

10 Giugno 2013

La Corte costituzionale sulle incompatibilità derivanti dalla separazione dei procedimenti nell'udienza preliminare (e sulle connesse dichiarazioni di astensione)

Corte cost., 14 maggio 2013, n. 86

[[Guglielmo Leo](#)]

1. Una nuova pronuncia della Corte costituzionale - l'ennesima - sul tema della incompatibilità del giudice penale. A conti fatti, e se si escludono alcuni risvolti concernenti le regole del giudizio incidentale di costituzionalità, l'approdo della Corte vale semplicemente a ribadire conclusioni già raggiunte in precedenti occasioni. Tuttavia, nella specie, la Consulta si è trovata a fronteggiare una pluralità di quesiti, di complessa e sofferta costruzione, tali da spostare l'attenzione, in via quasi prevalente, sul tema dei rapporti interni agli uffici giudiziari, che chiaramente domina la logica dell'ordinanza di rimessione.

La situazione di partenza era banale. Un giudice dell'udienza preliminare viene investito della richiesta di rinvio a giudizio per una trentina di imputati, accusati anche di un delitto associativo. Solo una parte degli interessati formula richiesta di accesso al rito abbreviato. Il giudice decreta il rinvio a giudizio di tutti gli altri, e si accinge poi a celebrare il giudizio di merito. Tra le accuse, anche quel reato associativo per il quale lo stesso magistrato ha già disposto procedersi a dibattimento riguardo ad ulteriori accusati.

Sebbene possa considerarsi pacifico che, nella situazione indicata, non si determina incompatibilità a norma dell'art. 34 c.p.p. (*infra*), il giudice in questione effettua dichiarazione di astensione, fondata invece sulla ritenuta sua incompatibilità e su gravi ragioni di convenienza (*ex art. 36, comma 1, lett. h* c.p.p.), allo scopo di prevenire la possibile ricusazione dei difensori e, comunque, «il sospetto di una imparzialità nel giudizio connessa alla decisione interlocutoria già emanata nei confronti di altri soggetti uniti, su uguale rubrica, per un delitto a tipologia plurisoggettiva piena». Poiché il presidente del Tribunale interessato non accoglie la richiesta, il giudizio riprende, ed i difensori degli imputati sollecitano il giudice a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p., allo scopo, in sostanza, di inserire la fattispecie de qua nel novero delle situazioni produttive di incompatibilità.

Il giudicante finisce con l'accogliere la richiesta, sebbene dal complessivo tenore dell'ordinanza si desuma la convinzione della attuale immanenza d'una sua incompatibilità riguardo al caso di specie. Ed infatti l'attenzione del rimettente si incentra soprattutto sul ruolo del presidente del Tribunale, che vorrebbe nella sostanza annullare, attraverso una

manipolazione del disposto degli artt. 34 e 36 del codice di rito. Non a caso - e sebbene la loro rilevanza risulti chiaramente subordinata al fondamento delle questioni riguardanti l'incompatibilità - i dubbi di legittimità proposti «in via principale» attengono a disposizioni di natura (per così dire) ordinamentale.

In sostanza il rimettente vorrebbe travolgere il «combinato disposto» dell'art. 36, comma 1, lettera g), e dell'art. 34 c.p.p., nella parte in cui prevede che, qualora vi sia incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento, il giudice debba formalizzare richiesta di astensione in luogo dell'attivazione di automatismi di tipo tabellare preordinati dall'ufficio. L'attuale regime, fondato sulla decisione del presidente del Tribunale o della Corte di appello, violerebbe il principio di indipendenza (art. 101, secondo comma, Cost.), perché, «trasforma un giudice soggetto soltanto alla Legge in un giudice sottomesso alla facoltà di un Capo dell'Ufficio condizionando la sua libertà di giudizio e di coscienza». Si aggiungerebbe la lesione dei principi e dei diritti sanciti dagli artt. 3, 24, 25, primo comma, e 111 della Costituzione.

Più moderatamente, con un secondo quesito, e con riferimento agli stessi parametri costituzionali, il rimettente propone in sostanza di conservare per il capo dell'ufficio il potere di valutare la dichiarazione di astensione dovuta ad incompatibilità (avuto specifico riguardo al giudizio abbreviato su fatti già valutati, per altri imputati, con il rinvio a giudizio), escludendone per altro ogni connotato di discrezionalità. Insomma, il presidente dovrebbe limitarsi a prendere atto che il giudice non ritiene di dovere e poter celebrare un dato giudizio per ragioni di incompatibilità.

Resta sullo sfondo, inesplorato, il tema della procedura da seguire per il caso che, ad avviso del dirigente dell'ufficio, l'incompatibilità non sussista.

Alla convinzione del rimettente circa l'attuale sussistenza dell'incompatibilità si è già fatto cenno, tanto che le successive sue censure avrebbero potuto tranquillamente scontrarsi con il principio di inammissibilità dei quesiti «interpretativi». Il discriminante tra l'argomento volto ad accreditare la necessità costituzionale di una manipolazione e la critica ad un orientamento dominante può risultare assai sottile, e la valutazione di inammissibilità è talvolta prevalsa in casi non dissimili da quello di specie.

Ad ogni modo, il giudice *a quo* propone di introdurre per via di addizione la prospettata incompatibilità, con una trama di rilievi che costringe la Corte ad individuare due differenti quesiti^[1], a fronte del ciclico riferimento a «reati associativi», reati «a partecipazione necessaria», reati «plurisoggettivi» (nozioni notoriamente non coincidenti).

Conviene, ad ogni modo, semplificare. L'idea centrale non è certo nuova, ed anzi ricorre continuamente. Quando il giudice si pronuncia su un reato pluripersonale per una parte soltanto degli imputati, esprime comunque un giudizio circa la sussistenza del fatto e la sua qualificazione giuridica, e può pregiudicare l'apprezzamento di porzioni della condotta e

dell'evento che interessano anche gli ulteriori accusati. Le chances difensive, in un successivo giudizio sullo stesso reato, sarebbero dunque mutilate, quanto meno nell'aspettativa di una eventuale assoluzione per insussistenza del fatto. È vero d'altra parte - il rimettente lo ricorda - che la decisione sul rinvio a giudizio è ormai considerata atto pregiudicabile (di qui l'incompatibilità fondata sul compimento della gran parte degli atti giudiziali antecedenti alla richiesta di rinvio a giudizio) ed atto pregiudicante, nel senso che preclude la possibilità per il magistrato di procedere al «giudizio» sugli stessi fatti[2]. Di qui la prospettata violazione degli artt. 3, 24, secondo comma, 25, primo comma, e 111 della Costituzione.

2. Prima di dar conto dei brevi rilievi con i quali la Corte ha definito l'odierno giudizio di legittimità costituzionale (manifestamente inammissibili le questioni «procedimentali», e manifestamente infondate quelle «sostanziali»), può forse risultare utile qualche notazione sull'uno e sull'altro versante della sollecitazione operata dal rimettente.

Non è la prima volta, per vero, che si manifesta insofferenza verso il potere (almeno apparentemente) insindacabile che il codice attribuisce al presidente del Tribunale o della Corte di appello, a proposito della dichiarazione di astensione operata in base ad una ritenuta dichiarazione di incompatibilità. E non è dubbio, in effetti, che il relativo decreto costituisca provvedimento, privo di natura giurisdizionale, e comunque non impugnabile[3].

V'è da chiedersi se interventi normativi che implementino le garanzie, pure immaginabili, siano davvero auspicabili. Il processo penale sembra abbisognare di tutto, meno che di nuove procedure incidentali, che ne appesantiscano l'incendere già estenuante. Deve essere subito notato, del resto che la pretesa carenza di garanzie riguarda più che altro l'interesse del giudice, e non certo quello delle parti processuali, almeno per il caso, concretamente più rilevante, che venga disconosciuta una situazione effettiva di incompatibilità.

È noto infatti che, ricorrendo una fattispecie rilevante a norma dell'art. 34 c.p.p., le parti possono operare la ricusazione del giudice, in applicazione del successivo art. 37, comma 1, lett. a). In questo caso, sulla ricorrenza effettiva della situazione di pregiudizio, si apre una procedura in contraddittorio, a carattere giurisdizionale, che culmina con un provvedimento suscettibile di ricorso per cassazione[4].

Ciò che viene in rilievo non è dunque il «giusto processo». Gli effetti del provvedimento presidenziale si esauriscono, sostanzialmente, «nell'ambito dell'ufficio»[5]. Si pone insomma il solo problema del diritto-dovere per il magistrato di assicurare un giudizio imparziale, se necessario anche attraverso il «rifiuto» del compito di procedere, che sia fondato ovviamente sulla convinzione dell'esistenza di un impedimento di legge.

Ed è questo, in effetti, il nucleo essenziale del quesito sottoposto alla Consulta. Secondo il giudice *a quo*, l'opzione in discorso non dovrebbe essere sindacabile dal capo dell'ufficio o

da un qualunque altro soggetto. La disciplina vigente, «trasformando un dovere di legge in facoltà, trasforma un giudice soggetto soltanto alla Legge in un giudice sottomesso alla facoltà di un Capo dell'Ufficio condizionando la sua libertà di giudizio e di coscienza». Contrasterebbe con la Costituzione un sistema in cui «un'impossibilità si trasforma in facoltà privando il giudice di una prerogativa», né potrebbe ritenersi che il rispetto della legge «sia quello di tipo militare o amministrativo ossia di un organo gerarchizzato che si acqueta davanti alla scelta di un suo superiore anche se essa è visibilmente contraria a quella suggerita dalla sua interpretazione delle norme e dalla sua coscienza». Di qui la proposta di un «automatismo tabellare» o quella (alternativa), di un «accoglimento obbligatorio» della dichiarazione di astensione.

Va notato allora, ed in primo luogo, come non sia plausibile che il giudice sia arbitro esclusivo della sua stessa incompatibilità, in forza di ragioni che sembrano troppo ovvie per richiedere lunga esposizione. Procedere alla celebrazione dei giudizi assegnatigli, nel rispetto delle relative regole ordinamentali, è per il giudice un dovere giuridico, oltre che deontologico (senza dire delle garanzie che si connettono agli automatismi che normalmente conducono alla originaria designazione del procedimento).

L'osservanza di un qualsiasi dovere non può essere rimessa, in via esclusiva, all'interessato. La pretesa allora che il capo dell'ufficio possa solo assentire alla dichiarazione di astensione vale a vanificare la funzione del provvedimento, a predisporre un simulacro di controllo, logicamente in contrasto con le sue stesse premesse. È palese d'altra parte l'incongruenza del rimedio alternativo prefigurato dal rimettente. L'automatismo «tabellare» (che in molti uffici previene le situazioni di incompatibilità, precludendo in automatico l'assegnazione del procedimento al giudice che abbia compiuto atti «pregiudicanti») dovrebbe pur sempre elevare a presupposto una situazione di incompatibilità, la cui esistenza dovrebbe comunque essere apprezzata dal capo dell'ufficio, tanto per la sua generale responsabilità circa il regolare andamento dell'assegnazione degli affari, tanto per l'eventualità (niente affatto teorica) di una contestazione ad opera del nuovo assegnatario del giudizio[6].

Va detto del resto come la Corte costituzionale avesse già ritenuto manifestamente infondati i dubbi sulla disciplina in questione, sia pur con riguardo alle norme concernenti il procedimento civile innanzi al giudice di pace: «l'istituto dell'astensione del giudice, pur finalizzato alla concreta attuazione del principio di imparzialità, costituisce tuttavia una deroga al dovere di *ius dicere* che il magistrato assume entrando a far parte dell'ordine giudiziario»; d'altra parte, (anche, ma non solo) in considerazione dell'ambito discrezionale che segna alcune ipotesi di astensione, «del tutto ragionevolmente il legislatore ha rimesso il controllo [...] ad un soggetto diverso dall'interessato, e ciò sia per impedire arbitrarie astensioni allorché difettino i relativi presupposti, sia per consentire un giudizio più obiettivo e distaccato sulla opportunità che il giudice sia esonerato dall'obbligo di decidere»[7].

Non è mancato, in passato, neppure il tentativo di introdurre, mediante una pronuncia additiva, almeno un rimedio impugnatorio contro la decisione di rigetto della dichiarazione di astensione. La questione era stata proposta, tra l'altro, facendo valere la presunta sperequazione tra il giudice riconosciuto, che potrebbe ricorrere per cassazione contro il provvedimento di accoglimento della relativa istanza, ed il giudice astenuto, che non potrebbe sindacare, appunto, il provvedimento contrario alla propria dichiarazione. La Corte di cassazione, per altro, aveva bloccato la questione, dichiarandola manifestamente infondata[8]. Pur curiosamente avallando il presupposto interpretativo della prospettata disparità di trattamento[9], la Corte aveva nettamente escluso la necessità costituzionale di un rimedio impugnatorio avverso il decreto presidenziale in materia di astensione.

Si può anche aggiungere, molto rapidamente, che proprio nei casi in cui l'astensione è dichiarata in base ad una ritenuta incompatibilità il capo dell'ufficio può esercitare una mera discrezionalità tecnica, scelta da valutazioni di opportunità, fondata sulla mera comparazione tra la fattispecie concreta e la previsione astratta dell'incompatibilità. E del resto, contro un provvedimento arbitrario, sembrano comunque immaginabili rimedi e procedure extraprocessuali[10]. Il rifiuto della dichiarazione di astensione sembra atteggiarsi, in sostanza, ad espressione del potere generale di assegnazione degli affari, del quale anzi può rappresentare il presidio ineludibile. Non si tratta di un potere assoluto, com'è noto, ma la sua esistenza certo non contrasta con il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge[11].

3. Qualche nota sullo stato dell'arte, a titolo di premessa, sembra utile anche riguardo alla pretesa necessità costituzionale della incompatibilità nei casi come quello prospettato dal giudice *a quo*.

Parrebbe ormai assodato che, anche dal punto di vista delle garanzie costituzionali, l'incompatibilità è un istituto essenzialmente endoprocesso: si origina, cioè, da una pregressa pronuncia riguardo alla medesima regiudicanda. Con la precisazione che, per regiudicanda, deve intendersi la stessa accusa nei confronti della medesima persona.

L'affermazione è stata più volte ribadita, tanto dalla giurisprudenza costituzionale che dalla giurisprudenza di legittimità, e trova piena giustificazione nella necessità di un accordo bilanciamento tra le esigenze di rilievo costituzionale che convergono nella materia. Vanno certamente garantiti il diritto alla difesa e ad un giudice imparziale, nella prospettiva del giusto processo. Ma la riassegnazione di un procedimento deroga al dovere del giudice di procedere[12] ed a quella pratica del «giudice naturale» che oggi si esprime attraverso gli automatismi nell'assegnazione degli affari, pregiudicando nel contempo il valore della «ragionevole durata». La frammentazione dei procedimenti in forza delle incompatibilità (con tutto ciò che comporta) è un costo già elevatissimo, che non dovrebbe essere

incrementato se non nei casi di assoluta ed effettiva necessità.

Come la giurisprudenza ha più volte messo in rilievo, l'istituto della incompatibilità è riservato a situazioni nelle quali è generalmente percepita la seria possibilità di un pregiudizio derivante dalla decisione già assunta. Lo strumento opera sul piano astratto, indifferente all'eventualità che nel caso concreto la valutazione antecedente sia poco significativa o che, comunque, sussistano le condizioni per un giudizio non pregiudicato. Dunque, per utilizzare un linguaggio ormai corrente nella giurisprudenza della Corte che si occupa di norme fondate su presunzioni assolute, occorre che la situazione pregiudicante risulti credibilmente tale nella generalità dei casi (secondo *l'id quod plerumque accidit*). Quando manchi tale condizione, il rimedio elettivo è costituito da strumenti sensibili alle particolarità del caso concreto, quali sono, appunto, l'astensione e la ricusazione.

Ebbene, come emerge dal tessuto normativo e dalla rete di pronunce additive deliberate dalla Consulta, in due sole situazioni la presunzione di pregiudizio è andata oltre la regola della decisione assunta per la stessa accusa e nei confronti dell'identica persona. Ma si tratta, in verità, di eccezioni che confermano la regola. L'una attiene al limite della «stessa persona», e l'altra attiene al limite della «stessa accusa».

Più conosciuta è la sentenza 2 novembre 1996, n. 371, dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p., «nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti, nella quale la posizione di quello stesso imputato in ordine alla sua responsabilità penale sia già stata comunque valutata». In una delle ordinanze di rimessione era prospettata una situazione estrema[13]: due persone erano state condannate per un reato associativo (che richiede un numero minimo di tre partecipi) sul presupposto che si fossero associate con una terza, la quale doveva poi essere giudicata, separatamente, dagli stessi magistrati. Come si vede, il precedente non aveva riguardo alla stessa accusa per la stessa persona, ma solo formalmente, perché i giudici si erano pronunciati proprio sulla stessa accusa e, di fatto, sulla stessa persona. Solo formale, in altre parole, la diversità del soggetto.

Pressoché analoga la situazione definita con la sentenza 17 giugno 1999, n. 241, dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p., «nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia già giudicato con sentenza quello stesso imputato per il medesimo fatto». Come si vede, la portata del dispositivo è così ampia da prestarsi quale enunciato della regola generale più sopra richiamata. In realtà, nella fattispecie, il giudice rimettente era chiamato a pronunciarsi nei confronti di una data persona per un reato in concorso formale con altro già valutato in un primo giudizio contro la stessa persona, e quindi per un reato integrato da un'unica azione od omissione. Un caso estremo, appunto, in cui il dato formale della diversa imputazione non poteva che essere sopraffatto dal pre-giudizio sostanzialmente già espresso

sul fatto storico concernente il secondo procedimento.

4. In applicazione di tali principi, la giurisprudenza aveva già escluso la produzione endoprocedimentale di incompatibilità nel caso della udienza preliminare definita in parte con la deliberazione sul rinvio a giudizio, ed in parte sfociata nel rito abbreviato, avuto ovviamente riguardo ad imputati diversi ed accusati del medesimo reato concorsuale. Ciò con riguardo ad entrambi i «sensi di marcia».

La pretesa che fosse introdotta una incompatibilità a celebrare il giudizio abbreviato, per il giudice che in precedenza avesse disposto il rinvio a giudizio di persone imputate di concorso nel medesimo reato[14], è stata respinta dalla Corte, con una valutazione di manifesta inammissibilità, mediante la ordinanza 28 dicembre 2001, n. 441[15].

Tra l'altro - senza voler riprendere una discussione ormai superata, non senza forzature, dalla giurisprudenza della stessa Corte costituzionale - va notato come, per quanto si voglia considerare l'udienza preliminare quale sede pregiudicante al pari di un «giudizio», l'oggetto ed il metodo della valutazione che conduce al rinvio a giudizio sono obiettivamente diversi da quelli che segnano la decisione sul merito dell'imputazione: come tutti sanno, l'assoluzione dell'imputato non è necessariamente la prova dell'erroneità della decisione di sottoporlo al giudizio.

Anche più frequente è stata la presa di posizione della Consulta contro la pretesa che fosse reso incompatibile per l'udienza preliminare il giudice che avesse già pronunciato sentenza nel giudizio abbreviato, sempre e naturalmente riguardo a persone imputate di concorso nel medesimo reato: una pretesa definita più volte nel senso della manifesta infondatezza (ordinanza 18 luglio 2002, n. 367, ordinanza 26 novembre 2002, n. 490, ordinanza 1 dicembre 2010, n. 347).

La ragione essenziale - ribadita nei numerosi provvedimenti assunti riguardo ad una casistica segnata da mille incroci (decisione sul patteggiamento e prosecuzione del dibattimento o dell'udienza preliminare, ecc.) - consiste nel fatto che per ogni imputato di un reato concorsuale, anche a carattere necessario, la responsabilità penale si fonda su un comportamento che deve essere specificamente provato, nei suoi profili oggettivi e soggettivi, e non è dunque necessariamente pregiudicato - sul piano astratto - dalla decisione assunta riguardo ai coimputati[16]. Naturalmente può accadere che il pregiudizio sia ugualmente intervenuto, per le valutazioni incidentali operate nel precedente giudizio, e si tratta della situazione giù «coperta» dalla sentenza n. 371 del 1996.

Sotto la soglia di una piena e diretta anticipazione sulla regiudicanda, però, non può operare un meccanismo presuntivo, qual è quello della incompatibilità, e dovrà valutarsi volta per volta se ricorrano le condizioni per una astensione o una ricusazione del giudice[17].

Non è decisivo, insomma, che vi sia già stato un giudizio sulla rilevanza penale del fatto concorsuale e sulla relativa qualificazione giuridica[18]. Il rilievo del giudice *a quo*, per il quale, nel caso del reato associativo, svanirebbero le *chances* di assoluzione per insussistenza del fatto, può essere suggestivo. Tuttavia una quota maggiore o minore di apprezzamento è insita in ogni precedente valutazione su un fatto pluripersonale, anche quando si tratti di concorso solo eventuale (se un episodio abbia dato luogo a concussione o corruzione, a furto od a rapina, ecc.), e, come si è visto, questo dato non è risolutivo. Il concetto è frequentemente enunciato, nella giurisprudenza di legittimità, anche con specifico riguardo a procedimenti separatamente condotti per il medesimo reato associativo[19].

5. A questo punto è possibile apprezzare la solidità del quadro giurisprudenziale (altro discorso dovrebbe farsi per la dottrina) sul cui sfondo si colloca l'odierna pronuncia.

Tra le varie possibili cause di inammissibilità che affliggevano i primi due quesiti del rimettente, cioè quelli «procedimentali»[20], la Corte costituzionale ha individuato il difetto di rilevanza. In effetti, il giudice *a quo* ha costruito la «necessità costituzionale» dell'eliminazione di ambiti discrezionali del capo dell'ufficio sul presupposto dell'esistenza di una incompatibilità e dunque di una «non resistibilità» della dichiarazione di astensione. E tuttavia, per ammissione dello stesso rimettente, quella incompatibilità non sussiste, tanto che la terza e la quarta delle questioni da lui sollevate mirano appunto ad introdurla. Ecco allora il giudizio della Corte: «l'erroneità del presupposto interpretativo al quale è correlata, nell'ordinanza di rimessione, la rilevanza delle prime due questioni comporta la manifesta inammissibilità delle stesse»[21].

Con il passaggio indicato, ovviamente, la Consulta ha ribadito che nella situazione denunciata dal giudice *a quo* non è applicabile l'attuale disciplina della incompatibilità, proprio perché l'istituto «si riferisce a situazioni di pregiudizio per l'imparzialità del giudice che si verificano all'interno del medesimo procedimento (...) e concernono perciò la medesima regiudicanda».

Non si tratta di una lacuna da colmare. Seguendo la propria tradizionale giurisprudenza, la Corte ha negato che i principi costituzionali del giusto processo impongano un rimedio preventivo e generalizzato nei casi in questione, sempreché naturalmente non vi sia stata anticipazione di giudizio sullo specifico fatto posto ad oggetto del nuovo procedimento, identico nei suoi profili oggettivi od oggettivi. Al di sotto di questa soglia (cfr. *supra*), devono intervenire i «più duttili strumenti dell'astensione e della ricusazione», cui il sistema affida il compito di «realizzare il principio del giusto processo attraverso valutazioni caso per caso e senza oneri preventivi di organizzazione delle attività processuali»[22].

Insomma, e come per la verità era già stato detto con chiarezza, le questioni proposte dal

giudice rimettente sono manifestamente infondate.

[1] Si tratta della terza e della quarta tra le "questioni" sintetizzate in apertura del *Considerato*.

[2] Principio stabilito per la prima volta, in base alle modifiche introdotte dalla cd. legge "Carotti", con la sentenza 6 luglio 2001, n. 224.

[3] In questo senso, da ultimo, Cass., Sez. II, 10 febbraio 2012, n. 16345, Lucente, in *C.e.d. Cass*, n. 252233; nello stesso senso, in precedenza, Cass., Sez. I, 30 settembre 2009, n. 40159, Castronovo, *ivi*, n. 245203; Cass., Sez. V, 6 giugno 2008, n. 33356, Bianchi, *ivi*, n. 241390; Cass., Sez. II, 8 febbraio 2000, n. 734, Zara, n. 215700; Cass., Sez. VI, 5 marzo 1998, n. 776, Berlusconi, *ivi*, n. 211959.

[4] Si veda in particolare quanto osservato nella citata sentenza cella Cassazione n. 776 del 1998: « *La violazione dell'art. 24, 2^a comma, Cost., sotto il profilo della limitazione del diritto di difesa, viene invocata dal ricorrente in base alla considerazione della definitività e della insindacabilità del provvedimento presidenziale sulla dichiarazione di astensione, che impedirebbe all'imputato di far valere il proprio diritto ad essere giudicato da un giudice imparziale preconstituito per legge; ma anche detta prospettazione non può essere condivisa. Invero - data la funzione preventiva cui assolve l'istituto della astensione e della quale è espressione la norma dell'art. 39 c.p.p., che demanda innanzitutto alla obbligatoria, personale e spontanea iniziativa del giudice la rimozione di cause di incompatibilità - nel caso in cui la dichiarazione di astensione viene accolta, nessun pregiudizio può derivare all'imputato dalla definitività del provvedimento e dalla sua insindacabilità risultandone tutelata, con la integrità ed il prestigio della giurisdizione, la imparzialità e la indipendenza del giudice. Nel caso in cui, invece, la dichiarazione di astensione non venga accolta, non per ciò deriva all'imputato il pregiudizio di una minorata sua difesa a fronte di una situazione di sospetto di parzialità, in quanto, la pronuncia negativa sulla astensione non impedisce, relativamente alla medesima causa di denunciata incompatibilità, di provocarne un successivo esame a seguito di istanza di ricusazione non preclusa, in procedimento formale ex art. 127 c.p.p., rispettoso del principio del contraddittorio e del diritto di difesa ex art. 24, 2^a comma, Cost.*».

[5] Ad esempio, Cass., sentenza n. 33356 del 2008, cit.

[6] Per la verità, la tendenza ad «anticipare» con regole tabellari dichiarazioni di astensione che sarebbero ineluttabili produce nei fatti, presso gli uffici ove è costituita un'autonoma sezione del giudice per le indagini preliminari, un «trasferimento» del potere di appressamento dal presidente del Tribunale a quello della sezione. Ma non è questa la sede

per approfondire il tema. Si veda comunque, in proposito, il provvedimento del Presidente agg. dell'Ufficio g.i.p. di Milano in data 5 maggio 2011, in questa Rivista.

[7] Corte cost., ord. 16 aprile 1999, n. 123.

[8] Cass., Sez. III, 10 ottobre 1996, n. 3438, Montini Trotti, in *C.e.d. Cass.*, n. 207026.

[9] Si tratta in effetti, e per quanto risulta dalla massima ufficiale, dell'unica pronuncia che abbia ammesso per il giudice **ricusato** la possibilità di ricorrere per cassazione contro il provvedimento che lo riguarda. In diverse altre occasioni è stato affermato il principio esattamente opposto: Cass., Sez. V, 28 maggio 2008, n. 30608, Tommasino, *ivi*, n. 240842; Cass., Sez. V, 11 giugno 1996, n. 2891, Lignola, *ivi*, n. 205715; Cass., Sez. VI, 23 aprile 1993, n. 1140, Rotunno, *ivi*, n. 194434).

[10] Si veda ad esempio la decisione citata alla nota 7 che precede.

[11] Va anche ricordato, per quanto possa valere, che la celebrazione del giudizio ad opera del giudice incompatibile **non è causa di nullità** della decisione: Cass. pen., Sez. un., 27 gennaio 2011, n. 23122, in *Guida dir.* 2011, 29, 69.

[12] In proposito anche la già citata ordinanza della Corte costituzionale n. 123 del 1999: «*le ipotesi in cui il giudice è esonerato da tale dovere, in quanto eccezionali, sono tipiche e tassativamente predeterminate dal legislatore, senza alcun margine di discrezionalità*».

[13] Anche nell'ulteriore giudizio *a quo*, comunque, il giudice aveva già valutato una fattispecie associativo prendendo in considerazione anche la posizione degli imputati sottoposti a separato e successivo procedimento.

[14] Incompatibilità la cui sussistenza la giurisprudenza ordinaria ha costantemente escluso: Cass., Sez. VI, 6 novembre 2002, n. 8137/03, Cragnotti, in *C.e.d. Cass.*, n. 224860; Cass., Sez. VI, 5 marzo 2003, n. 31704, Fezga, in *Giust. pen.* 2004, III, 714; Cass., Sez. II 12 febbraio 2009, n. 8613, Accardo e altri, in *C.e.d. Cass.*, n. 243312.

[15] L'ordinanza è notevole per la concisa esposizione di un completo quadro dell'orientamento della Consulta sul tema: «*se il pregiudizio che si assume lesivo dell'imparzialità del giudice deriva da attività da questi compiute al di fuori del giudizio in cui è chiamato a decidere - siano esse attività non giudiziarie o attività giudiziarie svolte in altro giudizio -, si verte nell'ambito di applicazione degli istituti dell'astensione e della ricusazione (artt. 36 e 37 cod. proc. pen.), anch'essi preordinati alla salvaguardia delle esigenze di imparzialità della funzione giudicante, ma secondo una logica a posteriori e in concreto (...) in particolare, pur non potendo escludersi che, per il peculiare atteggiarsi delle singole fattispecie, l'attività che il giudice abbia compiuto in un precedente procedimento possa determinare un pregiudizio alla sua imparzialità nel successivo procedimento a carico di altro o di altri concorrenti, in simili casi - al di là delle ipotesi*

particolari che hanno dato luogo alle sentenze n. 371 del 1996 e n. 241 del 1999 - soccorre sia l'art. 36, comma 1, lettera h), cod. proc. pen., nell'interpretazione non restrittiva alla quale vincola il principio del giusto processo (sentenza n. 113 del 2000), sia l'art. 37 cod. proc. pen., come risultante dalla sentenza n. 283 del 2000 di questa Corte, attribuendosi in tal modo ai più duttili strumenti dell'astensione e della ricusazione il compito di realizzare il principio del giusto processo attraverso valutazioni caso per caso e senza oneri preventivi di organizzazione delle attività processuali (...) lo strumento di tutela contro l'eventuale pregiudizio all'imparzialità del giudice - pregiudizio da accertarsi in concreto -, derivante da una sua precedente attività compiuta in un separato procedimento nei confronti di coimputati del medesimo fatto-reato, non può essere ravvisato in ulteriori pronunce sull'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., ma deve essere ricercato nell'ambito degli istituti dell'astensione e della ricusazione».

[16] A mero titolo di esempio, si veda la sentenza 13 aprile 2000, n. 113: «*nella naturale unitarietà delle figure di concorso, alla comunanza dell'imputazione fa riscontro una pluralità di condotte distintamente ascrivibili a ciascuno dei concorrenti, le quali, ai fini del giudizio di responsabilità, devono formare oggetto di autonome valutazioni, suscettibili di sfociare in un accertamento positivo nell'un caso e negativo nell'altro*». Il principio era stato ribadito finanche nella stessa sentenza n. 371 del 1996: «*l'autonomia delle posizioni di ciascun concorrente consente, pur nella naturalistica unitarietà della fattispecie di concorso, una segmentazione di processi e la scomposizione del fatto in una pluralità di condotte autonomamente valutabili in processi distinti, senza che la decisione dell'uno debba influenzare quella dell'altro*».

[17] Si veda, a titolo di esempio, l'ordinanza della Corte costituzionale in data 18 giugno 2003, n. 218. Icasticamente, in precedenza, la sentenza 1 ottobre 1997, n. 308 : «*quando i due termini della relazione di incompatibilità intercorrono tra procedimenti diversi, sia penali che non penali, si è fuori dal modello di incompatibilità delineato dall'art. 34 cod. proc. pen. (salvo l'estensione ai procedimenti diversi operata, nei limiti sopra indicati, dalla sentenza n. 371 del 1996): in tali casi, ove si accerti che - non importa se legittimamente o illegittimamente - è stata espressa una valutazione di responsabilità con effetti pregiudicanti per le successive funzioni giurisdizionali, la tutela dell'imparzialità deve essere assicurata mediante gli istituti dell'astensione o della ricusazione*». Lo strumento della **ricusazione** è stato **implementato** mediante la sentenza della Corte costituzionale in data 6 luglio 2000, n. 283, dichiarativa della **illegittimità costituzionale** dell'art. 37, comma 1, c.p.p. nella parte in cui non prevede che possa essere ricusato dalle parti il giudice che, chiamato a decidere sulla responsabilità di un imputato, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una **valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto**.

[18] In questo senso la Consulta si è pronunciata ripetutamente. Si vedano, ad esempio,

l'ordinanza 12 aprile 1999, n. 127 e l'ordinanza 24 giugno 1999, n. 281.

[19] Cass., Sez. I, 9 ottobre 2002, n. 35628, Pellegrino, in *C.e.d. Cass.*, n. 222334; Cass., Sez. VI, 27 settembre 2005, n. 30209, Buda, in *Cass. pen.* 2007, 2072; Cass., Sez. VI, 1 dicembre 2005, n. 4297/06, Cesarano, in *C.e.d. Cass.*, n. 233690.

[20] Merita almeno una menzione la eccezione di inammissibilità proposta dalla **Avvocatura generale dello Stato**, secondo cui le questioni sarebbero state sollevate in un **procedimento non giurisdizionale**, quale pacificamente (cfr. *supra*) è quello che si apre con la dichiarazione di astensione e si chiude con il pertinente decreto del capo dell'ufficio. La Corte ha lapidariamente replicato: « *poiché le questioni sono state sollevate nel corso del giudizio penale dallo stesso giudice che procede, la natura giuridica del provvedimento del dirigente dell'ufficio che decide sulla dichiarazione di astensione, quale che essa sia, non assume alcun rilievo* ».

[21] Per un esempio recente di dichiarata inammissibilità d'una questione in rapporto di pregiudizialità necessaria rispetto ad altra questione dichiarata inammissibile con la medesima sentenza, si veda Corte cost., 4 giugno 2012, n. 140.

[22] Si tratta di una citazione tratta dalla ordinanza n. 441 del 2001, già sopra richiamata.