

8 MARZO 2017 |

ENRICO ANDOLFATTO,

## PROFILI DI INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE AL VAGLIO DELLA CONSULTA: QUESTIONI IN TEMA DI UDIENZA PRELIMINARE E DI MESSA ALLA PROVA

NOTA A C. COST., SENT. 7 DICEMBRE 2016 (DEP. 24 GENNAIO 2017), N. 18, PRES. GROSSI, EST. MODUGNO ED A C. COST., ORD. 7 DICEMBRE 2016 (DEP. 24 GENNAIO 2017), N. 19, PRES. GROSSI, EST. MODUGNO

Per leggere il testo delle decisioni annotate, clicca sui link che seguono: [sent. 18/2017](#) – [ord. 19/2017](#)

**1.** L'art. 34 c.p.p., che disciplina i casi di **incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nel procedimento**, è già stato oggetto, in passato, di numerose pronunce additive da parte della Corte Costituzionale; con le decisioni in esame, la Corte si è nuovamente pronunciata – questa volta, in senso negativo – su due nuove istanze di integrazione normativa avanzate dai giudici di merito.

**2.** La sentenza n. 18/2017 dichiara l'**infondatezza** della questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma II, c.p.p. “nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'**udienza preliminare** del giudice che, avendo ravvisato, nel corso della stessa udienza preliminare, un **fatto diverso da quello contestato**, abbia **invitato il Pubblico Ministero a procedere**, nei confronti dello stesso imputato e per il medesimo fatto storico, **alla modifica dell'imputazione**, invito cui il Pubblico Ministero abbia aderito”.

Nel giudizio *a quo*, infatti, il G.U.P. – ritenuto che i fatti accertati fossero diversi da come descritti nell'imputazione – aveva invitato il Pubblico Ministero a modificare l'imputazione; all'accoglimento dell'invito da parte del P.M., il difensore dell'imputato aveva eccepito l'incompatibilità del giudice a celebrare il prosieguo dell'udienza preliminare, sul presupposto per il quale egli avrebbe già compiuto un'**incisiva deliberazione sulla regiudicanda**. Il giudice rimettente, nella propria ordinanza, osserva come il proprio invito al P.M. sia stato pienamente legittimo e rispondente al dettato della consolidata giurisprudenza di legittimità<sup>[1]</sup>; peraltro, lo stesso giudice dubita della propria capacità a celebrare l'udienza, rilevando come i **precedenti interventi in materia della Corte Costituzionale** avessero sempre escluso la possibilità di pronunciarsi ad un giudice che già si era espresso in modo penetrante sull'oggetto del giudizio<sup>[2]</sup>. Il giudice *a quo*, in sostanza, ritiene di essersi già parzialmente espresso nel merito; ritiene altresì che lo stallo così creatosi non sia superabile in via interpretativa, poiché ciò equivarrebbe ad un'estensione analogica dell'elenco tassativo delle cause di incompatibilità.

La Corte Costituzionale riconosce la bontà dell'operato del giudice rimettente, ma ne disattende le conclusioni in relazione alla questione posta: secondo la Consulta, infatti, il giudice *a quo* non tiene conto della decisiva circostanza per cui – secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale<sup>[3]</sup> – «affinché possa configurarsi una situazione di **incompatibilità**, [...] è necessario che la valutazione “**contenutistica**” sulla medesima regiudicanda si collochi in una precedente e distinta fase del procedimento, rispetto a quella della quale il giudice è attualmente investito»; diversamente, se non si preservasasse l'esigenza di “**continuità endofasica**”, si verrebbe a determinare «una assurda frammentazione del procedimento, che implicherebbe la necessità di disporre di tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere». In questa prospettiva, l'invito a modificare l'imputazione assume caratteri del tutto diversi dall'ordinanza di trasmissione degli atti e, dunque, rappresenta un “**rimedio endofasico**” che non richiede una successiva sostituzione della persona del giudice<sup>[4]</sup>.

**3.** L'ordinanza n. 19/2017, invece, dichiara la **manifesta inammissibilità** della questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 34, comma II, c.p.p. “nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di **giudice del dibattimento**, o del giudizio abbreviato, del giudice che abbia **respinto la richiesta dell'imputato di sospensione del procedimento con messa alla prova** sulla base dei parametri di cui all'art. 133 del codice penale”.

La recisa **decisione della Corte** è stata **assunta per motivi squisitamente procedurali**, ossia solamente in ragione del fatto che il giudice *a quo* aveva totalmente omesso di motivare la propria ordinanza, limitandosi a richiamare genericamente e *per relationem* l'eccezione sollevata dalla difesa<sup>[5]</sup>.

La questione sollevata, ad ogni modo, pare rilevante e merita **qualche appunto critico**.

La rimessione – come poc'anzi anticipato – verteva sulla potenziale incapacità del giudice *a quo* di procedere al dibattimento (o al giudizio abbreviato) dopo aver rigettato la richiesta dell'imputato di sospensione del procedimento con messa alla prova; ciò, in particolare, in ragione del fatto che il giudice – nel valutare e respingere l'istanza *ex art. 168-bis c.p.* – avrebbe già compiuto una penetrante delibazione sul fatto, utilizzando i parametri di commisurazione della pena.

Pare a chi scrive che la questione, così posta, potrebbe agevolmente ritenersi **infodata, quantomeno in relazione alle fattispecie approdate alla fase dibattimentale**. La valutazione sulla possibilità di ammettere l'imputato alla sospensione del procedimento con messa alla prova, infatti, verte – per espressa previsione legislativa (art. 464-*quater*, comma III, c.p.p.) – sull'**idoneità del programma di trattamento**; tale valutazione, in particolare, deve essere operata secondo i parametri dell'art. 133 c.p. e, proprio in ragione del riferimento normativo ai canoni del giudizio di gravità del reato, non v'è dubbio che essa debba essere **rapportata al fatto in contestazione**. Ciò premesso, si deve rilevare come il giudice del dibattimento non possa compiere alcuna delibazione di merito sulla fondatezza o meno dell'imputazione (fatta salva, ovviamente, la possibilità di pronunciare sentenza *ex art. 129 c.p.p.*, ove ne ricorrono gli stringenti presupposti): egli, infatti, non essendo in possesso di alcun atto d'indagine (salvi i casi di patologie procedurali nella formazione del fascicolo), non può che limitarsi semplicemente a “giudicare” un capo d'imputazione (o, meglio, la sua astratta gravità) relazionato ad un programma di trattamento. Dunque, anche qualora la sua valutazione di idoneità fosse negativa, essa non potrebbe pregiudicare in alcun modo la successiva celebrazione del giudizio ordinario o abbreviato.

Valutazioni contrarie potrebbero svilupparsi ragionando **in tema di udienza preliminare**, laddove il giudice può compiere una **delibazione più piena**, disponendo sin dall'origine – e, dunque, già nel formarsi del proprio convincimento sulla richiesta di sospensione *ex art. 168-bis c.p.* – anche del fascicolo del Pubblico Ministero: in questo caso, una decisione negativa sull'istanza di sospensione – contenendo inevitabilmente un giudizio di idoneità del programma di trattamento assunto anche a seguito di **valutazioni sulla gravità del reato non limitate alla sola imputazione** – potrebbe condizionare, quantomeno in parte, la successiva celebrazione del giudizio abbreviato da parte dello stesso G.U.P.<sup>[6]</sup>.

Si deve segnalare, peraltro, come tutte le considerazioni sopra esposte potrebbero vanificarsi qualora si consolidasse in giurisprudenza l'affermazione, recentemente sostenuta proprio dalla Corte Costituzionale, secondo la quale l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova – pur producendo rilevanti effetti sostanziali – avrebbe una **“intrinseca dimensione processuale”**, tale da qualificarlo come **nuovo procedimento speciale** alternativo al giudizio<sup>[7]</sup>. Sposando quest'ultima tesi, non si può escludere una **possibile fondatezza** delle ragioni proposte nel giudizio *a quo*: infatti, qualificando la sospensione del giudizio con messa alla prova quale nuovo procedimento speciale, pare sostenibile la futura incompatibilità *tout court* del giudice che si sia pronunciato su un'istanza di rito alternativo<sup>[8]</sup>.

Non resta che attendere che la questione venga nuovamente sollevata, per conoscere la risposta definitiva della Corte Costituzionale.

[1] Sia il giudice *a quo* che la Corte Costituzionale, infatti, richiamano in proposito Cass., SSUU, sent. 20 dicembre 2007 (dep. 1 febbraio 2008), n. 5307, secondo la quale il “meccanismo correttivo” dato dall'invito a modificare l'imputazione deve considerarsi quale rimedio necessariamente prodromico alla trasmissione degli atti (applicabile analogicamente in udienza preliminare *ex art. 521, comma II, c.p.p.*); quest'ultima, se effettuata direttamente, senza applicazione del “correttivo”, deve essere considerata atto abnorme.

[2] Il riferimento, in particolare, va alle seguenti pronunce: C. Cost. 455/1994, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 34, comma II, c.p.p. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudizio del giudice che abbia, all'esito di precedente dibattimento, [...] ordinato la trasmissione degli atti al Pubblico Ministero a norma dell'art. 521, comma II, c.p.p.; C. Cost. 224/2001, con la quale la Consulta ha riconosciuto l'udienza preliminare come sede di giudizio pienamente suscettibile di essere pregiudicata da precedenti valutazioni in ordine alla medesima regiudicanda; C. Cost. 269/2003 e C. Cost. 400/2008, che hanno ribadito i principi precedentemente stabiliti Dalle altre sentenze qui citate.

[3] Si vedano, *ex plurimis*, C. Cost. 153/2012, 76/2007, 90/2004, 370/2000, 232/1999 177/1996 e 131/1996.

[4] La Corte, in particolare, osserva che «*l'invito con cui il giudice si fa promotore di una mutatio libelli viene, tra l'altro, impartito a conclusione dell'udienza preliminare, dopo che il confronto dialettico fra le parti e l'eventuale attività di integrazione probatoria si sono già svolti; è vero bensì che, sollecitando il Pubblico Ministero a modificare l'imputazione per diversità del fatto, il giudice esterna un convincimento sul merito della regiudicanda: ma lo fa come momento immediatamente prodromico alla decisione che è legittimamente chiamato ad assumere in quello stesso contesto».*

[5] Dalla motivazione dell'ordinanza in esame: «*per costante giurisprudenza di questa Corte, nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale non è ammessa la cosiddetta motivazione per relationem: stante il principio di autosufficienza dell'ordinanza di remissione, il giudice a quo deve rendere, infatti, esplicite le ragioni per le quali ritiene la questione non manifestamente infondata, facendole proprie, senza potersi limitare al mero rinvio a quelle evidenziate dalle parti in corso di giudizio».*

[6] È pur vero che il G.U.P., nella fisiologia dell'esercizio della sua funzione, avrebbe comunque piena conoscenza degli atti d'indagine, ma pare a chi scrive che un'eventuale rigetto della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova – implicando necessariamente un'anticipazione, in senso negativo per l'imputato, del giudizio di gravità del fatto – integrerebbe in questa sede, in caso di successiva condanna in abbreviato, un “pre-giudizio” quantomeno in termini di commisurazione della pena.

[7] Il riferimento è alla sentenza C. Cost. 240/2015; si osservi, peraltro, come la recentissima Cass., SSUU, sent. 31 marzo 2016 (dep. 1 settembre 2016), n. 36272, abbia sottolineato – nel riprendere la citata sentenza C. Cost. 240/2015 – come debba essere in ogni caso «*riconosciuta, soprattutto, la natura sostanziale [dell'istituto in esame]*».

[8] In modo non dissimile, infatti, C. Cost. 186/1992 ha stabilito l'incompatibilità al giudizio del giudice che abbia rigettato la richiesta di patteggiamento e C. Cost. 502/1991 ha dichiarato l'incompatibilità al giudizio del giudice che abbia rigettato la richiesta di decreto penale di condanna. Resta comunque, a parere di chi scrive, l'idea per la quale nella soluzione della questione dovrebbe essere data preminenza alla sostanza delle valutazioni compiute dal giudice: a riprova, si osservi come, nei due esempi poc'anzi riportati, l'incompatibilità riconosciuta dalla Consulta si collochi in seno a procedimenti (patteggiamento e decreto penale) nei quali il giudice, per potersi esprimere, valuta il fatto sulla base dell'intero fascicolo e non solamente dell'imputazione.