



12153-22

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del popolo italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

QUINTA SEZIONE PENALE

Composta da

GRAZIA ROSA ANNA MICCOLI - Presidente -
MARIA TERESA BELMONTE - Relatore -
ALESSANDRINA TUDINO
PAOLA BORRELLI
MATILDE BRANCACCIO

Sent. n. sez. 502/22
C.C. -28/04/2022
R.G.N. 6729/2022

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da

(omissis)

avverso la ordinanza del 02/12/2021 del TRIBUNALE del RIESAME di CATANZARO

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Maria Teresa BELMONTE

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale, Perla LORI, che ha concluso per l'annullamento con rinvio limitatamente all'applicazione dell'art. 275 co.4 cod. proc. pen.

L'avvocato (omissis) si riporta ai motivi di ricorso e insiste per l'accoglimento dello stesso.

L'avvocato (omissis) si riporta ai motivi di ricorso e insiste per l'accoglimento dello stesso.

Dato atto che su richiesta dei difensori del ricorrente è stata disposta la trattazione orale.

RITENUTO IN FATTO

1. Con l'ordinanza impugnata, il Tribunale del riesame di Catanzaro ha rigettato l'appello avverso l'ordinanza del Tribunale di Vibo Valentia, reiettiva dell'istanza di revoca o sostituzione della custodia cautelare in carcere formulata, ai sensi dell'art. 299 cod. proc. pen., nell'interesse di

(omissis) gravemente indiziato del reato di cui all'art. 416 bis cod. pen..

2. Ricorre per cassazione l'imputato, che, con il ministero dei suoi difensori di fiducia, avvocati

(omissis) propone due separati ricorsi.

3. Con il ricorso a firma del solo avvocato (omissis), vengono svolti due motivi.

3.1. Con un primo motivo, è denunciata violazione degli artt. 299 co. 4 e 275 co. 4 cod. proc. pen. Premesso che il ricorrente è padre di un minore affetto da grave patologia e portatore di invalidità, e che la madre ha necessità di attendere agli impegni di lavoro quale insegnante con sede di lavoro distante dall'abitazione familiare, si duole il difensore della rigida interpretazione del concetto di "assoluta impossibilità" di cui all'art. 275 co. 4 cod. proc. pen., alla quale si è attenuto il Tribunale distrettuale, nel rigettare l'istanza di revoca o sostituzione della misura in corso, senza neppure prendere in considerazione la grave patologia dalla quale è affetto il figlio minore del ricorrente, portatore di invalidità riconosciuta ai sensi della legge n. 104/1992.

3.2. Con il correlato secondo motivo, pone questione di legittimità costituzionale del combinato disposto di cui agli artt. 299 e 275 co. 4 cod. proc. pen., per contrasto con gli artt. 3, 29, 32 Cost., nella parte in cui non contemplano la medesima tutela prevista per il figlio infraseienne del detenuto anche per l'eventuale figlio disabile.

4. Con altro ricorso, depositato il 12 febbraio 2022, a firma del solo avvocato (omissis) (omissis), viene denunciata, ai sensi dell'art. 606 lett. B) ed E) cod. proc. pen., violazione degli artt. 275, 299, 310 cod. proc. pen..

Premette il difensore che la richiesta di revoca della misura cautelare afferiva a due profili: l'uno fondato sul venir meno della gravità indiziaria per il solo capo S9), a seguito della cassazione (sentenza sez. 5 n. 28857/20) della misura cautelare applicata nei confronti di (omissis) che sarebbe stato il soggetto da schermare nella condotta di interposizione fittizia contestata a (omissis) ai sensi dell'art. 512 bis cod. pen.; l'altro, afferente alle esigenze cautelari in relazione anche al capo A), la cui condotta si sarebbe manifestata proprio nella dimostrata disponibilità all'intestazione della sala giochi di cui al capo S9, asseritamente riferibile a (omissis)

La richiesta subordinata di sostituzione della misura in atto trovava, invece, il suo fondamento nella particolare patologia sofferta dal figlio del ricorrente, e nell'attività lavorativa della madre.

Si duole che l'ordinanza impugnata non ha valutato le censure difensive e gli atti a sostegno delle stesse, omettendo di motivare in merito alla prospettata cessazione delle esigenze cautelari dovuta alla sopravvenienza del *quid novi*, costituito dall'annullamento della misura cautelare nei confronti del coimputato - favorito dalla interposizione, illogicamente evocando il c.d. giudicato cautelare, e tace sulla memoria depositata nell'interesse dell'appellante che dava conto dei seri,

e ingravescenti problemi di salute del figlio del detenuto, con allegazione di relazione medica, del tutto ignorata dai giudici di merito.

5. Con successiva memoria del 26 aprile 2022 i difensori del ricorrente hanno articolato motivi nuovi, ad esplicazione dei quelli originari. Si sostiene che l'elemento di novità sia costituito dall'approdo delle sezioni Unite del 2021, n. 36958, che, al fine di ritenere la sussistenza delle esigenze cautelari in merito all'affiliazione ad una struttura criminale di stampo mafioso, ritiene necessaria una valutazione del quadro probatorio per poter apprezzare l'attualità e la concretezza della condotta partecipativa, laddove, la partecipazione che il (omissis) avrebbe avuto all'interno della presunta associazione, ai fini cautelari, è stata valutata sulla base di un quadro probatorio alla luce del precedente orientamento giurisprudenziale. In sintesi, (omissis) era ed è cautelato per partecipazione a reato associativo (art.416 bis c.p.), quale intestatario fittizio di un punto-giochi (art.512 bis c.p.), in realtà appartenente, secondo l'accusa, a (omissis), nei cui confronti, tuttavia, si è esclusa la gravità indiziaria.

Si contesta la valutazione espressa sul punto dal TDL, per avere omesso di valutare i profili strettamente attinenti alla personalità di quest'ultimo, uomo incensurato, omettendo di indicare il contributo prestato in un reato a concorso necessario.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. I ricorsi sono fondati e la ordinanza impugnata deve essere annullata con rinvio per nuovo esame al Tribunale di Catanzaro.

2. Come si legge nella sentenza di questa Corte che ha annullato il titolo cautelare a carico del coindagato "Al capo 59), invece, è contestata l'intestazione fittizia dal 02/12/2010 ai 01/12/2014 di una sala giochi in (omissis)". Come è noto, in riferimento alla contestata fattispecie di reato è richiesto il dolo specifico, essendo, quindi, necessaria la prova che l'intestazione sia finalizzata ad eludere la normativa in tema di prevenzione patrimoniale (Sez. 6, n. 49832 del 19/04/2018, Rv. 274286). La Corte di cassazione, in quella pronuncia, ha "rilevato come la motivazione del Tribunale del Riesame sul punto risulti del tutto incongrua e superficiale, avendo evidenziato unicamente che nel bar di (omissis) si svolgevano incontri di appartenenti al clan (omissis) e che dalle conversazioni intercettate tra il ricorrente ed il fratello (omissis), era emerso che l'acquisto del bar da parte della famiglia aveva costituito la realizzazione di un sogno del defunto padre (pag. 15 dell'impugnata ordinanza). Dette circostanze, inoltre, appaiono inconferenti se messe in relazione con l'argomento analizzato in precedenza dal medesimo provvedimento, ossia che la Prefettura aveva più volte revocato la licenza ai diversi intestatari fittizi del locale, di fatto gestito dal (omissis) evidenziando una reiterazione della condotta di intestazione fittizia collegata a vicende di revoca della licenza di pubblica sicurezza, ma senza nulla dire in riferimento alla specifica volontà del (omissis) di aggirare le imminenti misure di prevenzione. Ancor più scarna è, poi, la motivazione in riferimento alla sala slot ed alla tabaccheria, attività per le quali si evidenzia solo l'interessamento diretto del ricorrente. Nessun accenno, quindi, agli elementi concreti dai quali desumere univocamente e ragionevolmente la sussistenza del dolo specifico, costituito dalla volontà elusiva

delle misure di prevenzione, da parte di (omissis) , apparendo, in altri termini, individuare circostanze che consentano di escludere interpretazioni parimenti plausibili che potrebbero aver giustificato le successive intestazioni fittizie, quale quella concernente la volontà del (omissis) di evitare la revoca della licenza di pubblica sicurezza, in tal modo consentendo l'operatività degli esercizi commerciali".(sentenza n. 28857/2020, par. 4 a pg. 17 e ss.).

2.1. Alla luce di tale annullamento, fondatamente la Difesa ricorrente si duole del vizio di motivazione dell'ordinanza impugnata, nella parte in cui si affida al principio del c.d. giudicato cautelare, impropriamente evocato, senza tenere conto della fattispecie concretamente al vaglio, ed evitando il confronto con il *novum* rappresentato proprio dalla cassazione della misura cautelare disposta nei confronti del coindagato nel reato di cui all'art. 512 *bis* cod. pen..

2.2. Ora- come ha chiarito la Corte di cassazione -le ordinanze in materia cautelare, quando siano esaurite le impugnazioni previste dalla legge, hanno efficacia preclusiva "endoprocessuale" riguardo alle questioni esplicitamente o implicitamente dedotte, con la conseguenza che una stessa questione, di fatto o di diritto, una volta decisa, non può essere riproposta, neppure adducendo argomenti diversi da quelli già presi in esame (Sez. U., n. 14535 del 19/12/2006, dep. 2007, Librato, Rv. 235908; Sez. 6, n. 23295 del 17/03/2015, Volpin, Rv. 263627; Sez. 5, n. 27710 del 04/05/2018, Bertocchi, Rv. 273648). In particolare, con la sentenza "Testini", le Sezioni unite ritennero pienamente condivisibili le argomentazioni della sentenza "Donati" circa l'immanenza nell'ordinamento processualpenalistico di un generale principio di preclusione, di cui la regola dell'art. 649 cod. proc. pen. è solo una particolare pregnante espressione, e che opera quindi anche in altri ambiti procedurali. Quanto al procedimento cautelare, la Corte evidenziò come il principio di preclusione abbia insita nella propria "ratio" la natura contingente dei provvedimenti e la necessità del loro tendenziale adeguamento al mutare delle situazioni. Secondo le Sezioni unite *"ne consegue che l'«idem» il cui «bis» è precluso non può concretarsi ed esaurirsi, in ambito cautelare, come avviene invece nel processo cognitivo, nella mera identità del fatto... ma ricomprende necessariamente anche l'identità degli elementi posti (e valutati) a sostegno o a confutazione di esso e della sua rilevanza cautelare* (Sez. U, n. 7931 del 16/12/2010 - dep. 2011- Testini, Rv. 249001).

2.3. Traslando tali principi nel caso in esame, il tema attiene al se possa considerarsi "*novum*" la sopravvenuta decisione della Corte di cassazione favorevole al coindagato. Nella giurisprudenza della Corte si è chiarito come, in tema di giudicato cautelare, non costituisca fatto nuovo, idoneo a modificare il quadro indiziario già valutato in sede di riesame e a legittimare la revoca della misura, la mera adozione, sempre in sede cautelare, di una decisione di segno favorevole nei confronti di un coindagato, potendo al più assumere rilevanza gli elementi per la prima volta acquisiti e valutati in quel contesto rispetto al quadro indiziario già posto alla base della confermata misura a carico dell'istante (Sez. 6, n. 4948 del 10/07/2019, dep. 2020, Vaglia, Rv. 278208; Sez. 3, n. 26385 del 9/05/2011, Scibilia, Rv. 250678; Sez. 6, n. 4993 del 03/12/2009, dep. 2010, De Martino, Rv. 246076). Si tratta di un'affermazione che si pone in stretta continuità con il principio secondo cui l'effetto estensivo dell'impugnazione previsto

dall'art. 587, comma primo, cod. proc. pen. opera solo in presenza di motivi non esclusivamente personali ed a favore degli imputati che non abbiano proposto ricorso per cassazione (Sez. 6 n. 31241 del 14/09/2020 Cc. (dep. 09/11/2020) Rv. 279887 – in fattispecie in cui la Corte di Cassazione ha ritenuto insuscettibili di estensione gli effetti dell'annullamento disposto nei confronti di un coindagato per motivi legati alla prova del concorso e del contributo dallo stesso fornito, e non incidenti, invece, sulla configurabilità oggettiva del reato in addebito.

2.4. Di tali principi, tuttavia, il Tribunale distrettuale non ha fatto corretta applicazione. Invero, ricordato che la questione da valutare afferisce alla persistenza di un grave quadro indiziario, relativamente al reato di trasferimento fraudolento di valori ex art. 512 bis cod. pen. contestato al capo S9, a seguito dell'annullamento per insussistenza di gravi indizi di colpevolezza, da parte della Corte di cassazione, della ordinanza applicata nei confronti del soggetto da schermare, (omissis) , e di riflesso, all'incidenza di una siffatta rivalutazione del profilo indiziario anche sul quadro delle esigenze cautelari, il Tribunale avrebbe dovuto fornire adeguata motivazione – a fronte della specifica allegazione del fatto nuovo – indicando le ragioni per le quali fosse possibile ritenere non intaccata, da quella decisione del giudice di legittimità, la posizione del ricorrente, in relazione a una fattispecie per la quale si è ritenuta l'estraneità del concorrente necessario, ovvero del soggetto che di quella intestazione fittizia avrebbe dovuto beneficiare. E' evidente, infatti, che laddove risulti indimostrato il dolo specifico proprio del delitto in capo al supposto beneficiario della interposizione, risulta difficilmente configurabile tale elemento a carico di colui che si sarebbe prestato alla interposizione, ovvero rendendosi disponibile a celare il reale titolare del bene, anche per lui dovendo dimostrarsi la volontà di concorrere nella elusione della normativa in tema di prevenzione patrimoniale.

3. L'ordinanza impugnata presta il fianco alle censure difensive anche sotto un altro profilo. Invero, premessa l'irrelevanza della prospettata questione di legittimità costituzionale, dal momento che il giudice di merito ha già dato una interpretazione costituzionalmente evoluta della fattispecie legale in questione, rileva il Collegio che il Tribunale distrettuale, pur avendo richiamato accreditati orientamenti giurisprudenziali afferenti all'art. 275 co. 4 cod. proc. pen., con riguardo all'ipotesi dell'impossibilità della madre di accudire la prole infraseienne il cui padre sia detenuto, ha, tuttavia, del tutto omissis di calare siffatti principi nella fattispecie concreta, confrontandosi con la situazione rappresentata dall'indagato, in merito alle problematiche di salute che affliggono il figlio. In tal senso, nella giurisprudenza di questa Corte si sono già registrate aperture interpretative, laddove era stato affermato il principio secondo cui la situazione di "assoluta impossibilità" della madre può essere desunta anche dalle precarie condizioni di salute della donna e dalla necessità di provvedere alle necessità di altro figlio minorenni portatore di grave malattia (Sez. 1, n. 4748 del 12/12/2013, dep. 2014, Alvaro, Rv. 258143), ovvero laddove era stato affermato che il divieto di custodia cautelare in carcere nei confronti dell'imputato, padre di prole di età inferiore a sei anni, opera anche nel caso in cui i minori possano essere affidati a congiunti disponibili o a strutture pubbliche (Sez. 2, n. 47473 dell' 11. 11.2004), in quanto ad essi il legislatore non riconosce alcuna funzione sostitutiva,

considerato che la formazione del bambino può essere gravemente pregiudicata dall'assenza di una figura genitoriale, la cui infungibilità deve, pertanto, fin dove possibile, essere assicurata, trovando fondamento nella garanzia che l'articolo 31 Cost. accorda all'infanzia (Sez. 5 n. 41626 del 9.11.2007 rv. n. 2382099). In tale ottica, si è segnalata la necessità di porre effettivamente al centro del perimetro valutativo del giudice, anche nell'analisi dell'"assoluta impossibilità" della madre ad occuparsi della prole, proprio l'integrità psico-fisica del minore da accudire, in relazione alla necessità di assistenza da parte dei genitori in un momento particolarmente significativo e qualificante per la formazione fisica e, soprattutto psichica, del minore. In definitiva, si ritiene che le valutazioni del giudice, nel caso in cui venga invocata l'assoluta impossibilità della madre a dare assistenza alla prole", devono necessariamente avere come riferimento la "situazione concreta nella sua interezza" su cui la custodia cautelare in carcere del padre di prole di età inferiore a sei anni va incidere e il deficit complessivo che l'ipotesi di incompatibilità in questione è volto a tutelare ((sez. 5 n. 36884 del 09/10/2020, dep. 21/12/2020, n.m., arg. ex Sez. 6, n. 35806 del 23/06/2015, Rv. 264725).

3.1. Nella fattispecie in esame - una volta verificata la sussistenza di una grave patologia del minore e la reale portata invalidante della patologia accusata - alla luce del principio sopra condiviso, avrebbe dovuto tenersi conto di tale situazione, nel senso che, nel valutare l'assoluta impossibilità della madre ad occuparsi della prole, non avrebbe dovuto considerarsi solo la condizione della stessa, ma anche tenersi conto delle condizioni di salute del figlio, e verificare, in concreto, la sussistenza o meno per lo stesso di un "deficit" assistenziale, sotto il profilo della irreversibile compromissione del processo evolutivo-educativo per la mancata, valida ed efficace presenza apprezzabile di almeno uno dei genitori.

4. L'ordinanza impugnata va, pertanto, annullata con rinvio al Tribunale di Catanzaro per nuovo esame sulla base dei principi innanzi riportati, chiarendo se sia ancora ravvisabile un grave quadro indiziario in merito al delitto di cui al capo S9, e, se del caso, gli eventuali riflessi sul quadro delle esigenze cautelari. Sotto tale ultimo profilo dovrà essere vagliata secondo le delineate coordinate ermeneutiche, la istanza subordinata di sostituzione della misura cautelare in corso. Tale conclusione assorbe all'evidenza ogni altra valutazione posta all'attenzione di questa Corte con i motivi di ricorso, circa la verifica della tenuta costituzionale dell'art. 275/4 cod. proc. pen.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata, con rinvio per nuovo esame al Tribunale di Catanzaro. Manda alla cancelleria per gli adempimenti di cui all'art. 94, comma 1-ter, disp. att. cod. proc. pen.

Così deciso in Roma, il 28 aprile 2022

Il Consigliere estensore

Maria Teresa Belmonte



Il Presidente

Grazia Rosa Anna Miccoli

