CORTE COSTITUZIONALE

Sentenza **66/2019** (ECLI:IT:COST:2019:66)
Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**
Presidente: **LATTANZI** - Redattore: **MODUGNO**
Camera di Consiglio del **23/01/2019**; Decisione del **23/01/2019**
Deposito del **29/03/2019**; Pubblicazione in G. U. **03/04/2019**
Norme impugnate: Art. 34, c. 2°, del codice di procedura penale.
Massime: **42110 42111 42112 42113**
Atti decisi: **ord. 160/2017**

SENTENZA N. 66

ANNO 2019

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Giorgio LATTANZI; Giudici : Marta CARTABIA, Mario Rosario MORELLI, Giancarlo CORAGGIO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, del codice di procedura penale, promosso dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Napoli, nel procedimento penale a carico di C. F., con ordinanza del 12 maggio 2017, iscritta al n. 160 del registro ordinanze 2017 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 46, prima serie speciale, dell'anno 2017.

Visto l'atto di intervento del Presidente Consiglio dei ministri;

udito nella camera di consiglio del 23 gennaio 2019 il Giudice relatore Franco Modugno.

Ritenuto in fatto

1.– Con ordinanza del 12 maggio 2017, il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Napoli ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, del codice di procedura penale, 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.

1.1.– Il rimettente riferisce che, nel processo principale, il pubblico ministero aveva chiesto il rinvio a giudizio dell'imputato per i reati di divulgazione di materiale pornografico minorile (art. 600-ter, terzo comma, del codice penale) e di tentata violenza privata (artt. 56 e 610 cod. pen.).

All'udienza preliminare del 3 giugno 2015, il giudice a quo, ritenendo che i fatti accertati fossero diversi da come contestati, aveva invitato, con ordinanza, il pubblico ministero a modificare l'imputazione. Ciò, sulla base dell'indirizzo giurisprudenziale, consolidato a seguito dell'intervento delle sezioni unite della Corte di cassazione, secondo il quale il giudice, quando accerta nell'udienza preliminare che il fatto è diverso da come descritto nella richiesta di rinvio a giudizio, deve in prima battuta invitare il pubblico ministero a modificare l'imputazione e, solo ove il rappresentante della pubblica accusa non si adegui all'invito, disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero in applicazione analogica dell'art. 521, comma 2, cod. proc. pen., determinando la regressione del procedimento a una fase anteriore (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 20 dicembre 2007-1° febbraio 2008, n. 5307).

Aderendo all'invito, il pubblico ministero aveva modificato l'imputazione, contestando all'imputato i delitti di produzione di materiale pornografico minorile (art. 600-ter, primo comma, cod. pen.) e di atti persecutori (art. 612-bis, primo, secondo e terzo comma, cod. pen.).

Di seguito a ciò, il rimettente aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., 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 al quale il pubblico ministero abbia aderito.

La questione era stata dichiarata non fondata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 18 del 2017.

La Corte aveva riconosciuto che, sollecitando il pubblico ministero a modificare l'imputazione per diversità del fatto, il giudice effettua una penetrante delibazione sul merito della regiudicanda, «non dissimile da quella che, in mancanza di una valutazione della diversità del fatto, conduce alla definizione con sentenza del giudizio di merito». Malgrado ciò, aveva rigettato la questione, in quanto, nell'ipotesi in esame, la valutazione contenutistica sulla medesima regiudicanda non si colloca in una fase precedente e distinta del procedimento –

come invece nel caso della trasmissione degli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 521, comma 2, cod. proc. pen., che determina la regressione del procedimento – ma nella medesima fase. Al riguardo, la Corte aveva richiamato la propria costante giurisprudenza, secondo la quale «affinché possa configurarsi una situazione di incompatibilità – nel senso dell'esigenza costituzionale della relativa previsione, in funzione di tutela dei valori della terzietà e dell'imparzialità del giudice –, 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. È del tutto ragionevole, infatti, che, all'interno di ciascuna delle fasi – intese come sequenze ordinate di atti che possono implicare apprezzamenti incidentali, anche di merito, su quanto in esse risulti, prodromici alla decisione conclusiva – resti, in ogni caso, preservata l'esigenza di continuità e di globalità, venendosi altrimenti a determinare una assurda frammentazione del procedimento, che implicherebbe la necessità di disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere».

1.2.– Ciò premesso, il giudice a quo ritiene di dover sollevare nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., in parte qua, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6, paragrafo 1, CEDU.

In punto di ammissibilità, il rimettente osserva come, per costante giurisprudenza costituzionale, la preclusione alla riproposizione della questione nel corso dello stesso grado di giudizio operi solo allorché risultino identici tutti e tre gli elementi che compongono la questione stessa, vale a dire le norme censurate, i profili di incostituzionalità dedotti e le argomentazioni svolte a sostegno dell'asserita illegittimità costituzionale, a nulla rilevando l'analogia delle finalità perseguite. La nuova questione sollevata non incorrerebbe, quindi, nella preclusione, essendo del tutto diversa da quella dichiarata non fondata con la sentenza n. 18 del 2017, sia per parametro evocato, sia per corredo argomentativo.

Quanto, poi, alla non manifesta infondatezza, il rimettente assume che la norma denunciata si porrebbe in contrasto con l'art. 6, paragrafo 1, CEDU, nella parte in cui stabilisce che «[o]gni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] da un tribunale [...] imparziale», secondo l'interpretazione offerta dalla consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nelle numerose pronunce rese, la Corte di Strasburgo ha chiarito come, ai fini del rispetto del principio ora indicato, il tribunale debba essere imparziale soggettivamente e oggettivamente. Sotto il primo profilo (criterio soggettivo), nessun componente del tribunale deve avere pregiudizi personali verso l'imputato o un interesse personale a giudicare il singolo caso: tale imparzialità si presume fino a prova contraria. Sotto il secondo profilo (criterio oggettivo), occorre escludere ogni legittimo dubbio sull'imparzialità del giudice, anche apparente e non dipendente dalla sua condotta personale.

A questo proposito, la Corte di Strasburgo ha sottolineato come anche le apparenze possano avere una certa importanza, in quanto «non si deve fare solo giustizia, ma si deve anche vedere che essa è fatta». Ciò perché in una società democratica i giudici debbono ispirare fiducia nel pubblico, a cominciare dalle parti del processo.

Nel caso in esame, l'antinomia fra la norma interna e quella convenzionale si coglierebbe con riguardo al profilo oggettivo dell'imparzialità e il difetto risulterebbe di natura funzionale.

La Corte EDU ha chiarito che il solo fatto che il giudice penale investito del processo abbia assunto, nell'ambito del medesimo procedimento, decisioni sul caso il cui merito è poi chiamato a giudicare, comprese decisioni riguardanti la custodia cautelare, non comporta, di per sé, un difetto di imparzialità. Tuttavia, la natura e la portata di tali decisioni non sono irrilevanti, giacché nelle ipotesi in cui le stesse richiedano un «elevato grado di chiarezza» in

ordine al tema della responsabilità dell'imputato, ovvero vi sia coincidenza tra il profilo contenutistico della decisione preprocessuale e il merito della causa, l'imparzialità deve ritenersi minata.

In virtù dell'importanza assunta dalle apparenze, si deve ravvisare, in altri termini, una violazione del principio di imparzialità ogni qualvolta le attività poste in essere anteriormente dal giudice – non importa se nella stessa o in altra fase processuale – siano tali da comportare una sostanziale anticipazione del giudizio, sia per l'estensione dei poteri affidati, sia per l'approfondita conoscenza degli elementi di prova su cui poi sarà chiamato a rendere la sua decisione nel merito (sono citate, tra le altre, le sentenze della Corte EDU 15 gennaio 2015, Dragojević contro Croazia; 11 luglio 2013, Rudnichenko contro Ucraina; 25 luglio 2000, Tierce e altri contro San Marino; 26 ottobre 1984, De Cubber contro Belgio).

Nel caso in esame, la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto che il giudice, nel momento in cui invita il pubblico ministero a modificare l'imputazione per diversità del fatto, «esterna un convincimento sul merito della regiudicanda». Ciò basterebbe a inficiare la sua imparzialità, come intesa dalla Corte di Strasburgo, indipendentemente dal fatto che la delibazione sia stata effettuata nella stessa fase processuale, anziché in una fase precedente e distinta. Nell'interpretazione della Corte EDU – assolutamente consolidata – si dovrebbe tener conto, infatti, esclusivamente della natura e della portata della decisione incidentale adottata dal giudice, e non del momento in cui essa viene resa. La preesistenza di una valutazione sulla medesima regiudicanda, anche quando sia compiuta nella stessa fase, renderebbe infatti attuale e concreto il rischio che la valutazione conclusiva sulla responsabilità sia, o possa apparire, condizionata dalla propensione del giudice a confermare una precedente decisione: ipotesi nella quale la Corte EDU presumerebbe, «iuris et de iure», la sussistenza del pregiudizio.

La violazione della garanzia convenzionale dell'imparzialità si coglierebbe, peraltro, anche sotto un ulteriore profilo, sempre di natura funzionale.

Invitando il pubblico ministero a modificare l'imputazione per ritenuta diversità del fatto, il giudice non effettuerebbe soltanto una penetrante delibazione sul merito della regiudicanda, ma concorrerebbe anche all'esercizio della funzione tipica dell'accusa nel processo penale, vale a dire alla contestazione del fatto e, quindi, alla definizione dello stesso perimetro del giudizio.

Il rimettente rileva come l'assunzione, da parte del giudice, di compiti propri del pubblico ministero sia stata censurata dalla Corte europea nella recente sentenza 20 settembre 2016, Karelin contro Russia, in quanto idonea a determinare una confusione tra il ruolo dell'accusa e quello dell'organo giudicante, generando, quindi, legittimi dubbi sull'imparzialità di quest'ultimo. Nel caso deciso dalla citata sentenza, la confusione derivava dall'assenza di una qualsiasi autorità che rappresentasse l'accusa in giudizio. Tuttavia, dalla lettura della pronuncia emergerebbe come il principio affermato dalla Corte di Strasburgo assuma una valenza generale.

La riscontrata antinomia tra la norma censurata e l'art. 6, paragrafo 1, CEDU non potrebbe essere, d'altro canto, risolta in via interpretativa, in quanto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 18 del 2017 – vincolante, secondo il rimettente, nel giudizio a quo – ha affermato la compatibilità della norma stessa con gli artt. 3, 24 e 111 Cost.

Alla situazione considerata non potrebbe, per altro verso, farsi fronte – come pure emergerebbe dalla sentenza n. 18 del 2017 – mediante l'istituto dell'astensione, il quale – al pari di quello della ricusazione – mira a porre rimedio a comportamenti del giudice, anche estranei all'esercizio della funzione, che possono determinare un pregiudizio per l'imparzialità da apprezzare in concreto: mentre nel caso in discussione la configurabilità di un simile

pregiudizio è riscontrabile già sul piano astratto, in conseguenza della decisione precedentemente adottata.

Non vi sarebbe, d'altro canto, alcuna incompatibilità tra la garanzia dell'imparzialità del giudice di cui all'art. 6, paragrafo 1, CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, e la Costituzione, in particolare sotto il profilo del buon andamento dell'amministrazione della giustizia (art. 97 Cost.), avuto riguardo all'esigenza di evitare «una assurda frammentazione del procedimento, che implicherebbe la necessità di disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere». Nella prospettiva convenzionale, infatti, non tutti gli apprezzamenti incidentali sono idonei a compromettere l'imparzialità del giudice, ma solo quelli analoghi, nei contenuti, alle valutazioni richieste per la definizione del merito della causa.

La questione sarebbe, infine, senz'altro rilevante nel giudizio a quo, giacché, allo stato, il rimettente dovrebbe procedere alla celebrazione dell'udienza preliminare, pur avendo già effettuato una «penetrante delibazione del merito della regiudicanda».

2.– È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata infondata.

L'Avvocatura dello Stato osserva che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 18 del 2017, ha categoricamente escluso che, nell'ipotesi in esame, si renda costituzionalmente necessaria l'applicazione dell'istituto dell'incompatibilità. Allorché, infatti, la valutazione della medesima regiudicanda sia intervenuta – come nella specie – nella medesima fase processuale, «il provvedimento non costituisce anticipazione di un giudizio che deve essere instaurato, ma, al contrario, si inserisce nel giudizio del quale il Giudice è già correttamente investito senza che ne possa essere spogliato: anzi è la competenza ad adottare il provvedimento dal quale si vorrebbe far derivare l'incompatibilità che presuppone la competenza per il giudizio di merito e si giustifica in ragione di essa».

Tali principi non sarebbero superabili neppure nell'ottica del diverso parametro costituzionale oggi invocato dal giudice a quo. Il canone costituzionale dell'imparzialità e della terzietà del giudice, enunciato dall'art. 111, secondo comma, Cost. risulterebbe, infatti, sovrapponibile a quello previsto dall'art. 6, paragrafo 1, CEDU, sicché non vi sarebbero ragioni per pervenire a conclusioni diverse: né, d'altra parte, l'ordinanza di rimessione avrebbe prospettato argomenti significativi sul punto.

Considerato in diritto

1.– Il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Napoli dubita della legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, del codice di procedura penale, 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.

Ad avviso del giudice a quo, la disposizione censurata violerebbe l'art. 117, primo comma, della Costituzione, ponendosi in contrasto con l'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, nella parte in cui stabilisce che «[o]gni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata […] da un tribunale […] imparziale», così come interpretato dalla consolidata giurisprudenza della Corte europea

dei diritti dell'uomo.

Il contrasto denunciato si apprezzerebbe sotto un duplice profilo.

Per un verso, infatti, la penetrante delibazione del merito della medesima regiudicanda, insita nel provvedimento adottato dal giudice dell'udienza preliminare, comporterebbe il rischio che la valutazione conclusiva sulla responsabilità dell'imputato sia, o possa apparire, condizionata dalla propensione del giudice a confermare una propria precedente decisione: situazione nella quale – alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo – l'imparzialità del giudice deve ritenersi compromessa, indipendentemente dal fatto che la decisione sia intervenuta nella medesima o in altra fase processuale.

In secondo luogo, poi, invitando il pubblico ministero a modificare l'imputazione per ritenuta diversità del fatto, il giudice concorrerebbe all'esercizio della funzione tipica dell'accusa nel processo penale, di contestazione del fatto. Si determinerebbe, in tal modo, una commistione di ruoli parimente idonea, secondo la Corte EDU, a minare l'imparzialità dell'organo giudicante.

2.– La tematica che dà origine alla questione sottoposta all'esame di questa Corte è quella del controllo dell'imputazione da parte del giudice, con specifico riguardo all'ipotesi di accertamento della diversità del fatto.

Al riguardo, l'art. 521, comma 2, cod. proc. pen. prevede che il giudice, ove a conclusione del dibattimento accerti che il fatto è diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio, debba disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero, facendo così regredire il procedimento nella fase delle indagini preliminari.

Analoga disposizione non figura, per contro, nella disciplina dell'udienza preliminare. Facendo leva sul carattere di "fluidità" dell'imputazione in tale udienza e su esigenze di concentrazione e ragionevole durata del processo, le sezioni unite della Corte di cassazione hanno quindi ritenuto che, in caso di riscontrata diversità del fatto, il giudice dell'udienza preliminare debba, in prima battuta, invitare il pubblico ministero a modificare l'imputazione. Solo nel caso in cui il rappresentante della pubblica accusa non aderisca all'invito, il giudice può ricorrere al rimedio "regressivo" della trasmissione degli atti al pubblico ministero, in applicazione analogica del citato art. 521, comma 2, cod. proc. pen. (Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 20 dicembre 2007-1° febbraio 2008, n. 5307).

La pronuncia delle Sezioni unite attiene, in verità, all'ipotesi in cui l'imputazione risulti generica o indeterminata. Alla luce degli argomenti che sorreggono la decisione, essa risulta tuttavia riferibile anche all'ipotesi della diversità del fatto, come del resto ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità successiva.

3.– Secondo il rimettente, il meccanismo così delineato renderebbe costituzionalmente necessario un ampliamento delle ipotesi di incompatibilità del giudice previste dall'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., avuto riguardo, in particolare, al caso in cui il pubblico ministero aderisca all'invito (come nel giudizio principale).

Con una precedente ordinanza di rimessione, il giudice a quo aveva prospettato il dubbio di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost.

Nell'occasione, il rimettente aveva rilevato che – per affermazione di questa Corte – la trasmissione degli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 521, comma 2, cod. proc. pen. è provvedimento idoneo a pregiudicare, o a far apparire pregiudicata, l'imparzialità di giudizio del giudice che lo ha emesso, in ragione della cosiddetta forza della prevenzione (ossia della naturale tendenza a confermare una decisione già presa o a mantenere un atteggiamento già assunto). Allorché accerta che il fatto è diverso da come descritto nell'imputazione, il giudice

compie, infatti, una penetrante delibazione del merito della regiudicanda, non dissimile da quella che, in mancanza di una valutazione della diversità del fatto, conduce alla definizione con sentenza del giudizio di merito. Di qui l'esigenza costituzionale che il nuovo dibattimento (sentenza n. 455 del 1994) o la nuova udienza preliminare (sentenza n. 400 del 2008, ordinanza n. 269 del 2003), tenuti all'esito della predetta trasmissione per lo stesso fatto storico e nei confronti del medesimo imputato, siano attribuiti alla cognizione di altro giudice.

L'invito a modificare l'imputazione per accertata diversità del fatto – aveva ulteriormente osservato il rimettente – è atto omologo, per contenuto e funzioni, alla trasmissione degli atti ai sensi dell'art. 521, comma 2, cod. proc. pen. Anche tale invito dovrebbe essere considerato, pertanto, atto "pregiudicante": donde la necessità che il giudice che lo ha formulato venga reso incompatibile all'ulteriore esercizio, in quel processo, delle funzioni di giudice dell'udienza preliminare.

4.– Con la sentenza n. 18 del 2017, questa Corte ha negato validità al percorso argomentativo ora ricordato, rilevando come esso non tenesse conto di una «circostanza decisiva»: vale a dire del fatto che, per costante giurisprudenza della Corte stessa, «affinché possa configurarsi una situazione di incompatibilità – nel senso dell'esigenza costituzionale della relativa previsione, in funzione di tutela dei valori della terzietà e dell'imparzialità del giudice –, 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. È del tutto ragionevole, infatti, che, all'interno di ciascuna delle fasi – intese come sequenze ordinate di atti che possono implicare apprezzamenti incidentali, anche di merito, su quanto in esse risulti, prodromici alla decisione conclusiva – resti, in ogni caso, preservata l'esigenza di continuità e di globalità, venendosi altrimenti a determinare una assurda frammentazione del procedimento, che implicherebbe la necessità di disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere (ex plurimis, sentenze n. 153 del 2012, n. 177 e n. 131 del 1996; ordinanze n. 76 del 2007, n. 123 e n. 90 del 2004, n. 370 del 2000, n. 232 del 1999). In questi casi, "il provvedimento non costituisce anticipazione di un giudizio che deve essere instaurato, ma, al contrario, si inserisce nel giudizio del quale il giudice è già correttamente investito senza che ne possa essere spogliato: anzi è la competenza ad adottare il provvedimento dal quale si vorrebbe far derivare l'incompatibilità che presuppone la competenza per il giudizio di merito e si giustifica in ragione di essa" (sentenza n. 177 del 1996)».

Per questo verso, l'invito (accolto) a modificare l'imputazione non poteva essere quindi assimilato alla trasmissione degli atti al pubblico ministero. Quest'ultima determina, infatti, la regressione del procedimento: «la fase in corso davanti al giudice che l'ha emessa si chiude, e la fase che si aprirà all'esito delle iniziative del pubblico ministero […] sarà, in ogni modo, anche se omologa, una fase distinta e ulteriore». Al contrario, «l'invito a modificare l'imputazione rappresenta un rimedio "endofasico": dalla sua formulazione non deriva, dunque, alcuna incompatibilità del giudice all'ulteriore trattazione della medesima fase».

A supporto della conclusione, questa Corte ha altresì rilevato che l'invito alla mutatio libelli viene «impartito, in via di principio, 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; segnatamente, per evitare di doversi pronunciare su una imputazione che reputa non aderente alla realtà storica emersa dagli atti processuali. Resta dunque esclusa la configurabilità di una menomazione dell'imparzialità del giudice, atta a rendere costituzionalmente necessaria l'applicazione dell'istituto dell'incompatibilità».

5.– Con l'odierna ordinanza di rimessione, il giudice a quo ripropone, nel medesimo

giudizio, la richiesta di pronuncia additiva in rapporto a un diverso parametro, risultante dalla combinazione dell'art. 117, primo comma, Cost. con la norma sovranazionale interposta di cui all'art. 6, paragrafo 1, CEDU, nella parte in cui garantisce il diritto al giudizio di un giudice imparziale.

Secondo il rimettente, alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, una valutazione contenutistica sul merito della regiudicanda, quale quella insita nell'invito a modificare l'imputazione, comprometterebbe l'imparzialità del giudice sul piano oggettivo, a prescindere dalla circostanza che essa si collochi nella stessa o in altra fase processuale.

Inoltre, sollecitando il pubblico ministero a modificare l'imputazione, il giudice verrebbe a partecipare di una funzione tipica dell'accusa, con conseguente commistione di ruoli, anch'essa idonea – secondo la Corte EDU – a minarne l'imparzialità.

6.– Come correttamente ricordato dal giudice a quo, la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che, in presenza di una pronuncia di rigetto, l'effetto preclusivo alla riproposizione di questioni nel corso dello stesso giudizio, desumibile dall'art. 137, terzo comma, Cost., opera soltanto allorché risultino identici tutti e tre gli elementi che compongono la questione: ossia norme censurate, profili di incostituzionalità dedotti e argomentazioni svolte a sostegno della ritenuta incostituzionalità (sentenza n. 225 del 1994, ordinanza n. 183 del 2014). Ciò, a prescindere dall'«analogia delle finalità perseguite» (sentenza n. 113 del 2011).

Non sorgono, pertanto, problemi di ammissibilità dell'odierna questione sotto il profilo considerato. Pur nell'identità della norma censurata e del petitum, la questione risulta, infatti, diversa da quelle precedentemente sollevate dal rimettente in rapporto sia al parametro costituzionale, sia alle argomentazioni dedotte a supporto della denuncia di incostituzionalità.

7.– Nel merito, peraltro, la questione non è fondata.

Al riguardo, va osservato che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso in più occasioni che le garanzie in tema di equo processo, di cui all'evocato art. 6, paragrafo 1, CEDU, siano riferibili all'udienza preliminare prevista dalla legge processuale italiana, fatto salvo il caso in cui vengano adottati riti alternativi che conferiscano al giudice di tale udienza il potere di pronunciarsi sul merito delle accuse.

A questa conclusione la Corte di Strasburgo è pervenuta sia con specifico riguardo alla garanzia dell'imparzialità del giudice (decisione 12 febbraio 2004, De Lorenzo contro Italia), sia con riferimento ad altre garanzie contemplate dalla citata norma convenzionale, e segnatamente a quella della partecipazione dell'imputato al processo (decisione 6 novembre 2007, Hany contro Italia; sentenza 8 dicembre 2009, Previti contro Italia).

In proposito, la Corte EDU ha ribadito la propria costante giurisprudenza, secondo la quale, se pure l'art. 6 CEDU può venire in rilievo anche prima che sia adito il giudice del merito, tale disposizione ha, per finalità principale, nel campo penale – conformemente al suo tenore letterale – quella di assicurare un equo processo di fronte a un «tribunale» competente a decidere «sulla fondatezza di ogni accusa penale»: e, cioè – in particolare per quanto attiene alla garanzia dell'imparzialità – a stabilire se l'imputato sia colpevole o innocente (decisione 12 febbraio 2004, De Lorenzo contro Italia).

Nei casi sottoposti all'esame della Corte europea, per contro, il giudice dell'udienza preliminare si era limitato a decidere – in conformità alla funzione istituzionale di tale udienza – se l'imputato dovesse essere, o non, rinviato a giudizio (ossia se dovesse essere giudicato da un «tribunale»), senza affatto pronunciarsi sulla sua innocenza o colpevolezza.

La circostanza che in determinate ipotesi – e segnatamente quando siano richiesti riti alternativi (giudizio abbreviato o "patteggiamento") – il giudice dell'udienza preliminare possa

spingersi ad esaminare il merito delle accuse, resta priva di rilievo – sempre secondo la Corte EDU – laddove la predetta evenienza non si sia in concreto verificata.

Tale profilo risulta già di per sé dirimente ai fini del rigetto dell'odierna questione, posto che nel giudizio principale non consta esservi stata una richiesta di riti alternativi.

8.– Per completezza, va peraltro rilevato come in ordine ai criteri generali di valutazione dell'imparzialità del giudice, richiesta dall'art. 6, paragrafo 1, CEDU, sussista una giurisprudenza ampiamente consolidata della Corte di Strasburgo.

Al lume di essa, l'imparzialità deve essere apprezzata secondo due criteri: soggettivo e oggettivo.

Il criterio soggettivo consiste nello stabilire se dalle convinzioni personali e dal comportamento di un determinato giudice si possa desumere che egli abbia una idea preconcetta rispetto a una particolare controversia sottoposta al suo esame. Da questo punto di vista, l'imparzialità del giudice è presunta fino a prova contraria.

Il criterio oggettivo, che rileva in questo caso, impone di valutare se, a prescindere dalla condotta del giudice, esistano fatti verificabili che possano generare dubbi, oggettivamente giustificati, sulla sua imparzialità. Sotto questo aspetto, anche le apparenze possono avere una certa importanza: in altre parole, «non si deve solo fare giustizia, ma si deve anche vedere che è stata fatta». È in gioco, infatti, la fiducia che i tribunali in una società democratica debbono ispirare nel pubblico e, nel processo penale, anzitutto nell'accusato (ex plurimis, tra le più recenti, Corte EDU, sentenze 16 ottobre 2018, Daineliene contro Lituania; 31 ottobre 2017, Kamenos contro Cipro; 20 settembre 2016, Karelin contro Russia; Grande Camera, 23 aprile 2015, Morice contro Francia; 15 gennaio 2015, Dragojević contro Croazia).

Nella larga maggioranza dei casi, l'analisi della Corte europea si è, in effetti, focalizzata sul criterio oggettivo. La verifica ha riguardato, il più delle volte, collegamenti gerarchici o di altra natura tra il giudice e altri protagonisti del procedimento, ovvero – ed è l'aspetto che qui interessa – l'esercizio di differenti funzioni nell'ambito del processo da parte della stessa persona.

A quest'ultimo riguardo, la Corte di Strasburgo è costante nell'affermare che «[i]l semplice fatto che il giudice investito del processo abbia già adottato delle decisioni preprocessuali sulla causa, comprese decisioni in materia di custodia cautelare, non può di per sé giustificare timori sulla sua imparzialità; solo speciali circostanze possono giustificare una diversa conclusione […]. Ciò che conta è la portata e il carattere delle misure preprocessuali disposte dal giudice» (sentenza 15 gennaio 2015, Dragojević contro Croazia; in senso analogo, tra le molte, sentenze 22 aprile 2004, Cianetti contro Italia; 6 giugno 2000, Morel contro Francia).

Si ha mancanza di imparzialità oggettiva, in specie, quando la valutazione richiesta al giudice, o le espressioni concretamente utilizzate, implichino una sostanziale anticipazione di giudizio (in questo senso, tra le altre, sentenze 22 aprile 2004, Cianetti contro Italia; 25 luglio 2002, Perote Pellon contro Spagna), autorizzando a pensare che il giudice si sia già fatta una opinione sull'esistenza del delitto e la colpevolezza dell'imputato (sentenza 22 luglio 2008, Gomez de Liaño y Botella contro Spagna), essendosi pronunciato sugli elementi costitutivi dell'illecito (sentenza 24 giugno 2010, Mancel e Branquart contro Francia).

9.– Ciò posto, nella giurisprudenza della Corte EDU non si rinviene, per converso, una teorizzazione corrispondente a quella operata da questa Corte, riguardo alla non configurabilità di un pregiudizio all'imparzialità del giudice in conseguenza di valutazioni effettuate nell'ambito della medesima fase processuale.

Di fatto, peraltro, nella generalità dei casi – e anche nelle pronunce specificamente citate

dal giudice a quo – il pregiudizio all'imparzialità di tipo "funzionale" è stato collegato dalla Corte europea a decisioni assunte in altra e precedente fase del procedimento (tipici i casi dell'adozione di provvedimenti cautelari nella fase preprocessuale o la partecipazione a precedenti gradi di giudizio), ovvero in procedimenti distinti (quali quelli contro soggetti concorrenti nel medesimo reato).

Non constano, in ogni caso – né il giudice a quo ha indicato – pronunce della Corte EDU che abbiano ravvisato la lesione del principio di imparzialità in fattispecie analoghe a quella che qui interessa: quella, cioè, di un invito a modificare l'imputazione, rivolto dal giudice al pubblico ministero non solo nell'ambito della medesima fase processuale, ma anche «come momento immediatamente prodromico alla decisione che è – legittimamente – chiamato ad assumere in quello stesso contesto» (sentenza n. 18 del 2017) e, per giunta, non in vista di una pronuncia in ordine alla colpevolezza dell'imputato (essendo la potestà decisoria del giudice dell'udienza preliminare ristretta, di norma, all'alternativa tra sentenza di non luogo a procedere e rinvio a giudizio). Il che non consente di affermare che – alla luce della giurisprudenza della Corte europea (che per assumere rilievo ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. deve risultare consolidata, nei sensi precisati dalla sentenza n. 49 del 2015 di questa Corte) – la norma convenzionale evocata accordi al diritto della persona da giudicare, in rapporto alla specifica evenienza di cui si discute, una tutela più ampia di quella prefigurata dalla norma costituzionale interna – gemellare nell'ispirazione – di cui all'art. 111, secondo comma, della Carta fondamentale.

10.– Considerazioni analoghe, mutatis mutandis, possono formularsi in ordine al secondo profilo di asserito contrasto con la norma convenzionale, legato alla commistione tra le funzioni di giudice e quelle del pubblico ministero: e ciò a prescindere dal rilievo che, a livello interno, il divieto di cumulo delle funzioni di pubblico ministero e di giudice è stabilito, non già dal censurato comma 2 dell'art. 34 cod. proc. pen. (che regola la cosiddetta incompatibilità orizzontale derivante da provvedimenti adottati dal giudice in una precedente fase del procedimento), ma dal successivo comma 3 (che si occupa dell'incompatibilità conseguente allo svolgimento di compiti e funzioni non giurisdizionali).

Al riguardo, si deve rilevare che, secondo la giurisprudenza della Corte europea, la confusione tra le funzioni inquirenti e giudicanti è effettivamente idonea a minare l'imparzialità del giudice (per tutte, tra le ultime, sentenza 31 ottobre 2017, Kamenos contro Cipro): e ciò anche quando essa si realizzi all'interno della stessa fase del giudizio.

Di là, peraltro, dal caso particolare del giudice che abbia deciso di perseguire, giudicare e punire fatti di oltraggio commessi in suo danno in udienza (ipotesi "aggravata" dal fatto che, in essa, il giudice è anche persona offesa dal reato) (Grande Camera, sentenza 15 dicembre 2005, Kyprianou contro Cipro), il fenomeno che, per questo verso, è venuto segnatamente all'attenzione della Corte europea – e al quale si riferisce l'unica pronuncia richiamata dal rimettente (sentenza 20 settembre 2016, Karelin contro Russia) – è quello della totale assenza di un rappresentante dell'accusa in dibattimento (o in una parte rilevante delle relative udienze): assenza a fronte della quale i relativi compiti, anzitutto in tema di formazione della prova a carico dell'accusato, erano stati integralmente assunti, in sua vece, dal giudice (oltre alla pronuncia dianzi citata, sentenze 27 gennaio 2011, Krivoshapkin contro Russia; 18 maggio 2010, Ozerov contro Russia). Dunque, una ipotesi di commistione particolarmente significativa.

Il caso oggi in esame è, ictu oculi, sensibilmente distante da un simile paradigma. Nella specie, il giudice si limita a riscontrare, a conclusione dell'udienza preliminare, che il fatto risultante dagli elementi probatori addotti dalle parti è – per certi aspetti – diverso da come descritto nel capo di imputazione, e a invitare conseguentemente il pubblico ministero a esercitare il suo potere-dovere di modifica dell'imputazione nella stessa udienza preliminare (udienza che si caratterizza per la "fluidità" dell'imputazione, avendo, tra le sue funzioni, proprio quella di "cristallizzare" il tema d'accusa). Ciò, nell'ottica di evitare la regressione del

procedimento, in ossequio – nella visione delle sezioni unite della Corte di cassazione – a canoni di economia e concentrazione processuale.

Il pubblico ministero, dal canto suo – serbando intatto il suo ruolo di dominus del tema d'accusa – resta pienamente libero di aderire, o non, all'invito.

Anche per questo verso, dunque, il rimettente non ha indicato, né emergono, pronunce della Corte di Strasburgo che ravvisino la carenza di imparzialità in fattispecie analoghe a quella in esame, sì da poter concludere che – alla luce della consolidata giurisprudenza di tale Corte – la disciplina nazionale oggetto di censura risulti non in linea con il quadro delle garanzie apprestato dalla norma convenzionale.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Napoli con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 23 gennaio 2019.

F.to:

Giorgio LATTANZI, Presidente

Franco MODUGNO, Redattore

Roberto MILANA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 29 marzo 2019.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA

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.