

GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE DI RIMINI – UFFICIO DEI
G.U.P. – ORDINANZA 17 GIUGNO 2016
(R.G.N.R. 3194/2014 - R.G. GIP
3540/2014)

Condizioni Di Procedibilità -
Costituzione Di Parte Civile

(*omissis*)

Sulle questioni preliminari sollevate dalle difese in merito alla procedibilità dell'azione penale e all'ammissibilità della costituzione delle Parti civili, azionisti singoli, "C.O.D.A.C.O.N.S" e "Comitato di Tutela Piccoli azionisti":

OSSERVA:

I)

Tardività delle querele: si evidenzia che i reati per cui si procede (capi B), C), reati p. e p. dagli artt. 110 cp. - 2622 c.c. - oggi art. 2621 c.c. - e artt. 2626-2357 c.c.), nella condotta commessa negli anni 2009-2010, risulta - anche come chiarito dalla L.n.69/2015 - perseguibili a querela di parte; orbene, poiché già nel novembre 2010 la stampa locale (negli articoli anche allegati dalle difese nelle depositate memorie difensive) aveva portato a conoscenza della cittadinanza locale le informazioni riguardanti la

svalutazione (oltre al 40%) delle azioni CA. in esito a decisione presa dall'organo commissariale (il 03.11.2010) a seguito di "gravi irregolarità dell'amministrazione e violazioni normative, gravi perdite patrimoniali nonché gravi inadempienze nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento del gruppo bancario" - così l'informazione giornalistica (in data 29.09.2009 il Ministero dell'Economica aveva firmato il decreto per il commissariamento della Banca, eseguito il giorno successivo), tutte le querele in atti, sporte nel novembre 2012 e integrazione del gennaio 2014 (Ce.), marzo 2013 (Avv. P. Mi.), gennaio 2016 (Gi.-Ro. SE.), risulterebbero ampiamente tardive. L'eccezione (salvo quanto si preciserà) risulta infondata. L'assunto delle difese, che pretendono di far decorrere dalla conoscenza, nel pubblico (informato da quotidiani locali), sin dal 2010 del danno oggi lamentato (svalutazione delle azioni) e delle condotte illecite perpetrate dagli amministratori dell'Istituto di credito (perché si sapeva dell'intervenuto commissariamento per le irregolarità contabili/amministrative), è del tutto

fallace in quanto viene prospettata senza tenere in considerazione che il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità è in senso contrario alla tesi sostenuta; la Corte ha reiteratamente affermato che il termine per la presentazione della querela decorre dal momento in cui il titolare ha conoscenza certa, sulla base di elementi seri, del fatto-reato nella sua dimensione oggettiva e soggettiva, conoscenza che può essere acquisita in modo completo, peraltro, soltanto se e quando il soggetto passivo abbia contezza, anche, dell'autore e possa, quindi, liberamente determinarsi (tra tante, cfr. Cass. n. 46485 del 20/06/2014 Ud.-dep. 11/11/2014); inoltre, *“deve ritenersi tempestiva la proposizione della querela quando vi sia incertezza se la conoscenza precisa, certa e diretta del fatto, in tutti i suoi elementi costitutivi, da parte della persona offesa sia avvenuta entro oppure oltre il termine previsto per esercitare utilmente il relativo diritto, dovendo la decadenza ex art. 124 cod. pen. essere accertata secondo criteri rigorosi e non sulla base di supposizioni prive di adeguato supporto probatorio”* -cfr. Cass. n. 24380 del 12/03/2015 Ud.-dep. 08/06/2015-.

Di talché, essendo evidente che le ricordate informazioni giornalistiche dell'anno 2010, al più, potevano allarmare i correntisti/azionisti della Banca; e che, dall'altra parte, neppure la causa del commissariamento, pur motivata da irregolarità, individuava le specifiche condotte di reato (falsi in bilancio) poi accertate, e di cui neppure il dr. CE. (ex generale delle GdF), pur

estremamente diligente nella ricerca di informazioni poteva esserne certo nonostante (nelle s.i.t. rilasciate via via nel corso delle indagini - dal novembre 2012 al febbraio 2014) avanzasse forti sospetti sulla regolarità dei bilanci dell'istituto dal 2008 al 2009, per l'esposizione ad un elevato rischio di credito non correttamente rappresentato alla vigilanza ed ai terzi. D'altra parte, neppure va sottaciuto che evidenti motivi di prudenza (la querela deve essere sporta nei confronti dei vertici di un importante Istituto bancario) non poteva che indurre, in tutti i presunti danneggiati, estrema cautela per non incorrere nel rischio di vedersi denunciati per calunnia nel caso in cui i sospetti non avessero trovato riscontro nelle risultanze delle indagini condotte dalla GdF. Ne consegue, allora, che essendo stata la condotta di reato, in tutti i suoi profili oggettivi-soggettivi, accertata solo all'esito delle indagini condotte dalla GdF (fine 2014-gennaio 2015) non possono che giudicarsi tempestive le querele contestate.

L'indicato riferimento temporale (gennaio 2015), certo, risulta assorbente di ogni altra questione sollevata in merito, anche, alle formalità degli esposti-denunce presentati dal CE.; invero, fatta anche applicazione dell'insegnamento della Corte secondo cui la sussistenza della volontà di punizione da parte della persona offesa non richiede formule particolari e può, pertanto, essere riconosciuta dal giudice anche in atti che non contengono la sua esplicita manifestazione, i quali, ove emergano situazioni di incertezza, vanno, comunque, interpretati alla luce del

“*favor querelae*” (tra le ultime, cfr. Cass. n. 2293 del 18/06/2015 Ud.-dep. 20/01/2016; si osservi che già nell’atto del 2012 il Ce. manifestava interesse al procedimento penale richiedendo espressamente di essere informato, ex art. 408/2 c.p.p., nel caso di richiesta di archiviazione), tale carattere, sacramentale, risulta in ogni caso riconoscibile della denuncia-querela presentata il 02 gennaio 2014, nel pieno degli accertamenti investigativi. Così pure va ritenuta efficace la querela presentata dall’avv. Pa. Mi. il 23.03.2012, che, seppure offriva una descrizione della possibile condotta in termini di truffa, per essere stata (la querelante) convinta all’acquisto di titoli azionari da un Istituto che solo apparentemente era solido (querela in seguito definitivamente archiviata dal GIP il 03.06.2013 per difetto di un danno effettivo della p.o., di un ingiusto profitto della banca e del dolo dell’indagata), in ogni caso, nel richiamo (operato dalla querelante), seppure generico, alle gravi irregolarità dell’amministrazione e violazioni normative, gravi perdite patrimoniali nonché gravi inadempienze nell’esercizio dell’attività di direzione e coordinamento del gruppo bancario - apprese dall’informazione giornalistica locale-, era già contenuto il sospetto del falso in bilancio, esposto ovviamente nei limiti delle informazioni a disposizione in quel momento del denunciante (certezza, su tale fatto di reato che si sarebbe acquisita, come detto, solo a fine anno 2014); una querela, dunque, presentata semmai anzi tempo, ma pur sempre valida ad essere interpretata, dall’AG,

nell’ambito della cornice dei reati come solo in un secondo momento esattamente qualificati.

Diversamente si deve concludere per la querela sporta, con atto depositato il 15.01.2016, da SE. Gi. e Ro., presentata dunque a notevole distanza di tempo, non solo dai fatti (condotte di reato), ma dalla conoscenza, diffusa nella collettività (febbraio 2015) dalle testate giornalistiche locali/informatiche, dell’azione giudiziaria in corso e delle specifiche condotte abusive ed illecite commesse dagli amministratori della Banca, peraltro spiegate anche in termini oltremodo analitici, pressoché identici a quelli delle imputazioni (nell’atto di querela si richiama, e allega, espressamente gli articoli di giornale/internet, pubblicati e apparsi nel febbraio 2015). La stessa risulta pertanto intempestiva.

II)

Sulla questione della prescrizione dei diritti azionati dalle parti civili (aventi ad oggetto al risarcimento danni consistenti nella perdita del valore dei titoli azionari acquistati in dipendenza delle condotte criminose dei capi B), C) e D).

La questione, investendo il diritto azionato e tutte le posizioni assunte dalle Parti civili, merita di essere esaminata in via preliminare.

Le difese (vd. memoria Avv. Co. depositata in udienza) assumono che nella specie, derivando il diritto (dell’azionista) da rapporti societari, troverebbe applicazione la prescrizione quinquennale dell’art. 2949 c.c., norma speciale che prevarrebbe sulla norma generale fissata dall’art. 2947/3 c.c.

secondo cui *“se il fatto è considerato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all’azione civile”*. L’assunto non pare condivisibile in quanto risulta oltremodo evidente come, la regola generale che non subisce deroghe, sia proprio quella fissata dall’art 2947/3 c.p., che, recita, appunto, che nel caso in cui il danno derivi da fatto illecito, e questo sia considerato dalla legge come reato, vale la prescrizione eventualmente più lunga fissata dal legislatore penale. Né a diversa soluzione interpretativa si perviene col richiamo alla prescrizione quinquennale fissata dall’art. 4949/2 c.c. per l’azione di responsabilità contro gli amministratori, che evidentemente trova applicazione sempreché la condotta degli stessi amministratori non sia sfociata in fatti di reato, come accaduto nel caso di specie. Peraltro neppure va sottaciuto il diverso principio, ribadito dalla Corte civile in merito all’esatta individuazione del *dies a quo* della decorrenza dello stesso termine di prescrizione, secondo cui la *“prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito inizia a decorrere non già “dalla data del fatto”, inteso come fatto storico obiettivamente realizzato, bensì quando ricorrano presupposti di sufficiente certezza, in capo all’avente diritto, in ordine alla sussistenza degli elementi costitutivi del diritto azionato, sì che gli stessi possano ritenersi, dal medesimo, conosciuti o conoscibili”* (tra le ultime, cfr. Cass. 21255 del 17.09.2013). Orbene, venendo al caso

in esame, per procedere ad un corretto calcolo del termine di prescrizione, occorre dunque fissarne il momento iniziale all’epoca in cui fu noto nella cittadinanza locale (tra cui gli azionisti della CA.) i fatti di reato ascritti agli amministratori dell’Istituto di credito, e quindi, come detto, non prima della fine dell’anno 2014-inizi del 2015; di talché appare oltremodo pacifico che tutte le richieste risarcitorie, azionate nelle costituzioni di parte civile, risultano ampiamente tempestive.

III) Sull’ammissibilità della costituzione delle Parti Civili.

A) Sulle costituzioni formulate dagli azionisti.

Orbene, l’art. 74 c.p. ammette la costituzione di parte civile nel processo penale del soggetto che, prescindendo dalla veste di persona offesa del reato, abbia riportato un danno eziologicamente riferibile all’azione o all’omissione del soggetto attivo del reato.

Gli azionisti della Banca CA., i cui vertici sotto processo, hanno fondato l’atto di costituzione di parte civile deducendo, fondamentalmente, la perdita di valore (la c.d. minusvalenza) della propria partecipazione azionaria (con un deprezzamento dei titoli di oltre il 50%), a causa delle condotte di falsificazione del bilancio, contestate ai capi B), C), e D), rafforzate, inoltre, nella loro gravità/effetti dalla pericolosità del gruppo criminoso venutosi a costituire tra tutti gli appartenenti del CdA dell’Istituto di credito (l’associazione a delinquere del capo A), i quali, attraverso condotte attive (materiale predisposizioni di pareri tecnici/bilanci) od omissive

(difetto di controllo, vigilanza e di adeguato intervento nonostante tutti messi al corrente - dalle verifiche del commissariamento - delle gravi inadempienze ed irregolarità dei bilanci), avrebbero alterato (con l'espedito contabile descritto al capo B) la fedele rappresentazione della reale situazione finanziaria e patrimoniale della società (anni 2009-2010), cagionando un danno patrimoniale alla società/soci/creditori non inferiore a circa 18 milioni di euro (pari all'ammontare dei conferimenti ed utili, rispettivamente indebitamente restituiti, e illecitamente distribuiti, ai soci come indicato al capo D). Nella *causa petendi* esercitata dagli azionisti, dunque, il danno, come deprezzamento delle azioni, sarebbe stata conseguenza diretta di tale condotta criminosa posta in essere dai vertici dell'Istituto, che così agendo, nella falsa prospettazione di una florida situazione patrimoniale, avrebbero indotto il pubblico dei risparmiatori ad acquistare azioni ad un valore del tutto sproporzionato (maggiore) rispetto a quello effettivo e reale. Del resto, il reato di false comunicazioni sociali tende, appunto, a tutelare la veridicità, la chiarezza e la completezza delle informazioni relative all'esercizio dell'attività, ed il bilancio ne costituisce lo strumento principale, secondo i principi ispiratori della sua disciplina; dunque, le comunicazioni di dati falsi ai soci -nella prospettazione dell'accusa- attinenti alla reale situazione finanziaria ed economica della banca ha impedito agli azionisti, prima di determinarsi liberamente e coscientemente nel momento della decisione di acquistare le azioni, e poi,

di liberarsi in tempo delle stesse partecipazioni azionarie, prima del loro definitivo crollo. Tanto premesso, in ordine alla *causa petendi* azionata, non pare vi siano dubbi sulla sussistenza di un interesse/diritto a costituirsi parte civile, fatta corretta applicazione dell'insegnamento della Corte in tema di verifica della *legitimatio ad causam*, secondo cui:

-*“la legittimazione dell'azione civile nel processo penale va verificata esclusivamente alla stregua della fattispecie giuridica prospettata dalla parte a fondamento dell'azione, in relazione al rapporto sostanziale dedotto in giudizio, indipendentemente dalla effettiva titolarità del vantato diritto al risarcimento dei danni, il cui accertamento riguarda il merito della causa investendo i concreti requisiti di accoglibilità della domanda e, perciò la sua fondatezza, ed è collegato all'adempimento dell'onere deduttivo e probatorio incombente sull'attore”* (tra tante cfr. Cass. 25.11.2014 n. 49038);

-*“In tema di costituzione di parte civile, l'indicazione delle ragioni che giustificano la domanda risarcitoria è funzionale esclusivamente all'individuazione della pretesa fatta valere in giudizio, non essendo necessaria un'esposizione analitica della “causa petendi”, sicché per soddisfare i requisiti di cui all'art. 78 lett. d), cod. proc. pen., è sufficiente il mero richiamo al capo di imputazione descritto del fatto, allorché il nesso tra il reato contestato e la pretesa risarcitoria azionata risulti con immediatezza”* (da ultimo cfr. Cass. n. 32705 del 17/04/2014 Ud. Dep. 23/07/2014).

Conclusivamente, per quanto spiegato in merito alle ragioni poste da tutti (azionisti) a sostegno della costituzione di P.C., che trovano corrispondenza nelle condotte di reato come analiticamente descritte ai capi di imputazione, le stesse costituzioni risultano, tutte, pienamente ammissibili (da tutti è stata sufficientemente documentata e/o allegata la qualità di azionisti), con l'ulteriore precisazione che:

-per il capo D), il danno vantato dagli azionisti risulterebbe diretta conseguenza anche della stessa condotta (a prescindere dal dato, irrilevante, se rispetto a tale capo di imputazione gli azionisti risultino, o meno, parti offese);

-per il capo A) -associazione per delinquere-, l'asserito inspiegato -per le difese degli imputati- collegamento con un preteso danno, deriva, semplicemente, per un verso dalla pacifica astratta possibilità dell'esistenza di soggetti danneggiati anche rispetto a tale fattispecie delittuosa che tutela l'ordine pubblico (ove un reato si inquadri nel piano criminoso di una associazione per delinquere, la vittima del reato fine è legittimata a costituirsi parte civile sia per il reato fine che per quello associativo - tra le più recenti, cfr. Cass. n. 4380 del 13/01/2015 Ud.-dep. 30/01/2015), e dall'altro dalla palmare evidenza che, nel caso di specie, *l'affectio societatis* tipica del reato associativo è termine oltremodo appropriato, essendo, l'associazione criminale di cui si discute maturata proprio in seno ad una compagine societaria, finendo per confondersi con

essa, e che ovviamente ha trovato, proprio nel vincolo di solidarietà esistente tra gli amministratori/vertici aziendali, e nel sistema operativo/gestionale della stessa società commerciale, un ambiente favorevole, e i mezzi adeguati, per porre in essere le condotte criminose;

B) Sull'ammissibilità della costituzione di P.C. della C.O.D.A.C.O.N.S (Coordinamento delle associazioni per la difesa dell'Ambiente e dei diritti degli Utenti e dei Consumatori).

Orbene, l'art 91 c.p.p., consente l'intervento nel processo penale degli enti e delle associazioni rappresentative di interessi lesi dal reato. I più recenti orientamenti giurisprudenziali, di merito e di legittimità, riconoscono la configurabilità di un danno risarcibile in capo a dette associazioni quale conseguenza immediata e diretta della violazione della norma incriminatrice penale, sulla base dello strumento offerto dall'art. 90 c.p.p., quando l'inosservanza di tale normativa possa cagionare un danno autonomo e diretto, patrimoniale o non patrimoniale, alla stessa associazione, per la perdita di credibilità dell'azione di tutela e/o nell'offesa all'interesse perseguito dal sodalizio. Così è stato anche di recente autorevolmente ribadito il principio secondo cui è ammissibile la costituzione di parte civile di un'associazione anche non riconosciuta che avanzi, iure proprio, la pretesa risarcitoria, assumendo di aver subito per effetto del reato un danno, patrimoniale o non patrimoniale, consistente nell'offesa all'interesse perseguito dal sodalizio e posto nello statuto quale ragione istituzionale della

propria esistenza ed azione, con la conseguenza che ogni attentato a tale interesse si configura come lesione di un diritto soggettivo inerente la personalità o identità dell'ente (cfr. Cass. n. 27162 del 27/04/2015 Ud.-dep. 30/06/2015; Sez. U. n. 38343 del 24/04/2014, P.G., R.C., Espenhahn, Rv. 261110, nel noto caso ThyssenKrupp, processo riguardante il decesso di alcuni dipendenti a causa della violazione delle norme di prevenzione degli infortuni, con riferimento al quale le Sezioni Unite hanno riconosciuto la legittimazione a costituirsi parte civile dell'associazione "Medicina Democratica - Movimento per la salute - Onlus", che persegue statutariamente lo scopo di tutelare la salute dei lavoratori nell'ambiente di lavoro).

Ebbene, l'associazione di cui si discute, iscritta nel registro delle persone giuridiche e delle associazioni di promozione sociale, si costituisce per far valere un diritto proprio, al risarcimento del danno morale conseguente appunto all'offesa, scaturita dalle condotte di reato poste in essere dai vertici dell'Istituto di credito, derivata all'interesse perseguito all'ente nella tutela del pubblico dei risparmiatori, posta nello statuto quale una delle ragioni della propria esistenza: si allega, al riguardo, lo "Statuto dell'Associazione Utenti dei servizi finanziari, bancari ed assicurativi-onlus", facente parte del CODACONS, ed avente ad oggetto (vd. art. 5 Statuto registrato nel 2002 - v. all. 2-) "... ogni iniziativa legale volta al perseguimento delle finalità proprie allo scopo di tutelare gli

interessi generali di tutti i propri associati e della collettività alla corretta organizzazione e gestione dei servizi finanziari, bancari ed assicurativi di uso pubblico".

Le difese che ne chiedono l'inammissibilità si richiamano a quelle pronunce di merito che ne hanno escluso la costituzione di PC sul difetto di specificità dell'azione e/o dello scopo statutario rispetto all'oggetto di tutela cui si discute, e/o per carenza dimostrativa circa una concreta azione esercitata dall'ente a tutela degli interessi lesi nei fatti di causa.

Non v'è dubbio che nell'evoluzione della giurisprudenza amministrativa, tra le condizioni che legittimano la costituzione dell'ente, esponenziale e portatore di un interesse proprio, ad agire per il risarcimento di un danno, vengono individuate:

-il collegamento territoriale tra l'ambito operativo dell'associazione e l'area interessata dalla lesione, nel senso che deve sussistere un radicamento sul territorio da parte dell'ente anche a mezzo di articolazioni locali;

-il collegamento con scopi statuari di tutela lesi dal reato che l'ente dimostri di aver perseguito, configurandosi *iure proprio* la pretesa risarcitoria, con l'assunzione di aver subito per effetto del reato un danno, patrimoniale e non patrimoniale, consistente nell'offesa all'interesse perseguito dal sodalizio e posto nello statuto quale ragione istituzionale della propria esistenza ed azione, con la conseguenza che ogni attentato a tale interesse si configura come lesione di un diritto soggettivo inerente la personalità o identità dell'ente, in riferimento ad una

situazione storicamente circostanziata, assunto nello statuto a ragione della stessa della propria esistenza e azione, con l'effetto che ogni attentato a tale interesse si configura come lesione della personalità e identità del sodalizio (così Cass.Sez. U. citata, n. 38343 del 24/04/2014). L'ente, pertanto, deve dare prova di avere, come fine della sua attività, la tutela dello specifico interesse leso dal reato e di avere concretamente svolto attività a difesa di quell'interesse, dimostrando lo sforzo sociale profuso per la sua salvaguardia, peraltro intervenendo in un momento temporalmente prossimo a quello dei fatti contestati e in riferimento alla situazione storicamente circostanziata. Alla stregua di tali principi, va dunque osservato:

-l'associazione CODACONS ha ottenuto il riconoscimento governativo ai sensi della L.n.281/1998 quale ente portatore degli interessi dei consumatori la cui tutela ne costituisce lo scopo primario e prevalente; come detto, dalla lettura dello statuto, si evidenzia l'enunciazione, tra gli altri, anche della finalità di protezione e tutela dei consumatori-risparmiatori, ovvero degli utenti che, facendo affidamento sulle informazioni diffuse dagli istituti di credito e sull'offerta - sotto qualsiasi forma- alla raccolta del pubblico risparmio, hanno usufruito degli strumenti finanziari predisposti dagli stessi istituti;

-ha dimostrato (nei limiti richiesti dell'allegazione) un attivismo a tutela del diritto alla trasparenza e alla correttezza informativa nell'ambito del mercato in questione: si è prodotta rassegna stampa a dimostrazione

dell'azione, anche di natura propagandistica-informativa, esercitata dalla stessa associazione e, più in specifico, l'attenzione mostrata per la vicenda di cui è causa sin dall'anno 2010, al diffondersi delle prime informazioni giornalistiche sul commissariamento dell'Istituto e sulle gravi irregolarità contabili-amministrative-perdite patrimoniali riscontrate (vd. all. 5, rassegna stampa online, e campagna informativa a tutela delle vittime di crack finanziari di banche); inoltre, anche la documentazione di una serie di procedimenti penali in cui la stessa associazione è intervenuta -anni 2014-2015- ulteriormente convince del pervicace impegno giudiziario svolto a tutela dei diritti dei consumatori-risparmiatori. Tale materiale documentale allo stato risulta ampiamente sufficiente per superare l'obiezione sollevata dalle difese circa una presunta eccessiva genericità dei fini statutari, per così dire "aperti" che rischierebbe altrimenti di legittimare un'azione civile indiscriminata ed indeterminata (argomentazione alla base delle ordinanze di inammissibilità di costituzione di PC della stessa associazione in procedimenti analoghi: ord. GUP-Trib. Bologna, il 22.09.2014; ord. Tribunale di Parma, nel processo c.d. "Parmalat", del 18.06.2008; ord. GUP Trib. Roma, del 07.11.2012).

Pertanto, conclusivamente la predetta associazione appare pienamente legittimata ad esperire l'azione civile nell'odierno procedimento penale, in quanto trattasi di ente riconosciuto governativamente; che agisce a tutela di un interesse esponenziale di cui

lamenta la lesione cagionata dalla condotta criminosa; che nell'atto di costituzione, sulla "*causa petendi*", giustifica l'azione col richiamo alla descrizione del fatto contenuta nei capi d'imputazione, e con la enunciazione delle argomentazioni per cui si ritiene che dal fatto-reato sia derivato un pregiudizio all'interesse collettivo rappresentato dall'ente.

C) Sull'ammissibilità della costituzione di P.C. del "Comitato di Tutela dei Piccoli azionisti".

A diversa conclusione si perviene per l'ente in questione. A prescindere, infatti, dai vizi formali della costituzione come eccepiti dalle difese degli imputati, risulta assorbente il fatto che lo stesso Comitato si sia costituito il 04.11.2011 (per scrittura privata). Esso, dunque, che chiede di costituirsi P.C. per l'offesa di un interesse di cui sarebbe portatore, ossia quello di salvaguardare gli interessi degli azionisti CA., non risponde ai requisiti prescritti dall'art. 91 c.p.p., che riconosce appunto la qualifica di persone offese dal reato soltanto alle associazioni che si siano costituite anteriormente alla commissione del fatto per cui si procede; e, per gli stessi motivi, neppure può essere considerato soggetto danneggiato dal reato poiché al momento della loro commissione non era ancora esistente.

Pertanto va dichiarata inammissibile la costituzione di PC dello stesso comitato:

P.Q.M.

dichiara la procedibilità dell'azione penale in riferimento ai capi A) e B) della rubrica;

ammette la costituzione di tutte le parti civili, in relazione a capi di imputazione come indicati nei rispettivi atti costitutivi ad eccezione del "Comitato di Tutela dei Piccoli azionisti".

Infine, quanto alle ulteriori questioni preliminari allo stato dedotte (si rimanda alle depositate memorie difensive):

-inutilizzabilità di atti d'indagine, perché compiuti dopo la scadenza del termine ultimo (28.01.2015), non più prorogato dal GIP (integrazione consulenza tecnica dr. Pozzoli - 26.03.2015; verbali ss.ii.tt Ce.; relazione GdF);

-divergenze/errori nella indicazione di elementi essenziali del fatto, in particolare in merito all'esatta indicazione del periodo in cui gli imputati hanno ricoperto la carica di consigliere nel CdA della CA. (divergenze ricomprese al più in un arco temporale di un mese), che farebbe obbligo al GUP di richiedere al PM la rettifica dei capi di imputazione, che, se non ottemperata, impone la restituzione degli atti al PM con regressione dell'azione penale (alla stregua del principio disposto dell'art. 521/2 c.p.p.);

-sopravvenuta abrogazione del reato (ad opera della L.n.69/2015 che ha riformato il falso in bilancio nel novellato art. 2621 c.c.), per esclusione dal novero delle condotte penalmente sanzionate dei cosiddetti "falsi valutativi", e comunque di quelli in cui le dette valutazioni siano state compiute inconsapevolmente e con adeguata informazione giustificata dei criteri di valutazione adottati, come

avvenuto nel caso di specie (Cass. Sez. Unite del 31.03.2016);
ritenuto

tutte le questioni infondate, osservato:
-sulla eccepita inutilizzabilità degli atti d'indagine compiuti dopo la scadenza del termine d'indagine (28.01.2015), va osservato che, contrariamente a quanto prospettato dal difensore, come si evince dal tenore testuale del comma 8° dell'art. 406 c.p.p., e per pacifica giurisprudenza, può utilizzarsi l'attività investigativa compiuta medio tempore - ossia, prima della scadenza del termine di proroga richiesto-, salvo che sia intervenuto il rigetto dell'istanza di proroga (tra le ultime, cfr. Cass. n.16171 del 07/04/2011);

-sulle rilevate discrepanze, nei dati cronologici riportati nei capi di imputazione (peraltro, di assoluta inconsistenza rispetto all'effettivo periodo della carica), non minano la rappresentazione del fatto-reato, corretta sotto ogni profilo, e semmai possono essere oggetto di correzione di errore materiale;

-sulle questioni concernenti la eccepita abrogazione (ex L.n.69/2015) della condotta di reato come oggi ascritta agli imputati, è sufficiente richiamare la condivisibile pronuncia delle Corti sez. Unite citata, riservata al merito (nei limiti del sindacato permesso al GUP) la disamina delle condotte contestate e della loro rilevanza penale secondo la fattispecie di reato, più favorevole, vigente all'epoca dei fatti;

P.Q.M.

rigetta tutte le sollevate eccezioni/questioni preliminari.

Il Giudice

Dr. Vinicio Cantarini

TRIBUNALE DEL RIESAME DI RIMINI –
ORDINANZA 3 NOVEMBRE 2015 (¹)

Misure cautelari reali - Sequestro preventivo - Reati tributari

TRIBUNALE DI RIMINI
TRIBUNALE DEL RIESAME

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio in data 15.12.2015 nelle persone dei magistrati

Dott. Giorgio Barbuto Presidente

Dott. Benedetta Vitolo Giudice est.

Dott. Manuel Bianchi Giudice

Vista la richiesta di riesame proposta, con atto depositato il 29.10.2015, nell'interesse di:

DE. Pa.

SA. Pa.

VE. Fa.

sottoposti ad indagini preliminari per i seguenti reati:

a) *Per il delitto di cui agli artt. 110 c.p. e 5 D. lgs. n. 74/2000 perché, in concorso fra loro, DE. Pa., quale presidente della predetta associazione, SA. Pa., quale vice presidente della predetta associazione, e VE. Fa., quale segretario della medesima, al fine di evadere le imposte sui Redditi o sul Valore Aggiunto, pur essendovi obbligati, nell'anno di imposta 2009, omettevano di presentare la relativa dichiarazione dei redditi Mod. Unico SP 2010, a fronte di un reddito d'impresa pari ad € 314.885, 03 evadendo l'imposta IRES per € 86.593,00.*

¹ L'ordinanza pubblicata è stata confermata dalla terza sezione della Corte di cassazione con sentenza in data 28 aprile 2016 (dep.20 luglio 2016), n. 31004.

In Rimini il 30.09.2010, termine per la presentazione della dichiarazione dei redditi.

b) Per il delitto di cui agli artt. 81 e 110 C.P., 5 del D. lgs. n. 74/2000 perché, in concorso fra loro, in tempi diversi ed in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, DE. Pa., quale presidente dell'Associazione "CL.", con sede legale in Rimini (RN), via Fe. n. 15, SA. Pa., quale vice presidente della predetta associazione, e VE. Fa., quale segretario della medesima, al fine di evadere le Imposte sui Redditi o sul Valore Aggiunto, pur essendovi obbligati, negli anni d'imposta 2009, 2010, 2011 e 2012, omettevano di presentare le relative dichiarazioni annuali IVA, pur avendo conseguito ricavi per:

- € 347.759,00, evadendo l'imposta Iva per € 69.552,00 per il 2009;

- € 486.889,30, evadendo l'imposta Iva per € 103.139, 51 per il 2010;

- € 417.339, 58, evadendo l'imposta Iva per € 83.467,92, per il 2011;

- € 257.279, 52, evadendo l'imposta Iva per € 54.028,70, per il 2012.

In Rimini alle date del 29.12.2010, 29.12, 2011, 29.12.2012 e 29.12.2013, termini ultimi per la presentazione delle dichiarazioni annuali Iva.

Accertato con processo verbale di constatazione del 27.06.2014, a valere quale atto interruttivo della prescrizione.

rilevato che il riesame è proposto avverso il decreto reso dal Gip presso il Tribunale di Rimini il 15.09.2015, con

il quale è stato disposto il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, sulle disponibilità finanziarie, nonché sui beni mobili e immobili, riconducibili agli indagati DE. – SA. – VE. per un ammontare complessivamente pari ad euro 396.781,00;

esaminati gli atti pervenuti il 7.12.2015;

all'esito dell'udienza camerale del 15.12.2015;

OSSERVA

*Il Gip ha disposto il sequestro preventivo dei beni sopra descritti ritenendo sussistente il *fumus* del reato di cui all'art. 5 del D. lgs. n. 74/2000 e il presupposto di cui all'art. 321, 2° comma, del c.p.p., versandosi in ipotesi di confisca obbligatoria, anche per equivalente, ai sensi dell'art. 1, comma 143, legge 27 dicembre 2007, n. 244.*

*Sotto il primo profilo, il giudice di prime cure ha ritenuto sussistente il presupposto del *fumus* del delitto di omessa dichiarazione sulla scorta della CNR depositata il 01.07.2014, e del processo verbale di constatazione del 27.06.2014, entrambi redatti dalla Compagnia della Guardia di Finanza di Rimini, sulla base di accertamenti bancari, dell'esame dei verbali di riunione del Consiglio direttivo del circolo, di indagini finanziarie sul conto corrente del circolo e sui conti correnti personali dei tre indagati, tramite questionari inviati ai fornitori.*

I motivi posti a fondamento del riesame sono riconducibili a quattro.

Gli indagati sostengono, in primo luogo, la nullità e l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti da parte della Guardia di Finanza di Rimini per

violazione degli art. 61, 178 comma 1 lettera c), 244-265 c.p.p., 369, 369 bis e 220 disp. att. c.p.p.; la nullità del disposto sequestro, in quanto non preceduto dalla dovuta notificazione dell'avviso di garanzia ex art. 369 c.p.p.; l'assenza del *fumus commissi delicti*, sotto vari profili; infine il mancato previo accertamento della impossibilità di disporre il sequestro del profitto diretto del reato.

Le doglianze sono infondate.

Quanto al valore probatorio del processo verbale della Guardia di Finanza del 27.06.2014, è necessario riepilogare i fatti nella loro sequenza cronologica, per comprendere il momento in cui sono sorti gli indizi del reato contestato agli indagati.

In data 04.03.2013 Vi. An., congiuntamente a Me. Fr. e Te. Ca. Me., si è presentato presso gli uffici della Guardia di Finanza per formalizzare un esposto nei confronti dell'associazione "Cl." di Rimini, con la quale avevano intrattenuto rapporti di lavoro dalla metà del mese di maggio 2012 al 30.10.2012. In data 30.10.2013 il Vi. veniva invitato presso gli Uffici, per chiarire quanto già affermato nell'esposto, e gli venivano rivolte domande relative alla attività lavorativa da lui prestata, e a quella delle altre persone impiegate nel locale, ai soggetti che gestivano di fatto l'associazione, e ai costi per accedere agli eventi organizzati dal club (aff. 68, 69). In data 6.12.2013 il Vi. veniva nuovamente sentito circa la documentazione extracontabile sulla quale venivano riportati i dettagli degli incassi ; gli venivano chieste delucidazioni in ordine ai ricavi riferiti

agli eventi del 09.09.2012 e del 28.10.2012, inoltre il Vi. consegnava ulteriore documentazione extracontabile, contenente prospetti riepilogativi degli incassi relativi agli eventi del 15.08.2012 e del 16.08.2012 (aff. 81). In data 10.12.2013, sempre presso gli Uffici della Guardia di Finanza, venivano acquisite informazioni da VE. Fa., odierno indagato, e gli venivano rivolte domande circa la natura del suo rapporto con l'associazione Cl. e circa il ruolo svolto, all'interno dell'associazione, da Ma. Yu., da SA. Pa. e da Bo. Fe. Relativamente al suo incarico di responsabile degli acquisti, gli veniva chiesto con quale criterio venissero approvvigionate le merci necessarie al funzionamento del bar del locale, e, in particolare, se vi fosse un magazzino relativo alle merci acquistate (allegato 9, aff. 87, 88).

In data 12.05.2014 veniva redatto processo verbale di operazioni compiute nei confronti di DE. Pa. (all. 15), in data 16.05.2014 di operazioni compiute nei confronti di VE. Fa. (aff. 188); in tale sede VE. forniva parte dei documenti giustificativi relativi alle movimentazioni bancarie oggetto di contestazione; in data 27.06.2014 e 30.06.2014 venivano redatti verbali di identificazione nei confronti, rispettivamente, di DE. Pa. e di Fa. VE..

Secondo la tesi della difesa, la Guardia di Finanza di Rimini aveva, a tutti gli effetti, assunto notizia di reato a carico dei soggetti facenti parte del Classic Club, fin dal 4.03.2013 e, a carico degli stessi soggetti, erano emersi, fin dall'epoca di presentazione

dell'esposto, indizi di reato che imponevano il ricorso alle disposizioni del codice di procedura penale. In ogni caso, tale garanzie dovevano essere adottate non appena venne dato corso al "blitz" interforze del 14.07.2013. Tali garanzie dovevano attenersi sia agli accessi da svolgersi presso la sede del circolo, sia all'assunzione di spontanee dichiarazioni, o di veri e propri interrogatori da parte di soggetti indagati sia, infine, all'acquisizione di documenti e di altre fonti di prova presso gli indagati e presso altre istituzioni.

La censura è priva di fondamento, atteso che l'esposto, come sopra ricordato, riguardava solo presunte violazioni in materia di lavoro "nero", e quindi di natura amministrativa, e circa i reali incassi del Circolo, formalmente ente "non profit".

Solo all'esito dell'esame della documentazione e dei controlli sostanziali (accesso ai locali del circolo, accertamento della forza lavoro realmente impiegata e relativa posizione contrattuale) è stato accertato che il circolo non era inquadrabile tra quelli previsti nel settore "non profit", ed era da considerarsi quale attività commerciale; quindi gli operanti, al fine di rilevare i reali costi sostenuti dal circolo, inviavano questionari ai fornitori e sentivano persone che avevano avuto rapporti con l'Associazione; provvedevano poi a calcolare i reali ricavi, distinti per annualità, dell'Associazione Cl. Venivano svolte indagini sui conti correnti intestati al Circolo, al Presidente DE. Pa., e ai Consiglieri SA. Pa. e VE. Fa.. Venivano quindi

riepilogati i prelevamenti e i versamenti non giustificati relativamente alle annualità 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, e 2013; i versamenti non sufficientemente o adeguatamente giustificati venivano assimilati a ricavi non documentati ai fini delle imposte sui redditi e dell'IVA del Circolo; allo stesso modo, i prelevamenti venivano considerati ulteriori ricavi non contabilizzati.

Quindi, solo all'esito di questa corposa attività, gli operanti della Guardia di Finanza hanno "tirato le somme" nel processo verbale di constatazione del 27.06.2014, calcolando l'imposta evasa e ravvisando il *fumus* del reato di omessa presentazione della dichiarazione Iva relativamente agli anni 2009, 2010, 2011 e 2012, con un profitto almeno pari ad euro 338.013,99. Quindi è solo al momento della redazione del processo verbale di constatazione del 27.06.2014, ove è contenuta la *summa* dell'attività svolta, che possono dirsi esistenti gli indizi del reato di cui all'art. 5 D. lgs. 74/2000; ed è solo da quel momento che dovevano essere attivate le garanzie previste dal codice di rito.

Quanto alla pretesa nullità del sequestro, in quanto non preceduto dalla notificazione dell'avviso di garanzia ex art. 369 c.p.p., la pretestuosità della doglianza emerge semplicemente ricordando l'insegnamento della Suprema Corte: "*Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente del profitto del reato non deve essere preceduto, a pena di nullità, dalla informazione di garanzia ex art. 369 cod. proc. pen., in quanto si tratta di atto "a sorpresa",*

diretto alla ricerca della prova, per il quale non è previsto il previo avviso al difensore”(Cass. Sez. 6, Sentenza n. 36429 del 25.06.2014 cc. (dep. 29/08/2014) Rv. 260113; massime precedenti conformi n. 13678 del 2009 Rv. 244253; n. 29002 del 2003 Rv. 225268).

Sotto il profilo del *fumus*, la difesa si duole che la Guardia di Finanza, per determinare il reddito imponibile, abbia preso in considerazione i conti correnti personali degli indagati; l'irragionevolezza dell'imputazione dei prelievi non giustificati a ricavi di impresa; contesta infine l'attribuibilità delle condotte agli indagati Pa. Sa. e Fa. VE., e l'insussistenza dell'elemento soggettivo.

Il tribunale condivide la valutazione del Gip in ordine alla sussistenza del *fumus* sulla base delle seguenti considerazioni.

Come soggetto attivo del delitto previsto dall'art. 5 può figurare solo la persona gravata dall'obbligo di presentazione della dichiarazione dei redditi od I.v.a. ed altresì tenuta al pagamento dell'imposta. Si tratta pertanto di reato proprio. Tuttavia la Corte di legittimità ha pacificamente esteso la responsabilità, a titolo concorsuale, a coloro che rivestano il ruolo di amministratore di fatto: *“Il reato di omessa dichiarazione, di cui all'art. 5 D. lgs. 10 marzo 2000, n. 74, è configurabile anche nei confronti dell'amministratore di fatto, in quanto egli va equiparato a quello di diritto*”(Cass. Sez. 4, Sentenza n. 24650 del 16.04.2015 Ud. (dep. 10/06/2015) Rv. 263728; *“Il reato di omessa presentazione della*

dichiarazione ai fini delle imposte dirette o IVA (art. 5, D. lgs. 10 marzo 2000, n. 74) è configurabile nei confronti dell'amministratore di diritto di una società e l'amministratore di fatto, quale mero prestanome, risponde a titolo di concorso per omesso impedimento dell'evento (artt. 40, comma secondo, cod. pen. e 2932 cod. civ.), a condizione che ricorra l'elemento soggettivo richiesto dalla norma incriminatrice” (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 23425 del 28/04/2011 Ud. (dep. 10/06/2011) rv. 250962).

Nel caso di specie, dalle dichiarazioni rilasciate da Vi. An. in data 04.03.2013, e da Lu. Lu. in data 11.08.2013, emerge che VE. Fa. e SA. Pa. esercitavano il ruolo di amministratori di fatto in seno all'associazione; in particolare, VE. Fa. si occupava della selezione del personale e della manutenzione del locale.

Sulla base delle indagini svolte dalla Guardia di finanza (e in particolare del controllo interforze del 14.07.2013) veniva accertato che l'associazione “Cl.” non è inquadrabile tra gli enti previsti dal settore “non profit”, ma è da considerarsi quale ente che svolge attività puramente commerciale.

La giurisprudenza civile ha da tempo chiarito che le fondazioni esercenti attività commerciale diventano sempre e comunque imprenditori commerciali e restano comunque sempre esposte al fallimento. I giudici civili sono arrivati a tale conclusione dopo una meticolosa elaborazione giurisprudenziale (cfr. Tribunale Milano del 17.06.1994 sul noto caso dell'Istituto Sieroterapico milanese Serafino Bonfanti), all'esito

della quale quale ha esteso le norme sul fallimento a coloro che, ai sensi dell'art. 38 c.c., agivano in nome e per conto dell'associazione.

Analogamente, nel caso di specie siamo di fronte a una formazione sociale, il "Cl.", che ha pretermesso l'iniziale fine morale perseguendo lo sviluppo e il potenziamento dell'attività imprenditoriale commerciale. L'amministratore di diritto e gli amministratori di fatto hanno speso all'esterno il nome dell'associazione, omettendo di chiarire che si trattava di un'associazione che esercitava attività d'impresa.

Quindi è giuridicamente corretta l'estensione della responsabilità per la violazione fiscale a coloro che di fatto amministravano l'ente.

Circa il calcolo della soglia di punibilità, il Tribunale condivide l'orientamento della Suprema Corte, che ritiene utilizzabili le presunzioni tributarie al fine di disporre il sequestro per equivalente: *"Le presunzioni tributarie hanno valore indiziario, sicché ben può essere fondata su di esse l'applicazione di una misura cautelare reale. E' noto, infatti, che ai fini dell'applicazione della misura, non occorre un compendio indiziario che si configuri come grave ex art. 273 c.p.p., essendo sufficiente l'esistenza del fumus del reato secondo la prospettazione della pubblica accusa sulla base delle indicazioni di dati fattuali che si configurino coerenti con l'ipotesi criminosa"* (Cass. , Sez. III, sentenza 23 gennaio 2013, n. 7078).

Tanto più che, nel caso di specie, i fatti noti fondanti la ricostruzione presuntiva sono connotati da requisiti

di apprezzabile concretezza e specificità: infatti il Presidente dell'associazione, DE. Pa., ed il consigliere della medesima, VE. Fa., risultano essere disoccupati e non possiedono altre fonti di reddito, e quindi tale elemento può rappresentare una forte presunzione per considerare i versamenti ed i prelevamenti, presenti sui conti correnti a loro intestati, come ricavi non contabilizzati, non documentati e non dichiarati dal Cl.; per quanto riguarda il Vicepresidente SA. Fa., la forte presunzione è rappresentata dal fatto che, avendo lo stesso percepito redditi da lavoro dipendente per il 2009 pari ad € 25.750, i versamenti eccedenti tale importo, ed i prelevamenti sui conti correnti a lui intestati, possono essere considerati ricavi non contabilizzati, non documentati e non dichiarati dal Cl.

L'attività commerciale era svolta dal Circolo in modo molto evidente, tanto che il Comune di Rimini – Sportello Unico per le attività produttive, con ordinanza n. 150442 del 09.08.2013 intimava al Presidente del Circolo la cessazione immediata dell'attività; pertanto tutti gli amministratori, di fatto e di diritto, erano a conoscenza della dubbia regolarità dell'attività dell'associazione e può ritenersi sussistente, con ragionevole verosimiglianza, in capo a tutti e tre gli indagati, la coscienza e volontà di mascherare la vera natura dell'ente e di omettere i relativi adempimenti fiscali.

Né, sempre sul piano dell'elemento soggettivo, sussistono effettive impossibilità incolpevoli di effettuare i

versamenti, atteso che i ricavi rilevati dai verbalizzanti sono piuttosto ingenti. La difesa sostiene, infine, il difetto di previo accertamento dell'impossibilità di disporre il sequestro del profitto diretto del reato.

Anche tale ultima eccezione è priva di fondamento.

Infatti in primo luogo si osserva che il profitto del reato tributario, che si sostanzia in un mancato esborso dell'imposta dovuta, consistendo in una posta contabile di natura immateriale, mai convertita in moneta contante, non può costituire oggetto di sequestro diretto, ma solo nella forma per "equivalente" (cfr. Cass. n. 49631 del 30/05/2014 cc. Dep. 28/11/2014).

La difesa degli indagati si duole, in particolare, che *"nessuna concreta verifica è stata svolta al fine di verificare se il denaro presente nelle casse del circolo potesse soddisfare la pretesa tributaria"*, dimenticando che il provvedimento cautelare non deve necessariamente indicare, già all'atto della sua emissione, i singoli cespiti sui quali deve ricadere, né deve esserne fissato il relativo valore.

Le norme di settore non pongono nessun obbligo di previa individuazione dei beni da colpire a carico del giudice del sequestro, né all'omissione di siffatto adempimento è ricollegabile alcuna lesione di diritti soggettivi, posto che il provvedimento cautelare ha natura provvisoria che rinviene la sua necessità nell'esigenza di assicurare, col vincolo posto sul bene, la futura esecuzione della confisca.

L'individuazione specifica dei beni da colpire risulterebbe comunque ultronea

posto che, non sussistendo alcun vincolo di pertinenzialità tra il bene e l'illecito, trattandosi di sequestro di valore, non è sempre possibile prevedere quali dei beni preventivamente individuati dal pubblico ministero al momento della richiesta della misura sarà poi effettivamente presente nel patrimonio dell'indagato durante l'esecuzione.

Il giudice deve specificamente indicare quali siano i beni vincolabili soltanto se disponga in atti degli elementi per stabilirlo, in caso contrario detta individuazione incombe al pubblico ministero quale organo demandato all'esecuzione del provvedimento.

In ogni caso l'autorità giudiziaria non è vincolata dalle preferenze eventualmente espresse dall'indagato ai fini della scelta dei beni da sottoporre concretamente al sequestro: l'individuazione dei beni da apprendere rientra nell'ambito della discrezionalità del giudice della fase esecutiva del provvedimento cautelare, con l'unico limite - applicabile analogicamente anche al settore penale - di dover preferire comunque il denaro (art. 517, co. 2, c.p.c.).

Il sequestro va pertanto mantenuto e il riesame deve essere respinto, con condanna dell'istante al pagamento delle spese della presente fase incidentale.

P.Q.M.

Visto l'art. 322 c.p.p., rigetta il riesame, conferma il provvedimento impugnato e condanna l'istante alle spese del procedimento.

Manda al P.M. e alla Cancelleria per quanto di competenza.

Motivi riservati nei termini di legge.

Rimini, 3.11.2015
Il Giudice est.
Benedetta Vitolo
Il Presidente
Giorgio Barbuto

TRIBUNALE DEL RIESAME DI RIMINI –
ORDINANZA 15 GIUGNO 2016

Misure cautelari reali - Sequestro preventivo - Esercizio abusivo di attività di giuoco o di scommessa

TRIBUNALE DI RIMINI

TRIBUNALE DEL RIESAME

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio in data 07.06.2016 nelle persone dei magistrati

Dott. Giorgio Barbuto Presidente

Dott. Benedetta Vitolo Giudice est.

Dott. Manuel Bianchi Giudice

Visto l'appello depositato dal Pubblico Ministero in data 27.05.2016, avverso l'ordinanza emessa dal Gip presso il Tribunale di Rimini in data 09.05.2016, comunicata alla Procura in data 18.05.2016, mediante la quale il Giudice adito rigettava la richiesta di sequestro preventivo formulata nel procedimento penale pendente a carico di:

KA. GE. indagata per il reato p. e p. dagli artt. 4, comma 4 bis, L. 401/1989 e 88 TULPS;

esaminati gli atti pervenuti il 27.05.2016;

all'esito dell'udienza camerale del 14.06.2016, sentiti il Pubblico Ministero e il difensore dell'interessato;

OSSERVA

In data 29.02.2016 il Pubblico Ministero presso il Tribunale di Rimini formulava richiesta di sequestro preventivo delle strutture informatiche collocate all'interno dell'esercizio commerciale St., sito in Rimini, Via Ra., 151/E, strumentali allo svolgimento dell'attività di raccolta di scommesse, contestando all'indagata il reato p. e p. dagli artt. 4 comma 4 bis legge n. 401/1989 e 88 T.U.L.P.S.

Il Gip, con decreto emesso in data 09.05.2016, depositato il 10.05.2016, rigettava la richiesta, rilevando, in via preliminare, che la valutazione del *fumus* della fattispecie criminosa in esame è strettamente collegata alla questione della conformità della normativa nazionale dello Stato con le disposizioni normative di cui agli artt. 43 e 49 TUE. Il Gip riteneva che, stante la giurisprudenza formatasi in materia, e la pendenza innanzi alla CGUE di questioni pregiudiziali, "*permane invariata la questione originaria sulla compatibilità tra disposizioni statuali e principi del TUE*", con la conseguenza che "*è ancora indefinita la condotta che assume rilevanza penale, non essendo ancora chiarito il parametro secondo il quale può essere esclusa la concessione da parte dello stato italiano in deroga al principio comunitario della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi*". Prima di giungere a tale conclusione, il giudice adito richiamava la consolidata giurisprudenza nazionale e comunitaria, formatasi anteriormente all'emanazione dell'ultimo bando di gara per l'assegnazione di concessioni in materia di scommesse sportive (D.L.

2.3.2012, convertito nella legge n. 44/12, c.d. Bando Monti), con la quale si era rilevato il contrasto dei pregressi bandi nazionali con i principi comunitari di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato UE, e la conseguente necessità di disapplicare la normativa penale interna (e, in particolare, l'art. 4 c. 4 bis legge n. 401/89). Sottolineava inoltre che, secondo tale consolidata giurisprudenza, la violazione dei principi comunitari, da parte della normativa statale, poteva configurarsi soltanto qualora la società operante in ambito comunitario fosse stata arbitrariamente esclusa dalla procedura di gara per l'assegnazione delle concessioni, ovvero posta in situazione di tale svantaggio da ritenere che le fosse stato di fatto impedito di partecipare alla gara in condizioni di parità con gli altri concorrenti. Ne desumeva quindi, correttamente, che la *“Corte, ribadendo la compatibilità in astratto della normativa italiana con i principi di diritto comunitario ha rimesso, in concreto, al gestore...(…) di dare ragione circa la sussistenza della sua arbitraria esclusione dalla gara per l'assegnazione della concessione”*. Lungi dall'effettuare tale verifica nel caso concreto, il giudice adito si limitava a trarne l'assunto che *“una tale interpretazione restrittiva pare lasciare aperta e irrisolta la criticità più volte sollevata dal giudice europeo”*, ritenendo ancora incerta la compatibilità tra normativa nazionale e diritto comunitario, e rigettava, pertanto, la richiesta di sequestro.

L'appellante censura il provvedimento di rigetto, siccome carente sotto il

profilo motivazionale, in quanto affetto da incompleta disamina degli atti processuali. Il Gip, infatti, non avrebbe dato atto del contenuto della disciplina di cui al c. d. bando Monti, e delle pronunce della CGUE che ne hanno analizzato la compatibilità col diritto comunitario; se fossero stati adeguatamente valutati tali profili, si sarebbe concluso che, nel caso di specie, non può configurarsi alcuna incompatibilità e che sussiste il *fumus* del reato ipotizzato.

Le doglianze dell'appellante appaiono fondate.

Nell'esaminare la complessa questione, sembra opportuno prendere le mosse dalla previsione normativa del reato ipotizzato; l'art. 4 comma 4 bis, della L. 13 dicembre 1981, n. 401 prevede che *“Le sanzioni di cui al presente articolo sono applicate a chiunque, privo di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'art. 88 del testo unico leggi di pubblica sicurezza, approvato con regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, svolga in Italia qualsiasi attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o in qualsiasi modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettate in Italia o all'estero”*. La normativa italiana prevede che l'attività di organizzazione di scommesse sia esercitata solo da soggetti che abbiano ottenuto, al termine di una pubblica gara, una concessione dello Stato, il cui numero massimo è stabilito dallo Stato medesimo; è inoltre previsto che i soggetti che svolgono attività di

gestione di scommesse debbano anche munirsi di autorizzazione di polizia a norma dell'art. 88 R.D. n. 773 del 1931. Peraltro, l'autorizzazione di polizia può essere rilasciata solo se il soggetto per cui operano è a sua volta munito in Italia di una concessione per l'esercizio dell'attività di organizzazione o gestione delle scommesse.

Costituisce ormai *ius receptum* che l'attività legata alle scommesse lecite è soggetta a concessione rilasciata dalla Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (A.A.M.S.) e, una volta ottenuta tale autorizzazione, deve essere rilasciata la licenza di pubblica sicurezza di cui all'art. 88 del TULPS, con la conseguenza che il reato di cui alla L. 13 dicembre 1989, n. 401, art. 4, comma 4 bis risulta integrato da qualsiasi attività, comunque organizzata, attraverso la quale si eserciti, in assenza di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, art. 88 (testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), una funzione intermediatrice in favore di un gestore di scommesse, a nulla rilevando l'esistenza di abilitazione in capo al gestore stesso (Sez. Un., sent. n. 23271 del 26/04/2004, Corsi, Rv. 227726). A seguito di diversi interventi dei Giudici europei (in particolare sentenza Placanica e sentenza Costa – Cifone), che hanno esaminato *funditus* la normativa interna per verificarne la compatibilità con quella comunitaria, la giurisprudenza della Corte di Cassazione si è attestata nel senso di ritenere che integra il reato previsto dalla L. 13 dicembre 1989, n. 401, art.

4, la raccolta di scommesse su eventi sportivi da parte di un soggetto che compia attività di intermediazione per conto di un allibratore straniero privo di concessione. Qualora il *bookmaker* estero sia provvisto di concessione, la precedente condotta è ugualmente sussumibile nel modello legale descritto dalla L. n. 401 del 1989, art. 4, in mancanza del preventivo rilascio della prescritta licenza di pubblica sicurezza, richiesta ai sensi dell'art. 88 T.U.L.P.S. Tuttavia, poiché le autorizzazioni di polizia sono rilasciate unicamente ai titolari della concessione, irregolarità commesse nell'ambito delle procedure di concessione di queste ultime vizierebbero anche la procedura di rilascio di autorizzazioni di polizia, la cui mancanza non potrà perciò essere addebitata a soggetti che non siano riusciti ad ottenere tali autorizzazioni per il fatto che il rilascio di tale autorizzazione presuppone l'attribuzione di una concessione, di cui detti soggetti non hanno potuto beneficiare in violazione del diritto dell'Unione (sentenza Placanica, punto 67). Ne consegue che, in mancanza della concessione e della licenza, per escludere la configurabilità della fattispecie incriminatrice, occorre la dimostrazione che l'operatore estero non abbia ottenuto le necessarie concessioni o autorizzazioni a causa di illegittima esclusione dalle gare (Cass. Sez. 3, sent. n. 40865 del 20/09/2012, Maiorana, Rv. 253367) o per effetto di un comportamento comunque discriminatorio tenuto dallo Stato nazionale nei confronti dell'operatore comunitario. In siffatti casi, il giudice

nazionale, anche a seguito della vincolante interpretazione data alle norme del trattato dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, dovrà disapplicare la normativa interna per contrasto con quella comunitaria. Ed infatti non integra il reato di cui alla legge n. 401/1989, art. 4, la raccolta di scommesse in assenza di licenza di pubblica sicurezza da parte di soggetto che operi in Italia per conto di operatore straniero, cui la licenza sia stata negata per illegittima esclusione dai bandi di gara, e/o mancata partecipazione a causa della non conformità, nell'interpretazione della Corte di giustizia UE, del regime concessorio interno agli artt. 43 e 49 del Trattato CE (Sez. 3, sent. n. 28413 del 10/07/2012, Cifone, Rv. 253241). I giudici europei hanno affermato che gli articoli 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che imponga alle società interessate a esercitare attività collegate ai giochi d'azzardo l'obbligo di ottenere un'autorizzazione di polizia, in aggiunta a una concessione rilasciata dallo Stato al fine di esercitare simili attività, e che limiti il rilascio di una siffatta autorizzazione segnatamente ai richiedenti che già sono in possesso di una simile concessione e, con ciò, legittimando il contesto normativo interno fondato sul criterio del doppio binario. In altri termini, è stata ritenuta compatibile con le norme del Trattato CE la disciplina prevista dall'art. 88 T.U.L.P.S., sul rilievo che l'obiettivo attinente alla lotta contro la criminalità collegata ai giochi d'azzardo è idoneo a giustificare le restrizioni alle libertà

fondamentali derivanti da una normativa nazionale contenente il divieto, penalmente sanzionato, di esercitare attività in tale settore, in assenza di concessione o di autorizzazione di polizia rilasciata dallo Stato, purché tali restrizioni, siccome comportano limitazioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi (sentenza Placanica, punto 42), soddisfino il principio di proporzionalità, e nella misura in cui i mezzi impiegati siano coerenti e sistematici (cfr. sentenze Placanica, punti da 52 a 55, nonché Costa e Cifone, punti da 61 a 63). Pertanto, il fatto che un operatore debba disporre sia di una concessione sia di un'autorizzazione di polizia per poter accedere al mercato di cui trattasi non è, in sé, sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito dal legislatore nazionale, ossia quello della lotta alla criminalità collegata ai giochi d'azzardo (punto 27 della sentenza Blasci).

Allo scopo, espressamente dichiarato, di adeguare il sistema normativo nazionale ai principi espressi dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea è espressamente intervenuto, nel 2012, il legislatore italiano.

Con il d.l. 02/03/2012, n. 16, convertito in l. 26/04/2012, n. 44, è stato previsto all'art. 10, comma 9 *octies*, un primo allineamento temporale delle scadenze delle concessioni aventi ad oggetto la raccolta delle scommesse, con il contestuale rispetto dell'esigenza di adeguamento delle regole nazionali ai principi stabiliti dalla sentenza delle Corte di Giustizia dell'Unione europea Costa- Cifone. In ottemperanza a tale

obiettivo, è stata bandita una nuova gara per la selezione dei *bookmakers*, e ciò nel rispetto di criteri predeterminati, tra cui la sottoscrizione di una convenzione di concessione, di contenuto coerente con ogni altro principio stabilito dalla citata sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 16/02/2012, nonché con le compatibili disposizioni nazionali vigenti in materia di giochi pubblici. La prevista convenzione di concessione, allegata al bando di gara del 2012, all'art. 25 richiamava il testo dell'art. 1, comma 78, lettera b), punto 26 della l. di stabilità del 2011, il quale prevedeva che il contratto di concessione dovesse contenere la clausola avente ad oggetto la *“cessione non onerosa (...) della rete infrastrutturale di gestione e raccolta del gioco all’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli all’atto della scadenza del termine di durata della concessione, esclusivamente previa sua richiesta in tal senso, comunicata almeno sei mesi prima di tale scadenza ovvero comunicata in occasione del provvedimento di revoca o di decadenza della concessione”*. Provvedutosi alla pubblicazione del bando di gara per l'affidamento in concessione di 2.000 diritti per l'esercizio congiunto dei giochi pubblici, St. non vi partecipava, in ragione del ritenuto carattere discriminatorio e anticoncorrenziale del bando medesimo.

Come condivisibilmente osservato dal Pubblico Ministero, la sentenza Laezza del 28.1.2016, con la quale la CGUE si è pronunciata in merito al quesito pregiudiziale, relativo alla compatibilità con i principi di diritto

comunitario della previsione di cui all'art. 25 dello schema di convenzione allegato al c.d. bando “Monti”, non ha affatto rilevato né il contrasto tra la normativa di gara Monti e i principi di diritto comunitario, né asserite discriminazioni ai danni di St.

Ed invero la CDGUE rileva che *“la misura controversa, che impone agli offerenti della gara d'appalto del 2012 una serie di obblighi che possono comportare per gli stessi conseguenze economiche non trascurabili, è idonea a influire sulla loro decisione di partecipare o meno a detta gara e, pertanto, è potenzialmente costituiva di una restrizione alle libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi”*(punto 64); nel valutare poi il carattere discriminatorio della clausola, il Giudice dell'Unione precisa che *“A mio avviso, l'obiettivo di continuità del servizio, al fine ultimo della lotta contro la raccolta illegale di scommesse e la criminalità, può, nel suo complesso, rappresentare un motivo imperativo di interesse generale idoneo a giustificare un ostacolo alla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi. Dalla giurisprudenza della Corte emerge chiaramente che l'obiettivo mirante a lottare contro la criminalità assoggettando a un controllo coloro che operano attivamente in tale settore e canalizzando le attività dei giochi d'azzardo nei circuiti così controllati, è considerato idoneo a giustificare restrizioni alle libertà fondamentali.* (punto 71); in conclusione il Giudice eurounitario ha ritenuto che *“Gli articoli 49 TFUE e seguenti, nonché 56 TFUE e seguenti, devono essere*

interpretati nel senso che possono ostare ad una clausola, contenuta in uno schema di convenzione di concessione ai sensi del diritto nazionale applicabile, la quale preveda l'obbligo, per un concessionario, di cedere l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco all'atto della cessazione dell'attività di un concessionario per scadenza del termine della concessione o per effetto di provvedimenti di decadenza o revoca, Per escludere tale ipotesi, spetta segnatamente al giudice del rinvio verificare che tale obbligo di cessione:

-sia giustificato da motivi di interesse legittimo, il che implica un esame circostanziato dei motivi dedotti al riguardo dall'autorità pubblica concedente a sostegno di tale misura;
- sia idoneo a contribuire alla realizzazione dell'obiettivo di interesse legittimo perseguito, il che rende necessario, nel caso in cui risulti che l'autorità pubblica concedente persegue un obiettivo di continuità del funzionamento delle reti autorizzate di gioco, che il giudice verifichi che detto obiettivo venga perseguito in maniera coerente e non discriminatoria e
- sia proporzionato rispetto all'obiettivo di interesse generale perseguito, ossia che esso non venga imposto arbitrariamente e non ecceda quanto necessario alla realizzazione di tale obiettivo. L'esame della proporzionalità implica in particolare un esame del valore venale delle attrezzature interessate da detta cessione”(punto 101 sentenza Laezza).

Ebbene, come già si è detto, alcuna valutazione in tal senso è stata effettuata dal giudice adito in sede di rigetto della richiesta di emissione di decreto di sequestro preventivo. Appare a questo punto necessario evidenziare la genesi e il reale contenuto della clausola in contestazione; essa venne prevista da una norma della legge di Stabilità del 2011: in sostanza puntava a evitare che un concessionario decaduto potesse continuare a raccogliere gioco illecitamente, continuando a sfruttare la struttura che aveva allestito sotto l'egida dei Monopoli. Alcuni *bookmakers* chiesero chiarimenti ai Monopoli che – nei fascicoli con le risposte ai quesiti di gara – affrontarono la questione due volte. La prima volta chiarirono che “*L'articolo 25 dello schema di convenzione prevede la cessione del solo uso, non della proprietà o dei diritti di sfruttamento economico dei beni, sia materiali che immateriali, costituenti la rete di gestione e raccolta del gioco per un periodo la cui durata sarà determinata da AAMS nella relativa richiesta di cessione con riferimento ai singoli casi concreti*”. La seconda che “*rientrano nell'oggetto della cessione dell'uso, e non della proprietà, i beni materiali ed immateriali di proprietà del concessionario che costituiscono la rete di gestione. I criteri di esercizio della devoluzione, compreso il luogo di utilizzo dei beni devoluti, saranno stabiliti caso per caso in relazione alla specificità delle singole fattispecie, e tenuto conto delle finalità di pubblico interesse da perseguire con il minor aggravio per la parte privata, nel*

provvedimento con cui AAMS chiederà la cessione dei beni ai sensi dell'articolo 25, comma 1, dello schema di convenzione". In sostanza – in base all'interpretazione che fornirono all'epoca i Monopoli, la clausola sembrava ricomprendere beni come il brand e il database clienti; i bookmakers ne sarebbero rimasti proprietari, ma i Monopoli avrebbero ottenuto il diritto di sfruttarli.

Pertanto la clausola *de qua* ha carattere facoltativo, in quanto l'obbligo di cessione, in capo al concessionario, si configura soltanto nel caso in cui l'Amministrazione concedente ritenga sussistenti i presupposti per esercitare la facoltà prevista e per il tempo dalla stessa stabilita, non trattandosi per contro di previsione che opera automaticamente e in via necessaria; ha carattere residuale, in quanto è destinata ad operare solo nel caso di cessazione anticipata e patologica del rapporto contrattuale ove: i) il concessionario venga dichiarato decaduto o subisca la revoca del titolo abilitativo; ii) nel caso in cui alla scadenza naturale il concessionario non consegua una riattribuzione della concessione (non potendo peraltro in tal caso configurarsi alcun danno patrimoniale a carico dell'operatore, essendo già stati i beni materiali e immateriali completamente ammortizzati, e non essendo dato escludere la possibilità per il concessionario uscente di concordare con il concessionario entrante un corrispettivo pari al valore residuo dei beni, in ipotesi, non del tutto ammortizzati); ha carattere non discriminatorio, giacchè applicabile

indistintamente a tutti i partecipanti alla gara; garantisce il rispetto del principio di parità di trattamento, in quanto anche i concessionari esistenti alla data del nuovo bando di gara c.d. Monti erano assoggettati alla medesima previsione normativa, in virtù della disposizione di cui alla legge di stabilità 2011; è giustificata dall'interesse preminente di garantire la continuità del servizio pubblico, costituito dalla raccolta di scommesse per conto dello Stato, esercitata dai concessionari in qualità di incaricati di pubblico servizio, facendo fronte ad una carenza anche improvvisa del servizio pubblico e sicurezza nella zona territoriale in cui era assicurata la raccolta del gioco e delle scommesse in concessioni statale (cfr. punti 3, 5, 9 sentenza Laezza).

Ebbene, una volta precisata la portata della clausola, va esaminato se essa costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento ingiustificata e sproporzionata.

Tenendo conto dell'ampia definizione di ciò che costituisce, secondo la giurisprudenza della Corte Europea, «una restrizione», in particolare nel settore del gioco d'azzardo, in cui sono state dichiarate restrittive tutte le misure che risultano, in minore o maggiore misura, svantaggiose per gli operatori economici che intendono intraprendere l'attività di raccolta di scommesse, il Tribunale ritiene che si debba fornire una risposta positiva a tale domanda.

Infatti, la misura controversa, che impone ai concessionari la cessione, a titolo non oneroso, dell'uso dei beni materiali ed immateriali di proprietà,

che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, è tale da incidere sulle possibilità di partecipazione a detta gara d'appalto e, pertanto, è potenzialmente costitutiva di una restrizione alle libertà di stabilimento.

Si tratta di un impegno economico che non tutti i nuovi operatori sono disposti a soddisfare.

Quanto alla questione se tale restrizione sia stata imposta in modo discriminatorio, va constatato, sulla falsariga di quanto già osservato dalla Corte Europea, che *“Tuttavia, come sostanzialmente rilevato dall'avvocato generale nei paragrafi 66 e 67 delle sue conclusioni, dagli elementi prodotti dinanzi alla Corte sembra discendere che la disposizione in questione nel procedimento principale si applica indistintamente all'insieme degli operatori che hanno partecipato alla gara d'appalto promossa durante il 2012 sul fondamento dell'articolo 10, commi 9 octies e 9 novies, del decreto legge del 2012, e ciò a prescindere dal luogo di stabilimento”*(punto 28 sentenza 28.01.2016).

In secondo luogo, preme chiarire se i motivi invocati dalle autorità nazionali al fine di giustificare gli obblighi imposti ai concessionari siano tali da giustificare detta restrizione.

A tal proposito, per giurisprudenza consolidata, le restrizioni alle attività dei giochi d'azzardo possono essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale, quali la tutela dei consumatori nonché la prevenzione delle frodi e dell'incitamento dei cittadini a spese eccessive legate al gioco. Per quanto riguarda la normativa italiana sui giochi d'azzardo, la Corte

ha dichiarato che l'obiettivo generale attinente alla lotta contro la criminalità collegata ai giochi d'azzardo è idoneo a giustificare restrizioni derivanti da tale normativa nazionale applicabile (cfr. sent. 22.01.2015, Stanley Int. Betting e Stanleybet Malta), purché dette restrizioni siano conformi al principio di proporzionalità e nei limiti in cui i mezzi utilizzati a tal fine siano esaminati in modo globale, coerente e sistematico (cfr. sent. 28.01.2016, Laezza, punto 36).

Spetta in particolare agli Stati membri interessati garantire che i mezzi utilizzati nell'ambito di un sistema di concessioni siano idonei a garantire l'accesso e l'esercizio dell'attività economica nel settore di cui trattasi in condizioni equivalenti e in modo effettivo.

Nel caso di specie non è in discussione il sistema delle concessioni nel suo complesso, bensì l'obbligo imposto ai candidati concessionari, ai sensi dell'art. 25 dello schema di convenzione allegato al bando Monti.

Ad avviso del Tribunale è indubbio che detto obbligo che mira a garantire la continuità del servizio pubblico costituito dalla raccolta delle scommesse per conto dello Stato, esercitata dai concessionari in qualità di incaricati di pubblico servizio, facendo fronte ad una carenza anche improvvisa del servizio pubblico di raccolta delle scommesse, con conseguente riflesso sul presidio di ordine pubblico e sicurezza nella zona territoriale in cui era assicurata la raccolta del gioco e delle scommesse in concessione statale, persegua un obiettivo legittimo. Rammenta il

Tribunale, a tal proposito, che la Corte ha già specificamente fatto riferimento a un'indagine del governo italiano dalla quale risulta che *«le attività di giochi e di scommesse clandestine vietate in quanto tali costituiscono un problema rilevante in Italia al quale potrebbe porre rimedio un'espansione di attività autorizzate e regolamentate»* (sentenza 6.03.2007, Placanica e a., punto 56).

Ci si deve quindi porre, in terzo e ultimo luogo, la questione se la misura di cui trattasi sia stata imposta conformemente al principio di proporzionalità.

Per quanto riguarda, innanzitutto, l'adeguatezza dell'obbligo di cui trattasi, sembra abbastanza evidente che l'obbligo di cessione gratuita della rete, al termine del rapporto concessorio, come quello previsto dalla norma controversa, sia tale da garantire la continuità del servizio pubblico.

Per quanto concerne, poi, la proporzionalità della misura controversa, spetta al giudice nazionale stabilire se l'obbligo di cedere gratuitamente l'uso dei beni materiali ed immateriali di proprietà, che costituiscono la rete di gestione, sia tale da comportare oneri finanziari particolari, o reali difficoltà di altro tipo per le imprese che intendano partecipare a una gara d'appalto, al fine di ottenere una concessione per l'esercizio dell'attività nel settore dei giochi d'azzardo.

Nel caso in esame, nulla consente di concludere che l'obbligo di cedere gratuitamente la rete di gestione di raccolta del gioco rappresenti un requisito insormontabile per un operatore affidabile che desideri

intraprendere l'attività di raccolta delle scommesse.

Sul punto, la difesa dell'indagata sostiene che nulla di economicamente utile residuerebbe nel patrimonio del vecchio concessionario dopo la devoluzione. Si possono tuttavia nutrire dubbi su tale asserzione, in assenza di dati sul fatturato della società operante da anni sul mercato, e chiedersi se la vera causa della mancata partecipazione di St. alla gara non risieda in una scelta del tutto economica e opportunistica.

Il requisito della proporzionalità appare infine rispettato tenendo presente tutti i dati del caso concreto, ovvero che la società St. è attiva da circa quindici anni sul territorio italiano, tramite i propri centri trasmissione dati che esercitano la loro attività in Italia sulla base di un rapporto riconducibile allo schema contrattuale del mandato, senza possedere né titoli concessori né autorizzazioni di polizia (cfr. punto 10 sentenza Laezza), ragion per cui è possibile affermare che la stessa ha già tratto ampio profitto dai propri investimenti, senza che la previsione dell'art. 25 dello schema di convenzione di cui alla gara Monti possa, seppur astrattamente, rivestire alcuna apprezzabile incidenza sugli stessi. L'entità dell'arco temporale trascorso dall'inizio dell'esercizio dell'attività da parte di St. consente, quindi, di ritenere ampiamente ammortizzati i beni materiali e immateriali che costituiscono la rete di gestione e raccolta del gioco già alla data di avvio della procedura di gara del 2012 e, a maggior ragione, alla data

della scadenza naturale delle concessioni assegnate (giugno 2016).

Ciò posto, la clausola *de qua*, tenute presenti tutte le circostanze del caso concreto, non appare in contrasto con i principi del diritto europeo.

Tale compatibilità è stata rilevata anche dal Consiglio di Stato, proprio in sede di decisione del ricorso proposto da St.: *“l'avversata prescrizione normativa contenuta nel bando, contrariamente a quanto sostenuto da parte appellante, contempera – nel rispetto del parametro di proporzionalità evocato dalla Corte Ue – obiettivi primari comunitari, prima che italiani, nel senso che è comunitario (“prima” ed “oltre” che nazionale) l’obiettivo della riduzione delle occasioni di gioco o della lotta contro la criminalità collegata a detti giochi e può altresì soddisfare i requisiti di proporzionalità imposti”* (Consiglio di Stato, Sezione Quarta, 25 agosto 2015).

Va poi evidenziato che St. non ha partecipato alla gara e non si è quindi posta nella condizione di contestare, nelle opportune sedi, l’adeguatezza della medesima ai principi comunitari.

Infatti è principio consolidato nella giurisprudenza amministrativa in tema di bandi di gara, che la legittimazione a ricorrere richiede, come condizione, la partecipazione alla gara; a tale regola generale va fatta eccezione solo in tre tassative ipotesi e cioè quando: si contesti in radice l’indizione della gara; all’inverso si contesti che una gara sia mancata, avendo disposto l’amministrazione in via diretta del contratto; si impugnino direttamente le clausole del bando deducendo che le stesse siano immediatamente escludenti

(cfr. *ex plurimis* Consiglio di Stato Sezione Quinta del 27.01.2016). Tale principio generale è stato applicato dal Consiglio di Stato proprio per respingere il ricorso presentato da St. relativamente alla supposta discriminatorietà / anticoncorrenzialità della procedura selettiva di cui è processo: *“La affermata non utilità della partecipazione alla gara – come riferita all’immediata applicabilità delle previste cause di decadenza – che avrebbe asseritamente legittimato l’immediata impugnazione dei relativi atti, pur in assenza di domanda di partecipazione, doveva invece ascrivere unicamente alla decisione delle appellanti di non dismettere, dopo l’eventuale aggiudicazione, la propria rete. Alle medesime conclusioni, peraltro, doveva giungersi, sempre secondo il Tar, anche sulla base della distinzione tra la fase di aggiudicazione e la successiva fase del rapporto: le contestate previsioni erano infatti destinate a governare la fase esecutiva del rapporto concessorio (ontologicamente successiva alla fase di partecipazione alla gara e di aggiudicazione), con la conseguenza che solo i soggetti che avevano partecipato alla procedura potevano vantare un interesse concreto ed attuale, in caso di loro applicazione, a dolersene (poiché le contestate cause di decadenza, previste dallo schema di convenzione, potevano, infatti, operare solo nei confronti dell’eventuale affidatario della concessione, senza in alcun modo incidere sulla fase di partecipazione alla selezione e senza poter determinare l’esclusione della concorrente stessa)* (cfr. Consiglio di

Stato, Sezione Quarta, sentenza n. 3985 del 25.08.2015).

Del resto ha posto l'accento sulla necessità di partecipare alla gara, per invocarne la discriminatorietà in concreto, anche la Cassazione Penale: *“Per procedere alla disapplicazione della normativa interna anche nei confronti degli operatori comunitari, sarebbe stato necessario allora dimostrare rispetto a quali gare si fosse dispiegato il comportamento discriminatorio nei confronti delle predette società sotto il profilo o di un'arbitraria esclusione oppure di un impedimento a partecipare nonostante la manifestata volontà in condizione di parità con gli altri concorrenti oppure individuare un comportamento comunque discriminatorio tenuto dallo Stato nazionale nei loro confronti (Cass. Pen. sez. 2, num. 23168 del 2016; Cass. Pen. Sez. 2, num. 13078 del 2016).*

Ben avrebbe potuto, pertanto, St. partecipare al bando di gara Monti, impugnando le singole clausole ritenute discriminatorie in quanto eccessivamente onerose; e ben avrebbe potuto, successivamente, aderire alla procedura di regolarizzazione. Tutto ciò non è avvenuto, in quanto St. ha ritenuto più conveniente non partecipare alla gara e continuare ad esercitare abusivamente l'attività di gestione e raccolta scommesse, invocando asserite e insussistenti discriminazioni.

Quanto infine, all'incertezza interpretativa rilevata dal Gip nel provvedimento impugnato, va evidenziato che né la pendenza di quesiti, nè il tenore delle risposte

fornite in seguito dalla CGUE (che non ha affatto rilevato il contrasto tra la normativa di gara Monti e i principi del diritto comunitario, né asserite discriminazioni ai danni di St.) potevano e possono legittimare la disapplicazione dell'art. 4, comma 4 bis, della legge n. 401/89, come recentemente rilevato dalla Cassazione penale proprio con riferimento alla fattispecie in esame: *“Infine va ricordato che, secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, con riferimento all'elemento soggettivo del reato, la semplice esistenza di una situazione di incertezza interpretativa o applicativa di una norma “non abilita da sola ad invocare la condizione soggettiva d'ignoranza inevitabile della legge penale; al contrario, il dubbio sulla liceità o meno deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, fino cioè, secondo quanto emerge dalla sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale, all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga l'incertezza sulla liceità o meno dell'azione stessa, dato che il dubbio, non essendo equiparabile allo stato d'inevitabile ed invincibile ignoranza, è inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità” (Cass. pen. Sez. 2 n. 13708/ 2016; Cass. pen. Sez. 2, n. 23168/2016).*

Per tutto quanto detto, il Tribunale non ravvisa i presupposti per la disapplicazione della norma incriminatrice di cui all'art. 4, comma 4 bis legge n. 401/1989, in relazione all'art. 88 TULPS, a carico dell'indagata.

Sussistono inoltre gravi esigenze cautelari, in quanto il centro scommesse di cui l'indagata è titolare risulta ancora attivo e, alla luce delle considerazioni esposte, la libera disponibilità delle strutture e delle apparecchiature ivi contenute, utilizzate per l'attività di svolgimento di trasmissione dati, consentirebbe, e comunque agevolerebbe, l'aggravamento del reato in atto.

Per tali ragione, in accoglimento del gravame interposto dalla Pubblica Accusa, va disposto il sequestro preventivo delle strutture informatiche collocate all'interno dell'esercizio commerciale "St.", sito in Via Ra., 151/E, strumentali all'attività di esercizio di raccolta di scommesse.

P.Q.M.

Visto l'art. 322 bis c.p.p., accoglie l'appello e, in riforma dell'ordinanza impugnata, dispone il sequestro preventivo delle strutture informatiche collocate all'interno dell'esercizio commerciale "St.", sito in Via Ra., 151/E, strumentali allo svolgimento dell'attività di raccolta di scommesse.

Manda al P.M. e alla Cancelleria per quanto di competenza.

Motivi riservati nei termini di legge.

Rimini, 15.06.2016

Il Giudice est.

Benedetta Vitolo

Il Presidente

Giorgio Barbuto