

Penale Sent. Sez. 5 Num. 31548 Anno 2021

Presidente: CATENA ROSSELLA

Relatore: MOROSINI ELISABETTA MARIA

Data Udiienza: 24/06/2021

SENTENZA

sul ricorso proposto da
BISANTIS GIUSEPPE nato a SALERNO il 02/10/1967

avverso l'ordinanza del 04/03/2021 del TRIBUNALE di CATANZARO

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
sentita la relazione svolta dal Consigliere Elisabetta Maria Morosini;
lette le conclusioni del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore
generale Giuseppe Locatelli, che ha chiesto l'annullamento con rinvio del
provvedimento impugnato.

RITENUTO IN FATTO

1. Con l'ordinanza impugnata il Tribunale del riesame di Catanzaro, adito ai sensi dell'art. 309 cod. proc. pen., ha confermato la misura cautelare degli arresti domiciliari applicata nei confronti dell'avvocato Giuseppe Bisantis per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa, in relazione alla cosca dei Forastefano insediata nel territorio di Cassano allo Jonio e nella zona della Sibaride (capo 31 della incolpazione provvisoria).

2. Avverso il provvedimento ricorre l'indagato, tramite il difensore, proponendo un unico motivo con il quale denuncia vizio di motivazione circa la ritenuta sussistenza di gravi indizi di colpevolezza.

Sostiene il ricorrente di essersi limitato, in qualità di avvocato del foro di Salerno, a prestare la propria opera professionale a favore di Talarico Luca in forza di regolare mandato.

Il Tribunale avrebbe omissis qualunque riferimento alla "*volontaria e consapevole intenzione di partecipare ed eseguire il progetto criminale*", che, invece, deve connotare la condotta di cui all'art. 110-416-bis cod. pen.

Il Tribunale riconosce l'irrelevanza dell'incontro del 16 dicembre 2018, mentre incentra la prova della condotta concorsuale su quanto accaduto durante l'incontro del 28 dicembre 2018; tuttavia, anche in questo secondo caso, il ricorrente è a colloquio con il proprio cliente, Luca Talarico, mentre non è provato né che abbia percepito una somma di denaro in contanti a titolo di compenso, né che l'incontro sia avvenuto presso l'azienda di autotrasporti di Forastefano Pasquale.

Nessuna consapevolezza di partecipare a una consorceria criminale può essere riferita a un professionista che ascolta il racconto di un episodio delittuoso avvenuto dieci anni prima, fatto da soggetti estranei ai fatti.

Non corrisponde al vero l'affermazione contenuta nell'ordinanza secondo cui l'avv. Bisantis fosse solito recarsi in Calabria "per incontrare Talarico e i suoi complici"; in realtà Bisantis cercava di conciliare la presenza presso il Tribunale di Castrovillari con gli incontri con i propri clienti, tra cui Talarico.

La motivazione sarebbe contraddittoria laddove, da un lato, riconosce la legittimità dell'attività professionale svolta nell'interesse di Talarico e, dall'altro lato, riconduce al ricorrente una presunta consapevolezza di agire in nome e per conto della consorceria mafiosa.

L'opera professionale del difensore gode di copertura costituzionale e sono inutilizzabili le intercettazioni tra costui e il proprio assistito.

3. Il 7 giugno 2021 i difensori del ricorrente hanno trasmesso, tramite posta elettronica certificata, richiesta di discussione orale, che il Presidente di sezione titolare ha respinto, rilevandone la tardività.

Dunque il processo segue il cd. "rito scritto" ai sensi dell'art. 23, comma 8, d.l. n. 137 del 2020. Il Procuratore generale ha trasmesso, tramite posta elettronica certificata, la propria requisitoria, rassegnando le conclusioni in epigrafe riportate.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

2. L'incidente cautelare si inserisce in una più ampia vicenda che coinvolge il clan di 'ndrangheta dei Forastefano.

2.1. La sussistenza della cosca di 'ndrangheta denominata dei Forastefano, insediata nel territorio di Cassano allo Jonio e nella zona della Sibaride, è acclarata da una sentenza passata in giudicato; allo stesso modo è accertato il ruolo egemone di Forastefano Pasquale, figlio del boss Forastefano Domenico, detenuto in carcere.

2.2. Tra gli interessi della cosca vi sono quelli connessi alle truffe ai danni dell'INPS e di una agenzia di lavoro interinale denominata Alma s.p.a. (capo 35 della incolpazione provvisoria).

Si tratta di truffe realizzate attraverso la somministrazione, a favore della azienda agricola formalmente intestata a Talarico Luca, ma di fatto riconducibile a Forastefano Pasquale, di lavoratori (addetti alla raccolta frutta, portatori, trattoristi) fittiziamente assunti "in massa" (nel numero di 403, alcuni dei quali "inconsapevoli", per un totale di 22.477 giornate lavorative comunicate e retribuite), in relazione ai mesi da ottobre a dicembre 2018.

I compensi – versati da Alma spa agli operai (alcuni non avevano prestato alcuna attività lavorativa, altri avevano svolto un numero di ore inferiore a quelle dichiarate) tramite "mezzi tracciabili" (bonifici bancari, bonifici domiciliati, nonché accrediti su carte prepagate e postepay di cui i rappresentanti della cosca avevano la diretta disponibilità) – sono stati prelevati e consegnati in denaro contante agli esponenti della cosca Forastefano, fruttando l'importo di euro 38.000,00 nel mese di novembre 2018 e di euro 54.000,00 nel mese di dicembre 2018 (pag. 109 ordinanza genetica).

Dalle assunzioni fittizie (di 173 lavoratori "consapevoli") è automaticamente conseguita una truffa ai danni dell'INPS per l'indebita percezione di erogazioni pubbliche dal momento che i lavoratori formalmente assunti hanno acquisito benefici contributivi e assistenziali che non gli spettavano, in particolare hanno percepito l'indennità di disoccupazione agricola. Secondo le emergenze contabili l'indennità di disoccupazione erogata dall'INPS nell'anno 2019 in favore di soggetti ai quali non spettava ammonta a: euro 74.412,49 a favore di soggetti che nel 2018 hanno lavorato solo per Alma spa; euro 496.113,06 a favore di dipendenti per i quali le giornate retribuite da Alma spa si sommano ad altre (pag. 118 ordinanza genetica).

2.3. L'avvocato Giuseppe Bisantis compare nelle intercettazioni in occasione di un incontro, avvenuto in data 16 dicembre 2018, con Talarico Luca, anche alla presenza di Forastefano Pasquale nel corso del quale l'avvocato *«proponeva ai suoi interlocutori la linea strategica legale da adottare in vista della contestazione delle fatture emesse dalla società (Alma spa)»* (pag. 3 ordinanza impugnata).

Risulta poi l'intercettazione di un secondo incontro avvenuto il 28 dicembre 2018 *«tenutosi presso la sede della ditta Autotrasporti Forastefano ove Bisantis si recava per riscuotere la prima tranche di 5.000 euro in contanti a titolo di compenso per la sua prestazione professionale»* (pag. 4 ordinanza impugnata).

L'avvocato Bisantis dava corso alla strategia concordata predisponendo, in nome e per conto di Talarico Luca, alcune lettere di contestazione delle fatture e un atto di citazione a giudizio nei confronti della Alma spa per risarcimento danni.

2.4. Il pubblico ministero aveva richiesto l'applicazione della misura cautelare nei confronti dell'avvocato Bisantis sia per il reato di concorso esterno nella associazione mafiosa (capo 31) sia per il concorso nelle truffe ai danni della Alma spa e dell'INPS (capo 35).

Il giudice per le indagini preliminari ha applicato la misura custodiale solo per il capo 31 (qui in discussione), non per il capo 35 sul rilievo, condiviso dal Tribunale del riesame, che difettassero congrui elementi indiziari circa:

- la consapevolezza, in capo all'avvocato Bisantis, del *«sistema fraudolento architettato a monte»* (pag. 4 ordinanza impugnata);

- la conoscenza della caratura criminale dei soggetti con i quali ha instaurato il rapporto professionale, dato che l'avvocato Bisantis è un avvocato *«che opera in altra regione e che è stato introdotto al Talarico per il tramite di un suo cliente, Laino Luca»* (pag. 4 ordinanza impugnata).

3. Anzitutto occorre porre mente alla regola di inutilizzabilità delle intercettazioni captate tra il difensore e il proprio assistito aventi ad oggetto questioni inerenti al mandato difensivo conferito per l'istaurazione di una causa civile.

Il tema viene appena accennato in ricorso, tuttavia la "capacità devolutiva", espressa o meno al riguardo dall'atto di impugnazione, è ininfluente, trattandosi di questione rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

3.1. A mente dell'art. 271, comma 2, cod. proc. pen. *«non possono essere utilizzate le intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni delle persone indicate nell'articolo 200 comma 1, quando hanno a oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione, salvo che le stesse persone abbiano depresso sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati»*.

Secondo il costante insegnamento della giurisprudenza di legittimità il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni, stabilito dall'art. 271, comma 2, cod. proc. pen., è posto, tra gli altri, a tutela dell'avvocato (come degli altri soggetti indicati nell'art. 200, comma 1, cod. proc. pen.) e dell'esercizio della sua funzione, ancorché non formalizzato in un mandato professionale, purché detto esercizio sia causa della conoscenza del fatto, ben potendo un avvocato venire a conoscenza, in ragione della sua professione, di fatti relativi ad un soggetto del quale non sia difensore. Ne consegue che detto divieto sussiste ed è operativo quando le conversazioni o le comunicazioni intercettate siano pertinenti all'attività professionale svolta dai soggetti indicati nell'art. 200, comma 1, cod. proc. pen. e riguardino, di conseguenza, fatti conosciuti in ragione della professione da questi esercitata, a nulla rilevando il fatto che si tratti di intercettazione indiretta (cfr. tra le altre Sez. 5, n. 17979 del 05/03/2013, Iamonte, Rv. 255516 che ha censurato la decisione del giudice di merito il quale era pervenuto alla conclusione dell'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni delle conversazioni dell'imputato con un avvocato, distinguendo tra fatti conosciuti da quest'ultimo in quanto difensore in un procedimento civile e fatti di cui avrebbe conosciuto come amico, esulanti dal divieto in questione, non considerando che la ragione della conoscenza di detti fatti era pur sempre data dal rivestire la qualità di avvocato e che proprio in quanto tale egli forniva consigli all'imputato).

Per converso il divieto di utilizzazione stabilito dall'art. 271, comma 2, cod. proc. pen., non sussiste quando le conversazioni o le comunicazioni intercettate non siano pertinenti all'attività professionale svolta dalle persone indicate nell'art. 200, comma 1, cod. proc. pen., e non riguardino di conseguenza fatti conosciuti per ragione della professione dalle stesse esercitata (Sez. 6, n. 18638 del 17/03/2015, Bellocco, Rv. 263548, che ha annullato con rinvio l'ordinanza del Tribunale del riesame che aveva posto a fondamento della decisione il contenuto di un colloquio intercettato tra l'indagato e un difensore, evidenziando che il provvedimento impugnato non aveva chiaramente esplicitato le ragioni della non pertinenza della conversazione intercettata al mandato difensivo).

3.2. I principali indizi a carico dell'avvocato Bisantis vengono tratti dagli esiti delle intercettazioni di conversazioni, in data 16 e 28 dicembre 2018, che attengono allo svolgimento di attività professionale e si riferiscono a fatti conosciuti in ragione della professione da questi esercitata.

D'altro canto il Tribunale non si interroga sulla utilizzabilità delle intercettazioni, né si fa carico di esplicitare le ragioni della non pertinenza delle conversazioni intercettate al mandato difensivo, o la sussistenza di altre condizioni che potessero rendere utilizzabili quelle intercettazioni.

4. Il ricorso è fondato anche laddove denuncia una frattura motivazionale sulla ritenuta sussistenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui agli artt. 110-416-bis, cod. pen..

4.1. Nel delineare i caratteri della fattispecie delittuosa in contestazione, si rileva, su un piano generale, che il concorrente esterno «ha un rapporto effettivo e strutturale con il gruppo, della cui natura e funzione ha una conoscenza complessiva, che gli consente di cogliere l'assoluta funzionalità del proprio intervento, ancorché unico, alla sopravvivenza o vitalità del gruppo. Inoltre perché possa dirsi realizzata la fattispecie delittuosa si richiede che si verifichi il risultato positivo per l'organizzazione illecita, conseguente a tale intervento esterno, che si caratterizza per la sua infungibilità. Non a caso elemento differenziale della condotta è l'intervento non tipico dell'attività associativa, ma maturato in condizioni particolari (la cd. fibrillazione o altrimenti definita situazione di potenziale capacità di crisi della struttura), che rendono ineludibile un intervento esterno, per la prosecuzione dell'attività» (così in motivazione Sez. U. n. 8545 del 19/12/2019, dep. 2020, Chiocchini, Rv. 278734).

Tale principio fa eco alla consolidata affermazione secondo cui è concorrente esterno «il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione e privo dell'*affectio societatis*, fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo espliciti un'effettiva rilevanza causale e quindi si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione (o, per quelle operanti su larga scala come "Cosa nostra", di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale) e sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima» (Sez. U. n. 33748 del 12/7/2005, Mannino, Rv. 231671).

Tali rilievi hanno poi trovato una puntuale declinazione con riguardo all'ipotesi in cui il soggetto assuma la veste di legale. È stato infatti rilevato che «in tema di associazione di tipo mafioso, integra la condotta di "concorso esterno" l'attività del professionista che, in esecuzione di una promessa fatta ai vertici dell'associazione mafiosa, assicuri il suo concreto impegno nell'irregolare gestione di un procedimento giudiziario, posto che il sodalizio si rafforza comunque per effetto di quel contributo, non essendo necessario che i propositi delittuosi siano stati concretamente realizzati» (Sez. 6, n. 32373 del 4/6/2019, Aiello, Rv. 276831).

Più in particolare si è ritenuto che «integrano gli estremi della condotta di concorso esterno anche le prestazioni rese da un professionista del settore legale che, seppur astrattamente dovute in favore di chiunque ne faccia richiesta, devono essere rifiutate allorché possa ragionevolmente ritenersi che riguardino atti od operazioni illecite compiute da soggetti mafiosi» (Sez. 6, n. 32373 del 4/6/2019,

Aiello, cit.). D'altro canto è stato ravvisato il concorso esterno nel caso dell'avvocato che «senza limitarsi a fornire al proprio cliente-associato consigli, pareri ecc. mantenendosi nell'ambito di quanto legalmente consentito - si trasformi in un "consigliori" della cosca, assicurando un'assistenza tecnico-legale finalizzata a suggerire sistemi e modalità di elusione fraudolenta della legge (nella specie, diretti a far acquisire agli esponenti del sodalizio il controllo di una società)» (Sez. 2, n. 17894 del 8/4/2014, Alvaro, Rv. 259257).

In definitiva deve ritenersi che «la figura del legale ha finito per essere inserita in tale analisi in relazione alla capacità del soggetto, ove disponibile ad agire *extra ordinem*, di costituire un punto di riferimento, per consentire al sodalizio di superare situazioni patologiche o di dare forma idonea a programmi illeciti, dovendosi in tale prospettiva parametrare sul piano causale la condotta alle diverse situazioni» (così Sez. 6, n. 25619 del 25/06/2020, Pittelli, non massimata sul punto).

4.2. Nel caso in rassegna – fermo il problema della utilizzabilità delle intercettazioni, che impone una rivisitazione critica dell'intero materiale indiziario raccolto a carico del ricorrente – la motivazione offerta dal Tribunale non sembra coerente con i principi illustrati circa l'inquadramento della condotta dell'avvocato Bisantis nell'ambito della fattispecie del concorso esterno.

Invero il Tribunale muove dal rilievo che l'avvocato Bisantis non ha consapevolezza del "sistema fraudolento architettato", lo stesso Tribunale ritiene che, almeno nell'incontro del 16 dicembre 2018: «*Bisantis ha prestato un'attività di consulenza legale dettando una linea strategica che, pur mostrandosi dall'inizio spregiudicata, non assume ancora i connotati di un contributo specifico e consapevole al rafforzamento del sodalizio criminale*» (pag. 4).

Solo quando, nell'incontro del 28 dicembre, Massa e Forastefano discutono di un omicidio avvenuto nella zona laghi di Sibari nel 2009, l'avvocato Bisantis diviene consapevole della realtà criminale con la quale è venuto a contatto e pertanto, secondo il Tribunale: l'indagato «*all'esito di quell'incontro, poteva dunque rappresentarsi che la linea di azione legale da lui proposta, proprio perché spregiudicata e pretestuosa, poteva risultare strumentale alla realizzazione di interessi criminali più estesi*» (pag. 4 ordinanza impugnata).

In realtà questa acquisita consapevolezza non basta, poiché il Tribunale non indica elementi in forza dei quali l'avvocato – che, come detto, non sapeva delle truffe perpetrate ai danni della Alma spa e dell'INPS – si sarebbe effettivamente rappresentato che il mandato difensivo era «*strumentale alla realizzazione di interessi criminali più estesi*».

Sotto il profilo oggettivo non viene illustrata con la necessaria chiarezza la gravità indiziaria circa la capacità del ricorrente di costituire un valido punto di

riferimento, ben oltre i limiti sottesi alla sua qualità di legale, e, nello specifico, dalla concreta sua attivazione, in una situazione critica, tale da consentire agli esponenti della consorteria di garantirsi i profitti illeciti conseguiti attraverso operazioni truffaldine.

Né risulta congruamente motivato il coefficiente psicologico che connota il concorso esterno, dato che «in tema di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, ai fini della configurabilità del dolo, occorre che l'agente, pur in assenza dell'*affectio societatis* e, cioè, della volontà di far parte dell'associazione, sia consapevole dell'esistenza della stessa e del contributo causale recato dalla propria condotta alla sua conservazione o al suo rafforzamento, agendo con la volontà di fornire un apporto per la realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio, dovendo escludersi la sufficienza del dolo eventuale inteso come mera accettazione da parte del concorrente del rischio del verificarsi, insieme ad altri risultati intenzionalmente perseguiti, dell'evento, ritenuto invece solamente probabile o possibile» (Sez. 5, n. 26589 del 23/2/2018, V., Rv. 273356).

In forza di tanto la possibilità di «*rappresentarsi che la linea di azione legale da lui proposta [...] poteva risultare strumentale alla realizzazione di interessi criminali più estesi*» è una ipotesi che il Tribunale del riesame formula senza adeguatamente confrontarsi con i caratteri del dolo del reato in contestazione.

4. Conseguo che l'ordinanza impugnata deve essere annullata con rinvio per nuovo esame.

Il giudice di rinvio dovrà:

- risolvere la questione della utilizzabilità delle intercettazioni nel rispetto dei canoni ermeneutici sopra enucleati al paragrafo 3;

- in caso di rilevata inutilizzabilità delle intercettazioni, dovrà verificare la eventuale "(r)esistenza" di altri elementi indiziari a carico dell'indagato;

- una volta chiarita la piattaforma indiziaria dovrà svolgere il proprio scrutinio emendando il vizio motivazionale individuato al paragrafo 4 e conformandosi agli insegnamenti, lì ricordati, elaborati dalla giurisprudenza di legittimità sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa.

P.Q.M.

Annulla il provvedimento impugnato con rinvio per nuovo esame al Tribunale di Catanzaro sezione riesame.

Così deciso il 24/06/2020