

# Misure cautelari personali, quando ricorrere in Cassazione per una diversa qualificazione giuridica del fatto

**Autore:** Di Tullio D'Elisiis Antonio

**In:** Giurisprudenza commentata

In tema di impugnazioni avverso misure cautelari personali, vi è carenza di interesse sia al riesame che al ricorso per cassazione quando, con essi, l'indagato tenda ad ottenere una diversa qualificazione giuridica del fatto dalla quale non consegue, per lui, alcuna concreta utilità.

(Ricorso rigettato)

(Orientamento confermato)

(Normativa di riferimento: C.p.p. art. 311)

## Il fatto

**Il Tribunale del Riesame di Catania, ex art. 309 cod. proc. pen., confermava l'ordinanza di custodia cautelare** emessa nei confronti di V. I. dal Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Catania in data 23/01/2018, in riferimento al delitto di cui all'art. 416 bis, cod. pen., per aver fatto parte del clan mafioso S., operativo sul territorio di A. e costituente articolazione del clan S. - E..

## I motivi adottati nel ricorso per Cassazione

Ricorreva per Cassazione l'indagato, per il tramite del suo difensore, adducendo i seguenti motivi: a) **vizio di motivazione, ex art. 606, lett. e), cod. proc. pen.** avendo il Tribunale del Riesame basato la propria decisione sulle dichiarazioni rese da cinque collaboratori di giustizia, tra cui particolarmente rilevanti erano state considerate quelle rese da Z. A., R. V. e D. M. G., contrastanti con gli elementi documentali forniti dalla difesa, ossia il contratto di locazione del ristorante la C., da cui risulta che il locale era stato locato alla società L. N. F. s.a.s., intestata a soggetto del tutto diverso dal ricorrente, su cui nessuna indagine è stata svolta, avendo il Tribunale del Riesame apoditticamente ritenuto trattarsi di intestazione fittizia, sulla scorta di intercettazioni neanche indicate in motivazione, essendo del tutto insufficiente la circostanza che il ristorante fosse frequentato da esponenti di sodalizi criminali per dimostrare che fosse

gestito dal ricorrente; la difesa, quindi, sottolineava come il contenuto della dichiarazione dello Z., peraltro de relato, sarebbe stata sconfessata dal contratto di locazione, oltre che inconciliabile con le dichiarazioni degli altri due collaboratori di giustizia P. e R., smentiti tutti dal L. il quale aveva escluso che il V. avesse un ristorante così come sarebbe stata parimenti contraddittoria la motivazione dell'ordinanza nella parte in cui si sarebbe tentato di dimostrare che il ricorrente gestisse in regime di monopolio il mercato degli apparecchi videopoker, alla luce delle indagini che avevano individuato altre ditte che gestivano gli stessi apparecchi, anch'esse ritenute dal provvedimento impugnato società prestanome, senza alcuna giustificazione plausibile, al di là della circostanza che nel corso di un servizio di osservazione della P.G. era stato notato R. S. che, in compagnia di V. C., figlio del ricorrente, si recava negli esercizi commerciali di A. per ritirare gli incassi delle slot machines, circostanza del tutto priva di significato, anche alla luce delle dichiarazioni del collaboratore di giustizia N. C. che, nelle sue provalazioni, non aveva fatto alcun riferimento al V.; b) **violazione di legge e vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 606, lett. b) ed e), cod. proc. pen.** in quanto, alla luce degli snodi rnotivazionali indicati in ricorso, il Tribunale del Riesame avrebbe dovuto qualificare la condotta del ricorrente ai sensi degli artt. 110, 416 bis, cod. pen., e ciò anche alla luce del contenuto delle dichiarazioni dei collaboratori R. e D. M., che avevano escluso che il ricorrente avesse percepito uno stipendio dal clan, mentre lo Z. ed il L. lo avevano definito semplicemente un soggetto "vicino" al clan S., con conseguente inconfigurabilità della partecipazione associativa, anche considerato che il V. non avrebbe neanche avuto un rapporto esclusivo con il clan S., essendosi appoggiato anche al clan S., con conseguente insussistenza, alla luce delle circostanze evidenziate, dell'affectio societatis.

Inoltre, in data 02/05/2018, venivano **depositati motivi aggiunti** nell'interesse del V. tesi ad approfondire e reiterare le argomentazioni contenute nel ricorso, ripercorrendosi il contenuto delle provalazioni dei collaboratori di giustizia, per sottolinearne la insufficienza e la contraddittorietà in chiave indiziante; si reitera, inoltre, la richiesta di qualificazione giuridica della condotta ai sensi degli artt. 110, 416 bis, cod. pen, alla luce delle argomentazioni contenute nel provvedimento impugnato.

## **Le valutazioni giuridiche formulate dalla Corte di Cassazione**

**Il ricorso veniva rigettato** alla stregua delle seguenti considerazioni.

**Quanto al primo motivo**, osservava il Collegio come l'ordinanza impugnata avesse espressamente considerato le singole argomentazioni difensive che, in sostanza, ricalcano quelle poste a fondamento del ricorso evincendosi ciò, alla pag. 3 dell'ordinanza, in cui il provvedimento impugnato aveva dato atto degli elementi, anche documentali, sulla scorta dei quali la difesa aveva ritenuto insussistente la gravità del quadro indiziario.

Tal che se ne faceva discendere come non potesse affatto ritenersi che il Tribunale del Riesame non si fosse confrontato con la tesi alternativa offerta dalla difesa, in relazione alle dichiarazioni dei collaboratori

ed alla complessiva valutazione del compendio indiziario proprio perché, al contrario, sempre secondo la Corte, l'ordinanza impugnata aveva valutato come convergenti ed attendibili le provalazioni dei collaboratori, altresì corroborati proprio dall'esito dell'attività captativa e dagli accertamenti di P.G. evidenziandosi in particolare le pagg. 11-13 dell'ordinanza impugnata in cui erano state riportate ed analizzate le singole dichiarazioni dei collaboratori, escludendosi la circolarità della prova in ragione del fatto che i dichiaranti appartenevano a cosche mafiose diverse, con distinte ed autonome fonti di conoscenza: lo Z. ed il R. risultavano componenti del clan S., il D. M. del clan S.; fonte del Z. risultava essere la M. G., mentre fonte del R. risultava essere il padre V. e, infine, il D. M. traeva le proprie notizie grazie ai rapporti con gli affiliati del clan S..

La Cassazione metteva dunque in risalto come, da detti elementi, il Tribunale del Riesame avesse, pertanto, tratto la sussistenza di un riscontro estrinseco reciproco tra i collaboratori.

Oltre a ciò, gli ermellini rilevavano come, a pag. 14 del provvedimento impugnato, fossero state esaminate anche le presunte contraddizioni dei collaboratori, in particolare il profilo della mancata percezione dello stipendio da parte del ricorrente, circostanza relativamente alla quale è stato affermato che non si trattasse di un elemento essenziale ai fini dell'affiliazione, posto che il V. percepiva gli introiti dall'attività di gestione degli apparecchi videopoker così come, da un lato, quanto alla intestazione del ristorante da parte di una società riconducibile a soggetto terzo, il Tribunale del Riesame aveva ritenuto detta circostanza, come comprovata dal contratto di locazione esibito dalla difesa, un dato meramente formale, al quale aveva contrapposto il contenuto del compendio intercettivo, con particolare riferimento alla conversazione n. 334 del 03/12/2014, dall'altro, quanto alla gestione del mercato dei videopoker nel territorio di A. da parte del ricorrente, il Tribunale del Riesame, al di là del dato formale, costituito anche in tal caso dalla presenza di altre società alle quali erano riconducibili gli apparecchi, aveva argomentato sulla scorta delle dichiarazioni del collaboratore di giustizia Z. - che aveva a sua volta riferito come il V. fosse subentrato nella gestione degli apparecchi, per conto del clan, ad un certo S., estromesso dal clan medesimo - confermate dal collaboratore N., detenuto insieme ad uno dei capi del clan S., N. C., dal quale il propalante aveva appreso del ruolo del S. nella gestione degli apparecchi, aggiungendo che in seguito, quando egli era uscito di prigione, aveva altresì appreso come il S. non si occupasse più dei videopoker, gestiti direttamente dal clan.

Si evidenziava per di più che, circa il ruolo del ricorrente, il provvedimento impugnato avesse valorizzato l'episodio accertato dalla P.G. in data 25/05/2017, allorquando era stato verificato che R. S., il quale si recava presso gli esercizi commerciali in A. per ritirare gli incassi degli apparecchi videopoker, era in compagnia del figlio del ricorrente, V. C..

Viceversa, in merito alla questione della intestazione della ditta attraverso la quale il ricorrente gestiva il mercato delle slot machines, il Tribunale del Riesame ricordava come lo Z. avesse riferito detta circostanza, chiarendo che si fosse trattata di una società che il ricorrente gestiva insieme ad A. S., benché non fosse agli stessi intestata; si osservava oltretutto come il provvedimento, al riguardo, avesse ricordato come il V. ed il figlio non erano riusciti ad ottenere la licenza di P.S. per svolgere attività di sale

giochi, a seguito di istanza nel 2013, per effetto della loro frequentazione con soggetti appartenenti a gruppi malavitosi, oltre che per le pendenze giudiziarie del V. I. per delitti in materia di stupefacenti, nonché per la sorveglianza speciale di P.S. a cui egli era sottoposto.

Da ultimo veniva posto in evidenza come non potesse stimarsi veritiera la circostanza che il provvedimento impugnato non avrebbe indicato le intercettazioni telefoniche utilizzate come riscontro alle provalazioni dei collaboratori di giustizia, in quanto, come risulta alla pag. 19 della motivazione, l'ordinanza impugnata conteneva uno specifico richiamo alle intercettazioni contenute alle pagg. 294-299 dell'ordinanza genetica, riferite al periodo compreso tra il 2014 ed il 2016, attraverso le quali era stata verificata l'assidua frequentazione del V. con i vertici del clan S., e da cui emergevano rapporti confidenziali, a riscontro di quanto affermato dai collaboratori di giustizia ed in aperto contrasto con la versione difensiva dell'indagato, che aveva affermato di conoscere solo di vista o, comunque, superficialmente, i suoi interlocutori.

Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, i giudici di Piazza Cavour giungevano a ritenere il primo motivo inammissibile in quanto tendente ad offrire una chiave di lettura alternativa del materiale indiziante, il che si stimava essere estraneo al panorama del giudizio di legittimità, nella misura in cui il provvedimento impugnato si fondava su di una motivazione logicamente e congruamente argomentata stante anche il fatto che, sempre ad opinione dei giudici di legittimità ordinaria, in molti snodi critici il ricorso, in più, non si sarebbe confrontato affatto con lo sviluppo concettuale del provvedimento.

Queste censure venivano ribadite anche in relazione ai motivi aggiunti, con particolare riferimento al punto n. 1.

**Quanto al secondo motivo**, le argomentazioni difensive venivano stimate prive di pregio in quanto si apprezzavano degli snodi motivazionali che sembrerebbero inquadrare la vicenda processuale in termini di concorso esterno, come ad esempio quello in cui si afferma che il V. "avesse instaurato con il clan S. un rapporto sinallagmatico, in base al quale il primo, avvalendosi della forza d'intimidazione del clan mafioso, si imponeva sul mercato in regime di monopolio, mentre il clan ne traeva rilevante profitto economico attraverso l'incasso della metà dei proventi, destinati a dare sostentamento ed a rafforzare economicamente l'associazione mafiosa (cfr. Cass., n. 24771/2015, secondo cui è colluso l'imprenditore in rapporto sinallagmatico con la cosca, con vantaggi per entrambi i contraenti." ma, nel far ciò, si stigmatizzava il ricorso proposto nel senso che in esso non sarebbe stato estrinsecato l'interesse ad ottenere una diversa qualificazione della condotta - quale concorso esterno ai sensi degli artt. 110, 416 bis, cod. pen., piuttosto che come partecipazione al delitto associativo -, non essendo stata rinvenuta alcuna indicazione circa l'effetto pratico, favorevole all'imputato, scaturente da detta qualificazione.

A fronte di ciò, la Suprema Corte evidenziava invece come costituisse ius receptum il principio secondo cui "In tema di impugnazioni avverso misure cautelari personali, vi è carenza di interesse sia al riesame che al ricorso per cassazione quando, con essi, l'indagato tenda ad ottenere una diversa qualificazione giuridica del fatto dalla quale non consegua, per lui, alcuna concreta utilità." (Sez. 5, sentenza n. 7468 del

28/11/2013, dep. 17/02/2014, omissis, Rv. 258984; Sez. 5, ordinanza n. 45940 del 09/11/2005, omissis, Rv. 233219) in guisa tale che difettava ogni utilità pratica allorquando il mutamento invocato non incide sulla possibilità di adottare o mantenere la misura e, in ogni caso, si deve tenere conto della circostanza che, comunque, il potere di riqualificazione giuridica riconosciuto al Giudice delle indagini preliminari ed al Tribunale del riesame non produce effetti oltre il procedimento incidentale in corso.

Si metteva in risalto, oltre a ciò, come questi principi appena illustrati trovassero a loro volta il loro fondamento nella pronuncia delle Sez. U, n. 16 del 19/06/1996, omissis, Rv. 205617, che aveva sancito, per un verso, come, in applicazione del principio di legalità, al giudice fosse consentito sempre - e quindi anche nell'udienza preliminare - attribuire la corretta qualificazione giuridica al fatto descritto nell'imputazione, senza che ciò incida sull'autonomo potere di iniziativa del pubblico ministero, che rileva esclusivamente sotto il diverso profilo dell'immutabilità della formulazione del fatto inteso come accadimento materiale, per altro verso, la predetta facoltà spettasse al tribunale in sede di riesame o di appello, anche avverso le misure cautelari adottate successivamente al rinvio a giudizio, dagli organi competenti a provvedere de libertate ai sensi degli artt. 279 cod. proc. pen. e 91 disp. att. cod. proc. pen., fermo restando che pure in tali ipotesi l'eventuale correzione del nomen iuris non può avere effetti oltre il procedimento incidentale.

Oltre a ciò, si faceva peraltro presente come detta riqualificazione non fosse stata dedotta innanzi al Tribunale del riesame, benché la difesa fosse stata nelle condizioni di operare in tal senso, sulla scorta del materiale indiziante a sua disposizione in quella sede e detta circostanza veniva fatta risalire dai motivi aggiunti in cui era stato affermato come la relativa deduzione non fosse stata sollevata con la richiesta di riesame.

Difatti, sempre secondo quanto rilevato dalla Cassazione in questa pronuncia, se è vero come non vi sia dubbio che un inequivocabile orientamento nomofilattico ritenga che la questione della qualificazione giuridica del fatto possa essere dedotta per la prima volta in sede di legittimità quando alla pronuncia eventualmente conseguente il ricorrente abbia un interesse concreto e determinato posto che la qualificazione giuridica del fatto rientra, senza dubbio, nel novero delle questioni sulle quali la Corte di cassazione può decidere, ex art. 609, comma 2, cod. proc. pen., anche se non siano state dedotte con i motivi di appello, a condizione, inoltre, che la sua soluzione non necessiti di nuovi accertamenti in punto di fatto, e che sia stato preventivamente instaurato il contraddittorio tra le parti sulla relativa questione di diritto (Sez. 2, sentenza n. 17235 del 17/01/2018, omissis, Rv. 272651; Sez. 4, sentenza n. 9133 del 12/12/2017, dep. 28/02/2018, omissis, Rv. 272263), è altrettanto vero però che detti principi devono essere armonizzati con l'altrettanto pacifico principio secondo il quale non possono essere dedotte con il ricorso per tassazione questioni sulle quali il giudice di appello abbia correttamente omesso di pronunciare, in quanto non devolute alla sua cognizione. (Sez. 5, sentenza n. 28514 del 23/04/2013, omissis, Rv. 255577) anche perché, come rilevato proprio in materia di misure cautelari, non è possibile dedurre per la prima volta, con il ricorso per cassazione, la questione relativa alla qualificazione giuridica del fatto, in precedenza non sottoposta alla cognizione del giudice dell'appello (Sez. 5, sentenza n. 48416 del 06/10/2014, omissis, Rv. 261029) dato che, in tal caso, non è in discussione il potere del giudice di

attribuire ai fatti la corretta qualificazione anche moto proprio, quanto il rispetto dei principi che governano il sistema delle impugnazione e, soprattutto, quello devolutivo, per cui la Corte di legittimità non può essere sollecitata, sostanzialmente in prima istanza, ad affrontare tale profilo, se prima lo stesso non sia stato sottoposto al giudice del merito.

Posto ciò, trattando il caso sottoposto al suo scrutinio giurisdizionale, la Cassazione rilevava come la questione non fosse stata dedotta innanzi al Tribunale del Riesame pur sussistendone le condizioni rilevandosi al contempo come una indiscriminata, e non ragionata applicazione del principio invocato dalla difesa, avrebbe finito, in concreto, per attribuire al Supremo Consesso l'anomala veste e gli eccentrici poteri del giudice di prima istanza.

## Conclusioni

La sentenza si palesa in buona parte condivisibile.

In questa decisione, difatti, è stato fatto un buon governo dei principi ermeneutici che la Cassazione ha elaborato, da un lato, per quel che riguarda il diritto dell'indagato/imputato di ottenere una diversa qualificazione giuridica del fatto in materia de libertate, dall'altro, per quel concerne i limiti entro cui poter chiedere questa diversa qualificazione.

Si osserva però che, per quanto attiene al primo profilo, se è condivisibile l'affermazione giuridica ivi enunciata secondo la quale, in tema di impugnazioni avverso misure cautelari personali, vi è carenza di interesse sia al riesame che al ricorso per cassazione quando, con essi, l'indagato tenda ad ottenere una diversa qualificazione giuridica del fatto dalla quale non consegua, per lui, alcuna concreta utilità, in quanto oggetto di un orientamento nomofilattico consolidato, resta il dubbio che deve essere per forza di cose lo stesso indagato ad avere l'onere di dovere indicare quale sarebbe questa concreta utilità.

Nel silenzio della legge sul punto, e anche della stessa giurisprudenza citata in tale decisione, nulla escluderebbe difatti che possa essere lo stesso giudice a poter rilevare codesta utilità.

Nel caso di specie, l'utilità di ottenere una diversa qualificazione del fatto da intraneo a concorrente esterno ad un'associazione mafiosa discenderebbe dalla sentenza n. 48 del 2015 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, del codice di procedura penale, nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416-bis cod. pen., è applicata custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, rispetto al concorrente esterno nel suddetto delitto, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

E' evidente, invero, che, per effetto di questa pronuncia, il giudice delle leggi ha diversamente considerato il concorrente esterno, dall'intraneo ad un sodalizio criminoso di matrice mafiosa, proprio in relazione ad uno dei momenti procedurali più salienti nella fase cautelare, ossia quando si deve decidere quale misura cautelare applicare, e precisamente, nel caso di specie, quella custodiale in carcere.

L'utilità, quindi, di chiedere che l'indagato risponda solo a titolo di concorso esterno è dunque qui evidente, e soprattutto ormai prevista ex lege, e quindi dovrebbe essere rilevabile anche ex officio in quanto, come appena visto, se, per il concorrente esterno, la scelta della misura della custodia cautelare in carcere viene meno ove siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure, invece, per coloro che fanno parte di un'associazione a delinquere di tipo mafioso, si fa esclusivo riferimento al sol fatto che non siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari.

Il problema, ad ogni modo, persisterebbe nella fattispecie in esame poichè detta riqualificazione è stata chiesta solo in sede di legittimità, e non nella fase del riesame, è quindi non poteva essere più dedotta.

Va a questo riguardo rilevato che, se per la fase di merito, perlomeno in talune decisioni, è stato postulato che nel "giudizio di cassazione è consentita la riqualificazione giuridica del fatto anche nel caso in cui la questione non sia stata oggetto di discussione in fase di merito o prospettata in ricorso, se la parte sia espressamente posta in condizione di interloquire sulle diverse possibili definizioni giuridiche del fatto" (Cass. pen., sez. VI, 20/06/2017, n. 41767), invece, per quella cautelare, come anche rilevato nella pronuncia in commento, è stato asserito che, in "tema di misure cautelari, non può essere dedotta per la prima volta con il ricorso per cassazione la questione relativa alla qualificazione giuridica del fatto, in precedenza non sottoposta alla cognizione del giudice dell'appello" (Cass. pen., sez. V, 6/10/2014, n. 48416).

Non poteva dunque affrontarsi questa problematica per la prima volta in sede di legittimità, e ciò per le ragioni appena rilevate.

Si ribadisce pertanto quanto già esposto prima, ossia come questa decisione sia in larga parte condivisibile.

<https://www.diritto.it/misure-cautelari-personali-ricorrere-cassazione-diversa-qualificazione-giuridica-del/>