



**UNIVERSITÀ DI PISA**

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Specialistica in Giurisprudenza

Tesi di Laurea

**L'INCOMPATIBILITÀ ENDOPROCESSUALE DEL GIUDICE  
PENALE**

Candidato:

Giuseppe D'Amico

Relatore:

Prof. Enrico Marzaduri

Anno Accademico 2014/2015

# INDICE ANALITICO

▪ <b>INTRODUZIONE</b> .....	<b>pag. 1</b>
▪ <b>CAPITOLO PRIMO: L'INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE PENALE</b>	
– <b>1. Cenni sull'evoluzione dell'incompatibilità</b> .....	<b>pag. 4</b>
– <b>1.1 L'incompatibilità nei codici previgenti</b> .....	<b>pag. 5</b>
– <b>1.2 L'incompatibilità del giudice e tutela del principio di imparzialità</b> .....	<b>pag. 7</b>
– <b>1.2.1 Il legame fra le previsioni in tema di incompatibilità e la garanzia dell'imparzialità</b> .....	<b>pag. 9</b>
– <b>1.2.2 Il diritto riconosciuto dall'art. 6 n.1 della C.e.d.u.</b> .....	<b>pag. 11</b>
– <b>1.2.3 Interconnessioni tra incompatibilità e rispetto del principio di indipendenza della magistratura sul piano costituzionale</b> .....	<b>pag. 13</b>
– <b>1.3 Le incompatibilità nell'ordinamento giudiziario</b> .....	<b>pag. 15</b>
– <b>1.3.1 Le problematiche connesse all'art. 18 ord. giudiziario</b> .....	<b>pag. 17</b>
– <b>1.3.2 L'incompatibilità secondo l'art. 19 ord. giudiziario</b> .....	<b>pag. 18</b>
– <b>1.4 Dalla legge delega del 1974 al primo impianto dell'art. 34 c. p. p. 1988</b> .....	<b>pag. 20</b>
– <b>1.4.1 L'art. 34 comma 1 e i suoi raccordi con gli artt. 604 e 623 c. p. p.</b> .....	<b>pag. 22</b>
– <b>1.4.2 Il testo originario dell'art. 34 secondo comma c. p. p.</b> .....	<b>pag. 24</b>

- 1.4.3 *L'analisi del comma 3 dell'art. 34 c. p. p* .....pag. 27
- 1.4.4 *L'incompatibilità per ragioni di parentela o di affinità* ..... pag. 29
- 1.4.5 *Segue: il rapporto di coniugio quale causa di incompatibilità* ..... pag. 30

▪ **CAPITOLO SECONDO: L'AVVENTO DEI "VUOTI COSTITUZIONALI" E GLI INTERVENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE**

- 2. *Premessa* .....pag. 32
- 2.1 *La decisione cautelare pregiudicante* .....pag.33
- 2.1.1 *L'incompatibilità endoprocessuale allargata* .....pag. 39
- 2.1.2 *Dalla "triologia" del 1997 alla sentenza 283/2000* .....pag. 45
- 2.2 *La riprogettazione normativa dell'incompatibilità endoprocessuale* .....pag. 49
- 2.3 *L'ingresso in efficacia del giudice unico: la ricusazione "transeunte"* .....pag. 51
- 2.3.1 *Segue* .....pag. 53
- 2.4 *La legge Carotti e l'approdo dell'art. 34 comma 2-ter c. p. p* .....pag. 54
- 2.5 *La nuova frontiera dell'art. 34 comma 2-quater c. p. p* .....pag. 56
- 2.6 *Fisionomia della regola dell'incompatibilità e i "casi eccettuati"* .....pag. 58

▪ **CAPITOLO TERZO: GLI ULTERIORI INTERVENTI DELLA CONSULTA DAL 2001 AI GIORNI NOSTRI**

- 3. *Le ricostruzioni della Corte sul ruolo dell'udienza preliminare* .....pag. 62
- 3.1 *Sistema delle incompatibilità e natura dell'udienza preliminare* .....pag. 69

– 3.1.1 <i>Continuità e segnali di mutamento nelle decisioni della Corte costituzionale in tema di incompatibilità del giudice</i> .....	<b>pag. 78</b>
– 3.2 <i>La Consulta ribadisce e riassume il proprio orientamento in tema di incompatibilità extra-procedimentale del giudice</i> .....	<b>pag. 85</b>
– 3.2.1 <i>“lura novit cura”: esclusa una nuova ipotesi di incompatibilità</i> .....	<b>pag. 90</b>
– 3.3 <i>Art. 34 c. p. p: i punti fermi della giurisprudenza costituzionale</i> .....	<b>pag. 99</b>
– 3.4 <i>“Manifesta infondatezza” di altre questioni</i> .....	<b>pag. 112</b>
– 3.5 <i>Il divieto di partecipare al giudizio dopo la pronuncia de libertate in altra fase del procedimento come “paradigma del sistema”</i> .....	<b>pag. 113</b>
– 3.6 <i>Incompatibilità in sede di rinvio del giudice dell’esecuzione</i> .....	<b>pag. 121</b>
– 3.7 <i>Alle S.U. la questione relativa all’incompatibilità del giudice che abbia precedentemente pronunciato un patteggiamento nei confronti di un coimputato nel medesimo reato associativo</i> .....	<b>pag. 125</b>
▪ <b>CONCLUSIONI</b> .....	<b>pag. 128</b>
▪ <b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>pag. 130</b>

## INTRODUZIONE

L'**art. 34** del codice di procedura penale prevede:

**“Comma 1”**. *Il giudice che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento non può esercitare funzioni di giudice negli altri gradi, né partecipare al giudizio di rinvio dopo l’annullamento o al giudizio per revisione.*

**“Comma 2”**. *Non può partecipare al giudizio 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.*

**“Comma 2-bis”**. *Il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato funzioni di giudice per le indagini preliminari non può emettere il decreto penale di condanna, né tenere l’udienza preliminare; inoltre, anche fuori dei casi previsti dal comma 2, non può partecipare al giudizio .*

**“Comma 2-ter”**. *Le disposizioni del comma 2bis non si applicano al giudice che nel medesimo procedimento abbia adottato uno dei seguenti provvedimenti:*

- a) le autorizzazioni sanitarie previste dall'articolo 11 della legge 26 luglio 1975, n. 354;
- b) i provvedimenti relativi ai permessi di colloquio, alla corrispondenza telefonica e al visto di controllo sulla corrispondenza, previsti dall'articolo 18 e 18-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354;
- c) i provvedimenti relativi ai permessi previsti dall'articolo 30 della legge 26 luglio 1975, n. 354;
- d) il provvedimento di restituzione nel termine di cui all'articolo 175;
- e) il provvedimento che dichiara la latitanza a norma dell'articolo 296.

**“Comma 2-quater”**. *Le disposizioni del comma 2bis non si applicano inoltre al giudice che abbia provveduto all’assunzione dell’incidente probatorio o comunque adottato uno dei provvedimenti previsti dal titolo VII del libro quinto.*

**“Comma 3”.** *Chi ha esercitato funzioni di pubblico ministero o ha svolto atti di polizia giudiziaria o ha prestato ufficio di difensore di una parte ovvero di testimone, perito, consulente tecnico o ha proposto denuncia, querela, istanza o richiesta o ha deliberato o ha concorso a deliberare l’autorizzazione non può esercitare nel medesimo procedimento l’ufficio di giudice.»*

**L’art 35 c. p. p.** aggiunge:

*“Nello stesso procedimento non possono esercitare funzioni, anche separate o diverse, giudici che sono tra loro coniugi, parenti o affini fino al secondo grado”.*

In sostanza in base ai suddetti articoli, costituiscono fonti del pregiudizio:

- a) L’aver in precedenza deciso sulla regiudicanda, valicando le soglie del merito del tema storico conseguente al precedente espletamento dell’attività giudiziaria in relazione alla stessa causa (art. 34 comma 1 e 2 c. p. p.);
- b) L’aver esercitato - salve le sole deroghe poste dall’art 34, commi 2-ter e 2-quater c. p. p. – qualsivoglia funzione di giudice per le indagini preliminari (art. 34, comma 2-bis, c. p. p.);
- c) L’aver impersonato ruoli processuali ritenuti incompatibili con ogni futuro esercizio di attività giurisdizionale in ordine alla medesima regiudicanda (art. 34 comma 3, c. p. p.);
- d) Su un piano assai diverso, infine, l’aver, nel medesimo procedimento, esercitato qualsivoglia funzione giurisdizionale il coniuge, il parente o l’affine entro il secondo grado (art. 35 c. p. p.): si tratta di una sorta di fatto del terzo idoneo a provocare l’insorgere dell’incompatibilità proprio in forza del rapporto interpersonale intercorrente tra il “terzo” medesimo e il giudice-persona per ciò solo incompatibile.

La *ratio* dell'istituto e' quella di assicurare il regolare esercizio delle pubbliche funzioni e di garantire l'imparzialità degli organi giudicanti evitando così che essi possano subire negativi condizionamenti.

Scopo del lavoro e' quello di esaminare l'istituto dell'incompatibilità endoprocessuale, in tutti i suoi aspetti: dalla sua evoluzione, alla sua applicazione sostanziale nella giurisdizione costituzionale , passando per i suoi innumerevoli "vuoti di tutela" e le molteplici modifiche ad opera della Corte costituzionale e giungendo sino alla riprogettazione normativa dell'incompatibilità stessa.

## CAPITOLO PRIMO: L'INCOMPATIBILITA' DEL GIUDICE PENALE

### 1. CENNI SULL'EVOLUZIONE DELL'INCOMPATIBILITA'

L'art. 34 c. p. p. è in assoluto la norma più "bersagliata" dalla Corte Costituzionale; è la disposizione che ha subito più mutazioni additive ad opera di sentenze di illegittimità costituzionale rispetto ad ogni altra norma del nostro ordinamento giuridico. Appare opportuno sottolineare che, l'attuale impostazione dell'art. 34 c. p. p ricalca almeno a grandi linee l'impostazione previgente dell'art. 61 c. p. p abr. del c. p .p 1930. Tuttavia la sempre più acuta esigenza di tutelare l'imparzialità del giudice avrebbe dovuto indurre il legislatore a non conformarsi alla disciplina previgente, ma a tratteggiarne una nuova, in sintonia con i principi fondamentali dell'ordinamento vigente e la nuova struttura assunta dal processo penale.<sup>1</sup> In effetti la necessità di operare una profonda trasformazione rispetto all'impostazione accolta dalla normativa previgente e' stata indubbiamente sottovalutata nel corso dell'iter che ha condotto all'emanazione dell'attuale codice di rito. In altre parole l'attuale disciplina, recependo l'impostazione adottata dall'art. 61 c. p. p 1930, ha determinato il riaffacciarsi di perplessità che già in passato erano state sollevate in relazione a questa tematica. Un simile rilievo non deve essere generalizzato, infatti lo stesso passaggio ad un diverso modello codicistico ha condotto al naturale superamento di alcune pregresse anomalie; ciò e' stato dovuto non già ad una particolare attenzione da parte del legislatore nei confronti delle problematiche inerenti all'istituto in esame, bensì alla variazione delle coordinate di fondo dell'attuale codice di procedura penale rispetto ai codici previgenti. Richiamando la continuità d'impostazione che lega l'attuale normativa alla precedente esperienza codicistica noteremo come risulti confermato lo stretto legame sussistente tra gli istituti dell'incompatibilità, dell'astensione e della ricsuzione, accomunati dalla finalità di garantire l'imparzialità della decisione giudiziaria<sup>2</sup>.

---

<sup>(1)</sup> T. TREVISSON LUPACCHINI, *Riflessi dell'incompatibilità del giudice sulla validità degli atti processuali*, in giur. It.,1993,II, c.338.

<sup>(2)</sup>F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma,1949 Roma,p264, e di G. SABATINI,*Trattato dei procedimenti incidentali*,cit., p.181;



Appare infatti condivisibile l'inquadramento dei tre istituti all'interno di un unico capo (il settimo del libro I, titolo I); a sua volta la contiguità con la normativa attinente alla rimessione sottolinea gli innegabili elementi di contatto sussistenti anche nei confronti di tale istituto, volto tra l'altro ad evitare possibili condizionamenti alla terzietà del giudicante, derivanti da situazioni ambientali atte a turbare lo svolgimento del processo.

### 1.1 L'INCOMPATIBILITA' NEI CODICI PREVIGENTI

Allo scopo di apprezzare più proficuamente l'assetto originario del sistema delle incompatibilità endoprocessuali nel corpus codicistico del 1988 voglio premettere qualche cenno sull'evoluzione della disciplina nei codici di rito post-unitari.

Nel **codice** di procedura penale del **1865** non era contenuta una disciplina generale delle situazioni di incompatibilità; tale lacuna era colmata solo parzialmente dagli artt. 75 e 78 r.d. dicembre 1865, n. 1365 sull'ordinamento giudiziario, volti rispettivamente ad impedire a pena di nullità, la partecipazione allo stesso collegio giudicante di due parenti o affini e a vietare al magistrato che avesse provveduto all'istruzione del processo, o avesse concorso a formulare l'accusa, di poter poi far parte della Corte d'assise chiamata a giudicare nel merito della causa. All'interno del codice di procedura penale erano comunque inserite alcune previsioni volte ad escludere l'eventuale verifica delle più eclatanti ipotesi di compromissione al principio di terzietà<sup>3</sup>: si tratta degli artt. 668 e 670, in tema di giudizio di rinvio a seguito di annullamento in cassazione, che appaiono ispirati alla *ratio* di una identica regiudicanda: in particolare l'**art. 670 c. p. p. 1865** disponeva che, qualora fosse stata annullata una sentenza dichiarativa di non luogo a procedere, emessa dalla Sezione d'accusa, il procedimento avrebbe dovuto essere ritrasmesso "alla sezione d'accusa della stessa Corte,

---

<sup>(3)</sup> Per un'analisi delle problematiche attinenti all'incompatibilità sotto la vigenza del c. p. p. 1865 v. A. ANDREOTTI, *Astensione, incompatibilità e ricusazione in materia penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1912, II, p.167 ss.

composta però da giudici diversi da quelli che hanno pronunciato la sentenza annullata”; a sua volta l’**art. 668 c. p. p. 1865** stabiliva che “ogniqualevolta la Corte di cassazione annullerà una sentenza proferita da una Corte d’appello o da un Tribunale o da un Pretore, in materia correzionale o di polizia, essa rimetterà gli atti del processo, e le parti, avanti una Corte diversa da quella che avrà proferita la detta sentenza, o avanti a un altro Tribunale o Pretore nella giurisdizione della Corte da cui dipende il Tribunale o il Pretore che avrà pronunciata la sentenza annullata”. Il passaggio dal **codice** del 1865 a quello del **1913** segnò un indubbio progresso per quanto concerne la regolamentazione normativa dell’incompatibilità del giudice penale<sup>4</sup> come si prevedeva all’**art. 40 e 41 c. p. p. del 1913**<sup>5</sup>, le cui articolazioni di fondo si mostrano già pressoché sovrapponibili a quelle proprie del codice vigente: L’**art. 41** sancisce un divieto di svolgere funzioni, anche separate o diverse nello stesso procedimento, per i magistrati che siano tra loro prossimi congiunti; L’**art. 40** disciplina invece, le ipotesi di incompatibilità nascenti da precedente attività decisoria sostanziata nel corso della progressione “verticale” e “orizzontale” del processo<sup>6</sup>, nonché l’incompatibilità che scaturisce dall’aver rivestito, nel medesimo procedimento, il ruolo di pubblico ministero o di difensore. Merita più d’ogni altra rilievo, la fattispecie prevista dall’**art. 40, comma 2**, ultimo periodo, c. p. p. 1913: insorge una specifica incompatibilità in capo al giudice che abbia proceduto (a norma dell’art. 279 c. p. p. 1913), su richiesta del pubblico ministero, ad assumere le ricognizioni di persona, gli esami dei testimoni a futura memoria o l’interrogatorio dell’imputato a seguito di emissione di mandato, atti per i quali sussiste una riserva giurisdizionale pur ove si proceda con il rito sommario; Sebbene il codice del 1913 disciplinasse in via generale, a differenza del codice precedente del 1865, le varie ipotesi di incompatibilità, occupandosi anche del giudizio di rinvio, si ritenne comunque necessario dedicare un’apposita norma

---

<sup>4</sup>) G. ESCOBEDO, *L’incompatibilità del giudice nel nuovo codice di procedura penale*, in *giust. pen.*, 1914, c. 846 ss.; G. SABATINI, *Incompatibilità e rikusazione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Scuola pos.*, 1914, p. 5 ss.

<sup>5</sup>) G. SABATINI, *Incompatibilità e rikusazione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Scuola pos.*, 1914, p. 1033 ss.;

<sup>6</sup>) G. SPANGHER, monografia *“La pratica nel processo penale”*, Padova, Cedam, 2012.

all'annullamento con rinvio ed ai suoi riverberi sull'incompatibilità. In tal senso i riferimenti del codice del 1913 sono agli artt 527 e 528 c. p. p.. La tematica inerente ai rapporti tra incompatibilità e annullamento venne poi ulteriormente approfondita attraverso il varo del **codice** di procedura penale del **1930**, in cui la materia è disciplinata dagli artt. 61 e 62, in maniera simmetrica rispetto agli artt. 40, 41 c. p. p. del 1930: **l'art. 62**, consacra il divieto, per i "giudici"- e non più, genericamente, per i "magistrati"- che sono tra loro parenti o affini entro il secondo grado, di esercitare funzioni anche separate o diverse nell'ambito del medesimo procedimento; **l'art. 61**, invece ripartisce ancora le previsioni di incompatibilità in "orizzontali", "verticali" e nascenti dall'aver impersonato, nel medesimo procedimento, ruoli idonei a provocare incrinature dell'imparzialità di giudizio. Merita poi una notazione, la circostanza che sia venuta meno, nel passaggio dal codice del 1913 a quello del 1930, l'incompatibilità al successivo giudizio del giudice che abbia assunto, su richiesta del pubblico ministero, gli atti a contenuto probatorio<sup>7</sup> previsti dall'art. 279 c. p. p. 1913. La non riproposizione, nel contesto del codice Rocco, della fattispecie prevista dall'art. 40 comma 2, ultimo periodo, c. p. p. 1913 dipende, dai mutamenti strutturali della disciplina del rito istruttorio e, in particolare dal venir meno di inderogabili riserve giurisdizionali ai fini del compimento di specifici atti a contenuto probatorio nel corso dell'istruzione sommaria, interamente affidata al pubblico ministero.

## 1.2. INCOMPATIBILITA' DEL GIUDICE E TUTELA DEL PRINCIPIO DI IMPARZIALITA'

Voglio adesso iniziare ad individuare, alcune note atte a caratterizzare l'istituto dell'incompatibilità, in base al quale un soggetto viene escluso da una posizione o da un'attività che avrebbe altrimenti avuto diritto di ricoprire a causa del concorrente o pregresso esercizio, di un'altra attività o in conseguenza della

---

<sup>(7)</sup> V. GREVI, *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1972, spec. p. 6 ss.

sussistenza di particolari legami. Per quanto concerne l'ambito processuale, e' stato osservato come detta esclusione non sia ricollegabile ad una presunta inidoneità, ma operi in quanto la precedente o concomitante assunzione di un'altra posizione o esercizio di altra attività processuale induce il legislatore a considerare non opportuno che la stessa persona sia chiamata ad assumere una nuova posizione o a svolgere una nuova attività nel corso del medesimo processo in quanto sia in gioco l'affidamento di una pubblica funzione.<sup>8</sup> La finalità dell'istituto dunque e' quella di evitare un potenziale o effettivo conflitto di interessi tra due uffici o tra l'interesse personale e l'interesse pubblico o per il pericolo di coincidenza di interessi, facilmente verificabile tra persone unite da vincoli di parentela, affinità, ecc., o per la materiale difficoltà di esercitare contemporaneamente più cariche.<sup>9</sup> L'incompatibilità e' quella che intercorre tra l'esercizio di una pubblica funzione e l'esercizio di un'altra pubblica funzione, costituendo essa un tipico istituto di diritto pubblico.<sup>10</sup> Proseguendo nell'analisi del concetto di incompatibilità si deve poi tener conto di alcuni altri dati fondamentali, e cioè che il soggetto giudicato incompatibile e' nella realtà astrattamente idoneo a rivestire una determinata posizione funzionale e che il provvedimento con il quale viene disposta l'assunzione di un incarico in caso di incompatibilità risulta di per sé valido. Per quanto concerne l'incompatibilità dei magistrati appare condivisibile l'affermazione secondo cui la normativa delineata al riguardo dal legislatore, nell'attuale come nel previgente codice di procedura penale, e' finalizzata in larga parte a garantire l'imparzialità degli organi giudicanti.<sup>11</sup> Focalizzando l'attenzione sulla comune *ratio* di tutela dell'imparzialità è del resto possibile ricomprendere in uno sguardo d'insieme gli istituti dell'incompatibilità, dell'astensione, della riconsunzione<sup>12</sup> e, in una

---

(<sup>8</sup>) G. CONSO, voce *Capacità processuale penale*, in *Enc. Dir.*, Vol VI, Milano, 1960, p 138 ss.; vedi altresì CAVALLARI, *La capacità dell'imputato*, Milano, 1968, p.18;

(<sup>9</sup>) G. GALATERI, voce *Incompatibilità*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol. VIII, Torino, 1962, p.583;

(<sup>10</sup>) G. CONSO, voce *Capacità processuale penale*, cit., p.138 e 139.

(<sup>11</sup>) G. BARONE, *Sub artt. 34 e 35 c .p. p.*, in *commentario del nuovo codice di procedura penale*, Vol. I, Milano,1989,p 224.

(<sup>12</sup>) A. DOMINIONI , *Sub art 33 c .p .c.*, cit., p.222 ; in tal senso altresì L. GRAMIGNI, *Le norme in tema di astensione e riconsunzione fra eccezionalità e attuazione dei principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 1990, p 878 e 879;

visione ancora più globale, anche quello della rimessione. Ritornando all'incompatibilità bisogna sottolineare come la normativa attinente a questa tematica non ricomprenda tutti i casi in cui potrebbe essere astrattamente ravvisato un pericolo per l'imparzialità del giudice. Poiché l'imparzialità è collegata a moltissimi elementi appare impensabile fissare dei criteri atti ad escludere in modo sicuro e definitivo il rischio di una sua compromissione; come sottolineato dai giudici della Corte costituzionale il legislatore deve limitarsi a prevedere le sole ipotesi in cui il rischio di un condizionamento in capo al giudice è così pregnante da poter concretamente incidere sulla garanzia di un giudizio che sia il frutto esclusivo degli elementi di prova assunti nel processo e del dispiegarsi della difesa delle parti.<sup>13</sup> Va peraltro osservato che l'imparzialità del giudice non può infatti essere intesa unicamente alla stregua di uno stato interiore che ne ispiri l'operato, ma deve essere esteriorizzata in modo tale che anche la collettività possa oggettivamente rilevarla; il giudice insomma non solo deve essere imparziale ma deve anche apparire come tale agli occhi della società. Nel rilevare come l'incompatibilità garantisca il rispetto di un principio avente portata generale, quale è appunto quello dell'imparzialità del giudice, si è contestata l'asserita tassatività della normativa al riguardo<sup>14</sup>, sostenendosi che, pur in assenza di un'espressa previsione letterale, bisogna comunque ravvisare un'ipotesi di incompatibilità ogni qualvolta una vicenda possa far sorgere fondati dubbi sulla terzietà del giudice.<sup>15</sup>

#### 1.2.1. IL LEGAME FRA LE PREVISIONI IN TEMA DI INCOMPATIBILITÀ E LA GARANZIA DELL'IMPARZIALITÀ

Una concreta verifica dei legami intercorrenti tra l'incompatibilità e la tutela del preannunciato principio di imparzialità evidenzia come detta tutela, pur non costituendo il fine esclusivo dell'istituto in

---

<sup>(13)</sup> Corte cost., 25 marzo 1992, n. 124, in *giur. cost.*, 1992, p.1064.

<sup>(14)</sup> F. NUZZO, *Conoscenza degli atti delle indagini preliminari e presunte incompatibilità*, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 1991, p.701.

<sup>(15)</sup> S. GIAMBRUNO, in *Cass. pen.*, 1984, p.2242.

esame, assuma comunque un rilievo prioritario. Esaminiamo dapprima l'incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento, costituente oggetto dell'attuale art. 34 c. p. p. e precedentemente regolata dal già citato art. 61 c. p. p. 1930. Il giudice che ha pronunciato sentenza in un altro grado del processo o ha emesso uno dei provvedimenti di cui al comma 2 dell'art. 34<sup>16</sup> o, ancora, ha svolto le funzioni delineate dal comma 3 di detto articolo non può giudicare nel merito della causa in quanto altrimenti non risulterebbero realizzate le condizioni atte a far sì che il predetto soggetto si trovi, rispetto alla materia del contendere, in "una posizione libera di poter accogliere e valutare obiettivamente e complessivamente tutte le varie esperienze processuali"<sup>17</sup>. In particolare, non verrebbe garantita, un'assoluta imparzialità di giudizio, essendo il magistrato presumibilmente condizionato a causa della pregressa attività svolta nel corso dello stesso procedimento<sup>18</sup>, in base alla tendenza a non smentire le proprie valutazioni ed i propri giudizi anteriori. Ovviamente nel tutelare l'imparzialità il legislatore tutela anche la serenità del giudizio, che risulterebbe invece compromessa dalla presenza di fattori perturbatori, così che l'art. 34 c. p. p. può tradursi in una norma di salvaguardia per il giudice. Con riferimento all'incompatibilità attualmente delineata dall'art. 34 comma 1 c. p. p., in base al quale il giudice che abbia pronunciato o abbia concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento non può svolgere le funzioni di giudice negli altri gradi, né partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento o al giudizio per revisione, si potrebbe affermare che il legislatore in tal caso ha inteso applicare il principio del *ne bis in idem*, vietando al magistrato di giudicare due volte dello stesso fatto ed impedendo così che questi possa "seguire il procedimento lungo l'intero suo corso"<sup>19</sup>, tutelando al contempo le garanzie dell'oralità e il principio di imparzialità del giudice. Venendo ora ad analizzare l'incompatibilità per ragioni di parentela, affinità o coniugio (di cui all'art. 35 c. p. p., che riprende, almeno parzialmente,

---

<sup>16</sup>) G. SPANGHER, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso e Grevi, III Ed., Padova, 1993, p. 16.

<sup>17</sup>) G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, p. 217.

<sup>18</sup>) M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., Vol. II, p. 64 ss.

<sup>19</sup>) G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali*, cit., p.215.

l'impostazione dell'art. 62 c. p. p. abr.) possiamo affermare che anche in tal caso si tende ad evitare che il principio di imparzialità risulti compromesso<sup>20</sup>, a causa dei condizionamenti affettivi determinati da taluni stretti vincoli interpersonali che potrebbero indurre il magistrato a non smentire le impostazioni processuali accolte dai propri familiari, impedendogli così un distaccato ed obiettivo giudizio sui fatti di causa<sup>21</sup>, tutelando il complessivo prestigio della magistratura.

#### 1.2.2. IL DIRITTO RICONOSCIUTO DALL'ART. 6 N.1 DELLA C.E.D.U.

Un contributo alla messa a fuoco dei caratteri costitutivi dell'imparzialità, è stato dato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in riferimento all'**art. 6 n. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali**, secondo cui, ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata da un giudice imparziale; è stata innegabile una certa indifferenza da parte della giurisprudenza italiana nei confronti dei possibili spunti offerti dal dettato della Convenzione, e ciò a causa anche di quello che è stato definito l'irrisolto problema del riconoscimento di un'adeguata collocazione delle norme ricavabili dalla Convenzione nella gerarchia delle fonti di diritto interno. Tuttavia negli ultimi anni si delineò un parziale rovesciamento di tendenza, tale da ricomprendere nell'ambito del diritto interno, in maniera non più marginale, le indicazioni provenienti dalla Convenzione europea. La Corte costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 ha finalmente riconosciuto la supremazia della normativa contenuta nella Convenzione europea su quella interna ordinaria<sup>22</sup>. Il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce in una violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. Il giudice nazionale ha il compito di applicare le norme della CEDU, nell'interpretazione

---

<sup>(20)</sup> C. FARANDA, *La capacità del giudice*, Milano, 1958, p. 214.

<sup>(21)</sup> Con riferimento all'art 62 c. p. p. 1930 S. BORGHESE, voce *Astensione*, cit., p.955.

<sup>(22)</sup> Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, in *giur. cost.*, 1993, p. 52.

offerta dalla Corte di Strasburgo, e, laddove profili un contrasto tra la norma interna e quella della Convenzione, deve procedere ad una interpretazione della prima conforme alla seconda. Laddove ciò non sia possibile, egli, non potendo applicare la norma della CEDU in luogo di quella interna, né potendo applicare la norma nazionale che abbia ritenuto in contrasto con quella convenzionale (e, pertanto, con la Costituzione), deve sollevare la questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. Anche alla luce dell'art. 2 legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, era stato stabilito che il codice di procedura penale deve “ adeguarsi alle norme delle Convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale”. Tra dette Convenzioni appunto, sicuramente vi rientra anche quella sui diritti dell'uomo, sicché la violazione delle norme in essa contenute, da parte del codice di procedura penale, scaturirebbe in una pronuncia di illegittimità costituzionale per il conseguente contrasto con il disposto dell'art. 76 Cost., dovuto al mancato rispetto delle previsioni della delega<sup>23</sup>; chiarito ciò è opportuno ritornare alla regola posta dall'art. 6 n. 1 C.e.d.u., che ha offerto un ricco contributo alla messa a fuoco dei caratteri costitutivi dell'imparzialità, distinguendone due aspetti complementari. Emerge anzitutto, un profilo soggettivo della garanzia, costituito dalle convinzioni personali del singolo magistrato, che si presumono fino a prova contraria, in sintonia con l'esigenza di imparzialità di giudizio. V'è poi, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, un profilo oggettivo da sottoporre a controllo: occorre verificare se nel corso del procedimento si siano verificate situazioni tali da far dubitare dell'imparzialità dell'organo giudicante, dovuti alla presenza di elementi che permettano di ritenere giustificati i dubbi espressi dall'interessato. Si è a tale ultimo proposito, rimarcato che “i tribunali di una società democratica devono ispirare fiducia negli imputati” e, più in generale nel pubblico, e che, in materia, anche le apparenze possono rivestire una certa importanza.

---

<sup>(23)</sup> M. CHIAVARIO, La riforma del processo penale, *cit.*, Torino, 1990, p. 25.



### 1.2.3. INTERCONNESSIONI TRA INCOMPATIBILITA' E RISPETTO DEL PRINCIPIO DI INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA SUL PIANO COSTITUZIONALE

Fino alla vigilia della recente riforma costituzionale (del 1999) dell'art. 111 Cost., l'esigenza di assicurare la terzietà del giudice rispetto alle parti appariva strettamente correlata, al principio di indipendenza della magistratura fissato dall'**art. 104 Cost.**, nonché a quello volto a sancire la soggezione dei giudici soltanto alla legge, di cui all'**art. 101 Cost.** È stato così affermato che l'indipendenza si pone come strumentale rispetto all'imparzialità e questa a sua volta appare configurata in funzione della soggezione dei giudici soltanto alla legge<sup>24</sup>. L'organo di autogoverno della magistratura ordinaria ha ancora recentemente ribadito che gli artt. 101 comma 2 e 104 comma 1 Cost. costituiscono un imprescindibile punto di riferimento per la tutela del principio di imparzialità del giudice; a sua volta la Corte Costituzionale, ha osservato che, sia l'art 101 Cost., diretto a prevedere la soggezione soltanto alla legge, sia l'**art. 25 Cost.**, laddove impone la predeterminazione del magistrato rispetto all'oggetto del giudizio, rappresentano i presidi fondamentali dell'imparzialità. D'altra parte, rilevandosi come il precetto costituzionale relativo all'indipendenza del giudice si articola su un duplice piano, strutturale e materiale, è stato osservato che mentre nel primo caso esso opera quale garanzia contro indebite invasioni di campo da parte di altri organi e di altri poteri, nel secondo impone invece la mancanza di qualsiasi "contatto fra gli interessi in causa e la posizione del giudice"<sup>25</sup>. Ovviamente tutto ciò non esclude la possibilità di individuare ulteriori raccordi tra il principio di imparzialità e il dettato costituzionale, ed in particolare con il disposto dell'**art. 3 Cost.**: al riguardo è stato giustamente rilevato che ogni difetto di imparzialità, alterando l'equilibrio degli interessi in causa, si traduce in una sostanziale disuguaglianza delle parti rispetto all'organo giudicante<sup>26</sup>. Parimenti potrebbe osservarsi che in tanto ha senso parlare di rispetto del principio di difesa (**art. 24 Cost.**) in quanto le parti siano collocate, almeno tendenzialmente, in

---

<sup>24</sup>) F. BONIFACIO- G. GIACOBBE, *Commento all'art 104 Cost.*, cit., p.32.

<sup>25</sup>) G. LOMBARDI, *Principio costituzionale dell'indipendenza del giudice e composizione delle commissioni tributarie*, cit., p. 122.

<sup>26</sup>) P. FERRUA, *Indipendenza del giudice e unicità della giurisdizione*, cit., p. 1524.

posizioni di simmetrica parità, e tale dato può essere raggiunto “soltanto nella misura in cui il giudice sia indipendente e, perciò, istituzionalmente imparziale”<sup>27</sup>. Va comunque sottolineato che non è sufficiente il rispetto del principio di indipendenza per far ritenere assicurato il canone di terzietà. Se è vero che un giudice al quale non sia assicurata l’indipendenza, esterna ( nei confronti degli altri poteri dello Stato) ed interna ( nell’ambito della stessa magistratura), non può essere ritenuto imparziale, risultando inevitabilmente esposto a tutta una serie di possibili pressioni<sup>28</sup>, il giudice indipendente non necessariamente risulta esente da sospetti di parzialità, a causa del pregresso compimento di attività atte ad influenzare la serenità del giudizio<sup>29</sup>. L’itinerario costituzionale, si conclude poi con la riforma del nuovo testo, del sopra citato art. 111 Cost., che costituisce il coronamento del più che quarantennale itinerario percorso dalla Corte in tema di imparzialità del giudice; trasparente in tal senso, appare quanto rimarcato dal relatore in esordio alla discussione sulle linee generali del disegno di legge costituzionale in tema di “giusto processo” alla vigilia dell’approvazione della riforma dell’art. 111 Cost.: il principio della terzietà “deve investire l’ordinamento giudiziario, sia che la terzietà voglia dire necessità di separazione delle carriere, sia che essa significhi maggiore differenziazione delle funzioni giudicanti”; l’imparzialità, per contro, “attiene al momento del giudizio, della formazione del libero convincimento del giudice, che non deve essere condizionato da interessi e pregiudizi”. Così a fronte del nuovo **art. 111 comma 2 Cost.** : il giudice “terzo ed imparziale” altro non è se non l’organo, distinto dalle parti ed equidistante da ciascuna di esse, che mantenga salda, per l’intera durata del processo, la propria disponibilità a decidere solo sulla base delle prove legittimamente acquisite, e si renda istituzionalmente impermeabile agli influssi che tale disponibilità sia idonea ad incrinare.

---

<sup>(27)</sup> G. LOMBARDI, op. cit., p. 109 e 110.

<sup>(28)</sup> R. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, cit., p. 128.

<sup>(29)</sup> L. DITTRICH, *Incompatibilità*, loc. ult. Cit.: “un giudice può essere parziale pur essendo perfettamente indipendente”.

### 1.3. LE INCOMPATIBILITA' NELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

Un'analisi delle incompatibilità interessanti i componenti degli organi giudiziari non può prescindere da un approfondimento nella valutazione delle norme che, all'interno dell'ordinamento giudiziario, e, più precisamente agli artt. 16, 17, 18 e 19, prevedono alcune ipotesi di incompatibilità la cui verifica produce conseguenze che vanno al di là dell'ambito di servizio, riverberando immediati effetti processuali, come confermato tra l'altro dal disposto dell'art. 36 lett. g) c. p. p., che pone a carico del giudice l'obbligo di astenersi ogni qual volta si trovi in una situazione di incompatibilità stabilita "dalle leggi di ordinamento giudiziario". La prima delle norme in esame, e cioè l'**art. 16 ord. giud.**, volta a disciplinare le incompatibilità di funzioni, appare caratterizzata da antinomie e contraddizioni a gran parte delle quali non si è ancora riusciti a trovare una soluzione equilibrata. Passando ad esaminare l'art. 16 ord. giud., dobbiamo rimarcare come la normativa in tema di incompatibilità delineata da detta previsione di legge, svolgendo una funzione di garanzia, anteriore e indipendente rispetto al singolo processo<sup>30</sup>, di alcuni fondamentali valori connessi all'esercizio dell'attività giudiziaria, miri a tutelare, che l'obiettività e la serenità del giudicante non siano turbate da possibili condizionamenti esterni, evitando una potenziale minaccia alla sua imparzialità. Ai sensi del primo comma, i magistrati non possono assumere pubblici o privati impieghi od uffici, ad eccezione di quelli di senatore, di deputato o di amministratore gratuito di istituzioni pubbliche di beneficenza, e non possono parimenti esercitare industrie o commerci, né qualsiasi libera professione. L'attenzione del legislatore pare in tal caso focalizzata sulle esigenze di servizio; Oltre alle cariche elettive ed all'incarico di amministratore gratuito di istituzioni pubbliche di beneficenza l'art. 16, al suo secondo comma, esclude dal regime delle incompatibilità la partecipazione a società cooperative tra gli impiegati dello Stato. Fra le attività soggette ad autorizzazione rientra invece, sempre ai sensi del secondo comma dell'art. 16 ord. giud., oltre all'espletamento di "incarichi di qualsiasi specie", anche l'esercizio delle funzioni di

---

<sup>(30)</sup> L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, Padova, 1991, p.19.

arbitro. Secondo l'originario disposto dell'art. 16 comma 2 ord. giud. ai magistrati era concesso di "assumere le funzioni di arbitro soltanto nei casi previsti da leggi o da regolamenti ed in quelli in cui sono direttamente interessate pubbliche amministrazioni". In ogni altro caso possono assumere tali funzioni in qualità di arbitro unico o di presidente del collegio arbitrale previa autorizzazione del Ministro di grazia e di giustizia (competenza che successivamente passò al C.S.M.). Di seguito l'art. 14 l.1979 n. 97 sostituì i commi 2 e 3 dell'art. 16 ord. giud.. L'attuale normativa vieta ai magistrati di assumere le funzioni di arbitro senza l'autorizzazione dell'organo di autogoverno<sup>31</sup>, e comunque restringe la possibilità di autorizzazione alle sole ipotesi di assunzione delle funzioni di arbitro unico o di presidente del collegio arbitrale, ed esclusivamente agli arbitrati "nei quali è parte l'Amministrazione dello Stato ovvero aziende o enti pubblici, salvo quanto previsto dal capitolato generale per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici". Appare chiaro dunque, l'intento di garantire l'efficienza e la produttività dell'apparato giudiziario nel suo complesso, evitando che potenziali energie lavorative vengano sottratte ai primari fini istituzionali. La finalità consistente nella salvaguardia del principio di buon funzionamento degli uffici appare invece praticamente esclusiva in relazione al disposto dell'**art. 17 ord. giud.**, volto a delineare alcune "incompatibilità speciali" gravanti sulle più alte cariche della magistratura, ed in base al quale il primo presidente della Corte di cassazione, i presidenti delle Corti di appello ed i procuratori generali della Repubblica non possono assumere alcun incarico al di fuori della residenza, fatti salvi quelli ad essi espressamente attribuiti da leggi e regolamenti o conferiti con decreto del Presidente della Repubblica. La norma mira chiaramente ad evitare l'eventuale turbativa alla regolarità nel compimento di talune delicatissime funzioni, causata dall'assunzione di incarichi in località poste a notevole distanza rispetto al luogo di espletamento dell'attività lavorativa<sup>32</sup>. Le violazioni alle incompatibilità delineate dall'art. 17 ord. giud. assumono rilievo solo in ambito disciplinare,

---

<sup>(31)</sup> G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1982, p.369 ss.

<sup>(32)</sup> F. ZANNOTTI, *Le attività extragiudiziarie dei magistrati ordinari*, P.12 NT. 5

non riverberando, a differenza delle incompatibilità delineate dagli artt. 18 e 19 ord. giud., conseguenze sul piano processuale<sup>33</sup>.

### 1.3.1. LE PROBLEMATICHE CONNESSE ALL'ART. 18 ORD.GIUDIZIARIO

**L'art. 18 ord. giud.** delinea due diverse ipotesi di incompatibilità: una formale e una sostanziale. La norma infatti da un lato esclude che i magistrati giudicanti e requirenti delle corti d'appello, dei tribunali e delle preture possano appartenere ad uffici giudiziari nelle sedi presso le quali i loro parenti fino al secondo grado, o gli affini in primo grado, risultino iscritti negli albi professionali degli avvocati e procuratori, e dall'altro tende ad impedire che i predetti magistrati prestino servizio in uffici giudiziari innanzi ai quali i loro parenti, nei gradi sopra specificati, esercitino abitualmente la professione di avvocato o di procuratore legale. Proseguendo nella disamina del disposto di legge va osservato come la norma, facendo riferimento ai magistrati delle Preture, dei Tribunali e delle Corti di appello, escluda dall'area dell'incompatibilità quelli in servizio presso la Corte di Cassazione. Parimenti, risultando l'incompatibilità collegata all'avvenuta iscrizione negli albi professionali di avvocato e procuratore, essa deve ritenersi sicuramente esclusa, qualora il congiunto sia semplicemente iscritto nell'albo speciale dei praticanti procuratori abilitati al patrocinio innanzi alla pretura. Un ulteriore punto controverso inerisce all'interrogatorio se il disposto dell'art. 18 ord. giud. permetta di delineare un'ipotesi di incompatibilità tra il magistrato ed il coniuge esercente la professione forense. Possiamo dire che nell'attuale situazione, caratterizzata da una regolamentazione assolutamente insoddisfacente, il magistrato il cui coniuge eserciti la professione forense e' comunque tenuto ad usare la massima cautela per evitare l'insorgenza di eventuali compromissioni alla connotazione di imparzialità che deve caratterizzare il suo operato; qualora ciò non avvenga potrà scattare il meccanismo del trasferimento per incompatibilità ambientale, previsto a tutela del prestigio della magistratura. Venendo ora ad

---

<sup>(33)</sup> L. DITTRICH, Incompatibilità, astensione e ricasazione, cit., p. 49 e 50.

esaminare l'incompatibilità, di natura sostanziale, di cui alla seconda parte dell'art. 18 ord. giud., e derivante dall'esercizio "abituale" della professione di avvocato o di procuratore legale da parte del parente del magistrato nella stessa sede ove trovasi l'ufficio giudiziario di quest'ultimo, dobbiamo rilevare che, per quanto concerne il concetto di incompatibilità dell'attività giudiziale svolta, e' stato chiarito dal C.S.M., che si ha esercizio abituale qualora l'avvocato o procuratore svolga, davanti all'ufficio giudiziario del congiunto, un'attività professionale rilevante, e, quindi non sporadica né eccezionale, per quantità o per qualità. Occorre soffermarsi sulla nozione di "ufficio giudiziario", che in relazione a quella che è stata definita come incompatibilità "formale", coincide molto spesso con quella di sede; mentre in relazione a quella che è stata definita incompatibilità "sostanziale", per uffici giudiziari si dovrebbero intendere le preture, i tribunali e le corti d'appello nel loro complesso, e cioè tutti gli organi caratterizzati da identità di sede e di competenza.

### 1.3.2. L'INCOMPATIBILITA' SECONDO L'ART. 19 ORD.GIUDIZIARIO

Ai sensi dell'**art. 19** comma 1 **ord. giud.** non è possibile almeno in via di massima, che i magistrati aventi tra loro vincoli di parentela o di affinità fino al terzo grado facciano parte "della stessa corte o dello stesso tribunale ordinario o dello stesso ufficio giudiziario". Il riferimento ai magistrati della "stessa corte" rende evidente che, a differenza di quanto abbiamo rilevato esaminando l'art 18 ord. giud., detta incompatibilità interessa anche i magistrati della Corte di cassazione. Per quanto concerne la nozione di ufficio giudiziario valgono sostanzialmente gli stessi criteri delineati in relazione all'art. 18 ord. giud., cosicché devono essere considerati "uffici", agli effetti dell'art. 19 ord. giud.<sup>34</sup>, le preture, i tribunali, le corti d'appello e (a differenza dell'art. 18 ord. giud.) la Corte di cassazione, e cioè tutti gli organi che risultano caratterizzati dalla medesima sfera di competenza. La norma, nonostante al pari del precedente art. 18

---

<sup>34</sup>) L. GALTERIO, *Ordinamento giudiziario* IV Ed., Milano, 1985, p.689 ss.

ord. giud., non menziona la sussistenza del vincolo coniugale fra magistrati della stessa sede quale possibile causa di incompatibilità, ritiene ricompreso il vincolo di coniugio tra le cause dell'istituto in esame<sup>35</sup>. Ai sensi del comma 2 dell'art. 19 la sussistenza dell'incompatibilità delineata dal precedente primo comma ha comunque il valore di una presunzione semplice; essa risulta esclusa qualora, a giudizio del C.S.M.<sup>36</sup>, in seguito ad un'analisi della concreta realtà ambientale, basata in particolare sulla valutazione del numero dei componenti del collegio o dell'ufficio giudiziario, possa essere smentita la sussistenza di qualsivoglia intralcio al regolare andamento del servizio. Nel successivo comma 3 invece, non possono in ogni caso far parte dello stesso collegio giudicante nelle corti e nei tribunali i parenti e gli affini fino al quarto grado incluso. Il maggior rigore che caratterizza tale norma appare dovuto al più elevato pericolo di compromissione della terzietà del giudicante connesso a detta situazione, ove potrebbe verificarsi un diretto condizionamento sui risultati della votazione collegiale<sup>37</sup>; il condizionamento è indubbiamente maggiore qualora nel collegio vi siano soggetti fra loro legati da stretti vincoli familiari. Qualora venga accertata un'ipotesi di incompatibilità di sede per vincoli di parentela tra magistrati e non vi sia la domanda di trasferimento da parte di almeno uno degli interessati il C.S.M., se non è possibile concedere la deroga di cui al secondo comma dell'art. 19, instaura il procedimento attinente al trasferimento d'ufficio esclusivamente nei confronti del magistrato che per ultimo abbia raggiunto la sede o l'ufficio, essendo detto soggetto ad aver fatto scattare la causa d'incompatibilità; qualora i magistrati parenti fra loro abbiano preso possesso della sede in pari data, il procedimento verrà instaurato nei confronti del meno anziano in ruolo.

---

<sup>35</sup>) L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, Padova, 1991, p.28; in senso contrario BARONE, *Sub artt. 34 e 35 c. p.p., in commentario del nuovo codice di procedura penale*, Vol. I, Milano, 1989, p. 232.

<sup>36</sup>) in virtù del disposto dell'art 65 d.p.r. 16 settembre 1958, n.916.

<sup>37</sup>) L. DITTRICH, *L'incompatibilità determinata da rapporti di parentela ed affinità*, cit., c. 347 ss.

#### 1.4. DALLA LEGGE DELEGA DEL 1974 AL PRIMO IMPIANTO DELL'ART. 34 C.P.P. 1988

Possiamo benissimo osservare che, mentre l'art. 34 comma 1 c. p., concerne quella che è stata definita la "progressione in verticale" del processo, il comma successivo prende in esame lo sviluppo del processo "in orizzontale". In base al primo comma infatti, il magistrato che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento non può esercitare le funzioni di giudice nei gradi ulteriori, né partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento o al giudizio per revisione. Appare evidente come uno dei maggiori pericoli di attentato alla garanzia di imparzialità del giudice sia rappresentato dalla possibilità per il magistrato di essere chiamato a deliberare in ordine alla stessa causa nei vari gradi processuali; è stato giustamente rilevato come siano le stesse caratteristiche funzionali della competenza per gradi a rendere incompatibile il magistrato che abbia già giudicato in ordine allo stesso fatto, e come il conseguente divieto altro non rappresenti se non il doveroso adeguamento al canone del *ne bis in idem* soggettivo<sup>38</sup>. Il magistrato che in sede di impugnazione, dovesse riesaminare una propria precedente sentenza apparirebbe inevitabilmente prevenuto, essendo logico ipotizzare quantomeno una propensione da parte sua a veder confermata la decisione, stante la normale tendenza, dal punto di vista psicologico, a mantenere gli orientamenti e i convincimenti formati anteriormente, con conseguente estrema difficoltà a rivalutare in maniera obiettiva i dati di causa. L'analisi dell'iter che ha condotto all'attuale formulazione codicistica, parte dalla **direttiva n. 60 della prima legge-delega 3 Aprile 1974, n. 108**<sup>39</sup>, la quale prevedeva significative aperture nel segno della tutela dell'imparzialità, e messa a punto dal progetto preliminare del 1978. Al legislatore delegato veniva posto il vincolo di prevedere "il divieto di esercitare le funzioni di giudice del dibattimento per colui che ha svolto funzioni di pubblico ministero o di giudice istruttore nello stesso procedimento o di giudice che ha deciso sull'impugnativa del pubblico ministero avverso la sentenza istruttoria di

---

<sup>(38)</sup> G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali*, cit., p.215;

<sup>(39)</sup> M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale. Appunti sulla legge delega e sul progetto preliminare del nuovo codice*, Utet, Torino, 1988, p. 3.



proscioglimento". Dunque il presupposto dell'incompatibilità endoprocessuale di tipo "verticale", veniva allocata non solo nell'aver pronunciato o concorso a pronunciare la sentenza conclusiva di un precedente grado di giudizio, ma anche nell'aver il medesimo giudice-persona soltanto "preso parte" al procedimento in un grado pregresso. A tradurre in articolato normativo tale intervenuta dilatazione della piattaforma dell'incompatibilità verticale, provvedeva dunque, l'art. 39 comma 1 prog. prel. 1978, a mente del quale "il giudice che ha compiuto atti in un grado del procedimento non può esercitare funzioni di giudice negli altri gradi, né partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento o al giudizio di revisione". Non lievi dissensi suscitava, invece, la disciplina dell'incompatibilità "orizzontale" coniata dall'art. 39 comma 2, prog. prel. 1978, ove era previsto il divieto di partecipare al "giudizio" per il "giudice che ha pronunciato ordinanza di giudizio immediato o di rinvio a giudizio o sentenza istruttoria di proscioglimento ovvero ha deciso sulla impugnazione proposta contro quest'ultima"; quanto invece all'incompatibilità derivante da rapporti di parentela o di affinità, l'art. 40 prog. prel. 1978 dilata, la sagoma del presupposto ai rapporti fino al quarto grado (e non più fino al secondo)<sup>40</sup>, curando peraltro l'aggiunta dell'ipotesi del rapporto di coniugio. Merita poi menzione l'art. 39 comma 3 prog. prel. 1978, secondo cui, "il giudice che ha chiesto la proroga della custodia provvisoria non può partecipare alla deliberazione del provvedimento che decide sulla stessa". Si perviene così alla **delega legislativa del 1987 n. 81**, la cui **direttiva n. 67** prevede anzitutto, il "divieto di esercitare le funzioni di giudice del dibattimento per colui che ha svolto, prima di questo, funzioni di pubblico ministero o di giudice che ha emesso uno dei provvedimenti indicati nei numeri 44 (decreto di giudizio immediato), 46 (decreto penale di condanna) e 52 (provvedimenti conclusivi dell'udienza preliminare)"; vi si ribadisce inoltre, il tradizionale "divieto di esercitare le funzioni di giudice in ogni altro grado per il magistrato che ha già preso parte allo stesso procedimento giudicando nel merito o svolgendo funzioni di pubblico ministero". Nel dare attuazione alla delega, il legislatore del 1988 scandiva la disciplina delle incompatibilità ripartendola tra

---

<sup>(40)</sup> *Dalle leggi delega ai decreti delegati*, a cura di G. CONSO- V. GREVI- G. NEPPI MODONA, vol. I, cit., p. 230 s.

gli artt. 34 e 35 c. p. p.: quest'ultimo dedicato all'incompatibilità per ragioni di coniugio ovvero di parentela o affinità entro il secondo grado, respingendo la scelta ampliativa abbozzata dal progetto preliminare del 1978; l'art. 34 invece distingueva i rapporti tra decisione di primo grado e gradi successivi di giudizio, compresa la revisione (comma 1), i rapporti tra partecipazione al giudizio e contributo giurisdizionale dispiegato in fasi anteriori (comma 2), nonché le reciproche esclusioni tra funzione giurisdizionale e ruolo di parte (comma 3); occorre sottolineare come sia quello scolpito dall'art. 34 comma 2 c. p. p. il più delicato tra i dispositivi delle incompatibilità al giudizio: non può trascurarsi in tal senso come i presupposti dell'incompatibilità "orizzontale" abbiano costituito terreno di contrasto; si rammenterà infatti che la Commissione parlamentare, già in sede di primo parere sul progetto preliminare del codice, avesse segnalato "la mancanza di ogni riferimento al giudice che ha emesso il provvedimento nel corso delle indagini preliminari" e come l'opportunità di prevedere l'incompatibilità a partecipare al giudizio non solo del giudice che abbia emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare, ma anche del giudice che abbia pronunciato nel corso delle indagini preliminari, fosse stata rimarcata in sede di secondo parere. La relazione al testo definitivo non manca di riconoscere, la fondatezza di quanto prospettato, ed e' dai vuoti di tutela adombrati sin dall'epoca progettuale, che scaturirà l'intera travagliata storia dell'art. 34 c. p. p.

#### 1.4.1. L'ART. 34 COMMA 1 E I SUOI RACCORDI CON GLI ARTT. 604 E 623 C.P.P.

Al **primo comma** dell'**art. 34 c. p. p.** venne così fissato il "divieto di esercitare le funzioni di giudice in altro grado per il magistrato che ha già preso parte allo stesso procedimento, *giudicando nel merito*". Si affermò infatti che la diversa formulazione era resa necessaria al fine di escludere dall'ambito delle incompatibilità le decisioni semplicemente incidentali e interlocutorie, ma non si tenne conto del fatto che in tal modo venivano escluse da detta area anche tutte

le sentenze c.d. meramente processuali. Al momento della redazione del codice finì invece per prevalere una più ampia impostazione diretta ad estendere l'incompatibilità anche alle pronunce a contenuto meramente processuale, in chiave di continuità rispetto all'interpretazione assolutamente prevalente del primo comma dell'art. 61 c. p. p. 1930. L'ipotesi rappresentata dall'incompatibilità conseguente all'emissione di una sentenza in un precedente grado del giudizio non vale peraltro ad esaurire l'area di applicabilità del primo comma dell'art. 34 c. p. c., tale norma non si occupa infatti esclusivamente della partecipazione ai diversi gradi del processo; essa estende altresì il suo ambito anche ad altri casi di cognizione e valutazione della causa<sup>41</sup>, e cioè al giudizio di rinvio dopo l'annullamento ed al giudizio di revisione. Per quanto concerne l'annullamento con rinvio da parte della Cassazione, che ha luogo ogni qualvolta il giudizio di legittimità non si esaurisca con la fase rescindente, bisogna in tal caso chiarire quali siano le interconnessioni tra gli artt. 34 e 623 c. p. p. Per maggior precisione, va subito osservato che gli interrogativi non concernono tutte le ipotesi delineate dall'attuale art. 623 c. p. p.; deve essere ritenuto estraneo a tale problematica l'art. 623 **lett. a)**, ove è previsto l'annullamento con rinvio delle ordinanze. Ciò è infatti dimostrato alla luce dell'analisi dell'art. 34 c. p. p., che ricollega la sussistenza dell'incompatibilità alla previa emissione di una "sentenza" e non anche di un'ordinanza, secondo un'impostazione già fatta propria dal c. p. p del 1930, ed evidentemente diretta ad evitare che l'ampliamento dell'area dell'incompatibilità finisse col paralizzare lo svolgimento dell'attività giudiziaria<sup>42</sup>. Analizziamo ora le ipotesi delineate ai punti c) e d) dello stesso articolo 623. In base al predetto punto c), se è annullata la sentenza di una corte di assise d'appello o di una corte d'appello o di una corte d'assise o di un tribunale, il giudizio deve essere rinviato ad un'altra sezione della stessa corte o dello stesso tribunale o, in mancanza, alla corte o al tribunale più vicino<sup>43</sup>. Al fine di giustificare la coesistenza di un simile disposto con quello del comma 1 dell'art. 34 c. p. p., evidenziamo come le due norme interesserebbero aspetti fra loro

---

<sup>41</sup>) T. RAFARACI, *Sub art. 34 c. p. p.*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Primo aggiornamento Torino, 1993, p. 23.

<sup>42</sup>) i rilievi di G. SPANGHER, *Problemi d'incompatibilità*, cit., p.640, nt. 131.

<sup>43</sup>) G. CIANI, *Sub art 623 c. p. p.*, cit., p. 303.

distinti risultando tra di esse parzialmente complementari; difatti mentre l'art. 34 comma 1 c. p. p. di per sé non vieterebbe che in caso di annullamento con rinvio la causa venga ritrasmessa allo stesso organo giudiziario, purché composto da altri magistrati; a sua volta in riferimento all'art. 623 **lett. c)** c. p. p., potrebbe accadere che in caso di rinvio ad un'altra sezione o ad un'altra corte, di detta sezione o corte venga successivamente a far parte uno dei componenti del collegio che emise la sentenza annullata. Dette considerazioni non possono peraltro essere ripetute per quanto concerne l'ipotesi delineata dall'art. 623 **lett. d)** c. p. p., che appare invece decisamente sovrapponibile rispetto al comma 1 dell'art. 34 c. p. p.; infatti il legislatore, dispone che, in caso di annullamento della sentenza di un pretore o di un GIP, gli atti vadano trasmessi alla medesima pretura o al medesimo tribunale, "tuttavia il pretore o il giudice deve essere diverso da quello che ha pronunciato la sentenza annullata". Le difficoltà di raccordo appaiono poi ulteriormente accresciute qualora si prende in esame il disposto dell'art. 623 **lett. b)** c. p. p. In base a detta norma la Corte di cassazione deve disporre la trasmissione degli atti "al giudice di primo grado" qualora venga annullata una sentenza di condanna nei casi previsti dall'**art. 604 comma 1 c. p. p.** L'insieme delle osservazioni sviluppate in relazione al disposto dell'art. 623 c. p. p., possono essere poi ripetute in riferimento alle ipotesi di nullità accertate dal giudice d'appello, ai sensi del **comma 4** dell'art. 604 c. p. p.<sup>44</sup>, con conseguente regressione del processo ed instaurazione di un nuovo giudizio di primo grado<sup>45</sup>.

#### 1.4.2. IL TESTO ORIGINARIO DELL'ART. 34 SECONDO COMMA C.P.P.

Premesso che scopo dell'**art. 34 comma 2 c. p. p.** era quello di evitare il pericolo di una mancanza di serenità nel giudizio, dovuta al pregresso compimento di determinati atti giudiziari, anche in

---

<sup>(44)</sup> Cass., sez. I, 2 aprile 1990, M. ZANOLLA, *cit.*

<sup>(45)</sup> E. ZAPPALÀ, *Sub art. 604 c. p. p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale, cit.*, Vol. VI, Torino, 1991, p 215

relazione allo sviluppo “in orizzontale” del processo<sup>46</sup>, va osservato come sotto questo aspetto, a differenza di quanto invece è avvenuto in relazione agli altri commi dell’art. 34 c. p. p., appariva più difficile per l’attuale legislatore utilizzare lo schema offerto dalle previgenti codificazioni, legate ad un modello processuale caratterizzato dalla presenza della fase istruttoria; così non poteva essere di alcuna utilità il richiamo al secondo comma dell’art. 40 c. p. p. 1913, in base al quale veniva impedita la partecipazione al dibattimento del giudice che avesse precedentemente compiuto l’istruzione formale o avesse concorso a deliberare il rinvio a giudizio, nonché del magistrato che nell’istruzione sommaria avesse proceduto alle ricognizioni, all’esame dei testimoni o all’interrogatorio dell’imputato. Analogamente non costituiva un valido punto di riferimento il secondo comma dell’art. 61 c. p. p. 1930, volto ad escludere dalla celebrazione del dibattimento soltanto il giudice che avesse pronunciato o fosse concorso a pronunciare l’ordinanza di rinvio a giudizio. Dovendosi necessariamente adottare una diversa formulazione, nell’emendamento presentato dal Governo nella seduta del 21 febbraio 1980 venne previsto il “ divieto di esercitare le funzioni di giudice del dibattimento per colui che ha svolto, prima di queste, funzioni di giudice che ha emesso una pronunzia di merito diversa dal decreto penale”. Tale dizione conobbe poi successivi aggiustamenti e modificazioni ( va ricordato tra l’altro che venne cancellata l’esclusione dell’ipotesi relativa al decreto penale), fino a pervenire nella versione finale della già citata direttiva n. 67 legge-delega 16 febbraio 1987, che stabilì appunto il divieto di esercitare le funzioni di giudice del dibattimento per il magistrato che avesse precedentemente emesso nello stesso procedimento “uno dei provvedimenti indicati ai numeri 44), 46) e 52)” della stessa delega, relativi al giudizio immediato, al procedimento per decreto e all’udienza preliminare. Dobbiamo rilevare come i risultati delle analisi che hanno condotto all’emissione della direttiva n. 67 siano poi risultati clamorosamente smentiti a distanza di pochi anni. In particolare si è rilevata inesatta la tesi volta a ritenere esaustiva la previsione dei casi di incompatibilità delineati dalla legge delega<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup>) B. SANTALUCIA, in *Giust. Pen.*, 1988, III, c. 174

<sup>47</sup>) *Il nuovo codice di procedura penale, cit.*, Vol, III, p. 616 e 617.

In primo luogo la norma codicistica ha aggiunto alle già previste ipotesi di incompatibilità, quella rappresentata dalla successiva partecipazione al processo del giudice che abbia in precedenza deciso sull'impugnazione avverso la sentenza di non luogo a procedere, risolvendo così le perplessità, assai vive, sotto la vigenza del c. p. p. 1930, in ordine al quesito se la "prevenzione" atta a determinare l'incompatibilità sia soltanto quella "negativa", derivante da un precedente giudizio sfavorevole da parte del magistrato nei confronti della posizione processuale dell'indagato, o non anche (come appunto riconosciuto nell'art. 34 comma 2 c. p. p.) quella "positiva", legata ad un'antecedente giudizio diretto ad escludere la colpevolezza dell'imputato. Inoltre, mentre la direttiva n. 67 opera un esclusivo riferimento alle funzioni di "giudice del dibattimento", l'art. 34 comma 2 ha menzionato più genericamente, la posizione del magistrato tenuto a "partecipare al giudizio", evidenziando la volontà da parte del legislatore delegato di allargare l'area di incompatibilità al di là dei limiti minimi segnati dalla legge delega. Voglio ribadire ancora una volta come la stessa Commissione parlamentare, nel Parere definitivo in ordine al nuovo codice di procedura penale, avesse espresso perplessità circa l'omessa previsione, quale causa di incompatibilità<sup>48</sup> a partecipare al giudizio, dell'ipotesi rappresentata dall'emissione da parte del giudice di un provvedimento nel corso delle indagini preliminari. Deve infatti sottolinearsi come, almeno in relazione alla previa emissione di una misura cautelare nel corso delle indagini preliminari, non poteva non essere ritenuto assai poco rassicurante il mancato riconoscimento di un'autonoma causa di incompatibilità<sup>49</sup>, così come ha in seguito giustamente rilevato la Corte costituzionale con la sent. 432/1995.

---

<sup>48</sup>) E. ZAPPALA', *La ricusazione del giudice penale*, cit., p. 153 e 154.

<sup>49</sup>) E. ZAPPALA', *La ricusazione del giudice penale*, cit., p. 153 e 154.

#### 1.4.3. ANALISI DEL COMMA 3 DELL'ART. 34 C. P. P.

Il terzo comma della norma in esame individua invece quale causa di possibile prevenzione la situazione verificabile qualora allo svolgimento di funzioni differenti da quelle di giudice segua l'esercizio delle funzioni giudiziarie in relazione alla stessa causa. In base all'**art. 34 comma 3 c. p. p.** chi è stato pubblico ministero, o ha compiuto atti di polizia giudiziaria, o ha prestato l'ufficio di difensore, di procuratore speciale, o di curatore di una parte, ovvero di testimone, perito, consulente tecnico, o ha proposto denuncia, querela, istanza o richiesta, o ha deliberato o concorso a deliberare l'autorizzazione a procedere non può poi esercitare nel medesimo procedimento l'ufficio di giudice. Anche in tal caso la *ratio* del disposto di legge è individuabile nell'esigenza di tutelare l'imparzialità. La norma trova diretti elementi di raffronto nei codici previgenti, rispetto ai quali essa si pone in una linea di continuità, come l'art. 40 comma 3 c. p. p. del 1913, e ancor più evidente appare l'analogia rispetto all'art. 61 c. p. p. del 1930<sup>50</sup>. Analizzando il disposto dell'art. 34 comma 3 c. p. p. dobbiamo dunque in primo luogo soffermarci sul divieto, posto a carico di chi abbia esercitato le funzioni di p.m., di svolgere nello stesso procedimento quelle di giudice. In base a tale divieto "chi accusa non può giudicare e chi ha accusato in un determinato procedimento non può nello stesso procedimento assumere quel diverso atteggiamento psicologico che deve essere proprio del giudice il quale guarda con serenità e senza prevenzione allo svolgersi dinanzi a sé del dibattito per trarne con obiettività le conclusioni che gli saranno dettate dalla propria coscienza"<sup>51</sup>. Venendo ora all'incompatibilità posta a carico di chi abbia compiuto<sup>52</sup> atti di polizia giudiziaria<sup>53</sup>, anche in tal caso si è in presenza di un pericolo di prevenzione dovuto al previo compimento di attività investigative. Per quanto invece concerne l'antecedente espletamento da parte del giudice dell'ufficio di difensore va rilevato che i rapporti di fiducia ed economici

---

<sup>50</sup>) M.V. FOSCHINI, *Il principio di tassatività delle cause di incompatibilità*, cit., p. 1233.

<sup>51</sup>) G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., p. 216.

<sup>52</sup>) M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, II, Ed., Torino, 1990, p. 76.

<sup>53</sup>) T. RAFARACI, *Sub artt. 34-35 c. p. p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 197.

intercorrenti tra la parte ed il suo patrocinante appaiono del tutto incompatibili con l'equidistanza che deve caratterizzare l'operato del giudice, il quale in tal caso, si sarebbe già formato un'opinione in ordine al procedimento dalla quale ben difficilmente potrebbe svincolarsi<sup>54</sup>. Relativamente alla posizione di chi sia stato in precedenza perito o consulente tecnico bisogna sottolineare che le funzioni svolte in tale veste determinano la focalizzazione dell'interesse del soggetto su di un frammento della vicenda, della cui integralità questi verrebbe poi chiamato a giudicare; inoltre il parere a suo tempo espresso nell'esercizio di dette funzioni rischierebbe di rendere il magistrato non del tutto sereno in sede di valutazione finale della causa (trattasi comunque questa di una situazione di ben rara verifica). Coloro i quali abbiano svolto funzioni di procuratore speciale o di curatore di una parte non possono invece giudicare nello stesso procedimento, in quanto trattasi di soggetti "che hanno agito nell'interesse della parte rappresentata, e quindi, è certo che non solo potrebbero trovarsi nella condizione di tradire la fiducia loro già riposta avvalendosi di cognizioni ottenute nell'esercizio del loro ufficio ma soprattutto non avrebbero la necessaria serenità ed imparzialità del giudizio". Chi abbia esercitato in precedenza le funzioni di testimone non può a sua volta celebrare il giudizio nella stessa causa, e viceversa, come prevede l'attuale codice di procedura penale, in quanto altrimenti finirebbe per risultare prevenuto, per effetto della "sua personale esperienza in relazione ai fatti da accertare". Per quanto concerne infine i soggetti che hanno presentato denuncia, querela, istanza o richiesta, o hanno deliberato o concorso a deliberare l'autorizzazione a procedere<sup>55</sup>, è stato sottolineato che l'incompatibilità appare dovuta al fatto che tali individui hanno già preso conoscenza del procedimento ed espletato attività di propulsione dell'azione penale, o risultano comunque "interessati" alla causa quali soggetti passivi del reato<sup>56</sup>.

---

<sup>(54)</sup> L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricasazione*, cit., p. 141.

<sup>(55)</sup> R. VENDITTI, *Il processo penale militare*, III Ed., Milano, 1993, p. 88.

<sup>(56)</sup> L. BARONE, *Sub artt. 34 e 35 c. p.*, cit., p. 230.



#### 1.4.4. L'INCOMPATIBILITA' PER RAGIONI DI PARENTELA O DI AFFINITA'

In base all'art. 35 c. p. p. i giudici che siano tra loro parenti o affini entro il secondo grado non possono esercitare, nello stesso procedimento, funzioni anche separate o diverse. Si vuole in tal modo evitare che i rapporti di parentela o di affinità possano influire sulla serenità del giudizio, determinando “una sorta di affettuosa acquiescenza dell'un giudice all'operato dell'altro”, e provocando il pericolo della prevalenza dell'opinione del parente o dell'affine<sup>57</sup>. Al contempo la norma mira a preservare l'immagine della giustizia “che è più credibile se non gravano sospetti di privatizzazione degli uffici giudiziari, di influenza di interessi parziali”. L'area della predetta incompatibilità fu poi estesa dal già citato art. 41 c. p. p. 1913, inoltre, occorre sottolineare come l'art. 35 c. p. p. vada poi coordinato con il predetto art. 19 ord. giud. del 1941, il cui comma 3, sappiamo, in particolare prevede che non possano far parte come giudici dello stesso collegio nelle corti e nei tribunali i parenti e gli affini fino al quarto grado incluso. Tuttavia, rispetto a quest'ultimo ci sono delle differenze: l'attuale art. 35 c. p. p., così come già faceva l'art. 62 c. p. p. 1930, ha limitato l'incompatibilità al secondo grado di parentela, mentre l'art. 19 ord. giud. la estende invece fino al quarto; inoltre per quanto riguarda la sfera soggettiva di applicazione, va sottolineato come l'art. 35 c. p. p. si applichi a tutti i giudici, e cioè sia quelli “togati” che a quelli “laici”, laddove l'art. 19 ord. giud. limita la sua portata esclusivamente agli appartenenti all'ordine giudiziario. Proseguendo nella disamina dell'art. 35 c. p. p. dobbiamo sottolineare come l'esclusivo richiamo, ai fini dell'individuazione dell'incompatibilità, alla presenza di “giudici” tra loro parenti o affini, i quali esercitino funzioni anche diverse o separate, rende palese come debba ritenersi esclusa l'ipotesi in cui i magistrati legati dai predetti vincoli svolgano rispettivamente la funzione di giudice e quella di p.m.<sup>58</sup> (situazione che nell'attuale codice, configura quanto meno il motivo di astensione, non previsto invece sotto la vigenza del c. p. p. 1930, delineato dall'art. 36, lett. f, c. p. p., con conseguente possibilità di riconsiliazione ai sensi dell'art.

---

<sup>(57)</sup> E. ZAPPALA', *La riconsiliazione del giudice penale, cit.*, p. 117.

<sup>(58)</sup> L. BARONE, *Sub artt. 34-35 c. p. p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale, cit.*, Vol. I, 1989, p. 231.

37 lett. a, c. p. p.). Ad analoghe conclusioni era giunta la giurisprudenza sotto la vigenza del c. p. p. del 1930<sup>59</sup> in riferimento all'art. 62, il quale faceva anch'esso riferimento alla nozione di "giudici", a differenza di quanto invece prevedeva l'art. 41 c. p. p. 1913, che utilizzando il termine "magistrati" estendeva senza dubbio l'incompatibilità anche al pubblico ministero.

#### 1.4.5. SEGUE: IL RAPPORTO DI CONIUGIO QUALE CAUSA DI INCOMPATIBILITA'

Il codice di procedura penale del 1930, essendo stato emanato in un'epoca in cui le donne non erano ammesse ad accedere in magistratura, non poteva evidentemente inserire, nell'ambito della'art. 62 c. p. p, il rapporto di coniugio dei magistrati tra le cause di incompatibilità. La mancanza di una tale previsione si avvertì solo in conseguenza della legge che eliminò, anche per la magistratura, ogni discriminazione sessista. A seguito di tale modifica apparve inaccettabile che fosse ad esempio prevista quale causa di incompatibilità la partecipazione allo stesso procedimento di due magistrati legati da un vincolo di affinità in secondo grado e non invece quella di due giudici coniugi tra loro, pur essendo in quest'ultimo caso indubbiamente maggiore il pericolo di turbamento alla serenità del giudizio e di conseguente compromissione dell'imparzialità, stante il ben diverso rilievo del legame affettivo intercorrente. La questione fu accolta dalla Corte costituzionale con la sent. 473/1993<sup>60</sup>, che dichiarò l'illegittimità dell'art. 62 c. p. p. 1930 nella parte in cui non prevedeva che nello stesso procedimento non potessero esercitare funzioni, anche separate e diverse, giudici in rapporto di coniugio tra loro. Con tale sentenza anche il c. p. p. 1930 venne allineato all'impostazione caratterizzante l'attuale art. 35 c. p. p., che equipara, ai fini dell'incompatibilità, il coniugio ai legami derivanti da vincoli di

---

<sup>59</sup>) E. RUBIOLA, *Sub art 62 c .p. p. 1930*, in *Commentario breve al codice di procedura penale 1930*, cit., p. 302.

<sup>60</sup>) Corte cost., 30 dicembre 1993, n.473, in *giur. cost.*, 1993, p. 3890, con nota di S. TESSA, *L'incompatibilità del giudice per motivi di coniugio nel codice del 1930*.

parentela e di affinità<sup>61</sup>. Non appariva del resto ipotizzabile alcuna diversa soluzione. Rimane peraltro tuttora irrisolto l'interrogativo delle conseguenze derivanti dal vincolo di convivenza *more uxorio*, rispetto alla quale sussiste assenza di regolamentazione.

---

<sup>61</sup>) M.V. FOSCHINI, *Il principio di tassatività delle cause di incompatibilità e le ipotesi "sopravvenute"*, cit., p. 1233.

## CAPITOLO SECONDO:

### L'AVVENTO DEI "VUOTI COSTITUZIONALI" E GLI INTERVENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE

#### 2. PREMESSA

Entrando ora nel vivo del discorso, è ben noto di quanto poco stabile si sia rivelato l'assetto dell'originaria veste dell'art. 34 c. p. p.: molteplici ragioni, si collocano alla base dei dubbi della giurisprudenza di merito già nei primi mesi di vigore del "nuovo" codice, e subito instradati nei percorsi del giudizio di costituzionalità, generando un processo di reazioni a catena che si propagherà, nel lungo periodo. Infatti, le circa 20 declaratorie di incostituzionalità, che nell'arco di un decennio - dal 1990 al 1999 prima, e dal 1998 al 2000 dopo - hanno bersagliato *l'art 34 comma 2 c. p. p.* modificandone del tutto la struttura, costituiscono un "record assoluto"<sup>62</sup>: come ho anticipato nella parte introduttiva del lavoro, non v'è norma processuale penale più "bersagliata" nell'intero arco ormai quarantennale, in cui si estende l'esperienza costituzionale della Corte. Per di più, talune declaratorie di inammissibilità in materia hanno sostanziato vere e proprie svolte cruciali nella tormentata storia della norma, come è accaduto per la c.d. "trilogia d'ottobre"<sup>63</sup>. Una mole così imponente di produzione giurisprudenziale, catalizzata su una singola norma e concentrata in un arco temporale circoscritto, non può non indurre a riflettere sulle cause efficienti del fenomeno. L'art. 61 del codice di procedura penale abrogato, che disciplinava le ipotesi di incompatibilità in modo non dissimile dal vigente art. 34, invece, non è stato affatto oggetto di pronunce di incostituzionalità. Ciò dimostra che la moltiplicazione delle sentenze additive in materia di incompatibilità del giudice penale è dipesa essenzialmente proprio *dal nuovo modello processuale di stampo accusatorio e dai principi fondamentali che informano il vigente codice di procedura penale*. In

---

<sup>62</sup>) G. CONTI, *L'incompatibilità del giudice tra microconflittualità costituzionale e prospettive di riforma ordinamentale*, cit., p. 198.

<sup>63</sup>) Corte cost., sent. 1 ottobre 1997, n. 306; Corte cost., sent. 1 ottobre 1997, n. 307; Corte cost., sent. 1 ottobre 1997, n. 308 ( tutte in Foro it., 1997, I, c. 2711 ss.).

definitiva, la lacunosità del nuovo codice e gli squilibri sulle concezioni circa gli scopi della giustizia penale e sui modelli di organizzazione giudiziaria, oltre al sopravvivere di una norma ricalcata su schemi precedenti di stampo squisitamente inquisitorio e necessariamente non esaustiva nelle sue previsioni in ordine all'incompatibilità, sono la reale causa dei numerosi interventi della Corte: in poche parole, l'attuale art. 34, incardinato in un sistema processuale ispirato all'idea accusatoria, non poteva non dar luogo a censure di incostituzionalità, alla luce del presupposto della netta distinzione tra *funzioni giudicanti e requirenti*, e in considerazione della particolare importanza del *principio di terzietà - imparzialità del giudice*. La Corte ha, conseguentemente, dovuto eliminare le discrasie esistenti in questo settore, estendendo il regime delle incompatibilità ad ipotesi che non erano state prese in esame dal legislatore, pur essendo assimilabili sotto ogni aspetto a quelle menzionate nell'art. 34 c p p. Ogni pronuncia della Corte è stata a sua volta feconda di ulteriori sviluppi, date le inevitabili interconnessioni esistenti in materia: anche questo fenomeno di "*gemmazione*" spiega il numero davvero cospicuo di pronunce della Corte costituzionale sulla incompatibilità del giudice penale.

## 2.1 LA DECISIONE CAUTELARE PREGIUDICANTE

Da subito, la giurisprudenza, in origine, si incanalò, all'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1988, nel solco tracciato dall'antico indirizzo e alla medesima conclusione perveniva, in prima battuta la Corte costituzionale sollecitata a verificare la compatibilità dell'art. 34 comma 2 c. p. p., con riguardo alla previa conoscenza del *dossier* cautelare da parte del medesimo giudice-persona, deputato in seguito a conoscere, nel merito della causa, l'identica regiudicanda. La questione investiva, dunque, l'art. 34 comma 2 c. p. p. nella parte in cui non prevedeva, che tale previa conoscenza, determinasse l'incompatibilità a partecipare al successivo dibattimento. Difatti, era apparso innegabile il fatto che il giudice del dibattimento non può far conto di non aver conosciuto, le risultanze delle indagini svolte dal p.m.", né "che il medesimo

giudice ha già espresso un giudizio prognostico sulla personalità dell'imputato venendo condizionato da quanto egli già sa". La formulazione nei seguenti termini della questione, ovvero della "conoscenza pregiudicante" degli atti, offrì alla Corte la possibilità di addurre il difetto di fondatezza di tale chiave di lettura. Infatti richiamando la propria **sentenza n. 496 del 1990**<sup>64</sup>, che rappresenta l'anello iniziale delle declaratorie di incostituzionalità in tema di incompatibilità, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 comma 2 c. p., nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al successivo giudizio abbreviato il GIP presso la pretura che abbia emesso l'ordinanza di "imputazione coatta"<sup>65</sup> cui all' art 554 comma 2 c. p. p. dello stesso codice" (ossia l'ordinanza con la quale il GIP dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero - che aveva chiesto l'archiviazione - per il promovimento dell'azione penale), in quanto la valutazione compiuta dal giudice per le indagini preliminari con questo provvedimento non è meramente formale, concernendo le condizioni necessarie per assoggettare l'imputato al giudizio di merito. Secondo la Corte, infatti, non è la previa conoscenza degli atti delle indagini preliminari ad avere rilievo ai fini dell'incompatibilità, ma, la circostanza che il giudice abbia in ordine agli stessi fatti effettuato una "valutazione di contenuto" così pregnante tale da pregiudicare, per le successive fasi del procedimento, la sua imparzialità. A tal proposito, sottolineata la distinzione tra i dati oggetto di valutazione in sede cautelare (aventi natura puramente indiziaria) e le prove utilizzabili ai fini della decisione del merito, la Corte considera decisivo il rilievo che i provvedimenti *de libertate* (ad es. provvedimento di cattura, pronuncia su istanza di libertà provvisoria o decisione sulla richiesta di riesame avverso il provvedimento coercitivo) "non comportano una valutazione che si traduca in un giudizio sul merito della causa, idoneo a determinare un pregiudizio che incida sull'imparzialità della decisione conclusiva sulla responsabilità dell'imputato". Tale tipo di intervento, non poteva non preludere ad una successiva pronuncia: la **sentenza n. 401 del**

---

<sup>64</sup>) Corte cost., sent. 26 ottobre 1990, n. 496, cit.

<sup>65</sup>) G. TURONE, *Il pubblico ministero nel nuovo processo penale: criteri guida per la gestione delle indagini preliminari in funzione delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale*, in *Quad. CSM*, 1989, n. 28, p. 236.

**1991**<sup>66</sup>, che ha esteso al GIP del tribunale, l'incompatibilità già dichiarata per il GIP di pretura, giudicando costituzionalmente illegittimo l'art. 34 c. p. p. nella parte in cui non prevede per il GIP presso il tribunale, che abbia ordinato al pubblico ministero di formulare l'imputazione, il divieto di partecipare al successivo giudizio abbreviato; con la sentenza n. 401 del 1991 la Corte ha inoltre chiarito che la locuzione "giudizio" ricomprende ogni processo che in base ad un esame delle prove pervenga ad una decisione di merito, incluso quello che si svolge con il rito abbreviato, sicché l'incompatibilità alla partecipazione alla successiva fase processuale del magistrato che abbia emesso il decreto di giudizio immediato opera non soltanto per il giudice chiamato a celebrare il dibattimento, ma anche per la successiva partecipazione al giudizio abbreviato. Sulla scia di queste due decisioni, concernenti il magistrato chiamato a celebrare il giudizio abbreviato, è stata dichiarata dalla Corte, alla luce di un'impostazione del tutto consequenziale, con la **sentenza n. 502 del 1991**<sup>67</sup>, l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 comma 2 c. p. p., nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio dibattimentale il GIP presso il tribunale che abbia ordinato al p.m. di formulare l'imputazione (art. 409 comma 5 c. p. p.) e nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al giudizio del GIP che abbia respinto la richiesta di decreto di condanna per la ritenuta inadeguatezza della pena richiesta dal pubblico ministero: anche in questo caso la Corte ha ritenuto che con tale provvedimento il giudice compia una vera e propria valutazione di merito che non può non renderlo incompatibile al successivo giudizio. Ragioni di incompatibilità analoghe sussistono anche in relazione alla partecipazione al giudizio per il magistrato che abbia in precedenza respinto la richiesta di applicazione della pena concordata tra le parti, in quanto così facendo il giudice compie una vera e propria analisi di merito fondata sulle risultanze degli atti (secondo quanto prevedono le **sentenze nn. 124 del 1992 e 186, 313, e 399** sempre del **1992**<sup>68</sup>). Ancora su questo tema deve essere ricordata la

---

<sup>66</sup>) Corte cost., 12 novembre 1991, n. 401, cit.

<sup>67</sup>) Corte cost., 30 dicembre 1991, n. 502, cit.

<sup>68</sup>) Corte cost., sent. 25 marzo 1992, n. 124, in *giur. cost.*, 1992, p. 1065 ss;  
Corte cost., sent. 22 aprile 1992, n. 186, in *giur. cost.*, 1992, p. 1343 ss;  
Corte cost., sent. 26 ottobre 1992, n. 399, in *giur. cost.*, 1992, p. 3457 ss;

**sentenza n. 439 del 1993**<sup>69</sup>, con cui, venne dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 34 comma 2 c. p. p., in quanto detta norma non prevedeva l'incompatibilità a partecipare al giudizio abbreviato del GIP che avesse rigettato la richiesta (art. 444 c. p. p.) di applicazione della pena concordata tra le parti; con la **sentenza n. 453 del 1994**<sup>70</sup>, la Corte ha stabilito l'incompatibilità per il giudice derivante dal precedente rigetto della domanda di oblazione, solo qualora la delibazione del giudice sulla domanda intervenga "nella sostanza, a conclusione dell'attività di indagine, a causa della ritenuta diversità del fatto". L'incompatibilità a partecipare alle funzioni di giudizio per il magistrato che abbia in precedenza trasmesso gli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 521, comma 2, c. p. p. è stata affermata dalla Corte con la **sentenza n. 455 del 1994**<sup>71</sup>. Il giudice che, all'esito del dibattimento, accerti che il fatto è diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio compie una penetrante delibazione nel 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. Un dibattimento "bis" riguardante il medesimo fatto storico ed il medesimo imputato non può pertanto non essere attribuito alla cognizione di un altro giudice. Tuttavia alla svolta, auspice il nuovo clima introdotto nell'ambito della "linea cautelare", si pervenne qualche anno più tardi, con la **sentenza n. 432 del 1995**<sup>72</sup> (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 c. p. p. nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio dibattimentale il GIP che abbia applicato una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato) propiziata dalla maturazione di più consapevoli ottiche di tutela della terzietà del giudice, dalla "convinzione di dover affermare un più pregnante significato dei valori costituzionali del giusto processo" e dall'ancor più accentuato carattere di eccezionalità dei provvedimenti limitativi della libertà personale disposti prima della condanna, che comportano indubbiamente una maggior incisività dell'apprezzamento del giudice sul punto. Dunque, con tale pronuncia si rimarca in primo luogo come l'analisi del problema non

---

<sup>69</sup>) Corte cost., sent. 16 dicembre 1993, n. 439, in *giur. cost.*, 1993, p. 3587

<sup>70</sup>) Corte cost., sent. 30 dicembre 1994, n. 453, cit.

<sup>71</sup>) Corte cost., sent. 30 dicembre 1994, n.455, cit.

<sup>72</sup>) Corte cost., sent. 15 settembre 1995, n. 432, in *Foro it.*, 1995, I, c. 3068 ss.



possa esaurirsi “nell’esame della differenza tra valutazioni di tipo indiziario, che il giudice compie in sede di indagini preliminari, e giudizio sul merito dell’accusa all’esito del dibattimento”, ma “deve anche considerare, la possibilità che alcuni apprezzamenti sui risultati delle indagini preliminari determinino un’anticipazione di giudizio suscettibile di minare l’imparzialità del giudice”. E’ perciò per questo, conclude la sentenza n. 432 del 1995, che la valutazione del GIP in sede cautelare comporta “la formulazione di un giudizio non di mera legittimità ma di merito (sia pure prognostico e allo stato degli atti) sulla colpevolezza dell’imputato”; un giudizio i cui caratteri integrano quella valutazione contenutistica della consistenza dell’ipotesi accusatoria, idonea a dar corpo alla “forza della prevenzione”, ossia, quella naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento. Indubbiamente le prime pronunce in materia della Corte costituzionale permisero di aprire quella che fu definita una “breccia”, all’interno dell’art 34 c. p. p., nella quale si inserirono ben presto *altre numerose sentenze* di illegittimità. Puntualmente infatti, sopravvenne dunque presto, il *secondo cospicuo anello del filone della decisione cautelare pregiudicante*: la **sentenza n. 131 del 1996**<sup>73</sup>, che sviluppa, in via di stretta consequenzialità<sup>74</sup> le indicazioni offerte dalla pronuncia n. 432 del 1995. In particolare con tale sentenza la Corte estende l’incompatibilità alla funzione di giudizio per il giudice che abbia fatto parte del Tribunale sul riesame o sull’appello avverso ordinanze in materia di misure cautelari personali: le valutazioni compiute da questi magistrati in quella sede sono, secondo il giudice delle leggi, del medesimo genere di quella compiuta dal GIP in sede di emissione del provvedimento restrittivo. Viene esclusa l’incompatibilità solo quando, in sede di appello su misure cautelari personali, il tribunale si sia occupato di aspetti meramente formali dell’ordinanza impugnata (non quindi dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari). L’incompatibilità è determinata “dall’incisivo *giudizio prognostico*, tanto lontano da una sommaria deliberazione e tanto prossimo a un giudizio di colpevolezza, sia pure

---

<sup>73</sup>) Corte cost., sent. 24 aprile 1996, n.131, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1489 ss.

<sup>74</sup>) P. P. RIVELLO, *Preclusa la funzione di giudizio ai componenti del tribunale del riesame*, cit., p. 585.

presuntivo", *compiuto dal giudice de libertate di riesame o di appello*. Successivamente, l'effetto di "trascinamento" di queste sentenze determina l'ulteriore estensione dell'incompatibilità, in queste ipotesi, al *giudizio abbreviato* con la **sentenza n.155 del 1996**<sup>75</sup>, in riferimento al quale, per altro, data la sua natura di giudizio "allo stato degli atti", ancora maggiore era il pericolo di "prevenzione", e al "*patteggiamento*", del quale la Corte ribadisce la natura di "*giudizio*". Seguendo l'orientamento di tale sentenza allo scopo di "porre fine allo stato di preoccupante disorientamento che in materia di incompatibilità si registra negli uffici giudiziari"<sup>76</sup>, la Corte estendeva l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 comma 2 c. p. p. anche alle ipotesi in cui il GIP avesse disposto la modifica, la sostituzione o la revoca di misure in precedenza adottate, ovvero avesse rigettato analoga domanda proposta, formulata dal pubblico ministero o dall'imputato, atteso che anche in tali casi "la pronuncia del giudice ha effetti pregiudicanti, influenti sull'imparzialità del giudizio sul merito, la quale può comportare un'anticipazione di valutazioni della medesima natura di quelle afferenti al merito della causa"<sup>77</sup>. Sin dall'avvio della svolta della decisione cautelare pregiudicante era apparso chiaro come la nuova area delle incompatibilità al giudizio dischiusa dalla Corte non potesse risultare indolore sotto il profilo organizzativo, specie in ordine alla funzionalità degli uffici giudiziari di media o piccola dimensione<sup>78</sup> e delle sedi giudiziarie operanti con organi circoscritti<sup>79</sup>. Nel contesto della stessa sentenza n. 131/1996, difatti, la Corte si diceva "pienamente consapevole delle difficoltà di ordine pratico che, come effetto della propria giurisprudenza, possono derivare alla formazione concreta degli organi giudicanti", e di conseguenza si intende, come da una parte, all'indomani della pubblicazione dell'appena indicata declaratoria d'incostituzionalità, si sia tentato

---

<sup>(75)</sup> Corte cost., sent 20 maggio 1996, n. 155, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1898 ss.

<sup>(76)</sup> G. CONTI, *Organici distrettuali per evitare la paralisi*, in *Il Sole-24 ore*, 21 maggio 1996, p. 22.

<sup>(77)</sup> A. GIANNONE, *La "chiusura del cerchio" delle cause di incompatibilità al giudizio di merito per effetto del pregresso intervento del giudice sulla libertà personale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3227.

<sup>(78)</sup> O. MAZZA, *Il progressivo ampliamento delle incompatibilità del giudice*, *cit.*, p. 1408.

<sup>(79)</sup> P.P. RIVELLO, *Un significato mutamento d'indirizzo della Corte costituzionale*, *cit.*, *loc. ult. cit.*

di arginarne la sfera di applicabilità, cercando di scongiurare prevedibili collassi. Sul piano delle manovre strutturali, dispiegate all'indomani della pubblicazione della sentenza n. 131/1996, vanno infatti menzionati gli interventi del legislatore d'urgenza succedutisi nel tempo fino a pervenire al *d.l. 23 ottobre 1996, n. 553*, con cui si è pervenuti alla nota "distrettualizzazione" della competenza territoriale del "tribunale della libertà"<sup>80</sup>, nel chiaro intento di dar luogo ad una più ragionevole distribuzione delle risorse nel territorio volta a prevedere, con riguardo alle singole regiudicande, l'insorgere di deflagranti cause di incompatibilità.

#### 2.1.1 L'INCOMPATIBILITA' ENDOPROCESSUALE ALLARGATA

Altra problematica affrontata dalla Corte è quella relativa alla posizione del magistrato che abbia già giudicato, in un *separato processo, persone concorrenti nel reato*. Si tratta di ipotesi in cui non si verifica il requisito dello "stesso processo", sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo. Su queste basi la Corte costituzionale, aderendo all'orientamento della Cassazione sul punto, ha per lungo tempo escluso che in questa fattispecie ricorra una causa di incompatibilità per il giudice. Secondo il giudice delle leggi, infatti, alla medesimezza dell'imputazione fa riscontro una pluralità di condotte distinte tra loro, che devono necessariamente formare oggetto, ai fini del giudizio, di un autonomo esame sia sotto il profilo materiale che sotto quello psicologico. Questa *logica* tutto sommato formalistica - per altro contraddetta anche da una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>81</sup> e della quale parte della dottrina auspicava un superamento<sup>82</sup> - viene *abbandonata* nella **sentenza n. 371 del 1996**<sup>83</sup>, con la quale la Corte costituzionale

---

<sup>(80)</sup> E. MARZADURI, *La tormentata genesi e gli aspetti salienti di una normativa bicefala*, cit., p. 288.

<sup>(81)</sup> Corte eur. dir. uomo, 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, in *Cass. pen.*, 1997, p. 890 ss.

<sup>(82)</sup> P. P. RIVELLO, *L'incompatibilità del magistrato che abbia anticipato, in una precedente sentenza, le proprie valutazioni sulla responsabilità penale del soggetto sottoposto al suo giudizio*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 667 ss.

<sup>(83)</sup> Corte cost., sent. 2 novembre 1996, n. 371, in *Foro it.*, 1997, I, c. 15 ss.

dichiara 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. Per comprendere le argomentazioni della Corte, giova prendere le mosse dalle ordinanze di remissione, che portavano al vaglio della Corte "casi" talmente peculiari da essere poi definiti da parte della dottrina "indifendibili". I giudici rimettenti, 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 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 giudicare 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. Secondo la Corte, in questi casi vi è 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 appare 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. Si tratta della prima sentenza che riferisce l'incompatibilità del giudice ad una decisione assunta *in un altro*,

*diverso, procedimento*, travalicando la stessa rubrica dell'art. 34 codice procedura penale (incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento). La differenza rispetto all'ipotesi di cui all'art. 37, lettera b), c. p. p. ("il giudice può essere ruscato 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 ruscazione del giudice il suo apprezzamento è gratuito e, pertanto, indebito. Con la sentenza n. 371 del 1996 l'incompatibilità viene affrancata dal limite formale dell'identità del procedimento e riferita all'identità dell'oggetto tra il giudizio già compiuto, e il giudizio da compiere. Prevale la logica della garanzia specifica dell'incompatibilità e non la logica della garanzia soggettiva propria dei casi di astensione e ruscazione. I primi commenti alla sentenza ne mettono in luce la portata "eversiva" e segnalano le possibili ulteriori conseguenze che tale espansione di incompatibilità potrà avere, in quanto nella sentenza si prescinde addirittura dall'esistenza di un concorso, necessario o eventuale, tra gli imputati dei diversi processi. Solo con riferimento all'udienza preliminare celebrata innanzi al tribunale per i minorenni la Corte costituzionale ritenne di derogare, almeno apparentemente, alla propria precedente giurisprudenza. Con la **sentenza n. 311 del 1997**<sup>84</sup> venne infatti dichiarata l'illegittimità dell'art. 34, comma 2, c. p. p. nella parte in cui tale norma non impediva che le funzioni di giudice dell'udienza preliminare nel processo penale a carico di imputati minorenni fossero esercitate dal GIP, pronunciatosi antecedentemente in ordine ad una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato. Occorre tuttavia chiarire che detta sentenza non rinnegò gli esiti ai quali erano giunti le pronunce di infondatezza volte a sostenere che l'udienza preliminare appariva finalizzata ad un mero controllo della legittimità della richiesta di rinvio a giudizio avanzata dal pubblico ministero; la pronuncia n. 311 del 1997 si limitò infatti a rilevare che tali considerazioni non potevano valere con riferimento all'udienza preliminare concernente gli imputati minorenni, del tutto disomogenea rispetto a quella "comune", in

---

<sup>84</sup>) Corte cost., sent. 22 ottobre 1997, n. 311, in *giur. cost.*, 1997

quanto caratterizzata da proprie specifiche connotazioni. Venne osservato al riguardo come le argomentazioni relative al carattere meramente processuale dell'udienza preliminare non fossero estensibili a questa tipologia di udienza, che presenta aspetti assolutamente peculiari, in quanto non svolge semplici funzioni di filtro. La sentenza n. 311 del 1997 sottolineò a sua volta come all'esito di detta udienza possa venir pronunciata una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto o per concessione del perdono giudiziale o per difetto d'imputabilità, o possa sospendersi il processo per mettere alla prova l'imputato, onde pervenire successivamente, in caso di esito positivo, all'estinzione del reato. La Corte costituzionale conseguentemente ritenne che in tal caso il magistrato dell'udienza preliminare, avendo una vasta gamma di «possibilità di conclusione del procedimento, tutte a contenuto decisorio», e svolgendo quindi una vera e propria «funzione di giudizio», dovesse essere ritenuto incompatibile qualora si fosse precedentemente già pronunciato nell'ambito del medesimo procedimento. Infatti, secondo la sentenza n. 311 del 1997 mentre la valutazione richiesta al magistrato all'esito dell'ordinaria udienza preliminare non si traduceva mai in un accertamento sulla colpevolezza dell'imputato, al contrario analizzando alcuni possibili epiloghi dell'udienza preliminare nel giudizio minorile poteva affermarsi che «queste ipotesi presuppongono una valutazione e un convincimento sulla colpevolezza, in base allo stato degli atti, poiché ... possono essere adottate se e in quanto un fatto-reato sussista e l'imputato lo abbia commesso». Dette considerazioni vennero poi ribadite dalla **sentenza n. 290 del 1998**<sup>85</sup>, con cui fu dichiarata l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 34 c .p. p. «nella parte in cui non prevede, nel processo penale a carico di imputati minorenni, l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che come componente del tribunale del riesame si sia pronunciato sull'ordinanza che dispone una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato» e «nella parte in cui non prevede, nel processo penale a carico di imputati minorenni, l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che come componente del tribunale

---

<sup>(85)</sup> Corte cost., sent. 18 luglio 1998, n. 290, in *giur. cost.*, 1998, p. 2227

dell'appello avverso l'ordinanza che provvede in ordine a una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato si sia pronunciato su aspetti non esclusivamente formali dell'ordinanza anzidetta». Giova precisare che questa pronuncia ravvisò la sussistenza di un'incompatibilità proprio sottolineando le peculiarità dell'udienza preliminare nel rito penale minorile, tali da consentire di giungere a conclusioni assai diverse da quelle concernenti il rito ordinario. Successivamente, con la **pronuncia n. 346 del 1997**<sup>86</sup>, la Consulta dichiarò l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 34 c. p. p., nella parte in cui non prevedeva che non possa pronunciarsi sulla richiesta di emissione del decreto penale di condanna il giudice per le indagini preliminari che avesse emesso l'ordinanza di non accoglimento della richiesta di archiviazione prevista dal comma 5 dell'art. 409 di rito e dal comma 2 dell'art. 554 c. p. p., nella formulazione *ante* la riforma introdotta con la legge Carotti. In particolare, la Corte costituzionale riteneva che il decreto penale di condanna integrasse gli estremi di un vero e proprio giudizio di merito, in quanto presupponente l'accertamento giudiziale del fatto storico e della responsabilità dell'imputato. Infatti, il GIP, investito dalla richiesta di archiviazione formulata dalla pubblica accusa, sia in caso di rigetto che di accoglimento, opera un esame di merito sulla responsabilità penale dell'imputato che, per il disposto di cui al comma 3 dell'art. 459 c. p. p., reitererà in caso di richiesta di emissione del decreto penale di condanna. Inoltre, con precedenti pronunce, la Consulta aveva ripetutamente affermato che l'ordinanza con cui il giudice dispone di formulare l'imputazione ha effetti pregiudicanti nei confronti della funzione di giudizio, poiché *"respingendo la richiesta di archiviazione ed ordinando, conseguentemente, di formulare l'imputazione, il giudice per le indagini preliminari compie una valutazione non formale, ma di contenuto, dei risultati delle indagini preliminari e della sussistenza delle condizioni necessarie per assoggettare l'imputato al giudizio di merito"*; pertanto, *"non può essere lo stesso giudice che ha già compiuto una così incisiva valutazione di merito ad adottare la decisione conclusiva in ordine alla responsabilità dell'imputato"*. È nitido inoltre, il raccordo che lega, sempre sotto l'egida dei paradigmi del "giusto processo", la **sentenza n. 371 del 1996** alla

---

<sup>(86)</sup> Corte cost., 21 novembre 1997, n. 346, in *giur. cost.*, 1997, p. 6

successiva pronuncia **n. 241 del 1999**<sup>87</sup>, estrema propaggine dell'incompatibilità endoprocessuale allargata, con cui la Corte dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 34 comma 2 c. p. p. "nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare sentenza nei confronti di quello stesso imputato per il medesimo fatto". Questa sentenza si segnala per il tentativo di sistematizzare con brevi e precise coordinate "l'ormai cospicuo contesto della giurisprudenza costituzionale in materia". Riassuntivamente, la Corte ribadisce che alla tutela del principio del "giusto processo" sono ordinate non soltanto le incompatibilità disciplinate dall'art. 34 ma anche l'astensione e la ricusazione, previste dagli artt. 36 e 37 del codice di procedura penale, essendo questi ultimi istituti finalizzati, al pari delle prime, alla garanzia dell'imparzialità del giudice, intesa come terzietà - non pregiudizio. Alla base delle incompatibilità sta l'esigenza di una preventiva organizzazione della terzietà del giudice come emanazione del principio del "giusto processo", che si atteggi, prima ancora che come diritto delle parti o come diritto-dovere del giudice alla terzietà, come modo d'essere della giurisdizione. E, tuttavia, tale esigenza è ragionevolmente assunta solo se riferita, di regola, ad un medesimo procedimento e a funzioni tipiche definibili in astratto, ché altrimenti la varietà delle relazioni tra procedimenti e la molteplicità dei contenuti degli atti di giurisdizione renderebbero vano ogni tentativo di organizzare in via preventiva quella terzietà. A questo criterio direttivo la Corte si è generalmente attenuta, riferendo, nelle *numerose sentenze in materia di incompatibilità*, il pregiudizio all'avvenuto esercizio di funzioni nello *stesso procedimento*, e ritrovando lo strumento di tutela del principio del "giusto processo" nell'area degli istituti *della astensione*<sup>88</sup> e *della ricusazione*, negli altri casi in cui il pregiudizio consegua all'esercizio di funzioni in un *diverso procedimento*. La sentenza n. 371 del 1996 solo apparentemente contrasta con tale criterio sistematico risultante dal codice di rito: di fronte all'eventualità che un medesimo giudice-persona fisica ritornasse con una successiva

---

<sup>(87)</sup> Corte cost., sent. 17 giugno 1999, n. 241, in *giur. cost.*, 1999, p. 2133 ss.

<sup>(88)</sup> ricostruzione effettuata da Corte cost., sent. 20 aprile 2000, n. 113, in *Dir. e giust.*, 2000, n.16, p. 73 ss.



sentenza su valutazioni di responsabilità già compiute in una precedente sentenza penale, il principio del giusto processo doveva dispiegarsi "al pieno delle sue capacità qualificatorie", così da far ritenere pregiudicanti, e quindi motivo di incompatibilità, le valutazioni espresse dal giudice in un precedente procedimento penale, che era sì *formalmente diverso ma riguardava una vicenda processuale sostanzialmente unitaria* che avrebbe potuto, ed anzi normalmente dovrebbe, essere giudicata nel medesimo contesto processuale. A maggior ragione ciò deve valere, secondo la Corte, nella fattispecie sottoposta al suo scrutinio, in cui il giudice in una precedente sentenza abbia già valutato o concorso a valutare il medesimo fatto, ai fini della responsabilità penale, non di un terzo (come nella sentenza n. 371 del 1996), ma di quello stesso imputato.

#### 2.1.2 DALLA "TRIOLOGIA" DEL 1997" ALLA SENTENZA 283/2000

In ordine di tempo, intervengono successivamente le **sentenze nn. 306, 307 e 308 del 1° ottobre 1997<sup>89</sup>**, che precisano le differenze che, secondo la Corte, intercorrono tra l'istituto dell'incompatibilità e quello della ricsuzione ed astensione, individuando la caratteristica dell'incompatibilità nella preventiva possibilità di organizzazione degli uffici giudiziari, sicché le situazioni di cui all'art. 34 c. p. p. sono prevenibili e, quindi, fronteggiabili anticipatamente. Ciò è quanto è stato immediatamente ribadito peraltro, dalla successiva **sentenza n. 351 del 1997<sup>90</sup>**, che della "trilogia d'ottobre" costituisce emanazione diretta, sorta nella medesima data di camera di consiglio (18 giugno 1997). In buona sostanza, la sentenza n. 371 del 1996, pur relegata nella sua particolarità dettata dalla vicenda processuale sostanzialmente unitaria che formava oggetto dei procedimenti separati, non viene messa in discussione, ma la Corte avverte l'esigenza di mantenere l'applicazione

---

<sup>89</sup>) Corte cost., sent. 1 ottobre 1997, n. 306;

Corte cost., sent. 1 ottobre 1997, n. 307;

Corte cost., sent. 1 ottobre 1997, n. 308, tutte in *Foro it.*, 1997, I, c. 2721 ss.

<sup>90</sup>) Corte cost., sent. 21 novembre 1997, n. 351, in *giur. cost.*, p. 3443 ss.

dell'incompatibilità entro confini governabili e di lasciare all'area degli istituti dell'astensione e della riconsunzione situazioni meno gravi in cui il pregiudizio non alberga all'interno dello stesso procedimento e non proviene da precedenti sentenze. La successiva sentenza n. 351 del 1997 *chiarisce ulteriormente i limiti* entro i quali il principio del "giusto processo" postula un'ipotesi di incompatibilità, secondo le coordinate fissate dalla stessa Corte nelle citate sentenze nn. 305, 306 e 307 dello stesso anno. Quando il pregiudizio alla terzietà del giudice provenga da funzioni esercitate all'interno di un medesimo procedimento penale, il pregiudizio stesso è prevenibile: accanto alla tutela ripristinatoria rimessa all'iniziativa del giudice e delle parti con gli appositi strumenti dell'astensione e della riconsunzione è pertanto esigibile anche una tutela preventiva da attuarsi attraverso mezzi organizzativi in grado di assicurare uno svolgimento spontaneo del principio del "giusto processo" (a questo tendono le incompatibilità dell' art. 34 c. p. p.). Tale onere di organizzazione preventiva grava altresì sull'amministrazione della giustizia penale nelle ipotesi in cui, in una vicenda processuale sostanzialmente unitaria pur trattandosi di procedimenti diversi, il pregiudizio derivi da una sentenza penale dalla quale emerga un già maturato convincimento del giudice in ordine alla responsabilità penale di una persona formalmente non imputata in quel processo (*sentenza n. 371 del 1996*). E' questo l'estremo limite di esigibilità di una tutela organizzativa e preventiva. Varcato tale limite, "nella varietà delle relazioni che possono instaurarsi tra procedimenti distinti, e nella molteplicità dei contenuti che i relativi atti sono suscettibili di assumere, si avrebbe una dilatazione enorme dei casi nei quali un pregiudizio potrebbe essere ravvisato e l'intera materia delle incompatibilità, dispersa in una casistica senza fine, diverrebbe refrattaria a qualsiasi tentativo di amministrazione mediante atti di organizzazione preventiva" (*sentenza n. 307 del 1997*). In applicazione di tali principi, la Corte dichiara inammissibili questioni di costituzionalità proposte sull'articolo 34 c. p. p., nei casi in cui il pregiudizio non solo proviene da un procedimento penale che, a seguito della separazione, è formalmente diverso, ma deriva da un'ordinanza emessa nei confronti di soggetti diversi e che non è espressione conclusiva della potestà di giudizio in materia penale: *in queste ipotesi* lo strumento di tutela deve essere ricercato nell'area degli istituti *dell'astensione*

e della ricusazione, anch'essi preordinati alla salvaguardia della terzietà del giudice (gli atti asseritamente pregiudicanti erano misure cautelari personali disposte nei confronti di correi o ordinanze con cui era stato respinto il patteggiamento richiesto da un coimputato). A maggior ragione, i principî di cui sopra, trovano applicazione in casi in cui la funzione asseritamente pregiudicante è stata svolta in procedimento extrapenale (la sentenza pronunciata in un procedimento di opposizione ad una sanzione amministrativa: *sentenza n. 308 del 1997*; il processo di prevenzione: *sentenza n. 306 del 1997*; l'autorizzazione alla costituzione di parte civile del curatore da parte del giudice delegato al fallimento: *sentenza n. 351 del 1997*). Sono tutte fattispecie in cui manca l'identità del procedimento e non è invocabile la *ratio* particolare che sta alla base della sentenza n. 371 del 1996: conseguentemente l'eventuale pregiudizio, derivante da attività compiute dal giudice al di fuori del giudizio in cui è chiamato a decidere, trova tutela attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione. La soluzione adottata dalla Corte appare dettata dalla "*necessità di evitare che l'ambito dell'incompatibilità possa dilatarsi a livelli inaccettabili*"<sup>91</sup>. I rischi connessi a tale ampliamento andavano in qualche modo scongiurati per evitare la totale ingovernabilità del sistema mediante *atti di organizzazione preventiva*: la valorizzazione di queste esigenze rappresenta, come si è visto, la vera *ratio* del nuovo corso dato alla giurisprudenza costituzionale in materia, dalle *tre sentenze consecutive del 1997*. Se, come definitivamente chiarito dal giudice delle leggi, l'eventuale pregiudizio, che non sia idoneo a determinare incompatibilità, può, tuttavia, essere convenientemente tutelato a mezzo degli istituti dell'astensione e della ricusazione, è indispensabile individuare in quale delle ipotesi di astensione o di ricusazione andrebbero ricomprese le vicende che erano state delineate dai giudici remittenti: in riferimento all'astensione, la norma da applicare è rinvenuta nell'*art. 36, comma 1, lettera h*), che con una disposizione "di chiusura" rimanda ad "*altre gravi ragioni di convenienza*". Questa disposizione non rientra, però, tra le ipotesi di astensione che possono costituire *motivo di*

---

<sup>91</sup>) P.P. RIVELLO, *Un articolato intervento della Corte costituzionale in tema di incompatibilità del giudice*, in *giur. cost.*, 1991, p. 3499, nonché, *L'incompatibilità del giudice penale*, cit., spec. p. 247 ss.

*ricusazione*, né può fondatamente ritenersi che si sia in presenza della situazione delineata dal successivo *art. 37, comma 1, lettera b)*, caratterizzata dall'indebita manifestazione da parte del giudice del proprio convincimento in ordine ai fatti oggetto dell'imputazione. Ne deriva che in questi casi la ricusazione non sembra esperibile: conseguentemente, come del resto segnalato dalla stessa Corte costituzionale nelle sue sentenze nn. 306, 307 e 308 del 1997<sup>92</sup>, potrebbe aprirsi la via per un'ulteriore questione di legittimità costituzionale proprio in riferimento all'*art. 37 c. p. p.*, al fine di garantire comunque la tutela del "giusto processo". Una definita chiusura del cerchio, attraverso cui la Corte ha saputo portare a compimento l'itinerario dischiuso dalla "triologia" del 1997, è rappresentata dalla **sentenza n. 283 del 2000**. Difatti, gli "inviti a dedurre"<sup>93</sup>, contenuti nelle sentenze della c.d. "triologia d'ottobre", non sono rimasti lettera morta: trascorsi pochi anni, essi hanno trovato sbocco nella giurisprudenza costituzionale portando ad una declaratoria di incostituzionalità dell'*art. 37 c. p. p.* "nella parte in cui non prevede che possa essere ricusato dalle parti il giudice che, chiamato a decidere sulla responsabilità di un imputato, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto". Decisione questa che andava a fare il paio con la precedente **sentenza n. 113 del 2000** nella quale la Consulta, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'*art. 36 c. p. p.*, aveva affermato che nel concetto di "altre gravi ragioni di convenienza" rientrano anche le ipotesi di pregiudizio all'imparzialità derivante da valutazioni espresse sulla posizione dell'imputato nell'ambito di un procedimento pendente a carico di altri soggetti<sup>94</sup>. La c.d. "triologia d'ottobre" e l'elaborazione giurisprudenziale che ne è seguita hanno precisato come versi in una situazione di incompatibilità funzionale il giudice che, dopo aver espresso valutazioni sulla responsabilità di un soggetto terzo non

---

<sup>92</sup>) G. DI CHIARA, *Osservazioni* a Corte cost., sent. 1 ottobre 1997, n. 306, n. 307, e n. 308, in *Foro it.*, 1997, I, spec. c. 2724;

<sup>93</sup>) In tal senso, G. DI CHIARA, *Più che all'incompatibilità si guardi adesso alle cause di astensione e ricusazione*, cit., 241.

<sup>94</sup>) Corte cost., n. 113 del 2000, in *Dir. giust.*, 2000, n. 16, 73 ss. In argomento, cfr., B. LAVARINI, *Patteggiamento del concorrente e astensione del giudice*, in *Giur. cost.*, 2000, 1015.

imputato, sia chiamato a giudicare quest'ultimo nell'ambito di un procedimento diverso dal primo ma da questo inscindibile dal punto di vista sostanziale. È chiaro che, per le valutazioni espresse in procedimenti diversi non avvinti da questo legame viscerale, l'incompatibilità cede il passo all'astensione e alla ricusazione. Secondo un'impostazione che si rintraccia in alcune pronunce della giurisprudenza costituzionale, la vicenda processuale può ritenersi unitaria soltanto in *due casi*: nella fattispecie concreta presa in esame nella *sentenza* della Consulta n. 371 del 1996 e nel caso di *concorso formale di reati*. Questa conclusione, ha trovato una delle sue più esplicite affermazioni nella sen. n. 113/2000, a cui in questa occasione le Sezioni Unite dimostrano pedissequamente di aderire. Si chiude dunque con la sent. n. 283/2000 un'ulteriore parabola: gli statuti delle aree complementari dell'incompatibilità e dell'astensione-ricusazione del giudice, con particolare riguardo al fenomeno dell'endoprocessualità allargata, giungono infine a compimento e ciò nel pieno delle discontinuità normative affidate all'interprete. La regia manipolativa della Corte in chiave stabilizzatrice sovrasta dunque i disordini e le improvvisazioni dei più recenti impulsi novellistici palesemente incapaci di vedute progettuali d'insieme.

## 2.2 LA RIPROGETTAZIONE NORMATIVA DELL'INCOMAPTIBILITA' ENDOPROCESSUALE

Nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di incompatibilità del giudice, è nella "valutazione contenutistica", conformemente alla tesi tradizionale, che si incardina e si radica la "forza della prevenzione". Proprio tale consapevolezza è negata invece, dalla recente opera di riscrittura dell'art. 34 c. p. p. che tende a spazzar via il baluardo della "valutazione contenutistica", nel dichiarato intento di irrobustire il fronte dell'imparzialità del giudice attraverso l'introduzione di divorzi funzionali dotati di crismi di assolutezza. Allo scopo, è necessario ripercorrere le tormentate linee di evoluzione della manovra che hanno condotto, all'attuale insoddisfacente assetto dell'art. 34, commi 2-bis, 2-ter e 2-quater, c.

p. p. E' dalla delega legislativa per l'istituzione del giudice unico di primo grado che prende le mosse il tortuoso sentiero novellistico a mezzo del quale si è approdati alle recenti metamorfosi dell'art. 34 c. p. p., ripudiando dichiaratamente la costante giurisprudenza costituzionale che aveva da sempre escluso l'udienza preliminare dal novero dei "siti pregiudicati"<sup>95</sup>; sulle orme del **d.lgs. 15 febbraio 1998, n. 51** (Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado), il legislatore delegato, ai fini dell'attuazione della delega stessa, decise di propendere per la via della mera alterità tra GIP e GUP nel quadro del medesimo procedimento, sulla base dei criteri oggettivi e predeterminati, che ai sensi dell'art. 7-ter ord. giud. (il cui secondo periodo, primo comma, è stato poi modificato dall'art. 6 lett. a) del d.lgs. n. 51 del 1998) presiedono all'assegnazione degli affari penali. In base al suddetto articolo oggi si prevede che: "nel determinare i criteri per l'assegnazione degli affari penali al GIP, il CSM stabilisce 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 GUP". È stato successivamente con **l'art 171 d.lgs. n. 51/1998**, che si è aggiunto un **comma 2-bis** al testo dell'art 34 c. p. p. - il quale ha sancito un'incompatibilità assoluta tra funzioni di GIP e funzioni decisorie destinate ad esplicarsi, in fasi successive, nell'ambito della medesima reg Giudicanda: "Il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato funzioni di Giudice per le indagini preliminari non può emettere il decreto penale di condanna, né tenere l'udienza preliminare; inoltre, anche al di fuori dei casi previsti dal comma 2, non può partecipare al giudizio"; ove il giudice, nel corso delle indagini, sia comunque intervenuto, pur senza compiere alcuna "valutazione contenutistica della consistenza dell'ipotesi accusatoria", le successive funzioni di GUP, di giudice del procedimento monitorio e di giudice del giudizio, nell'ambito del medesimo procedimento, gli saranno in ogni caso precluse<sup>96</sup> - escludendo da ogni intervento riformatore il comma 2 del medesimo articolo.

---

<sup>(95)</sup> G. DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocedurale del giudice*, Torino, 2000, p. 173.

<sup>(96)</sup> E. MARZADURI, *L'introduzione del giudice unico di primo grado ed i nuovi assetti del processo penale*, in Leg. pen., 1998, p. 372;

### 2.3 L'INGRESSO IN EFFICACIA DEL GIUDICE UNICO : LA RICUSAZIONE "TRANSEUNTE".

La prospettive dell'impraticabilità del cumulo, in capo allo stesso giudice-persona fisica, delle funzioni di GIP e di GUP nell'ambito del medesimo procedimento avrebbe dovuto indurre gli uffici giudiziari, proprio a norma del "nuovo" art. 7-ter comma 1, secondo periodo, ord. giud., ad adottare per tempo moduli organizzativi idonei. Sennonché, non si sono rivelati sufficienti né i tempi originariamente previsti tra la data di pubblicazione del d.lgs. n. 51 del 1988 e la sua (iniziale) previsione di ingresso in efficacia, né la congrua dilatazione degli stessi operata dalla *l. 16 giugno 1998, n. 188*, che aveva spostato al 2 giugno 1999 la generale frontiera della piena efficacia della riforma: a questo punto il governo intervenne, perciò, con il **d.l. 24 maggio 1999 n. 145**, procrastinando al 2 gennaio 2000 la data di efficacia di una serie di disposizioni del d.lgs. n. 51 del 1998, ricomprendendo nel catalogo delle norme, anche l'art 34 comma 2-*bis* c. p. p.<sup>97</sup>. Tuttavia l'inserimento di tale articolo nello spettro di operatività del d.l. n. 145/1999 ha inciso drasticamente sui già precari equilibri tra maggioranza e opposizione, producendo vistosi strascichi che hanno segnato l'oscillante *iter* parlamentare della conversione del decreto in legge: difatti, Governo e parte della maggioranza parlamentare, erano stati costretti a tornare sui propri passi, attraverso una proposta dal doppio volto che se da un lato sanciva l'immediata efficacia dell'art. 34 comma 2-*bis* c. p. p., dall'altro ne inibiva, però, l'applicabilità alle udienze preliminari già in corso; fu solo in ultima battuta che si pervenne, infine, alla complessa svolta compromissoria confluita nella legge di conversione<sup>98</sup> (definitivo art. 3-*bis*, comma 2, d.l. n. 145/1999), che sigla il confermato slittamento, per i processi in corso, del nuovo art. 34 comma 2-*bis* c. p. p. e l'applicabilità agli stessi della speciale causa di ricsuzione "transeunte" destinata ad operare nell'ingresso a regime della manovra del giudice unico. È noto come il codice del 1988, nell'intento di assicurare una più adeguata tutela dell'imparzialità del giudice nell'esercizio della

---

<sup>(97)</sup> C. RIVIEZZO, *Nuove disposizioni in tema di giudice unico di primo grado*, in *Dir. pen. Proc.*, 1999, p. 827;

<sup>(98)</sup> R. ZUCCOLINI, *Riforme, intesa sul giudice unico*, in *Corriere della Sera*, 21 luglio 1999, p. 5;

giurisdizione<sup>99</sup>, ha ampliato le fattispecie di ricusazione dipendenti dalle manifestazioni del giudice: alla tradizionale ipotesi del consiglio o parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie, già sancita dall'art. 64, comma 1, n. 2 c. p. p. 1930<sup>100</sup> e testualmente ereditata dall'art. 36 comma 1, lett. c), c. p. p. 1988, si è aggiunta la fattispecie prevista dall'art. 37 comma 1, lett. b), c. p. p. 1988, a mente della quale è ricusabile il giudice che, "nell'esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata sentenza", abbia "manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione". Sono difatti indebite "le trasparenze gratuite del disegno decisorio", che gravano in modo assoluto sul principio del contraddittorio e che "scade a commedia ove l'esito sia preconosciuto". La giurisprudenza ha preteso, da parte sua, che la manifestazione "indebita" si carichi di significati assai pregnanti, al fine di dar luogo al rimedio dell'art. 37 comma 1 lett. b), c. p. p. : deve trattarsi di comportamento "non solo non dovuto ma anche ingiusto o illecito o comunque contrario alla legge", nelle ipotesi in cui il giudice "anziché limitarsi ad esporre le ragioni del suo convincimento sulla questione decisa, abbia manifestato espressamente, senza alcuna necessità, anche la sua opinione sulla colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, con riferimento a fatti estranei rispetto al tema stesso". L'asse dell'indebita valutazione di colpevolezza, tratteggiato dalla giurisprudenza con riguardo ai contenuti dell'art. 37 comma 1, lett. b), c. p. p., si ritrova incorporato nella previsione normativa della nuova ricusazione "transeunte": **l'art. 3-bis, comma 2, d.l. n. 145 del 1999**, consentiva alle parti, "fino alla data del 2 gennaio 2000", di ricusare "Il giudice" che, "dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto", avesse espresso "giudizi che manifestano una valutazione di colpevolezza". Va messo in evidenza come la norma si riferisca, anzitutto "al giudice", inteso come ogni magistrato-persona fisica esercente funzioni giurisdizionali, ed inoltre, di come la ricusazione "transeunte" doveva ritenersi applicabile alle manifestazioni "indebite" del pensiero del giudice poste in essere, sia all'interno del perimetro dell'esercizio delle funzioni (e perciò nel

---

<sup>99</sup>) G. UBERTIS, in *I nuovi binari del processo penale*, Atti del convegno di Napoli, Giuffrè, Milano, 1996, spec. p. 80 ss.

<sup>100</sup>) E. ZAPPALA', *La ricusazione del giudice penale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 111 s.



corso del processo), sia “fuori dei casi previsti dalla legge”. Il pericolo che il giudice possa svincolarsi verso indebite valutazioni di colpevolezza, è, così maggiore nelle ipotesi di provvedimento che autorizza l’intercettazione di conversazioni o comunicazioni (*art. 267 comma 1 c. p. p.*), di ordine di formulare l’imputazione (*art. 409 comma 5 c. p. p.*) o di applicazione provvisoria delle misure di sicurezza (*art. 312 c. p. p.*), mentre degrada ad esempio, nei casi di proroga del termine per le indagini (*art. 406 c. p. p.*), di riapertura delle stesse (*art. 414 comma 1, c. p. p.*), di revoca della sentenza di non luogo a procedere (in particolare ove non sia subito fissata l’udienza preliminare ma si disponga la semplice riapertura della fase investigativa: *artt. 434 e 436 c. p. p.*) o anche, entro certi limiti, di “indagini coatte” (*art. 409 comma 4 c. p. p.*). Rilevante era dunque il patologico sconfinamento nell’area di una valutazione di colpevolezza esorbitante, rispetto al tema della decisione sottoposto alla cognizione del giudice ed estranea ai perimetri della tipologia decisoria di quest’ultimo.

### 2.3.1 SEGUE

Occorre a questo punto, riprendere le fila delle scansioni cronologiche della manovra delineatasi a seguito della conversione in legge del d.l. n. 145 del 1999. Si è osservato come per effetto dell’art. 171 d.lgs. n. 51 del 1998, si fosse transitati ad un regime in cui l’udienza preliminare si considerava estranea al novero delle sedi pregiudicate ad una previsione di assoluta incompatibilità tra funzioni di GIP e successive funzioni decisorie spendibili in altra fase del procedimento e come tale nuovo assetto fosse (negli intenti di origine) destinato a dispiegare la propria efficacia contemporaneamente all’intero capitolo normativo sul giudice unico e in assenza di previsioni esplicite di segno contrario, anche riguardo ai procedimenti in corso. Il d. l. n. 145 del 1999 modificava il quadro limitandosi a posticipare nel tempo (c.d. semestre transitorio) il giorno di entrata in vigore di efficacia dell’incompatibilità, tra le funzioni del GIP e ogni successiva funzione decisoria, dal 2 giugno 1999 al 2 gennaio 2000.

L'estensione cronologica della fase di transito ha anzitutto risentito dei tempi di conversione in legge del d. l. n. 145 del 1999: se il *dies ad quem* rimaneva fermo al 2 gennaio 2000, il *dies a quo* non poteva non subire uno slittamento in avanti, coincidente con il 24 luglio 1999. Con l'entrata in vigore del nuovo art. 3-*bis* d. l. n. 145 del 1999 veniva messa in rilievo una duplice previsione normativa: se il secondo comma strutturava la già esplorata ricasazione "transeunte", il primo comma, fissava la regola della non applicazione, fino al gennaio 2000, dell'incompatibilità assoluta tra GIP e funzioni decisorie dispiegabili nelle successive fasi, limitandola ai soli "procedimenti (processi) nei quali l'udienza preliminare è in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto". Ne conseguiva che, nel periodo compreso tra il 24 luglio 1999 e il 2 gennaio 2000, avrebbe operato da subito l'art. 34 comma 2-*bis* c. p. p. se, alla prima data, non fosse ancora risultata "in corso" l'udienza preliminare; in caso contrario, l'udienza già "in corso" avrebbe determinato la paralisi dell'immediata applicabilità dell'art. 34 comma 2-*bis* c. p. p., nonché (a titolo di parziale compensazione della conseguente diminuzione di garanzie) la contemporanea operatività della già illustrata speciale causa di ricasazione "transeunte". Voglio comunque precisare, come tale causa di ricasazione, nell'impatto con l'esperienza, sembra aver vissuto di vita alquanto effimera, dispiegando invero incisività assai modeste; concentrando, il legislatore, la sua attenzione, principalmente sui reali contenuti di garanzia, fruibili nelle dinamiche del processo a concreta tutela dell'imparzialità del giudice.

#### 2.4 LA LEGGE CAROTTI E L'APPRODO DELL'ART 34 COMMA 2-TER C. P. P.

Ancora una volta, all'indomani della conversione in legge del d. l. n. 145 del 1999, gli spettri dell'incompatibilità funzionale assoluta, pur nel quadro della medesima regiudicanda, tra GIP e GUP suggeriscono ripensamenti a cascata, freneticamente inseguitesì lungo l'arco dei lavori preparatori della **l. 16 dicembre 1999, n.**

**479**<sup>101</sup> (c.d. **Legge Carotti**). L'esigenza di incidere in materia sopravvenne solo nel corso della prima lettura senatoriale, in coincidenza con l'evolversi delle vicende del d. l. n. 145 del 1999 e della sua conversione in legge, in riferimento alle quali l'art. 34 c. p. p. ha rivestito ruoli di primaria importanza. L'art. 14 del testo approvato dall'assemblea del Senato in prima lettura (il Senato della Repubblica ha approvato il "proprio" primo testo nella seduta del 6 ottobre 1999 , rivisitando le iniziali prospettazioni varate in prima lettura dalla Camera) riprende un'ipotesi che era stata già al centro del dibattito nel corso dei lavori di conversione del d. l. n. 145 del 1999 correggendola: fermo quanto previsto dall'art. 34 comma 2 c. p. p., si prospettava dunque, una riscrittura dell'art. 34 comma 2-bis c. p. p. che sancisse l'incompatibilità a "tenere l'udienza preliminare", a "partecipare al giudizio" e ad "emettere il decreto penale di condanna" del "giudice" che, nel medesimo procedimento, avesse pronunciato taluni provvedimenti tipici ritenuti senz'altro idonei a dar corpo ad una valutazione contenutistica sulla consistenza dell'ipotesi d'accusa (e cioè i provvedimenti in ordine alle intercettazioni telefoniche di cui all'*art. 266*, i provvedimenti in ordine a misura cautelare di qualunque tipo, i provvedimenti che decidono sulle richieste di riesame di misure cautelari di qualsiasi tipo, il provvedimento che dispone che il pubblico ministero formuli l'imputazione prevista dall'*art. 409, comma 5*) o comunque "ogni altro provvedimento che presupponga la preventiva formulazione di un giudizio sulla responsabilità del soggetto contro il quale si procede". Alla predilezione del Senato non corrispose tuttavia, analoga disponibilità da parte della Camera, sicché la Commissione propose in seconda lettura, la soppressione della modifica emendativa introdotta dal Senato e la riconduzione dell'art. 34 comma 2-bis ,c. p. p. al testo, tutt'oggi in vigore, risalente al d. lgs. n. 51 del 1988. Di seguito in sede di dibattito in aula, convalidata la scelta soppressiva proposta dalla Commissione (quindi ribadito l'assetto primitivo dell'art. 34 comma 2-bis c. p. p.), la Camera approvava un articolo aggiuntivo, proposto dalla Commissione, volto ad aggiungere un **comma 2-ter** nel corpo del medesimo *art. 34*

---

<sup>(101)</sup> P. P. RIVELLO, *Il processo penale dopo la "legge Carotti"*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 177.

*c. p. p.* e che sarebbe stato da lì a poco definitivamente approvato da entrambi i rami del Parlamento.

## 2.5 LA NUOVA FRONTIERA DELL'ART. 34 COMMA 2-QUATER C. P. P.

La breccia della regola di cui all'art. 34 comma 2-*bis* c. p. p., dischiusa dal catalogo incompleto delle eccezioni poste dal successivo comma 2-*ter* c. p. p., ha avviato un processo di fatale destabilizzazione del sistema, caratterizzato da ulteriori sviluppi futuri. L'occasione ultima per un ulteriore dilatarsi delle deroghe all'incompatibilità assoluta, nell'economia dello stesso procedimento, tra funzioni di GIP e funzioni decisorie dispiegabili in fasi successive è stata offerta dai lavori di conversione in legge del *d.l. 7 aprile 2000 n. 82* recante "modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato": ha così raggiunto il varo, nel corso del dibattito in Senato, un emendamento, finalizzato a inserire nel corpo dell'*art. 34 c. p. p.*, un nuovo comma **2-quater**, a mente del quale "le disposizioni del comma 2-*bis* non si applicano inoltre al giudice che abbia provveduto all'assunzione dell'incidente probatorio o comunque adottato uno dei provvedimenti previsti dal titolo settimo del libro quinto<sup>102</sup>". Fu il relatore in sede di emendamento a sottolineare come la proposta intendesse "recuperare il principio di immediatezza (il giudice che raccoglie le prove è lo stesso della decisione), che invece viene violato quando il giudice che assume l'incidente probatorio viene ritenuto incompatibile a gestire la fase del giudizio<sup>103</sup>". È agevole concludere, come nella partecipazione del giudice all'incidente probatorio non possa sostanziarsi alcuna "valutazione contenutistica della consistenza dell'ipotesi accusatoria" riconducibile al paradigma della fonte del pregiudizio così come sottolineato dalla giurisprudenza costituzionale:

---

<sup>(102)</sup> Si tratta dell'emendamento Follieri, divenuto l'art 2-*quater* d.l. 7 aprile 2000 n. 82, modificato dalla l. 5 giugno 2000 n. 144 (recante: Modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase di giudizio abbreviato).

<sup>(103)</sup> *Atti parlamentari, XIII legislatura, Senato della Repubblica, seduta n. 836 dell'11 maggio, resoconto stenografico*, p. 8.

“l’incidente d’istruzione”, sin dal delinarsi del suo primo archetipo<sup>104</sup>, mira all’innesto di una parentesi (nell’ambito di una fase non destinata per sua natura all’elaborazione della prova) finalizzata a cristallizzare, in sede anticipata, l’elemento probatorio così da garantirne la fruibilità futura; parrebbe perciò evidente che i limitati compiti deliberativi in tal caso spettanti al GIP siano solo propedeutici all’assunzione anticipata della prova, e giammai successivi alla stessa, né certo aventi ad oggetto i risultati di prova coagulatisi al culmine dell’udienza camerale. L’incidente probatorio sostanzia, insomma, un meccanismo teso ad anticipare il contraddittorio per la prova in un momento anteriore - nel cuore delle indagini, o nel corso dell’udienza preliminare<sup>105</sup> - a quello per sua natura a ciò preposto; elaborato l’elemento di prova, secondo le modalità proprie della fase dibattimentale<sup>106</sup>, nessun compito ricapitolativo sui risultati raggiunti spetta, come è ovvio, al giudice dell’incidente, titolare della sola potestà di presiedere alla formazione anticipata della prova e al quale è dunque sottratto ogni potere deliberativo sui traguardi probatori raggiunti<sup>107</sup>. A fronte del dato normativo odierno, l’interprete, non può non risalire all’antica parentesi esperienziale del codice del 1913, comparandola con gli squilibri, ancora una volta inediti, che emanano dal nuovissimo assetto dell’art. 34 c. p. p.: sembra singolare, in quest’ottica, come l’esigenza di differenziare fisicamente il giudice dell’assunzione anticipata della prova dal giudice del successivo giudizio fosse allora stata avvertita nell’alveo di un sistema comunque permeato dalle logiche della valutazione contenutistica, ma collocato nell’ambito di un assetto sistematico che dovrebbe aver ormai superato, stando alla regola generale posta dall’art. 34 comma 2-bis c. p. p., la frontiera della riconducibilità dei siti del pregiudizio alla soglia della deliberazione nel merito della causa. Bastano tuttavia tali cenni per poter sin da ora sostenere come la tradizionale soglia della valutazione contenutistica in funzione di causa efficiente del

---

<sup>(104)</sup> F. CORDERO, *Diatribes sul processo accusatorio*, in ID., *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 225;

<sup>(105)</sup> G. DEAN, Nuovi limiti cronologici dell’incidente probatorio, in *Giur. cost.*, 1994, p. 780 ss;

<sup>(106)</sup> G. LOZZI, I principi dell’oralità e del contraddittorio del processo penale, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1997, p. 689 ss ;

<sup>(107)</sup> G. FRIGO, *Dietro la miniriforma della legge Carotti si nasconde un’inutile ortopedia legislativa*, in *Guida dir.*, 2000, n. 22, p. 12

pregiudizio non risulti, in realtà, superata: i ripensamenti sottesi alle novelle del 1999 e del 2000, denunciano difatti, ancora una volta, l'incapacità del legislatore odierno di perseguire scelte lineari, garantendone stabilità almeno nel breve periodo. È d'altronde noto come sempre nel più recente periodo, si sia assistiti, sul piano delle politiche normative, ad una cospicua rivitalizzazione dell'incidente probatorio. Proprio in questo quadro, si mostra fatalmente sbilenco un sistema che da una parte professa un'incompatibilità assoluta, nell'ambito del medesimo procedimento, tra funzioni del GIP e successive funzioni decisorie, mentre dall'altra costruisce, con il "nuovo" art. 34 comma 2-*quater* c. p. p., un salvacondotto a tutto spettro per l'ipotesi in cui il medesimo giudice-persona, dopo aver concorso all'assunzione di molteplici elementi di prova nelle fasi pregresse, si trovi, in seguito, a svolgere funzioni di GUP, del procedimento per decreto o della fase del giudizio. Rimangono certo, i congegni dell'astensione e della riconsiliazione a presidio dell'imparzialità del giudice, per l'ipotesi in cui, in concreto, si sia sostanziata una esautorante spendita dell'imparzialità nelle sedi pregresse<sup>108</sup>; permane tuttavia, la consapevolezza di fatali squilibri residui, nel nome di prevalenti logiche di immediatezza nei rapporti tra giudice e prova.

## 2.6 FISIONOMIA DELLA REGOLA DELL'INCOMPATIBILITA' E I "CASI ECCETTUATI"

Seppur vario è stato nel tempo il campionario di tecniche normative adottate e seguite in tema di incompatibilità, la previsione "secca" di un'incompatibilità funzionale assoluta tra funzioni di GIP e successive funzioni decisorie (udienza preliminare, giudizio, procedimento per decreto), caratterizzava la scelta del legislatore delegato del 1998: ad essa, non può negarsi il merito della chiarezza di principio, pur se altrettanto innegabili sono da subito apparsi i consequenziali appesantimenti organizzativi. Alla tecnica della previsione assoluta si contrappongono i criteri casistici a loro volta

---

<sup>(108)</sup> si tratta del noto solco tracciato dalla "triologia" del 1997 oggi presente a fianco del sistema espresso dall'art. 34 c. p. p.

distinguibili a seconda che si sostituiscano o si aggiungano alle previsioni assolute: nel primo caso, un catalogo chiuso di “siti del pregiudizio” circoscrive l’area delle incompatibilità alle successive funzioni decisorie, inibendo ogni operazione estensiva; nel secondo modello, che segna invece l’approdo cui si è giunti attraverso la combinazione dei commi *2-bis*, *2-ter* e *2-quater* dell’art. 34 c. p. p., alla generalizzata incompatibilità funzionale sono sottratte talune fattispecie, che il legislatore, in via di tassativa eccezione considera come inidonee a costituire fonte di pregiudizio. Dunque si riconferma l’intenzione del legislatore del 1998: a norma dell’art. 34 comma *2-bis* c. p. p., il cui testo permane quello introdotto dall’art. 171 d. lgs. n. 51 del 1998, rimane generale l’incompatibilità alle successive funzioni decisorie del giudice-persona fisica che nell’ambito del medesimo procedimento abbia comunque svolto funzioni di GIP. I successivi commi *2-ter* e *2-quater* tracciano invece il numero chiuso delle eccezioni “di contenimento”: il congegno dell’incompatibilità funzionale è reso inapplicabile nelle ipotesi in cui il GIP si limiti a pronunciare uno dei provvedimenti elencati in via tassativa dal comma *2-ter*, ovvero a porre in essere l’attività indicata dal successivo comma *2-quater*. Ho già affrontato il discorso relativo al “caso eccettuato” di più recente conio scolpito dall’art. 34 comma *2-quater* c. p. p. e riconducibile all’ipotesi di previa partecipazione del giudice all’assunzione della prova in sede di incidente probatorio; rimangono da effettuare ulteriori precisazioni circa il fronte delle deroghe introdotte dall’art. 34 comma *2-ter* c. p. p. L’insieme dei “casi eccettuati” previsti dall’ appena indicato catalogo annovera casi da cui sembra in radice esclusa ogni “valutazione contenutistica della consistenza dell’ipotesi accusatoria” idonea a generare l’ombra della “forza della prevenzione”: ben altri sono infatti i presupposti dei provvedimenti di cui agli **artt. 11, 18 e 30** della **legge 26 luglio 1975, n. 354** dai cui ambiti deliberativi rimane estranea l’area dei corredi probatori del tema storico d’accusa; a conclusione non diversa peraltro si perviene in ordine ai provvedimenti previsti dagli **artt. 175 e 296 c. p. p.** Invero del tutto integra permane l’imparzialità del GUP, del giudizio o del procedimento per decreto che pur abbia in precedenza pronunciato, nell’ambito del medesimo procedimento, taluno dei provvedimenti elencati dall’art. 34 comma *2-ter* c. p. p.: non essendosi formulato, grazie alle caratteristiche della precedente attività decisoria, alcun

pre-convincimento circa la consistenza contenutistica dell'ipotesi d'accusa, nessun impatto, la maturazione di tali provvedimenti, potrà aver causato sulla disponibilità mentale di tale giudice a decidere nel merito della causa privo da pregiudizi di sorta. Chiarito ciò, occorre ulteriormente precisare, di come basta volgere lo sguardo al tessuto codicistico per capire che le ipotesi elencate dal "nuovo" art. 34 comma 2-ter, in aggiunta all'ipotesi di seguito prevista dall'art. 34 comma 2-quater c. p. p., non risultano essere le sole fattispecie "meritevoli" di far ingresso nell'area delle eccezioni della regola; difatti esistono una serie di provvedimenti i cui ambiti deliberativi presentano caratteri non disomogenei rispetto a quelli propri delle pronunce elencate nell'art. 34, comma 2-ter, così da ricomprendersi nell'ambito della medesima *ratio* sottesa a quel catalogo: si pensi a taluni atti dovuti per i quali è pertanto esclusa ogni discrezionalità valutativa che generi possibili pre-giudizi (così è per le fattispecie di mera fissazione dell'udienza di convalida dell'arresto o del fermo - *art. 390 comma 2 c. p. p.* -, di fissazione dell'udienza camerale nell'ipotesi di opposizione della persona offesa dal reato alla richiesta di archiviazione - *art. 410 c. p. p.* -, o più in generale per le declaratorie di inammissibilità che conseguano a difetti di forma degli atti di parte), ovvero ad atti a basso coefficiente di discrezionalità esenti da valutazioni contenutistiche sul tema storico (ad es. l'autorizzazione a disporre l'accompagnamento coattivo per procedere ad interrogatorio o confronto nel corso delle indagini preliminari), o ancora ad atti che comunque non implicano valutazioni ricapitolative sulla consistenza dell'ipotesi d'accusa (ad es. il provvedimento che decide sulla richiesta di proroga del termine per le indagini - *art. 406 c. p. p.*); tali casi, appaiono accumulabili a quelli tipizzati dall'art. 34 comma 2-ter c. p. p. perché rispondenti ad analoga *ratio*, anche se per essi opererà comunque in assenza di apposite previsioni derogatorie *ad hoc*, la regola sancita dall'art. 34 comma 2-bis c. p. p.<sup>109</sup>. Il "nuovo" art. 34 comma 2-ter c. p. p. mortifica dunque in parte, il carattere di absolutezza di quella svolta compiuta dal legislatore del 1988, attraverso un ventaglio di opzioni derogatorie dalla dubbia ragionevolezza perché fatalmente incompleto; il più recente art. 34, comma 2-quater c. p. p. consolida da ultimo le imprecisioni

---

<sup>109</sup>) G. CONTI, Il controllo della parte sulla "competenza" dell'accusa, cit., p. 55.



nell'assemblaggio dei diversi componenti del sistema, consegnando all'interprete una piattaforma dagli equilibri precari. È peraltro il caso di segnalare come il rischio di usi obliqui dei meccanismi dell'incompatibilità aumenti in misura proporzionale rispetto al dilatarsi dell'area dei "siti del (presunto) pregiudizio": in un sistema in cui, a parte l'avarco catalogo di cui l'art. 34 comma 2-ter e l'ipotesi ulteriore prevista dal successivo comma 2-quater, ogni forma di esercizio delle funzioni di GIP rende il magistrato-persona fisica incompatibile rispetto a qualsiasi funzione decisoria successiva, non appare plausibile che trovino spazio iniziative di parte idonee (anche se inammissibili) a "bruciare" per il futuro, eventuali giudicanti "scomodi", incidendo sulla stessa consistenza della garanzia del giudice naturale precostituito per legge<sup>110</sup>. Dalla manovra legislativa del triennio 1998-2000 scaturisce dunque una regola di incompatibilità funzionale assoluta nel quadro della medesima regiodicanda, ormai affrancata dalle soglie della "valutazione contenutistica" quale causa efficiente del pre-giudizio e una tavola delle eccezioni non solo disomogenea ma anche ampiamente deficitaria, e perciò vulnerabile sotto il profilo della ragionevolezza delle scelte normative. Si può comunque rilevare come non succederà nulla sul piano operativo, finché gli uffici giudiziari riusciranno a garantire, sulle orme delle indicazioni impartite dalla "triologia" del 1997, un'adeguata "organizzazione della terzietà" attraverso modelli organizzativi opportuni tali da prevenire, il coagularsi in capo allo stesso giudice-persona fisica, delle concentrazioni inibite dal "nuovo" art. 34 c. p. p.. Tuttavia organizzare la terzietà (se si considerano: l'apparente solarità dell'art. 34 comma 2-bis, il gioco di specchi moltiplicatore delle "sedi del pregiudizio" propiziato dapprima dalla Corte e poi dall'impeto legislativo, la frustrazione dell'oralità del sistema minato da frammenti e da una serie segmentata di atti che conducono il processo verso la scrittura ad opera di un collante in grado di rimettere insieme i pezzi, e la disomogenea tavola delle eccezioni) sembra insomma più che mai una sfida, i cui rischi il legislatore ha ancora una volta scaricato sin troppo frettolosamente su energie e risorse umane interne agli apparati giudiziari.

---

<sup>110</sup> P. GAETA - G. TEI, *I pregiudizi sul pregiudizio ovvero il falso mito della verginità del "giudice del merito"*, in *Foro it.*, 1996, I, c. 418 s;

### CAPITOLO TERZO: GLI ULTERIORI INTERVENTI DELLA CONSULTA DAL 2001 AI GIORNI NOSTRI

#### 3. LE RICOSTRUZIONI DELLA CORTE SUL RUOLO DELL'UDIENZA PRELIMINARE.

Proseguendo con le declaratorie che hanno colpito l'art. 34 c. p. p, arriviamo alla **sentenza n. 224 del 2001<sup>111</sup>**, con la quale la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 1 c. p. p, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di GUP del giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare sentenza, poi annullata, nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto. L'incompatibilità deve essere estesa *all'udienza preliminare* e chi ha giudicato non deve decidere sul rinvio a giudizio. Il giudice che ha concorso a pronunciare una sentenza in un grado di giudizio non può, in caso di annullamento della sentenza e conseguente regressione del processo, esaminare la stessa questione in sede di udienza preliminare, poiché tali funzioni sono incompatibili. La Corte osserva in particolare che la norma in questione prevede l'incompatibilità del giudice che, avendo concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento, sia chiamato ad esercitare funzioni di giudice negli altri gradi o a partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento; in tal modo viene esclusa l'attività prestata in sede di udienza preliminare, in quanto quest'ultima non viene considerata come un vero e proprio giudizio. La Consulta rileva come tale esclusione sia ingiustificata, in considerazione del fatto che, specie dopo le ultime modifiche al processo penale (soprattutto per effetto delle innovazioni introdotte dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479) la fase dell'udienza preliminare sia più che mai una fase fondamentale del procedimento, nella quale si decide se rinviare a giudizio un indagato. Pertanto, la disciplina dell'incompatibilità deve essere estesa anche a tale fase, con la conseguenza che chi ha giudicato in un processo poi annullato non può essere GIP nell'eventuale nuovo processo: solo così si salvaguardano i principi di terzietà ed

---

<sup>(111)</sup> Corte cost., sent. 6 luglio 2001, n. 224 in *giur. Cost.* pag. 1955, con nota di G. Soana e commenti di G. SPANGHER e P.P. RIVELLO

imparzialità della giurisdizione. <sup>112</sup>Notiamo come la presente sentenza e la precedente **ordinanza n. 185 del 2001**<sup>113</sup>, sono le prime decisioni della Corte aventi ad oggetto la nuova udienza preliminare così come questa si è delineata a seguito dell'entrata in vigore della già citata *legge Carotti*, con la quale tra l'altro è stata profondamente modificata detta fase processuale. In particolare nel caso in esame la Corte è stata nuovamente chiamata a decidere in ordine alla asserita illegittimità costituzionale dell'art. 34 c. p. p. nella parte in cui detta norma non prevede l'incompatibilità a partecipare all'udienza preliminare del giudice che in precedenti fasi del procedimento sia già intervenuto con una decisione sul merito dell'accusa. In passato la Corte ha costantemente escluso l'applicabilità all'udienza preliminare di quella sua giurisprudenza che in attuazione del necessario principio di terzietà del giudice che deve emettere una decisione di merito, ha in diverse occasioni dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 c. p. p. nella parte in cui detta norma non escludeva la partecipazione al giudizio di un giudice che già si era espresso nel merito in relazione al medesimo procedimento. Queste decisioni negative hanno trovato la loro ragione nella circostanza che la Corte, fin dall'entrata in vigore del nuovo codice e anche successivamente alla modifica dell'art. 425 c. p. p. da parte della l. n. 105 del 1993, con la quale è stato ampliato il potere del GUP di proscioglimento espungendo il requisito dell'"evidenza" della prova a cui questo era prima subordinato, ha sempre rilevato che con l'udienza preliminare l'apprezzamento del merito che il giudice è chiamato a fare si sviluppa non già secondo un canone seppur prognostico di colpevolezza o innocenza ma sulla ben diversa prospettiva di deliberare se nel caso di specie risulti o meno necessario dare ingresso alla successiva fase del dibattimento; in tale ambito la sentenza di non luogo a procedere resta, comunque una sentenza di tipo "processuale" essendo destinata a null'altro che a paralizzare la domanda di giudizio formulata dal p.m. mentre il decreto di rinvio che dispone il giudizio ha il proprio fondamento, non in una previsione di probabile condanna ma unicamente sulla necessità di un dibattimento teso a sviluppare gli elementi presenti nel fascicolo del p.m. (*sent. n. 82 del 1993* per il

---

<sup>(112)</sup> Nota di G. SOANA in *giur. cost.*, pag. 1960

<sup>(113)</sup> Corte cost., ord. 8 giugno 2001, n. 185 in *giur. Cost.* p.1428

periodo antecedente all'entrata in vigore della l. n. 105 del 1993; per il periodo successivo *sent. n. 71 del 1996*). Ora detta natura dell'udienza preliminare ha portato la Corte ad escludere l'operatività del regime di incompatibilità in questa fase essendo quest'ultimo destinato ad applicarsi solo nei casi in cui il giudice che già è intervenuto con una decisione in altra fase del procedimento, è chiamato ad esprimere valutazioni sul merito dell'accusa e non anche laddove questi deve limitarsi a valutare la legittimità della domanda di giudizio formulata dal p.m. A diverse conclusioni è invece giunta la stessa Corte in ordine alla posizione del GUP presso il Tribunale dei minorenni. Infatti con la *sent. n. 311 del 1997* è stata dichiarata fondata la questione di legittimità costituzionale in relazione alla mancata previsione di una causa di incompatibilità del GUP presso il Tribunale dei minori che nello stesso procedimento aveva emesso una misura cautelare personale. In questa occasione la Corte ha rilevato che il GUP presso il Tribunale per i minorenni ha, rispetto al giudizio penale comune, una più ampia ed incisiva gamma di poteri decisori giustificati dalla necessità di evitare fin dove è possibile la celebrazione del giudizio dibattimentale in considerazione delle speciali esigenze di protezione della personalità dei minori coinvolti. Poteri che fanno sì che in sede di udienza preliminare minorile, il giudice non si limita a svolgere un mero controllo dell'azione del p.m. avendo una "funzione di giudizio che include la possibilità di adottare pronunce altrimenti riservate all'organo del dibattimento e che può perfino sfociare in una sentenza di condanna o in una sentenza che presuppone l'accertamento della responsabilità". In modo analogo e consequenziale la Corte ha con la *sent. n. 290 del 1998* stabilito l'incompatibilità a svolgere le funzioni del GUP presso il Tribunale dei minorenni del giudice che ha fatto parte del collegio ora in sede di riesame ora in sede di appello a un'ordinanza che ha disposto una misura cautelare personale. In questo contesto, con la l. 479 del 1999, quella che sembrava ormai una questione chiusa dalle sopra citate decisioni del 1996 e del 1997, ha ripreso vigore inducendo numerosi giudici di merito a riproporla nuovamente all'esame della Corte. Al riguardo infatti la nuova udienza preliminare pur lasciando sostanzialmente inalterata la struttura e la funzione del decreto di rinvio a giudizio, ha fortemente ampliato sia i poteri istruttori del GUP (nell'ottica della necessaria completezza delle indagini

preliminari) sia l'entità del materiale sottoposto alla sua valutazione sia il suo potere decisorio. In particolare su quest'ultimo punto l'ampliamento del potere decisorio ha riguardato non tanto la possibilità di emettere una sentenza di proscioglimento nei casi di insufficienza o contraddittorietà degli elementi di accusa non integrabile in fase dibattimentale, quanto quella di emettere una tale sentenza sia laddove questa è possibile attraverso il riconoscimento all'imputato di circostanze attenuanti sia allorché l'imputato risulti non imputabile e non è necessaria l'applicazione di una misura di sicurezza. Ora partendo proprio da queste argomentazioni dottrinali la Corte pur avendo nell'ord. n. 185 del 2001 confermato come non siano mutate le connotazioni processuali che contraddistinguono l'essenza dell'udienza preliminare, restando la sua funzione quella di verificare l'esistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda di giudizio formulata dal p.m., ha valutato, in modo analogo a quanto già deciso per il processo minorile, che i nuovi poteri del GUP e l'alternativa decisoria ad esso offerta non consentono più la trattazione della stessa da parte di un giudice che già si è espresso nel merito dell'accusa. Decisione questa che apre lo scenario a nuovi e sicuri analoghi interventi da parte della stessa Corte costituzionale in relazione alle situazioni di incompatibilità del GUP. In particolare superato ormai il problema dell'incompatibilità tra GIP e GUP a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 34 comma 2-bis c. p. p, dovrebbe invece trovare accoglimento la questione relativa alla mancata previsione dell'incompatibilità del GUP che abbia già emesso nei confronti dello stesso imputato, successivamente all'entrata in vigore della l. n. 479 del 1999, un decreto di rinvio a giudizio che poi è stato dichiarato nullo; in questa ipotesi sarà inevitabile una nuova pronuncia di incostituzionalità.<sup>114</sup>Una nuova declaratoria di incostituzionalità dell'art. 34 c. p. p. non appare certo destinata ad essere annoverata tra i dati più significativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Preceduta da ben 18 decisioni di accoglimento, l'incompatibilità del giudice che abbia pronunciato una sentenza (di condanna) in un grado di giudizio e che si trovi, per effetto dell'annullamento della sentenza stessa e della conseguente regressione del processo, a dover riesaminare la

---

<sup>114</sup>) Osservazioni di G. SPANGHER, in *giur cost.* p. 1963

medesima vicenda in sede di udienza preliminare, potrebbe essere ricondotta nel novero delle decisioni annunciate, ma non è così. Il nodo riguarda l'udienza preliminare, dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 479 del 1999 (c.d. legge Carotti). In sintesi si nota come l'udienza preliminare abbia subito una profonda trasformazione sul piano sia della quantità, sia della qualità degli elementi valutativi; che al giudice è attribuito il potere di disporre l'integrazione delle indagini nonché dei mezzi di prova; che a seguito della l. n. 397 del 2000 possono trovare ingresso nel processo le indagini difensive; che il tema decisorio, conseguentemente, non è più limitato al materiale raccolto dall'accusa; che le decisioni con le quali il giudice è chiamato a definire l'udienza preliminare si connota di nuovi contenuti; che sotto questo la *regola iuris* posta a fondamento del rinvio o giudizio si radica sulla idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio; che la decisione di non luogo a procedere può scaturire anche dal riconoscimento di circostanze attenuanti e dall'operatività dell'art 69 c.p. Sulla base di queste premesse si conclude che l'alternativa decisoria che si offre al giudice quale epilogo dell'udienza preliminare riposa dunque su una valutazione del merito dell'accusa ormai non più distinguibile da altri momenti processuali. Del tutto diversa era stata l'impostazione della Corte nelle due decisioni già richiamate che precedono quella qui esaminata di alcuni mesi. In particolare, con l' ordinanza n. 185 del 2001 i giudici costituzionali fanno notare che le pur significative e rilevanti modifiche che la l. n. 479 del 1999 ha apportato alla disciplina dell'udienza preliminare non ne hanno mutato le connotazioni eminentemente processuali che ne contraddistinguono l'essenza. Secondo la Corte, al di là delle segnalate innovazioni, la funzione dell'udienza preliminare era e resta quella di verificare l'esistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda di giudizio formulata dal p.m., con la conseguenza che la decisione del GIP si connota di una natura eminentemente processuale. Negli stessi termini di sostanziale continuità con la disciplina *ante* l. n. 479 del 1999 si esprime la Corte cost. con l'**ordinanza n. 112 del 2001**<sup>115</sup> ribadendo sulla scia dei

---

<sup>(115)</sup> Corte cost., ord. 27 aprile 2001, n. 112, in *giur. cost.*, 2001, p. 752 ss., con nota di G. SPANGHER, Regressione del processo ed incompatibilità del giudice, *ivi*, p. 1711 ss.

precedenti della stessa Corte che nell'udienza preliminare il giudice è chiamato a svolgere una deliberazione di carattere processuale circa l'idoneità della domanda del p.m. a determinare l'apertura della fase del giudizio e non a esprimere valutazioni sul merito del giudizio stesso. Non si tratta di sfumature o di sottili distinzioni, al di là della diversità delle conclusioni che, sulla base delle differenti premesse, si sono tratte in relazione alle questioni rimesse al vaglio di legittimità, il riferimento vale soprattutto per la decisione in tema di art. 34 c. p. p, non può non lasciare sconcertati il repentino cambio di impostazione che non può non sollevare qualche interrogativo, soprattutto di metodo.<sup>116</sup> Nella vicenda che ha determinato l'eccezione di legittimità presa in esame dalla Corte costituzionale con l'annotata pronuncia il magistrato rimettente, dopo aver concorso a pronunciare sentenza in un grado del giudizio, si era poi trovato, per effetto dell'annullamento di detta sentenza e della successiva regressione del processo, a dover valutare nuovamente, in sede di udienza preliminare, gli stessi fatti che già in precedenza avevano costituito oggetto del suo esame. Il giudice *a quo* aveva osservato che questo caso non risultava compreso fra le varie ipotesi delineate dall'art. 34 c. p. p. In particolare esso non dava vita all'incompatibilità di tipo "verticale" ravvisabile ai sensi del comma 1 della norma sovracitata. Il giudice rimettente osservava infatti che l'udienza preliminare non poteva essere considerata "grado diverso" rispetto alla fase del giudizio; d'altra parte la concreta fattispecie non dava neppure vita all'ipotesi del giudizio di rinvio dopo l'annullamento. Secondo la prospettazione dell'organo rimettente la mancata riconduzione di questa ipotesi fra i casi di incompatibilità si traduceva in una chiara violazione del principio di terzietà e imparzialità del giudice. La Corte costituzionale è pervenuta ad una pronuncia di accoglimento incentrando la sua analisi sulle connotazioni assunte dall'udienza preliminare a seguito dell'intervento di riforma operato dalla l. 16 dicembre 1999 n. 479. Nell'analizzare la pronuncia del giudice delle leggi si mettono in evidenza i successivi interventi normativi che hanno modificato le connotazioni dell'udienza preliminare e allo stesso tempo come questa apparente logica progressione sembri trovare un elemento di contraddizione in una pronuncia della Corte costituzionale

---

<sup>116</sup>) Osservazioni di P.P. RIVELLO, *in giur. cost. p. 1964*

anteriore soltanto di un mese rispetto alla sentenza n. 244 del 2001: trattasi dell'ordinanza 8 giugno n. 185 del 2001<sup>117</sup>. In sostanza erano state ripetute le argomentazioni contenute in tante pronunce della Corte costituzionale, incentrate sulla natura meramente processuale dell'udienza preliminare, volta ad un controllo dei presupposti per l'accoglimento della richiesta di inoltro alla fase dibattimentale e priva conseguentemente dei caratteri del giudizio di merito; appunto in base a queste prospettazioni era sempre stato escluso che l'udienza preliminare a differenza della fase dibattimentale fosse "pregiudicabile" da una precedente valutazione contenutistica sullo stesso oggetto. Leggendo alcuni passaggi dell'ordinanza n. 185 del 2001 ben difficilmente si sarebbe potuto scommettere sul fatto che da lì a poco il Giudice delle leggi avrebbe accolto la questione di legittimità volta a richiedere un'ulteriore estensione del disposto dell'art. 34 c. p. p., con riferimento alla fase dell'udienza preliminare. Le premesse della sentenza n. 224 del 2001 o quantomeno le avvisaglie della possibilità di un mutamento della giurisprudenza della Corte costituzionale sulla tematica che ha poi costituito oggetto della pronuncia di illegittimità erano semmai ricavabili da una precedente pronuncia di manifesta infondatezza e cioè dall'ordinanza n. 112 del 2001. Per quanto concerne la vicenda dell'udienza preliminare, la Corte costituzionale ha focalizzato l'attenzione sugli effetti derivanti dalla l. n. 479 del 1999: l'ampliamento delle ipotesi atte a determinare l'emissione della sentenza di non luogo a procedere; l'attribuzione del potere di disporre l'integrazione delle indagini preliminari incomplete; la riconosciuta possibilità di assumere anche d'ufficio le prove delle quali appaia evidente la decisività ai fini dell'emissione della sentenza di non luogo a procedere. Ci si potrebbe a questo punto domandare se per il futuro la Corte costituzionale valuterà l'udienza preliminare nell'ottica che ha condotto alla sentenza n. 224 del 2001 o in quella più tradizionale propria dell'ordinanza n. 185 del 2001. In attesa di un auspicabile chiarimento, si può ipotizzare, sia pur con il rischio di essere presto smentiti dalla realtà dei fatti, che probabilmente le istanze tendenti a fornire una sempre più

---

<sup>(117)</sup> in Guida dir., 2001, n. 27, p. 74, con commento di R. BRICCHETTI, *Nella sottovalutazione del ruolo dell'imputato la debolezza di un percorso argomentativo*



accentuata tutela al principio di terzietà del giudice, ispiratrici della sentenza n. 224 del 2001 produrranno un ulteriore gemmazione di pronunce di illegittimità sia pur a prezzo di ulteriori disagi nell'organizzazione degli uffici giudiziari. Purtuttavia, fatta salva la sfera dell'incompatibilità, l'ordinanza n. 185 del 2001 sembrerebbe dimostrare la riluttanza della Corte costituzionale ad accelerare un processo tendente ad un ulteriore appiattimento delle connotazioni dell'udienza preliminare rispetto alla configurazione della fase dibattimentale, fino al punto di vedere privata tale udienza di tutte le sue originarie peculiarità. Del resto se venisse resa sempre più evanescente la differenza di contenuti e di finalità tra queste due fasi non si potrebbero escludere alcuni indiretti contraccolpi negativi; in particolare, qualora l'udienza preliminare venisse considerata quale un meccanismo tendente a pervenire, seguendo modalità procedurali ricavate dal giudizio dibattimentale, ad un primo accertamento sul merito della causa, sarebbe innegabile il condizionamento derivante dalla mancata pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, giacché in tal caso la verifica di questa ipotesi avrebbe il significato di una predelibazione di responsabilità penale, atta a ipotecare pesantemente la successiva fase dibattimentale. Questo orientamento ha trovato conferma in successive pronunce, emesse riguardo a casi di reiterazione della funzione di giudice dell'udienza preliminare, nelle quali la locuzione «giudizio», utilizzata dal legislatore nell'art. 34 c. p. p., è stata intesa come comprensiva anche dell'udienza preliminare (sentenza n. 335 del 2002; ordinanze n. 20 del 2004, n. 271 e n. 269 del 2003).

### 3.1 SISTEMA DELLE INCOMPATIBILITA' E NATURA DELL'UDIENZA PRELIMINARE: L'ESPANDERSI DELL'AREA DEL "GIUDIZIO" PREGIUDICABILE.

Con la **sentenza** successiva, la **n. 335 del 2002<sup>118</sup>**, la Corte costituzionale dichiara non fondata la questione di legittimità

---

<sup>(118)</sup> Corte cost., 12 luglio 2002, n. 335, in *giur. cost.*, p. 2567 con osservazioni di G. Di CHIARA e di G. RANALDI.

costituzionale dell'art. 34 c. p. p. sollevata, in riferimento all'art. 111, comma 2, della Costituzione: in particolare, se il decreto di citazione a giudizio è dichiarato nullo nel dibattimento, (e il processo ritorna al giudice dell'udienza preliminare che dovrà di nuovo valutare la sussistenza dei requisiti per il rinvio a giudizio) l'udienza preliminare dovrà essere tenuta da un giudice diverso da quello che aveva emesso il decreto dichiarato nullo. La Corte Costituzionale con sentenza n. 335 del 2002, pur non avendo dichiarato incostituzionale l'art. 34 c.p.p., ha comunque evidenziato la necessità di inserire tra le cause di incompatibilità anche l'eccezione della presente pronuncia. Sarà pertanto compito del Parlamento modificare il citato articolo 34 e aggiungere quale ulteriore causa di incompatibilità quella del giudice (cioè del giudice dell'udienza preliminare) che ha già giudicato sulla medesima *res iudicanda*.<sup>119</sup> Sembrano due le essenziali chiavi di lettura che si offrono agli occhi dell'interprete, avanti alla lineare tramatura argomentativa della sentenza n. 335 del 2002: la prima ("di superficie") tende a riguardare la pronuncia in termini di prevedibile sviluppo della diagnosi sottesa alla sentenza n. 224 del 2001 a sua volta scaturente dall'evolversi dei congegni normativi posteriori al solco del 1999; la seconda lettura ("sottostante") tende invece a dar voce a non monocrome nervature di sottofondo della pronuncia, idonee a porre quesiti piuttosto che a dissolverne le trame entro la tranquillizzante enclave di taumaturgiche risorse di auto adattamento del sistema. Ripercorrere gli itinerari della prima chiave di lettura si palesa compito non disagevole, è ben noto come nell'alveo della più antica fase progettuale del codice del 1988, il dibattito circa il ruolo da attribuire all'udienza preliminare nelle scansioni del rito ordinario di primo grado si era incentrato su due paradigmi di base: a un primitivo approccio, mirante a plasmare le linee in termini di udienza di smistamento, si era presto contrapposta una diversa direttrice, incline a ricostruire l'udienza preliminare in funzione di filtro delle imputazioni azzardate e infine prevalsa in sede di assemblaggio del tessuto del progetto preliminare. L'esperienza applicativa aveva, per parte sua inequivocabilmente dimostrato i limiti e le inefficienze di un filtro siffatto, inidoneo ad adempiere a quel ruolo di efficace *screening*

---

<sup>119</sup>) Osservazioni di G. Di CHIARA, in *giur. cost.* p. 3297

declamato nelle premesse della ricodificazione del 1988. Risultava comunque palese come i caratteri originari dell'udienza preliminare escludessero ogni sua caratterizzazione in termini di "giudizio" *merito causae*: vi esula ogni accertamento, aveva rimarcato al Corte, ogni funzione di accertamento della verità materiale, trattandosi piuttosto di una fase processuale e non di cognizione piena, strutturata su una regola di giudizio che attiene al rito e non al merito e che dunque consiste non in una valutazione di tipo prognostico sulle prospettive di condanna o assoluzione dell'imputato, ma in un controllo sulla legittimità della domanda di giudizio avanzata dal p.m. Si allocano qui le ragioni che avevano costantemente condotto la Corte a respingere i dubbi di legittimità costituzionale sollevati con riguardo al primo volto dell'art. 34 comma 2 c. p. p, nella parte in cui esclude l'udienza preliminare dal catalogo delle sedi pregiudicabili per effetto del precedente *decisum* reso dal medesimo giudice-persona in ordine alla medesima regiudicanda. È palese che il legislatore abbia sostanzialmente modificato la regola di giudizio sottesa alla sentenza di non luogo a procedere, rafforzando chiaramente il potere valutativo del giudice dell'udienza preliminare, cosicché quest'ultima possa funzionare come filtro di maggior consistenza rispetto al dibattimento. Appare emblematico quanto tratteggiato in quella che può essere considerata una sorta di *summa* degli indirizzi della Corte in tema, rimasti costanti fino alle soglie della svolta impressa dalla l. n. 479 del 1999: l'apprezzamento del merito che il giudice è chiamato a compiere all'esito dell'udienza preliminare non si sviluppa secondo un canone di colpevolezza o di innocenza, ma si incentra sulla ben diversa prospettiva di deliberare se, nel caso di specie, risulti o meno necessario dare ingresso alla successiva fase del dibattimento, sicché la sentenza di non luogo a procedere, era e resta una sentenza di tipo processuale destinata null'altro che a paralizzare la domanda di giudizio formulata dal p.m. Sul piano delle dinamiche normative, il punto di rottura degli equilibri appena tratteggiati si colloca il solco della già richiamata novella del 1999: nel complessivo quadro di una ben più ampia manovra riformistica, la l. n. 479 ha profondamente inciso sulla morfologia dell'udienza preliminare, incrementando significativamente la sfera dei poteri cognitivi attivabili *ex officio*; ne è conseguita una vera e propria metamorfosi dei significati dell'udienza, la quale mantiene la sua denominazione

ma subisce una mutazione genetica così marcata da perdere la sua funzione di filtro delle imputazioni azzardate per trasformarsi in un giudizio in miniatura<sup>120</sup>. Proprio nel solco di questa ritessitura si alloca la tendenza della Corte circa l'idoneità dell'udienza preliminare a elevarsi a sede pregiudicabile. Tali ulteriori sviluppi erano stati resi disponibili dalla sentenza n. 224 del 2001 e dalla l. n. 479 del 1999; a ciò andava aggiunta la cospicua estensione della piattaforma cognitiva del giudizio preliminare propiziata dalla nuova disciplina in tema di investigazioni della difesa di seguito introdotta dalla l. n. 397 del 2000. Le prospettive dischiuse dalla novella del 2000 sono elementi di novità che postulano all'interno dell'udienza preliminare, da un lato, un contraddittorio più ampio rispetto al passato e dall'altro un incremento degli elementi valutativi cui necessariamente corrisponde un apprezzamento del merito ormai privo di quei caratteri di sommarietà che prima della riforma erano tipici di una delibazione tendenzialmente circoscritta allo stato degli atti. L'alternativa decisoria che si offre al giudice quale epilogo dell'udienza preliminare rimarca ancora la Corte "riposa su una valutazione del merito dell'accusa ormai non più distinguibile da quella propria di altri momenti processuali già ritenuti non solo pregiudicanti ma anche pregiudicabili ai fini della sussistenza dell'incompatibilità". È agevole intendere come il precedente offerto dalla sentenza n. 224 del 2001 lasciasse preconizzare ulteriori prevedibili sviluppi nella consueta ottica dell'effetto di trascinamento dovuto dell'espandersi per gemmazione delle brecce dischiuse sui muri perimetrali del catalogo delle incompatibilità al successivo giudizio. A ciò si è addivenuti con l'odierno *decisum* che assume la veste di curva a gomito nel solco tracciato dalla sentenza n. 224, rispetto al nodo interlocutorio lasciato irrisolto dall'ordinanza n. 112 del 2001. Sarebbe improprio tuttavia ipotizzare che il ben diverso approdo cui perviene la pronuncia in commento rispetto a quello siglato dall'ordinanza n. 112 del 2001 dipenda solo dalla già intervenuta operatività nell'odierno giudizio *a quo* delle modifiche introdotte dalle novelle del 1999 e del 2000: va detto piuttosto che il cambiamento di rotta nasce sotto gli auspici della svolta impressa ai progressi indirizzi della sentenza n. 224 del 2001. "Completezza del quadro probatorio" e "potenziamento dei

---

(<sup>120</sup>) E. AMODIO, *Giudice unico e garanzie difensive nella procedura penale*

poteri riconosciuti alle parti in materia di prova”, si legge nella parte motiva della sentenza n. 335 del 2002, hanno trasfigurato il ruolo dell’udienza preliminare, il cui nuovo volto impone ormai di annoverare gli esiti tra quei giudizi idonei a pregiudicare altri ulteriori e a essere a loro volta pregiudicati da altri anteriori; sicché prosegue la Corte per assicurare la protezione dell’imparzialità del giudice, l’udienza preliminare deve essere compresa nel raggio d’azione dell’istituto dell’incompatibilità del giudice, disciplinato dall’art. 34 c. p. p. anche al di là della limitata previsione del comma 2-*bis* dell’art. 34 medesimo. A fronte di simile diagnosi, l’udienza preliminare ha abbandonato i lidi della mera processualità per conquistarsi un proprio ruolo nell’universo dei giudizi *merito causae*: basta assumere, rimarca la fulminea parte terminale della motivazione dell’odierna pronuncia, che l’udienza preliminare, in conseguenza dell’evoluzione legislativa sopra accennata, è divenuta anch’essa un *momento di giudizio* perché essa rientri pienamente nelle previsioni dell’art. 34 c. p. p. che dispongono per l’appunto l’incompatibilità a giudicare del giudice che abbia giudicato sulla medesima *res iudicanda*. Appare chiaro come proprio da qui occorrerà muovere ai fini della messa a fuoco delle vestigia di quella seconda, sottostante chiave di lettura cui più sopra si alludeva con riguardo alla filigrana dell’odierno *decisum*. Balza subito agli occhi come la sentenza n. 335 del 2002 offra all’interprete un *novum* metodologico di non poco momento: a differenza di quanto accaduto con riguardo all’applicazione della pena su richiesta delle parti, al procedimento per decreto e all’udienza preliminare minorile, si addivene a un’espansione della classe del giudizio pregiudicabile per il tramite di una mera operazione interpretativa condotta alla stregua dell’evolversi della disciplina di settore. La svolta è stata qui propiziata dall’evolversi del sistema normativo di riferimento, mentre altrove ( è il caso del patteggiamento, del rito monitorio e dell’udienza preliminare minorile) la correzione di rotta traeva origine da una semplice rimodulazione dell’approccio ermeneutico. L’odierna scelta da parte della Corte della mera manovra ermeneutica in luogo del più cruento bisturi dell’incostituzionalità palesa una diagnosi innegabile: la categoria del “giudizio” che ricorre nell’art 34 c. p. p. sarebbe dotata di una propria intrinseca capacità di auto adattamento assecondando l’evolversi del sistema, sicché non risulterebbero necessarie allo

scopo manovre adeguatrici del legislatore né occorrerebbe transitare attraverso interventi della Corte nelle forme della declaratoria di incostituzionalità. Con specifico riguardo alla fattispecie regressiva si propizia per tal via un possibile scorrere del baricentro del sistema delle incompatibilità endoprocessuali dal versante delle scelte legislative alle risorse ermeneutiche, rese da sole idonee a porre in opera un aggiornamento continuativo della mappatura delle aree riconducibili al giudizio. Sarà come sempre l'esperienza futura a farsi carico di evidenziare luci e ombre nel contenuto e nei metodi dell'odierna svolta.<sup>121</sup> Alla luce della sentenza n. 335 del 2002 la Corte ha dichiarato infondata l'eccezione di legittimità sul presupposto che non fosse "necessario addivenire ad una pronuncia di incostituzionalità dell'art. 34 c. p. p. che aggiunga una nuova ipotesi specifica o generale di incompatibilità a quelle già previste", essendo sufficiente rilevare che l'udienza preliminare in conseguenza dell'evoluzione legislativa che l'ha interessata, "è divenuta anch'essa un momento di giudizio", per cui rientra "nelle previsioni dell'art. 34 c. p. p. che dispongono per l'appunto l'incompatibilità a giudicare del giudice che abbia già giudicato sulla medesima *res iudicanda*". Affinché il giudice non sia compatibile occorre che abbia assolto a compiti funzionali pregiudicanti (ad esempio abbia pronunciato o concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento o abbia esercitato funzioni di GIP) e che sia nuovamente chiamato a prender posizione sulla medesima *res*, ai fini di una determinazione che implichi una valutazione sul merito dell'accusa e non incida solo sul semplice svolgimento del processo. Per conseguenza, "la sua iniziale connotazione quale momento processuale fondamentale orientato al controllo dell'azione penale promossa dal p.m. in vista dell'apertura della fase del giudizio", è indiscutibile che la decisione conclusiva della specifica fase sia "pregiudicante rispetto a decisioni successive di merito nell'ambito dello stesso processo e pregiudicabile rispetto a precedenti decisioni già assunte"; parimenti poi è indubbio che la prospettiva ortodossa sia quella propria del giudice delle leggi, posto che l'alternativa decisoria che si offre al magistrato che dirige e risolve l'udienza preliminare "riposa su una valutazione del merito dell'accusa non più distinguibile da

---

<sup>121</sup>) Osservazioni di G. RANALDI, in *giur.cost.* p. 3307

quella propria di altri momenti del processo ritenuti non solo pregiudicanti, ma anche pregiudicabili, ai fini della sussistenza dell'incompatibilità. Le argomentazioni che la Corte ha posto a corredo del dispositivo di manifesta infondatezza della questione, forniscono il destro per stringati rilievi ragionati. Per un verso risalta nitido un dato: il corso giurisprudenziale del Giudice delle leggi, successivo all'entrata in vigore della l. 16 dicembre 1999, n. 479, ha disegnato geometrie variabili rispetto alla possibilità di considerare la decisione del GUP, esito di un giudizio sul merito dell'accusa rilevante secondo l'art. 34 c. p. p. Infatti la sent. n. 224 del 2001 è stata preceduta da due decisioni contemporanee (Corte cost. n. 112 del 2001 e n. 185 del 2001) di segno opposto. Con l'ordinanza n. 112 del 2001, la Corte aveva rigettato la medesima censura di costituzionalità affrontata dalla decisione in commento, in prospettiva continuista con i suoi precedenti *ante* l. 16 dicembre 1999, n. 479: il Giudice delle leggi, infatti, ribadì che nell'udienza preliminare il magistrato è chiamato svolgere una deliberazione di carattere processuale circa l'idoneità della domanda del p. m. a determinare l'apertura della fase del giudizio e non a esprimere valutazioni sul merito del giudizio stesso. Con l'ordinanza n. 185 del 2001, poi la Corte in maniera perentoria osservò che "le pur significative e rilevanti modifiche che la l. n. 479 del 1999 ha apportato alla disciplina dell'udienza preliminare non ne hanno mutato le connotazioni eminentemente processuali che ne contraddistinguono l'essenza" dato che "al di là delle segnalate innovazioni, la funzione dell'udienza preliminare era e resta quella di verificare l'esistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda di giudizio formulata dal p.m.". La distinzione teleologica intercorrente tra giudizio preliminare e dibattimentale trova chiara eco nella qualità degli elementi di prova a disposizione del giudice, nei doveri funzionali della principale parte privata e nell'oggetto del giudizio. Sotto il primo profilo (disomogeneità qualitativa dei dati conoscitivi), il fondamento probatorio della verifica preliminare dell'accusa, che spetta al GUP, sta nelle emergenze degli atti di indagine compiuti unilateralmente dal p.m. e dai suoi delegati e non negli elementi raccolti con i mezzi di prova assunti nel corso dell'istruttoria dibattimentale: infatti se gli epiloghi della fase processuale preliminare si fondano su un materiale dimostrativo non legalizzato dalla dialettica dibattimentale o comunque

controllato nella sua attendibilità, la sentenza che si adotta è basata sulla valutazione delle prove, legittimamente acquisite durante il momento dibattimentale. Sotto il secondo profilo (disomogeneità dei doveri funzionali da esercitare ad opera della difesa dell'imputato), la principale parte privata trova nella fase processuale in senso stretto l'ultimo momento utile per esercitare il proprio diritto di difendersi provando, mentre può partecipare a carte coperte all'udienza: infatti se è possibile che l'interessato assuma un atteggiamento partecipativo al processo preliminare guardingo e sottotono, poiché il decreto che dispone il giudizio risulta in sostanza "indolore", è indubbio che sia doveroso un suo intervento processuale che si risolva nella produzione di mezzi di prova a discarico, posto che la sentenza di condanna conclusiva del giudizio dibattimentale crea pregiudizi all'incolpato. Sotto il terzo profilo (disomogeneità del tema del giudizio preliminare rispetto a quello dibattimentale), il punto è che la valutazione del merito dell'accusa formulata dal p.m., mentre per il GUP rappresenta lo strumento per assumere le proprie determinazioni in ordine alla superfluità o meno dell'approfondimento dibattimentale, per il giudice di primo grado costituisce l'obiettivo esclusivo, dapprima, dell'attività cognitiva, poi, dell'attività decisoria. In maggior dettaglio, da un lato il GUP formula un giudizio sul merito dell'imputazione: infatti il rinvio dibattimentale dell'imputato verrà disposto ogniqualvolta gli elementi disponibili consentano di ritenere sostenibile l'accusa in giudizio e quindi, dotata di probabilità logica l'ipotesi di lavoro delineata dal p.m.; dall'altro lato il giudice dibattimentale decide sull'accusa con una decisione affermativa o negativa di responsabilità. Ora, la pronuncia in commento rappresenta il primo passo applicativo di un repentino cambiamento di opinione giurisprudenziale (atteso e sempre negato) che ha preso le mosse con la sentenza n. 224 del 2001. In conseguenza pare ineludibile il consolidamento di una prassi interpretativa, che facendo leva sugli argomenti articolati dalla Corte, comprenda il giudizio preliminare, con le sue multiformi sfaccettature operative, nel cono d'ombra dell'art. 34 comma 2 c. p. p. Il che in tempi d'avanzamento diffusivo della cultura del giusto processo, sembra francamente auspicabile. Ciò è quanto stato statuito dalla Corte anche in *successive pronunce* che considerano ormai l'udienza preliminare come momento di giudizio : difatti con



**l'ordinanza n. 269 del 2003**<sup>122</sup> la Corte dichiara la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 34 c. p. p., sollevate ancora in riferimento agli *articoli 3, 24 e 111 Cost.*, nella parte in cui non prevede, per il giudice che abbia esercitato la funzione di trattazione dell'udienza preliminare, l'incompatibilità a svolgere nuovamente la medesima funzione nel corso dello stesso procedimento penale, nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto storico a seguito della dichiarazione di nullità del decreto che dispone il giudizio o dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare da parte del giudice dibattimentale, ovvero a seguito di una nuova richiesta di rinvio a giudizio da parte del pubblico ministero dopo che, all'esito della precedente udienza preliminare, lo stesso giudice abbia disposto la restituzione degli atti al pubblico ministero, avendo ravvisato un fatto diverso da quello contestato nell'imputazione. Spetta, infatti, ai giudici rimettenti, in rapporto alle singole e specifiche situazioni processuali che essi prospettano, trarre le conseguenze del principio secondo cui – essendo l'udienza preliminare divenuta un momento di "giudizio" e pertanto, in presenza degli ulteriori presupposti, rientrando nelle previsioni dell'art. 34 c. p. p. – la funzione di trattazione dell'udienza preliminare è ricompresa nel raggio d'azione dell'istituto dell'incompatibilità, indipendentemente dalla specifica causa che di volta in volta abbia determinato la reiterazione di detta funzione in capo allo stesso giudice-persona fisica, nell'ambito dello stesso procedimento e in relazione alla medesima *'res iudicanda'*. **L'ordinanza n. 271 del 2003**<sup>123</sup> dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 1 c. p. p., sollevata in riferimento agli *articoli 3, 24 e 111 Cost.*, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di GUP per il giudice che, nell'ambito dello stesso procedimento e all'esito di una precedente udienza preliminare, abbia pronunciato sentenza di non luogo a procedere, poi annullata, nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto. Spetta, infatti, al giudice, in rapporto alla singola situazione processuale che è chiamato a definire, trarre le conseguenze del principio secondo cui – essendo l'udienza preliminare divenuta un momento di "giudizio", rientrando, come

---

<sup>(122)</sup> Corte cost., ord. 22 luglio 2003, n. 269 in *giur. cost.*, p. 2216 ss

<sup>(123)</sup> Corte cost., ord. 22 luglio 2003, n. 271 in *giur. cost.*, p. 2228 ss

tale, in presenza degli ulteriori presupposti, nelle previsioni dell'art. 34 c. p. p. – la funzione di trattazione dell'udienza preliminare è ricompresa nel raggio d'azione dell'istituto dell'incompatibilità, indipendentemente dalla specifica causa che di volta in volta abbia determinato la reiterazione di detta funzione in capo allo stesso giudice-persona fisica, nell'ambito dello stesso procedimento e in relazione alla medesima '*res iudicanda*'. L'**ordinanza n. 20 del 2004**<sup>124</sup> dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, sollevata, in riferimento agli *artt. 3, 24 e 111 Cost.*, dell'art. 34, comma 1, c. p. p, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di trattazione dell'udienza preliminare per il giudice che, per lo stesso fatto e nei confronti degli stessi imputati, abbia già pronunciato, all'esito di una precedente udienza preliminare, il decreto che dispone il giudizio. Infatti, la Corte costituzionale ha già dichiarato non fondate identiche questioni, rilevando che – essendo l'udienza preliminare divenuta un momento di «giudizio» – la fase di trattazione rientra, ove ne sussistano gli ulteriori presupposti, nelle previsioni dell'art. 34 c. p. p, che dispongono l'incompatibilità del giudice che abbia già giudicato sulla medesima "*res iudicanda*", con la conseguenza che spetta al giudice che procede valutare, indipendentemente dalla specifica causa che di volta in volta abbia determinato la reiterazione di detta funzione in capo allo stesso giudice-persona fisica, le conseguenze di tale principio in rapporto alla specifica situazione processuale che gli si prospetta.

### 3.1.1 CONTINUITÀ E SEGNALI DI MUTAMENTO NELLE DECISIONI DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN TEMA DI INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE

Qualche anno più tardi è stata emanata dalla Consulta la **sentenza n. 400 del 2008**<sup>125</sup>, secondo cui è costituzionalmente illegittimo l'art. 34, comma 2, c. p. p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla trattazione dell'udienza preliminare del giudice che abbia ordinato, all'esito di precedente dibattimento, riguardante il

---

<sup>124</sup>) Corte cost., ord. 16 gennaio 2004, n. 20, *in giur. cost.* p. 339

<sup>125</sup>) Corte cost., sent. 5 dicembre 2008, n. 400 *in giur. cost.*, p. 4683 con osservazione di G. NICOLUCCI

medesimo fatto storico a carico del medesimo imputato, la trasmissione degli atti al pubblico ministero, a norma dell'art. 521, comma 2, c. p. p., per la ritenuta diversità del fatto. La sentenza n. 455/1994 ha dichiarato l'illegittimità della norma oggi impugnata, nella parte in cui non prevedeva l'incompatibilità alla funzione di giudizio del giudice che, all'esito di precedente dibattimento riguardante lo stesso fatto storico a carico dello stesso imputato, avesse ordinato la suddetta trasmissione degli atti: infatti, quando il magistrato accerta che il fatto è diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio, compie una piena delibazione del merito della regiodicanda, con la conseguenza che un dibattimento "bis" non può non essere attribuito alla cognizione di altro soggetto, a garanzia della imparzialità e serenità di giudizio. Alle stesse conclusioni deve pervenirsi quando, a seguito della vicenda regressiva, l'ulteriore attività che il giudice sia chiamato ad esercitare consista nella udienza preliminare, che la sentenza n. 224 del 2001 ha ricondotto al novero delle sedi suscettibili di essere pregiudicate dalla precedente valutazione sulla stessa regiodicanda.<sup>126</sup> Attraverso un'esposizione essenziale e logicamente ben strutturata i giudici della Consulta hanno aggiunto ancora una volta un'ulteriore fattispecie di incompatibilità del giudice non ricompresa in origine nel disposto normativo di cui l'art. 34 c. p. p. comma 2. Si tratta dell'incompatibilità alla celebrazione dell'udienza preliminare a carico del giudicante che all'esito del dibattimento per il medesimo fatto e nei riguardi dello stesso imputato abbia rimesso gli atti al p.m. ai sensi dell'art. 521 comma 2 c. p. p. per aver ritenuto il fatto diverso rispetto a quanto descritto nell'imputazione o successivamente contestato. L'accadimento di per sé conferma la particolare ampiezza del catalogo delle incompatibilità disegnato dall'art. 34 c. p. p. Circostanza questa già preavvertita in seno al dibattito parlamentare sulla direttiva n. 67 della legge delega del 1987 per cui ci si chiese se la formula elaborata potesse ricomprendere tutta la casistica prospettabile. I parametri della decisione sono altrettanto ben enucleati. Da un lato è ormai lapalissiana l'individuazione della "*sede pregiudicata*" e cioè *l'udienza preliminare*; dall'altro la "*fonte del pregiudizio*" risiede chiaramente nella piena *delibazione del merito* della *res iudicanda*

---

<sup>126</sup>) Osservazione di G. NICOLUCCI in *giur. cost.*, p. 4688

compiuta nell'accertare che il fatto è diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio e dunque nel disporre conseguentemente la trasmissione degli atti al p.m. L'associazione sillogistica di entrambi gli elementi è stata così riassunta: " se l'apprezzamento in ordine alla diversità del fatto compiuto al termine del precedente dibattimento, implicando una valutazione contenutistica dell'ipotesi di accusa, costituisce attività idonea a radicare l'incompatibilità del giudice a partecipare al nuovo dibattimento, alle medesime conclusioni deve pervenirsi quando a seguito della vicenda regressiva l'ulteriore attività che il giudice sia chiamato ad esercitare consista nella trattazione dell'udienza preliminare. La *consecutio* logica spiegata nella parte motiva della sentenza dunque non impegna le delicate argomentazioni che diversamente hanno coinvolto altre più ampie tematiche sull'argomento. Anzi agganciando correttamente la decisione a quanto già sancito nel 1994, è stato sufficiente appoggiarsi sulle pregresse statuizioni che hanno ricondotto l'udienza preliminare al novero delle sedi suscettibili di essere pregiudicate dalla precedente valutazione in ordine alla medesima regiudicanda, potendosi intendere la locuzione "giudizio" come comprensiva anche dell'udienza preliminare. Per la verità e seppur con ritardo, sembrerebbe che l'odierna pronuncia sia stata quasi evocata dall'analogo precedente del 1994. Probabilmente è stato soltanto a motivo della scarsa ricorrenza casistica dei medesimi casi concreti d'incompatibilità a procrastinare nel tempo l'estensione anche con riferimento alla celebrazione dell'udienza preliminare e non soltanto in relazione al dibattimento. Quasi come fosse richiamata *per relationem* è nella decisione del 1994 n. 455 che si rintracciano quei frammenti di motivazione che sembrano mancare nell'odierna pronuncia anche se non con penetrante evidenza. In effetti, le indicazioni contenute nella pronuncia n. 455 del 1994 costituiscono una premessa fondamentale, ma di per sé sola non sufficiente per giungere alle conclusioni alle quali è pervenuta l'annotata decisione. Accanto a tale premessa, ha infatti giocato un ruolo decisivo la mutata considerazione della valenza da attribuire alla fase dell'udienza preliminare, che ha comportato un difforme atteggiamento, in chiave di netta *discontinuità* rispetto ad alcune più risalenti pronunce, da parte della Corte costituzionale, come significativamente evidenziato dalla più recente evoluzione

giurisprudenziale, delineatasi in particolare con le decisioni n. 224 del 2001 e n. 335 del 2002. Si tratta invero del passaggio relativo alla tipologia dell'accertamento compiuto affinché possa essere disposta la restituzione degli atti all'inquirente per l'impossibilità di mantenere ferma la correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza (art. 521 c. p. p.). Si legge in proposito nella parte motiva che il giudice, all'esito del dibattimento, nell'accertare che il fatto è diverso da quello descritto nel decreto che dispone il giudizio, compie un'approfondita delibazione non dissimile da quella che in mancanza di una valutazione della diversità del fatto conduce alla definizione con sentenza del giudizio di merito. Con riferimento ai contenuti concreti del pregiudizio poi questi coinciderebbero con il *vulnus* all'imparzialità e serenità del giudizio recato dal "dibattimento bis riguardante il medesimo fatto storico e il medesimo imputato". Ciò in quanto per l'applicazione dell'art. 521 comma 2 c. p. p. il giudice non solo deve aver compiuto un'attenta disamina del materiale probatorio al fine di verificare il fatto, così come ricostruito in sede istruttoria, sulla base dell'ipotesi accusatoria, ma deve anche essere convinto di una ricostruzione alternativa non contenibile in una diversa qualificazione giuridica (art. 521 comma 1 c. p. p.). L'idea d'accusa poi, contenuta nell'ordinanza di trasmissione degli atti al p.m., per come si è determinata e per i contenuti che necessariamente deve recare, non può non costituire una certa fonte di pregiudizio, di sospetto che sospinga il giudice verso quella ipotizzata naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento, meglio definita come "forza di prevenzione". In altri termini dopo la pronuncia dell'ordinanza (art. 521 comma 2 c. p. p.), potrebbero dirsi irrimediabilmente compromessi la terzietà e imparzialità dello stesso giudice chiamato a pronunciarsi sulla medesima regiudicanda e a carico del medesimo imputato in forza di un'ipotesi accusatoria voluta dallo stesso magistrato persona fisica. A tal riguardo si è ritenuto condivisibilmente, che la restituzione officiosa degli atti al p.m. per il successivo nuovo esercizio dell'azione penale inserisca un connotato inquisitorio nel sistema. Probabilmente a voler misurare la dimensione dell'incompatibilità in parola questa potrebbe essere dichiarata equivalente alla fattispecie di cui all'art. 34 comma 3 c. p. p. riguardante chi abbia svolto le funzioni di p.m. nel medesimo

procedimento nel quale poi eserciti l'ufficio di giudice. Sotto un profilo dinamico invece la costruzione di siffatta incompatibilità ricorda le pregresse questioni sviluppatesi attorno alla pronuncia dell'imputazione coatta (art. 409 comma 5 c. p. p.), risolte con la declaratoria d'incostituzionalità giustificata sulla peculiare valutazione contenutistica della *notitia criminis* che precede ineluttabilmente l'emissione del relativo provvedimento. È chiara in questo senso la differente entità tra le due ipotesi di pregiudizi: l'una compiuta soltanto per l'esame del materiale d'indagine nella prospettiva dell'esercizio dell'azione penale a fronte dell'inerzia dell'inquirente; l'altra derivante dall'analisi del quadro probatorio come appalesatosi al termine del dibattimento. In entrambi i casi la valutazione del merito della regiodicanda sconfinante verso la prospettiva d'accusa può divenire pregiudizievole per una successiva attività decisoria. Deve soltanto aggiungersi che nella decisione del 1994 è stato anche incidentalmente affrontato come parametro di riferimento per lo scrutinio di costituzionalità, il richiamo agli istituti dell'*astensione* e della *ricusazione* ( artt. 36 e 37 c. p. p.). il giudice rimettente avrebbe al riguardo notato che la questione sollevata non poteva essere risolta con il ricorso a tali figure (nella specie l'art. 37 comma 1 lett. *b*, c. p. p. non poteva dirsi calzante per l'assenza dell'indebita manifestazione del proprio convincimento; mentre poteva astrattamente ipotizzarsi l'applicabilità dell'art. 36 comma 1 lett. *h*: "altre gravi ragioni di convenienza"), non potendo essere rimessa alla discrezionalità del singolo magistrato l'autovalutazione circa la possibilità di non lasciarsi influenzare da precedenti giudizi e valutazioni. I giudici della consulta sul punto, hanno reciso a priori ogni ulteriore approfondimento ritenendo che il caso in discussione non era contemplato dalla norma presa in esame benché recante la medesima *ratio* di altre questioni già accolte, ragion per cui la mancata previsione avrebbe determinato l'ingiustificata disparità di trattamento di situazioni tra loro assimilabili. Effettivamente le formule dell'*astensione/ricusazione* invocate, anche in virtù dell'espresso richiamo recato dall'art. 36 comma 1 lett. *g*, c. p. p. rispondono a diverse esigenze di tutela satelliti rispetto all'incompatibilità, posto che ne è previsto il ricorso non in risposta a categorie tipiche di pregiudizio, bensì per risolvere i singoli casi che possono verificarsi nell'incedere della prassi e comunque al di

fuori di attività tipiche del processo penale. L'incompatibilità sancita dall'art. 34 del resto è cagionata da atti compiuti nel procedimento come è stato confermato dalla stessa Corte con **ordinanza n. 181 del 2004**<sup>127</sup> che ha dichiarato infondata la questione dell'art. 34 comma 2 c. p. p. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a svolgere l'udienza preliminare del giudice che, quale componente del Tribunale di riesame, abbia concorso a deliberare ordinanza di annullamento di un decreto di sequestro per mancanza del *fumus commissi delicti*, in quanto se la valutazione di merito non è imposta dal tipo di atto, all'interno dello stesso procedimento l'effetto pregiudicante di una eventuale valutazione sul merito dell'accusa deve essere accertato in concreto e devono trovare applicazione, ove ne sussistano i presupposti, gli istituti dell'astensione e della ricsuzione. Il contenuto proprio della decisione in commento consente di non occuparsi delle più complesse tematiche che hanno coinvolto nel tempo l'istituto, facendo sì che l'art. 34 c. p. p. sia diventato in assoluto la norma del codice di rito che maggiormente ha subito l'intervento della Corte costituzionale, molto spesso con sentenze di tipo "manipolativo-additive". Ad oggi a carico della norma in questione si annoverano quasi 150 pronunce della Consulta e nonostante alcuni provvedimenti *ad hoc* del legislatore, permangono comunque incertezze applicative ed il sinistro sospetto che la casistica da considerare sia ancora ampia. Invero i più delicati "siti del pregiudizio" determinanti situazioni di incompatibilità, gravitano attorno alla figura del GIP e dell'udienza preliminare, con un'elevazione esponenziale allorché il processo tende a complicarsi mercé la compresenza di misure cautelari, di più imputati o di particolari situazioni di stasi procedimentale con conseguenti separazioni. Tuttavia l'odierna pronuncia della Consulta pur consente di enucleare alcuni spunti di riflessione. Già in dottrina si è affermato che poteva evitarsi la pronuncia d'incostituzionalità dell'art. 34 comma 1 c. p. p. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a celebrare l'udienza preliminare per il giudice che abbia pronunciato sentenza poi annullata nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto. Se proviamo a collocare la fattispecie descritta dall'art. 521 comma 2 c. p. p. tra i commi dell'art. 34 c. p. p. sembra notarsi una certa forzatura. La "sede

---

(<sup>127</sup>) Corte cost., ord. 22 giugno 2004 n.181 in *giur. cost.*, p. 1855

pregiudicata” nel caso deciso dalla Consulta era l’udienza preliminare per un fatto proveniente dal dibattimento anzi determinatosi nel momento conclusivo di questo e cioè all’atto di dover pronunciare la sentenza. L’art. 34 comma 2 c. p. p. però riferisce l’elemento patologico verso la “partecipazione al giudizio” per il giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell’udienza preliminare (nonché per aver disposto il giudizio immediato, per aver emesso decreto penale o per aver deciso sull’impugnazione avverso la sentenza di non luogo a procedere). La forma transitiva dell’incompatibilità verso l’udienza preliminare è recata soltanto dall’art. 34 comma 2-bis c. p. p. per il giudicante che abbia esercitato le funzioni di GIP. Piuttosto appare meglio accattivante l’*incipit* dell’art. 34 comma 1 c. p. p.: “il giudice che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento non può...”. È vero che con l’ordinanza di trasmissione degli atti all’inquirente per il fatto diverso non viene pronunciata alcuna sentenza di assoluzione per il fatto come descritto dall’imputazione. E deve anche aggiungersi che per le spiccate caratteristiche decisorie, l’udienza preliminare è ormai inequivocabilmente inseribile nel contesto della locuzione “giudizio”. Ma appare altrettanto possibile quell’evasione che potrebbe quantomeno mettere ordine nel martoriato art. 34 c. p. p. In altri termini se fosse stato possibile annoverare nella locuzione “sentenza” di cui all’art 34 comma 1 c. p. p. tutti quei provvedimenti terminativi del giudizio dibattimentale, in quanto “fonti del pregiudizio”, la questione di costituzionalità oggi affrontata dalla Consulta poteva essere risolta semplicemente con l’applicazione del dato normativo. Così anche per il complesso percorso logico che ha consentito l’equiparazione dell’udienza preliminare al giudizio: la forma transitiva dell’art. 34 comma 1 c. p. p., su questa premessa poteva essere estesa anche all’udienza preliminare quale “sede pregiudicata”, accanto agli altri gradi di giudizio o al giudizio di rinvio dopo l’annullamento o al giudizio per revisione. Non sembra invero del tutto coerente l’assommarsi delle pronunce d’incostituzionalità nell’art. 34 comma 2 c. p. p. ove oggi sono accomunati pronunciamenti molto variegati fra loro. Probabilmente piuttosto che ricercare una chimerica formula normativa in grado di racchiudere tutta la potenziale casistica dell’incompatibilità endoprocessuale del giudice, quantomeno in sede legislativa si



potrebbe accedere ad una ristrutturazione della norma secondo un miglior criterio d'ordine. Utilizzando i parametri della "fonte del pregiudizio" e della "sede pregiudicata" l'art. 34 c. p. p. potrebbe essere ricostruito rispettando la direzione delle incompatibilità di ciascun comma, sulla base dell'ampia casistica sino ad oggi raccolta, al fine di evitare l'ulteriore moltiplicarsi delle pronunce sostanzialmente anticipabili. In tal senso il disposto di cui l'art. 34 c. p. p. comma 1 potrebbe essere ampliato sino a ricomprendervi tutti i provvedimenti comunque terminativi della fase dibattimentale estendendo le sedi pregiudicate a quei momenti processuali condizionabili che vi potrebbero aver seguito, anche sulla base di una regressione per annullamento, rinvio o restituzione degli atti al p.m. Diversamente l'art. 34 comma 2 c. p. p. potrebbe mantenere la forma transitiva dell'incompatibilità che diparte non già dal giudizio, ma da tutte le forme di cognizione sul merito della regudicanda possibili durante o al termine delle indagini preliminari ( come ad esempio, in sede di archiviazione, di udienza preliminare o di applicazione di misure cautelari) e che possono riverberarsi verso le potenziali sedi pregiudicabili successive.

### 3.2 LA CONSULTA RIBADISCE E RIASSUME IL PROPRIO ORIENTAMENTO IN TEMA DI INCOMPATIBILITA' EXTRA-PROCEDIMENTALE DEL GIUDICE.

Una specie di scoperta archeologica (un'ordinanza di rimessione deliberata nel 2000, poco dopo l'entrata in vigore della c.d. legge Carotti, e pervenuta al palazzo della Consulta solo nel febbraio del 2010) ha consentito alla Corte costituzionale di fare il punto, in poche battute, sulla propria giurisprudenza riguardo a due istituti fondamentali dell'attuale sistema processuale: **l'ordinanza n. 347 del 2010<sup>128</sup>**. Specificamente è manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 c. p. p, impugnato, in riferimento agli *artt. 25 e 101 Cost.*, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a celebrare l'udienza preliminare del giudice che

---

<sup>128</sup>) Corte cost., ord. 1 dicembre 2010, n. 347 *in giur. cost.* p. 4895

abbia definito, con sentenza emessa a seguito di giudizio abbreviato, la posizione di un imputato concorrente nel medesimo reato. Infatti, il giudice *a quo* non fornisce una motivazione sufficiente sulla non manifesta infondatezza, limitandosi ad evocare gli indicati parametri costituzionali senza argomentare in alcun modo sulle ragioni della loro asserita violazione. Si dichiara inoltre che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 c. p. p, impugnato, in riferimento all'*art. 3 Cost.*, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a celebrare l'udienza preliminare del giudice che abbia definito, con sentenza emessa a seguito di giudizio abbreviato, la posizione di un imputato concorrente nel medesimo reato. Analoghe questioni sono state, infatti, già dichiarate manifestamente infondate con le **ordinanze n. 490 e n. 367 del 2002**<sup>129</sup>, né risulta allegato dall'odierno rimettente alcun argomento che possa indurre a modificare la pregressa giurisprudenza costituzionale. In tema di udienza preliminare si è ribadito come la stessa debba ormai considerarsi, nella specifica prospettiva delle *incompatibilità*, una forma di giudizio, con la conseguenza che anche ad essa si riferiscono tutte le disposizioni che configurano un pregiudizio rilevante od un effetto pregiudicante (altra questione essendo quella delle peculiari regole di valutazione della prova, diverse ovviamente da quelle che segnano il giudizio di merito). Resta confermata, per altro verso, la natura essenzialmente endoprocedimentale delle cause di incompatibilità. Il provvedimento pregiudicante è sempre adottato nell'ambito dello stesso procedimento ove si pone la questione di compatibilità del giudice, cioè riguardo allo stesso fatto e nei confronti della medesima persona. In particolare, la valutazione antecedente di accuse mosse a persone diverse, per un unico avvenimento, non rende il giudice incompatibile nel procedimento a carico del presunto correo. L'unica *eccezione*, com'è noto, è stata individuata per il caso che, nel primo giudizio, abbia dovuto essere valutata incidentalmente la responsabilità dell'imputato cui si riferisce il giudizio successivo (è la fattispecie valutata dalla Consulta con la *sentenza n. 371 del 1996*: senza la volontaria partecipazione del soggetto processato per secondo, il fatto contestato al primo sarebbe stato irrilevante).

---

<sup>129</sup>) Corte cost., ord. 18 luglio 2002, n. 367 in *giur. cost.*, p. 2730; Corte cost., 26 novembre 2002, n. 490, in *giur. cost.*, p. 4047

Tutto ciò non esclude che, nei singoli casi, l'imparzialità del giudice possa essere (o apparire) compromessa in forza delle decisioni assunte in precedenza. Le ragioni del giusto processo sono qui presidiate dagli istituti della astensione e della ricusazione. A differenza dell'incompatibilità, che esprime un meccanismo *astratto* e preventivo fondato sull'*id quod plerumque accidit*, gli istituti in questione consentono, appunto, interventi selettivi, da attuare secondo una logica di verifica in *concreto*, successiva all'investitura del giudice interessato. Difatti nel concorso di persone nel reato - salva l'ipotesi (che non ricorre nel caso in esame) del concorso necessario in cui la posizione del concorrente, già oggetto di precedente valutazione, costituisce elemento essenziale per la stessa configurabilità del reato contestato agli altri coimputati - alla comunanza dell'imputazione corrispondono plurime condotte distintamente ascrivibili a ciascuno dei concorrenti, tali da formare oggetto di autonome valutazioni, scindibili l'una dall'altra. L'istituto dell'incompatibilità attiene a situazioni di pregiudizio per l'imparzialità del giudice che si verificano all'interno del medesimo procedimento; se tale pregiudizio, invece, deriva da attività compiute in un procedimento diverso a carico di altri soggetti (quale, in specie, il giudizio abbreviato nei confronti di uno dei pretesi concorrenti), il principio del giusto processo trova attuazione mediante gli istituti dell'astensione e della ricusazione, che tutelano l'imparzialità della funzione giudicante secondo una logica a posteriori e in concreto. Nel giudizio *a quo* viene in rilievo una fattispecie di concorso eventuale di persone in un reato normativamente monosoggettivo, a fronte della quale le posizioni dei pretesi concorrenti restano, dunque, suscettibili di valutazioni autonome e scindibili. La questione è stata ancora *ribadita* più recentemente dall'**ordinanza n. 86 del 2013**<sup>130</sup>, secondo la quale è manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli *artt. 3, 24, 25, 101 e 111 Cost.*, avente ad oggetto l'art. 36, comma 1, lettera g), c. p. p, in combinato disposto con l'articolo 34 dello stesso codice, «nella parte in cui prevede che, nel caso in cui vi sia "incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nel procedimento", il giudice debba formalizzare richiesta di astensione in luogo dell'attivazione

---

(<sup>130</sup>) Corte cost., ord. 14 maggio 2013, n. 86 *in giur. cost.* p. 1519

di automatismi di tipo tabellare preordinati dall'ufficio». Il rimettente muove dall'erroneo presupposto interpretativo secondo cui la disposizione censurata stabilirebbe che il giudice che ha deciso l'esito del processo preliminare non possa essere lo stesso che assumerà la decisione finale, sia che essa venga assunta attraverso il rito abbreviato ovvero attraverso il dibattimento. Infatti, poiché l'istituto dell'incompatibilità si riferisce a situazioni di pregiudizio per l'imparzialità del giudice che si verificano all'interno del medesimo procedimento e concernono la medesima regiudicanda, esso non concerne l'ipotesi del giudice che, dopo aver disposto il rinvio a giudizio di alcuni imputati, procede con il rito abbreviato nei confronti di coimputati nel medesimo reato, dal momento che in tal caso ci si trova in presenza di procedimenti diversi, destinati, dopo la separazione, ad essere definiti taluni in sede dibattimentale, altri nelle forme del rito abbreviato (riferimento a sentenze n. 186 del 1992; n. 371 del 1996; n. 283 e n. 113 del 2000; n. 490 del 2002). Inoltre è manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli *artt. 3, 24, 25, 101 e 111 Cost.*, dell'art. 36, comma 3, c. p. p, «nella lettura in combinato disposto con l'articolo 34» dello stesso codice, «nella parte in cui prevede che, nel caso in cui vi sia "incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nel procedimento", il Presidente del Tribunale possa "decidere" discrezionalmente sull'astensione imponendo al giudice del rito abbreviato la prosecuzione del giudizio nel caso in cui lo stesso abbia definito l'udienza preliminare con il rinvio a giudizio di co-imputati per un reato associativo e/o plurisoggettivo». Il rimettente muove dall'erroneo presupposto interpretativo secondo cui la disposizione censurata stabilirebbe che il giudice che ha deciso l'esito del processo preliminare non possa essere lo stesso che assumerà la decisione finale, sia che essa venga assunta attraverso il rito abbreviato ovvero attraverso il dibattimento. Infatti, poiché l'istituto dell'incompatibilità si riferisce a situazioni di pregiudizio per l'imparzialità del giudice che si verificano all'interno del medesimo procedimento e concernono la medesima regiudicanda, esso non concerne l'ipotesi del giudice che, dopo aver disposto il rinvio a giudizio di alcuni imputati, procede con il rito abbreviato nei confronti di coimputati nel medesimo reato, dal momento che in tal caso ci si trova in presenza di procedimenti diversi, destinati, dopo la separazione, ad essere

definiti taluni in sede dibattimentale, altri nelle forme del rito abbreviato (riferimento a sentenze n. 186 del 1992; n. 371 del 1996; n. 283 e n. 113 del 2000; n. 490 del 2002). È manifestamente infondata, altresì, la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli *artt. 3, 24, 25 e 111 Cost.*, dell'art. 34, comma 2, c. p. p, in combinato disposto con l'art. 36 dello stesso codice, nella parte in cui sia interpretato nel senso di attribuire al giudice - che ha deciso l'udienza preliminare con il rinvio a giudizio di imputati per un reato associativo e/o plurisoggettivo - la possibilità di decidere anche il giudizio abbreviato nei confronti degli altri imputati per la stessa rubrica, essendo questi ultimi privati della possibile formula assolutoria "perché il fatto non sussiste". Secondo il consolidato orientamento della Corte, nel caso di concorso di persone nel reato, alla comunanza dell'imputazione fa riscontro una pluralità di condotte distintamente ascrivibili a ciascuno dei concorrenti, tali da formare oggetto di autonome valutazioni, scindibili l'una dall'altra (salve le ipotesi estreme, prese in esame dalle sentenze n. 371 del 1996 e n. 241 del 1999) e ben potendo soccorrere, al fine di ostacolare l'eventuale pregiudizio all'imparzialità del giudice derivante da una sua precedente attività, il ricorso agli istituti dell'astensione e della ricusazione (artt. 36 e 37 c. p. p.). Per l'applicazione degli istituti dell'astensione e della ricusazione, secondo una logica 'a posteriori' e in concreto, si fa riferimento alle sentenze n. 283/2000 e n. 113/2000; all'ordinanza n. 441/2001. Per le ipotesi particolari decise in precedenza, alle sentenze n. 371/1996 e n. 241/1999; n. 113/2000. Sulla diversa sfera di operatività degli istituti dell'incompatibilità e dell'astensione-ricusazione, all'ordinanza n. 367/2002. Ancora, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli *artt. 3, 24, 25 e 111 Cost.*, dell'art. 34, comma 2, c. p. p, «nella lettura in combinato disposto con l'art. 36 dello stesso codice, «nella parte in cui le parole "non può partecipare al giudizio il giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare" siano interpretate nel senso di permettere, comunque, la partecipazione al giudizio abbreviato da parte dello stesso giudice dell'udienza preliminare, che aveva già prima deciso, con il rinvio a giudizio e nei confronti di altri co-imputati, il processo relativo alla imputazione per reato associativo, plurisoggettivo e/o a partecipazione necessaria». Secondo il consolidato orientamento

della Corte, nel caso di concorso di persone nel reato, alla comunanza dell'imputazione fa riscontro una pluralità di condotte distintamente ascrivibili a ciascuno dei concorrenti, tali da formare oggetto di autonome valutazioni, scindibili l'una dall'altra (salve le ipotesi estreme, prese in esame dalle sentenze n. 371 del 1996 e n. 241 del 1999) e ben potendo soccorrere, al fine di ostacolare l'eventuale pregiudizio all'imparzialità del giudice derivante da una sua precedente attività, il ricorso agli istituti dell'astensione e della ricusazione (artt. 36 e 37 c. p. p.). Per l'applicazione degli istituti dell'astensione e della ricusazione, secondo una logica 'a posteriori' e in concreto, si fa riferimento alle sentenze n. 283/2000 e n. 113/2000; ordinanza n. 441/2001. Per le ipotesi particolari decise in precedenza, sentenze n. 371/1996 e n. 241/1999; n. 113/2000. Sulla diversa sfera di operatività degli istituti dell'incompatibilità e dell'astensione-ricusazione, riferimento a ordinanza n. 367/2002.

### 3.2.1 "IURA NOVIT CURA": ESCLUSA UNA NUOVA IPOTESI DI INCOMPATIBILITÀ'.

Conviene ancora dar conto anche di un ulteriore provvedimento della Corte in materia di incompatibilità, antecedente rispetto a quello appena evocato. Siamo qui nel campo della incompatibilità endoprocedimentale, e si è trattato di stabilirne la portata in una fattispecie particolare. Si discuteva stavolta della possibilità di partecipare ad un giudizio promosso nelle forme ordinarie, innanzi al giudice collegiale, da parte del *giudice monocratico che abbia ritenuto il fatto diverso da come contestato*, ed abbia di conseguenza rilevato, a norma dell'*art. 33-septies, comma 2*, del codice di rito, il difetto di attribuzione a favore, appunto, del giudice collegiale. Difatti, con la **sentenza n. 177 del 2010**<sup>131</sup> è stata ritenuta non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c. p. p., in riferimento agli *artt. 3, 24, 25 e 111 Cost.*, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al giudizio, quale componente del tribunale in composizione collegiale, del

---

<sup>131</sup>) Corte cost., sent. 14 maggio 2010, n. 177, in *giur.cost.*, p. 2118 con osservazione di P. ALONZI.

giudice che, in origine investito del giudizio direttissimo conseguente ad arresto in flagranza di reato per lo stesso fatto nei confronti delle stesse persone, aveva convalidato l'arresto, applicato la misura cautelare e che, avendo ravvisato una diversa e più grave qualificazione giuridica del fatto, aveva dichiarato il proprio difetto di cognizione in favore del tribunale collegiale. Invero, nessuna menomazione dell'imparzialità del giudice può essere ravvisata poiché la diversa e più grave qualificazione giuridica del fatto fondata esclusivamente sulla valutazione del medesimo materiale processuale utilizzato per formulare l'originaria imputazione e per richiedere la misura restrittiva della libertà personale, non è di per sé idonea ad integrare il carattere di una valutazione di contenuto ma si risolve in una valutazione astratta delle risultanze processuali. Quanto all'asserita disparità di "trattamento normativo" rispetto ad altre situazioni simili, già ritenute dalla Corte idonee a pregiudicare l'imparzialità del giudizio, va rilevato che le ipotesi poste a raffronto non sono omogenee. Infatti, ciò che ha condotto la Corte a ravvisare la situazione di incompatibilità non è stata la valutazione sulla diversa qualificazione giuridica, quanto piuttosto il fatto che tale diversa qualificazione è derivata da un apprezzamento approfondito di elementi concernenti il merito dell'accusa.<sup>132</sup> Torna all'attenzione della Consulta la disciplina della incompatibilità del giudice così come regolata dagli artt. 34 ss. del codice di rito. Con la decisione in commento il giudice delle leggi era sollecitato a verificare se non integrasse una ulteriore ipotesi di incompatibilità il caso in cui fosse chiamato a giudicare, quale componente di un organo collegiale un giudice che precedentemente in sede di convalida di una misura precautelare, in virtù di una diversa qualificazione giuridica della fattispecie sottopostagli, avesse rilevato il difetto di attribuzione e trasmesso gli atti all'organo collegiale ritenuto competente. Ad avviso dell'organo giurisdizionale remittente la diversa qualificazione giuridica attribuita al fatto dal giudice monocratico, investito originariamente del procedimento, implicando una valutazione nel merito del *thema decidendi*, rendeva lo stesso incompatibile a giudicare il medesimo fatto ed ovviamente gli stessi soggetti quale componente dell'organo collegiale. In particolare il giudice rimettente sottolineava come una diversa soluzione avrebbe

---

<sup>(132)</sup> Osservazione di F. ALONZI in *giur. cost.*, p. 2126

prodotto una ingiustificata disparità di trattamento rispetto a situazioni simili già decise dalla Consulta, quali quelle oggetto delle pronunce nn. 455 e 453 del 1994 e 399 del 1992. Pronunce con le quali la Corte aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 34 c. p. p. nella parte in cui non aveva previsto che integrasse un'ipotesi di incompatibilità alla funzione di giudice il caso in cui chiamato a giudicare della medesima fattispecie giudiziale fosse quello stesso giudice che: a) all'esito del dibattimento avesse ordinato, ai sensi dell'art 521 comma 2 c. p. p. la trasmissione degli atti all'organo dell'accusa (appare opportuno sottolineare che con la già citata *pronuncia n. 400 del 2008* la Consulta ha stabilito che l'incompatibilità per il giudice, nell'ipotesi in cui all'esito di precedente dibattimento abbia emesso ordinanza ai sensi dell'art. 521 comma 2 c. p. p., non riguardi solo la celebrazione del successivo dibattimento ma anche la trattazione dell'udienza preliminare); b) nel corso delle indagini preliminari per la ritenuta diversità del fatto avesse rigettato la domanda di oblazione; c) avesse rigettato la richiesta di applicazione della pena ritenendo non integrata un'ipotesi attenuata dal reato contestato. In termini ancora più chiari ad avviso dell'autorità giudiziaria remittente, sulla scorta dei precedenti insegnamenti della Consulta, sarebbe enucleabile il principio per il quale la circostanza che il giudice abbia effettuato una precedente valutazione sulla base degli atti processuali, "all'esito della quale egli abbia ritenuto il fatto inquadrabile in reato diverso da quello contestato ovvero abbia manifestato il proprio giudizio in ordine alla sua qualificazione giuridica in termini diversi rispetto a quelli oggetto di imputazione e prospettazione delle parti" verrebbe a minare irrimediabilmente la sua imparzialità e serenità di giudizio, non essendo in tal modo più immune da convinzioni precostituite. Questo di fatto, il nucleo centrale delle ragioni poste a sostegno della sollecitata dichiarazione di illegittimità costituzionale che però, condivisibilmente, non sono state accolte dalla Consulta, che ne ha con sentenza dichiarato la manifesta infondatezza. L'adesione alla soluzione fornita dal giudice delle leggi non esime dallo sviluppare alcune riflessioni critiche in ordine ai passaggi argomentativi maggiormente significativi della decisione in esame, anche in virtù del rilievo che la Consulta ha inteso attribuirle con la scelta del tipo di provvedimento adottato per risolvere l'incidente di



costituzionalità. Si può immediatamente rilevare come alcune osservazioni sviluppate all'interno della decisione in commento avrebbero meritato, forse, una maggiore attenzione argomentativa soprattutto in ragione dell'importanza dei temi affrontati. L'*incipit* della motivazione ne costituisce, forse l'esempio più evidente là dove la Corte nell'individuare la *ratio legis* della disciplina processuale in esame, sottolinea come le norme sull'incompatibilità del giudice, derivante da atti compiuti nel procedimento, siano poste a tutela "dei valori costituzionali della terzietà e della imparzialità della giurisdizione" richiamando nello specifico il contenuto di due sue precedenti decisioni e precisamente la sent. n. 224 del 2001 e soprattutto per quel che qui interessa la n. 155 del 1996. A destare perplessità nell'argomentare della Corte appare il riferimento espresso al valore costituzionale della terzietà operato attraverso il richiamo al contenuto della sentenza 155 del 1996. È infatti proprio in quest'ultima decisione che la Corte ha affermato che per garantire l'imparzialità del giudice sia indispensabile che il giudizio sia affidato ad un soggetto terzo. Tuttavia attraverso un'attenta lettura dei passaggi successivi della stessa decisione emerge evidente come la Corte, più che evocare il concetto di terzietà accenti la sua attenzione sulle declinazioni del concetto di imparzialità. Significativo è infatti il successivo riferimento alla necessità che la mente del giudice sia sgombra da "convinzioni precostituite in ordine alla materia del decidere", formatesi precedentemente, segno più che evidente che ciò di cui la Corte sta parlando non è affatto riconducibile al concetto di terzietà del giudice quanto al principio di imparzialità di giudizio. Il successivo e interessante sviluppo del discorso condotto nella pronuncia n. 115 del 1996 viene infatti tutto incentrato sulle ragioni del divieto di cumulo di decisioni in capo allo stesso giudice, persona fisica e quindi sulla *ratio* delle incompatibilità endoprocessuali, garanzia prima per l'obiettività della funzione del giudicare. Impedire che lo stesso giudice possa intervenire ripetutamente in diverse fasi del processo e sulla stessa *res iudicanda*, conclude la Corte, garantisce l'imparzialità del giudizio che verrebbe ad essere altrimenti pregiudicata dalle precedenti decisioni assunte. Legame indissolubile dunque tra disciplina delle incompatibilità processuali e tutela del valore costituzionale dell'imparzialità. Appare francamente difficoltoso comprendere le ragioni per le quali, con la

decisione in commento, la Corte giunga a concludere che la disciplina processuale delle incompatibilità sia volta a tutelare il valore di rango costituzionale della terzietà, soprattutto laddove si ometta di chiarire preventivamente cosa si intenda per essa. La confusione in cui sembra essere incorsa la sentenza in commento merita di essere particolarmente stigmatizzata in considerazione dell'attuale disciplina costituzionale offerta dall'art. 111 comma 2 Cost., che nell'individuare le garanzie minime del giusto procedere, individua proprio nella terzietà ed imparzialità del giudice uno dei suoi tratti più qualificanti. Ancora una volta dunque la Corte perde l'occasione di fare chiarezza su principi in ordine ai quali diviene al contrario sempre più pressante l'esigenza di fugare ogni possibile equivoco interpretativo. Maggiore chiarezza argomentativa è dato riscontrare al contrario nella parte in cui la Corte, individua la fonte del pregiudizio da cui scaturisce l'incompatibilità del giudice. Correttamente infatti si sottolinea che in linea con un orientamento consolidato, presupposto di ogni incompatibilità endoprocessuale è la preesistenza di una precedente valutazione di merito delle risultanze processuali che non abbia comportato però la semplice conoscenza delle stesse al fine di una decisione. Per condurre ad ipotizzare una incompatibilità è infatti necessario che quella valutazione sia stata non solo formale, ma di contenuto, cosicché "le condizioni dell'incompatibilità si determinano quando il giudice si sia pronunciato su aspetti che riguardano il merito dell'ipotesi di accusa". Su queste premesse la Consulta giunge ad affrontare e risolvere la questione sottoposta alla sua attenzione, ossia se una diversa qualificazione giuridica data dal giudice alla fattispecie possa integrare effettivamente una causa di incompatibilità. Ad avviso della Corte una valutazione di tal genere non possiede caratteri tali da indurre a ritenere che il giudice abbia formulato un apprezzamento di merito degli atti presenti all'interno del fascicolo processuale giudicando così della consistenza dell'ipotesi accusatoria, in quanto in questo caso l'attività giurisdizionale si è risolta in una valutazione astratta delle risultanze probatorie. Queste conclusioni appaiono corrette e condivisibili a condizione che la diversa qualificazione giuridica sia stata compiuta dal giudice sulla base dell'imputazione o meglio del fatto storico contestato dall'ordine dell'accusa. La precisazione si impone poiché dalla motivazione della decisione in commento non emerge con chiarezza

come si sia articolata effettivamente la vicenda processuale sfociata poi nella contestazione della più grave fattispecie di reato. Laddove infatti il giudice non si fosse limitato ad attribuire al fatto storico così come individuato e contestato dal p.m., una nuova veste formale, ma si fosse spinto sino a sollecitare l'organo dell'accusa a riconsiderare la contestazione materiale del fatto, sulla scorta delle risultanze processuali, le conclusioni sarebbero inevitabilmente destinate a mutare. In questa ipotesi escludere che il giudice compia una valutazione contenutistica degli atti del procedimento diverrebbe più difficoltoso. Il giudice non si limiterebbe, in tale eventualità a verificare la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta risultante dalla domanda, ma compirebbe un'analisi approfondita delle emergenze processuali ai fini dell'esatta individuazione del fatto, che pone una seria ipotesi sulla sua obiettività di giudizio. Ove si volesse escludere che anche in questo caso vi sia una valutazione sostanziale tale da ingenerare una causa di incompatibilità, occorre sottolineare come una tale attività propulsiva svolta dal giudice, strumentale all'esercizio dell'azione penale, condurrebbe comunque ad ipotizzare una causa di incompatibilità riconducibile nell'alveo della disciplina prevista dal comma 3 dell'art. 34 del codice di rito. Qualora il giudice si intrometta nella ricostruzione del fatto storico di esclusiva spettanza dell'organo dell'accusa, tale suo comportamento lo colloca necessariamente nell'orbita della funzione requirente, facendo emergere così una fonte di incompatibilità, conclusione questa che appare peraltro come maggiormente coerente con un sistema processuale ispirato alla necessaria distinzione tra funzioni requirenti e giudicanti. Quello che infatti emerge complessivamente dal contenuto normativo del comma 3 dell'art. 34 c. p. p. è che ingeneri una causa di incompatibilità sia l'aver svolto la funzione di organo dell'accusa nel medesimo procedimento, che aver proposto uno di quegli atti stimolanti il successivo esercizio dell'azione penale quali denuncia, querela, richiesta ed istanza. La stessa Corte costituzionale ha chiarito come in tale disciplina vadano ricomprese sia l'ipotesi in cui il giudice nella sua veste di pubblico ufficiale, proponga denuncia ai sensi dell'art. 331 c. p. p. per un reato rilevato nell'esercizio delle sue funzioni che l'ipotesi in cui all'esito del dibattimento o stesso giudice, rilevato altro fatto penalmente rilevante, ordini la trasmissione degli atti al p.m. affinché questi

assuma le proprie determinazioni in ordine al promovimento dell'azione penale. Si potrebbe ancora obiettare che nel caso che ci occupa ci troveremmo innanzi non all'emersione di un fatto nuovo rispetto alle accuse originariamente contestate quanto ad una diversità dello stesso rispetto alle articolazioni fattuali emergenti dal capo di imputazione. A legarle insieme tanto da richiedere un analogo trattamento processuale, appare però la *ratio* che sembra emergere dalla più volte richiamata disposizione contenuta nel comma 3 dell'art. 34 c. p. p: evitare per quel che qui interessa commistioni tra funzione requirente e funzione giudicante per la forza di prevenzione che questa comporta sulla obiettività del giudizio. In entrambi i casi appare infatti innegabile che il giudice venga a svolgere in sostanza una attività sostitutiva rispetto a quella rientrante nel potere-dovere di iniziativa dell'organo dell'accusa, che la norma vuole evitare. Là dove si ritenessero infine tassative le ipotesi di incompatibilità non integrabili in via interpretativa, si dovrebbe aprire la via all'ennesimo intervento della Corte. Si introdurrebbe altrimenti una ingiustificata difformità di trattamento per fattispecie analoghe con evidente violazione del principio di equità. La soluzione fornita dalla Corte dunque appare condivisibile qualora l'attività di riqualificazione della fattispecie giudiziale si risolva nella semplice sussunzione del fatto storico, così come contestato dall'organo dell'accusa nell'ipotesi di reato ritenuta più idonea a contenerlo. Seppur la norma contenuta nell'art. 521 comma 1 c. p. p. descriva tale prerogativa quale potere esercitabile dal giudice in sede di decisione è assunto oramai ampiamente condiviso, sia in dottrina che in giurisprudenza, che tale potere possa essere esercitato nell'arco dell'intero procedimento penale a cominciare dalle indagini preliminari sino a ricomprendere le decisioni adottate in sede cautelare. Le qualificazioni operate dall'accusa non vincolano il giudice che definisce i fatti nei termini che reputa esatti e ciò ogniqualvolta lo stesso sia chiamato ad emettere decisioni che importino la preventiva verifica dell'esatto inquadramento giuridico del fatto storico contestato. Infatti tale operazione non comporta un apprezzamento della fondatezza nel merito della contestazione ma viene compiuta prima e al di là della stessa sul presupposto che ovviamente il fatto storico addebitato rimanga identico. Si potrebbe ancora obiettare che una diversa qualificazione giuridica dei fatti implicherebbe un giudizio in termini

quantomeno di verosimiglianza dei fatti stessi come descritti nell'imputazione. L'assunto merita di essere considerato ma non appare però in grado di far mutare le conclusioni a cui si è già pervenuti. Laddove venga eccepito che la contestazione operata dal p.m. sia scorretta, dovendo il fatto essere sussunto in altra e magari più grave fattispecie di reato, la decisione verrà adottata valutando esclusivamente tale profilo che da un lato non impone valutazione delle risultanze processuali e dall'altro non implica alcun giudizio circa l'attribuibilità del fatto dell'imputato. Tale argomentare deve fare il conto con alcuni orientamenti emersi in sede giurisprudenziale in tema di diversa qualificazione del fatto che talvolta tradiscono uno scrutinio contenutistico delle emergenze processuali. Come già emerso la giurisprudenza di legittimità spinta da ragioni pratiche non si è mostrata sempre rigorosa nel delimitare la categoria della riqualificazione del fatto finendo per ricompredervi ipotesi che più correttamente andrebbero inquadrare in quella del fatto diversamente descritto. L'emersione di questo fenomeno non pare però in grado di smentire l'assunto sin qui proposto ossia che una diversa qualificazione giuridica operata dal giudice debba in astratto essere considerata sempre quale causa di incompatibilità. Laddove la riqualificazione del fatto sia frutto di una valutazione di merito degli atti nulla esclude che l'eventuale effetto pregiudicante possa trovare rimedio ove ne sussistano i presupposti negli istituti dell'astensione e della ricusazione anch'essi preposti alla tutela dell'imparzialità del giudice. Si deve infine considerare come elementi utili, per ritenere che una diversa qualificazione giuridica possa integrare una causa di incompatibilità, non possono essere rinvenuti nelle precedenti decisioni della Consulta espressamente richiamate dai giudici rimettenti. Al contrario le situazioni oggetto di quelle decisioni appaiono confermare l'impostazione sin qui sostenuta. Tra i vari profili di legittimità il giudice a *quo* osservava infatti che tale mancata previsione avrebbe violato il principio di uguaglianza in quanto si sarebbe finiti per violare la parità di trattamento normativo con le situazioni oggetto delle sentenze della Corte nn. 455 e 453 del 1994 e 399 del 1992 che hanno introdotto nuove ipotesi di incompatibilità alla funzione di giudizio. Come sottolineato correttamente dalla decisione in commento è agevole rilevare che le situazioni esaminate nelle pronunce citate e quella oggetto della

questione sollevata non appaiono affatto omogenee, sia pur per motivazioni parzialmente diverse da quelle sostenute dalla decisione in esame. Proprio il confronto con le fattispecie analizzate in quelle decisioni finiscono per addurre elementi a favore della soluzione fornita. Innanzitutto per quel che riguarda le situazioni oggetto di analisi nella decisione n. 455 del 1994. La fonte di pregiudizio in questo caso è stata individuata nell'ordinanza emessa ai sensi del comma 2 dell'art. 521 c. p. p. La trasmissione degli atti all'organo dell'accusa, all'esito del dibattimento, nasce però non da una diversa qualificazione delle condotte oggetto del giudizio, quanto dalla rilevata diversità delle stesse rispetto a quelle contestate originariamente o a seguito di interventi correttivi operati in giudizio e sulla scorta dell'intero compendio istruttorio acquisito durante il giudizio. Ad escludere una analogia di situazioni sarebbe stato sufficiente già il primo rilievo e forse la Corte avrebbe fatto cosa migliore nel limitarsi a tale rilievo. Ad escludere una analogia di situazioni sarebbe stato sufficiente già il primo rilievo. Nell'emettere l'ordinanza prevista dal comma 2 dell'art. 521 c. p. p. il giudice non offre una valutazione giuridica differente dei medesimi fatti contestati dall'accusa (saremmo altrimenti all'interno della disciplina del comma 1 dello stesso articolo) quanto rileva l'esistenza di fatti materialmente diversi da quelli individuati dal p.m. Due fenomeni che poco o nulla hanno in comune. Alle medesime conclusioni si può pervenire anche per quel che riguarda le situazioni prese in esame dalle altre due sentenze. Così anzitutto per la declaratoria n. 453 del 1994. L'incompatibilità alla funzione di giudizio per il giudice della fase preliminare che abbia rigettato una richiesta di oblazione scaturisce non dalla circostanza che quello stesso giudice abbia operato una diversa qualificazione giuridica del fatto ma per avere lo stesso ritenuto la sussistenza di un fatto diverso da quello ravvisato dal p.m. Nel deliberare la domanda di oblazione sottolinea la Corte il giudice non ha potuto limitarsi a valutare la formale riconducibilità della fattispecie concreta alla fattispecie astratta risultante dalla domanda, ma ha dovuto necessariamente compiere un approfondito esame delle risultanze degli atti di indagine ai fini dell'esatta individuazione del fatto. Individuazione e contestazione di fatti dunque e non correttezza della loro astratta valutazione giuridica. Affatto diversa infine la situazione affrontata dalla declaratoria n. 399 del 1992 che

certamente non può essere ricondotta in ipotesi in cui il giudice compia una diversa qualificazione giuridica dei fatti. La causa dell'incompatibilità in questo caso è stata ravvisata nelle valutazioni espresse dal giudice in sede di rigetto della richiesta di applicazione pena per non aver ritenuto configurabile una ipotesi attenuata del reato contestato che solo formalmente discende da una scorretta valutazione giuridica delle condotte oggetto del giudizio. Analogamente a quanto ritenuto in ipotesi di rigetto della richiesta di applicazione pena per la ritenuta non concedibilità delle circostanze attenuanti generiche, la Corte costituzionale anche nella seconda occasione ha correttamente sottolineato come il rigetto discenda inevitabilmente da motivi attinenti alla congruità della pena importanti una pregnante valutazione di merito delle risultanze degli atti processuali. Valutazioni di contenuto quindi attinenti alla fondatezza di uno degli aspetti della domanda che poco o nulla condividono con quelle attinenti alla qualificazione giuridica del fatto. Detto in maniera più chiara il giudice disattende la richiesta delle parti sulla scorta sì di un diverso inquadramento giuridico della fattispecie sottoposta al suo esame, ma perché reputa che manchi uno degli elementi fattuali (la tenuità del fatto in questa ipotesi), mostrando allo stesso tempo di ritenere sussistenti i restanti presupposti di operatività dell'istituto. Corretta appare dunque la risposta annotata alla questione devoluta alla sua attenzione a condizione che però la diversa qualificazione giuridica sia correttamente intesa. Ogni intervento partecipativo del giudice alla ricostruzione del fatto dovrebbe condurre altrimenti ad opposte conclusioni.

### 3.3 ART. 34 C. P. P: I PUNTI FERMI DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Con l'**ordinanza n. 54 del 2003**<sup>133</sup> viene dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c. p. p, sollevata, in riferimento agli *artt. 3, 24, 25, 27, 101*

---

<sup>133</sup>) Corte cost., ord. 28 febbraio 2003, n. 54, in *giur. cost.*, p. 402 ss., con osservazione di G. SPANGHER

e 111 Cost., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità del GIP a pronunciarsi sulla richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero qualora, nel corso del medesimo procedimento penale, lo stesso giudice abbia in precedenza emesso un'ordinanza applicativa di una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato. Infatti ai fini dell'insorgere della relazione di incompatibilità in capo allo stesso giudice-persona fisica, non assume carattere "pregiudicante" la decisione che il GIP è chiamato a prendere in tema di archiviazione, data la natura interlocutoria e sommaria di quest'ultima, finalizzata a un controllo di legalità sull'esercizio dell'azione penale e non a un accertamento sul merito dell'imputazione.<sup>134</sup> Se i conteggi sono esatti, la decisione in commento è la 135° pronuncia della Corte costituzionale in tema di art. 34 c. p. p. (senza distinzione nella tipologia dei provvedimenti emessi dai giudici della Consulta). Tra declaratorie di incostituzionalità e decisioni interpretative, il tema dell'incompatibilità del giudice è stato oggetto di 26 interventi ricostruttivi. Ricalcata sulla disciplina del codice abrogato, la riforma normativa in tema di incompatibilità del giudice per atti compiuti nel procedimento non sembra essere stata attenta alla pluralità dei percorsi procedurali che il nuovo modello processuale, anche per gli accresciuti poteri delle parti, aveva prefigurato. Approfittando di un momento di stasi del processo penale, può non essere inutile tentare di fissare i punti chiave della vasta giurisprudenza costituzionale in materia. Può non essere inopportuno richiamare ora la formulazione originaria dell'art. 34 c. p. p. comma 1 e 2 (c.d. incompatibilità verticale e orizzontale) rispetto ai quali il punto focale del tema è costituito, nel contesto di una pluralità di decisioni che un giudice è chiamato ad assumere nel corso di un procedimento penale, dalla tipologia delle pronunce che pregiudicano la terzietà del giudice rispetto alle parti in relazione allo sviluppo del procedimento. A tale proposito l'incompatibilità ha rilievo solo rispetto al "giudizio", cioè rispetto alla decisione sul merito della regiudicanda e non anche a decisioni assunte ad altri fini, in relazione ad una previa valutazione contenutistica della consistenza dell'ipotesi accusatoria. In altri termini, è necessario che ci si trovi in presenza d'una funzione di giudizio, cioè, ad una

---

<sup>(134)</sup> Osservazione di G. SPANGHER in *giur. cost.* p. 1138



possibile decisione che in base ad un esame del materiale probatorio pervenga a una statuizione relativa al merito dell'accusa, con esclusione delle pronunce meramente processuali e di quelle assunte ad altri fini, con riferimento ad una pregressa valutazione di merito circa l'idoneità delle risultanze processuali a fondare un giudizio di responsabilità dell'imputato. Il variegato intersecarsi dei due elementi, entrambi necessari (quello pregiudicante e quello pregiudicato), anche in relazione alla loro non omogeneità ha determinato la prospettazione d'una articolata serie di eccezioni di illegittimità costituzionale. A tale proposito va ricordato che sono stati inquadrati tra gli elementi di valutazione pregiudicante nei riferiti termini: il rigetto della richiesta di decreto penale di condanna; il rigetto della richiesta di applicazione della pena; il rigetto della domanda di oblazione (se effettuato nel merito e non per motivi formali o ad indagini non esaurite); la valutazione in dibattimento della diversità del fatto con restituzione degli atti al p.m. (art. 521 c. p. p.); l'ordine di imputazione coatta; l'ammissione del giudizio immediato. Effetto pregiudicante (in senso verticale, tuttavia) deve riconoscersi anche (art. 34 comma 1 c. p. p.) alla sentenza dibattimentale di primo grado annullata (art. 604 comma 4 c. p. p.) da un giudice d'appello, con conseguente esclusione del giudice di prime cure dalla partecipazione al nuovo giudizio (peraltro anche il giudice che ha deciso per annullamento sarà incompatibile). È stata riconosciuta forza pregiudicante pure alla proposizione da parte del giudice di una denuncia per un reato rilevato nell'esercizio delle proprie funzioni ai sensi dell'art. 331 c. p. p: sia nei confronti dello stesso imputato per il quale procede (per altro reato), sia in relazione ad un terzo (per lo stesso reato), con conseguente affermazione di incompatibilità a esercitare l'ufficio di giudice da parte dei componenti del collegio per i reati ministeriali che precedentemente avevano disposto l'archiviazione nei confronti di un ministro e di altri indagati laici e avevano separato la posizione di un altro indagato laico con l'invio degli atti al p.m. perché si agisse in via ordinaria per il reato per il quale ora si procede. Sono stati invece esclusi da questo ambito: la decisione sulla proroga delle indagini; l'ordine di indagini coatte; il rigetto della richiesta di giudizio abbreviato (trattandosi di considerazione sulla sola sufficienza degli atti ai fini della formulazione di un giudizio di responsabilità) anche nel caso in cui il giudice (del dibattimento)

abbia rigettato la richiesta di giudizio abbreviato subordinandola ( a norma dell'art. 438 comma 5 c. p. p.), ad una integrazione probatoria; la decisione sulla riapertura delle indagini; l'ordinanza con la quale, nel dichiarare, la nullità del decreto che ha disposto il giudizio (perché emesso da un GUP funzionalmente incompetente) è stata ordinata la trasmissione degli atti alla procura distrettuale antimafia. È stata esclusa forza pregiudicante anche alla pronuncia del GIP che, nel procedimento minorile, respinga la richiesta formulata dal p.m. di sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, trattandosi di valutazione in astratto e assumendo l'ipotesi accusatoria come mera ipotesi, senza aver accertato che in concreto il fatto è stato effettivamente commesso e che l'imputato ne porta la responsabilità. Quanto alla natura di giudizio, si è ritenuta tale oltre naturalmente alla fase dibattimentale, quella connessa al procedimento abbreviato e quella legata alla richiesta del decreto penale di condanna. Analoga natura è stata invece esclusa, qualunque ne sia il contenuto, per la decisione che il GIP è chiamato a prendere in tema di archiviazione, data la sua natura interlocutoria e sommaria. Un discorso a parte merita la decisione dell'udienza preliminare: inizialmente, si è più volte esclusa la natura di giudizio all'udienza preliminare, in quanto si tratta di una fase non finalizzata a chiudersi con un giudizio di merito, ma con una decisione processuale tesa ad accertare la legittimità della domanda di giudizio. Secondo i giudici costituzionali infatti nell'udienza preliminare il giudice non è chiamato ad esprimere valutazioni sul merito dell'accusa, ma solo a verificare in una deliberazione di carattere processuale, la legittimità della domanda di giudizio formulata dal p. m., sicché non risulta pregiudicata la decisione di merito sull'oggetto del processo, in ordine alla quale è destinato ad operare il regime delle incompatibilità. Sulla scorta di questi rilievi si era esclusa l'incompatibilità a partecipare all'udienza preliminare sia del GIP che aveva disposto una misura cautelare personale nei confronti della persona sottoposta alle indagini; sia del GIP che abbia ordinato al p.m. di formulare l'imputazione; sia del GIP che aveva disposto il rinvio a giudizio ad esercitare nuovamente tale funzione nei confronti degli stessi imputati e per i medesimi reati a seguito dell'annullamento del precedente decreto di rinvio a giudizio; sia del GIP che per lo stesso fatto e nei confronti del medesimo soggetto

ormai definito con sentenza irrevocabile venga nuovamente chiamato a dar corso all'udienza preliminare. Per questa ragione, una conclusione negli stessi termini è stata invece esclusa per l'udienza preliminare minorile. A tale proposito, è stato sottolineato che nel processo penale a carico dei minori il GUP, costituito da un collegio composto da un magistrato e da due giudici onorari, è chiamato a prendere decisioni che non trovano riscontro nell'udienza preliminare del giudizio penale comune. Invero, la più ampia di esiti dell'udienza preliminare nel processo penale minorile, che è giustificata dalla necessità di evitare fin dove è possibile la celebrazione del giudizio dibattimentale in considerazione delle speciali esigenze di protezione della personalità dei minori coinvolti, fa sì che la funzione di tale udienza non possa ritenersi di natura analoga a quella dell'udienza preliminare nel giudizio penale comune, cioè esclusivamente processuale. A seguito delle modifiche introdotte dalla più volte citata l. n. 479 del 1999 l'approccio della Corte costituzionale sulla funzione dell'udienza preliminare è radicalmente mutato. Si è così affermato che alla stregua della fisionomia che l'udienza preliminare è venuta assumendo, le decisioni che ne costituiscono l'esito devono essere annoverate tra quei "giudizi" idonei a pregiudicare altri ulteriori e a essere a loro volta pregiudicati da altri anteriori, con la conseguenza che, per assicurare la protezione dell'imparzialità del giudice, l'udienza preliminare deve essere compresa nel raggio d'azione dell'istituto dell'incompatibilità, disciplinato dall'art. 34 c. p. p., anche al di là della limitata previsione del comma 2-*bis* dell'art. 34 medesimo. Sulla scorta di questa ricostruzione si è ritenuta l'incompatibilità del GUP che dopo aver disposto il rinvio a giudizio, annullato per genericità della formulazione del capo di imputazione, si trovi a dover definire nuovamente l'udienza preliminare nei confronti degli stessi imputati (con ciò innovando il precedente diverso orientamento). Tuttavia già prima delle riferite modifiche (legge Carotti), la Corte costituzionale aveva riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 c. p. p. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di GUP che abbia pronunciato o concorso a pronunciare sentenza (nel giudizio), poi annullata nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto. Un secondo rilevante aspetto sul quale si è soffermata l'attenzione del giudice costituzionale ha riguardato il tema delle misure cautelari.

S'impongono due precisazioni: la prima, richiede di distinguere tra misure cautelari personali e misure cautelari reali; la seconda, evidenzia l'evoluzione che nella materia, relativamente alle cautele della persona, ha determinato l'entrata in vigore della *l. n. 332 del 1995*. Sotto quest'ultimo aspetto va ricordato che inizialmente la Corte costituzionale aveva escluso l'incompatibilità alla funzione di "giudizio" del giudice che era stato chiamato a provvedere in tema di libertà personale dell'imputato. Secondo i giudici costituzionali, infatti a prescindere dalla coincidenza o meno dei dati considerati nelle due sedi, è decisivo il rilievo che i provvedimenti sulla libertà personale non comportano una valutazione che si traduce in un giudizio sul merito della *res judicanda* idoneo a determinare un "pregiudizio" che mini l'imparzialità della decisione conclusiva sulla responsabilità dell'imputato. Rispetto a questa infatti, i provvedimenti in tema di libertà si caratterizzano per diversità di oggetto e di funzione, dato che la relativa valutazione, puramente indiziaria, mira alla verifica delle condizioni che ne legittimano la provvisoria restrizione. Come anticipato, l'approccio si è modificato a seguito delle modifiche introdotte al libro IV del codice di procedura penale dalla *l. n. 332 del 1995*. A seguito di questa novella, che ha accentuato ancor più il carattere eccezionale dei provvedimenti limitativi della libertà personale disposti prima della condanna, unitamente alla convinzione di dover affermare un più pregnante significato dei valori costituzionali del giusto processo (e del diritto di difesa che ne è componente essenziale) si è affermato che non è ravvisabile ai fini dell'incompatibilità una sostanziale diversità tra la valutazione dei risultati delle indagini che conduce alla pronuncia di una misura cautelare personale e quella che conduce all'ordine di formulare l'imputazione o al rigetto della richiesta di patteggiamento. La forza della prevenzione, cioè la naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento non si realizza solo in relazione al momento applicativo delle misure cautelari personali ma anche con riferimento alla modifica, sostituzione, revoca ovvero al rigetto di richiesta di applicazione, modifica, sostituzione o revoca di una misura cautelare personale. La conclusione naturalmente opera anche in relazione alla procedura di gravame, davanti al tribunale della libertà, in sede di riesame o di appello. Specificano tuttavia i

giudici costituzionali che, nel caso d'appello, la verifica del collegio chiamato a pronunciarsi non deve aver riguardato profili meramente formali del provvedimento, senza influenza sull'esistenza degli indizi di colpevolezza ovvero sulla sussistenza delle esigenze cautelari che possano comunque riflettersi sulla posizione sostanziale dell'imputato nel giudizio. Conclusioni analoghe sono invece escluse con riferimento alle misure cautelari reali. Secondo i giudici costituzionali infatti anche al di là di altre considerazioni manca nell'adozione o nella conferma delle misure cautelari reali quella incisiva valutazione prognostica sulla responsabilità dell'imputato basata su gravi indizi di colpevolezza che potrebbe rendere o far apparire condizionato il successivo giudizio di merito da parte dello stesso giudice così da violare le garanzie che si collegano al principio del giusto processo. Con il tempo il tema dell'incompatibilità e del rapporto tra elementi pregiudicati ed elementi pregiudicanti, si è dovuto confrontare anche con quegli aspetti che superando il collegamento tra le fasi processuali, prospettavano questioni di "terzietà" e "non pregiudizio" all'interno della medesima fase o della stessa segmentazione processuale. Con l'evidente intento di evitare una dannosa polverizzazione delle decisioni in capo al giudice e una inutile frammentazione processuale, si è affermato che il giudice, correttamente investito della cognizione del merito, senza che sussista nei suoi confronti alcuna causa di incompatibilità, non può essere spogliato di un giudizio già instaurato, dovendosi escludere una menomazione dell'imparzialità del giudice che adotti decisioni preordinate al proprio giudizio o incidenti rispetto ad esso. Le questioni portate all'attenzione della Corte costituzionale hanno interessato in larga parte il tema della libertà personale cioè delle misure cautelari emesse ovvero in ordine alle quali è chiamato a pronunciarsi il giudice precedente. Si è esclusa l'incompatibilità del GIP che ha disposto una misura cautelare a pronunciarsi sulla richiesta di archiviazione; del giudice dibattimentale che ha applicato nella fase del giudizio una misura coercitiva per un reato concorrente in quella sede contestato; del giudice che dopo aver convalidato il fermo o l'arresto ed eventualmente applicato una misura cautelare proceda a giudizio direttissimo ovvero a giudizio abbreviato trasformato da giudizio direttissimo. Nella medesima logica, finalizzata ad evitare una assurda frammentazione del

procedimento assicurando lo svolgimento delle fasi processuali quale sequenza ordinata di atti ciascuno dei quali legittimo, prepara e condiziona quello successivo, si è altresì esclusa l'incompatibilità del giudice che ha disatteso la richiesta di patteggiamento in appello (art. 599 comma 4 c. p. p.) a partecipare al giudizio sul merito dell'impugnazione. Sulla base di queste considerazioni, superando le conclusioni alle quali la Corte era pervenuta con riferimento all'incompatibilità alla funzione di giudizio del giudice che aveva respinto la richiesta di patteggiamento, si è esclusa l'incompatibilità a procedere a giudizio del giudice che prima dell'apertura del dibattimento abbia rigettato la domanda di oblazione per la ritenuta gravità del fatto. Si è parimenti esclusa l'operatività dell'art. 34 c. p. p. anche in caso di rigetto prima del dibattimento della richiesta di giudizio abbreviato subordinata ad una integrazione probatoria. Corre l'obbligo di sottolineare che la riferita ricostruzione degli sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale deve scontare le modifiche normative introdotte all'art. 34 c. p. p. dai già citati d. lgs. n. 51 del 1998, l. n. 479 del 1999 e l. n. 82 del 2000 (l. n. 144 del 2000) cui conseguirono le introduzioni dei commi *2-bis*, *2-ter* e *2-quater*. Con riferimento a questa disciplina rinnovata la Corte costituzionale in ordine a quanto disposto dai commi *2-ter* e *2-quater* dell'art. 34 c. p. p., in relazione alle riferite deroghe all'incompatibilità del GIP che si sia limitato a svolgere alcune specifiche attività durante le indagini preliminari, ha escluso l'estensione della previsione per il GIP che durante le indagini abbia adottato un provvedimento di carattere del tutto interlocutorio, quale la fissazione dell'interrogatorio preventivo non seguito poi dall'assunzione in concreto dell'adempimento da parte dello stesso giudice persona fisica. La possibilità di interferenze tra valutazioni pregiudicanti e giudizi pregiudicati non prospettabile solo nel contesto degli sviluppi del medesimo procedimento, ma pure con riferimento a procedure separate. A tale proposito si è ritenuto opportuno distinguere le ipotesi in cui entrambi i procedimenti siano penali da quelle nelle quali una sola delle procedure si celebri davanti a un giudice penale. In termini generali la questione è stata così definita dalla Corte costituzionale: qualora un motivo di pregiudizio all'imparzialità del giudice derivi da sue attività compiute al di fuori del giudizio in cui è chiamato a decidere si verte nell'ambito di applicazione non dell'istituto dell'incompatibilità ma

di quello dell'astensione e della ricsuzione. Le cause di astensione e di ricsuzione di cui agli artt. 36 e 37 c. p. p. che attengono ad attivit  del giudice - escluse quelle indicate nella lett. g) del comma 1 dell'art. 36 c. p. p, la quale richiama le situazioni di incompatibilit  del giudice al fine di farne motivo di astensione e poi per il richiamo contenuto nella lett. a) del comma 1 dell'art. 37 c. p. p. di ricsuzione - si collocano invece su un piano diverso. Esse sono dirette immediatamente alla garanzia dell'imparzialit  del giudice e prescindono da qualunque riferimento alla struttura del processo e all'esigenza del rispetto della logica intrinseca ai suoi diversi momenti di svolgimento. Ci  che conta   l'esistenza di comportamenti del giudice che, siano essi tenuti entro o fuori il processo stesso, per il loro concreto contenuto sono tali da poter fare ritenere la sussistenza di un pregiudizio in capo al giudice rispetto alla causa da decidere (lett. c) e h) del comma 1 dell'art. 36 e la lett. b) del comma 1 dell'art. 37 c. p. p). Invero la *ratio* della disciplina dell'incompatibilit    quella obiettiva del rispetto della logica del processo penale, delle sue scansioni e delle differenze di ruoli che in esso i diversi soggetti sono chiamati a svolgere; il giudizio non si deve confondere, attraverso una sorta di unione personale, con altre attivit  che attengono al processo e che hanno una loro diversa ragion d'essere e il cui compimento potrebbe costituire pregiudizio rispetto al giudizio medesimo. Alla stregua di tale *ratio*, si comprende come le incompatibilit  previste dall'art. 34 c. p. p. siano tutte determinate dal solo fatto di aver svolto determinate attivit  nel corso del medesimo procedimento penale, indipendentemente dal contenuto che tali attivit  possono aver assunto. Sulla base di queste premesse si   esclusa la possibilit  di ricorrere all'art. 34 c. p. p. nell'ipotesi in cui il giudice del dibattimento abbia precedentemente pronunciato sentenza in un procedimento di opposizione a provvedimento amministrativo, valutando incidentalmente la sussistenza del fatto-reato; nel caso in cui il giudice dibattimentale abbia precedentemente come giudice delegato al fallimento, autorizzato il curatore a costituirsi parte civile nel procedimento che ora egli sta svolgendo; nelle ipotesi in cui il giudice del dibattimento abbia in precedenza, nell'ambito di un procedimento di prevenzione pronunciato o concorso a pronunciare il decreto di applicazione della misura di prevenzione, pronunciato o concorso a pronunciare il decreto di applicazione

della misura di prevenzione; nel caso in cui il giudice penale in un precedente giudizio civile abbia considerato il medesimo fatto storico attribuito all'imputato, riconoscendo la sussistenza del reato ovvero esprimendo in quella sede in modo in equivoco il suo convincimento sui fatti divenuti ora oggetto del processo penale. A termini rovesciati è stata esclusa l'incompatibilità del collegio chiamato ad applicare una misura di prevenzione personale che nell'ambito di un procedimento penale come tribunale del riesame si sia precedentemente pronunciato sull'ordinanza che dispone una misura cautelare personale. In tutte queste situazioni potrebbero pertanto trovare applicazione l'astensione e la ricusazione. Come anticipato l'impostazione di principio della Corte è stata confermata dai giudici costituzionali anche in relazione ai possibili "pre-giudizi" tra procedimenti penali, originariamente o successivamente separati, riguardanti imputati diversi o lo stesso imputato, in relazione all'elemento unificante costituito dal fatto di reato. L'impostazione dei giudici costituzionali si articola attorno a due punti. Con il primo, si è precisato che il presupposto dell'incompatibilità e cioè l'identità dell'oggetto del giudizio, non è ravvisabile nell'ipotesi di concorso di persone nel medesimo reato, perché alla comunanza dell'imputazione fa necessariamente riscontro una pluralità di condotte distintamente ascrivibili a ciascuno dei concorrenti, le quali, ai fini del giudizio di responsabilità, devono formare oggetto di autonome valutazioni sotto il profilo tanto materiale che psicologico e ben possono quindi sfociare un accertamento positivo per l'uno e negativo per l'altro. Conseguentemente con riferimento ai riti speciali si è esclusa l'incompatibilità del giudice del dibattimento che ha rigettato la richiesta di patteggiamento avanzata da uno degli imputati, a partecipare al giudizio nei confronti dei coimputati concorrenti negli stessi reati; quella del giudice del dibattimento che previa separazione dei giudizi abbia emesso una sentenza di patteggiamento nei confronti di un coimputato di concorso negli stessi reati a celebrare il giudizio nei confronti dell'altro; quella del giudice chiamato ad espletare l'udienza preliminare nei confronti di alcuni imputati per avere, in una precedente sentenza di applicazione della pena concordata resa nei confronti di altri imputati, valutato incidentalmente la posizione dei primi esprimendo un giudizio sulla sussistenza degli elementi materiali del



reato contestato, agli uni e agli altri, a titolo di concorso; quella del GIP che abbia respinto la richiesta di giudizio abbreviato avanzata da uno solo di essi (per la ritenuta impossibilità di decidere allo stato degli atti) a celebrare il dibattimento nei confronti di tutti gli imputati; quella del giudice che ha pronunciato nei confronti di un imputato sentenza di applicazione di pena concordata a svolgere il dibattimento o il rito abbreviato nei confronti di altro imputato la cui posizione processuale sia inscindibilmente collegata a quella dell'imputato già giudicato ovvero nei confronti dei concorrenti nel medesimo reato. Per le medesime ragioni è stata esclusa l'incompatibilità ad esercitare funzioni giurisdizionali sul medesimo fatto del GIP che abbia in precedenza già emesso decreto di archiviazione nei confronti dei medesimi imputati; l'incompatibilità a svolgere le funzioni di giudice del dibattimento del GIP che abbia in precedenza pronunciato nei confronti dei medesimi imputati decreto di archiviazione "parziale" in relazione ad alcuni reati concorrenti; l'incompatibilità a celebrare il rito abbreviato nei confronti di taluni imputati che abbiano chiesto di essere processati con tale rito dal giudice che in precedenza aveva emesso previa separazione del procedimento originariamente unitario, il decreto che dispone il giudizio nei confronti di altri imputati del medesimo fatto-reato. Con riferimento ai provvedimenti cautelari si è affermato che può partecipare al giudizio il giudice che in sede di riesame o di appello, pronunciando nei confronti di uno o più concorrenti in ipotesi di reati a concorso necessario, abbia valutato la posizione di altri coindagati, che è legittimato a svolgere la funzione di giudizio il giudice che abbia disposto la custodia cautelare in carcere dei correi dell'imputato sottoposto al suo giudizio, motivando la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza a loro carico con le dichiarazioni confessorie e accusatorie rese dal medesimo imputato, nei confronti del quale tuttavia non era stata adottata alcuna misura cautelare in assenza di richiesta in tal senso del p.m.; che non è incompatibile a svolgere le funzioni di giudice del dibattimento il GIP che abbia adottato la misura della custodia cautelare in carcere nei confronti di un correo dell'imputato sottoposto al suo giudizio per il medesimo reato. Il secondo punto, è costituito dall'affermazione della Corte costituzionale che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare una precedente

sentenza, anche di patteggiamento, nei confronti di altri soggetti nella quale la posizione di quello stesso imputato in ordine alla sua responsabilità penale sia già stata comunque valutata. Invero nel caso in cui non solo vi sia concorso nel medesimo reato ma la posizione di uno dei concorrenti costituisca elemento essenziale per la stessa configurabilità del reato contestato agli altri concorrenti ai quali sia soltanto formalmente riferita l'imputazione per la quale si procede, la valutazione della posizione del terzo, dalla quale non si sia potuto prescindere ai fini dell'accertamento della responsabilità degli imputati, costituisce sicuro ed evidente motivo di incompatibilità nel successivo processo a carico di tale terzo. Ciò che conta ai fini dell'integrità del principio del giusto processo, è che il giudice del nuovo dibattimento non sia lo stesso che abbia preso parte al primo e che per il peculiare atteggiarsi della fattispecie di concorso, abbia dovuto formarsi un convincimento non soltanto sul merito dell'azione penale svolta contro gli imputati ma anche sul merito della posizione del terzo. In altri termini se l'incompatibilità va esclusa nel caso di concorso di persona nel reato, l'incompatibilità invece va riconosciuta pure nel caso di concorso di persona nel reato, come accade nell'ipotesi di reati a concorso necessario, qualora qualunque ne sia stato il motivo il giudice nella sentenza che definisce il processo abbia incidentalmente espresso valutazioni di merito in ordine alla responsabilità penale di un terzo non imputato in quel processo (a prescindere dalla legittimità di tali valutazioni). Sulla scorta di questa impostazione è stata esclusa l'incompatibilità del giudice del dibattimento pronunciatosi con sentenza (a seguito di separazione dei processi) nei confronti di alcuni imputati a celebrare il dibattimento nei confronti di altri concorrenti nei medesimi reati, anche nel caso in cui pur non essendo stata valutata la loro posizione in ordine alla responsabilità, sia stata tuttavia valutata positivamente una prova rilevante per la sua posizione. Corre l'obbligo di sottolineare che secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale solo attraverso la possibile analisi dell'effettivo contenuto della sentenza ritenuta pregiudicante, che deve essere compiuto dal giudice di merito, può essere accertato se sia stata effettuata una valutazione in punto di responsabilità penale suscettibile di determinare la condizione di incompatibilità al successivo giudizio. Considerazioni analoghe rispetto a quelle sviluppate devono essere effettuate pure nel caso

di procedimenti riguardanti un unico imputato. Si è conseguentemente ritenuto che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che precedentemente abbia pronunciato o concorso a pronunciare sentenza nei confronti del medesimo imputato sul medesimo fatto (come nel caso del reato formalmente concorrente). Si è invece ritenuto non incompatibile alla funzione di giudizio nei confronti di un imputato sia il giudice che come componente del tribunale del riesame o dell'appello si sia pronunciato sull'ordinanza che ha applicato una misura cautelare personale nei confronti di quello stesso imputato in altro procedimento per reato diverso, il cui accertamento sia pregiudizialmente connesso a quello su cui è chiamato a giudicare; sia il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare una precedente sentenza nei confronti dello stesso imputato per un reato diverso, nella quale la decisione abbia comportato valutazioni di merito idonee ad incidere sotto il profilo sostanziale nel successivo giudizio. A meri fini di completezza va segnalata la sollecitazione alla Corte costituzionale, sulla base di una ritenuta sua involuzione della linea giurisprudenziale, a riconsiderare alcune decisioni con le quali l'art. 34 c. p. p. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo. Si è così sollecitata la Corte a escludere l'incompatibilità nel caso in cui il giudice del tribunale della libertà, pur non essendosi pronunciato su profili meramente formali, non si sia espresso sulla gravità degli indizi ma solo sulla sussistenza delle esigenze cautelari. Parimenti si è chiesto ai giudici costituzionali di riconsiderare l'incostituzionalità dell'art. 34 c. p. p. comma 2 nella parte in cui prevede l'incompatibilità alla funzione di giudizio del giudice dibattimentale che prima dell'apertura del dibattimento abbia rigettato la domanda di oblazione per la ritenuta gravità del fatto. La prima questione è stata dichiarata manifestamente infondata in quanto anche la valutazione sulla ricorrenza delle esigenze cautelari comporta un pregiudizio sul merito dell'accusa. Quanto alla seconda, più volte dichiarata inammissibile in quanto deve escludersi che sia ammessa impugnazione contro le sentenze della Corte costituzionale, va tuttavia sottolineato come gli stessi giudici della Consulta abbiano affermato in alcune motivazioni che le sue conclusioni sul punto devono ritenersi superate. La ricostruzione effettuata sembra aver evidenziato soprattutto due aspetti. Il primo: nonostante la

molteplicità e la varietà delle questioni prospettate i giudici della Consulta hanno saputo nella sostanza mantenere una cornice unitaria e punti di riferimento precisi entro i quali calibrare le esigenze di garanzia e quelle di funzionalità e di efficienza che una eccessiva dilatazione delle implicazioni dell'incompatibilità avrebbe determinato soprattutto in materia ordinamentale. Il secondo: pur nella riferita necessità di mantenere fermo il quadro di riferimento assumendo atteggiamenti di cautela evidenziati dalla puntualizzazione e non dalla generalizzazione delle ipotesi di incompatibilità, i giudici costituzionali hanno saputo tener conto dell'evoluzione normativa di determinati settori della materia trattata adeguando le soluzioni precedentemente prospettate al mutato quadro di riferimento.

### 3.4 "MANIFESTA INFONDATEZZA" DI ALTRE QUESTIONI

Con l'ordinanza n. 218 del 2003<sup>135</sup>, si dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c. p. p, sollevata in riferimento all'art. 111 Cost. nella parte in cui non prevede che il giudice che procede per reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre e che ha pronunciato sentenza di applicazione della pena nei confronti di uno di tali soggetti non possa partecipare al giudizio nei confronti degli altri. Secondo quanto già affermato (**ordinanza n. 101 del 2002**), la mera conoscenza degli atti del procedimento, non accompagnata da una valutazione contenutistica di merito, non è, infatti, causa di pregiudizio per l'imparzialità del giudice né le innovazioni normative menzionate dal rimettente (introdotte ad opera – quanto al comma 2-bis dell'art. 34 del codice di procedura penale – del decreto legislativo 19 febbraio 1998, n. 51; e – quanto al comma 2-ter dell'art. 34 del codice di procedura penale – della legge 16 dicembre 1999, n. 479; nonché in forza dell'esplicito riconoscimento, nell'art. 111 della Costituzione, dei principi di imparzialità e terzietà del giudice) sono tali da suggerire diverse

---

<sup>135</sup>) Corte cost., ord. 18 giugno 2003, n. 218, in *giur cost.*, p. 1646

conclusioni. Con l'ordinanza n. 123 del 2004<sup>136</sup> si dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c. p. p, sollevata in riferimento agli *artt. 3, 24 e 111 Cost.*, poiché l'ipotesi di incompatibilità del giudice ricorre qualora le precedenti valutazioni, anche di merito, siano state compiute in fasi diverse del procedimento e non nel corso della medesima fase. Con l'ordinanza n. 76 del 2007<sup>137</sup> è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2. c. p. p., censurato, in riferimento agli artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, 27, secondo comma, 76 e 111, primo e secondo comma, Cost., nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio il giudice che, prima dell'apertura del dibattimento, si sia pronunciato in ordine all'idoneità della condotta riparatoria dedotta dall'imputato ai fini del proscioglimento per estinzione del reato ex art. 35 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274. Infatti, non solo nessuna menomazione dell'imparzialità del giudice può essere configurata in relazione a valutazioni, anche di merito, compiute all'interno della medesima fase del procedimento, ma, diversamente opinando, si attribuirebbe all'imputato la potestà di determinare l'incompatibilità del giudice correttamente investito del giudizio, in contrasto con il principio del giudice naturale precostituito per legge. - Sul fatto che valutazioni, anche di merito, compiute all'interno della stessa fase del procedimento non comportano menomazioni dell'imparzialità del giudice si fa riferimento, alle citate ordinanze n. 123 e n. 90/2004, n. 370/2000, n. 232/1999, n. 131 e n. 24/1996.

### 3.5 IL DIVIETO DI PARTECIPARE AL GIUDIZIO DOPO LA PRONUNCIA *DE LIBERTATE* IN ALTRA FASE DEL PROCEDIMENTO COME "PARADIGMA DEL SISTEMA"

Altra importante **sentenza** in materia di incompatibilità nel processo penale, fu la **n. 153 del 2012**<sup>138</sup>. La sentenza è fondamentale anzitutto per la rilevanza pratica della regola

---

<sup>136</sup>) Corte cost., ord. 20 aprile 2004, n. 123 in *giur. cost.*, p. 1248

<sup>137</sup>) Corte cost., ord. 9 marzo 2007 n. 76

<sup>138</sup>) Corte cost., sent. 21 giugno 2012, n. 153 in *giur. cost.*, p. 2111 con osservazione di T. RAFARACI

enunciata: il giudice del rito direttissimo che abbia rigettato la richiesta di convalida dell'arresto e quella di applicazione della misura cautelare personale, ed abbia di conseguenza restituito gli atti al pubblico ministero, è incompatibile in ordine alla celebrazione del nuovo giudizio che la parte pubblica proponga, per gli stessi fatti, mediante citazione diretta. È noto come la Consulta avesse più volte negato la (necessaria) incompatibilità per la celebrazione del giudizio direttissimo del magistrato che «apre» quello stesso giudizio, provvedendo sulla richiesta di convalida dell'arresto e sull'eventuale richiesta di trattamento cautelare. L'orientamento è sorretto dal principio più generale della irrilevanza di provvedimenti cautelari endofasici, cioè assunti incidentalmente dal giudice che procede alla conduzione di una determinata fase del procedimento penale. La Corte non si era mai occupata, invece della ipotesi in cui il giudice del direttissimo respinga le richieste del pubblico ministero, restituendo gli atti al relativo ufficio. Ed infatti il rimettente, chiamato al giudizio ordinario dopo aver respinto la richiesta di convalida e cattura per un fatto da lui stimato penalmente irrilevante, non ha trovato (tra le molte) una specifica sentenza di addizione dell'elenco di incompatibilità fissato dal testo vigente dell'art. 34 c. p. p. Una sentenza che, sempre ad avviso del rimettente, avrebbe dovuto invece esserci, data l'intervenuta adozione di provvedimenti *de libertate* in una fase diversa del procedimento. In particolare il giudice *a quo*, che pure - in relazione ai requisiti di imparzialità del giudice - ha evocato i parametri del giusto processo (*art. 111, comma 2, Cost.*) e della «legittimità convenzionale» (*art. 117, comma 1, in relazione all'art. 6 C.e.d.u.*), ha posto in luce l'ingiustificata differenza di trattamento tra il caso in cui il giudice della convalida sia quello delle indagini preliminari (escluso dalla successiva funzione di giudizio art. 34, comma 2-*bis*, c. p. p.) ed il caso in cui l'analogo provvedimento sia preso dal giudice del direttissimo, il quale potrebbe invece condurre il processo di merito. In realtà la Consulta ha condiviso l'opinione che i principi costituzionali impongono, per casi come quello indicato, una regola di incompatibilità del giudice. E tuttavia, abbandonando un metodo «casistico» del quale aveva fatto applicazione anche in tempi relativamente recenti (sentenza n. 400 del 2008), la Corte ha ritenuto già «interna» alla norma codicistica, come riformata all'inizio dello scorso decennio ed

incisa dalla stessa giurisprudenza costituzionale, una previsione generale di incompatibilità per il giudice che, in fase processuale antecedente, abbia assunto un provvedimento cautelare (non - si noti - un mero provvedimento in punto di convalida delle misure cautelari, ma una decisione che, come più volte ribadito, attiene ad un giudizio probabilistico in punto di colpevolezza del soggetto interessato). L'imparzialità del giudice può essere pregiudicata nei singoli casi concreti e le regole sulla incompatibilità servono a assicurare, sul piano generale ed astratto, una regola essenziale del "giusto" ed "equo" processo. Va da sé, dunque, che la Corte stessa considererebbe «incostituzionale» una interpretazione dell'art. 34 c. p. p. che escludesse dalla norma un caso di incompatibilità riferibile all'adozione di provvedimenti cautelari in fasi pregresse. Per argomentare il proprio assunto la Corte ricorda le decisioni che avevano assegnato efficacia pregiudicante ai provvedimenti cautelari assunti dal giudice delle indagini preliminari o ad opera di componenti del tribunale del riesame. Proprio tali decisioni, ed in specie quelle del primo gruppo, avevano concorso ad orientare il legislatore verso la previsione di una incompatibilità radicale tra il giudice delle indagini e la funzione pertinente all'udienza preliminare ed al giudizio di merito, mediante l'introduzione del comma 2-*bis* nell'art. 34 c. p. p, ad introdurre, insomma, una norma di «copertura generale» per i casi di gran lunga più frequenti di «pregiudizio» cautelare. Quindi, dice la Corte, le incompatibilità «funzionali» ormai diffuse (è appena il caso di ricordare quella concernente i gradi successivi del procedimento ed il giudizio di rinvio) evidenziano una regola generale per la «quale - anche fuori dei casi indicati dal citato art. 34, comma 2-bis, c. p. p. - l'adozione di provvedimenti inerenti alla libertà personale dell'imputato, i quali implicino una valutazione prognostica in ordine alla sua responsabilità, ancorché su base indiziaria e allo stato degli atti, impediscono al giudice che li ha emessi di partecipare al giudizio, sempre che i provvedimenti in questione si collochino in una fase processuale distinta da quella pregiudicata». <sup>139</sup>È noto che di fronte ai troppi vuoti dell'originario catalogo dei casi di incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento, la Corte costituzionale fu chiamata fin dai primi anni di vigenza del

---

<sup>139</sup>) Osservazione di T. RAFARACI in *giur. cost.*, p. 2122

codice e per più di un decennio a svolgere una cospicua attività integratrice dell'art. 34 comma 2 c. p. p. ma nel contempo anche a segnare condizioni e misura del notevole balzo in avanti che andava così a compiersi verso una più effettiva tutela dei sovraordinati canoni di terzietà e imparzialità del giudice. Tali canoni continuano a rappresentare la bussola non solo per la Corte stessa in occasione di futuri giudizi ma ancor prima per l'interprete che ben può attingere da sé a quel patrimonio consolidato anche per integrare (se del caso) la *littera legis* senza necessità di investire la Corte. La materia insomma è fortemente impegnata oltre che dalle previsioni della legge anche da quegli stessi principi, enucleati dalla Corte nei passaggi cruciali della sua giurisprudenza, tanto saldi da potersi considerare veri e propri "paradigmi di sistema" nel vigente ordinamento processuale penale. È questa l'impostazione seguita dalla sentenza n. 153 del 2012 in commento, come risulta dai termini in cui è stato respinto, nei sensi di cui in motivazione, il dubbio che l'art. 34 c. p. p. non sia conforme a Costituzione (in particolare agli artt. 111 comma 2, 3 e 117 comma 1) in quanto non comprende l'incompatibilità al giudizio del giudice che precedentemente investito della richiesta di convalida dell'arresto dell'imputato e di contestuale giudizio direttissimo non abbia convalidato l'arresto per ritenuta insussistenza del reato e abbia conseguentemente disposto la restituzione degli atti al p.m. Secondo il giudice *a quo* la mancata copertura normativa di questo caso oltre ad apparire di per sé idonea a recare nocimento alla terzietà e imparzialità del giudice (da qui il sospetto di violazione degli artt. 111 comma 2 e 117 comma 1 Cost. in relazione all'art. 6 Cedu), sembra porsi anche in contrasto con l'art. 3 Cost., poiché dà luogo a un regime irragionevolmente differenziato rispetto a quello operante nel caso, strettamente affine, del giudice per le indagini preliminari che chiamato a convalidare l'arresto e ad applicare una misura cautelare nei confronti dell'arrestato, rigetti le richieste per ritenuta insussistenza del fatto: evenienza nella quale egli diviene incompatibile alla funzione di giudizio in forza di quanto disposto dall'art. 34 comma 2-*bis* c. p. p. L'accostamento è pertinente. Infatti il giudice, avendo ritenuto insussistente il reato di evasione contestato, non aveva convalidato l'arresto né applicato alcuna misura cautelare (pur richiesta). In conseguenza aveva disposto la restituzione degli atti al p.m., così chiudendo la fase processuale.



Sicché la discontinuità creatasi tra la fase processuale chiusa e la nuova fase poi apertasi con la citazione diretta a giudizio ( in cui peraltro la difesa aveva richiesto il proscioglimento immediato, attraverso una valutazione del tutto conforme a quella operata dallo stesso giudice in sede di convalida), impediva per definizione di inquadrare il caso nella cornice di soluzione disegnata dalla stessa Corte costituzionale per l'ipotesi in cui l'arresto sia convalidato e sia anche applicata una misura cautelare. Lo stesso giudice *a quo* richiama il *dictum* espresso dalla Corte fin dalla sentenza n. 177 del 1996 secondo cui quando il giudice del dibattimento al quale l'imputato è presentato per il giudizio direttissimo, convalidi l'arresto e applichi una misura cautelare, nessuna menomazione per la sua imparzialità si crea, dal momento che si tratta di decisione preordinata al proprio giudizio (la convalida) o incidentale e attratta nella competenza per la cognizione di merito (l'applicazione della misura cautelare)<sup>140</sup>. Queste ragioni vengono meno quando la convalida sia negata: in tal caso proprio il tenore negativo della decisione impedisce di considerarla preordinata al giudizio direttissimo di merito, così come il diniego della misura cautelare non può dirsi decisione incidentale attratta alla cognizione di merito. Chiusa dunque la fase propedeutica all'abortito giudizio direttissimo, rimane ad avviso del rimettente una lacuna di tutela, per di più comparativamente irragionevole, dato che il giudice che ha negato la convalida dell'arresto e l'applicazione della misura appare ai fini della sua compatibilità al giudizio, tal quale un GIP ordinariamente richiesto della convalida dell'arresto e dell'applicazione di misura cautelare nonostante a lui, non avendo svolto funzioni di GIP, non possa riferirsi l'art. 34 comma 2-bis c. p. p. La risposta della Corte conferma la bontà degli argomenti spesi dal giudice *a quo* per ravvisare nella fattispecie rappresentata gli estremi di una prevenzione del giudice idonea a compromettere l'imparzialità del giudizio. Detti argomenti restano infatti inclusi e ribaditi nella sintesi che la Corte svolge delle condizioni in presenza delle quali atti in precedenza compiuti dal giudice comportano una incompatibilità al giudizio costituzionalmente obbligata. Si tratta in sostanza di richiami ormai tralattati alla propria giurisprudenza, organizzati secondo una sequenza che dapprima presenta le

---

<sup>140</sup>) Riferimento a Corte cost., ord. 9 marzo 2004 n. 90, in giur. cost., p. 1038

condizioni costitutive sulla lesione all'imparzialità del giudice, per poi riscontrarle con riguardo alle decisioni adottate in materia di libertà personale dell'imputato. In termini generali la Corte conferma ancora una volta che occorre insieme: *a)* che il giudice non si sia limitato a una semplice conoscenza degli atti ma abbia compiuto una valutazione di essi strumentale a una decisione; *b)* che tale valutazione non sia meramente formale ma di contenuto, essendo tale quella che attiene al merito dell'ipotesi d'accusa; *c)* che la precedente valutazione sia stata operata in una diversa fase del procedimento, essendo del tutto ragionevole che all'interno di ciascuna delle fasi resti comunque preservata l'esigenza di continuità e globalità dalla frammentazione del procedimento che conseguirebbe alla incompatibilità al giudizio del giudice che nella medesima fase abbia compiuto valutazioni preliminari anche di merito, destinate a sfociare in quella conclusiva. La Corte passa quindi al richiamo puntuale delle pronunce attraverso le quali dopo una lunga resistenza ha ricollegato la lesione all'imparzialità del giudice derivante dall'adozione di precedenti decisioni attinenti alla libertà personale dell'imputato. Tale lesione riconosciuta dapprima alle decisioni del GIP applicative di misura cautelare personale e poi anche a quelle di modifica, sostituzione o revoca della misura o di rigetto della richiesta di applicazione, modifica, sostituzione o revoca di tali misure. Lesione parimenti riconosciuta nelle decisioni in materia del tribunale di riesame e dell'appello (purché in tale ultimo caso il tribunale non si sia pronunciato solo su aspetti formali). Come quella applicativa della misura tutte tali decisioni sono idonee a compromettere l'imparzialità nel giudizio di merito, poiché presuppongono sempre un giudizio prognostico sulla responsabilità dell'imputato: giudizio oggi più approfondito che in passato (richiamo alle modifiche introdotte dalla l. n. 332 del 1995) e tale da assottigliare lo scarto fra valutazioni di tipo indiziario, rilevanti ai fini della cautela e giudizio sul merito dell'accusa. Così completi i richiami alla storia, tutta scritta dalla Corte, dell'incompatibilità al giudizio del giudice pronunciatisi (purché in altra fase) *de libertate* giovano a meglio inquadrare i rapporti con l'art. 34 comma 2-*bis* c. p. p., inserito in sede di riforma istitutiva del giudice unico di primo grado. L'incompatibilità al giudizio (oltre che all'udienza preliminare e all'emissione del decreto penale di condanna), ivi stabilita per il giudice che, nel medesimo

procedimento abbia svolto funzioni di GIP certo fu introdotta per prevenire, come osserva la Corte, ulteriori pronunce di illegittimità costituzionale. Ma nella sua *ratio* la nuova incompatibilità funzionale guardava ovviamente anche al passato; recepiva al fondo i principi dettati da una cospicua serie di pronunce ablative (e non solo), ivi certamente compresi quelli espressi nelle pronunce, dianzi richiamate, che avevano riconosciuto l'incompatibilità al giudizio del GIP autore di decisioni cautelari. L'art. 34 comma 2-*bis* per quanto detti una più vasta incompatibilità funzionale è dunque anche figlio di quelle sentenze. Ciò spiega perché la Corte anziché vedere nella norma, come il giudice *a quo*, un limite alla diagnosi di un nuovo caso di incompatibilità (perché ivi non espressamente previsto), vi coglie piuttosto un indice costitutivo del principio che essa aveva enucleato e ora va a ribadire. Ed infatti afferma che sono, insieme, le ricordate sentenze della medesima Corte, unitamente al loro recepimento legislativo nell'art. 34 comma 2-*bis.*, a far ritenere ormai presente nell'ordinamento processuale penale, il principio in forza del quale, anche fuori dei casi indicati dal citato art. 34 comma 2-*bis* c. p. p., l'adozione di provvedimenti inerenti alla libertà personale dell'imputato, i quali implicano una valutazione prognostica in ordine alla sua responsabilità, ancorché su base indiziaria e allo stato degli atti, impediscono al giudice che li ha emessi di partecipare al giudizio, sempre che i provvedimenti in questione si collochino in una fase distinta da quella pregiudicata. Se così è, la situazione rappresentata dal giudice rimettente rientra pienamente, pur con le sue peculiarità, nell'ambito regolato da tale principio e ne richiede dunque l'applicazione. Per un verso infatti il giudice non si è limitato a pronunciare sulla convalida ma ha anche disatteso, sulla base di una prognosi negativa circa la responsabilità dell'imputato, la richiesta di applicazione di una misura coercitiva; per altro verso tale valutazione è stata operata in fase anteriore e diversa da quella del giudizio per effetto della frattura creatasi tra la fase prodromica al giudizio direttissimo e la successiva fase dibattimentale ordinaria, a seguito della regressione del procedimento conseguente alla mancata convalida e alla restituzione degli atti al p.m. La conclusione è del tutto coerente. Nessuno scarto è segnato quanto ai consueti requisiti della valutazione pregiudicante: il giudice è incompatibile perché, su apposita richiesta del p.m., ha affrontato il quesito cautelare nella

sua pienezza, operando una valutazione alla stregua, in primo luogo dell'art. 273 c. p. p. Non è detto invece che basterebbe a generare la prevenzione, il giudizio sulla mera richiesta di convalida dell'arresto. Invero anche a ritenere secondo un indirizzo controverso e tuttavia preferibile, che nel giudizio di convalida debba aver luogo non una semplice verifica precedente dell'operato della polizia giudiziaria, bensì una valutazione fatta successivamente diretta ad apprezzare la sussistenza del *fumus delicti* anche tenendo conto delle circostanze desumibili da dati forniti successivamente dalla difesa o emergenti dall'interrogatorio dell'arrestato, potrebbe risultare problematico cogliere in ogni caso in tale attività un vaglio di gravità indiziaria come quello che si richiede a fronte della distinta richiesta cautelare e a quest'ultima soltanto può correttamente attendere. Ciò nonostante non è dubbio che il GIP che si sia pronunciato anche solo sulla convalida dell'arresto a norma dell'art. 391 comma 4 c. p. p. diventi incompatibile al giudizio (oltre che all'udienza preliminare e all'emissione del decreto penale di condanna) in virtù dell'art. 34 comma 2-bis, mentre lo stesso non potrà dirsi, rispetto al futuro giudizio ordinario per il giudice del giudizio che richiesto della sola convalida ai fini del giudizio direttissimo, l'abbia negata, restituendo gli atti al p.m. Ma l'asimmetria che si registra dipende dalla natura funzionale dell'incompatibilità di cui l'art. 34 comma 2-bis, il quale talvolta esprime meno dei principi cui pure si ispira, talaltra, come si è appena visto, comanda invece di più di quanto essi richiedano (a parte il marginale temperamento risultante dalla disomogenea tavola delle eccezioni stabilite nei commi 2-ter e 2-quater). Nessun cedimento registra nemmeno la condizione che il pregiudizio da valutazione cautelare si sia formato in fase diversa da quella pregiudicata. Il requisito non si oppone al raggiungimento della soluzione più rispettosa della terzietà del giudice. Il che val quanto dire che diventa in questo contesto del tutto irrilevante ribadire i generali dubbi e rilievi critici circa la plausibilità della massima che finisce per far dipendere l'incompatibilità dalla circostanza del tutto occasionale del grado di sviluppo raggiunto dal procedimento nel momento in cui la domanda cautelare viene avanzata (si pensi alla valutazione del giudice del giudizio sulla richiesta cautelare avanzata dal p.m. in corso di giudizio) o per rimanere alla presente fattispecie, dal fattore, anch'esso del tutto contingente che la domanda cautelare avanzata nella fase prodromica al giudizio direttissimo si

accompagni a un arresto che ottiene la convalida o a un arresto che invece non la ottenga. Qui può soltanto rimarcarsi che la massima secondo cui non sussiste pregiudizio da valutazione cautelare, in sé considerata, importa pregnanti valutazioni, sia pure prognostiche e allo stato degli atti sul merito dell'imputazione. Le ragioni che sorreggono tale massima non la sottraggono all'accennata incongruenza, essendo esse infatti di natura essenzialmente pratica (evitare la frammentazione dei procedimenti) e svanirebbero senz'altro non appena si concepisse di affidare la cognizione incidentale in materia cautelare a un giudice della libertà. In simile ipotetico assetto, solo un giudice dal tratto inquisitorio potrebbe sentirsi defraudato di qualcosa. Al di là di questi rilievi della sentenza in commento resta da segnalare lo sforzo di consacrare una già compiuta integrazione del sistema che suggerisce di affidare direttamente all'interprete la gestione di aree ormai incontroverse in tema di incompatibilità costituzionalmente obbligata. Il tramite per calare all'occorrenza nella quotidiana attività ermeneutica i vincoli costituzionali viene ravvisato in una loro avvenuta assimilazione legislativa. Per quando non li traduca con puntuale coerenza, il dettato normativo risulta oggi fortemente improntato a quei vincoli. Essi si costituiscono dunque legittimamente in paradigmi di sistema su cui la Corte non ha più molto da aggiungere. Emblematiche appunto le massime della Corte stessa in tema di forza pregiudicante delle decisioni *de libertate* che l'art. 34 comma 2-bis c. p. p. mostra, a suo modo insieme ad altre di consolidare: nel caso di specie, il giudice poteva ben farne applicazione superando la stessa esegesi della norma appena richiamata o di altre norme al pari incapienti, senza sollecitare una ormai impropria pronuncia additiva.

### 3.6 INCOMPATIBILITA' IN SEDE DI RINVIO DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE.

Con la **sentenza n. 183 del 2013**<sup>141</sup> i giudici della Consulta prendono le mosse dalla *ratio* delle previsioni di incompatibilità, che sono

---

<sup>141</sup>) Corte cost., sent. 15 luglio 2013, n. 183 in *giur. cost.*, p. 2647 con osservazione di G. SPANGHER

finalizzate «ad evitare che la decisione sul merito della causa possa essere o apparire condizionata dalla "forza della prevenzione" - ossia dalla naturale tendenza a confermare una decisione già presa o a mantenere un atteggiamento già assunto - scaturente da valutazioni cui il giudice sia stato precedentemente chiamato in ordine alla medesima *res iudicanda*». In particolare, la Corte si concentra sulla c.d. incompatibilità verticale, la quale è posta dal primo comma dell'art. 34 c. p. p., a presidio del sistema delle impugnazioni, che assume valenza garantistica proprio in virtù dell'«alterità tra il giudice che ha emesso la decisione impugnata e quello chiamato a riesaminarla». Ebbene, siffatto presidio viene riconosciuto nell'ottica di una progressione non solo "ascendente", ma anche "discendente", vale a dire nei confronti del giudice del rinvio. Tuttavia, la disposizione dell'art. 34 e lo stesso art. 623 c. p. p. circoscrivono la portata dell'incompatibilità a quel giudice che «ha pronunciato o concorso a pronunciare sentenza»: ciò che comporta l'esclusione dall'ambito applicativo di tutti quei provvedimenti diversi, incluse le ordinanze. E, come si è ricordato, è pacifica in giurisprudenza l'affermazione secondo la quale - in particolare nella materia cautelare, ma non solo - il giudizio di rinvio può essere celebrato dallo stesso giudice-persona fisica. Si è concluso che «l'apprezzamento demandato al giudice dell'esecuzione presenta, dunque, tutte le caratteristiche del "giudizio", quali delineate dalla giurisprudenza di questa Corte». Se da esso possono derivare "pregiudizi" e "condizionamenti", ne consegue che il giudice chiamato a effettuare tale delicata valutazione dopo l'annullamento con rinvio potrà essere (e apparire) imparziale solo ove si tratti di persona fisica diversa da quella che ha già giudicato sulla stessa domanda. Di qui la declaratoria di illegittimità costituzionale degli *artt. 34 e 623, comma 1, lett. a)*, c. p. p. nella parte in cui non prevedono che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del reato continuato, ai sensi dell'art. 671 c. p. p. Peraltro, la Corte non si è fermata a tanto; ha infatti esteso in via consequenziale la declaratoria di illegittimità anche all'ipotesi dell'annullamento con rinvio dell'ordinanza che si pronunci sulla richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del concorso formale: a detta della Corte,

si tratta di «fattispecie regolata congiuntamente a quella oggetto del quesito dallo stesso art. 671 c. p. p. e in rapporto alla quale valgono le stesse considerazioni». <sup>142</sup> Con la sentenza in commento la Corte costituzionale torna ad occuparsi dei profili di operatività dell'art. 34 c. p. p. e salvo errori, per la ventiquattresima volta ne dichiara l'incostituzionalità. Nel caso di specie l'incostituzionalità riguarda la situazione di incompatibilità nella quale si trova in sede di rinvio dopo l'annullamento della Cassazione il giudice dell'esecuzione che abbia pronunciato o sia concorso a pronunciare una decisione di accoglimento o di rigetto della richiesta di applicazione della disciplina del reato continuato secondo l'art. 671 c. p. p. La prima considerazione riguarda le ragioni per le quali una previsione sia risultata così ripetutamente riconosciuta configgente con la garanzia di imparzialità del giudice, considerato che, anche a prescindere dalle modifiche dell'art. 111 Cost. attuate dalla l. cost. n. 2 del 1999 il valore *de quo* era presente nella Carta costituzionale e l'istituto dell'incompatibilità non era sconosciuto dal legislatore (art. 61 c. p. p. 1930). Il motivo è riconducibile alla non perfetta percezione della diversa articolazione del nuovo processo anche in relazione ai nuovi poteri attribuiti alle parti sugli sviluppi procedurali non solo in relazione ai riti speciali. La seconda riguarda la precisazione delle ragioni per le quali la Corte costituzionale non abbia cercato, come in recente passato, per ovvie ragioni organizzative e funzionali (soprattutto nel caso di organi collegiali), di suggerire il ricorso all'operatività dell'astensione e della ricsuzione. Una soluzione in tal senso risultava impedita dal fatto di operare in sede di annullamento con rinvio da parte del Supremo Collegio che reputa legittima la pronuncia dello stesso giudice che ha emesso un'ordinanza annullata alla luce di quanto espressamente previsto dall'art. 623 comma 1 lett. *a*, c. p. p., ove si dispone che la trasmissione è disposta al giudice che ha pronunciato l'ordinanza, e dall'art. 623 comma 1 lett. *d*, c. p. p., ove in caso di giudice monocratico espressamente si prevede la sostituzione del giudice. Le difficoltà connesse anche con i rischi d'un effetto a cascata della decisione, nascevano dal fatto che la scelta legislativa si innestava sulla necessità di mantenere, in caso di annullamento di una ordinanza, l'unità del procedimento all'interno del grado. Per

---

<sup>142</sup>) Osservazione di G. SPANGHER in *giur. cost.*, p.2658

superarle i giudici ricostruiscono le ragioni poste a fondamento dei poteri che sul punto specifico in modo innovativo sono stati attribuiti al giudice dell'esecuzione nel nuovo codice di procedura penale. Se invero nel vecchio codice, stante la diversa disciplina della connessione, la questione era definita nel giudizio di merito, in forza del principio dell'unità dell'accertamento, nel nuovo codice, stante l'opposta regola del *favor separationis*, la competenza a pronunciarsi sulla stessa materia è stata trasferita in sede esecutiva. La considerazione che la diversa forma del provvedimento, sentenza nel vecchio rito, ordinanza nel nuovo, non altererebbe la natura della decisione, attinente al merito della valutazione che il giudice è chiamato a fare, conduce i giudici costituzionali a ritenere irragionevole, sulla base della propria giurisprudenza in materia di incompatibilità, la riferita esclusione. Invero in sede esecutiva il giudice è abilitato a modificare il contenuto sanzionatorio definito in sede di cognizione, non solo riducendo le pene principali, ma anche eventualmente eliminando o riducendo pene accessorie e misure di sicurezza o altri effetti penali della condanna, nonché concedendo la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale. Avvalendosi dei poteri di cui all'art. 27 l. n. 87 del 1953, la Corte costituzionale dichiara per le medesime ragioni l'illegittimità consequenziale dell'art. 623 comma 1 lett. a, c. p. p. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice ha pronunciato o è concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o di rigetto della richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del concorso formale di cui l'art. 671 c. p. p. Le riferite precisazioni di merito, oltre che per sostanziare le conclusioni, servono per mettere la decisione al riparo da una sua automatica estensione, attraverso nuove eccezioni di incostituzionalità, ad altre situazioni di annullamento con rinvio da parte della Cassazione di ordinanze. Il pensiero corre immediatamente all'annullamento dei provvedimenti cautelari. Più che riguardare, ove si potesse materializzare una situazione di questo tipo, l'incompatibilità dei giudici del merito a giudicare delle cautele a seguito di annullamento con rinvio dei provvedimenti da loro emessi, la questione coinvolgerà l'annullamento con rinvio della decisione emessa, sui profili non formali, da parte del Tribunale della libertà. Già da tempo, progressivamente accentuatesi le



situazioni nelle quali la Cassazione annulla (parzialmente) con rinvio le decisioni del riesame, per difetto di motivazione, la questione si è posta alla riflessione degli operatori, con forte inclinazione al riconoscimento di una situazione di incompatibilità ancorché la Cassazione si esprima in senso contrario. Se le considerazioni di organizzazione non prevarranno, seppur collocate in sede distrettuale, l'esito della valutazione dovrebbe essere favorevole, stante il contenuto di merito che il giudice di rinvio è chiamato a riformulare, ancorché in parte.

### 3.7 ALLE S.U. LA QUESTIONE RELATIVA ALL'INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE CHE ABBA PRECEDENTEMENTE PRONUNCIATO UN PATTEGGIAMENTO NEI CONFRONTI DI UN COIMPUTATO NEL MEDESIMO REATO ASSOCIATIVO

Con l'**ordinanza n. 17078 del 2014**<sup>143</sup> viene affidata alle Sezioni Unite la questione relativa all'incompatibilità del giudice che abbia precedentemente pronunciato un patteggiamento nei confronti di un coimputato nel medesimo reato associativo. La Quinta Sezione, si è trovata ad affrontare l'annosa problematica concernente l'eventuale incompatibilità del giudice dibattimentale, che abbia pronunciato sentenza di applicazione della pena nei confronti di un coimputato, a giudicare gli altri concorrenti nel medesimo reato. Investita del ricorso, la Corte di Cassazione precisa subito la necessità di rimmetterlo alle Sezioni Unite e prende le mosse da una ricognizione della giurisprudenza costituzionale in tema di incompatibilità in caso di pluralità di procedimenti nei confronti di concorrenti nel medesimo reato. In breve, la Cassazione ricorda che una costante giurisprudenza della Corte costituzionale ha risolto in senso negativo l'interrogativo se il giudice che si sia pronunciato in un precedente giudizio sulla responsabilità di alcuni concorrenti, sia colpito da incompatibilità in relazione al processo che venga successivamente celebrato nei confronti degli altri. Infatti, secondo l'insegnamento di tale Corte, non sarebbe ravvisabile un'identità dell'oggetto del giudizio nell'ipotesi di concorso di persone nel medesimo reato, perché alla comunanza dell'imputazione fa

---

<sup>143</sup> Cass. Pen., sez. V, ord. 4 aprile 2014, (dep. 17 aprile 2014) , n. 17078

necessariamente riscontro una pluralità di condotte distintamente ascrivibili a ciascuno dei concorrenti, le quali, ai fini del giudizio di responsabilità, devono formare oggetto di autonome valutazioni sotto il profilo tanto materiale che psicologico, e ben possono, quindi, sfociare in un accertamento positivo per l'uno e negativo per l'altro. Subito dopo, l'ordinanza rimettente precisa che la validità di tali considerazioni è stata delimitata da altre decisioni della medesima Corte, che ha individuato delle "ipotesi estreme" in cui tale regola generale non opera<sup>144</sup>. Nel caso di specie, si trattava dunque di valutare se quest'ipotesi di incompatibilità, introdotta nella sentenza n. 371 del 1996, a partecipare al giudizio nei confronti di un imputato del giudice che abbia pronunciato una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti, possa essere estesa anche all'ipotesi in cui la prima decisione sia una sentenza negoziata. Sul tema, secondo l'ordinanza in esame, sussistono tre diversi indirizzi nella giurisprudenza di legittimità: un primo orientamento, esclude alla radice il configurarsi di tale incompatibilità, soffermandosi sulla particolare natura della sentenza di patteggiamento; si afferma che il giudice che abbia pronunciato sentenza di patteggiamento "nei confronti di un concorrente nel reato, pur quando quest'ultimo sia necessariamente plurisoggettivo, non è incompatibile con il giudizio degli altri concorrenti che non abbiano patteggiato la pena, data la peculiarità della citata sentenza che non postula la dimostrazione in positivo della responsabilità dell'imputato, ma solo l'accertata inesistenza di cause di non punibilità a norma dell'art. 129 c. p. p., sicché è irrilevante a tale fine la sentenza n. 371 del 1996". Un secondo indirizzo, non esclude *a priori* l'idoneità della sentenza di patteggiamento ad assumere una valenza pregiudicante, ma delimita la portata di questa attitudine all'ipotesi in cui, nel vagliare le posizioni degli altri concorrenti, lo stesso giudice abbia effettuato una concreta delibazione dell'accusa concernente l'imputato rimasto estraneo al patteggiamento. Infine, un terzo gruppo di pronunce si contrappone agli altri due, sostenendo che, a seguito della più volte citata sentenza n. 371 del 1996, debba ritenersi sussistente un'incompatibilità a giudicare un soggetto, in

---

<sup>144</sup>) Si fa riferimento a Corte cost., 9 giugno 1999, n. 241 e Corte cost., 17 ottobre 1996, n. 371.

ogni caso in cui un giudice abbia in una precedente sentenza espresso incidentalmente valutazioni di merito in ordine alla sua responsabilità penale e, quindi, anche quando la sentenza "pregiudicante" sia di patteggiamento. In conclusione, alla luce del confuso quadro esistente nella giurisprudenza di legittimità, bene ha fatto la Quinta Sezione a investire finalmente le Sezioni Unite del compito di porre un po' di chiarezza nel mare, fin troppo agitato, delle incompatibilità. Non resta ora che attendere la pronuncia Suprema Corte, sperando che, a quasi un ventennio di distanza dalla sentenza 371 del 1996, venga risolto un contrasto che si protrae da troppo tempo. Il servizio novità della Corte Suprema di cassazione comunica che, nel corso della camera di consiglio del 26 giugno 2014, le Sezioni Unite hanno dato soluzione "affermativa" al quesito "se l'ipotesi di incompatibilità dell'art. 34 comma 2 c. p. p., introdotta dalla sentenza costituzionale n. 371 del 1996, sussiste anche per il giudice del dibattimento che, in separato procedimento, abbia pronunciato sentenza di applicazione della pena su richiesta nei confronti di un concorrente necessario nello stesso reato". Dunque con l'odierna pronuncia, la recentissima **sentenza n. 36847 del 2014**<sup>145</sup>, la Corte di cassazione ha stabilito che la fattispecie è integrata anche quando la pronuncia pregiudicante consista in una sentenza di patteggiamento, ponendo fine - auspicabilmente in modo definitivo - ad una lunga *querelle* che si protraeva sin dagli ormai lontani anni '90. Viene così a sopirsi un residuo del lungo eco del terremoto esegetico cagionato dall'introduzione dell'ipotesi «impropria» d'incompatibilità "extraprocedimentale" da parte della sentenza 371 del 1996<sup>146</sup>.

---

<sup>(145)</sup> Cass., Sez. Unite, 26 giugno 2014 (dep. 3 settembre 2014), n. 36847

<sup>(146)</sup> A commento della decisione, osservazione di GABRIELLE PELLICCIOLI in *Diritto & Giustizia*, fasc.1, 2014, p.19

## CONCLUSIONI

Alla luce del lavoro svolto possiamo ben comprendere quella che è l'effettiva *ratio* dell'art. 34 c. p. p., ossia quella di garantire l'imparzialità del giudice; attraverso il meccanismo della sostituzione del giudice si vuole assicurare in concreto, nei procedimenti, l'effettiva indipendenza e terzietà del giudice, e quindi la sua specifica capacità e «idoneità» a giudicare. In tema di incompatibilità, l'imparzialità del giudice non può ritenersi, in via generale, intaccata da una qualsiasi valutazione da costui già compiuta nello stesso o in altri procedimenti, ma è circoscritta ai casi di duplicità del giudizio di merito sullo stesso oggetto, con conseguente rischio che la valutazione conclusiva di responsabilità sia, o possa apparire, condizionata dalla propensione del giudice a confermare una propria precedente decisione, così incidendo sulla garanzia di un giudizio che sia il frutto genuino ed esclusivo degli elementi di valutazione e di prova assunti nel processo e del dispiegarsi della difesa delle parti. A testimonianza della sensibilità dell'ordinamento riguardo le problematiche dell'imparzialità del giudice vi sono come si è ben potuto notare le numerose pronunce della Corte costituzionale sull'art. 34 c. p. p. La moltiplicazione delle sentenze additive in materia di incompatibilità del giudice penale è dipesa essenzialmente proprio dal nuovo modello processuale di stampo accusatorio e dai principi fondamentali che informano il vigente codice di procedura penale. In una parola, l'attuale art. 34 c. p. p., incardinato in un sistema processuale ispirato all'*idea accusatoria*, non poteva non dar luogo a censure di incostituzionalità, alla luce del presupposto della netta distinzione tra funzioni giudicanti e requirenti, e in considerazione della particolare importanza del principio di terzietà-imparzialità del giudice. La Corte ha, conseguentemente, dovuto eliminare le discrasie esistenti in questo settore, estendendo il regime delle incompatibilità ad ipotesi che non erano state prese in esame dal legislatore, pur essendo assimilabili sotto ogni aspetto a quelle menzionate nell'art. 34 c. p. p. Ogni pronuncia della Corte è stata a sua volta feconda di ulteriori sviluppi, date le inevitabili interconnessioni esistenti in materia: anche questo fenomeno di "gemmazione" spiega il numero davvero cospicuo di pronunce della Corte costituzionale sulla incompatibilità del giudice penale.

Recependo positivamente le indicazioni evincibili dalle reiterate pronunce della Consulta, il legislatore della riforma del *giudice unico* ha introdotto, con il *comma 2-bis*, una nuova causa di *incompatibilità* costruita come *assoluta*, cioè riferita sia all'udienza preliminare (e ai provvedimenti adottati in quella sede), sia all'emissione del decreto penale di condanna sia, infine, alla partecipazione al giudizio, anche fuori dei casi previsti dal comma secondo dello stesso articolo. Tale soluzione elide i rischi insiti in una elencazione casistica, la quale potrebbe rivelarsi lacunosa e dare adito a nuovi interventi della Corte Costituzionale motivati da ingiustificate disparità di trattamento. L'esigenza di temperare le ragioni della incompatibilità con quelle di carattere organizzativo ha portato il legislatore (con la citata *legge Carotti*, l. 16-12-1999, n. 479) ad inserire il *comma 2-ter* nel quale infatti sono individuati alcuni atti di minima rilevanza e privi di contenuto valutativo, il cui compimento da parte del magistrato non determina preclusione alla celebrazione dell'udienza preliminare. In particolare la c.d. legge Carotti fa dell'udienza preliminare il fulcro del nuovo processo penale consentendo una istruzione probatoria di rilevante consistenza. Con l'introduzione poi dell'ulteriore *comma 2-quater* abbiamo visto poi come tale previsione integra quanto disposto dal *comma 2-ter*, ampliando il novero delle eccezioni all'incompatibilità fra i ruoli di G.I.P e di G.U.P., già previste dal citato comma, all'ipotesi dell'adozione, come G.I.P., di provvedimenti relativi all'incidente probatorio, nonché dell'assunzione dell'incidente medesimo. Anche tali atti sono, dunque, stati ritenuti inadatti a creare nel giudice un pregiudizio sul merito del processo (il che ne avrebbe giustificato l'incompatibilità a giudicare nella successiva udienza preliminare).

## **BIBLIOGRAFIA**

- **AMODIO E.**, *Giudice unico e garanzie difensive nella procedura penale* Giuffrè, 2001
  
- **ANDREOTTI A.**, *Astensione, incompatibilità e ricusazione in materia penale* , in riv. *dir. proc. pen.*, vol. II, 1912
  
- **BARONE G.**, in *commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Milano,1989
  
- **BONIFACIO F.- GIACOBBE G.**, in *commentario della Costituzione*, Torino, 1986
  
- **BORGHESE S.**, *Astensione e ricusazione del giudice (dir. proc. pen.)*, in *enc. dir.*,vol. III, Milano, 1958
  
- **BRICCHETTI R.**, *Nella sottovalutazione del ruolo dell'imputato la debolezza di un percorso argomentativo*, in *guida dir.*, 2001
  
- **CARNELUTTI F.**, *Lezioni sul processo penale*, vol II,edizioni dell'ateneo Roma,1949
  
- **CAVALLARI V.**, *La capacità dell'imputato*, Milano, Giuffrè, 1968
  
- **CHIAVARIO M.**, *La riforma del processo penale. Appunti sulla legge delega e sul progetto preliminare del nuovo codice*, Utet, Torino, 1988
  
- **CHIAVARIO M.**, *Processo e garanzie della persona*, , Vol. II, Giuffrè, Milano, 1982.
  
- **CONSO G.**, *Capacità processuale penale*, in *enc. dir.*, vol VI, Milano, 1960,

▪ **CONSO G.- GREVI V.- NEPPI MODONA G.**, *Dalle leggi delega ai decreti delegati, vol. I, Cedam, Padova, 1989*

▪ **CONTI G.**, *Il controllo della parte sulla "competenza" dell'accusa in dir. e giust., 2000*

▪ **CONTI G.**, *L'incompatibilità del giudice tra microconflictualità costituzionale e prospettive di riforma ordinamentale, Giuffrè, Milano, 1996*

▪ **CONTI G.**, *Organici distrettuali per evitare la paralisi, in Il Sole-24 ore, 21 maggio 1996*

▪ **CORDERO F.**, *Diatribie sul processo accusatorio, in id., Ideologie del processo penale, Giuffrè, Milano, 1966*

▪ **DEAN G.**, *Nuovi limiti cronologici dell'incidente probatorio, in giur. cost., 1994*

▪ **DI CHIARA G.**, *Appunti sul più recente espandersi dell'area del "giudizio" pregiudicabile, in giur. cost., 2002*

▪ **DI CHIARA G.**, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice, Giappichelli, Torino, 2000*

▪ **DI CHIARA G.**, *Più che all'incompatibilità si guardi adesso alle cause di astensione e ricsuzione in dir. pen. e proc., 1998*

▪ **DITTRICH L.**, *Incompatibilità, astensione e ricsuzione del giudice civile, Padova, 1991*

▪ **DITTRICH L.**, *L'incompatibilità determinata da rapporti di parentela ed affinità, II ed., in giur. it., 1988*

- **ESCOBEDO G.**, *L'incompatibilità del giudice nel nuovo codice di procedura penale*, in *giust. pen.*, 1914
  
- **FARANDA C.**, *La capacità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1958
  
- **FERRUA P.**, *Indipendenza del giudice e unicità della giurisdizione*, in *giur. cost.*, 1970
  
- **FRIGO G.**, *Dietro la miniriforma della legge Carotti si nasconde un'inutile ortopedia legislativa*, in *guida dir.*, 2000
  
- **GAETA P. - TEI G.**, *I pregiudizi sul pregiudizio ovvero il falso mito della verginità del "giudice del merito"*, in *foro it.*, 1996
  
- **GALATERI G.**, voce *Incompatibilità*, in *noviss. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962
  
- **GALTERIO L.**, *Ordinamento giudiziario*, IV ed., Milano, Giuffrè, 1985
  
- **GIANNONE A.**, *La "chiusura del cerchio" delle cause di incompatibilità al giudizio di merito per effetto del pregresso intervento del giudice sulla libertà personale*, in *Cass. pen.*, 1996
  
- **GRAMIGNI L.**, *Le norme in tema di astensione e ricusazione fra eccezionalità e attuazione dei principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 1990
  
- **GREVI V.**, *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1972
  
- **LAVARINI B.**, *Patteggiamento del concorrente e astensione del giudice*, in *giur. cost.*, 2000



▪ **LOMBARDI G.**, *Principio costituzionale dell'indipendenza del giudice e composizione delle commissioni tributarie*, vol.II, *ibidem*, 1964

▪ **LOZZI G.**, *I principi dell'oralità e del contraddittorio del processo penale*, in *riv. it. dir. proc. pen.*, 1997

▪ **MARZADURI E.**, *L'introduzione del giudice unico di primo grado ed i nuovi assetti del processo penale*, in *leg. pen.*, 1998

▪ **MARZADURI E.**, *La tormentata genesi e gli aspetti salienti di una normativa bicefala in legislazione pen.*, 1997

▪ **MAZZA O.**, *Il progressivo ampliamento delle incompatibilità del giudice in dir. pen. proc.*, 1995

▪ **NICOLUCCI G.**, *Un'altra casella nello scacchiere delle incompatibilità del giudice*, in *giur. cost.*, 2008

▪ **NUZZO F.**, *Conoscenza degli atti delle indagini preliminari e presunte incompatibilità*, in *arch. nuova proc. pen.*, 1991

▪ **PELLICOLI G.**, *Reato a concorso necessario: ricusabile il giudice della sentenza di patteggiamento che "pregiudica"*, in *diritto & giustizia*, 2014

▪ **RAFARACI T.**, *Commento al codice di procedura penale, coordinato da M. CHIAVARIO*, Torino, 1993

▪ **RAFARACI T.**, *Incompatibile il giudice che ha rigettato la richiesta di convalida e di misura cautelare in limine del giudizio direttissimo*, in *giur. cost.*, 2012

▪ **RANALDI G.**, *Udienza preliminare e incompatibilità à la carte*, in *giur. cost.* 2002

- **RIVELLO P.P.**, *Il processo penale dopo la "legge Carotti"*, in *dir. pen. proc.*, 2000
  
- **RIVELLO P.P.**, *La Corte costituzionale amplia l'area dell'incompatibilità in relazione alla fase dell'udienza preliminare*, in *giur. cost.*, 2001
  
- **RIVELLO P.P.**, *L'incompatibilità del magistrato che abbia anticipato, in una precedente sentenza, le proprie valutazioni sulla responsabilità penale del soggetto sottoposto al suo giudizio*, in *Cass. pen.*, 1997
  
- **RIVELLO P.P.**, *Preclusa la funzione di giudizio ai componenti del tribunale del riesame*, in *dir. pen. proc.*, 1996
  
- **RIVELLO P.P.**, *Un articolato intervento della Corte costituzionale in tema di incompatibilità del giudice*, in *giur. cost.*, 1991
  
- **RIVELLO P.P.**, *Un significato mutamento d'indirizzo della Corte costituzionale*, in *giur. cost.* 1995
  
- **RIVIEZZO C.**, *Nuove disposizioni in tema di giudice unico di primo grado*, in *dir. pen. proc.*, 1999
  
- **ROMBOLI R.**, *Il giudice naturale*, in *enc. dir.*, vol. II agg., Milano, 1988
  
- **RUBIOLA E.**, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1930
  
- **SABATINI G.**, *Incompatibilità e ricsuzione nel nuovo codice di procedura penale*, in *scuola pos.*, 1914

▪**SABATINI G.**, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Utet, Torino, 1953

▪**SCHIZZEROTTO G.**, *Dell'arbitrato*, II ed., Milano, 1982

▪**SPANGHER G.**, monografia *“La pratica nel processo penale”*, Padova, Cedam, 2012.

▪**SPANGHER G.**, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso e Grevi, III ed., Padova, 1993

▪**SPANGHER G.**, *Regressione del processo ed incompatibilità del giudice*, in *giur. cost.*, 2001

▪**TESSA S.**, *L'incompatibilità del giudice per motivi di coniugio nel codice del 1930*, in *giur. cost.*, 1993

▪**TREVISSON LUPACCHINI T.**, *Riflessi dell'incompatibilità del giudice sulla validità degli atti processuali*, in *giur. It.*, vol. II, 1993

▪**TURONE G.**, *Il pubblico ministero nel nuovo processo penale: criteri guida per la gestione delle indagini preliminari in funzione delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale*, in *Quad. CSM*, 1989

▪**UBERTIS G.**, *I nuovi binari del processo penale*, atti del convegno di Napoli, Giuffrè, Milano, 1996

▪**VENDITTI R.**, *Il processo penale militare*, III ed., Giuffrè, Milano, 1993

▪**ZANNOTTI F.**, *Le attività extragiudiziarie dei magistrati ordinari*, Cedam, Padova, 1981

▪**ZAPPALA' E.**, *in Commento al nuovo codice di procedura penale, Vol. VI, Torino, 1991*

▪**ZAPPALA' E.**, *La ricsuzione del giudice penale, Giuffrè, Milano, 1989*

▪**ZUCCOLINI R.**, *Riforme, intesa sul giudice unico, in Corriere della Sera, 21 luglio 1999*

