

# L'attività di proroga delle intercettazioni disposta dal g.i.p. non consente a costui di tenere l'udienza preliminare

**Autore:** Antonio Di Tullio D'Elisiis

**In:** Giurisprudenza commentata

(Presidente Gallo, Relatore Pazienza)

L'attività di proroga delle **intercettazioni** rientra nell'esercizio della funzione di giudice per le indagini preliminari, presa in considerazione dal comma 2-bis dell'art. 34 c.p.p., quale situazione di incompatibilità a tenere l'udienza preliminare.

(Annullamento senza rinvio)

(Normativa di riferimento: C.p.p art. 34, c. 2-bis)

## Cassazione penale sentenza n. 55231/2018: il fatto

Con ordinanza del 18/07/2018, la Corte d'Appello di Palermo rigettava le istanze di ricusazione proposte da C. F. P., O. R., L. P. G. e T. G. nei confronti del G.u.p. dr. Nicastro, avendo quest'ultimo svolto - nel medesimo procedimento a loro carico - funzioni anche di G.i.p., in particolare emettendo alcuni decreti di proroga delle **intercettazioni** telefoniche in corso, in della Squadra Mobile di P. nei quali si era fatto espresso riferimento ai predetti indagati.

## I motivi addotti nel ricorso per Cassazione

Ricorrevano per cassazione il C., la O. e il T., a mezzo dei propri difensori, deducendo, con argomentazioni sostanzialmente analoghe, violazione di legge e vizio di motivazione.

Si lamentava in primo luogo la non corretta interpretazione dei motivi di ricorso nella parte in cui era stata dedotta l'incompatibilità funzionale del giudicante a tenere l'udienza preliminare, avendo svolto funzioni di G.i.p.: incompatibilità prevista dall'art. 34, comma 2-bis, cod. proc. pen., che nei commi successivi enuncia alcune ipotesi di deroga, che devono essere interpretate tassativamente: deve quindi escludersi, sostiene la difesa, la possibilità di inserire, tra le situazioni con implicanti incompatibilità a

tenere l'udienza preliminare, l'adozione di provvedimenti autorizzativi o di proroga delle **intercettazioni telefoniche o ambientali**.

Si censurava inoltre la motivazione dell'ordinanza nella parte in cui aveva escluso che il G.i.p., nei provvedimenti di proroga, avesse valutato il compendio indiziario offerto a sostegno delle richieste e, in particolare, nel ribadire l'illegittimità di un'interpretazione volta ad inserire la situazione in discorso tra quelle derogatorie dell'incompatibilità funzionale, i ricorrenti evidenziavano l'illogicità della tesi per cui il G.i.p., nel verificare la permanenza degli indizi di reato legittimanti l'attività captativa e il rispetto dei **presupposti normativi** necessari per una legittima compressione di diritti di rilievo costituzionale, non aveva espresso considerazioni di merito mentre nella specie, al contrario, nei provvedimenti di proroga, era stata integralmente condivisa la prospettazione di fatti che, ovviamente, avrebbero dovuto essere valutati in sede di udienza preliminare e di giudizio abbreviato.

Le argomentazioni sostenute dalla Procura generale

Con requisitoria del 18/10/2018, il Procuratore Generale sollecitava l'annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata condividendo l'impostazione del ricorso quanto alla natura tassativa delle eccezioni previste, nei commi 2-ter e 2-quater dell'**art. 34 cod. proc. pen.**, alla incompatibilità funzionale contemplata nel comma 2-bis del medesimo articolo.

**Volume consigliato**

## **Le valutazioni giuridiche formulate dalla Cassazione**

La Corte di Cassazione accoglieva il primo motivo del ricorso proposto alla stregua delle seguenti considerazioni.

Si osservava in via preliminare come le censure dei ricorrenti, di tenore sostanzialmente sovrapponibile, avessero ad oggetto il percorso motivazionale compiuto dalla Corte d'Appello di Palermo nel rigettare le reiezioni delle istanze di ricusazione del G.u.p., formulate deducendo la sussistenza di una delle **situazioni di incompatibilità** previste dal comma 2-bis dell'art. 34 cod. proc. pen., ai sensi del quale il giudice che, nel medesimo procedimento, ha esercitato funzione di giudice per le indagini preliminari non può - tra l'altro - tenere l'udienza preliminare osservandosi in particolare come l'incompatibilità del dr. N. a tenere l'udienza preliminare traesse origine - nella prospettiva dei ricorrenti - dal fatto che il predetto magistrato aveva, nel corso delle indagini preliminari, emesso alcuni decreti di proroga delle intercettazioni telefoniche, motivati aderendo alle note della Squadra Mobile di P. (poste a base delle richieste di proroga del P.M.) che, tra d'altronde, avevano fatto espresso riferimento alla posizione dei

ricorrenti.

Precisato ciò, si faceva presente che, nella più recente giurisprudenza di legittimità, la portata applicativa dell'art. 34, c. 2-bis c.p.p., con riguardo ai provvedimenti emessi dal G.i.p., nel medesimo procedimento, in materia di intercettazioni di **conversazioni o comunicazioni**, era stata oggetto di soluzioni interpretative divergenti (nella diversa ipotesi di decreti emessi in altro procedimento, a carico di soggetti diversi dall'imputato ricusante, l'incompatibilità è stata esclusa da una recente decisione: cfr. Sez. 5, Sentenza n. 11982 del 07/12/2017, dep. 2018, omissis, Rv. 272662).

Si rilevava in particolare che, secondo un primo indirizzo l'**incompatibilità in questione** deve essere esclusa nelle ipotesi in cui il G.i.p. si sia limitato ad emettere decreti di proroga di intercettazioni telefoniche già autorizzate, o a convalidare l'attività captativa disposta in via d'urgenza dal P.M. dovendosi la predetta incompatibilità essere ravvisata «solo con riferimento ad attività e provvedimenti di natura giurisdizionale di carattere decisorio», ed esclusa, invece, «in relazione a provvedimenti che non incidono sul merito delle questioni oggetto del giudizio e ciò in ragione della finalità della causa di incompatibilità tra G.i.p. e G.u.p. che è quella della configurazione del G.u.p. come giudice terzo e quindi privo della conoscenza di atti in precedenza compiuti» (Sez. 6, n. 41776 del 05/07/2017, omissis).

Secondo un diverso indirizzo nomofilattico, invece, l'incompatibilità a tenere l'udienza preliminare, prevista dall'art. 34 per chi ha svolto funzione di G.i.p., trova eccezione unicamente nelle ipotesi previste nei commi successivi del medesimo art. 34: «si tratta di norme rigide, frutto di successivi interventi legislativi e caratterizzate dalla specificità e chiarezza dei riferimenti, alle quali l'interprete non può aggiungere in via analogica elementi ulteriori» (Sez. 6, n. 44687 del 09/07/2015, omissis, che, muovendo da tali presupposti ermeneutici, ha ritenuto incompatibile a tenere l'udienza preliminare il magistrato che, nel medesimo procedimento, aveva proceduto agli adempimenti di cui al comma 6 dell'art. 268 cod. proc. pen., ovvero all'acquisizione delle conversazioni indicate dalle parti indicate dalle parti e ritenute non manifestamente irrilevanti).

Una volta enucleati due indirizzi interpretativi, i giudici di Piazza Cavour, nella decisione in commento, ritenevano di dover dare seguito al secondo indirizzo interpretativo per la sua maggiore aderenza all'assetto normativo delineato dai plurimi interventi del legislatore succedutisi, a partire dal 1998, sull'art. 34 cod. proc. pen..

A questo proposito si evidenziava prima di tutto come la portata applicativa della incompatibilità delineata dal secondo comma dell'**art. 34** (che precludeva, in origine, solo la partecipazione al giudizio del giudice che aveva emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare, il decreto di giudizio immediato, il decreto penale di condanna, ovvero che aveva deciso sull'impugnazione avverso la sentenza di non luogo a procedere) fosse stata oggetto di numerosi interventi additivi della Corte costituzionale, soprattutto nei primi anni dall'entrata in vigore del codice Vassalli e, tra queste pronunce, gli ermellini ricordavano quelle in cui era stata individuata una serie di ulteriori ipotesi di incompatibilità in buona parte riconducibili a provvedimenti adottati dal giudice per le indagini preliminari, ritenuti "pregiudicanti" - non solo in

relazione al giudizio dibattimentale, ma anche alla definizione del procedimento con i riti alternativi - perché connotati da una significativa "**pregnanza contenutistica**", e non meramente formale, della valutazione operata.

Dedotto ciò, si metteva in risalto come dal canto suo il legislatore avesse fissato - in sede di istituzione del giudice unico di primo grado - il **principio della "alterità soggettiva"** tra giudice per le indagini preliminari e giudice dell'udienza preliminare, operando in una duplice direzione nel senso che, da un lato, su un piano strettamente ordinamentale, il d.lgs. n. 51 del 1998 aveva modificato l'**art. 7-ter ord. giud.**, introducendo - nel quadro dei criteri obiettivi e predeterminati per l'assegnazione degli affari al G.i.p. - l'obbligo della "designazione di un giudice diverso per lo svolgimento delle funzioni di giudice dell'udienza preliminare", dall'altro, il principio dell'alterità tra G.i.p. e G.u.p. era stato stabilito dal legislatore del 1998 anche all'interno del processo attraverso appunto l'introduzione, al comma 2-bis dell'art. 34 cod. proc. pen., dell'incompatibilità a tenere l'udienza preliminare (oltre che ad emettere il decreto penale di condanna e a partecipare al giudizio, anche fuori dei casi di cui al comma 2) del giudice che, nel medesimo procedimento, ha esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari.

Tale drastica scelta legislativa di non ricorrere a criteri "casistici" nell'individuazione dell'incompatibilità, ma di optare seccamente per la necessaria "alterità soggettiva" tra G.i.p. e G.u.p. (con conseguente rinuncia alla verifica, in concreto, dell'effettivo **carattere "pregiudicante"** dell'attività anteriormente svolta in funzione di G.i.p.) era stata a sua volta apprezzata in dottrina perché «soprattutto faceva chiarezza, semplificando, almeno in parte, il quadro frastagliato e pur sempre inevitabilmente "aperto" risultante dalla giurisprudenza costituzionale» fermo restando però che l'assolutezza di quella scelta aveva ben presto indotto il legislatore ad intervenire ulteriormente, temperandone il rigore, attraverso l'individuazione di alcune ipotesi di deroga all'incompatibilità "funzionale" delineata dal comma 2-bis dell'art. 34 c.p.p. e precisamente: a) ai sensi del comma 2-ter del predetto articolo (introdotto dalla I. n. 479 del 1999, e modificato dalla I. n. 95 del 2004), le incompatibilità previste dal comma 2-bis non si applicano al giudice che, nel medesimo procedimento, ha emesso i provvedimenti previsti da specifiche disposizioni in tema di ordinamento penitenziario (autorizzazioni sanitarie, permessi di colloquio, corrispondenza telefonica, controllo sulla corrispondenza, permessi), ovvero provvedimenti di restituzione nel termine ex art. 175 cod. proc. pen., o di dichiarazione della latitanza ex art. 296 dello stesso codice; b) ai sensi del comma 2-quater dell'art. 34 (introdotto dal di. n. 82 del 2000, conv. con mod. dalla I. n. 144 del 2000), le disposizioni del comma 2-bis non si applicano al giudice che, nel medesimo procedimento, ha adottato uno dei provvedimenti previsti dalle disposizioni in tema di incidente probatorio.

Sempre la dottrina aveva al contempo fatto presente che queste fattispecie di deroga all'operatività del comma 2-bis apparissero accomunate «dall'assenza, nelle coi -rispondenti decisioni; di qualsivoglia coefficiente di valutazione contenutistica dell'ipotesi accusatoria» e, ad avviso della Corte, tale connotazione, di intuitiva evidenza quanto alle ipotesi individuate dal comma 2-ter dell'art. 34, poteva dirsi riscontrabile anche nella deroga all'incompatibilità correlata all'adozione di provvedimenti in sede di incidente probatorio: nel valutare la sussistenza dei presupposti per l'accoglimento della relativa richiesta (art. 398 cod. proc. pen.), nell'adottare i provvedimenti necessari all'espletamento dell'incidente (artt.

399, 400) e nella stessa assunzione della prova in contraddittorio (art. 401), l'attività del giudice risulta priva di momenti valutativi in ordine all'intrinseca configurabilità e consistenza dell'ipotesi accusatoria, essendo funzionale unicamente all'assicurazione della prova in vista della fase dibattimentale.

Si sottolineava oltre tutto come il quadro fin qui delineato trovasse riscontro in una decisione della Corte costituzionale (sent. n. 153 del 21 giugno 2012) secondo cui il **comma 2-bis dell'art. 23** sancisce, in termini generali, l'incompatibilità alla funzione di giudizio (oltre che alla funzione di giudice dell'udienza preliminare o all'emissione del decreto penale di condanna) del magistrato che, nel medesimo procedimento, abbia esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari, fatta eccezione per le ipotesi in cui si sia limitato ad assumere uno dei provvedimenti (di marginale rilievo o anticipatori dell'istruzione dibattimentale) specificamente elencati nei successivi commi 2-ter e 2-quater e con tale disposizione - come emerge dalla relazione al d.lgs. n. 51 del 1998 - il legislatore aveva inteso recepire le numerose **dichiarazioni di illegittimità costituzionale** pronunciate in precedenza da questa Corte in tema di incompatibilità del giudice per le indagini preliminari [...] accorpandole in una previsione unitaria di più immediata leggibilità, che peraltro ne supera l'ambito con la configurazione di una incompatibilità di tipo "funzionale", nella precipua prospettiva di prevenire ulteriori pronunce del medesimo segno (cfr. § 4 del "Considerato in diritto").

Orbene, una volta delineato il quadro normativo ed ermeneutico da doversi prendere in considerazione nel caso di specie, il Supremo Consesso stimava di non condividere l'orientamento interpretativo accolto nell'ordinanza impugnata che attribuisce un pregiudiziale quanto dirimente rilievo, per l'affermazione dell'incompatibilità del giudice a tenere l'udienza preliminare ai sensi del comma 2-bis dell'art. 34, alla verifica del carattere decisorio, con incidenza nel merito, del provvedimento adottato da quel magistrato in funzione di giudice per le indagini preliminari (cfr. Sez. 6, n. 41776 del 2017, cit.) atteso che se è vero che tale criterio ha concorso a guidare il percorso compiuto dalla Consulta, con le richiamate sentenze dichiarative della illegittimità costituzionale dell'art. 34 (cfr. supra, § 3.1.), è altrettanto vero che la scelta legislativa seguita a quel percorso - con la quale l'indirizzo qui avversato non sembra confrontarsi compiutamente - è stata quella di recepire quelle decisioni, ma al contempo di superare la **prospettiva "casistica"** conseguente ai plurimi interventi della Corte costituzionale nel senso di optare per la configurazione, al comma 2-bis dell'art. 34, di una incompatibilità direttamente correlata alla funzione esercitata dal giudice (non a caso definita «incompatibilità di tipo funzionale» dalla sentenza n. 153 del 2012), peraltro successivamente mitigata dalle ipotesi derogatorie specificamente indicate nei commi 2-ter e 2-quater dell'art. 34 c.p.p. tenuto conto anche del fatto che, a opinione della Corte, se si sarebbe dovuti espungere per via interpretativa, dal tenore apparentemente onnicomprensivo dell'incompatibilità delineata dal comma 2-bis dell'art. 34, tutti i **provvedimenti del G.i.p.** non implicanti una valutazione nel merito dell'ipotesi accusatoria, risulterebbe alquanto arduo comprendere il senso delle disposizioni derogatorie di cui ai commi 2-ter e 2-quater, essendo queste ultime accomunate proprio dall'assoluta assenza di aspetti valutativi della fondatezza dell'accusa e anzi, ove si aderisse a questa opzione ermeneutica, tali disposizioni dovrebbero reputarsi totalmente superflue in quanto l'insussistenza dell'incompatibilità sarebbe agevolmente ricavabile, pur in assenza dei commi 2-ter e 2-quater, facendo appunto leva sulla mancanza di contenuto valutativo (nel senso indicato) che caratterizza i provvedimenti

di rimessione in termini, di dichiarazione di latitanza, di ammissione dell'incidente probatorio, di autorizzazione ai sensi degli artt. 11, 18, 18-ter, 30 ord. pen.; invece, al contrario, il senso e la finalità dell'introduzione dei predetti commi, sempre ad avviso della Cassazione, si coglie e si apprezza compiutamente laddove si consideri che il legislatore, con il loro inserimento, ha inteso temperare gli effetti della riforma limitando la portata applicativa di una incompatibilità "funzionale" che il d.lgs. n. 51 del 1998 aveva inteso delineate (come espressamente chiarito nella Relazione ministeriale) con caratteri di assolutezza.

Tal che, alla stregua delle considerazioni sin qui esposte, la Corte giungeva a postulare che, da un lato, l'attività di proroga delle intercettazioni svolta dal dr. N. nel procedimento a carico dei ricorrenti rientrasse appieno nell'esercizio della funzione di giudice per le indagini preliminari, presa in considerazione dal comma 2-bis dell'art. 34 quale situazione di incompatibilità a tenere l'**udienza preliminare**; d'altro lato, risultasse del tutto evidente che la predetta attività non fosse riconducibile ad alcuna delle ipotesi derogatorie contemplate dai commi 2-ter e 2-quater dello stesso articolo.

Chiarito ciò, gli ermellini si ponevano un ulteriore quesito a cui rispondere ossia se tali previsioni fossero suscettibili di interpretazione analogica, o se fosse comunque possibile individuare - pur nel silenzio del legislatore - ulteriori ipotesi in cui all'adozione di provvedimenti in funzione di G.i.p. non conseguiva «l'incompatibilità di quel magistrato a tenere l'udienza preliminare, ad emettere il decreto penale di condanna, a partecipare al giudizio osservandosi come a tale domanda i ricorrenti e lo stesso Procuratore Generale avessero risposto in senso negativo, argomentando anzitutto dal divieto previsto dall'**art. 14 disp. prel. cod. civ.**».

A tal proposito i giudici di legittimità ordinaria mettevano in risalto come, anche a voler ritenere superabile l'ostacolo rappresentato dall'**art. 14 delle preleggi**, e a voler concordare quindi con l'impostazione dottrinale e giurisprudenziale favorevole ad integrare il "catalogo" delle deroghe all'incompatibilità, per esigenze di ragionevolezza correlate alla incompletezza del catalogo stesso, non si sarebbe potuto che aversi riguardo - per intuitive ragioni di carattere sistematico - alle sole ipotesi pienamente assimilabili a quelle individuate dal codice: ovvero, come sottolineato in dottrina, ai soli «casi che davvero non pongano in dubbio l'effettiva assenza di apprezzamenti contenutistici» fermo restando che in tale prospettiva era stata appunto esclusa, in giurisprudenza, l'incompatibilità a partecipare al giudizio dibattimentale del magistrato «che abbia esercitato, nel medesimo procedimento, le funzioni di G.i.p., conferendo un incarico peritale per la verifica, ai sensi dell'**art. 299, comma quarto-ter, cod. proc. pen.**, della compatibilità delle condizioni di salute di un coindagato con il regime custodiale carcerario» (Sez. 6, n. 18525 del 26/04/2012).

Tra l'altro si osservava a questo proposito come apparisse superfluo soffermarsi sull'impossibilità di ricondurre, in tale ambito di sostanziale omogeneità alle ipotesi codificate di deroga, i decreti autorizzativi delle intercettazioni telefoniche o ambientali, o di proroga dell'**attività captativa già autorizzata**, emessi dal G.i.p. nell'ambito del medesimo procedimento dato che è noto che, per legittimare la compressione di un diritto di rilievo anche costituzionale, quale quello alla segretezza delle comunicazioni,



il G.i.p. è tenuto a verificare tra l'altro - alla luce degli elementi acquisiti e dedotti dal P.M. a sostegno della richiesta di intercettazione o di proroga - la sussistenza/persistenza di gravi indizi di reato (art. 267 cod. proc. pen.), ovvero, nelle ipotesi di cui all'art. 13 I. n. 203 del 1991, di sufficienti indizi di reato trattandosi, con ogni evidenza, di attività non assimilabile in alcun modo alle ipotesi codificate di deroga all'incompatibilità, proprio perché caratterizzata da una valutazione contenutistica dell'ipotesi accusatoria, operata nel medesimo procedimento (pur se al solo fine di autorizzare le captazioni, e pur se non necessariamente ancorata all'individuazione delle responsabilità di un determinato soggetto): ovvero proprio da quelle connotazioni che, invece, mancano totalmente nelle fattispecie elencate ai commi 2-ter e 2-quater dell'art. 34 c.p.p.; in altri termini, sempre secondo quanto dedotto dalla Cassazione in questa decisione, il G.i.p. che autorizza l'intercettazione, o la proroga dell'attività captativa, non si limita ad un intervento di natura formale o comunque estraneo all'oggetto dell'imputazione, né si limita a "conoscere" il contenuto degli atti procedurali acquisiti a sostegno di un'ipotesi accusatoria: egli è tenuto ad una delibazione delle risultanze allegate a sostegno della richiesta, in funzione squisitamente valutativa della configurabilità, su quelle basi, di gravi (o sufficienti) indizi del reato ipotizzato dal **P.M. richiedente**.

Si osservava per di più come non potesse dubitarsi dell'effettivo esercizio di tali attività nella fattispecie in esame avendo il giudice delle indagini preliminari autorizzato la proroga delle intercettazioni con una motivazione per relationem al contenuto della richiesta del P.M. e delle note della Squadra Mobile di ..., nelle quali si faceva - tra l'altro - espresso riferimento al C. (all. 1, 2, 3 al ricorso), alla O. (all. 1, 2) e al T. (all. 4, 5.).

La Corte di Cassazione, dunque, alla luce delle considerazioni sin qui esposte, annullava senza rinvio il provvedimento impugnato e disponeva la restituzione degli atti alla Corte d'Appello competente.

## Conclusioni

La sentenza in esame è sicuramente condivisibile.

Il ragionamento giuridico, che ha condotto la Cassazione ad aderire a quell'orientamento nomofilattico secondo il quale l'attività di proroga delle intercettazioni rientra nell'esercizio della funzione di giudice per le indagini preliminari, presa in considerazione dal **comma 2-bis dell'art. 34 c.p.p.**, quale situazione di incompatibilità a tenere l'udienza preliminare, è il frutto di un'attenta valutazione della normativa di riferimento in subiecta materia nonché della giurisprudenza, sia nomofilattica, che costituzionale, elaborata sempre in ordine a questa disciplina processuale.

Nel ribadire pertanto come il giudizio inerente questa pronuncia non possa che essere positivo, è evidente al contempo che, sul piano più propriamente pratico, ove dovesse verificarsi una situazione processuale di questo genere, essa dovrà essere eccepita nei tempi e nei modi previsti dal codice di rito penale.

<https://www.diritto.it/lattivita-di-proroga-delle-intercettazioni-disposta-dal-g-i-p-non-consente-a-costui-di-tenere-ludienza-preliminare/>