

Penale Sent. Sez. 6 Num. 37985 Anno 2023

Presidente: CALVANESE ERSILIA

Relatore: APRILE ERCOLE

Data Udiienza: 03/07/2023

SENTENZA

sul ricorso proposto da
Tedeschini Federico, nato a Roma il 24/11/1948

avverso l'ordinanza del 08/03/2023 della Corte di appello di Roma;

visti gli atti, il provvedimento impugnato ed il ricorso;
udita la relazione svolta dal Consigliere Ercole Aprile;
letta la requisitoria del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Raffaele Gargiulo, che ha concluso chiedendo l'inammissibilità del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con l'ordinanza sopra indicata la Corte di appello di Roma dichiarava la inammissibilità della istanza di ricusazione avanzata da Federico Tedeschini nei confronti della dottoressa Roberta Conforti, Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Roma, chiamata a svolgere il compito di assunzione di prove in incidente probatorio nel corso del procedimento in cui il prevenuto è sottoposto ad indagini.



2. Avverso tale ordinanza ha presentato ricorso il Tedeschini, con atto sottoscritto dai suoi difensori, il quale ha dedotto il vizio di motivazione, per manifesta illogicità, per avere la Corte territoriale ingiustificatamente escluso che nel caso di specie fosse sussistente la causa di ricsuzione collegabile alla astensione del magistrato a norma dell'art. 36, comma 1, lett. g), cod. proc. pen.: considerato che, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata del combinato disposto delle norme previste dai commi 2-bis e 2-quater, la dott.sa Conforti è incompatibile a procedere nelle forme dell'incidente probatorio all'assunzione delle dichiarazioni di un coindagato ai sensi dell'art. 210 cod. proc. pen., dopo aver disposto l'applicazione di una misura cautelare nei riguardi di quello stesso coindagato e aver proceduto al compimento del relativo interrogatorio di garanzia.

La Corte distrettuale aveva ingiustificatamente negato che l'attività di direzione dell'attività di assunzione della prova orale nel corso di quell'incidente probatorio non potesse incidere sulle successive fasi decisionali del procedimento: la dott.ssa Conforti, nell'esercizio delle sue funzioni di Giudice per le indagini preliminari, aveva disposto l'applicazione di una misura cautelare in un procedimento connesso ed aveva autorizzato operazioni di intercettazione di comunicazioni, dunque aveva adottato decisioni che non potevano non condizionare l'assunzione di quella prova dichiarativa nel corso dell'incidente probatorio; i cui esiti, transitando direttamente nel fascicolo del dibattimento, potranno incidere sulla decisione finale in ordine alla responsabilità del Tedeschini.

Diversamente opinando - ha aggiunto il ricorrente - la disposizione dettata dall'art. 34 cod. proc. pen. dovrebbe essere giudicata in contrasto con i principi sanciti dagli artt. 3 e 111, secondo comma, Cost., per violazione dei parametri di uguaglianza e di terzietà ed imparzialità del giudice: questione di legittimità non manifestamente infondata che dovrebbe essere portata all'attenzione della Corte costituzionale, con riferimento all'art. 34 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede che non possa partecipare all'incidente probatorio richiesto ai sensi dell'art. 392, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., il giudice per le indagini preliminari che abbia già svolto valutazioni di merito, in particolare decidendo nella medesima veste su richieste di applicazione di misure cautelari e di autorizzazione di intercettazione di conversazioni o comunicazioni.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Ritiene la Corte che il ricorso presentato nell'interesse di Federico Tedeschini vada rigettato.

2. Il motivo dedotto con l'atto di impugnazione in termini di vizio di motivazione è manifestamente infondato, in quanto nella ordinanza gravata non sono riconoscibili incongruenze o salti logici, né tanto meno passaggi argomentativi inficiati da manifesta illogicità: contenendo tale provvedimento un apparato motivazionale sintetico ma sufficientemente lineare nel fissare una serie di premesse e trarne le conseguenti valutazioni ai fini della decisione.

4. Il ricorrente ha denunciato la violazione, *sub specie* di inosservanza o erronea applicazione, della norma dettata dall'art. 34 cod. proc. pen., in collegamento con gli artt. 36, comma 1, lett. g), e 37, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., sollecitando una interpretazione costituzionalmente orientata di tale disposizione ovvero chiedendo, laddove fosse constatata l'impossibilità di una sua esegesi così come prospettata, di sollevare una questione di legittimità costituzionale di tale norma, per violazione degli artt. 3 e 111, secondo comma, Cost.

5. Tali doglianze sono infondate sotto plurimi punti di vista.

Come noto l'art. 34 cod. proc. pen. prevede due ipotesi di incompatibilità del giudice: quella disciplinata nel comma 1 riguarda i casi di incompatibilità c.d. "verticale", determinata dall'articolazione e dalla *consecutio* dei diversi gradi di giudizio, mentre quella regolata nei commi 2 e seguenti concerne la incompatibilità c.d. "orizzontale", perché avente ad oggetto la relazione tra la fase del giudizio e quella che immediatamente la precede.

Quella prospettata nel caso di specie evidentemente rientrando nella seconda delle due categorie di incompatibilità, perché attiene al rapporto "orizzontale" all'interno del medesimo grado ovvero della medesima fase.

Tuttavia, è pacifico che le norme sulla incompatibilità del giudice derivante da atti compiuti nel procedimento, poste a tutela dei valori della terzietà e della imparzialità della giurisdizione, presidiati dagli artt. 3, 24, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost., sono finalizzate a evitare che la decisione sul merito della causa possa essere o apparire condizionata dalla forza della prevenzione scaturente da valutazioni cui il giudice sia stato precedentemente chiamato in ordine alla medesima *res iudicanda* (in questo senso, tra le diverse, Corte cost. sent. n. 64 del 2022; Corte cost., sent. n. 16 del 2022; e Corte cost., sent. n. 7 del 2022).

Con riferimento alla specifica fattispecie oggetto del ricorso portato all'odierna attenzione di questa Corte di cassazione manca, dunque, una condizione fondamentale richiesta dal legislatore per potersi immaginare l'applicazione dell'art. 34 cod. proc. pen.: perché il magistrato giudicante, in relazione alla cui posizione si è posta la questione della incompatibilità "orizzontale", non è chiamato a svolgere propriamente una funzione di giudizio di merito – a "tutela" della quale è posta la disposizione *de qua* – ma una funzione, per così dire, preparatoria, in quanto finalizzata, in via del tutto eccezionale, ad anticipare nella fase delle indagini l'assunzione di una prova nelle forme e con le modalità del giudizio dibattimentale.

A ciò si aggiunga l'assenza, nel caso di specie, di una ulteriore condizione necessaria per poter discutere di applicazione dell'art. 34 cod. proc. pen., sempre con riferimento alla forma di incompatibilità c.d. "orizzontale", in quanto le due attività valutative compiute dal magistrato ricusato, quella di autorizzazione di operazioni di intercettazione e di emissione di una ordinanza applicativa di misura cautelare, ed in seguito quella di ammissione di un incidente probatorio e di svolgimento della relativa attività di assunzione della prova, sono collocate nella medesima fase e, pur riguardando valutazioni incidentali, sono tra loro legate dal fatto di essere una prodromica all'altra: situazione, questa, di decisioni "endofasiche" nella quale si è negato in radice la configurabilità di una incompatibilità del giudice, in quanto, come è stato perspicuamente sottolineato, non è possibile disporre nella stessa fase (nella fattispecie, quella delle indagini preliminari) di tanti giudici per quanti sono gli atti da compiere (in questi termini, tra le diverse, Corte cost., sent. n. 64 del 2022; Corte cost., ord. n. 76 del 2007; Corte cost., ord. n. 433 del 2006; Corte cost., ord. n. 370 del 2000; Corte cost., ord. n. 232 del 1999).

5. E', dunque, manifesta infondatezza la questione di legittimità costituzionale, prospettata dalla difesa del ricorrente, dell'art. 34 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede che non possa partecipare all'incidente probatorio richiesto ai sensi dell'art. 392, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., il giudice per le indagini preliminari che abbia già svolto valutazioni di merito, in particolare decidendo nella medesima veste su richieste di applicazione di misure cautelari e di autorizzazione di intercettazione di conversazioni o comunicazioni.

E ciò non solo perché, come si è avuto modo di porre in risalto, i principi di imparzialità e indipendenza riguardano le funzioni del giudice al momento della adozione della decisione sul merito della regiudicanda; ma anche perché non è possibile prospettare una disparità di trattamento rispetto alla situazione inversa, quella nella quale sono le funzioni decisionali incidentali svolte nella fase delle

indagini preliminari a rendere incompatibile il magistrato giudicante all'esercizio delle successive funzioni di decisione nel merito, in quanto si tratta di fattispecie evidentemente tra loro disomogenee.

A tanto si aggiunga che il legislatore, nel prevedere la incompatibilità "speciale" del giudice che ha esercitato le funzioni di giudice per le indagini preliminari rispetto alle fasi successive del giudizio ed a quella, a quest'ultima assimilata, dell'udienza preliminare (v. comma 2-*bis* dell'art. 34 cod. proc. pen.), ha escluso la operatività di siffatta causa di incompatibilità in relazione ai casi nei quali il giudice abbia assunto una prova nel corso di un incidente probatorio o comunque abbia concorso all'adozione di uno dei provvedimenti propri di tale incidente (comma 2-*quater* dello stesso art. 34 del codice di rito).

In dottrina si è criticata la ragionevolezza di tale disposizione derogatrice, tanto da potersi, in astratto, immaginare un ampliamento delle cause di incompatibilità "in avanti", cioè per il giudice che dovesse essere chiamato a decidere nel merito la regiudicanda dopo essersi occupato, nella precedente fase delle indagini preliminari, di un incidente probatorio. Si tratta, però, di norma in ogni caso inapplicabile nel caso di specie: nel quale, non si discute della incompatibilità all'esercizio delle funzioni di giudizio (e, perciò, della ricusabilità) di un magistrato giudicante che, nella fase delle indagini preliminari, abbia assunto la prova nelle forme dell'incidente probatorio, ma del caso totalmente differente di un giudice per le indagini preliminari che, nella medesima fase, ha deciso su una richiesta di incidente probatorio dopo aver valutato altre istanze finalizzate a garantire, in quella stessa fase, la tutela dei diritti soggetti coinvolti nelle investigazioni.

Conclusivamente va riaffermata la validità del principio di diritto in passato enunciato da questa Corte di cassazione secondo il quale, attesa l'assenza, nell'attività di assunzione di un incidente probatorio, di qualsivoglia connotazione decisoria implicante una anticipata valutazione deliberativa sulla fondatezza dell'accusa, deve escludersi che possa costituire causa di incompatibilità e di ricusazione del giudice chiamato all'effettuazione del suddetto incombenza il fatto che egli abbia, in precedenza, nell'ambito del medesimo procedimento, emesso ordinanza di applicazione di misura cautelare nei confronti della persona sottoposta a indagine (Sez. 1, n. 18887 del 14/02/2001, Merlin, Rv. 218812).

6. Segue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese del procedimento.

P.Q.M.

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

Così deciso il 03/07/2023