

LA TERZIETA' DEL GIUDICE PENALE:
INCOMPATIBILITA', ASTENSIONE, RICUSAZIONE.

Dott. Fabio Licata
Giudice per le Indagini Preliminari
presso il Tribunale di Palermo

Roma, 19 novembre 2003

1. PREMESSA.

I valori costituzionali di terzietà ed imparzialità del giudice: dalla ricostruzione sistematica alla proclamazione espressa contenuta nell'art. 111 Cost..

E' pacifico individuare il connotato essenziale della giurisdizione nel fatto di essere esercitata da soggetti che siano terzi ed imparziali rispetto agli interessi in gioco.

Nel nostro ordinamento si tratta di principi espressamente proclamati nel testo dell'art. 111 Cost., come recentemente modificato dalla legge costituzionale 23.11.1999, n.2, ove si stabilisce che ogni processo debba svolgersi *"davanti ad un giudice terzo ed imparziale"*.

Va comunque detto che numerosi commentatori hanno dubitato del contenuto innovativo della riforma costituzionale, argomentando che la centralità del principio di terzietà ed imparzialità del giudice si poteva già cogliere nitidamente dal contesto dei valori costituzionali posti a fondamento e disciplina dell'attività giurisdizionale. Tanto che, proprio sul presupposto della sua esistenza, si è sviluppata, soprattutto nell'ultimo decennio, una fiorente giurisprudenza costituzionale, tutta incentrata sulla definizione dei concetti di terzietà ed imparzialità e sulla corrispondente costituzionalità dei congegni codicistici posti a presidio degli stessi: l'incompatibilità, l'astensione e la ricusazione.

E che i principi in discorso si potessero cogliere, implicitamente o esplicitamente, dalla Carta Costituzionale già prima della novella del 1999, oltre che dalla stessa legislazione ordinaria, lo si desume proprio dai concetti individuati da tali filoni giurisprudenziali.

In particolare, il caposaldo del concetto di terzietà si sviluppava dalla lettura dell'art. 101 co. II, Cost. che, nello stabilire che *"i giudici sono soggetti soltanto alla legge"*, presuppone necessariamente una salda indipendenza dell'organo decidente da qualsiasi fattore esterno alle norme di legge da applicare nel caso sottoposto al suo esame.

La figura di un organo giudicante oltre che indipendente ed imparziale anche in posizione di terzietà rispetto agli interessi in gioco nel processo è stata poi costruita attorno ai parametri costituzionali ricavabili dagli artt. 3, 24 e 25 della costituzione.

Infatti, l'art. 25, affermando che *"nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge"*, non fa altro che rispondere alle esigenze di imparzialità, obiettività ed uniformità connesse alla funzione giurisdizionale,

devolvendola ad un organo naturalmente precostituito per legge prima dell'insorgere dell'azione giudiziaria; mentre l'art. 24 Cost., garantendo la generale possibilità di agire in giudizio, nonché l'assoluta inviolabilità del diritto di difesa, pone il nucleo essenziale del diritto alla tutela giudiziaria che costituisce senz'altro il solido presidio del diritto ad un giudizio equo ed imparziale.

Ora, se si coniugano tali principi con quello di uguaglianza posto dall'art. 3 Cost., ecco che emergono i caratteri essenziali del "giusto processo", la cui piena attuazione postula la terzietà-imparzialità della giurisdizione.

D'altra parte, si tratta di principi pure espressamente proclamati in trattati e convenzioni internazionali cui l'Italia aveva aderito ben prima della novella costituzionale del 1999.

Si pensi alla fondamentale importanza assegnata all'imparzialità del giudice dagli strumenti normativi più significativi in tema di salvaguardia dei diritti naturali dell'uomo: e cioè negli artt. 6, numeri 1, 14 e 10, rispettivamente, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, del Patto internazionale sui diritti civili e politici e della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. In tutte e tre le norme con identiche parole si afferma che: "*Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal indépendant et impartial*".

Analoghi principi sono poi ricavabili dalla legislazione ordinaria: si pensi proprio alla disciplina codicistica in materia di incompatibilità, astensione e ricusazione, nonché al capo II del titolo I dell'ordinamento giudiziario (articoli da 16 a 19), ove si disciplina proprio il regime delle incompatibilità per i magistrati ad esercitare funzioni proprio in vista della tutela dell'imparzialità del giudice e del suo disinteresse per gli affari sottoposti alla sua competenza. Sulla scorta di tali principi ha operato la giurisprudenza costituzionale, affermando la costituzionalizzazione della regola del giusto processo e della necessità di un giudice terzo ed imparziale anche in pronunce rese nella vigenza del codice Rocco.

Si pensi alla sentenza 15 dicembre 1986 n.268, nella quale la Corte, trattando della duplice funzione di inquirente e giudicante del Pretore, residuo caso di confusione delle figure di accusatore e giudice, aveva sottolineato che "*la coscienza sociale va sempre più chiaramente avvertendo l'inderogabilità di una rigorosa tutela della "terzietà" anche nella funzione del giudice-pretore; la Corte non potrebbe alla fine non rifletterla anche nella sua giurisprudenza, se i ritardi del legislatore dovessero perpetuarsi*" (in *Cass. Pen. 1987, 495, pp. 685 ss.*).

Tuttavia, come si è già detto, il terreno in cui hanno trovato maggiore applicazione i principi in discorso è stato il giudizio di legittimità costituzionale delle norme del codice di procedura penale del 1989 in materia di incompatibilità del giudice.

In particolare, l'art. 34 c.p.p. è stata in assoluto la norma più bersagliata dalla Consulta, intervenuta dal 1990 in poi, con un numero elevatissimo di sentenze additive e declaratorie di illegittimità costituzionale, tutte imperniate, sino al 1999, sui parametri ricavabili dagli artt. 3, 24, e 25 della Costituzione.

Dunque, la proclamazione espressa dei principi indicati nell'art.111 della Costituzione è intervenuta quale culmine del dibattito culturale e giurisprudenziale in materia, proponendosi - come si ricava dall'esame dei lavori preparatori - l'intento di portare chiarezza, efficienza e maggiori garanzie nel processo italiano.

Tale obiettivo è stato concretamente realizzato ispirandosi in maniera evidente soprattutto ai principi ricavabili dagli strumenti normativi sovranazionali già richiamati.

In particolare, il testo dell'art. 111 Cost., risulta evidentemente modellato sullo schema dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), da cui è stata mutuata proprio l'espressione "*giudice terzo e imparziale*" (independent and impartial tribunal - tribunal indépendant et impartial), espressamente indicata come valore di rango costituzionale, cui si deve ispirare l'esercizio della giurisdizione in tutte le sue forme.

Terzietà ed imparzialità: sinonimi o concetti diversi?

Va detto che, secondo alcuni commentatori, la tecnica legislativa prescelta di una pura e semplice trasposizione in costituzione dei concetti generali delineati dalla CEDU non raggiungerà agevolmente l'obiettivo di una nitida e definitiva individuazione dei caratteri del "giudice imparziale".

Infatti, si sottolinea la grande difficoltà della stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo e dei singoli paesi europei, ogni volta che si è trovata a valutare i connotati della terzietà del giudice a fronte della imprevedibile varietà di relazioni che possono instaurarsi tra procedimenti distinti o tra giudizi resi nel medesimo processo e nella molteplicità dei contenuti che i relativi atti sono suscettibili di assumere.

Vero è che non vi è unanimità di vedute sugli stessi concetti di terzietà e imparzialità, posto che per alcuni imparzialità e terzietà sono sinonimi e quando usati insieme sono un endiadi, mentre secondo altro e più largamente condiviso orientamento le parole hanno significati non del tutto coincidenti.

Sicuramente la terzietà è uno dei connotati specifici del giudice chiamato a svolgere la sua tipica attività di *ius dicere* in relazione a più interessi in conflitto.

In altri termini, se è vero che l'azione pubblica in generale deve essere ispirata a criteri di imparzialità e che tale caratteristica deve essere propria di tutti i dipendenti della pubblica amministrazione (si rammenti l'art. 97 della

Costituzione), è anche vero che l'azione dell'amministrazione è tipicamente ispirata al raggiungimento di determinati fini, per cui difficilmente i dipendenti pubblici sono collocati in posizione di terzietà: quasi sempre essi perseguono specifici fini in opposizione agli interessi di altri soggetti, sia pure se e solo se autorizzati dalla legge.

Per contro, l'attività giurisdizionale non si può e non si deve identificare con alcuno degli interessi che il processo mira a comporre; il giudice deve cioè essere terzo ed dare imparzialmente ascolto alle ragioni delle parti, avendo come unico fine quello di dire il diritto.

Se ciò è vero, la terzietà dipende non solo dalla condotta del singolo giudice, quanto, primariamente, da come l'ordinamento giuridico ne configura il ruolo rispetto al processo.

Partendo dal concetto di terzietà come requisito proprio della struttura interna del processo, la più recente elaborazione giurisprudenziale ne individua il principale strumento di tutela nella sua "preorganizzazione", nel senso che all'interno del processo è sicuramente possibile per il legislatore valutare *a priori* gli effetti pregiudicanti (e quindi lesivi della terzietà) di determinati atti, a prescindere dalle modalità concrete con cui la funzione è stata svolta.

E' il sistema stesso che, dandosi opportuni moduli organizzativi, scongiura in radice, prevenendolo, il possibile *vulnus* alla terzietà dell'organo giudicante.

Il caso paradigmatico è quello sanzionato dall'art. 34 c.p.p., ove si stabilisce l'incompatibilità alla successiva fase del giudizio del giudice che nel processo abbia in precedenza svolto attività o adottato provvedimenti in qualche misura significativi di convincimento, anche se intervenuti in una fase incidentale.

In questa prospettiva, l'imparzialità nell'esercizio della giurisdizione appare come uno degli aspetti della terzietà, se è vero che il *"giusto processo"* - *formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio - comprende l'esigenza di imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di "terzietà" che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio. Le norme sulla incompatibilità del giudice sono funzionali al principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione e ciò ne chiarisce il rilievo costituzionale.*” (Corte Costituzionale nella sua sentenza n. 131 del 1996).

Dunque, l'imparzialità attiene al modo in cui il giudice “terzo” - ovvero legittimamente investito dell'affare e immune dai pregiudizi già individuati per legge in relazione ad attività già compiute in seno al procedimento - si pone concretamente rispetto alla vicenda sottoposta al suo esame e prescinde da qualunque riferimento alla struttura interna del processo.

Il giudice imparziale è colui che è in posizione di assoluto disinteresse per la soluzione della vicenda.

Di contro, la lesione di tale principio si può manifestare in maniera assolutamente atipica, con situazioni di pregiudizio che normalmente preesistono al procedimento o si collocano comunque al di fuori di esso e che si traducono in una concreta (o apparente) sussistenza di un interesse per l'esito del processo in un senso piuttosto che in un altro.

Ne deriva che, proprio in ragione della segnalata "atipicità" delle situazioni pregiudizievoli - connesse appunto alla persona del giudice - non è proficuo il tentativo di "predeterminazione" dei casi di violazione del diritto e dovere all'imparzialità (per riprendere la terminologia di Satta), essendo impossibile tipizzare tutte le situazioni in cui il giudice possa non essere indifferente rispetto all'esito del processo.

Strumenti di garanzia dei valori costituzionali: incompatibilità, astensione, riconsulazione.

Il corretto funzionamento della giurisdizione postula che l'ordinamento predisponga adeguati strumenti a presidio dell'osservanza di principi costituzionali talmente rilevanti: terzietà ed imparzialità.

In linea generale, si può senz'altro dire che il valore della terzietà può essere perseguito anche sul piano formale con l'adozione di una legge regolatrice dei meccanismi processuali o di organizzazione degli uffici giudiziari, allo scopo di scongiurare che la valutazione del giudice possa essere (o possa ritenersi che sia) condizionata dal previo svolgimento di determinate attività nelle precedenti fasi del procedimento.

La tutela dell'imparzialità, invece, deve tenere immune il giudice da situazioni o fatti che, pur essendo estranei al processo, sono comunque idonei a influenzare l'esito (si pensi al tipico esempio di preesistenti rapporti affettivi o economici con una delle parti).

In questo senso, sulla scia della più recente giurisprudenza costituzionale (ed in particolare della cosiddetta "trilogia" rappresentata dalle sentenze nn. 306, 307 e 308 del 1997), si può affermare che il valore della "terzietà" trova efficace tutela nella misura in cui può essere preventivamente "organizzato" mediante la predisposizione di norme che prevedano quali funzioni e quali atti tipizzati siano oggettivamente incompatibili con l'esercizio di ulteriori attività giurisdizionali nel medesimo procedimento.

Per cui nel nostro ordinamento il tipico congegno di tutela di tale valore è il sistema delle incompatibilità posto dall'art. 34 c.p.p., come rimodellato dai numerosi interventi della stessa Corte Costituzionale e dalle recenti novelle legislative.

Il valore dell'imparzialità, invece, deve essere tutelato da concreti comportamenti del giudice, siano essi endoprocessuali o extraprocessuali, che

per il loro contenuto sono tali da poter ritenere che il giudice abbia un pregiudizio rispetto al *thema decidendi*.

Ora, se la lesione del valore dell'imparzialità non può che emergere in relazione a situazioni concrete, la tutela dello stesso si realizza peculiarmente attraverso i meccanismi dell'astensione e della ricusazione, rispettivamente disciplinati dagli artt. 36 e 37 c.p.p., ove si definiscono delle cause di pregiudizio non strutturalmente connesse con l'articolazione del processo e tipicamente operanti in concreto in riferimento alla valutazione sul piano pratico della rilevanza di attività dell'organo decidente, svolte sia in ambito extragiudiziario che nell'ambito di un altro giudizio.

Rimane comunque il fatto che, a prescindere da tali considerazioni, terzietà ed imparzialità, in quanto principi attraverso cui si realizza in concreto il valore del giusto processo, appaiono reciprocamente intrecciati, atteso che sia l'incompatibilità, che la ricusazione appaiono come strumenti tutti orientati alla garanzia dell'indipendenza – terzietà del giudice, come si evince dal fatto che ciascuna delle situazioni di incompatibilità prevista dall'art. 34 c.p.p. è destinata a risolversi in una causa di astensione o di ricusazione.

Tuttavia, quando il motivo di astensione o di ricusazione consista in una ipotesi di incompatibilità, codificata come tale, quel principio riceve un supplemento di tutela in via preventiva, proprio grazie alla già menzionata caratteristica della predeterminazione.

Infine va rammentato che si tratta di norme e principi che non mirano alla sola realizzazione di terzietà ed imparzialità sul piano oggettivo, ma postulano anche la tutela di un'apparenza di imparzialità, come si evince dall'elaborazione della giurisprudenza costituzionale formatasi sull'art. 34 c.p.p..

Invero, si tratta di valori che le norme non devono garantire soltanto in fatto, ma anche nella prospettiva di elidere anche il solo rischio o la parvenza della parzialità, al punto che, secondo alcuni commentatori, lo stesso art. 111 Cost. si risolverebbe nella proclamazione di un concetto di mera apparenza, se è vero che il valore di terzietà ed imparzialità si poteva ritenere già implicito nel nostro ordinamento.

2. L'INCOMPATIBILITA'.

Cenni all'evoluzione della disciplina delle incompatibilità: l'intervento della Corte costituzionale sull'originario impianto codicistico e le novità del D.l.vo n. 51/98.

Si è già detto che il cammino verso la costituzionalizzazione espressa dei principi di terzietà ed imparzialità del giudice è stato preceduto da una fittissima serie di pronunce della Corte Costituzionale, intervenute tutte sull'art. 34 c.p.p.

Peraltro, il testo dell'art. 34 c.p.p. è stato più volte modificato a partire dal D.Lvo 51/98, senza che ciò lo abbia messo al riparo dagli interventi della Consulta, giacché ne fu rilevato un altro aspetto d'illegittimità costituzionale *“nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare sentenza, poi annullata, nei confronti del medesimo imputato e per il medesimo fatto”*.

Ancora recentemente due pronunce interpretative di rigetto (rispettivamente sentenza 8 - 12 luglio 2002 n.335 e ordinanza 10 - 18 luglio 2002 n.367) hanno ulteriormente delineato i limiti dell'istituto dell'incompatibilità di cui all'art. 34 c.p.p. e precisato ancora il concetto di gravi ragioni di convenienza che impongono l'astensione.

Nell'originario impianto dell'art. 34 c.p.p., l'incompatibilità era connessa all'adozione di provvedimenti adottati a conclusione di una certa fase processuale e dai quali era possibile desumere una valutazione del giudice sul merito della vicenda.

Infatti, la stessa legge delega 16.2.1987 n.81 si era limitata ad individuare come provvedimenti indicativi di pregiudizio soltanto quelli resi alla fine di una fase processuali e dai quali emergeva una valutazione del merito del processo.

Sulla scorta di tali indicazioni, il legislatore del 1989 provvide a stabilire l'incompatibilità del *“giudice che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenze in un grado del procedimento”* con l'esercizio delle medesime funzioni giudicanti in un altro grado di giudizio, nonché a prevedere il divieto di partecipare al giudizio per il giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare o ha disposto il giudizio immediato o ha emesso decreto penale di condanna o ha deciso sull'impugnazione avverso la sentenza di non luogo a procedere .

Come si può ben vedere, si tratta di un elenco specifico di atti pregiudicanti in quanto conclusivi di fasi processuali che presuppongono una valutazione esplicita della richiesta del P.M.: il decreto che dispone il giudizio immediato, connesso alla valutazione sull'evidenza della prova; il decreto penale di condanna, connesso alla valutazione sulla sussistenza del reato e sulla colpevolezza dell'imputato; il decreto che dispone il giudizio che implica quantomeno la valutazione negativa circa la possibilità di un proscioglimento. Tutti gli altri atti compiuti dal giudice prima dell'esercizio dell'azione penale rimanevano fuori dall'area delle incompatibilità, in virtù dell'impostazione teorica che relegava la fase delle indagini preliminari alla stregua di un mero passaggio procedimentale, finalizzato alle determinazioni del P.M.

sull'esercizio dell'azione penale. Dunque, i provvedimenti giurisdizionali eventualmente resi in tale fase non erano ritenuti portatori di pregiudizio perchè formati prima dell'assunzione della qualità di imputato e dunque idonei ad anticipare in qualche misura il convincimento del giudice sulla fondatezza o meno dell'azione penale ancora da esercitare.

Infatti, si era escluso l'effetto pregiudicante dei provvedimenti resi in materia di misure cautelari personali dal G.I.P. o da un componente del Tribunale del riesame o del provvedimento con cui il G.I.P. avesse respinto la richiesta di archiviazione del P.M., invitandolo contestualmente a formulare l'imputazione.

Orbene, proprio la progressiva presa di coscienza della piena operatività nel nostro ordinamento processuale del principio del "giusto processo" e dei connessi corollari della necessaria terzietà ed imparzialità dell'organo giudicante, hanno determinato i corposi interventi della Corte Costituzionale, tutti fondati sul principio che, in ogni caso, determinati provvedimenti resi nel corso delle indagini preliminari contengono necessariamente delle significative valutazioni di merito sulla fondatezza del materiale probatorio raccolto dal P.M. o sulla sussistenza del reato oggetto di accertamento.

A fronte di ciò la natura puramente procedimentale della fase processuale o il carattere incidentale di determinati provvedimenti non valeva certo ad escludere l'insopprimibile dato fattuale rappresentato dalla necessitata anticipazione di convincimento tipica di determinati atti (si pensi al caso emblematico dei provvedimenti in materia di cautele personali).

Occorreva dunque intervenire su tali situazioni di pre-giudizio, evidentemente lesive - o apparentemente lesive - del principio di terzietà del giudice.

Su tali presupposti si è sviluppato il cennato intervento additivo della Corte Costituzionale e la radicale riforma del legislatore del 1998.

In particolare, si possono sostanzialmente indicare due campi d'intervento del Giudice delle Leggi.

I primi interventi si sono prevalentemente occupati delle possibili incompatibilità per atti o provvedimenti assunti durante le indagini preliminari da giudici poi chiamati ad esprimersi in sede di giudizio di merito. Inoltre, in tale area d'intervento rientrano anche le decisioni che hanno escluso l'incompatibilità del giudice autore di provvedimenti incidentali di merito durante la celebrazione del giudizio.

Peraltro è pacifico che, a seguito delle riforme del 1998 e del 1999, si tratta di argomenti sostanzialmente privi di rilevanza pratica.

Continua ad essere attuale invece l'area tematica riguardante le ipotesi di incompatibilità al giudizio per chi si sia trovato a valutare anche incidentalmente la posizione di un imputato, giudicando in precedenza soggetti concorrenti nello stesso delitto o accusati dello stesso fatto o per reati connessi (con riferimento tanto all'art. 34 quanto agli articoli 36 -37).

Si pensi a tutte quelle questioni sollevate in ordine a possibili incompatibilità al giudizio penale per chi abbia svolto attività giurisdizionali in altri processi (con riferimento esclusivamente agli articoli 36 –37).

Sul versante legislativo sono state adottate come si è detto delle rilevanti riforme ordinamentali e processuali che hanno sdrammatizzato l'attualità di numerose questioni, anche se, come si vedrà, non hanno certo esaurito il dibattito sulla corretta tutela dei valori di terzietà ed indipendenza del giudice. Per un verso va rammentato che la competenza in tema di riesame delle misure cautelari personali è stata trasferita dagli uffici giudiziari dei singoli capoluoghi di provincia al Tribunale presso la sede di Corte d'Appello, mentre, per altro verso, il comma 2 bis dell'art. 34 ha introdotto una netta distinzione tra funzioni di Gip e di Gup, non più cumulabili nella stessa persona per un medesimo processo.

Tale ultima modifica, in particolare, è connessa alle indicazioni contenute nella legge di delega per l'istituzione del giudice unico di primo grado (legge 16 luglio 1997, n. 254) ove, tra i numerosi criteri direttivi, si stabiliva *"che il giudice per le indagini preliminari sia diverso dal giudice dell'udienza preliminare, apportando le necessarie modifiche alle disposizioni dell'articolo 7-ter dell'ordinamento giudiziario"* (art.1, comma 1, lett. h).

In attuazione di tale principio, il legislatore delegato ha scelto due aree di intervento: da un lato, si è intervenuti sul piano ordinamentale, modificando l'art. 7-ter dell'ordinamento giudiziario, ove si prevede che il CSM, nel determinare i criteri per l'assegnazione degli affari penali al giudice per le indagini preliminari, deve stabilire la concentrazione, ove possibile, in capo allo stesso giudice dei provvedimenti relativi al medesimo procedimento e *la designazione di un giudice diverso per lo svolgimento delle funzioni di giudice dell'udienza preliminare.*

Sotto altro profilo è stato modificato l'articolo 34 del codice di procedura penale:

- a) stabilendo una *assoluta* incompatibilità *gip/gup* nell'ambito dello stesso procedimento;
- b) generalizzando l'incompatibilità (precedentemente, per effetto delle pronunce della Corte cost. limitata alla previa adozione di specifici atti) tra *gip* e giudice del giudizio;
- c) introducendo una incompatibilità, all'interno della stessa fase delle indagini preliminari, tra *gip* e giudice che emette il decreto penale di condanna.

In particolare tale soluzione è apparsa al legislatore delegato in qualche modo imposta dalla sentenza n. 346 del 1997 con la quale la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 34 c.p.p., nella parte in cui non stabiliva l'incompatibilità a pronunciarsi sulla richiesta di emissione del decreto penale di condanna del giudice per le indagini preliminari che non aveva accolto la richiesta di archiviazione, disponendo l'imputazione coattiva.

L'unicità del procedimento come presupposto dell'incompatibilità e il limite endofasico dell'incompatibilità. Il percorso interpretativo della Corte Costituzionale e i casi di incompatibilità derivante da atti compiuti in altri procedimenti: la linea di confine con la ricusazione.

Definito il quadro normativo di riferimento, giova comunque individuare i principi fondamentali che caratterizzano il modello di incompatibilità emergente dai provvedimenti della Corte Costituzionale.

Come già accennato, la Corte ha tradizionalmente affermato che le incompatibilità dei giudici penali sono connesse a ragioni interne allo svolgimento del procedimento e sono finalizzate ad evitare che condizionamenti, o apparenze di condizionamenti, derivanti da precedenti valutazioni rese dal giudice nell'ambito del medesimo procedimento, possano pregiudicare - o far apparire pregiudicata - l'attività di giudizio.

Dunque, dal punto di vista sistematico l'incompatibilità ha una rilevanza strettamente endoprocedimentale, con l'unico limite - chiamato da alcuni "endofasico" - di non poter emergere nell'ambito della medesima fase processuale, essendo conforme al criterio di ragionevolezza che in ciascuna fase processuale siano preservate le esigenze di continuità e globalità.

Infatti, a voler diversamente ritenere si determinerebbe un'assurda frammentazione del procedimento, con l'estrema conseguenza di dover teoricamente disporre di tanti giudici quanti sono gli atti da compiere nel procedimento.

Stabiliti tali confini, l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, per mancata previsione di diverse cause di incompatibilità, è stata sempre affermata e ancorata alla previa adozione di atti significativi di valutazione del merito in una fase precedente a quella del giudizio.

In sostanza l'incompatibilità sussiste ogni volta in cui in una diversa e precedente fase processuale il magistrato, con un proprio provvedimento, abbia effettuato una valutazione contenutistica del merito dell'accusa, sia che ciò si verifichi in una situazione di controllo dell'esercizio dell'azione penale (ordinanza di imputazione coatta ex art. 409 comma 5; trasmissione di atti al P.M. per diversità del fatto ex art. 521), sia in occasione di provvedimenti sulla libertà o in caso di reiezione di richieste di applicazione della pena.

Per contro, l'art. 34 c.p.p. è sempre stato riconosciuto conforme a Costituzione in relazione a provvedimenti di mero impulso processuale o, come si è già detto, inseriti in una medesima fase processuale.

Esempi di questo genere si trovano nella sentenza 30 dicembre 1994 n.455, che esclude l'incompatibilità a partecipare al giudizio per il giudice che avesse emesso un decreto di riapertura delle indagini, in quanto decisione di mera natura processuale, e nell'ordinanza 11 aprile 1997 n. 97, che, a sua volta, non ritenne l'incompatibilità a svolgere funzioni di giudice dell'udienza preliminare per chi avesse adottato provvedimenti come Gip nello stesso

procedimento, sul presupposto che l'udienza preliminare, come disciplinata prima della riforma Carotti, si concludeva con una deliberazione di carattere processuale.

A diversa conclusione sarebbe giunta di lì a poco la Corte trattando dell'udienza preliminare in sede di processo minorile, considerata "giudizio", in relazione ai provvedimenti adottabili dal GUP.

Sulla scorta di questi principi è da ritenere che non dia origine ad incompatibilità l'ordinanza con cui il giudice di rito monocratico, nella fase preliminare del dibattimento, trasmetta gli atti al pubblico ministero, avendo rilevato che gli è stato assegnato un processo per un reato attribuito alla cognizione del collegio (art. 33 septies comma 2), atto di mero impulso processuale, da cui esula qualsiasi valutazione incidentale dell'imputazione.

Parimenti fu escluso che potesse derivare incompatibilità al giudizio per il componente del Tribunale del riesame che si fosse pronunciato sulla misura cautelare reale o per il GIP che avesse disposto il sequestro conservativo, perché ciò non implica valutazione di gravi indizi di colpevolezza a carico di uno specifico soggetto, ma solo sull'ipotetica attitudine del fatto ad integrare estremi di reato.

Sulla scorta della già menzionata "irrilevanza endofasica" dell'incompatibilità la Corte ha escluso tale situazione per il giudice nel rito monocratico che deve procedere al dibattimento all'esito di udienza di convalida dell'arresto, conclusa con l'applicazione di misura cautelare personale (sentenza 177/96, ovviamente riferita al processo pretorile; il procedimento di convalida dell'arresto oggi disciplinato dall'art. 558 è praticamente identico); per il giudice del dibattimento che nel corso dello stesso adotti provvedimenti in tema di libertà personale (sentenza 51/97); per il giudice del dibattimento che non abbia accolto la preliminare richiesta di oblazione (ordinanza 232/99).

Uno dei nodi maggiormente problematici portati all'attenzione della Corte è stato quello dell'inquadramento sistematico dei casi in cui il giudice, in un separato giudizio, abbia già manifestato delle valutazioni sulla posizione di un soggetto concorrente nel reato o circa un reato connesso.

In tal caso, il limite della rilevanza endoprocedimentale dell'incompatibilità, spostata la tutela dell'imparzialità del giudicante sul piano dell'astensione o della ricsuzione, anche se, proprio trattando questioni di tale natura, la Corte ha posto una significativa eccezione ai principi generali appena esposti.

Si tratta della sentenza n. 371 del 1996, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti, nella quale la posizione di quello stesso imputato in ordine alla sua responsabilità penale sia già stata comunque valutata.

Si tratta sicuramente di una decisione determinata anche dalla peculiarità dei casi concreti in seno ai quali era scaturito il dubbio di costituzionalità.

In particolare, i giudici remittenti, che avevano pronunciato condanna per reati associativi o necessariamente plurisoggettivi, si erano trovati a dover giudicare per tali addebiti altri concorrenti, la cui posizione era stata già valutata *incidenter tantum* nell'ambito del primo processo.

In un caso, addirittura, si trattava di un'associazione per delinquere composta da tre sole persone: disposta la separazione dei processi, lo stesso giudice era chiamato a decidere su uno dei partecipanti, allorché nel precedente giudizio ne aveva già valutato la responsabilità in ordine al medesimo reato, in quanto, trattandosi di tre soggetti, non avrebbe potuto giudicarne un numero inferiore senza valutare la posizione degli altri, necessaria ai fini dell'esistenza stessa del reato.

E si trattava senza dubbio di una valutazione non formale ma contenutistica, di un vero e proprio "giudizio", poiché per conoscere la partecipazione di soli due soggetti al sodalizio criminoso non si poteva prescindere dalla posizione del terzo, sia sotto il profilo del dolo che dell'elemento materiale del reato, pur essendo costui rimasto estraneo al primo processo.

In tali casi, secondo la Corte, si profila un concreto rischio che *"la valutazione conclusiva di responsabilità sia, o possa apparire, condizionata dalla propensione del giudice a confermare una precedente decisione"*.

E l'incompatibilità si ha anche quando nel primo giudizio la posizione del terzo abbia formato oggetto di una valutazione di merito superficiale e sommaria, poiché in questo caso ancora più evidente sarebbe il possibile pregiudizio del giudice.

Conseguentemente, la portata della sentenza n. 371 del 1996 appariva assai ampia, riguardando anche i casi di concorso eventuale nel reato, sempre che una valutazione di merito in ordine alla responsabilità del terzo si sia svolta in sentenza.

Come si è già detto appare evidente la rottura con la precedente impostazione sistematica del regime delle incompatibilità, nonché in contrasto con la stessa rubrica dell'art. 34 codice procedura penale, riguardante la disciplina delle *incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento*.

Secondo tale impostazione non si potrebbe in tali casi fare utilmente ricorso al congegno della ricusazione, atteso che la differenza rispetto all'ipotesi di cui all'art. 37, lettera b), cod. proc. pen. (*"il giudice può essere ricusato se, nell'esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata sentenza, ha manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione"*) è che qui vi è coincidenza tra oggetto del giudizio incidentale manifestato e oggetto del giudizio che lo stesso giudice deve poi assumere in via principale, mentre nell'ipotesi che giustifica la ricusazione del giudice il suo apprezzamento è gratuito e, pertanto, indebito.

E' appena il caso di notare che anche la norma successivamente dettata dall'art. 3-bis, comma 2, della legge 2 luglio 1999, n. 234, di conversione del d.l. 24 maggio 1999, n. 145, che prevede che "fino alla data del 2 gennaio 2000, se il giudice, dopo l'entrata in vigore della legge, fuori dei casi consentiti dalla legge, esprime giudizi che manifestano una valutazione di colpevolezza, le parti possono chiederne la riconsiderazione", sembra riguardare fattispecie diverse da quelle esaminate dalla Corte, dato il riferimento a valutazioni espresse in casi non consentiti dalla legge e solo in termini di colpevolezza.

Con tale sentenza sembra dunque venir meno il limite formale dell'identità del procedimento, atteso che l'incompatibilità viene riferita all'identità dell'oggetto tra il giudizio già compiuto, anche solo *incidenter tantum*, e il giudizio da compiere.

Si tratta di una pronuncia che, per le sue possibili conseguenze eccessivamente estensive dell'area delle incompatibilità, è stata accolta dai primi commentatori come una sentenza addirittura "eversiva", atteso che in essa si prescinde addirittura dall'esistenza di un concorso, necessario o eventuale, tra gli imputati dei diversi processi e, come si è notato, si disattende la stessa sistematica prevista dal legislatore.

Tuttavia, va rilevato che si tratta di un caso isolato e contrassegnato dalla caratteristica dell'eccezionalità, come sottolineato dalla stessa pronuncia in commento, ove si sottolineò che la decisione era stata determinata dal fatto che l'atto pregiudicante era una sentenza e cioè "*l'espressione più pregnante della funzione giurisdizionale*".

E l'eccezionalità di tale caso ha trovato conferma nella successiva giurisprudenza della Corte, atteso che un ritorno alla concezione endoprocedimentale dell'incompatibilità si registra a circa un anno di distanza con le sentenze nn. 306, 307 e 308 del 1997, ove si definiscono gli elementi caratterizzanti dell'incompatibilità, da un lato, e dell'astensione e riconsiderazione, dall'altro.

Tali pronunce, rese nel medesimo giorno (1.10.1997), e commentate dalla dottrina come una vera e propria "trilogia", hanno nuovamente sottolineato che la caratteristica peculiare dell'incompatibilità si deve individuare nella preventiva possibilità di organizzazione degli uffici giudiziari, sicchè le situazioni di cui all'art. 34 c.p.p. sono prevenibili e, dunque, fronteggiabili *ex ante*.

Seguendo tale impostazione, la Corte dichiarò inammissibile la questione relativamente all'art. 34 c.p.p, suggerendo che spettava al giudice valutare se gli atti precedentemente compiuti in altro processo non comportassero un obbligo di astensione per gravi ragioni di convenienza.

Esse riguardavano in particolare: il caso del giudice in procinto di partecipare ad un giudizio per l'applicazione di misura di prevenzione e che in precedenza, nel processo di merito, aveva concorso ad una decisione sulla

libertà personale in sede di riesame, dal momento che la richiesta di misura di prevenzione era fondata su presupposti di fatto identici a quelle oggetto del riesame (sent. 306/97); il caso di chi si trovasse a giudicare un imputato, nei confronti dei cui correi aveva in precedenza applicato la misura della custodia cautelare in carcere sulla base delle dichiarazioni confessorie rese dallo stesso imputato giudicando (sent. 307/97); il caso del giudice, incaricato di processo penale, che in precedenza, trattando di opposizione a sanzione amministrativa, avesse incidentalmente valutato la sussistenza del fatto reato (sent.308/97).

Nella stessa ottica si colloca la sentenza 20 aprile 2000 n.113 che esclude l'incompatibilità "automatica" per il giudice che, in separato processo, avesse già pronunciato sentenza di applicazione della pena nei confronti di uno o più concorrenti nel reato, stabilendo che anche in tal caso la tutela dell'imparzialità poteva realizzarsi con lo strumento dell'astensione, individuando la norma da applicare nell'art.36, comma 1, lettera h), cod. proc. pen., che, con una disposizione "di chiusura", rimanda ad "altre gravi ragioni di convenienza".

Analogamente, nel dichiarare la manifesta inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 34, la Corte ha rimandato al giudice interessato la valutazione delle gravi ragioni di convenienza ad astenersi, con riferimento al caso di GUP che si accingeva a celebrare un giudizio abbreviato o l'udienza preliminare, dopo avere, previa separazione dei processi, disposto il rinvio a giudizio di coimputati.

Tuttavia, l'anzidetto art. 36, comma 1 lett h) non rientrava, però, tra le ipotesi di astensione che potevano costituire motivo di ricusazione, né poteva fondatamente ritenersi che in ipotesi del genere si fosse in presenza della situazione delineata dall' art.37, comma 1, lettera b), caratterizzata dall'indebita manifestazione da parte del giudice del proprio convincimento in ordine ai fatti oggetto dell'imputazione.

Conseguentemente, una lacuna nella tutela dell'imparzialità del giudice poteva rinvenirsi nell'impossibilità di esperire lo strumento della ricusazione in casi del genere, come del resto segnalato dalla stessa Corte costituzionale nell'anzidetta "trilogia" (sentenze nn. 306, 307 e 308 del 1997), con un passaggio della motivazione che è stato definito come un vero e proprio "invito a dedurre".

Ed infatti, su tale questione la Corte si è, da ultimo, pronunciata con la sentenza n.283 del 2000, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art.37, comma 1, cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede che non possa essere ricusato dalle parti il giudice che, chiamato a decidere sulla responsabilità di un imputato, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto.

Si tratta di una pronuncia che, secondo la maggioranza dei commentatori, ha completato il percorso intrapreso con le sentenze nn. 306, 307 e 308 del 1997.

Infatti, constatato che in riferimento all'esercizio di funzioni in un diverso procedimento, che avesse avuto in concreto contenuto pregiudicante non era praticabile una estensione in via interpretativa alla categoria della ricusazione della disposizione di "chiusura" dell'art. 36, comma 1, lettera h), cod. proc., relativa alle "altre gravi ragioni di convenienza", la Corte, allo scopo di pervenire ad una compiuta attuazione del "giusto processo", ha deciso di intervenire con una sentenza additiva, che consentisse di ricusare il giudice che, chiamato a decidere sulla responsabilità di un imputato, abbia già espresso in altro procedimento una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti di quello stesso imputato.

Dopo gli interventi sugli artt. 36 e 37 c.p.p., la Corte costituzionale avrà gioco facile nel risolvere gran parte delle questioni a lei sottoposte in tema di incompatibilità, attribuendo ai più duttili strumenti dell'astensione e della ricusazione, anch'essi preordinati alla salvaguardia delle esigenze dell'imparzialità della funzione giudicante, il compito di realizzare il principio del giusto processo attraverso valutazioni caso per caso e senza oneri preventivi di organizzazione delle attività processuali (v., da ultimo, ordinanze nn. 441 del 2001 e 490 del 2002).

Riassumendo i principi generali emergenti dalle pronunce della Corte Costituzionale in materia di incompatibilità e ricusazione, si può rilevare che il compimento di atti o l'adozione di provvedimenti in un processo sono inidonei a ledere il principio d'imparzialità del giudice in due casi.

Nel primo caso, per essere quegli atti e provvedimenti di natura meramente processuale ed ordinatoria, in assenza di qualsiasi valutazione anche incidentale dell'oggetto della decisione.

Occorre in altri termini che il giudice, in una fase precedente a quella della decisione del processo, non abbia mai avuto modo di pronunciarsi anticipatamente, neppure in maniera indiretta, sulla sussistenza di un reato o sulla colpevolezza o innocenza di un imputato.

Nel secondo caso, per essere atti e provvedimenti finalizzati al successivo svolgimento e alla definizione della medesima fase processuale, come è per quelli adottati dal giudice legittimamente investito della trattazione del processo stesso.

Per converso, l'incompatibilità ex art. 34 è ravvisabile allorché in una qualche fase del processo, precedente e diversa da quella propria del giudizio, il giudice si sia trovato ad esprimere valutazioni di merito con le caratteristiche dette.

Nel caso in cui la valutazione *pregiudicante* sia stata espressa in un diverso processo, anche non penale, potrebbe sussistere una causa di astensione per gravi ragioni di convenienza, ai sensi dell'art. 36 lett. h), oppure una causa di ricusazione ai sensi dell'art. 37 comma 1 lett. b), alla luce dell'interpretazione che ne ha dato la Corte costituzionale con la sentenza 283/00.

Si noti che le conseguenze non sono identiche, poiché le gravi ragioni di convenienza (ovviamente valutabili primariamente dal giudice interessato) non consentono di proporre istanza di ricusazione.

Di recente la Corte Costituzionale è nuovamente intervenuta in tema di incompatibilità, superando l'orientamento che tradizionalmente inquadrava l'udienza preliminare come un momento di giudizio dotato di mera valenza processuale ed in ragione del quale era sempre stato negata la sussistenza di possibili situazioni di incompatibilità rispetto alla definizione del giudizio nei confronti del coimputato con decreto che dispone il giudizio.

Infatti, la Corte, con la pronuncia n. 12.7.02 n.335 ha di fatto ridisegnato il ruolo sistematico dell'udienza preliminare tenendo conto delle fondamentali innovazioni conseguite dalla c.d. "legge Carotti" e dall'introduzione delle c.d. indagini difensive.

Posta di fronte al dubbio di costituzionalità sollevato dal giudice dell'udienza preliminare del tribunale di Torre Annunziata in relazione alla mancata previsione di una causa di incompatibilità per il G.U.P. che abbia emesso decreto che dispone il giudizio a celebrare nuovamente l'udienza preliminare nei confronti dello stesso imputato ed in ordine al medesimo reato (nella specie a seguito di declaratoria di nullità del decreto), la Corte, pur esprimendosi per l'infondatezza della questione, ha precisato che, alla stregua della nuova fisionomia dell'udienza preliminare, le decisioni che ne costituiscono l'esito devono essere considerate tra quei giudizi idonei a pregiudicarne altri ulteriori e ad essere a loro volta pregiudicati da altri anteriori.

Dunque, anche in tal caso l'imparzialità del giudice può e deve essere assicurata mediante l'applicazione dell'istituto dell'incompatibilità, disciplinato dall'art. 34 c.p.p., anche al di là della limitata previsione del comma 2-*bis* di tale articolo.

Se ciò è vero, non è possibile formulare alcuna ulteriore censura di costituzionalità dell'art. 34 c.p.p., perché l'incompatibilità del giudice a celebrare una seconda udienza preliminare nello stesso processo rientra perfettamente tra le ipotesi ivi contemplate.

Tale impostazione, pur agevolando la risoluzione di alcuni problemi, pone tuttavia dei problemi allorché il GUP, durante l'udienza preliminare, venga richiesto di emettere determinati provvedimenti.

In primo luogo, appare di facile soluzione il caso in cui il P.M. o i difensori sollecitino il giudice in tema di applicazione o di revoca di misura cautelare.

Infatti, se considera che la posizione del GUP è del tutto simile a quella del giudice investito del giudizio, deve ritenersi operativo anche in tal caso il concetto di unità del giudizio focalizzato dalla Corte costituzionale ed il conseguente limite "endofasico" dell'incompatibilità. Sicché è sicuramente da

escludere l'incompatibilità a decidere in ordine a questioni incidentali in materia di libertà personale.

Problemi di maggiore rilevanza sorgono invece quando, in occasione di un'udienza preliminare a carico di più concorrenti nel reato o di più imputati per reati connessi, vengano fatte richieste di definizione del processo con il giudizio abbreviato o l'applicazione di pena.

Ad esempio, è ricorrente nella pratica il caso di definizione dell'udienza preliminare con alcuni imputati che fanno ricorso ai due cennati riti alternativi ed altri che invece chiedono di proseguire con il rito ordinario, così accettando la possibilità del rinvio a giudizio.

In questo caso occorre distinguere tra le ipotesi di reato a concorso necessario o eventuale, oppure tra reati commessi a diverso titolo personale, ma di fatto oggetto di valutazione inscindibile (ad esempio il rapporto tra corrotto e corruttore) o comunque di valutazioni interdipendenti (si pensi al contemporaneo processo contro favoreggiatore o ricettatore ed autore del reato presupposto).

Alla stregua di quanto affermato nell'ordinanza 441/01 della Corte costituzionale, è impensabile che il Gup possa occuparsi di tutte le singole posizioni, dopo averne valutata una, previa separazione dei processi.

Inoltre l'incompatibilità del giudice al giudizio contro un imputato di reato a concorso necessario, quando abbia pronunciato o concorso a pronunciare sentenza contro un coimputato in separato giudizio, è già stata affermata dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza 371/96.

Le altre ipotesi considerate sono tra loro analoghe, sia per il caso di concorso di persone sia per quelli in cui la stretta interdipendenza tra i reati e le inevitabili influenze degli elementi di prova dell'uno rispetto all'altro implichi una valutazione incidentale di sussistenza del reato presupposto (con l'avvertenza che, nell'esempio fatto, l'incompatibilità sussisterebbe solo se il previo accertamento riguardi il ricettatore o il favoreggiatore).

Alcuni commentatori propongono, ove possibile, una trattazione contestuale dei vari riti, sì da arrivare ad un'unica pronuncia che, pur avendo natura ibrida, definendo contestualmente le differenti posizioni avrà l'effetto di scongiurare le possibili incompatibilità.

Nella pratica, tuttavia, casi del genere sfociano nella inevitabile separazione dei procedimenti in ragione del differente rito prescelto.

Ed in tal caso va rammentato che la Corte Costituzionale con l'ordinanza 367/02, ha ritenuto insussistente l'incompatibilità per il giudice che, quale GUP, avesse già pronunciato o concorso a pronunciare sentenza nei confronti di coimputato in separato processo.

La Corte, ribadendo ulteriormente che l'operatività dell'art. 34 c.p.p. è limitata all'ambito del medesimo processo, ha ritenuto che in ipotesi del genere il principio d'imparzialità trovi debita tutela nella possibilità di attivare gli istituti dell'astensione e della ricasazione.

Tuttavia, con riferimento alla posizione del GUP che si trovi a dover separare i processi, il rischio di incompatibilità può essere ovviato nella pratica anticipando la conclusione dell'udienza preliminare rispetto alla decisione dei separati giudizi abbreviati o di applicazione della pena al coimputato.

In tal modo il GUP, specie nel caso di rinvio a giudizio, può evitare di pronunciarsi sul merito delle altre posizioni, posto che non sono necessari motivi a corredo del decreto ex art. 429 c.p.p..

3. ASTENSIONE E RICUSAZIONE.

Astensione e la ricusazione come generali strumenti di tutela della terzietà del giudice quando l'elemento pregiudicante sia esterno al processo.

Trattando la differenza tra incompatibilità da un lato ed astensione e ricusazione, dall'altro, è già emerso che il discrimine si coglie nel fatto che questi ultimi due istituti sono caratterizzati da un regime di operatività "in concreto" e non "in astratto": proprio per questo in uno schema rigido e predefinito, come quello che caratterizza il regime delle incompatibilità, non vanno contemplate ipotesi che solo la concreta dinamica processuale può fare apparire idonee a turbare la serenità di giudizio del magistrato e rispetto alle quali il principio dell'imparzialità appare tutelabile attraverso i più flessibili meccanismi dell'astensione e ricusazione.

La disciplina dell'astensione (art. 36 c.p.p.) precede quella relativa alla ricusazione, in quanto l'astensione non è altro che uno strumento offerto al giudice per prevenire una eventuale iniziativa di parte, volta ad ottenere la sua estromissione, in riferimento ad un determinato procedimento.

Come è stato più volte rilevato non si tratta altro che di due facce della stessa medaglia: sia l'astensione che la ricusazione fanno riferimento a situazioni concrete, di solito extraprocessuali, idonee a mettere in dubbio l'imparzialità del giudice.

Dunque, ove il giudice non rilevi spontaneamente la situazione che lo obbligherebbe ad astenersi, le parti processuali (compreso il P.M.) hanno facoltà di promuovere un procedimento finalizzato ad allontanarlo dal processo, in quanto sospetto di parzialità.

Tuttavia, basta una sia pur rapida lettura degli artt. 36 e 37 c.p.p., per rilevare che le cause di ricusazione non corrispondono esattamente a quelle di astensione "volontaria", atteso che non rientra tra le cause di ricusazione il caso delle "altre gravi ragioni di convenienza", apprezzabili solo dall'interessato.

Di contro, tra le cause di astensione non rientra la causa di ricusazione collegata dall'art. 37 c.p.p. all'indebita manifestazione da parte del giudice del

proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione, nell'esercizio delle funzioni, sia nel medesimo procedimento, sia in altro processo non penale (secondo i principi desumibili dalla già richiamata giurisprudenza costituzionale).

La ricusazione è vista dall'ordinamento come strumento di *extrema ratio* di tutela dell'imparzialità del giudice, come si evince indirettamente dalla disposizione dell'art. 39 c.p.p., secondo cui l'istanza di ricusazione si ha per non proposta quando il giudice interessato si astiene prima della decisione sull'istanza di ricusazione.

E' stato rilevato, infatti, che scopo di tale disposizione è quello di limitare il più possibile il procedimento di ricusazione, in cui è comunque insito il rischio di una menomazione del prestigio del giudice, e che l'astensione è istituto di prevenzione del procedimento incidentale di ricusazione.

Casi di astensione e di ricusazione.

Va rammentato che, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, l'elenco dei casi di astensione obbligatoria deve ritenersi tassativo e, dunque, non interpretabile analogicamente (Cass. SS.UU. 30.9.89 n. 3947).

La pur teorica possibilità di ricorrere all'interpretazione interpretazione estensiva ha avuto alterne fortune nella giurisprudenza di legittimità.

Si pensi al caso della sussistenza di motivi di ostilità tra giudice e prossimi congiunti di una delle parti private: secondo un primo orientamento, in tal caso era possibile riconoscere motivo di astensione, sul presupposto che solo in questo modo si poteva garantire l'esigenza di serenità di giudizio (Sez. V 22.2.1978, Vitalone, *Giustizia penale 1979*, III, 6); tuttavia, più di recente lo stesso tema è stato risolto con una soluzione opposta, atteso che, proprio in ossequio al principio di tassatività, si è escluso che possa ricorrere un motivo di astensione (Sez. VI, 12.1.2000, Santalco, CED 215315).

Ciò detto, a norma degli artt. 36 e 37 c.p.p., il giudice può astenersi, o può essere ricusato nei seguenti casi comuni ai due istituti:

- a) se ha interesse nel procedimento o se alcuna delle parti private o un difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli;
- b) se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una di dette parti è prossimo congiunto di lui o del coniuge;
- c) se ha dato consigli o manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie;
- d) se vi è inimicizia grave fra lui o un suo prossimo congiunto e una delle parti private;
- e) se alcuno dei prossimi congiunti di lui o del coniuge è offeso o danneggiato dal reato o parte privata;

f) se un prossimo congiunto di lui o del coniuge svolge o ha svolto funzioni di pubblico ministero;

g) se si trova in taluna delle situazioni di incompatibilità stabilite dagli articoli 34 e 35 e dalle leggi di ordinamento giudiziario;

Come si è già detto, facoltà di astensione è riconosciuta al giudice ove ritenga che sussistano “altre gravi ragioni di convenienza”, formula aperta da cui si desume che il dovere di astensione insorge ogniqualvolta il giudice riconosca la sussistenza di una situazione che possa pregiudicare la sua apparenza di neutralità.

Non è stato ritenuto di introdurre una analoga ipotesi di riconsuazione per l'evidente ragione - esplicita nella relazione al testo definitivo del codice del 1988 - di evitare che, trattandosi di una fattispecie “aperta”, si sarebbe potuta facilmente prestare “a dichiarazioni di riconsuazione pretestuose e strumentali”.

D'altro canto il giudice può essere riconsuato: se nell'esercizio delle sue funzioni e prima che sia pronunciata sentenza abbia indebitamente manifestato il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione (art. 37 c.I, lett. b), nonché nel caso (aggiunto all'art. 37 c.p.p. dalla già menzionata sentenza della Corte Costituzionale n. 283/00) in cui, chiamato a decidere sulla responsabilità di taluno, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto.

Passando all'esame delle singole ipotesi, si tratteranno specificamente l'interesse del giudice nel procedimento, l'indebita manifestazione di convincimento sull'oggetto dell'imputazione e l'inimicizia grave, trattandosi dei casi maggiormente ricorrenti in tema di riconsuazione e sui cui si è sviluppato il dibattito in dottrina e giurisprudenza.

Interesse nel procedimento

In linea generale, va detto che l'interesse di cui alla lett. a) dell'art. 36 c.p.p. va individuato in qualcosa di diverso dai rapporti personali o economici, oggetto di specifiche previsioni.

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, si deve trattare di un interesse giuridicamente rilevante, e cioè tale da coinvolgere il giudice nella vicenda processuale, in modo da renderla obiettivamente suscettibile di procurargli un vantaggio economico o morale, e non avere invece natura genericamente ideologico-politica, mancando in tal caso un preciso riferimento all'oggetto del procedimento, con conseguente possibile pregiudizio per l'imparzialità del giudice.

Può trattarsi di un interesse correlato a qualsiasi attività nel processo o a rapporti personali anche al di fuori dello stesso.

Così è stato riconosciuto l'interesse nel procedimento per il giudice che, sottoposto a procedimento disciplinare per comportamenti e provvedimenti

giudiziari in precedenza adottati, si era trovato poi a doversi pronunciare (e non si era astenuto) nello stesso procedimento penale in cui si erano verificate le condotte ed erano stati adottati i provvedimenti ipoteticamente censurabili in sede disciplinare (vedi Cass. Sez. II, 6 aprile 1999, Cuzzocrea, in Cass. Pen. 1999, 1447, p. 2907).

Come pure, sotto altro profilo, è stata ritenuta possibile causa di riconsuazione l'appartenenza del giudice alla massoneria, dal momento che tale appartenenza determina, indipendentemente dalla segretezza della loggia o della obbedienza, l'impossibilità per il giudice di esercitare le proprie funzioni in modo imparziale ed indipendente.

Si è detto che il concetto d'interesse rilevante non si può estendere anche ai casi di appartenenza del giudice ad una compagine politica comune o contraria a quella di una delle parti (tra i casi più noti in passato si possono ricordare quelli sollevati da Edgardo Sogno e da Bettino Craxi).

A sostegno di tale interpretazione sono state addotte diverse ragioni: il diritto del magistrato a vedersi garantiti diritti fondamentali quali la libertà di pensiero, di manifestazione e di associazione, l'esigenza di non indebolire il principio del giudice naturale, la difficoltà di accertamento dell'interesse politico pregiudizievole.

A fronte di ciò, va rilevato che pendono presso la Camera dei Deputati dei disegni di legge tendenti a introdurre quale causa di riconsuazione del giudice la sua adesione a determinati movimenti o associazioni di carattere politico o sindacale (si ricordano il disegno di legge n. 1225, di iniziativa del dep. Anedda, nonché il famoso "emendamento Bobbio" alle modifiche ordinamentali proposte dal Governo).

Grave inimicizia

Va anzitutto rilevato che, pur essendo diffusa la convinzione che l'inimicizia debba essere necessariamente reciproca, a ben guardare il testo della norma non esclude un'interpretazione diversa.

Vero è che il valore dell'imparzialità è vulnerato soltanto dall'inimicizia che il giudice abbia verso la parte, non essendo invece rilevanti i sentimenti di avversione di quest'ultima verso l'organo giudicante.

Diversamente, la parte potrebbe creare scientemente una situazione di incompatibilità, ad esempio mediante molestie rivolte al giudice o mediante la presentazione di denunce: situazioni tutte in cui la Cassazione ha escluso l'esistenza della causa di astensione o di riconsuazione.

E' ovvio che ad integrarla non bastano né un'antipatia reciproca tra giudice e parti, né la precedente adozione da parte del giudice di provvedimenti sfavorevoli alla stessa parte, il che è espressione del normale rischio d'insuccesso di una causa.

Di contro, essa deve risultare da circostanze oggettive, sorrette da apprezzabile coefficiente di concretezza e serietà, non essendo sufficienti opinioni o impressioni.

Normalmente essa è collegata a rapporti di natura privata, esulanti dall'esercizio della funzione giudiziaria, non potendo essa essere invocata sulla scorta di un trattamento processuale ritenuto sfavorevole ed iniquo.

Tuttavia, è stato ritenuto che la condotta endoprocessuale del giudice possa dar luogo a ricusazione, allorché sia indice di malafede, di vero e proprio abuso della funzione, con una condotta che presenti tali anomalie da non poter essere considerata altrimenti che come manifestazione di grave inimicizia (cfr. Cass., sez. VI, 5 aprile 2000, Galgano, Ced 215740).

Tra le pretese cause di astensione, ora sotto il profilo della grave inimicizia ora sotto quello dell'interesse nel procedimento, sono state indicate la militanza politica o l'appartenenza ideologica del giudice, con le relative manifestazioni pubbliche.

Giurisprudenza e dottrina prevalenti escludono che in tali casi si possa ravvisare rischio di parzialità, salvo, ovviamente, che l'opinione non sia sul processo assegnato e sulla sua conclusione.

Più volte - ed anche di recente - la Cassazione ha respinto la richiesta di ricusazione presentata da imputati che lamentavano l'appartenenza di chi doveva giudicarlo ad associazioni ritenute ostili sul piano ideologico (si pensi al caso emblematico di appartenenza ad una corrente dell'ANM).

Indebita manifestazione del convincimento

L'art. 37 comma 1 lett. b) individua una causa di ricusazione per il giudice che, nell'esercizio delle funzioni e prima della pronuncia della sentenza, abbia manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto d'imputazione.

L'avverbio *indebitamente* richiama l'idea di un'opinione non dovuta, che esuli dunque dalle necessità di conduzione del processo, anche se la Cassazione è andata oltre tale impostazione recentemente affermando che *"sotto il profilo soggettivo, l'atto indebito è quello del tutto arbitrario, non sostenuto da legittimazione, ovvero legittimamente emesso, ma espresso con anti-giuridiche modalità di tempo e di forma. Rimane escluso, quindi, l'atto dovuto, pur se implicante valutazioni di merito, con il quale il giudice risolve, nella pienezza dei poteri di cognizione e decisione, questioni processuali, incidentali ovvero strumentali all'istruttoria probatoria, imposte dalla dinamica del processo, inteso come successione di tanti segmenti consequenziali, ciascuno dei quali non può avere un giudice diverso. Sotto il profilo sostanziale l'atto indebito è quello che è arbitrario nel contenuto, nel senso che argomenta la soluzione della questione, pur se prospettata legittimamente ex officio o dalla parte, con valutazioni di merito non necessarie e così esorbitanti da invadere il momento deliberativo e da*

apparire come pregiudizio morale e come una illegittima anticipazione di convincimento. Poiché la norma individua la causa di riconsunzione con riferimento ai fatti oggetto dell'imputazione, non è necessario, peraltro, che il pregiudizio aggredisca, in modo diretto ed esplicito, il giudizio di sintesi sulla innocenza o colpevolezza dell'imputato, essendo sufficiente che investa elementi essenziali, pur se non decisivi – quali le deposizioni favorevoli o sfavorevoli all'imputato – potenzialmente concorrenti alla formazione del convincimento".

Dunque, il caso di riconsunzione in esame non potrà essere invocato in tutte le ipotesi in cui la manifestazione del convincimento del giudice sui fatti oggetto del procedimento sia stata espressa in atti legittimamente resi.

In tali casi vale richiamare senz'altro le indicazioni emerse dalle sentenze della Corte Costituzionale nn. 306, 307 e 308 del 1997, secondo cui quando ci si trova in presenza di valutazioni pregiudicanti svolte in un procedimento diverso e non si versi nelle ipotesi previste dalla sentenza n. 371 del 1996 (vicenda processuale sostanzialmente unitaria trattata in procedimenti diversi; pregiudizio derivante da una precedente sentenza penale pronunciata nei confronti di altro soggetto), l'imparzialità del giudice può essere oggetto di tutela ricorrendo proprio agli istituti dell'astensione e riconsunzione.

Si è già detto che in tali casi, in virtù della sentenza n. 113 del 2000 della Corte costituzionale, sarà applicabile nella disciplina dell'astensione l'art. 36, comma 1, lettera h), c.p.p., relativa alle "altre gravi ragioni di convenienza", sempre che in concreto si sia effettivamente verificato un pregiudizio alla imparzialità del giudice.

Non era invece possibile la riconsunzione nei medesimi casi, non integrandosi delle "indebite" manifestazioni di convincimento da parte del giudice, così permanendo una evidente lacuna nella garanzia del giusto processo, atteso che la tutela dell'imparzialità del giudice rimaneva subordinata all'iniziativa del giudice.

Tale vuoto di tutela è stato colmato dalla più volte citata sentenza n. 283 del 2000, che, con il suo intervento additivo sull'art. 37 c.p.p., ha reso riconsunabile il giudice nei casi in cui in concreto si sia verificato un pregiudizio alla sua terzietà derivante da anticipazioni di giudizio compiute in un diverso procedimento sugli stessi fatti sui quali è chiamato a giudicare.

La posizione del P.M.

Se è vero che il P.M. è per definizione una parte, conseguentemente non saranno applicabili nei suoi confronti le norme sulla riconsunzione, mentre l'art. 52 c.p.p. prevede che il magistrato del pubblico ministero ha la facoltà di astenersi quando esistono gravi ragioni di convenienza.

Pur non essendo formalmente consacrata nel codice di procedura penale, l'impossibilità di utilizzare lo strumento della riconsunzione nei confronti del P.M. deve ricavarsi dal punto di vista logico, non essendo concepibile "il rifiuto" a che una parte processuale svolga il proprio ruolo.

Pertanto, la differente operatività dell'istituto dell'astensione per il giudice e per il P.M. si giustifica ampiamente, perché relativa a situazioni non comparabili.

Infatti, se per un verso la terzietà e l'imparzialità del giudice si riflettono nella sua mancanza di interesse per l'esito del processo, per altro verso risulta evidente la posizione opposta del P.M. tipicamente portatore di uno specifico interesse connesso alle sue determinazioni relative all'esercizio dell'azione penale

E' ovvio che un tale tipo di interesse coincide con lo specifico interesse istituzionale al corretto esercizio dell'azione penale, per cui si potrà parlare d'imparzialità del P.M. solo nel senso di mancanza di interesse personale, per la cui definizione non ci si potrà che rifare alle situazioni contemplate dall'art. 36 c.p.p.

I procedimenti per ottenere l'astensione o la riconsunzione.

Il giudice che ritenga di doversi astenere per una delle ragioni indicate dagli articoli 34, 35 e 36 c.p.p. deve semplicemente presentare dichiarazione scritta ove saranno debitamente rassegnate le ragioni dell'astensione, per permettere a chi deve decidere di valutarne la fondatezza.

La competenza a decidere sulla dichiarazione di astensione di un giudice di pace o di un giudice del tribunale spetta al presidente del tribunale.

Sulla richiesta di astensione del presidente del tribunale o di un giudice d'appello deciderà il presidente della corte.

Sulla domanda di astensione di quest'ultimo provvederà il presidente della Corte di Cassazione.

La decisione è adottata con decreto, che può anche non essere motivato e che non è impugnabile, sia in virtù del principio di tassatività delle impugnazioni, sia perché esso ha carattere meramente ordinatorio, di natura amministrativa e non giurisdizionale, i cui effetti rimangono limitati all'ambito dell'ufficio, assolvendo alla funzione di conservare il prestigio dell'amministrazione della giustizia e la fiducia dell'opinione pubblica nell'imparzialità dei giudizi (così Cass, Sez. II, 23.3.2000, Zara CED 215700; Sez. VI, 7.7.1998, Berlusconi, Ced 211959).

Se la domanda di astensione viene presentata e accolta a processo già iniziato, il provvedimento che ne prende atto e designa il sostituto può anche indicare quali atti già compiuti conservino efficacia, in tutto o in parte.

All'accoglimento della domanda di astensione consegue il divieto di qualsiasi ulteriore attività processuale per il giudice.

La dichiarazione di ricsuzione, che innesca una vera e propria procedura incidentale, spetta alle parti e può essere presentata dal difensore soltanto quando si tratti di difensore del latitante e dell'evaso, ai sensi dell'art. 165 comma 3 c.p.p. o quando sia stato conferito uno specifico mandato.

Il medesimo mandato può essere conferito anche ad un procuratore speciale (art.38 ultimo comma).

La relativa dichiarazione è sottoposta ai rigidi vincoli temporali e formali di cui all'art 38 c.p.p.

Di regola essa deve essere presentata, se la relativa causa è già nota alla parte, prima che il giudice compia atti del processo.

A questo criterio rispondono anche le ipotesi specificatamente previste all'inizio dell'art. 38, secondo cui, in caso di udienza preliminare la dichiarazione deve essere proposta prima del compimento degli accertamenti relativi alla costituzione delle parti e, nel dibattimento, nel termine di cui all'art.491, in sostanza equiparando la dichiarazione di ricsuzione ad una questione preliminare.

Se il fatto costituente causa di ricsuzione si verifica o diviene noto durante l'udienza, l'interessato deve presentare la dichiarazione prima del termine dell'udienza.

Infine nel caso in cui la causa di ricsuzione preesistente divenga nota a processo già iniziato o fuori udienza si ha un termine di tre giorni dal momento in cui se n'è verificata la conoscenza.

La dichiarazione deve essere presentata per iscritto, contestualmente corredata dei motivi e delle prove che la sostengono e dei relativi documenti, nella cancelleria del giudice competente per la decisione.

Una sua copia va depositata anche nella cancelleria del giudice ricsuito, con un duplice scopo: farne conoscere l'esistenza a quest'ultimo e segnare il momento in cui sorge il divieto di concludere il relativo processo con sentenza, unica attività preclusa al giudice ricsuito, anche quale componente di collegio, posto che l'instaurazione della procedura non provoca automaticamente la sospensione del processo, che può conseguire solo a decisione interlocutoria dell'organo investito della questione

Ed a tal proposito va rammentato che la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 42 comma 2, c.p.p., nella parte in cui fa divieto al giudice di pronunciare o concorrere a pronunciare sentenza, in pendenza di una procedura di ricsuzione che sia fondata sui medesimi motivi già valutati negativamente.

Il procedimento è quello camerale disciplinato dall'art. 127 c.p.p., anche se, in caso di necessità, la Corte assume previamente le necessarie informazioni.

La procedura può concludersi in tre modi: con l'inammissibilità, con la riezione e con l'accoglimento della dichiarazione.

Si è discusso, e la giurisprudenza è pervenuta a soluzioni contrastanti, se la procedura debba riguardare solo il soggetto ricusante ed il giudice ricusato, oppure se ad essa debbano partecipare tutte le altre parti (coimputati, parte civile) interessati a far valere le proprie ragioni circa il mutamento o l'intangibilità del giudice, soluzione quest'ultima che appare preferibile.

L'inammissibilità, decisa con ordinanza ricorribile per cassazione, è pronunciata nel caso di dichiarazione presentata da chi non ne aveva diritto o per violazione dei citati vincoli temporali e formali o, ancora, per la manifesta infondatezza dei motivi.

L'ordinanza che accoglie l'istanza di ricusazione indica se ed in quali parti gli atti compiuti dal giudice ricusato conservino efficacia, così come nel caso di astensione.

Il giudice ricusato, come l'astenuto, non può più compiere alcuna attività processuale.

4. GLI EFFETTI PROCESSUALI DELLA VIOLAZIONE DELLE NORME IN MATERIA DI INCOMPATIBILITA', ASTENSIONE E RICUSAZIONE.

L'art. 42 prevede che il giudice astenuto o ricusato non possa più compiere atti del procedimento, ma non dice nulla circa la sorte degli atti eventualmente compiuti in violazione del divieto.

Secondo un orientamento l'accoglimento della dichiarazioni di astensione o della ricusazione inciderebbe proprio sulla capacità del giudice, determinando così la nullità assoluta di tali atti ai sensi dell'art.179 1° comma (vedi Cass. Sez. I, 13 luglio 1998, Rollo).

Altra posizione, ispirata ad una rigorosa applicazione del principio di conservazione degli atti, postula che la sorte della sentenza pronunciata dal giudice sottoposto a ricusazione dipende dalla conclusione del relativo procedimento: l'inammissibilità o la reiezione della dichiarazione di ricusazione farebbero conservare validità alla sentenza, che sarebbe invece nulla nel caso il giudice fosse ricusato.

Nei confronti di giudice sottoposto ad istanza di ricusazione sarebbe ravvisabile un temporaneo difetto di potere giurisdizionale, limitato alla possibilità di pronunciare il provvedimento conclusivo del processo condizionato all'accoglimento o al rigetto della dichiarazione di ricusazione, con la conseguenza che la valutazione di validità o meno della decisione irritualmente adottata avviene "secundum eventum"

Si tratta di una questione la cui soluzione non può oggi prescindere dalla opportuna considerazione dei principi del "giusto processo" proclamanti dal

nuovo testo dell'art. 111 Costituzione ed il cui presidio è garantito dai principi di terzietà ed imparzialità del giudice.

Dunque, le norme processuali e ordinarie poste a tutela di tali principi, indipendentemente dalla loro collocazione sistematica, devono essere considerate alla stregua di meri strumenti per il perseguimento dell'anzidetto valore costituzionale.

Se ciò è vero, sembra logico ritenere che il divieto posto al giudice di compiere certi atti, ancorchè divieto processuale e non ordinamentale, incida sulla capacità del giudice sospetto di parzialità, con la conseguente classificazione degli atti eventualmente compiuti in violazione del divieto impostogli nella sfera della nullità assoluta ai sensi dell'art. 178 lett. a) e 179.

Passando a valutare, invece, le conseguenze sugli atti compiuti dal giudice che non abbia osservato le norme sull'incompatibilità, va rilevato che in giurisprudenza si è ritenuto che l'incompatibilità del giudice non incida sulla sua capacità a giudicare.

In tale ottica, la conseguenza per gli atti compiuti dal giudice che abbia ommesso di rilevare la propria incompatibilità non può essere la nullità degli atti compiuti), atteso che l'unica conseguenza processuale ravvisabile in tale situazione non può che individuarsi nella possibilità per le parti di ricusare il giudice incompatibile, che non si sia astenuto.

Dunque, l'inosservanza delle norme in materia di incompatibilità non determina nullità assoluta ed insanabile a norma degli artt. 178, lett. a) e 179 c.p.p., atteso che detta nullità è prevista esclusivamente in ordine al difetto di capacità del giudice, da intendersi come mancanza dei requisiti occorrenti per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali, e non anche in relazione al difetto di condizioni specifiche per l'esercizio di tali funzioni in un determinato procedimento.

Alcune pronunce non ricorrenti hanno inquadrato la violazione delle norme sull'incompatibilità del giudice costituisce come una ipotesi di nullità (relativa) ai sensi dell'art. 181 c.p.p..

Tuttavia, si tratta di un orientamento che di fatto configura una nullità relativa non prevista dall'ordinamento, ponendosi così in contrasto con il principio di tassatività delle nullità, di cui all'art. 177 c.p.p..