



07558-21

REPUBBLICA ITALIANA  
In nome del Popolo Italiano  
**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
PRIMA SEZIONE PENALE

Composta da:

MONICA BONI  
ROBERTO BINENTI  
GAETANO DI GIURO  
RAFFAELLO MAGI  
ALESSANDRO CENTONZE

- Presidente -  
- Relatore -

Sent. n. sez. 352/2021  
CC - 28/01/2021  
R.G.N. 29306/2020

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso proposto da:

(omissis) nato a

(omissis)

avverso l'ordinanza del 16/09/2020 della CORTE APPELLO di CATANZARO

udita la relazione svolta dal Consigliere Roberto Binenti;  
lette le conclusioni del Pubblico ministero, in persona del Sostituto Procuratore  
generale Lucia Odello, che ha chiesto dichiarare l'inammissibilità del ricorso.

## RITENUTO IN FATTO

1. La Corte di appello di Catanzaro, con il provvedimento indicato in epigrafe, dichiarava inammissibile la dichiarazione di ricsuzione proposta da (omissis) nei riguardi del dottor (omissis), quale giudice del Tribunale di Catanzaro designato per la trattazione dell'udienza preliminare nel procedimento penale n. 1359/2014 R.G. GIP. nei confronti del medesimo (omissis).

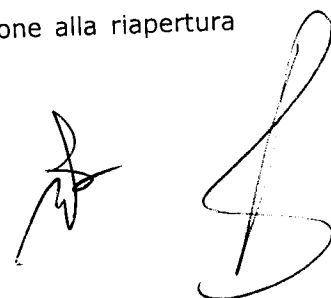
2. A sostegno della dichiarazione di ricsuzione era stato rilevato che il dottor (omissis) aveva svolto le funzioni di GIP in un procedimento poi riunito a quello di cui sopra, in relazione ai fatti ascritti a (omissis) al capo A9 (omicidio (omissis), aggravato ex art. 416-bis 1., cod. pen.), emettendo il 17 luglio 2017 un decreto di autorizzazione alla riapertura delle indagini, in modo da avere svolto valutazioni di merito che determinavano ora le condizioni previste dall'art. 37 cod. proc. pen., per effetto della sentenza della Corte cost. n. 283 del 2000.

I Giudici distrettuali, a supporto della dichiarazione di inammissibilità della dichiarazione di ricsuzione per manifesta infondatezza, osservavano che le disposizioni dettate dall'art. 34 cod. proc. pen., in materia di incompatibilità tra le funzioni di GIP e quelle di GUP, non potevano essere intese in modo rigido, dovendo invece operare solamente quando il provvedimento precedentemente adottato dallo stesso giudice abbia comportato l'esame nel merito dell'imputazione; mentre nel caso di specie si era trattato di un provvedimento meramente procedimentale, avente carattere semplicemente ricognitivo della sopravvenienza degli elementi richiesti per procedere alle nuove investigazioni.

3. Avverso la decisione adottata dalla Corte di appello propone ricorso per cassazione (omissis), tramite il proprio difensore, svolgendo doglianze con le quali lamenta erronea applicazione dell'art. 34 cod. proc. pen.

Rileva che nel succitato provvedimento di riapertura delle indagini erano state invece espresse dal dottor (omissis) valutazioni in ordine alla responsabilità, posto che, con riferimento al contenuto degli atti di indagine indicati dall'accusa, la motivazione aveva rappresentato l'esistenza di elementi a carico di (omissis) in relazione ai fatti di cui a detto capo A9), sicché quel giudice, trattando ora l'udienza preliminare, si trovava nelle condizioni indicate dalla sentenza la Corte cost. n. 283 del 2000, con riguardo alle precedenti valutazioni "pregiudicanti".

3. Attraverso motivi nuovi, il difensore del ricorrente denuncia illogicità e mancanza della motivazione, ribadendo le censure svolte nel ricorso e aggiungendo che nella specie il provvedimento di autorizzazione alla riapertura



delle indagini non rimaneva sottratto al principio dell'incompatibilità dettato dall'art. 34, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., non potendo operare - tanto più in ragione delle valutazioni allora effettivamente espresse sugli elementi a carico - le tassative deroghe previste dai commi 2-*ter* e 2-*quater* del medesimo articolo.

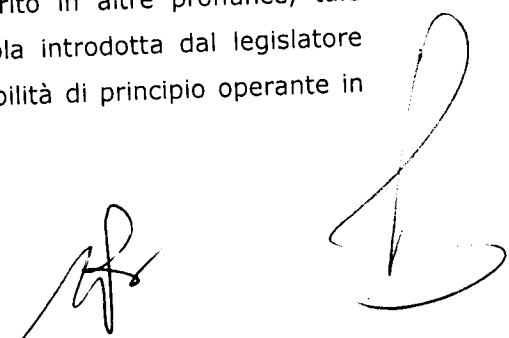
### CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato per le ragioni di seguito illustrate.

2. A seguito dei ripetuti interventi additivi della Corte costituzionale, che avevano investito l'art. 34 cod. proc. pen., avuto riguardo soprattutto ai provvedimenti emessi dal giudice per le indagini preliminari via via individuati come funzionalmente idonei a dar causa alle condizioni di incompatibilità, il d. lgs. n. 51 del 1998 ha introdotto, attraverso il comma 2-*bis* del suddetto articolo, per quanto qui di interesse, l'incompatibilità a tenere l'udienza preliminare del giudice che, nel medesimo procedimento, abbia esercitato le funzioni di giudice per le indagini preliminari. Tale disposizione prevede un'ipotesi generale di incompatibilità funzionale che esprime chiaramente la scelta di sottrarre all'incertezza della verifica in concreto della precedente attività "pregiudicante" il contenuto valutativo del provvedimento adottato dal giudice per le indagini preliminari.

L'assolutezza della norma di principio come sopra dettata è stata, tuttavia, mitigata dai successivi interventi normativi, che, attraverso l'introduzione del comma 2-*ter* e poi del comma 2-*quater*, ne hanno escluso l'applicazione nei casi dell'emissione da parte del giudice per le indagini preliminari dei provvedimenti in materia di autorizzazioni sanitarie, ammissione ai colloqui, corrispondenza telefonica, controllo sulla corrispondenza, permessi, restituzione nel termine, dichiarazione di latitanza, nonché nel caso dell'assunzione dell'incidente probatorio e dei provvedimenti ad esso funzionali.

Alcune pronunce di legittimità hanno ritenuto possibile estendere l'area di dette previsioni derogatorie, non ritenendole tassative, così da escludere l'incompatibilità anche nel caso di altri provvedimenti che allo stesso modo non abbiano comportato un esame nel merito (Sez. 5, n. 11982, del 07/12/2017, dep. 2018, D Marco, Rv. 272662; Sez. 1, n. 27838 del 08/04/2013, Iozzi, Rv. 256074; Sez. 4, n. 12744 del 27/11/2002, dep. 2003, Melandri, Rv. 223921). Ma, come questa Corte ha condivisibilmente chiarito in altre pronunce, tale lettura non può condurre a negare la chiara regola introdotta dal legislatore tramite il comma 2-*bis* citato, quanto all'incompatibilità di principio operante in

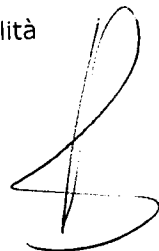


relazione alle attribuzioni in considerazione. Una regola che in quanto riferibile all'incompatibilità all'esercizio in sé della funzione, disconosce ogni impostazione "casistica" ancorata al contenuto deliberativo in concreto espresso. Sicché, ove si volesse ritenere ugualmente operante tale ultimo approccio, sia pure in forza dei ragionamenti ruotanti intorno alla lettura estensiva delle deroghe sopraggiunte (ma sempre per categorie di atti), si giungerebbe a un risultato abrogante del succitato comma 2-bis (Sez. 2, n. 55231 del 28/11/2018; Clemente, Rv. 274300; Sez. 5, n. 371 del 12/12/2007, dep. 2008, Ruffoni, Rv. 238336).

Ne deriva che, ai fini dell'esclusione o meno dell'incompatibilità funzionale prevista dalla norma di principio, pur seguendo il punto di partenza esposto dal primo orientamento citato, non può rilevare la considerazione dell'analisi valutativa nel particolare caso, con riferimento al fatto e alla persona alla quale questo viene attribuito, secondo la conclusione degli elementi allora scrutinati. Invece, proprio perché si intende cogliere la medesima "ratio", avendo quale punto di riferimento le materie menzionate dai commi 2-ter e 2-quater, ci si deve rapportare solo all'omogeneità del tipo normativo della decisione assunta rispetto alla categoria delle attività elencate dal legislatore ai fini dell'esclusione dell'incompatibilità. Tale categoria è con evidenza caratterizzata dall'assoluta e indubitabile mancanza di un intervento avente natura contenutistica, anche in funzione di mero "controllo" procedimentale, in ordine al significato degli atti di indagine, assunti o da assumere, da parte del pubblico ministero. E ciò nell'ambito delle attribuzioni e delle iniziative assegnategli dall'art. 326 cod. proc. pen., che si riferiscono, in prospettiva, alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale. Queste osservazioni valgono non solo con riguardo ai provvedimenti elencati nel comma 2-ter, ma anche per l'attività indicata nel successivo comma 2-quater, che lungi dal riferirsi al "controllo" delle iniziative promosse dal pubblico ministero ai fini delle indagini, attiene all'assunzione davanti al giudice, nel contraddittorio, della prova richiesta da una delle parti.

3. Ciò posto, a smentita delle conclusioni alle quali è giunto il provvedimento impugnato, va chiarito che il decreto previsto dall'art. 414 cod. proc. pen. è un atto che, rapportandosi al contenuto motivazionale della richiesta, risulta funzionale a una deliberazione di tipo autorizzativo, che verifica la corrispondenza delle esigenze investigative illustrate rispetto alle finalità della riapertura delle indagini, secondo la sfera delle attribuzioni descritte dall'art. 326, cod. proc. pen.

Tanto, in ragione di quanto sopra osservato sui limiti da considerare ai fini di ogni possibile deroga alla regola normativa operante in materia, fa sì che l'emissione di detto decreto determina per il GIP l'incompatibilità con le funzioni di GUP ai sensi dell'art. 34, comma 2-bis, cod. proc. pen.. Un'incompatibilità



funzionale che prescinde dalle valutazioni nella specie espresse dal dottor <sup>(omissis)</sup> (quale GIP) nel decreto autorizzativo – rimaste, comunque, non considerate dalla decisione della Corte di appello – in relazione alla rilevanza in concreto assunta dagli elementi allora indicati con riguardo a <sup>(omissis)</sup> e al medesimo addebito.

I Giudici distrettuali, in ogni caso, al contempo avrebbero dovuto verificare la preliminare condizione di applicabilità della norma di principio, chiarendo se, in che termini e con quali effetti, sotto il profilo dell'estensione della condizione di incompatibilità, fosse individuabile il presupposto del medesimo procedimento, al quale veniva riferito dall'istante l'esercizio delle funzioni di giudice per le indagini preliminari da parte del giudice chiamato a celebrare l'udienza preliminare.

La dichiarazione di ricsuzione, pertanto, non poteva essere ritenuta manifestamente infondata e in quanto tale dichiarata, *de plano*, inammissibile.

4. Il provvedimento impugnato va, dunque, annullato con rinvio per nuovo giudizio, da espletare, previa instaurazione del contraddittorio, uniformandosi ai principi e ai rilievi di cui sopra e tenendo conto, in caso di accoglimento dell'istanza, della disposizione dettata dall'art. 42, comma 2, cod. proc. pen.

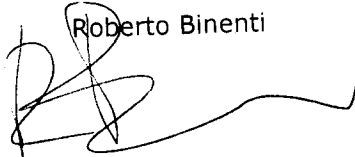
**P.Q.M.**

Annulla il provvedimento impugnato con rinvio per nuovo giudizio alla Corte di appello di Catanzaro.

Così deciso il 28 gennaio 2021.

Il Consigliere estensore

Roberto Binenti



Il Presidente

Monica Boni

