

Penale Sent. Sez. 2 Num. 50758 Anno 2019

Presidente: CAMMINO MATILDE

Relatore: DI PISA FABIO

Data Udiienza: 21/11/2019

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

██████████ nato a ██████████ il ██████████

avverso l'ordinanza del 30/07/2019 del TRIB. LIBERTA' di MILANO

udita la relazione svolta dal Consigliere FABIO DI PISA;

sentite le conclusioni del PG STEFANO TOCCI il quale ha concluso per l'annullamento con rinvio dell'ordinanza impugnata;

udito l'Avvocato LORENZI ALBERTO, in difesa di ██████████, il quale ha concluso riportandosi ai motivi del ricorso e chiedendone l'accoglimento

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza resa in data 30 Luglio 2019 il Tribunale di Milano, quale giudice del riesame, confermava il provvedimento in data 2 Luglio 2019 con cui il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano aveva applicato a ██████████ la misura cautelare della custodia in carcere in relazione al reato di associazione a delinquere aggravata.

Premesso che con provvedimento in data 27/07/2019 il Presidente del tribunale del riesame aveva disatteso la richiesta dell' indagato di presenziare all' udienza in quanto non formulata al momento delle proposizione del ricorso, con l' ordinanza impugnata il tribunale rigettava la eccezione di incompetenza territoriale del Tribunale di Milano, prospettata in ragione della sussistenza di ragioni di connessione tra i due capi di incolpazione ascritti al ██████████ in seno all' ordinanza emessa dal G.I.P. relativi al delitto associativo, il primo, ed alle

ipotesi di riciclaggio, il secondo, sul presupposto che già il primo giudice, nell'ordinanza genetica, aveva escluso la configurazione giuridica del reato di riciclaggio a carico di tutti gli indagati sicché il reato più grave era rimasto l'associazione a delinquere finalizzata alla emissione di fatture false per operazioni inesistenti che aveva avuto quali partecipanti al programma criminale soggetti riconducibili alla società ██████████ con sede in Magenta (Milano) e disattendeva le specifiche censure del ricorrente relative alla mancanza di esigenze cautelari afferenti il pericolo di fuga nonché quelle relative al difetto di esigenze cautelari sotto il profilo del pericolo di reiterazione dei reati.

2. Avverso l'ordinanza suddetta l'indagato ha proposto ricorso per cassazione, per il tramite del difensore di fiducia, affidato a tre motivi.

2.1. Con il primo denuncia violazione di legge con riferimento all'art. 309 commi 6 e 8 *bis* cod. proc. pen.

Rileva che in data 27 Luglio 2019 (quindi immediatamente dopo la notifica del decreto di fissazione della data dell'udienza intervenuta il giorno precedente), l'indagato aveva manifestato l'intenzione di partecipare all'udienza fissata ai sensi dell'art. 309 cod. proc. pen. al fine di rilasciare oralmente dichiarazioni; con provvedimento del 27.07.2019, il Presidente del Tribunale del riesame non aveva disposto la traduzione, considerando la richiesta tardiva.

Deduce che, in tal modo, i giudici del riesame avevano illegittimamente determinato la decadenza del diritto fondamentale dell'imputato di partecipare all'udienza in violazione dell'art. 178 c.p.p., lett. c), con conseguente nullità dell'udienza camerale, tempestivamente eccepita dalla difesa; detto effetto invalidante si era, *a fortiori*, prodotto nel caso in esame in cui la richiesta di traduzione era stata inoltrata ben tre giorni prima della data dell'udienza, senza, quindi, compromettere la tipica celerità del procedimento dinanzi al Tribunale del riesame; d'altra parte, il citato art. 309 c.p.p., comma 6, come si evince dal suo tenore letterale, a dire del ricorrente, non vincola, a pena di inammissibilità, l'esercizio della facoltà attribuita all'indagato di comparire personalmente all'osservanza delle modalità, anche temporali, previste, ed in tal senso richiama i principi fissati da Cass. Sez. VI n. 21779/2019.

Evidenzia che una interpretazione della norma nel senso di non prevedere rigidi limiti temporali e consentire la proposizione dell'istanza anche successivamente alla presentazione dell'istanza di riesame appare coerente con l'art. 6 comma 3 lett. c), d) ed e) CEDU che sancisce il diritto dell'imputato di difendersi personalmente, con l'art. 14 comma 3) lett. d) e) ed f) del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottata a New York il 16 Dicembre 1966, reso esecutivo in Italia con L. 25 ottobre 1977 n. 881 riguardante il diritto di ogni individuo accusato di un reato di essere presente al processo e di difendersi personalmente mediante un difensore da lui scelto nonché conforme al dettato di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost.

In via subordinata ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma in questione in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost. nella parte in cui non prevede che qualora il detenuto abbia tempestivamente chiesto di partecipare all'udienza di riesame debba esserne



il detenuto abbia tempestivamente chiesto di partecipare all' udienza di riesame debba esserne disposta la traduzione indipendentemente dalla circostanza che apposita istanza sia stata formulata con la richiesta di riesame.

2.2. Con il secondo motivo denuncia violazione di legge nonché carenza ed illogicità della motivazione in relazione al rigetto dell' eccezione di incompetenza per territorio del G.I.P. di Milano per ragioni di connessione fra i capi di incolpazione ascritti al [REDACTED]

Osserva che i giudici del riesame, nel disattendere detta eccezione, avevano evidenziato che il riferimento al reato più grave di riciclaggio era privo di rilievo in quanto la configurazione giuridica di tale reato era stata esclusa dal G.I.P. che aveva emesso il titolo custodiale unicamente per il reato di associazione a delinquere finalizzata all' emissione di fatture false per operazioni inesistenti e che dal momento che i soggetti partecipanti alla associazione facevano capo alla società [REDACTED] s.r.l., la quale beneficiava del flusso anomalo di fatturazioni fittizie, società avente sede legale a Magenta, comune del circondario del Tribunale di Milano, ne discendeva la competenza territoriale del G.I.P. di tale ufficio.

Rileva che il tribunale non aveva tenuto conto che ai fini in questione occorre fare riferimento a tutti i reati connessi per i quali si procedeva, a prescindere dal coinvolgimento nella emissione della misura cautelare (richiama in tale senso Cass. n. 46213/2013), rimanendo irrilevante il fatto che il delitto di riciclaggio era stato escluso dal G.I.P. cui era stata formulata la richiesta di misura cautelare anche per tale reato, configurandosi altrimenti una violazione dell' art. 25 Cost.

Evidenzia che poiché nel capo di incolpazione provvisoria si faceva riferimento a svariati bonifici effettuati a società estere da una pluralità di società italiane si sarebbe dovuto individuare il giudice competente per territorio alla applicazione della misura cautelare in quello del luogo in cui era avvenuta la prima retrocessione del denaro mediante l' operazione di "spallonaggio" e, quindi, ex art. 8 comma 1 cod. proc. pen., in quel luogo in cui sarebbe stato consumato il primo episodio di riciclaggio, precisando che il capo di incolpazione provvisoria sub. B) indicava una serie di società beneficiarie del servizio asseritamente offerto dal supposto sodalizio e che senza indicare il luogo in cui era stato commesso il primo episodio di riciclaggio i fatti erano stati indicati come commessi in Magenta "dal 2015 ad oggi".

Assume che, peraltro, nel corso delle spontanee dichiarazioni rese dal sig. [REDACTED] [REDACTED] in data 28/07/2017 la prima consegna di denaro, secondo le modalità contestate, risultava intervenuta a Mestre sicché in tale luogo andava radicata la competenza e che a ritenere che non risultava accertato il luogo in cui si sarebbe consumato il primo episodio si doveva ricorrere al criterio suppletivo di cui all' art. 9 comma 1 del codice di rito individuandosi quale luogo in cui era stata compiuta una parte dell' azione la località di Tarvisio (Udine) quale luogo in cui aveva fatto rientro [REDACTED] a seguito della consegna di denaro da parte del [REDACTED], per come emergeva dall' ordinanza genetica.

Evidenza che, peraltro, come era desumibile da capo di incolpazione erano numerose le società coinvolte nella vicenda *de qua* sicché non era dato comprendere per quale ragione si era tenuto conto solamente della società [REDACTED] s.r.l.

2.3. Con il terzo motivo denuncia violazione di legge e vizio di motivazione con riferimento alle ritenute esigenze cautelari.

Lamenta che il tribunale aveva ritenuto sussistente il pericolo di fuga non tenendo conto della circostanza che l' indagato era soggetto che risiedeva all' estero già dal 2014 e non motivando adeguatamente in ordine all' effettivo e concreto pericolo di allontanamento, tale da giustificare il tempestivo intervento cautelare.

Evidenza come erroneamente erano stati valorizzati i fatti riferiti dal coindagato [REDACTED] circa la disponibilità da parte del ricorrente di ingenti somme di denaro nonché di svariate residenze all' estero, dichiarazioni che non potevano essere ritenute decisive in quanto prive di adeguati riscontri, fermo restando che, secondo la giurisprudenza di legittimità, non potevano rilevare ai detti fini le disponibilità di alloggi o conti correnti all' estero da parte dell' indagato.

Osserva che del tutto apodittica ed assertiva era la motivazione in punto di rischio di recidivanza in fini dell' applicazione della misura carceraria non avendo, in particolare, i giudici di merito tenuto conto della risalenza nel tempo dei precedenti, commessi ben vent' anni prima, e che del tutto immotivata e priva di elementi a conforto era l' affermazione secondo cui il [REDACTED] era totalmente "inaffidabile" nell' ottica della concessione di una misura custodiale meno afflittiva.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso può trovare accoglimento per le ragioni appresso specificate.

2. Il primo motivo è privo di fondamento.

2.1. Osserva il collegio che il provvedimento con cui il tribunale del riesame non ha disposto la traduzione del ricorrente, pur in presenza di espressa ma tardiva richiesta in tal senso, appare pienamente conforme alla disciplina dettata dall' art. 309 c.p.p., commi 6 e 8 *bis*, sicché la mancata traduzione del [REDACTED] non ha determinato l' eccezionale nullità assoluta ed insanabile dell' udienza e del provvedimento conclusivo, ai sensi degli artt. 178 e 179 c.p.p.

Secondo l' orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità, che questo Collegio condivide ed intende ribadire anche in questa sede, le disposizioni dell' art. 309 c.p.p., commi 6 e 8 *bis*, interpretate sulla scorta del loro chiaro ed univoco significato letterale, prevedono che la richiesta del soggetto indagato detenuto di partecipare all' udienza camerale debba essere formulata, personalmente o a mezzo del difensore, unitamente alla richiesta di riesame, con conseguente inammissibilità delle istanze presentate successivamente, da ritenersi intempestive.



Non sono, invero, pacificamente più applicabili le disposizioni di cui all'art. 127 c.p.p., comma 3, e art. 101 disp. att. c.p.p., che prevedono il diritto dell'interessato detenuto o internato fuori dal circondario ad essere sentito dal magistrato di sorveglianza (Cass. Sez. 1, n. 49882 del 06/10/2015, Pernagallo, Rv. 2655460, Sez. 4 n. 12998 del 23/02/2016, Rv 266296 e Sez. 2, n. 13707 del 11/03/2016, Ciarfaglia, Rv. 266519).

2.2. Questo collegio non ignora il diverso orientamento secondo cui, in tema di riesame avverso provvedimenti impositivi di misure cautelari personali, il diritto della persona sottoposta a restrizione della libertà a partecipare all'udienza non è sottoposto a limitazioni o decadenze, purché la relativa richiesta sia esercitata in tempo utile per consentire di organizzare la tempestiva traduzione, ai fini del regolare svolgimento del procedimento di cui all'art. 309 cod. proc. pen. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio l'ordinanza del tribunale del riesame che aveva rigettato la richiesta dell'indagato di partecipare all'udienza ritenendola tardiva perché non formulata con il ricorso "*de libertate*", ma contestualmente alla notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza stessa). (Sez. 6, n. 21779 del 22/03/2019 - dep. 17/05/2019, SPINA MICHELE, Rv. 27567401), ritenendo, tuttavia, di dovere privilegiare l'interpretazione che valorizza la lettera della norma che prevede che l'istanza di partecipazione debba essere presentata unitamente alla richiesta di riesame, con conseguente inammissibilità delle istanze presentate successivamente, da ritenersi intempestive.

2.3. D'altra parte, se, come sostenuto dal ricorrente, la volontà dell'imputato detenuto di comparire personalmente non fosse sottoposta a decadenze e, dunque, potesse essere manifestata anche oltre il termine indicato dall'art. 309 c.p.p., comma 6, alla sola condizione che la traduzione non costituisca un concreto pregiudizio per celerità del procedimento di riesame, l'effettiva tutela di un diritto fondamentale, come la partecipazione all'udienza, finirebbe per essere affidato in via esclusiva alla capacità di organizzare in modo tempestivo la traduzione, ovvero ad una competenza amministrativa disomogenea nel territorio nazionale, e prevedibile fonte di diseguaglianze; al contrario, la previsione generale contenuta nell'art. 309 c.p.p., commi 6 e 8 bis, secondo cui la richiesta di partecipazione deve essere avanzata unitamente alla richiesta di riesame, garantisce una tutela omogenea del diritto fondamentale in questione realizzando un equilibrato bilanciamento tra la tutela del diritto alla partecipazione e quello alla celerità del procedimento incidentale di revisione dell'ordinanza cautelare coerente con le indicazioni costituzionali e convenzionali che richiedono anche la tutela del diritto di eguaglianza (Sez. 2, n. 12854 del 15/01/2018, Mirenda, Rv. 272467, Sez. 6 n. 54048 del 2/10/2017, Rv. 271574 e da ultimo, Sez. 6, 22 febbraio 2019 n. 8048, non massimata).

Per altro verso va osservato che la necessità che l'indagato formuli la suddetta istanza tempestivamente unitamente alla richiesta di riesame appare una necessaria conseguenza della rigida tempistica che caratterizza il giudizio cautelare, pena l'inefficacia della misura.

2.4. Deve, del resto, ritenersi che l'art. 309 c.p.p., commi 6 ed 8 bis, laddove prescrive che la richiesta di partecipazione sia avanzata unitamente alla richiesta di riesame, tutela in modo adeguato ed omogeneo il diritto fondamentale in questione il quale costituisce



declinazione del più generale diritto al contraddittorio nella dimensione dell'oralità che trova la sua matrice sia nell'art. 111 della Carta costituzionale, che nell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti umani, la cui tutela nella cognizione cautelare è stata riconosciuta espressamente dalla Corte costituzionale (ordinanza n. 45 del 1991), ed assicura, al contempo, un equilibrato bilanciamento tra la tutela del diritto alla partecipazione e quello alla celerità del procedimento incidentale di riesame dell'ordinanza cautelare, apparendo, come detto, coerente con le indicazioni costituzionali e convenzionali che richiedono anche la tutela del diritto di eguaglianza.

2.5. Il collegio ritiene, invero, che tale bilanciamento legislativo dei diritti fondamentali coinvolti nell'incidente cautelare risulta coerente con le indicazioni costituzionali e sovranazionali che richiedono la tutela del diritto al contraddittorio, non potendosi in alcun modo ritenere lesivo dei diritti e delle prerogative dell' indagato che il legislatore abbia "imposto" al destinatario di una misura cautelare di valutare la sua esigenza di partecipare all' udienza camerale al momento di presentazione della istanza di riesame - allorché ha avuto già modo di conoscere appieno la vicenda cautelare che lo riguarda - ponendo limitazioni e decadenze proprio in ragione di quelle esigenze di celerità e speditezza che - come è dato evincere dal tenore della medesima norma - contraddistinguono la fase cautelare, pena l' inefficacia della misura.

Né può ritenersi che una simile interpretazione possa essere in qualche modo lesiva del principio di uguaglianza, del diritto di difesa nonché del diritto al contraddittorio costituzionalmente garantiti, apparendo la questione di legittimità costituzionale formulata manifestamente infondata in quanto il bilanciamento anzidetto è rispettoso di tutti i principi invocati, asseritamente lesi in ragione di quanto sopra chiarito.

2.6. Nel caso di specie, quindi, avendo l' indagato, senza alcun giustificato motivo legato a fatti sopravvenuti, avanzato richiesta di partecipazione all' udienza del riesame dopo la fissazione dell'udienza camerale e non contestualmente alla richiesta di riesame, l'udienza camerale si è svolta legittimamente in assenza dell'indagato, con conseguente infondatezza del primo motivo di impugnazione.

3. Il secondo motivo del ricorso è fondato.

3.1. Va, invero, osservato che come correttamente lamentato dal ricorrente le argomentazioni del tribunale - che ha rigettato la eccezione di incompetenza territoriale del Tribunale di Milano, prospettata in ragione della sussistenza di ragioni di connessione tra i due capi di incolpazione ascritti al ██████ in seno all' ordinanza emessa dal G.I.P. relativi al delitto associativo, il primo, ed alle ipotesi di riciclaggio, il secondo, sul presupposto che già il primo giudice nell' ordinanza genetica aveva escluso la configurazione giuridica del reato di riciclaggio a carico di tutti gli indagati sicché il reato più grave era rimasto l' associazione a delinquere finalizzata alla emissione di fatture false per operazioni inesistenti (che aveva avuto quali



partecipanti al programma criminale soggetti riconducibili alla società ██████████ con sede in Magenta, Milano) – devono ritenersi erronee.

3.2. Occorre in questa sede dare continuità al condivisibile orientamento secondo cui la competenza territoriale del giudice titolare del potere di decisione sulle richieste di misure cautelari si determina avendo riguardo a tutti i reati connessi per i quali si proceda, siano o meno gli stessi coinvolti dalla richiesta di misura (Sez. 1, n. 7511 del 25/01/2011 - dep. 25/02/2011, Confl. comp. in proc. Mazzeo e altri, Rv. 24942701).

Ed, invero, non vi sono addentellati normativi per enucleare la supposta competenza cautelare - da apprezzarsi in funzione esclusiva dei reati oggetto dell'incidente *de libertate* - distinta da quella risultante alla stregua della applicazione delle disposizioni del codice di rito in relazione ai reati oggetto delle indagini preliminari.

Tale interpretazione prospettata è, del resto, conforme al principio costituzionale di cui all'art. 25 Cost., del giudice naturale precostituito per legge: "Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge" ; ciò implica che il giudice competente a celebrare il processo deve essere preventivamente individuato secondo criteri generali ed astratti e non fissati in vista di singole controversie (Corte cost., sent. n. 207 del 1987).

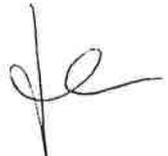
Questo e non altro può significare il termine "precostituito"; più precisamente il giudice deve essere individuabile prima che si verifichi il fatto storico che generi il processo.

In effetti con il precetto costituzionale dell'art. 25 si è voluto garantire che la individuazione della competenza degli organi giudiziari, al fine di una rigorosa garanzia della loro imparzialità, venisse sottratta ad ogni possibile arbitrio (Sez. U, n. 13687 del 28/01/2003, Berlusconi, Rv. 223636); la determinazione della competenza deve, quindi, avvenire in base a norme caratterizzate da un sufficiente grado di determinatezza, di rigorosa interpretazione e sottratte nella misura massima possibile a valutazioni di discrezionalità.

Una interpretazione delle norme in tema di competenza territoriale nel senso del rilievo del solo reato in relazione al quale è stata riconosciuta la gravità indiziaria ed emessa la misura cautelare finisce con il tradire il principio costituzionale del giudice naturale precostituito introducendo un requisito non previsto dal legislatore, non ricavabile dal tessuto normativo e tale da creare incertezza sulla sua applicazione.

Proprio la previsione della competenza per connessione come criterio originario di attribuzione della competenza, la esclusione di requisiti "ulteriori" al fine dichiarato di escludere ogni discrezionalità nella determinazione del giudice competente, la eliminazione di ogni valutazione di opportunità nella individuazione del giudice competente e la previsione di norme sufficientemente determinate rendono l'istituto compatibile con i principi costituzionali, in quanto del tutto idoneo a garantire *ab origine* la individuazione di un giudice imparziale.

Ora se è vero che i criteri di attribuzione della competenza riguardano sia la fase delle indagini che quella del giudizio, è pure vero che la competenza diviene definitiva soltanto con la fase del giudizio (vedi sul punto Sez. 5, n. 45418 del 29/09/2004, Iussu, Rv. 230413): da ciò consegue che solamente se prima della chiusura delle indagini preliminari sopravvenga una



pronuncia di archiviazione relativamente ad alcuno dei fatti tra loro connessi, non può invocarsi il principio della *perpetua iurisdictionis* per sostenere, anche con riguardo agli altri fatti, il permanere della competenza del giudice inizialmente individuato sulla base della connessione (Sez. 5, n. 736 del 12/02/1999, Rubino, Rv. 212879; Sez. 1, n. 6442 del 17/11/1997, Caligini, Rv. 208946; Sez. 1, n. 3308 del 12/05/1997, Olivieri, Rv. 207757) e alle stesse conclusioni si deve pervenire nella ipotesi in cui il procedimento per il reato più grave, che esercita la vis attrattiva, sia stato definito con sentenza passata in cosa giudicata (vedi Sez. 1, n. 4125 del 12/06/1997, Di Biase, Rv. 208399) proprio perché in siffatta situazione non vi sono, né vi possono essere, più procedimenti connessi pendenti.

Al di fuori di tali ipotesi, però, proprio perché la competenza per connessione è criterio originario di attribuzione della competenza, una volta stabilita detta competenza sono indifferenti le vicende ulteriori quali quelle relative alla esclusione della configurabilità di un reato connesso sotto il profilo della gravità indiziaria.

3.3. In applicazione dei principi suesposti deve ritenersi, quindi, fondato il secondo motivo di ricorso con conseguente annullamento dell'ordinanza sul punto relativo al rigetto della eccezione di incompetenza territoriale, dovendosi procedere a nuova valutazione della fondatezza della eccezione di incompetenza territoriale formulata dall'indagato tenuto conto dei principi sopra enucleati.

4. Il terzo motivo del ricorso, operata una valutazione allo stato degli atti, è da ritenere infondato.

4.1. Osserva il collegio che nell'ordinanza impugnata, con motivazione che non appare né carente né illogica né contraddittoria, sono state individuate le concrete ed attuali esigenze cautelari sia in relazione al rischio di fuga che con riferimento al pericolo di recidivanza nonché specificate adeguatamente le ragioni per le quali non era possibile adottare una misura meno afflittiva, in ragione della "inaffidabilità" del [REDACTED] acclarata sulla scorta degli elementi richiamati (v. ff. 7-9).

A fronte di una motivazione congrua e priva di aporie, l'indagato nel ricorso che in questa sede ci occupa si è sostanzialmente limitato a manifestare un' "opinione" opposta a quella del Tribunale senza addurre elementi che non siano stati esaminati e compiutamente valutati dai giudici del merito nell'ambito dei poteri che agli stessi competono.

5. Sulla scorta delle considerazioni che precedono va, dunque, annullata l'ordinanza impugnata limitatamente all'eccezione di incompetenza con rinvio per nuovo esame, con integrale trasmissione degli atti, al Tribunale di Milano (sezione per il riesame delle misure coercitive).

Il ricorso va, nel resto, rigettato.

5.1. Poiché dalla presente decisione non consegue la rimessione in libertà del ricorrente, deve disporsi - ai sensi dell'articolo 94, comma 1 ter, delle disposizioni di attuazione del codice



di procedura penale - che copia della stessa sia trasmessa al direttore dell'istituto penitenziario in cui l'indagato trovasi ristretto perché provveda a quanto stabilito dal comma 1 *bis* del citato articolo 94.

P.Q.M.

annulla l'ordinanza impugnata limitatamente all'eccezione di incompetenza e rinvia per nuovo esame, con integrale trasmissione degli atti, al Tribunale di Milano (sezione per il riesame delle misure coercitive). Rigetta il ricorso nel resto.

Manda alla cancelleria per gli adempimenti di cui all'art.94 co.1-ter disp. att. cod. proc. pen.

Così deciso in Roma, il 21 Novembre 2019

— II consigliere estensore

II presidente

