

L'ipotesi accusatoria, recepita dai Giudici di merito, muove dal presupposto che (omissis) (omissis), nella qualità di medico ginecologo in servizio presso la Azienda Ospedaliera " (omissis) " di Reggio Calabria, fosse stata autorizzata alla svolgimento di attività di libera professione in regime intramurario nelle giornate di martedì e giovedì dalle ore 16 alle ore 20, con retribuzione secondo tariffe e modalità di pagamento prestabilite.

L'indagine si è sviluppata a seguito di una verifica fiscale e l'imputazione provvisoria è formulata sulla base del contenuto di due agende, relative agli anni 2015 e 2016, sequestrate presso lo studio ove la (omissis) era autorizzata a svolgere la sua attività professionale.

Quanto al peculato, si assume che, in ragione del contenuto delle agende e dei nomi in esse appuntati, (omissis) avrebbe eseguito prestazioni professionali (visite) in relazione alle quali non avrebbe versato all'azienda ospedaliera una determinata somma riscossa; sul piano del metodo, si è proceduto ritenendo che i nomi annotati sulle agende fossero rivelatori di appuntamenti per visite e l'assunto investigativo avrebbe ricevuto una obiettiva conferma attraverso l'assunzione di sommarie informazioni di ventisei tra i soggetti indicati nel documento; sulla base di tale dato si è determinata la somma che, secondo le tariffe, sarebbe stata corrisposta all'indagata in ragione del numero di visite compiute e si è calcolata la differenza tra il riscosso ed il versato all'azienda.

Quanto ai reati di truffa ed abuso di ufficio, l'assunto accusatorio è sempre fondato sul presupposto che l'indagata potesse svolgere attività professionale solo nei giorni e nelle ore indicati, con divieto di destinare ad essa i giorni liberi dal servizio a causa di malattia; in tale contesto, sono stati valorizzati i dati ricavati delle due agende, da cui sarebbe emerso che la (omissis) avrebbe invece svolto attività professionale anche nei giorni in cui sarebbe certificata la sua presenza in ospedale; il profitto, quanto al reato di truffa consisterebbe nella percezione dello stipendio anche per i giorni in cui l'indagata non sarebbe stata in ospedale (36.803,15 euro), e, quanto al reato di abuso di ufficio, nei compensi erogati dalle persone visitate in dette giornate, per i quali non sarebbe stata emessa fattura (euro 124.720).

Dal provvedimento impugnato emerge che il sequestro è stato disposto per la somma di euro 124.720 ed eseguito per la somma di euro di 71.354,70 in via diretta e per quella di 45.000 per equivalente; parte dell'oggetto del sequestro, è stato eseguito sulla somma giacente su un conto corrente bancario cointestato con (omissis) (omissis), soggetto estraneo ai reati e coniuge separato di (omissis)

2. Ha proposto ricorso per cassazione il difensore di (omissis) e di (omissis), articolando un unico motivo con cui si deduce violazione di legge.

Si sostiene che, rispetto ai reati ipotizzati, non sarebbe configurabile il requisito del *fumus commissi delicti*, l'accertamento del quale sarebbe stato compiuto in forma presuntiva, solo sulla base del contenuto delle due agende sequestrate presso lo studio dell'indagata.

Rispetto a centinaia di annotazioni e di nominativi segnati sulle agende, i riscontri sarebbero costituiti dall'assunzione di sommarie informazioni da sole ventisei persone; né sarebbero state considerate le spiegazioni fornite dall'indagata, attraverso le sommarie informazioni assunte in sede di indagini difensive.

In quelle agende, si aggiunge, sarebbero stati riportati anche nominativi di informatori scientifici e di pazienti di altri medici, che pure esercitavano la professione in quello studio; non diversamente, i soldi versati in contante sul conto corrente bancario cointestato con Logoteta sarebbero stati relativi al mantenimento dei figli nati dalla loro relazione.

Su tali decisivi profili, che attengono anche alla corretta quantificazione del profitto, la motivazione sarebbe apparente.

Anche la motivazione con cui si è ritenuto di sequestrare il denaro sul conto corrente bancario cointestato sarebbe apparente nella parte in cui si è affermato che "la difesa non è stata in grado di provare la riconducibilità esclusiva del denaro a (omissis)" (così l'ordinanza impugnata): in tale contesto, si è erroneamente ritenuta non rilevante la circostanza che su quel conto sarebbe stato versato un assegno di 87 mila euro intestato al solo (omissis) e proveniente da un conto esclusivamente intestato a questi.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. I ricorsi sono fondati.

2. Il tema attiene innanzitutto ai limiti del sindacato in tema di ordinanze cautelari reali sul requisito del *fumus commissi delicti*, al principio di proporzionalità, alle condizioni che giustificano il sequestro di denaro giacenti su un conto corrente cointestato con un soggetto, terzo estraneo al reato.

In materia di misure cautelari reali va registrata la graduale tendenza della giurisprudenza della Corte di cassazione a valutare con maggiore rigore i presupposti che giustificano l'adozione del sequestro preventivo: si richiede che il giudice verifichi la sussistenza del *fumus commissi delicti* attraverso un accertamento concreto, basato sulla indicazione di elementi dimostrativi, sia pure sul piano indiziario, della sussistenza del reato ipotizzato.

Si coglie la consapevolezza che la tesi consolidata, autorevolmente sostenuta, secondo cui, in tema di sequestro preventivo, ai fini della verifica del requisito del *fumus*, sarebbe sufficiente accertare l'astratta configurabilità del reato ipotizzato (Sez. U, n. 4

del 25/03/1993, Gifuni, Rv. 193118), ha condotto ad una erosione in senso verticale ed orizzontale del contenuto della motivazione del relativo provvedimento dispositivo del vincolo cautelare; l'impegno argomentativo del giudice è comunemente inteso, per un verso, arretrato al di sotto del limite della verifica della fondatezza prognostica dell'ipotesi di reato prospettata, e, dall'altro, limitato alla tipicità del fatto materiale prospettato nella sua descrizione da parte del Pubblico Ministero, non essendo richiesta una ricostruzione in concreto delle modalità con cui la ipotizzata condotta criminosa si sia manifestata, cioè, una valutazione fattuale della ipotesi tipica enunciata.

Si tratta di una impostazione, tuttavia, in passato già precisata dalla Corte di cassazione che, evidentemente consapevole del rischio di svuotamento della funzione di garanzia insita nella motivazione, ha in più occasioni affermato la necessità di individuare il presupposto del sequestro preventivo nella concretezza degli indizi di reato, pur escludendo la tesi estrema che richiederebbe la presenza dei gravi indizi di colpevolezza (Sez. U, n. 23 del 20/11/1996, Bassi, Rv. 206657; cfr., inoltre, Sez. U, n. 920 del 17/12/2003, dep. 2004, Montella).

Le misure cautelari, civili e penali, hanno tutte una funzione strumentale, quella cioè di evitare fatti tali da pregiudicare l'efficacia del provvedimento definitivo; i provvedimenti cautelari sono cioè funzionali ad assicurare la fruttuosità pratica di un ulteriore provvedimento, quello finale e di merito.

Il sequestro preventivo, salvo rarissimi casi (art. 240, comma 2, n. 2 cod. pen.), è una misura di coercizione reale connessa e strumentale allo svolgimento del procedimento penale ed all'accertamento del reato per cui si procede, nel senso che è suo scopo quello di evitare che il trascorrere del tempo possa pregiudicare irrimediabilmente l'effettività della giurisdizione espressa con la sentenza di condanna (Sez. U., n. 12878 del 29/01/2003, De Luca).

Un reato, tuttavia, deve essere configurabile ed il giudice deve poter esercitare un controllo effettivo che, pur coordinato e proporzionale con lo stato del procedimento e con lo stato delle indagini, non sia meramente formale, apparente, appiattito alla mera prospettazione astratta, ipotetica ed esplorativa della esistenza di un reato da parte della Pubblica accusa.

Si giustifica, dunque, il senso dell'affermazione giurisprudenziale secondo cui ciò che deve essere verificato ai fini della sussistenza del requisito del *fumus commissi delicti* è la congruità degli elementi di fatto indicati dall'Accusa rispetto al fatto-reato ipotizzato; il Giudice non deve limitarsi a "prendere atto" della tesi accusatoria, senza svolgere alcuna altra attività, ma è tenuto ad assolvere un indispensabile ruolo di garanzia, tenendo nel debito conto le contestazioni difensive sull'esistenza della fattispecie dedotta ed esaminando sotto ogni aspetto l'integralità dei presupposti che legittimano il sequestro.

Il dovere d'accertare la sussistenza del *fumus commissi delicti*, pur ricondotto nel campo dell'astrattezza, va sempre riferito ad un'ipotesi ascrivibile alla "realtà effettuale" e non a quella "virtuale". (così, testualmente, Sez. U., Bassi, cit.; sul tema anche Corte cost. n. 48 del 1994).

Il *fumus* richiesto per l'adozione del sequestro preventivo è costituito dalla esistenza di indizi di reato, cioè dalla esistenza di elementi concreti che facciano apparire verosimile che un reato sia stato commesso.

Si comprende il principio per cui, con particolare riferimento al controllo effettuato in sede di riesame, nella valutazione del *fumus* non può ritenersi sufficiente la sola "astratta configurabilità del reato", ma il giudice deve apprezzare in modo puntuale e coerente le risultanze processuali e l'effettiva situazione emergente dagli elementi eventualmente forniti dalle parti, indicando, sia pure sommariamente, le ragioni che rendono allo stato seriamente sostenibile l'impostazione accusatoria (Sez. 6, n. 18183 del 23/11/2017, dep. 2018, Polifroni, Rv. 279927; Sez. 6, n. 49478 del 21/10/2015, Mecchione, Rv. 265433; Sez. 5, n. 49595 del 16/09/2014, Armento, Rv. 261677; Sez. 3, n. 37851 del 04/06/2014, Parrelli, Rv. 260945; Sez. 5, n. 28515 del 21/05/2014, Ciampani, Rv. 260921).

3. La verifica del requisito del *fumus commissi delicti* è funzionalmente connesso alla ineludibile necessità di un'interpretazione della norma che tenga anche conto del requisito della proporzionalità della misura adottata rispetto alla finalità perseguita, in un corretto bilanciamento dei diversi interessi coinvolti.

È diffuso nella giurisprudenza di legittimità l'affermazione per cui anche la funzione "cautelare" del sequestro, strumentale rispetto al successivo provvedimento di merito, non è sganciata dai principi di adeguatezza e proporzionalità (cfr., Sez. 4, n. 18603 del 21/03/2013, P.M. in proc. Camerini, Rv. 237327, che, in motivazione, ha chiarito come i principi di "adeguatezza", "proporzionalità" e "gradualità", previsti dall'art. 275 cod. proc. pen. come criteri di scelta delle misure cautelari personali, debbano essere applicati anche alle cautele reali. Ciò «al fine di evitare un'esasperata compressione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica privata»; nello stesso senso, fra le altre, Sez. 6, n. 10153 del 18/10/2012, (dep. 2013), Coli, Rv. 254526; Sez. 5, n. 8152 del 21/01/2010, Magnano, Rv. 246103; Sez. 6, n. 12515 del 27/01/2015, Picheca, Rv. 263616).

Il principio di proporzione, certamente ancorato alla disciplina delle cautele personali nel procedimento penale ed alla tutela dei diritti inviolabili, ha nel sistema una portata più ampia; esso travalica il perimetro della libertà individuale per divenire termine necessario di raffronto tra la compressione dei diritti quesiti e la giustificazione della loro limitazione.

In ambito sovranazionale, il principio in esame è ormai affermato tanto dalle fonti dell'Unione (cfr. par. 3 e 4 dell'art. 5 TUE, art. 49 par. 3 e art. 52 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali; sul punto, cfr., Sez. 3, n. 42178 del 29/09/2009, Spini, Rv. 245172), che dal sistema della CEDU.

In tal senso è condivisibile quanto affermato in dottrina, e cioè che il rango conferito dall'ordinamento interno alle fonti sovranazionali consente di affermare che, qualunque sia la natura secondo cui sono costruite – sostanziale o processuale – le tutele dei diritti, si deve tenere conto del cd. test di proporzionalità.

Il principio in esame è inoltre capace di fungere da guida per lo sviluppo futuro della materia, in diversi ambiti.

Si può affermare che, anche là dove non entri espressamente in gioco il tema dei diritti fondamentali, il principio di proporzionalità rappresenta un utile termine di paragone per lo sviluppo di soluzioni ermeneutiche e, ancor prima, di nuovi modelli di ragionamento giuridico. In tal senso, si sostiene acutamente, il principio di proporzionalità assolve ad una funzione strumentale per un'adeguata tutela dei diritti individuali in ambito processuale penale, ed ad una funzione finalistica, come parametro per verificare la giustizia della soluzione presa nel caso concreto.

È ragionevole ritenere, dunque, che anche il senso e la portata del nesso di strumentalità tra bene e condotta criminosa debba essere valutato e risolto attraverso il test di proporzionalità ed adeguatezza, al fine di saggiare, come detto, la correttezza della soluzione.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno recentemente chiarito che ogni misura cautelare, per dirsi proporzionata all'obiettivo da perseguire, dovrebbe richiedere che ogni interferenza con il pacifico godimento dei beni trovi un giusto equilibrio tra i divergenti interessi in gioco (Corte Edu 13 ottobre 2015, Unsped Paket Servisi SaN. Ve TIC. A. S. c. Bulgaria). Dunque, solo valorizzando l'onere motivazionale è possibile, come sottolineato dalla più attenta dottrina, tenere "sotto controllo" l'intervento penale quanto al rapporto con le libertà fondamentali ed i beni costituzionalmente protetti quali la proprietà e la libera iniziativa economica privata, riconosciuti dall'art. 42 Cost. e dall'art.1 del Primo protocollo addizionale alla Convenzione Edu, come interpretato dalla Corte Edu; in tale ottica, la motivazione in ordine alla strumentalità della res rispetto all'accertamento penale diventa, allora, requisito indispensabile affinché il decreto di sequestro, per sua vocazione inteso a comprimere il diritto della persona a disporre liberamente dei propri beni, si mantenga appunto nei limiti costituzionalmente e convenzionalmente prefissati e resti assoggettato al controllo di legalità (così testualmente Sez. U, n. 36072 del 19/04/2018, Botticelli, in motivazione).

Il giudice non solo deve motivare sulla impossibilità di conseguire il medesimo risultato ricorrendo ad altri e meno invasivi strumenti cautelari, ma deve modulare il sequestro – quando ciò sia possibile- in maniera tale da non compromettere la

funzionalità del bene sottoposto al vincolo reale, anche oltre le effettive necessità dettate dalla esigenza cautelare che si intende neutralizzare; il giudice cioè deve conformare il vincolo in modo tale da non arrecare un inutile sacrificio di diritti, il cui esercizio di fatto non pregiudicherebbe la finalità cautelare perseguita (sul tema, anche Corte Cost., n. 85 del 2013).

4. Il Tribunale del riesame non ha fatto corretta applicazione dei principi indicati.

Quanto alla posizione dell'indagata ^(omissis), tutta la ricostruzione accusatoria è fondata sui dati contenuti nelle due agende sequestrate, la cui portata indiziante, a fronte di centinaia di annotazioni in esse trasfuse e di specifiche deduzioni difensive, è stata affermata in via generalizzata sulla base delle dichiarazioni rese da ventisei persone informate sui fatti.

Si tratta di una valutazione obiettivamente sincopata, strutturalmente monca perché fondata su un meccanismo sostanzialmente presuntivo, per cui, posta l'assunzione del dato indiziario riveniente dalle 26 dichiarazioni assunte, si è attribuito a tale dato un incondizionato effetto estensivo, tale da giustificare una valutazione di attendibilità di tutte le annotazioni contenute in quei documenti.

Non è stato affatto spiegato perché tutte le annotazioni contenute in quelle agende sarebbero attendibili, perché non sarebbero condivisibili gli assunti difensivi secondo cui su quelle agende sarebbero state annotate visite relative a pazienti di altri medici, che pure in quello stesso studio svolgevano attività professionale, perché non sarebbe attendibile l'affermazione difensiva secondo cui su quelle agende sarebbero stati annotati nomi di informatori scientifici.

Sul punto il Tribunale ha ritenuto che le "asserzioni difensive" non fossero suffragate da elementi obiettivi di riscontro, se non attraverso le dichiarazioni rese dalle persone sentite in sede di investigazioni difensive" (così il Tribunale a pag. 4); un tale modo di argomentare rivela tuttavia una frattura tra l'ipotesi accusatoria contestata e le concrete risultanze investigative in quanto non permette di desumere, anche solo a livello cautelare reale, se ed in che limiti tutte le altre annotazioni, sulla cui base sono state formulate le ipotesi accusatorie, abbiano una effettiva portata indiziante.

Si tratta di un profilo che, da una parte, mina la ricostruzione del *fumus commissi delicti* in ordine ai fatti diversi da quelli su cui sono state assunte le dichiarazioni, e, dall'altra, produce un effetto tossico in ordine alla quantificazione del profitto e, soprattutto, alla conformità della misura cautelare adottata rispetto al principio di proporzionalità

Si sono formulate ipotesi accusatorie sulla base di un giudizio di globale attendibilità delle annotazioni contenute su quelle agende, che è stato fatto tuttavia derivare da un accertamento investigativo parziale - solo ventisei dichiarazioni - e senza tenere conto

dei rilievi difensivi; sulla base di tale presupposto si è disposto un sequestro preventivo finalizzato alla confisca di un profitto quantificato in modo instabile.

Ne deriva che già sotto tale profilo, l'ordinanza impugnata deve essere annullata con rinvio; il Tribunale, applicando i principi indicati, verificherà se ed in che misura sia configurabile il *fumus commissi delicti* dei reati contestati.

5. A conclusioni non diverse deve giungersi anche per quel che concerne la somma sequestrata sul conto corrente bancario cointestato con (omissis) ; terzo estraneo al reato.

5.1. Secondo un indirizzo giurisprudenziale di legittimità, in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca eseguito su conto corrente cointestato all'indagato e a soggetto estraneo al reato, la misura cautelare si estende all'intero importo in giacenza, senza che a tal fine rilevino presunzioni o vincoli posti dal codice civile (artt. 1289 e 1834), regolativi dei rapporti interni tra creditori e debitori solidali, ma è fatta salva la facoltà per il terzo di dimostrare l'esclusiva titolarità di tali somme e la conseguente illegittimità del vincolo (Sez. 6, n. 24432 del 18/04/2019, Placenti, Rv. 276278, in tema di confisca ai sensi dell'art. 240 bis cod. pen.).

Nell'ambito di detta impostazione, si aggiunge che, ai fini del sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente di cui all'art. 322-ter cod. pen. della somma di denaro depositata su un conto corrente bancario cointestato con un soggetto estraneo al reato, la misura preventiva reale si estende ai beni comunque nella disponibilità dell'indagato, senza che a tal fine possano rilevare presunzioni o vincoli posti dal codice civile (artt. 1289 e 1834 cod. civ.) per regolare i rapporti interni tra creditori e debitori solidali o i rapporti tra banca e depositante, ferma restando la possibilità nel prosieguo di procedere ad un effettivo accertamento dei beni di esclusiva proprietà di terzi estranei al reato. (Sez. 2, n. 36175 del 07/06/2017, Cismondi, Rv. 271136 in cui la Corte ha rigettato il ricorso del terzo interessato evidenziando, peraltro, che nel caso di specie l'indagato, in forza di una delega ad operare senza limitazioni, aveva la possibilità di disporre dell'intera provvista delle somme e dei valori depositati sul conto corrente cointestato).

5.2. Si tratta di principi solo in parte condivisibili.

Al di là dei riferimenti alle norme del codice civile, il tema attiene al se, in caso di sequestro di somme di denaro giacenti su un conto corrente cointestato all'indagato ed ad un soggetto "terzo", sia configurabile una presunzione generale, ancorché relativa, secondo cui tutte le somme giacenti sul conto dovrebbero considerarsi riferibili al soggetto indagato; la questione si pone, in particolare, nel caso di sequestro finalizzato alla confisca diretta del prezzo o del profitto del reato, cioè in relazione ad un "tipo" di confisca per il quale è invece necessario verificare il nesso di derivazione della "res" dal

reato e che il bene sia "appartenente" al soggetto indagato e non ad un terzo estraneo al reato per cui si procede.

Ciò che dunque deve essere accertato non è la materiale disponibilità da parte dell'indagato del denaro versato sul conto corrente cointestato, non essendo peraltro in discussione nemmeno la comunione di quel denaro successivamente al suo versamento sul conto, quanto, piuttosto, il fatto che il denaro sia causalmente "riferibile" - riconducibile - allo stesso indagato, provenga cioè da questi, perché solo ciò consente di affermare, in ragione della sua fungibilità, che quel bene sia profitto o prezzo del reato (Sez. U., n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264437).

L'analisi cioè deve essere "spostata" al momento precedente la costituzione della comunione sul denaro; diversamente, si ammetterebbe, in via generalizzata, il sequestro funzionale alla confisca diretta del prezzo o del profitto del reato di beni che possono essere appartenenti a soggetti diversi dall'indagato.

La comproprietà del denaro che si realizza successivamente al versamento di questo sul conto corrente cointestato con un soggetto "terzo estraneo", non rende cioè irrilevante l'accertamento della provenienza del denaro su quel conto.

Il sequestro totalitario finalizzato alla confisca "diretta" del denaro giacente sul conto corrente cointestato può essere disposto non sulla base di meccanismi presuntivi, ma a seguito di una verifica, anche solo a livello indiziario, che il conto sia alimentato solo da somme dell'indagato.

In mancanza di tale elemento, il sequestro può essere disposto solo sulla parte del denaro "riconducibile", proveniente dall'indagato; la riferibilità, in tutto o in parte, del denaro all'indagato deve essere oggetto di accertamento, seppure a livello indiziario, da parte del pubblico ministero che chiede il sequestro totalitario o parziale delle somme.

Dunque, non una inversione probatoria su base presuntiva, ma l'applicazione di principi generali per cui il sequestro diretto del prezzo o del profitto del reato è ammesso solo su beni "riferibili" all'indagato.

Tale impostazione si pone in senso simmetrico con quanto la Corte di cassazione ha già chiarito in tema di sequestro conservativo; si è infatti affermato che il sequestro conservativo, avendo la funzione di garantire l'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato a carico della persona dell'imputato, non può estendersi ai beni appartenenti al terzo estraneo al reato, salva la prova dell'intestazione fittizia (Sez. 2, n. 57829 del 14/11/2018, Vessella, Rv. 274460 in cui la Corte ha annullato la decisione del giudice territoriale che aveva confermato il sequestro conservativo in relazione a un immobile acquistato dall'imputato e dal coniuge in regime di comunione legale e alle somme depositate su un conto corrente bancario cointestato, disponendo, quanto a queste ultime, il rinvio al giudice del merito per la verifica della sostanziale esclusiva riferibilità all'imputato).

5.3. Nel caso di specie, a fronte di deduzioni difensive specifiche, volte a comprovare che quel conto corrente bancario fosse stato alimentato da denaro anche del ricorrente, il Tribunale non ha fornito adeguata spiegazione sul perché la documentazione bancaria prodotta da (omissis) non consentirebbe di escludere che le somme confluite su quel conto corrente siano riferibili allo stesso, essendosi limitato ad affermare che la "difesa non è stata in grado di provare la riconducibilità esclusiva del denaro al (omissis)".

6. L'ordinanza impugnata deve essere annullata con rinvio anche sotto tale profilo; il Tribunale, applicando i principi di diritto indicati, verificherà anche se ed in che misura sia ammissibile il sequestro delle somme giacenti sul conto corrente bancario cointestato.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Reggio Calabria.

Così deciso in Roma, il 4 marzo 2020.

Il Consigliere estensore

Pietro Silvestri

Il Presidente

Giorgio Fidelbo

