

CASS. PEN., SEZ VI, UD. 3 LUGLIO 2023 (DEP. 15 SETTEMBRE 2023), N. 37985

A cura di **Federico ALOISIO\***

**MASSIMA<sup>1</sup>**

*In tema di incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento ex art. 34 c.p.p., deve escludersi che possa costituire causa di incompatibilità e di ricusazione del giudice chiamato all'effettuazione dell'incidente probatorio il fatto che abbia, in precedenza e nell'ambito del medesimo procedimento, emesso ordinanza di applicazione di misura cautelare nei confronti del medesimo co-indagato.*

**SOMMARIO**

Massima.....	1
1. Svolgimento del processo.....	1
2. Motivi della decisione .....	1
3. Dispositivo.....	2

**1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

La Corte d'Appello di Roma ha dichiarato l'inammissibilità dell'istanza di ricusazione avanzata dal ricorrente nei confronti del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Roma, chiamato ad assumere le prove ritenute necessarie in incidente probatorio nel corso del procedimento in cui il prevenuto era sottoposto ad indagini.

Avverso l'ordinanza del 8.03.2023 proponeva ricorso per cassazione l'imputato, per il tramite dei suoi difensori, deducendo il vizio di motivazione per manifesta illogicità. Secondo il ricorrente, la Corte di Appello di Roma avrebbe illegittimamente escluso che nel caso *de quo* fosse ravvisabile la causa di ricusazione ricollegabile all'obbligo di astensione del magistrato individuato dall'art. 36, comma 1 lett. g) c.p.p., vale a dire laddove questo si trovi in taluna delle situazioni di incompatibilità previste dagli artt.

34 e 35 c.p.p. e dalle leggi di ordinamento giudiziario. A giudizio del predetto, il G.i.p. di Roma - trascurando una lettura costituzionalmente orientata del combinato disposto derivante dalle norme di cui agli artt. 2-bis e 2-quater della citata norma del codice di rito - si sarebbe dovuto astenere dal procedere all'assunzione, in incidente probatorio, delle dichiarazioni di un co-indagato ex art. 210 c.p.p. dopo aver disposto l'applicazione di una misura cautelare nei riguardi del medesimo co-indagato e aver proceduto all'interrogatorio di garanzia.

Secondo la Corte distrettuale, infatti, l'assunzione della prova orale nell'ambito di quell'incidente probatorio non avrebbe avuto alcuna incidenza sulle successive fasi processuali, avendo il giudice, in precedenza, assunto decisioni - quali l'applicazione di una misura cautelare in procedimento connesso e autorizzato l'intercettazione di comunicazioni - che non potevano condizionare l'assunzione della prova dichiarativa nell'incidente probatorio, negando dignità alla tesi difensiva per cui tale ricostruzione apparirebbe contrastante con gli artt. 3 e 111 comma 2 Cost. per violazione dei parametri di uguaglianza e di terzietà ed imparzialità del giudice.

**2. MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

Gli elementi presi in considerazione dalla Suprema Corte di Cassazione possono essere compendati come segue:

- con riferimento al vizio di motivazione per manifesta illogicità, non si evidenziano passaggi argomentativi inficiati da illogicità, essendo il provvedimento impugnato connotato, certamente, da sinteticità ma soprattutto da linearità argomentativa;
- con riferimento al motivo di gravame relativo all'inosservanza o erronea applicazione dell'art. 34 c.p.p., in combinato disposto con gli artt. 36 comma 1, lett. g) e 37 comma 1, lett. a) c.p.p., i

\* Dottore magistrale in Giurisprudenza e tirocinante ex art. 73 D.L. 69/2013 presso la Procura della Repubblica di Trieste.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

giudici di legittimità hanno ricordato come l'art. 34 c.p.p. preveda due ipotesi di incompatibilità - cc.dd. verticale e orizzontale - prospettandosi, nel caso *de quo*, la seconda in quanto vertente sulla relazione tra la fase di giudizio e quella immediatamente antecedente.

Posto che le norme che disciplinano l'incompatibilità del giudice in ragione del compimento di atti nel procedimento sono poste a tutela dei principi di terzietà e imparzialità dell'organo giudicante quali risultano dagli artt. 3, 24 co. 2, 111 co. 2 Cost. e che risultano preordinate a che la decisione di merito non sia forzosamente condizionata da valutazioni che il giudice abbia prodotto in ordine alla medesima *res iudicanda*, tale non è il caso di specie, in quanto il magistrato giudicante non è chiamato a rivestire una posizione di merito ma una funzione prodromica, meramente anticipatoria dell'assunzione di una prova, durante le indagini preliminari, nelle forme e con le modalità del giudizio dibattimentale.

A ciò si aggiunga che le attività valutative compiute dal magistrato ricusato (nell'ipotesi in parola rappresentate dall'aver autorizzato operazioni di intercettazione e nell'aver emesso un provvedimento cautelare, a cui è succeduta l'ordinanza di ammissione dell'incidente probatorio nelle forme previste) trovano collocazione nel contesto di una medesima fase e appaiono collegate tra loro in quanto "endofasiche" e prodromiche l'una all'altra, rispondendo altresì ad un principio consolidato nella giurisprudenza costituzionale in base al quale non è possibile disporre nella medesima fase di tanti giudici quanti sono gli atti da compiere<sup>2</sup>;

- con riferimento alla questione di legittimità

costituzionale sollevata con riferimento all'art. 34 c.p.p. nella parte in cui non prevede che non possa partecipare all'incidente probatorio il G.i.p. che abbia già svolto valutazioni di merito, decidendo su richieste di applicazione di misure cautelari e di autorizzazione di intercettazioni di conversazioni o

comunicazioni, la Suprema Corte giudica manifestamente infondata la questione e ciò sulla base di due ragioni principali:

a) i principi di imparzialità e indipendenza dell'organo giudicante si riferiscono alle funzioni del magistrato nella fase decisoria sul merito della cosa giudicata;

b) il legislatore, nella previsione dell'incompatibilità "speciale" del giudice che ha esercitato funzioni di G.i.p. rispetto alle fasi successive del giudizio e a quella dell'udienza preliminare<sup>3</sup>, ha escluso l'operatività di tale causa di incompatibilità con riferimento a tutte quelle ipotesi in cui il giudice abbia assunto una prova nel corso dell'incidente probatorio o abbia concorso all'adozione di uno dei provvedimenti propri di tale incidente<sup>4</sup>.

(...)

### 3. **DISPOSITIVO**

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

<sup>2</sup> Cfr. *ex multis*, Corte cost. sent. n. 64/2022; Corte cost., ord. n. 76/2007; Corte cost., ord. n. 433/2006; Corte cost., ord. 370/2000; Corte cost., ord. n. 232/1999.

<sup>3</sup> Cfr. art. 34 co. 2-bis c.p.p.

<sup>4</sup> Vedasi art. 34 co. 2-quater c.p.p.