CORTE COSTITUZIONALE

Ordinanza **86/2013** (ECLI:IT:COST:2013:86)
Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**
Presidente: **GALLO** - Redattore: **LATTANZI**
Udienza Pubblica del **07/05/2013**; Decisione del **08/05/2013**
Deposito del **14/05/2013**; Pubblicazione in G. U. **15/05/2013**
Norme impugnate: Artt. 34, c. 2°, e 36, c. 1°, lett. g), e 3°, del codice di procedura penale.
Massime: **37052 37053 37054 37055**
Atti decisi: **ord. 57/2013**

ORDINANZA N. 86

ANNO 2013

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Franco GALLO; Giudici : Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI, Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Sergio MATTARELLA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO,

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli articoli 34, comma 2, e 36, comma 1, lettera g), e comma 3, del codice di procedura penale promosso dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Palermo nel procedimento penale a carico di L.P.C. ed altri con ordinanza del 25 febbraio 2013, iscritta al n. 57 del registro ordinanze 2013 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 12, prima serie speciale, dell'anno 2013.

Visti l'atto di costituzione di D.G.T., nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 7 maggio 2013 il Giudice relatore Giorgio Lattanzi;

uditi l'avvocato Giovanni Castronovo per D.G.T. e l'avvocato dello Stato Maurizio Greco per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto che, con ordinanza del 25 febbraio 2013 (r.o. n. 57 del 2013), il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Palermo ha sollevato: a) in riferimento agli articoli 3, 24, 25, 101 e 111 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 36, comma 1, lettera g), del codice di procedura penale, «nella lettura in combinato disposto con l'articolo 34» dello stesso codice, «nella parte in cui prevede che, nel caso in cui vi sia "incompatibilità del giudice 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»; b) in riferimento agli articoli 3, 24, 25, 101 e 111 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'articolo 36, comma 3, cod. proc. pen., «nella lettura in combinato disposto con l'articolo 34» dello stesso codice, «nella parte in cui prevede che, nel caso in cui vi sia "incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nel procedimento", il Presidente del Tribunale possa "decidere" discrezionalmente sull'astensione imponendo al giudice del rito abbreviato la prosecuzione del giudizio nel caso in cui lo stesso abbia definito l'udienza preliminare con il rinvio a giudizio di co-imputati per un reato associativo e/o plurisoggettivo»; c) in riferimento agli articoli 3, 24, 25 e 111 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'articolo 36 [recte 34], comma 2, cod. proc. pen., «nella lettura in combinato disposto con l'articolo 34» [recte 36] dello stesso codice, «nella parte in cui le parole "Non può partecipare al giudizio il giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare" siano interpretate nel senso di attribuire al giudice – che ha deciso l'udienza preliminare con il rinvio a giudizio di imputati per un reato associativo e/o plurisoggettivo – la possibilità di decidere anche il giudizio abbreviato nei confronti degli altri imputati per la stessa rubrica, essendo questi ultimi privati della possibile formula assolutoria "perché il fatto non sussiste"»; d) in riferimento agli articoli 3, 24, 25 e 111 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'articolo 36 [recte 34], comma 2, cod. proc. pen., «nella lettura in combinato disposto con l'articolo 34» [recte 36] dello stesso codice, «nella parte in cui le parole "Non può partecipare al giudizio il giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare" siano interpretate nel senso di permettere, comunque, la partecipazione al giudizio abbreviato da parte dello stesso giudice dell'udienza preliminare, che aveva già prima deciso, con il rinvio a giudizio e nei confronti di altri co-imputati, il processo relativo alla imputazione per reato associativo, plurisoggettivo e/o a partecipazione necessaria»;

che il giudice rimettente premette in punto di fatto che:

a) è stato investito della richiesta di rinvio a giudizio nei confronti di trenta persone imputate del delitto di associazione di tipo mafioso, del delitto di cui all'art. 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza) e di altri delitti (la maggior parte dei quali in concorso tra varie persone) e, nel corso dell'udienza preliminare, undici imputati avevano formulato richiesta di definizione del processo con il giudizio abbreviato, mentre per gli altri diciannove era stato disposto il rinvio a giudizio; b) egli sta procedendo, in sede di giudizio abbreviato, per il delitto di cui all'art. 416-bis del codice penale (capo A), per due episodi di tentata estorsione pluriaggravata (capi B e C), per i delitti di cui all'art. 74 (capo D) e 73 (capo E) del d.P.R. n. 309 del 1990, per alcune imputazioni di rapina (capi I ed N), di lesioni (capi L ed O), di furto pluriaggravato (capo M), di riciclaggio (capi R ed S) e di favoreggiamento (capo T); c) le imputazioni di cui ai capi A, B, C, D, E, R ed S erano state originariamente formulate anche nei

confronti delle persone già rinviate a giudizio; d) aveva presentato dichiarazione di astensione a norma dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. e anche per gravi ragioni di convenienza ai sensi dell'art. 36, comma 1, lettera h), cod. proc. pen., 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»; e) con provvedimento del 26 settembre 2012, il Presidente del Tribunale di Palermo, richiamando la sentenza della Corte di cassazione, seconda sezione penale, 12 febbraio 2009, n. 8613, non aveva accolto la dichiarazione di astensione; f) lo stesso Presidente del Tribunale, pochi giorni prima e in una situazione identica in diritto, aveva accolto la domanda di astensione, ritenendo l'incompatibilità del giudice a proseguire il giudizio; g) una volta iniziato il giudizio abbreviato, i difensori degli imputati avevano preannunciato una dichiarazione di ricusazione ma successivamente avevano eccepito l'illegittimità costituzionale: 1) in riferimento agli artt. 3, 111, secondo comma, e 117 Cost. in relazione all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848), dell'art. 34 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a giudicare del giudice dell'udienza preliminare che ha emesso il decreto che dispone il giudizio nei confronti degli imputati dello stesso procedimento; 2) in riferimento agli artt. 3, 24, 25 e 111 Cost., dello stesso art. 34 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla trattazione del giudizio abbreviato del giudice che, per reati associativi, abbia pronunciato, all'esito dell'udienza preliminare, il decreto che dispone il giudizio nei confronti di alcuni coimputati per i medesimi reati;

che il giudice rimettente osserva, in punto di diritto, che le due eccezioni proposte dalla difesa tendono alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 34 cod. proc. pen. per non aver previsto l'"inabilità" del giudice che ha già deciso l'esito dell'udienza preliminare a proseguire il giudizio nei confronti degli altri coimputati che hanno scelto il rito alternativo;

che, secondo il rimettente, è «evidente che il giudice (id est), con il rinvio a giudizio (lo dice la stessa parola), ha giudicato ed ha, quindi, espresso valutazioni di merito sull'accusa», e «tuttavia, non basta questa ragionevole constatazione a dare tutta la forza necessaria all'eccezione di (il)legittimità costituzionale per la semplice ragione che il codice di procedura penale – al suo articolo 34, comma 2 – ben prevede l'incompatibilità già in modo espresso: non si può chiedere, infatti, la declaratoria di incostituzionalità di qualcosa che si assume non prevista allorché essa è, invece, prevista»;

che, osserva ancora il rimettente, se l'art. 34 cod. proc. pen. prevede esplicitamente l'incompatibilità («Non può partecipare al giudizio il giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare»), sorge l'interrogativo su come sia stato possibile giungere, nel giudizio a quo, ad una situazione contraria a quella stabilita dalla norma;

che una prima risposta a tale interrogativo sarebbe individuabile nella tesi secondo cui il riferimento contenuto nell'art. 34 cod. proc. pen. al «giudizio» sarebbe relativo a «quello dibattimentale e che, quindi, l'impossibilità colpirebbe solo l'ipotesi che a giudicare il rinviato a giudizio sia lo stesso giudice che ha deciso il rinvio»;

che una diversa impostazione condurrebbe a connotare la norma in ragione dei soggetti del processo e delle singole posizioni processuali, sicché «lo stralcio processuale - generatosi dalla scelta di un rito alternativo - creerebbe una scissione anche in ordine alla (im)possibile partecipazione al giudizio»;

che da questa impostazione sarebbe derivata la ricerca della scindibilità o inscindibilità delle posizioni processuali e dei reati contestati, sulla base di una distinzione artificiosa e complessa;

che sarebbe, infatti, chiaro che il legislatore (in particolare quello del "giusto processo") avrebbe affermato «ciò che dalla norma è esplicitamente previsto», ossia che «il giudice che ha deciso l'esito del processo (processo nella sua globalità) preliminare (e senza alcuna distinzione di imputati e di imputazioni) non possa essere lo stesso che poi darà la sua decisione finale nel merito delle accuse (senza alcuna distinzione correlata alla tipologia di esito e, quindi, sia che essa decisione sia assunta attraverso un rito abbreviato o attraverso un vaglio di tipo dibattimentale)»;

che da questa impostazione discenderebbe la facoltà concessa al giudice di «scegliersi e autogiudicarsi compatibile o meno», magari rischiando la ricusazione, ma restando sempre dominus del rito e della sua celebrazione;

che, restando al giudice il solo strumento dell'astensione, in caso di rigetto della relativa dichiarazione, lo stesso dovrebbe procedere nonostante la sua stessa volontà contraria;

che il duplice paradosso riguardante «un'impossibilità che diventa dovere» e che «fa, di una facoltà concessa, una coazione» rappresenterebbe una «patologia» al cui superamento sarebbe indirizzata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal rimettente;

che, ricostruita l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e richiamata, in particolare, l'ordinanza n. 20 del 2004, il rimettente ne sottolinea le affermazioni secondo cui l'udienza preliminare sarebbe giudizio ad ogni effetto e solo il giudice potrebbe dire se sussista l'incompatibilità, rimarcando che «è l'astensione del giudice lo strumento attraverso cui il principio dell'incompatibilità (…) trova la sua naturale regolazione e, così, garanzia di giusto processo»;

che l'ordinanza n. 347 del 2010 della Corte costituzionale sembrerebbe rappresentare un'ulteriore evoluzione delineando «un'incompatibilità assoluta e non discrezionale del giudice», tale da essere destinata ad operare in casi, come quello in esame nel giudizio principale, in cui l'avere già affermato attraverso un decreto che dispone il giudizio la sussistenza di un fatto riguardante un reato commesso con la partecipazione di almeno tre persone, di cui due già chiamate a rispondere davanti al giudice dibattimentale (sicché il coimputato vedrebbe venir meno, nel giudizio abbreviato, la pronuncia assolutoria "perché il fatto non sussiste" a causa del rinvio a giudizio dei coimputati necessari), «deve – e non dovrebbe – comportare l'abbandono automatico del processo da parte del giudice con riassegnazione di natura tabellare e non in ragione di astensione»;

che, prosegue il rimettente, anche interpretando restrittivamente la pronuncia della Corte costituzionale, resterebbe il problema dell'astensione, che, da un lato, sarebbe espressione di un dovere procedimentale mirato ad evitare il sospetto di qualsiasi interesse nel processo, dovere rilevante in ambito disciplinare, mentre, dall'altro, rappresenterebbe il punto nevralgico della volontà del giudice («del suo sentirsi effettivamente terzo e serenamente lontano da ogni possibile o residuale sospetto di condizionamento»), così collocandosi in seno alla prerogativa costituzionale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) ed atteggiandosi a strumento di coscienza e di libertà di giudizio;

che, in questa seconda prospettiva, il giudice rimettente si chiede se sia rispettosa della Costituzione quella norma che – a fronte di un'incompatibilità dichiarata per effetto di legge processuale e della conseguente astensione – «obbliga il giudice a trattare il processo, contro la sua stessa volontà, rendendolo sospetto ex se e viziando, agli occhi delle difese, quel ruolo per manifestato possibile pregiudizio»;

che la risposta all'interrogativo dovrebbe essere nel senso dell'insussistenza di qualsiasi violazione nell'imporre al giudice la prosecuzione del giudizio se la legge prevedesse l'astensione e il suo rigetto, ma, sottolinea il rimettente, «nessuna norma prevede la possibilità

di rigetto dell'astensione» da parte del Presidente della corte o del tribunale, posto che il riferimento al «decide» contenuto nell'art. 36, comma 3, cod. proc. pen. «non per forza indica una facoltà di reiezione», ma avrebbe collocazione nel quadro delle prese d'atto e non nel contesto delle facoltà, soprattutto qualora l'astensione non si correli ad una condizione personale del giudice, ma alla rigida osservanza della legge;

che «lontani da questa logica si perviene al paradosso di un giudice che assume di non poter procedere per evitare la violazione di una legge ed il suo superiore che lo obbliga assumendo che quella legge non sarebbe, in realtà, violata», sicché, qualora l'astensione derivi da un'incompatibilità prevista dalla legge, «non vi può essere discretività accoglitiva»;

che la violazione di questo principio inciderebbe sul diritto di tutti i cittadini ad avere uguale trattamento ed un giudice naturale precostituito per legge;

che due situazioni giuridicamente uguali – come quelle oggetto dei difformi provvedimenti del Presidente del Tribunale di Palermo – «devono essere trattate in modo uguale, altrimenti la facoltà può agevolmente tracimare in un arbitrio senza controllo», determinando un effetto finale di disparità;

che un aspetto della consolidata interpretazione dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., mai vagliato dalla giurisprudenza costituzionale, sarebbe rappresentato dal rilievo che i coimputati di un reato plurisoggettivo che abbiano scelto il rito abbreviato sarebbero privati della possibilità del proscioglimento "perché il fatto non sussiste", in quanto «se è vero che il giudice che ha definito l'udienza preliminare può essere il giudice del rito abbreviato anche nei confronti dei restanti imputati per il reato associativo, sarà vero – parimenti – che quel giudice, attraverso l'emanazione del decreto che dispone il giudizio, avrà già affermato che il fatto associativo sussiste», circostanza, questa, che sarebbe processualmente certa per la mancata pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere con la formula, appunto, "perché il fatto non sussiste";

che il decreto che dispone il giudizio sarebbe l'interlocutoria, ma implicita, prova che per il giudice il fatto sussiste, il che priverebbe, in fatto, un imputato di una formula assolutoria, così creando una situazione di disparità di trattamento processuale integrante una violazione della regola del giusto processo;

che il rilievo troverebbe ulteriore riscontro nel caso di contestazione della circostanza aggravante del numero di persone superiore a cinque ex art. 112, primo comma, numero 1), cod. pen.;

che, al riguardo, si chiede il rimettente se possa dirsi terzo, imparziale e attore di un giusto processo il giudice che, avendo deciso il rinvio a giudizio di tre su cinque imputati (così implicitamente suffragando l'ipotesi della sussistenza della circostanza aggravante indicata), proceda nel giudizio abbreviato richiesto dagli altri due coimputati, avendo già affermato in sede preliminare la compartecipazione delle cinque persone nel reato;

che la decisione della Corte costituzionale sarebbe determinante al fine di stabilire se lo stesso giudice dovrà continuare a trattare il rito abbreviato, pur avendo deciso il rinvio a giudizio – sugli stessi capi d'imputazione e per reati associativi «pieni» – nei confronti di altri coimputati dello stesso processo;

che, per quanto riguarda la non manifesta infondatezza della questione, il primo periodo del comma 2 dell'art. 34 cod. proc. pen., così come interpretato fino ad oggi e come sarebbe dimostrato dagli accadimenti del processo principale, sarebbe in evidente contrasto con l'art. 101 Cost. «perché, 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»;

che non sarebbe conforme a 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 acquieta 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»;

che, diversamente interpretata, la norma sull'astensione sarebbe contraria all'ispirazione della Carta fondamentale;

che ulteriori profili di illegittimità costituzionale si riferirebbero agli artt. 3, 24, 25 e 111 Cost.;

che anche con riguardo all'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, all'inviolabilità della difesa, al giudice naturale e al giusto processo, l'interpretazione delineata avrebbe effetti sistematici paradossali come dimostrato dal confronto tra i «due provvedimenti resi dal Presidente del Tribunale, a soli pochi giorni l'uno dall'altro ed in una identica situazione in diritto: in un processo il giudice era dichiarato incompatibile, nell'altro, era obbligato al giudizio»;

che, ad ulteriore dimostrazione dell'assunto, il rimettente sottolinea che la definizione dell'udienza preliminare, con il rinvio a giudizio dei coimputati del reato plurisoggettivo, avrebbe come effetto l'impossibilità di emettere una pronuncia "perché il fatto non sussiste" nei confronti di chi abbia scelto il giudizio abbreviato, con evidente effetto di disparità di trattamento;

che, osserva infine il rimettente, fuori dalle certezze della libertà del giudice e dell'uguale trattamento di situazioni giuridicamente uguali, qualsiasi facoltà potrebbe tracimare in arbitrio;

che l'intervento della Corte costituzionale sarebbe, quindi, necessario per ristabilire i princìpi fondamentali in materia di prerogative del giudice e di giusta determinazione delle regole che il giudice stesso deve amministrare;

che è intervenuto nel giudizio di legittimità costituzionale il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o, comunque, non fondata;

che, anche nel caso di astensione obbligatoria, il dirigente dell'ufficio non potrebbe limitarsi ad una passiva ricezione e presa d'atto della dichiarazione del giudice, in quanto l'art. 36 cod. proc. pen. sarebbe ispirato alla necessità di contemperare i principi di terzietà e di imparzialità con quello, di pari rilievo costituzionale, del giudice naturale precostituito per legge, sicché sarebbe fondamentale riconoscere al dirigente dell'ufficio la facoltà di valutare la sussistenza delle circostanze dedotte a sostegno della dichiarazione stessa;

che la previsione normativa della necessaria valutazione del dirigente dell'ufficio sarebbe diretta ad evitare ingiustificate sottrazioni, da parte dei giudici, dalla trattazione di cause loro assegnate;

che, pertanto, da un lato, andrebbe escluso che il presidente del tribunale in relazione ad un motivo di astensione obbligatoria possa decidere discrezionalmente se sostituire o meno il giudice astenutosi, dall'altro, non potrebbe essergli legittimamente sottratto il sindacato circa la sussistenza dei presupposti invocati nella dichiarazione di astensione, proprio per scongiurare il pericolo di dichiarazioni non fondate e pretestuose;

che, osserva ancora l'Avvocatura dello Stato, anche il Consiglio superiore della magistratura ha precisato, in relazione alla dichiarazione di astensione proposta nel corso di procedimenti civili, che il presidente del tribunale ha il potere-dovere di verificare la sussistenza del denunciato motivo di astensione e che sullo stesso dirigente incombe ogni responsabilità in merito ad abusi eventualmente compiuti con le sue valutazioni;

che, richiamando l'orientamento della Corte di cassazione che riconosce natura amministrativa e non giurisdizionale al decreto presidenziale che decide sulla dichiarazione di astensione nel procedimento penale, l'Avvocatura dello Stato rileva che, in una decisione sulla legittimità costituzionale dell'art. 51 del codice di procedura civile, la Corte costituzionale ha escluso la natura giurisdizionale del procedimento a quo, dichiarando non ammissibile il giudizio di legittimità costituzionale (ordinanza n. 35 del 1988);

che la motivazione dell'ordinanza di rimessione, inoltre, farebbe trasparire il dubbio che il rimettente cerchi di utilizzare in modo improprio e distorto l'incidente di costituzionalità al fine di ottenere un inammissibile avallo interpretativo «finalizzato alla regolamentazione dei propri rapporti con il Capo dell'ufficio»;

che, con gli altri due profili di incostituzionalità erroneamente prospettati con riferimento all'art. 36, comma 2, cod. proc. pen., il rimettente sembrerebbe chiedere alla Corte costituzionale un intervento additivo di ulteriori ipotesi di astensione obbligatoria del giudice: nella sostanza, la questione sembrerebbe «diretta all'affermazione di una ulteriore causa di incompatibilità alla funzione di Giudice, il quale, dopo avere disposto il rinvio a giudizio di alcuni imputati, sia chiamato nello stesso procedimento a decidere con le forme del rito abbreviato nei confronti dei coimputati o degli altri imputati per il medesimo reato associativo e/o plurisoggettivo»;

che, secondo l'Avvocatura dello Stato, le questioni sarebbero inammissibili o comunque infondate, alla luce, in primo luogo, della impropria sovrapposizione compiuta dal rimettente dei due istituti dell'astensione e dell'incompatibilità, che, secondo la costante giurisprudenza della Corte costituzionale, pur preordinati alla garanzia dell'imparzialità del giudice, opererebbero su piani diversi: la prima a posteriori, in concreto e caso per caso; la seconda in astratto e in via preventiva;

che, in secondo luogo, sarebbe decisivo il rilievo che l'incompatibilità richiede il compimento delle precedenti valutazioni, anche di merito, in fasi diverse dello stesso procedimento e non nella stessa fase: nel caso di specie, invece, il giudice dell'udienza preliminare esaminerebbe nella stessa fase il materiale probatorio a carico di tutti gli imputati, disponendo il rinvio a giudizio per alcuni e decidendo nel merito per chi ha chiesto di procedere con rito abbreviato;

che la questione sarebbe, pertanto, inammissibile, in quanto l'ipotizzata violazione del principio di imparzialità non sembrerebbe rientrare nella sfera di applicazione dell'art. 34 cod. proc. pen.;

che, osserva ancora l'Avvocatura dello Stato, anche considerando il rito abbreviato chiesto da alcuni imputati come un procedimento separato e diverso dall'udienza preliminare svolta nei confronti dei coimputati, non vi sarebbe motivo di discostarsi dal costante indirizzo della giurisprudenza costituzionale secondo cui la sfera di applicazione dell'istituto dell'incompatibilità si riferisce a situazioni di pregiudizio per l'imparzialità del giudice che si verificano all'interno del medesimo procedimento, mentre, se il pregiudizio per l'imparzialità del giudice deriva da attività compiute in un procedimento diverso, il principio del giusto processo trova attuazione mediante i più duttili strumenti dell'astensione e della ricusazione, anch'essi preordinati alla salvaguardia delle esigenze di imparzialità della funzione giudicante, ma secondo una logica a posteriori e in concreto, senza oneri preventivi di organizzazione delle

attività processuali;

che è intervenuto nel giudizio di legittimità costituzionale l'imputato nel giudizio principale D.G.T., chiedendo l'accoglimento delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione;

che, richiamato l'orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui la declaratoria di illegittimità costituzionale presuppone l'impossibilità di dare della legge interpretazioni conformi alla Costituzione, la difesa dell'imputato sottolinea che nel giudizio principale tutti i meccanismi processuali sarebbero stati posti in essere allo scopo di evitare il dubbio di costituzionalità, ma ciò non sarebbe stato sufficiente a garantire il "giusto processo", sicché sarebbe necessaria la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 36, comma 1, lettera g), e comma 3 cod. proc. pen. in combinato disposto con l'art. 34 cod. proc. pen.;

che la difesa dell'imputato richiama quindi le numerose declaratorie di illegittimità costituzionale dell'art. 34 cod. proc. pen. e l'orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui le decisioni assunte nell'udienza preliminare devono essere annoverate tra i "giudizi" idonei a pregiudicarne altri e tra quelli pregiudicati da altri anteriori (sentenza n. 335 del 2002), nonché gli indirizzi della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 6 della CEDU;

che la giurisprudenza costituzionale avrebbe precisato, per un verso e in termini generali, le situazioni che rendono costituzionalmente necessaria la previsione dell'incompatibilità del giudice (sentenza n. 131 del 1996) e, per altro verso, l'effetto pregiudicante dell'attività giurisdizionale svolta dal giudice nell'udienza preliminare;

che l'adesione alle conclusioni fatte proprie dall'ordinanza di rimessione troverebbe fondamento nell'irragionevole disuguaglianza derivante dall'attuale assetto normativo, in forza del quale le parti, che denuncino l'incompatibilità del giudice, possono subire un diverso trattamento, posto che ad esse è dato solo di attivare procedimenti incidentali dall'esito discrezionale;

che sarebbe inoltre irragionevole l'impossibilità, per il giudice che abbia disposto il rinvio a giudizio e che ricopra anche la funzione di giudice del giudizio abbreviato, di emettere, nei confronti del coimputato del delitto plurisoggettivo, una pronuncia assolutoria per insussistenza del fatto;

che, in prossimità dell'udienza di discussione, la difesa dell'imputato nel giudizio principale ha depositato una memoria, contestando l'eccezione di inammissibilità proposta dall'Avvocatura dello Stato, secondo la quale la questione sollevata non sarebbe aderente alle problematiche sottese all'incidente di legittimità costituzionale e il rimettente avrebbe omesso di considerare che la censura proposta sarebbe una conseguenza necessaria di una realtà processuale impossibile da gestire secondo l'attuale assetto del codice di procedura penale;

che la questione di legittimità costituzionale avrebbe quale premessa necessaria la soggezione delle cause di astensione al principio di tassatività, sicché, riguardando il controllo di legittimità costituzionale il tema dell'incompatibilità di cui all'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., l'accoglimento della questione comporterebbe l'inserimento nel codice di procedura penale della previsione dell'incompatibilità del giudice dell'udienza preliminare che abbia rinviato a giudizio alcuni imputati, trovandosi poi a dover emettere la sentenza di primo grado nei confronti degli altri imputati, iscritti nel medesimo procedimento, che abbiano chiesto il giudizio abbreviato;

che soltanto annoverando tale condizione del giudice tra le cause di astensione il presidente della corte o del tribunale sarebbe obbligato a pronunciarsi con decreto favorevole;

che la premessa sarebbe ancorata alla configurabilità del decreto che dispone il giudizio come provvedimento giudiziario che, al pari di una sentenza, rende il giudice che lo ha emesso

incompatibile a giudicare i coimputati nelle forme del giudizio abbreviato;

che, con riferimento alla più favorevole formula assolutoria "perché il fatto non sussiste", la difesa dell'imputato nel giudizio principale osserva inoltre che, qualora il giudice dell'udienza preliminare abbia ritenuto probabile l'esistenza dell'associazione mafiosa e dei delitti-fine al punto di considerare possibile sostenere l'accusa in giudizio, nel momento valutativo immediatamente successivo – la celebrazione del giudizio abbreviato nei confronti degli altri coimputati – lo stesso giudice non potrebbe rinnegare la fondatezza dell'accusa quanto alla sussistenza del fatto;

che la pronuncia della sentenza da parte dello stesso giudice dell'udienza preliminare porterebbe all'eliminazione anticipata della formula assolutoria più favorevole, facendo soffrire all'imputato un'inspiegabile diseguaglianza in violazione dell'art. 3 Cost.;

che anche l'Avvocatura Generale dello Stato ha depositato, in prossimità dell'udienza di discussione, una memoria illustrativa, insistendo nelle conclusioni di cui all'atto di intervento;

che, sottolineati alcuni profili della normativa del codice di procedura penale sul giudice, l'Avvocatura dello Stato richiama l'orientamento della giurisprudenza costituzionale che ha esteso la previsione dell'incompatibilità del giudice che precedentemente abbia avuto modo di delibare la responsabilità dell'indagato/imputato alle «funzioni di giudice del dibattimento e di g.i.p./g.u.p.» chiamati a decidere sull'imputazione;

che, osserva ancora l'Avvocatura dello Stato, tra la condizione, presunta pregiudicante, di avere emesso il decreto che dispone il giudizio nei confronti di alcuni coimputati e quella, presunta pregiudicata, di dover decidere il processo nei confronti di altri coimputati allo stato degli atti, non vi potrebbe essere alcuna situazione di incompatibilità;

che, infatti, nonostante l'ampliamento dei poteri di iniziativa probatoria del giudice dell'udienza preliminare, la sua giurisdizione resterebbe prevalentemente una giurisdizione di garanzia, di controllo della fondatezza del materiale raccolto dal pubblico ministero durante le indagini preliminari: la funzione dell'udienza preliminare sarebbe sostanzialmente di filtro, al fine di evitare che vengano portati a giudizio processi inutili e di bloccare richieste di rinvio a giudizio azzardate;

che, perciò, le decisioni adottabili dal giudice dell'udienza preliminare difficilmente potrebbero considerarsi idonee a determinare un pregiudizio in ordine al merito dell'imputazione in capo allo stesso giudice, come confermerebbe la revocabilità della sentenza di non luogo a procedere;

che non sarebbe rilevante la considerazione secondo cui, emesso il decreto che dispone il giudizio e dovendo il medesimo giudice decidere all'esito del giudizio abbreviato, si priverebbero, nel rito speciale, gli imputati della formula assolutoria "perché il fatto non sussiste";

che astrattamente questa privazione non sussisterebbe in quanto l'esito del giudizio abbreviato dipenderebbe dalla reale consistenza del materiale raccolto nella fase delle indagini preliminari, mentre la formula terminativa dipenderebbe, in concreto, dalla valutazione probatoria compiuta dal giudice, una valutazione diversa e molto più approfondita del sommario «filtro delle imputazioni azzardate» attivato all'udienza preliminare;

che, osserva ancora l'Avvocatura dello Stato, l'art. 36, comma 3, cod. proc. pen. non potrebbe considerarsi incostituzionale, in quanto il controllo da parte del capo dell'ufficio sulle ragioni dell'astensione sarebbe necessario alla luce della natura eccezionale dell'astensione rispetto alla regola che prevede il dovere di giudicare, sicché il potere di controllo del presidente del tribunale si manifesterebbe in un atto amministrativo autoritativo sottratto ad

ogni mezzo di impugnazione, trattandosi di provvedimento meramente ordinatorio con effetti limitati nell'ambito dell'ufficio;

che, infine, l'Avvocatura dello Stato richiama l'ordinanza n. 123 del 1999 della Corte costituzionale e osserva che dell'eventuale ingiustizia del trattamento subìto con il decreto presidenziale non ci si potrebbe dolere in sede di giudizio incidentale di costituzionalità.

Considerato che il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Palermo ha sollevato: a) in riferimento agli articoli 3, 24, 25, 101 e 111 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 36, comma 1, lettera g), del codice di procedura penale, «nella lettura in combinato disposto con l'articolo 34» dello stesso codice, «nella parte in cui prevede che, nel caso in cui vi sia "incompatibilità del giudice 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»; b) in riferimento agli articoli 3, 24, 25, 101 e 111 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'articolo 36, comma 3, cod. proc. pen., «nella lettura in combinato disposto con l'articolo 34» dello stesso codice, «nella parte in cui prevede che, nel caso in cui vi sia "incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nel procedimento", il Presidente del Tribunale possa "decidere" discrezionalmente sull'astensione imponendo al giudice del rito abbreviato la prosecuzione del giudizio nel caso in cui lo stesso abbia definito l'udienza preliminare con il rinvio a giudizio di co-imputati per un reato associativo e/o plurisoggettivo»; c) in riferimento agli articoli 3, 24, 25 e 111 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'articolo 36 [recte 34], comma 2, cod. proc. pen., «nella lettura in combinato disposto con l'articolo 34» [recte 36] dello stesso codice, «nella parte in cui le parole "Non può partecipare al giudizio il giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare" siano interpretate nel senso di attribuire al giudice – che ha deciso l'udienza preliminare con il rinvio a giudizio di imputati per un reato associativo e/o plurisoggettivo – la possibilità di decidere anche il giudizio abbreviato nei confronti degli altri imputati per la stessa rubrica, essendo questi ultimi privati della possibile formula assolutoria "perché il fatto non sussiste"»; d) in riferimento agli articoli 3, 24, 25 e 111 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'articolo 36 [recte 34], comma 2, cod. proc. pen., «nella lettura in combinato disposto con l'articolo 34» [recte 36] dello stesso codice, «nella parte in cui le parole "Non può partecipare al giudizio il giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare" siano interpretate nel senso di permettere, comunque, la partecipazione al giudizio abbreviato da parte dello stesso giudice dell'udienza preliminare, che aveva già prima deciso, con il rinvio a giudizio e nei confronti di altri co-imputati, il processo relativo alla imputazione per reato associativo, plurisoggettivo e/o a partecipazione necessaria»;

che nell'enunciare la terza e la quarta questione l'ordinanza di rimessione ha fatto riferimento per errore all'art. 36, comma 2, cod. proc. pen., anziché all'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. (nonché, subito dopo, all'art. 34 anziché all'art. 36 cod. proc. pen.): infatti l'art. 36, comma 2, disciplina fattispecie del tutto estranee alle questioni in esame, mentre il periodo testualmente riportato dal rimettente è contenuto nel comma 2 dell'art. 34 cod. proc. pen., sicché, anche alla luce della motivazione dell'ordinanza, tali questioni devono intendersi riferite al «combinato disposto» degli artt. 34, comma 2, e 36 cod. proc. pen.;

che il giudice rimettente, dopo essere stato investito della richiesta di rinvio a giudizio nei confronti di trenta persone, imputate del delitto di associazione di tipo mafioso, del delitto di cui all'art. 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza) e di altri delitti (la maggior parte dei quali in concorso tra varie persone), ha disposto il rinvio a giudizio di diciannove imputati e ha separato i procedimenti relativi agli altri undici coimputati che avevano chiesto il giudizio abbreviato;

che rispetto a questi procedimenti il giudice rimettente aveva presentato dichiarazione di astensione, a norma dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. e anche per gravi ragioni di convenienza a norma dell'art. 36, comma 1, lettera h), cod. proc. pen., e il Presidente del Tribunale di Palermo, richiamando la sentenza della Corte di cassazione, seconda sezione penale, 12 febbraio 2009, n. 8613, non aveva accolto tale dichiarazione;

che in seguito a ciò il giudice rimettente ha sollevato, in relazione alla normativa sull'astensione, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 36 cod. proc. pen., riportate sotto le lettere a) e b), sul presupposto che l'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., con le parole «Non può partecipare al giudizio il giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare», preveda «esplicitamente», rispetto al giudizio abbreviato, l'incompatibilità del giudice che, all'esito dell'udienza preliminare, ha disposto il rinvio a giudizio dei coimputati;

che, per l'eventualità in cui si ritenga invece che questo caso di incompatibilità non sia già previsto, il giudice rimettente ha sollevato le altre due questioni riportate sotto le lettere c) e d);

che l'Avvocatura dello Stato ha eccepito l'inammissibilità di tutte le questioni, in quanto sarebbero state sollevate in un procedimento non giurisdizionale, come sarebbe confermato dall'orientamento giurisprudenziale che attribuisce natura amministrativa al provvedimento del dirigente dell'ufficio giudiziario che decide sulla dichiarazione di astensione del giudice penale;

che l'eccezione non è fondata;

che, infatti, 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;

che la prima e la seconda delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con l'ordinanza di rimessione devono essere dichiarate manifestamente inammissibili per un'altra ragione;

che tali questioni investono profili procedimentali della disciplina dell'astensione e sono volte a dedurre la lesione dei princìpi costituzionali, evocati dal rimettente, che deriverebbe dal carattere non vincolato, ossia non legato ad «automatismi» o a provvedimenti non discrezionali del dirigente dell'ufficio, della sostituzione del giudice che versi in una situazione di incompatibilità;

che la rilevanza della questione è legata al presupposto interpretativo dal quale muove il rimettente, secondo cui il legislatore avrebbe stabilito «ciò che dalla norma è esplicitamente previsto», ossia che «il giudice che ha deciso l'esito del processo (processo nella sua globalità) preliminare (e senza alcuna distinzione di imputati e di imputazioni) non possa essere lo stesso che poi darà la sua decisione finale nel merito delle accuse (senza alcuna distinzione correlata alla tipologia di esito e, quindi, sia che essa decisione sia assunta attraverso un rito abbreviato o attraverso un vaglio di tipo dibattimentale)»;

che tale presupposto è erroneo;

che, fuori dalla specifica ipotesi introdotta dalla sentenza di questa Corte n. 371 del 1996 (la cui esistenza non è stata dedotta dal giudice rimettente e non risulta dalla motivazione dell'ordinanza di rimessione), l'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., come in genere l'istituto dell'incompatibilità, si riferisce a situazioni di pregiudizio per l'imparzialità del giudice che si verificano all'interno del medesimo procedimento (sentenze n. 283 e n. 113 del 2000 e ordinanza n. 490 del 2002) e concernono perciò la medesima regiudicanda (sentenza n. 186 del

1992), sicché esso non comprende l'ipotesi del giudice che, dopo aver disposto il rinvio a giudizio di alcuni imputati, procede con il rito abbreviato nei confronti dei coimputati del medesimo reato;

che in questa ipotesi infatti ci si trova in presenza di diversi procedimenti, destinati, dopo la separazione, alcuni alla successiva definizione dibattimentale e altri alla trattazione nelle forme del giudizio abbreviato;

che rispetto a questi ultimi, perciò, non si determina una situazione di incompatibilità;

che 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;

che le altre due questioni di legittimità costituzionale sollevate dal rimettente sono invece manifestamente infondate;

che, con ciascuna di tali questioni, il giudice a quo assume che nella disciplina dei casi di incompatibilità regolati dall'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. vi sarebbe una lacuna da colmare attraverso una pronuncia additiva di questa Corte, perché non è previsto il caso in cui il giudice che ha disposto il rinvio a giudizio di alcuni imputati è chiamato a procedere con il rito abbreviato nei confronti dei coimputati concorrenti negli stessi reati;

che il vulnus denunciato dal rimettente non sussiste perché, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, nel caso di concorso di persone nel reato, «alla comunanza dell'imputazione fa riscontro una pluralità di condotte distintamente ascrivibili a ciascuno dei concorrenti, tali da formare oggetto di autonome valutazioni, scindibili l'una dall'altra, salve le ipotesi estreme, prese in esame dalle sentenze n. 371 del 1996 e n. 241 del 1999 e precisate da successive decisioni (v., in particolare, la sentenza n. 113 del 2000), che giustificano l'operatività dell'istituto dell'incompatibilità anche quando le funzioni pregiudicante e pregiudicata si collocano in procedimenti diversi» (ordinanza n. 367 del 2002, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a celebrare l'udienza preliminare del giudice che abbia già valutato la posizione degli imputati in altro processo definito con sentenza a seguito di giudizio abbreviato "nei confronti di coimputati concorrenti necessari" nel medesimo reato);

che «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» (ordinanza n. 441 del 2001, in una fattispecie analoga a quella del giudizio a quo), sicché, in ogni ipotesi, «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» (ordinanza n. 441 del 2001);

che, pertanto, «tenuto conto della diversa sfera di operatività degli istituti

dell’incompatibilità e dell’astensione-ricusazione, egualmente preordinati alla piena tutela del principio del giusto processo» (ordinanza n. 367 del 2002), la terza e la quarta questione sono manifestamente infondate.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell’articolo 36, comma 1, lettera g), del codice di procedura penale, in combinato disposto con l’articolo 34 dello stesso codice, e dell’articolo 36, comma 3, del codice di procedura penale, in combinato disposto con l’articolo 34 dello stesso codice, sollevate, in riferimento agli articoli 3, 24, 25, 101 e 111 della Costituzione, dal Giudice dell’udienza preliminare del Tribunale di Palermo con l’ordinanza indicata in epigrafe;

2) dichiara la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell’articolo 34, comma 2, del codice di procedura penale, in combinato disposto con l’articolo 36 dello stesso codice, sollevate, in riferimento agli articoli 3, 24, 25 e 111 della Costituzione, dal Giudice dell’udienza preliminare del Tribunale di Palermo con la medesima ordinanza.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, l'8 maggio 2013.

F.to:

Franco GALLO, Presidente

Giorgio LATTANZI, Redattore

Gabriella MELATTI, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 14 maggio 2013.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Gabriella MELATTI

Le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale sono pubblicate nella prima serie speciale della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (a norma degli artt. 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839 e 21 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 1985, n. 1092) e nella Raccolta Ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale (a norma dell'art. 29 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, approvate dalla Corte costituzionale il 16 marzo 1956).

Il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale fa interamente fede e prevale in caso di divergenza.