluris* è incentrata sui rapporti della fattispecie con il reato di bancarotta, laddove ritenere punibile come autoriciclaggio il mero trasferimento di beni distratti verso imprese (sul solo presupposto della fisiologica destinazione delle medesime all'operatività aziendale di queste ultime) finirebbe per sanzionare penalmente due volte la stessa condotta quando le somme sottratte alla garanzia patrimoniale dei creditori sociali siano dirette verso imprenditori, generando, rispetto a tale situazione specifica, un'ingiustificata sovrapposizione punitiva tra la norma sulla bancarotta e quella *ex art. 648ter.1 cod. pen.*

Conforta detta interpretazione anche un recente precedente di questa Corte che, sia pure allo scopo di tracciare la differenza tra profitto del reato presupposto e profitto dell'autoriciclaggio ai fini della confisca, ha sancito un principio coerente con un'esegesi che esalta la necessità che la condotta *ex art. 648ter.1 cod. pen.* sia fondata su un segmento ulteriore rispetto alla condotta del reato presupposto. Ci si riferisce a Sez. 2, n. 30401 del 07/06/2018, Ceoldo, Rv. 272970 - 01, secondo cui il prodotto, il profitto o il prezzo dell'autoriciclaggio non coincide con il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dal reato presupposto, consistendo invece nei proventi conseguiti dall'impiego di questi ultimi in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative.

L'impostazione esegetica fatta propria dal Collegio naturalmente porta con sé un significativo corollario in punto di accertamento probatorio, in quanto il Giudice di merito — proprio come ha fatto il Tribunale di Catanzaro — ha il dovere di verificare la sussistenza di questo *quid pluris*, verifica che nella specie si è conclusa negativamente e che, per le considerazioni suesposte, appare incensurabile.

P.Q.M.

rigetta i ricorsi e condanna la parte privata ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso il 5/7/2019.