

Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**
condirettore **Mario D'Andria**
LVI - maggio 2016, n° 05

05

20
16

| **estratto**

NUOVE SFIDE PER L'IMPARZIALITÀ DEL
GIUDICE: UN RINNOVATO CONCETTO DI
INCOMPATIBILITÀ

con nota di **Ludovica Tavassi**

286 I PRESUPPOSTI PER LA RIMESIONE DEL PROCESSO

SEZ. VI - C.C. 18 MARZO 2015 (DEP. 23 APRILE 2015), N. 16294 - PRES. AGRÒ - REL. CITTERIO - P.M. IACOVIELLO (CONCL. CONF.) - (263331)

RIMESIONE DEL PROCESSO - Casi - Libertà di determinazione - Azione di risarcimento proposta dall'imputato per i danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie - Disciplina sulla responsabilità civile introdotta con legge n. 18 del 2015 - Proposizione nei confronti di più magistrati appartenenti allo stesso ufficio - Rimessione del processo - Presupposti - Sussistenza - Esclusione.

(C.P.P. ARTT. 45, 48; L. 27 FEBBRAIO 2015, N. 18)

In tema di rimessione del processo, la proposizione da parte dell'imputato di una azione per il risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie nei confronti di più magistrati appartenenti allo stesso ufficio non costituisce, nemmeno a seguito della disciplina sulla responsabilità civile introdotta con l. 27 febbraio 2015, n. 18, "grave situazione locale", esterna alla dialettica processuale, tale da imporre il trasferimento della regiudicanda ex art. 45 c.p.p. (In motivazione, la Corte ha anche escluso, incidentalmente, che l'esercizio di tale azione costituisca ragione idonea e sufficiente ad imporre la sostituzione del singolo magistrato).

CONSIDERATO IN FATTO - (Omissis).

RAGIONI DELLA DECISIONE - 3. La richiesta di rimessione va dichiarata inammissibile per manifesta infondatezza. Conseguente è la condanna del richiedente al pagamento delle spese processuali e della somma di euro 2.500,00 (duemilacinquecento), equa al caso, alla Cassa delle ammende.

4. La richiesta di rimessione è innanzitutto argomentata con l'avvenuta proposizione, in pari data (13.1.2015), di azione di responsabilità civile ai sensi della l. 13 aprile 1988, n. 117, nei confronti sia del Giudice che sta celebrando il dibattimento che lo riguarda sia di altri due magistrati della sezione penale del Tribunale di Pordenone che, con il primo, concorsero (in data 11.6.2010) a deliberare ordinanza del Riesame, in sede cautelare reale, poi annullata con rinvio (in data 10.12.2010) da questa Corte. In sintesi, secondo il richiedente, in ragione della pendenza di tale azione civile risarcitoria, pur formalmente diretta a soli tre magistrati, sussisterebbe un «manifesto conflitto di interessi e incompatibilità di tutti i giudici penali» in servizio presso il Tribunale di Pordenone (p. 9), idoneo a fondare «un più che legittimo e fondato» «sospetto di incompatibilità ambientale e di mancanza di presupposti per un giusto processo», per essere venuta meno la terzietà e l'imparzialità del giudice (p. 9), essendo il giudicante divenuto «debitore dell'imputato» e sussistendo l'evidente sua forte tentazione di decidere il processo penale pendente in modo da «ridurre e/o annichilire la propria responsabilità civile e morale nei confronti dello stesso, per i fatti qui denunciati» (p. 10).

5. Giudica la Corte che, per le assorbenti ragioni che si esporranno, in questo caso non sia indispensabile affrontare il pur astrattamente pertinente tema della possibilità, per il giudice penale, di valutare *incidenter tantum* l'ammissibilità dell'azione civile proposta ai sensi della l. n. 117 del 1988, questione ora tanto più rilevante a fronte dell'intervenuta eliminazione del filtro costituito dal preliminare esame dell'ammissibilità della domanda, previsto dall'originario testo della l. n. 117 del 1988, art. 5, ed appunto abrogato dalla l. 25 febbraio 2015, n. 18. Nella fattispecie, infatti, per espressa deduzione dell'istante l'azione risulterebbe proposta non solo davanti a giudice incompetente (il Tribunale di Trieste e non quello individuato ex art. 11 c.p.p., come imposto dalla l. n. 117 del 1988, art. 4) ma pure oltre il termine di decadenza (sia quello biennale vigente alla data del 13.1.2015, sia quello triennale introdotto dalle modifiche contenute nella l. n. 18 del 2015, termine che, ai sensi del medesimo art. 4, in questo caso decorre dalla data dell'annullamento con rinvio, 10.12.2010).

6. La precedente esposizione delle deduzioni che in concreto sorreggono l'istanza di rimessione evidenzia, da parte dell'istante, una parziale sovrapposizione di due istituti del tutto differenti: quella del "legittimo sospetto", riconducibile a situazione locale di tale natura e gravità da rendere pressoché inevitabile la negativa incidenza sul sereno e corretto svolgimento del processo (art. 45 c.p.p.), e quella della ricsuzione, in ragione dell'essere il giudice debitore della parte ovvero dell'esservi inimicizia grave tra il giudice e la parte (art. 37 in relazione all'art. 36 c.p.p., lett. a e d).

6.1. I rigorosi presupposti di configurabilità del legittimo sospetto sono stati precisati dalle Sezioni unite di questa Corte subito dopo la modifica dell'art. 45 c.p.p., introdotta dalla l. 7 novembre 2002, n. 248. Con l'ordinanza n. 13687 del 28/1/2003 Cc. (dep. 26/3/2003) le Sezioni unite hanno formulato i principi di diritto, qui pertinenti, nei seguenti termini: «L'istituto della rimessione ha carattere eccezionale, implicando una deroga al principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge e, come tale, comporta la necessità di un'interpretazione restrittiva delle disposizioni che lo regolano, in esse comprese quelle che stabiliscono i presupposti per la *translatio iudicii*. Ne consegue che, da un lato, per grave situazione locale deve intendersi un fenomeno esterno alla dialettica processuale, riguardante l'ambiente territoriale nel quale il processo si svolge e connotato da tale abnormalità e consistenza da non poter essere interpretato se non nel senso di un pericolo concreto per la non imparzialità del giudice (inteso come l'ufficio giudiziario della sede in cui si svolge il processo di merito) o di un pregiudizio alla libertà di determinazione delle persone che partecipano al processo medesimo e, dall'altro, che i motivi di legittimo sospetto possono configurarsi solo in presenza di questa grave situazione locale e come conseguenza di essa. Ai fini della rimessione del processo, i provvedimenti e i comportamenti del giudice possono assumere rilevanza a condizione che siano l'effetto di una grave situazione locale e che, per le loro caratteristiche oggettive, siano sicuramente sintomatici della mancanza di imparzialità dell'ufficio giudiziario della sede in cui si svolge il processo medesimo».

La giurisprudenza successiva, in materia di rimessione per legittimo sospetto, ha in effetti costantemente insegnato che la gravità della situazione locale, sola idonea ad arrecare pregiudizio alla "serenità" del giudice – inteso come intero organo giudiziario – e delle parti, va valutata con riferimento al contesto ambientale extragiudiziario, coevo al processo, la cui esistenza va accertata prescindendo da ciò che accade nel processo stesso, quindi da un fenomeno esterno alla dialettica processuale, in quanto i comportamenti endo-processuali possono assumere rilevanza soltanto una volta autonomamente verificata l'esistenza della grave situazione locale (Sez. I sent. 30482/2004, Sez. IV sent. 35854/2006). Per la rimessione, quindi, rilevano solo comportamenti e provvedimenti endoprocessuali del pubblico ministero e del giudice sintomatici di una mancanza di imparzialità dell'intero ufficio giudicante nella sede di svolgimento del processo e tuttavia collegati da un nesso di causalità ad una grave situazione locale, da intendersi come fenomeno esterno alla dialettica processuale (Sez. VI ord. 15741/2013).

6.2. Risultano pertanto tendenzialmente del tutto estranei al sistema che caratterizza l'istituto della rimessione i rapporti personali tra parte e giudici, che tendenzialmente riguardano invece l'istituto della ricsuzione. Istituto che, tra l'altro, prevede e disciplina espressamente l'evenienza che la sostituzione del singolo giudice non possa operare all'interno del singolo ufficio giudiziario: in tal caso, l'art. 44 c.p.p., comma 2, dispone che la corte o il tribunale (secondo la competenza determinata dalla fattispecie concreta) rimetta il procedimento al giudice ugualmente competente per materia, determinato a norma dell'art. 11.

Risulta così del tutto infondata la prospettazione del richiedente, laddove pare sollecitare l'utilizzazione del peculiare istituto della rimessione per fronteggiare una asserita diffusa incompatibilità personale di vari magistrati dell'Ufficio giudicante davanti al quale è in trattazione il suo processo penale, vuoi per ragioni processuali oggettive (l'adozione in fasi precedenti del medesimo procedimento di provvedimenti espressamente richiamati dall'art. 34 c.p.p., quale risultante anche in esito alle numerose interpolazioni apportate dalla Corte costituzionale), vuoi per ragioni legate allo specifico rapporto con l'imputato a seguito del compimento di atti d'ufficio. Ove infatti ricorressero effettive cause fonti autonome di ricsuzione ai sensi dell'art. 37 c.p.p. (tali ovviamente giudicate non dall'imputato ma dalla competente autorità giudiziaria all'esito delle pertinenti procedure incidentali) e non fosse possibile individuare le necessarie sostituzioni all'interno dell'ufficio giudiziario, il procedimento dovrebbe essere rimesso ad altro ufficio giudiziario sempre nell'ambito dell'istituto della ricsuzione, secondo appunto quanto disposto dall'art. 44, comma 2.

6.2.1. A fronte di una prospettazione del ricorrente connotata da apparente suggestività, anche attraverso questa ripetuta sovrapposizione di tematiche relative alla costituzione ed all'evoluzione di un corretto rapporto processuale che (pur accomunate dall'esito: la sostituzione del giudicante all'interno del medesimo o in altro ufficio giudiziario) sono come osservato tuttavia intrinsecamente diverse, risulta opportuno chiarire come, in realtà, proprio le singole proposizioni della complessiva prospettazione risultino infondate in diritto.

Innanzitutto, il magistrato la cui condotta professionale sia stata oggetto di una domanda risarcitoria ex l. n. 117 del 1988, non assume mai la qualità di debitore di chi tale domanda abbia proposto. Ciò per l'assorbente ragione che la domanda (anche dopo la L. n. 18 del 2015) può essere proposta solo ed esclusivamente nei confronti dello Stato (salvi i casi di condotta penalmente rilevante, art. 13). Né la eventualità di una successiva rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato, nel caso in cui quell'originaria azione si sia conclusa con la condanna dell'Amministrazione, muta la conclusione, perché i presupposti e i contenuti dell'azione di rivalsa sono parzialmente diversi da quelli dell'azione diretta della parte privata nei confronti del solo Stato (art. 7; artt. 2 e 3). Il che, tra l'altro, impone di escludere che anche nel caso di intervento del magistrato nel processo civile che la parte promuove ex l. n. 117 del 1988 (art. 6), si instauri un rapporto diretto parte/magistrato che possa condurre alla qualificazione del secondo in termini di anche solo potenziale debitore della prima.

In altri termini, non solo la qualità di debitore si assume nel momento in cui viene riconosciuta la compiuta fondatezza della pretesa risarcitoria, e non prima, ma nel caso del sistema della l. n. 117 del 1988, il magistrato la cui condotta professionale è valutata nel processo civile non potrà mai assumere la qualità di debitore della parte privata.

Sotto tale profilo, quindi, l'azione di responsabilità ex l. n. 117 del 1988, ha una struttura sistematica ed una valenza in definitiva meno utili allo scopo perseguito dall'imputato con l'odierna richiesta (non essere giudicato a Pordenone) rispetto ad una normale causa civile o denuncia penale.

Alle quali, pure e in secondo luogo, la costante giurisprudenza già nega comunque alcuna efficacia ad integrare anche solo la condizione dell'inimicizia grave (art. 37 in relazione all'art. 36 c.p.p., lett. d) e quindi la idoneità a fondare, per sé, un'utile ricusazione. È sufficiente richiamare, per tutte, Sez. V sent. 8429/2007, che con efficace argomentare sintetizza le ragioni del sistema in punto di ricusazione: la denuncia penale o la instaurazione di una causa civile nei confronti del giudice sono entrambe fatto riferibile solo alla parte e non al magistrato e non può ammettersi che sia rimessa alla (discrezionale) iniziativa della parte la scelta di chi lo deve giudicare (si vedano comunque anche Sez. VI sent. 38176/2011, Sez. VI sent. 45512/2010, Sez. II sent. 30443/2003).

Ciò vale pure nel caso di esposti presentati in precedenza dalla parte contro il magistrato (Sez. VI sent. 2830/1995, Sez. VI sent. 2491/1996): il che rileva quindi, quanto alla l. n. 117 del 1988, anche dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 23 del 2015, pure in ordine ai possibili automatismi afferenti la verifica della sussistenza di un rilievo disciplinare, conseguente alla presentazione della domanda risarcitoria nei confronti dello Stato (attuale art. 9).

6.2.2. Deve quindi riaffermarsi (Sez. V sent. 8429/2007) che l'azione di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, esercitata ai sensi della l. n. 117/1988 anche dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 23 del 2015, non costituisce per sé ragione idonea e sufficiente ad imporre la sostituzione del singolo magistrato. Del tutto autonoma rimane la problematica sulla eventuale dichiarazione di astensione ai sensi dell'art. 36 c.p.p., lett. h), per l'assorbente ragione che in questo caso ogni più ampio apprezzamento rimane attribuito alla giurisdizione, sicché non sussiste alcuna possibilità di automatismo legato alla discrezionale iniziativa della parte (meccanismo strutturalmente non tollerato dal principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge).

Tantomeno tale azione è pertanto idonea e sufficiente, anche se rivolta nei confronti di una pluralità di magistrati di un medesimo ufficio giudiziario, ad imporre la rimessione del processo ad altra sede giudiziaria ai sensi dell'art. 45 c.p.p. ss., quasi che la mera pluralità dei casi potesse attribuire una consistenza che il singolo caso non possiede (e non già perché numero singolo bensì per struttura della fattispecie).

6.2.3. Venendo alle conclusioni e tornando ai presupposti dell'istituto della rimessione del processo disciplinato dagli artt. 45 e 49 c.p.p., prima richiamati al paragrafo 6.1. Le ragioni dedotte dal ricorrente non integrano, se non in termini solo assertivi e oggettivamente erronei in diritto, una grave situazione locale,

esterna alla dialettica processuale, idonea a fuorviare la serenità del giudizio riverberandosi sull'organo giudicante indipendentemente dalla sua composizione. L'istituto della rimessione ha natura assolutamente eccezionale (Sez. I ord. 5682/1997) e non costituisce una sorta di cumulo generale e generico di ricusazioni individuali dei componenti di un intero ufficio giudiziario: sicché, quand'anche fosse ipotizzabile la ricusabilità di tutti i singoli magistrati di un medesimo ufficio giudiziario in relazione ad uno specifico procedimento, devono essere allegate specifiche cause di ricusazione con riferimento ai singoli giudici e seguite le corrispondenti specifiche diverse procedure (Sez. VI sent. 1611/1997), senza che l'accertata infondatezza delle pertinenti doglianze nella sede propria della ricusazione possa invece fondare la reiterazione delle medesime censure nel contesto del diverso istituto della rimessione (questa essendo procedura per situazioni "non altrimenti ineliminabili" e non già considerate come idonee ad attivare specifiche diverse procedure: Sez. I sent. 634/1996).

La proposizione di più azioni di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, esercitata ai sensi della l. n. 117 del 1988, e pur dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 23 del 2015, nei confronti di più magistrati di un medesimo ufficio giudiziario, non costituisce grave situazione locale idonea ad imporre la rimessione del processo.

NUOVE SFIDE PER L'IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE: UN RINNOVATO CONCETTO DI INCOMPATIBILITÀ

New Challenges for the Judge's Impartiality: a Brand New Situation of Incompatibility

La sentenza in commento offre lo spunto per affrontare l'affascinante tema dello statuto del giudice penale. La vicenda ha preso le mosse da un errore giudiziario in seguito al quale è stata proposta azione civile per il risarcimento del danno e contestualmente istanza di rimessione del processo per il sospetto di incompatibilità ambientale e conflitto di interessi. La recente riforma della legge sulla responsabilità dei magistrati ha fornito occasione per riflettere sulle ripercussioni del promovimento dell'azione civile sul processo penale. Inoltre, considerata l'intricata concatenazione dei fatti processuali che hanno visto intrecciarsi una particolare combinazione dei ruoli del giudice, si è resa opportuna una riflessione sulla pluri-rimaneggiata disciplina delle incompatibilità ex art. 34 c.p.p.

The sentence concerns the criminal judge's statute. Because of a judicial mistake, the applicant proposed a civil action for damages and, at the same time, a motion for withdraw based upon a suspect of judge's ambiental incompatibility and upon a conflict of interest. The recent law reform in matter of judicial responsibility has inspired the reflection on civil action's effects in criminal trials. Moreover, considering the particular concatenation of trial facts about judge's different positions, the Author has considered necessary a specific propose regarding the remodeled discipline of the judicial incompatibility under art. 34 c.p.p.

di **Ludovica Tavassi**

Dottoranda di ricerca in Procedura penale e diritto delle prove presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca

Sommario 1. Una paradossale vicenda processuale. — 2. Un improprio uso dell'istituto della rimessione. — 3. Le ripercussioni dell'azione civile di risarcimento danni per responsabilità del giudice nel processo penale. — 4. Un'auspicata restaurazione della disciplina delle incompatibilità.

1. UNA PARADOSSALE VICENDA PROCESSUALE

La recente sentenza della Corte di cassazione ⁽¹⁾, pronunciata all'indomani dell'entrata in vigore della nuova disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati introdotta dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18, offre rilevanti spunti di riflessione sul più ampio tema dello statuto del giudice penale.

Il ricorrente, imputato in un processo per i reati di furto pluriaggravato, falso per soppressione e calunnia, aveva subito il sequestro del suo intero studio professionale per assicurare, al procedimento, le cose necessarie all'accertamento dei fatti. Il provvedimento, confermato dal tribunale del riesame, è stato poi annullato dalla Cassazione in quanto deliberato sulla base di un'erronea lettura del verbale di perquisizione.

Considerato l'errore giudiziario commesso in suo danno, l'imputato ha proposto azione civile per responsabilità – indirettamente – nei confronti dei tre magistrati che avevano composto il collegio del tribunale del riesame, fra i quali figurava anche lo stesso giudice a cui era poi stato affidato il dibattimento. Contestualmente, per il sospetto di incompatibilità ambientale e di conflitto di interessi, ha richiesto anche la rimessione del processo dal momento che, a suo avviso, «i tre magistrati rappresenta[va]no di fatto l'organico della sezione penale del tribunale di Pordenone sicché il presente processo non poteva essere celebrato in questa sede, perché in ogni caso sarebbe stato assegnato ad uno di questi tre magistrati o ad altri del pari incompatibili come il Gup che si era occupato dell'udienza preliminare o il primo Giudice originariamente designato secondo il sistema tabellare, che si era già occupato di "varie istanze inerenti lo *status libertatis*" del richiedente».

In altre parole, dopo aver avanzato la pretesa risarcitoria in sede civile, l'imputato ha ravvisato una lesione del diritto a un giusto processo per esser venute meno le garanzie dell'imparzialità e della terzietà del giudice. Secondo quanto si legge nelle conclusioni difensive riportate dalla sentenza in commento, infatti, «non è mai giusto un processo in cui il giudicante è divenuto "debitore dell'imputato", sussistendo l'evidente sua forte tentazione di decidere il processo penale pendente in modo da ridurre e/o annichilire la propria responsabilità civile e morale nei confronti dello stesso per i fatti denunciati».

Tuttavia, nella impostazione difensiva emerge chiaramente una singolare commistione di due istituti che, sebbene possano ritenersi impegnati entrambi ad ovviare ad un vizio che intacca l'indipendenza e l'imparzialità del giudice ⁽²⁾, sono sorretti non solo da presupposti del tutto differenti, ma sono rivolti anche a destinatari diversi, tanto che risulta difficile poterli intendere sotto una comune identità funzionale: si tratta della rimessione per legittimo sospet-

⁽¹⁾ Sez. VI, 24 marzo 2015, n. 16924, Longo, in *C.E.D. Cass.*, n. 263331.

⁽²⁾ A ben vedere, secondo MAZZA, *Indipendenza e Imparzialità del Giudice*, in *Protagonisti e comprimari del processo penale*, coordinato da CHIAVARIO, Utet, 1996, p. 37, «tra i caratteri distintivi della funzione giurisdizionale assumono un particolare rilievo l'indipendenza e l'imparzialità dei soggetti chiamati al suo esercizio. [...] I due requisiti essenziali della qualità stessa del giudice, pur dotati di una indubbia autonomia concettuale, non sembrano d'altronde suscettibili di separata tutela, risultando difficile affermare l'esistenza dell'uno in assenza dell'altro». Dello stesso avviso CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Giuffrè, 1984, p. 44; POTOTSCHNIG, *Il giudice interessato non è indipendente*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 1295 s.; G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, *ivi*, 1982, p. 782 s. V., inoltre, la giurisprudenza costituzionale che nella sent. n. 60 del 1969, *ivi*, 1969, p. 971, ha avuto modo di sottolineare che «il principio dell'indipendenza è volto ad assicurare l'imparzialità del giudice o meglio [...] l'esclusione di ogni pericolo di parzialità, onde sia assicurata al giudice una posizione assolutamente "super partes"». Quest'indirizzo ha trovato conferma anche in successive pronunce, quali, fra tutte, C. cost., sent. n. 128 del 1974, *ivi*, 1974, p. 853; C. cost., sent. n. 124 del 1992, *ivi*, 1992, p. 1070.

to (art. 45 c.p.p.), rivolta all'organo (*rectius*, al processo), e della ricsuazione per grave inimicizia riguardante, invece, il singolo giudice [art. 37 in relazione all'art. 36 *lett. a) e d)* c.p.p.].

La Corte di cassazione, in ragione soprattutto di questa indebita sovrapposizione, ha dichiarato inammissibile, per manifesta infondatezza, l'istanza di rimessione, sebbene anche le soluzioni alternative prospettate in sentenza non risultino del tutto coerenti con i principi a cui si riferiscono. Nella decisione, infatti, è stato negato che il giudice, la cui condotta è oggetto di domanda risarcitoria, assuma la qualità di debitore dell'imputato, essendo l'azione proponibile solo nei confronti dello Stato. In questo modo, la suprema Corte ha escluso che l'azione civile per il risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie possa costituire in sé ragione idonea e sufficiente ad ammettere la sostituzione dei giudici coinvolti.

Pur sembrando innegabile che le ragioni del ricorrente non integrino le gravi situazioni locali, esterne alla dialettica processuale, tali da turbare la serenità dell'organo giudicante in modo da legittimare la rimessione del processo, non ci si può astenere dal chiedersi come possa ritenersi "impermeabile" alle suggestioni provenienti da un giudizio sulla sua condotta in sede civile e dunque, restare terzo rispetto alle parti, proprio quel soggetto il cui comportamento fonda le ragioni della pretesa risarcitoria per responsabilità; soprattutto, dopo che la recentissima riforma ha aperto il catalogo delle ipotesi di colpa grave anche all'adozione di un atto o di un provvedimento pregiudizievole a causa di travisamento del fatto o delle prove ⁽³⁾.

In altre parole, lascia qualche perplessità l'assunto secondo cui il giudice indirettamente citato per danni rimarrebbe indifferente dinanzi alla tentazione di condannare il presunto innocente per ridurre le conseguenze scaturenti dal suo operato, sebbene l'effettivo destinatario della domanda risarcitoria sia formalmente lo Stato, nella persona del Presidente del Consiglio dei Ministri e non il magistrato.

Inoltre, dall'osservazione della dinamica delle vicende che qui si intrecciano in una particolare combinazione di ruoli del giudice occorre interrogarsi sulla possibilità di ritenere non pregiudicata la decisione nel merito da parte di un soggetto che, essendosi già precedentemente pronunciato nella composizione del tribunale del riesame, abbia non solo conosciuto, ma anche valutato atti che di certo non sono stati formati secondo le regole che disciplinano il dibattimento.

2. UN IMPROPRIO USO DELL'ISTITUTO DELLA RIMESSIONE

Se il processo penale ha come scopo quello di «formulare un giudizio consistente nella verifica empirica dell'ipotesi accusatoria per la conseguente condanna dei reati in essa addebitati oppure per la conferma della presunzione di innocenza dell'imputato» ⁽⁴⁾, il buon esito della complessa operazione cognitiva dipende imprescindibilmente dal corretto dispiegamento delle garanzie.

In questo contesto, il tema delle situazioni soggettive che coinvolgono il giudice penale ha un ruolo da protagonista: affinché possa ritenersi giusto il processo regolato dalla legge ⁽⁵⁾, è

⁽³⁾ Come si legge nella nuova formulazione dell'art. 2, comma 3, della l. 13 aprile 1988, n. 117, nella versione modificata dall'art. 2, comma 2, lett. c), l. 27 febbraio 2015, n. 18.

⁽⁴⁾ Così per FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale Scientifica, 2014, p. 129.

⁽⁵⁾ Molti i contributi sull'argomento: v., fra gli altri, DEAN, *I requisiti di terzietà ed imparzialità del giudice*, in AA.VV., *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Giappichelli, 2007, p. 165; UBERTIS, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, Giuffrè, 2008, p. 424.

indispensabile che il soggetto incaricato di giudicare si elevi in una perdurante posizione di estraneità rispetto agli interessi coinvolti nella *res iudicanda* (art. 111, comma 2, Cost.); al riparo da qualsivoglia pregiudizio occasionato da suggestioni e condizionamenti esterni (art. 3 e 101 Cost.); in piena autonomia rispetto alle parti presenti nel processo, agli altri poteri dello Stato e all'interno della stessa organizzazione giudiziaria ⁽⁶⁾(artt. 101 e 104 Cost.) ⁽⁷⁾. In altre parole, lo statuto del giudice si intesse sulle fila della naturalità, della preconstituzione (art. 25 comma 1 Cost.), dell'indipendenza e della terzietà ed imparzialità (art. 111, comma 2, Cost.) ⁽⁸⁾ che rappresentano, in questi termini, informazioni genetiche necessarie ed irrinunciabili.

Nei confini di questo paradigma garantista, le disposizioni del codice devono dar piena sostanza ai principi costituzionali a cui si riferiscono ⁽⁹⁾; infatti, soltanto attraverso le norme ordinarie, e nel particolare della vicenda, con gli strumenti previsti dagli artt. 34-45 c.p.p., si proietta la forza regolatrice delle norme costituzionali sulle situazioni concrete che si presentano.

Da qui, l'uso improprio dell'istituto della rimessione, correttamente censurato nella sentenza in esame, sospinge ad un'analisi che distingue con chiarezza i diversi profili degli strumenti di «bonifica processuale» ⁽¹⁰⁾ prestati dall'ordinamento a tutte le occasioni di *iudex suspectus* in base all'oggetto su cui intervengono e ai diversi punti di equilibrio a cui tendono nel gioco dei bilanciamenti fra i principi costituzionali coinvolti. In questi termini, appare indiscutibile che nel mondo processuale il disordinato combinarsi dei fattori incide significativamente sul risultato: la disciplina dell'art. 45 c.p.p. deve esser rivolta, infatti, a preservare l'imparzialità e la libera attività interpretativa dell'organo giudicante quando patologiche situazioni, di natura ambientale, si insinuano nella serenità del giudizio, influenzando i compor-

⁽⁶⁾ Asserzione che trova conferma nella stessa toponomastica del codice di procedura penale che, antepoendo al Titolo I del libro I il tema della giurisdizione, sottolinea l'essenzialità di un esordio che tracci i requisiti fondamentali e dunque i confini dello *ius dicere* in capo all'organo che, investito dalle parti, è artefice e garante del risultato funzionale del processo. In RICCIO, sub art. 1, in *Codice di procedura penale*, a cura di Tranchina, Giuffrè, 2008, p. 127, si legge chiaramente che «la disposizione delinea l'ambito operativo del giudice penale all'interno di un arco costituzionale che concretizza le ragioni di essenza e di legittimità della giurisdizione, oltreché le garanzie ordinamentali dell'individuo». Dello stesso avviso, MACCHIA, sub art. 1, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio - Dominioni, vol. I, Giuffrè, 1989, p. 4 e MARZADURI, sub art. 1 c.p.p., in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, vol. I, Utet, 1989, p. 60.

⁽⁷⁾ In tal senso MAZZA, *Indipendenza e Imparzialità*, cit., p. 37.

⁽⁸⁾ Seppur da diversa angolazione, cioè nella veste del diritto soggettivo dell'imputato ad esser giudicato secondo un equo processo, l'imparzialità e l'indipendenza sono riconosciute anche negli art. 6, par. 1, CEDU e art. 14, par. 1, P.i.d.c.p., ai sensi dei quali «ogni persona ha diritto a vedere esaminata la causa da un tribunale indipendente e imparziale». Peraltro la Corte europea distingue fra imparzialità soggettiva, che si può rintracciare «nell'assenza di un pregiudizio o di un partito preso», e imparzialità oggettiva, che si riferisce alla sussistenza di situazioni esteriori che oggettivamente possano escludere ogni sospetto di parzialità: su quest'argomento, v. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Utet, 2005, p. 70 e MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA.VV., *Procedura penale*, Giappichelli, 2015, p. 64. Cfr. fra tutte, C. eur. dir. uomo, sent. 26 ottobre 1984, *De Cubber c. Belgio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, p. 942 ss., con nota di RUGGERI.

⁽⁹⁾ In altre parole RICCIO, *Naturalità e preconstituzione del giudice nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di G. Vassalli, Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. 1945-1990*, vol. II, Giuffrè, 1991, p. 136, evidenzia che «... la Costituzione delinea il fondamento della norma ordinaria, nel senso che questa ne rappresenta lo sviluppo: l'opera del legislatore inizia dalla norma costituzionale, perché la disposizione ordinaria ne è naturale promanazione essendo proiettata alla regolazione della situazione per la quale la Costituzione ha stabilito il principio».

⁽¹⁰⁾ L'espressione si deve a BELLAVISTA, *Rimessione del procedimento (Dir. proc. pen.)*, in *Nss. d.I.*, vol. XV, Utet, 1968, p. 1123, nella quale ricomprendeva gli strumenti diretti a correggere o a eliminare situazioni "patologiche" in grado di compromettere la serenità dell'organo giurisdizionale.

tamenti di tutte le persone che vi partecipano ⁽¹¹⁾. A differenza dell'astensione e della ricusazione, la rimessione deve ricondurre il processo nel suo fisiologico incedere quando un pregiudizio esterno abbia compromesso l'imparzialità dell'organo nel suo complesso e non quella del singolo *iudex* in ragione dei suoi rapporti o delle sue condizioni personali. A ben guardare questo strumento assolve a più ampia funzione di tutela: il suo raggio d'azione ricopre il più generale contesto processuale ⁽¹²⁾, nonché la sicurezza e l'incolumità pubblica, oltretutto ai motivi di legittimo sospetto. Infine, rivela ulteriore peculiarità nel rimettere direttamente nelle mani della Corte di cassazione la valutazione circa la rilevanza dei fattori esterni che, secondo il suo guidato apprezzamento, determinano il trasferimento ad un organo giurisdizionale diverso da quello originariamente competente.

Un istituto del genere trova la misura della sua legittimità nel grado di tassatività della fattispecie, ossia nella dose di discrezionalità concessa dai parametri normativi di riferimento: più piccola è quella quantità, cioè più precisi sono i binari sui cui deve incardinarsi la decisione, tanto più potranno ritenersi rispettate le coordinate dettate dall'art. 25, comma 1, Cost. nel distacco dall'organo originariamente competente e nell'attribuzione alla nuova sede giudiziaria. Il rimedio apprestato dalla rimessione, infatti, spiega la sua corrispondenza con il principio della precostituzione oltre che dell'imparzialità laddove salvaguarda, non solo la decisione da influenze esterne al dialogo processuale ⁽¹³⁾, ma la stessa garanzia ad esser giudicati da un organo la cui competenza è comunque predeterminata rispetto alle interferenze sopraggiunte.

Ciò premesso, si comprende che gli usi impropri della rimessione trovano terreno fertile nella distanza lasciata da un catalogo di requisiti troppo ampio, come quello riformato dalla legge Cirami ⁽¹⁴⁾. L'istituto, infatti, è stato esposto ad una pericolosa manipolazione che lo vede trasformarsi da strumento restauratore dell'indipendenza e dell'imparzialità perduta ad espediente di sottrazione del processo a giudici non graditi ⁽¹⁵⁾, come, del resto, è stato tentato anche nella vicenda che ci occupa.

Per comprendere le dinamiche evolutive e le ragioni che spingono a questa eccentrica inversione di tendenza non si può prescindere da una breve osservazione che prenda le mosse dall'art. 55 c.p.p. abrogato. La norma prevedeva, come presupposti, la generica indicazione dei «gravi motivi di ordine pubblico» e del «legittimo sospetto». Queste formule, deliberatamente ampie, erano coerenti con un regime politico incentrato su un espresso controllo burocratico

⁽¹¹⁾ In tal senso TRANCHINA, voce *Rimessione del processo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 2007, p. 1; nonché MAZZA, *Indipendenza e Imparzialità*, cit., p. 75, il quale opportunamente pone in risalto gli effetti delle particolari circostanze locali di natura ambientale «sull'acquisizione delle prove e sulla genuinità dei risultati».

⁽¹²⁾ Già prima della riforma dell'art. 45 c.p.p., SPANGHER, sub *art. 45 c.p.p.*, in *Commentario*, a cura di Chiavario, cit., vol. I, p. 229 s., aveva colto «un allargamento concettuale della sfera d'incidenza dell'istituto: in linea con quanto già evidenziatosi alla luce delle applicazioni giurisprudenziali della vecchia normativa, sembrerebbe cioè che l'oggetto tutelato si sia trasferito dal giudice-organo al più generale contesto processuale».

⁽¹³⁾ Così ILLUMINATI, *Precostituzione del giudice e presupposti della rimessione*, in *La nuova disciplina della rimessione del processo*, a cura di Caprioli, Giappichelli, 2003, p. 60, nonché NOBILI, *Commento all'art. 25, comma 1, in Commentario della Costituzione. Rapporti civili* (artt. 24-26), a cura di Branca, Zanichelli, 1981, p. 173; ROMBOLI, *Il giudice naturale*, vol. I, Milano, 1981, p. 368, e, più recentemente, GIULIANI, *Rimessione del processo e valori costituzionali*, Giappichelli, 2002, p. 61.

⁽¹⁴⁾ L'art. 45 c.p.p. è stato riformato dalla l. 7 novembre 2002, n. 248.

⁽¹⁵⁾ In tal senso, ILLUMINATI, *Precostituzione del giudice*, cit., p. 67.

dell'attività del giudice ⁽¹⁶⁾. Non a caso, alla Corte di cassazione era rimesso il libero potere di designare, secondo piacimento, la nuova sede giudiziaria, senza alcun criterio guida ⁽¹⁷⁾.

Nel gioco dei rintocchi fra regola e principio, all'indomani della promulgazione della Costituzione, emerse chiaramente l'insormontabile conflitto con la precostituzione del giudice secondo la legge. Nel volgere verso un sistema che recepisce le direttive democratiche, il primo tentativo di "armistizio" fu proposto nella sentenza costituzionale n. 50 del 1963 ⁽¹⁸⁾. Nell'occasione la Corte, nonostante si fosse pronunciata per l'infondatezza della questione di legittimità, offrì una declinazione dei presupposti secondo una più precisa definizione: «le generiche nozioni di motivi di "ordine pubblico" e di "legittimo sospetto" devono essere tradotte rispettivamente con il riferimento ai casi in cui si manifestino o siano sicuramente prevedibili gravi perturbamenti della pubblica tranquillità e della pacifica convivenza dei cittadini, con pericolo anche per la sicurezza delle persone, ovvero in cui con mezzi diretti o indiretti, non esclusa la violenza nei riguardi delle persone che partecipano al processo».

Il codice del 1988, sulla scorta di queste indicazioni ⁽¹⁹⁾, si mosse nel dichiarato intento di superare la genericità dell'art. 55 c.p.p. abr. ⁽²⁰⁾.

La rimodulazione dei casi di rimessione garantiva il rispetto del principio di precostituzione del giudice, traducendo il «pericolo per la sicurezza delle persone» nel pregiudizio per «la sicurezza o l'incolumità pubblica» e «il legittimo sospetto» nei mezzi diretti o indiretti, non esclusa «la violenza nei confronti delle persone che partecipano al processo», destinati a distorcere la dialettica processuale; il tutto ricompreso nell'alveo delle «gravi situazioni locali tali da turbare lo svolgimento del processo» ⁽²¹⁾.

Le scelte lessicali del legislatore del 1988 erano state ponderate e consapevoli: ancorare l'opportunità di trasferire il processo al presentarsi delle «gravi situazioni locali» denotava la chiara volontà di incentrare su un dato obiettivo l'esigenza di conferire determinatezza al testo normativo. La stessa preferenza semantica per il termine "situazioni", preleva su altri termini

⁽¹⁶⁾ Per la completa trattazione dal punto di vista storico dell'argomento, si rinvia a BELLANTONI, *Ordine pubblico, legittimo sospetto e rimessione del procedimento*, Cedam, 1984, p. 13 s.; SPANGHER, *La rimessione dei procedimenti*, vol. I, Giuffrè, 1984, p. 343 s.

⁽¹⁷⁾ Dovranno aspettarsi per un adeguamento all'art. 25, 1 comma, Cost. una prima modifica, dovuta alla l. 15 dicembre 1972, n. 773, che limitava la scelta ai giudici «compresi nel distretto della stessa corte d'appello a cui appartiene il giudice competente ovvero nel distretto di una corte d'appello vicina»; e una seconda, ad opera della l. 22 dicembre 1980, n. 879, che aveva previsto una regola analoga a quella attualmente vigente in virtù della quale andava designato il giudice egualmente competente per materia del capoluogo del distretto della corte d'appello più vicina, tenuto conto «della distanza chilometrica ferroviaria e se del caso marittima».

⁽¹⁸⁾ C. cost., 27 aprile 1963, n. 50, in *Riv. it. proc. pen.*, 1963, p. 624, con nota adesiva di CONSO, *La costituzionalità dell'art. 55 c.p.p. alla luce di una sentenza provvidenziale*; dello stesso Autore, ma con diverso approccio, *Un istituto in crisi: la rimessione per ordine pubblico o per legittimo sospetto*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1967, p. 100 s.

⁽¹⁹⁾ La Corte costituzionale nella già citata sent. n. 50 del 1963 ha avuto l'impareggiabile merito di individuare le coordinate di legalità lungo le quali si potesse costruire un parametro vincolante per la valutazione dei presupposti per la rimessione. In tal senso BELLANTONI, *Ordine pubblico*, cit., p. 78; ROMBOLI, *Il giudice naturale*, cit., p. 177; SPANGHER, *La rimessione*, cit., p. 361; NOBILI, *Commento all'art. 25, comma 1*, cit., p. 202.

⁽²⁰⁾ V. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *G.U.* 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 2, p. 21.

⁽²¹⁾ Così si leggeva nel testo dell'art. 45 c.p.p. ante modifica apportata dalla legge n. 248 del 7 novembre 2002: «In ogni stato e grado del processo di merito, quando la sicurezza o l'incolumità pubblica ovvero la libertà di determinazione delle persone che partecipano al processo sono pregiudicate da gravi situazioni locali tali da turbare lo svolgimento del processo e non altrimenti eliminabili, la Corte di cassazione, su richiesta motivata del procuratore presso la corte di appello o del pubblico ministero presso il giudice che procede o dell'imputato, rimette il processo ad altro giudice, designato a norma dell'articolo 11».

più vaghi, prescriveva, tra l'altro, che la *traslatio iudicii* potesse avvenire solo in presenza di eventi individuati obiettivamente ⁽²²⁾ e non per ragioni di tipo soggettivo che dovevano, come devono, richiamare altri rimedi processuali quali l'astensione o la ricasazione ⁽²³⁾.

Del resto, proprio le Sezioni unite hanno fornito un'interpretazione secondo cui l'art. 45 c.p.p. alludeva soltanto a quelle situazioni che si distinguono per «una tale abnormità e consistenza da non poter essere interpretate se non nel senso di un pericolo concreto per la non imparzialità del giudice o di un pregiudizio alla libertà di determinazione delle persone che partecipano al processo» ⁽²⁴⁾. In più, come se non bastasse, doveva sussistere un preciso nesso causale fra le suddette situazioni, una volta accertate, e la turbativa al regolare svolgimento dell'attività processuale ⁽²⁵⁾.

A queste condizioni la disciplina della rimessione poteva ritenersi ricondotta nell'alveo della legittimità costituzionale tanto sotto il profilo della tassatività quanto in quello della ragionevolezza dei presupposti, rispettando la riserva di legge dettata dall'art. 25, comma 1, Cost. e l'ordine vigente delle competenze con cui entrava in contatto ⁽²⁶⁾.

Sebbene fosse stato pacificamente riconosciuto che l'assenza di qualsiasi riferimento all'astratta categoria concettuale del "legittimo sospetto", quale causa di rimessione, non costituiva una lacuna da colmare, recentemente, ancora le Sezioni unite ⁽²⁷⁾ hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 45 c.p.p., contestando la mancata coincidenza fra quanto enunciato nella direttiva 17 della legge-delega ⁽²⁸⁾ e la «libertà di determinazione delle persone che partecipano al processo», per violazione degli artt. 76 e 77 Cost.

La questione fu dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza ⁽²⁹⁾. Tuttavia, l'esito nega-

⁽²²⁾ Così DIDI, *La rimessione del processo penale*, Giuffrè, 2000, p. 175; GIULIANI, *Rimessione del processo*, cit., p. 170.

⁽²³⁾ Sull'argomento una copiosa giurisprudenza: Sez. I, 7 luglio 1994, n. 340, Campello, in *questa rivista*, 1995, p. 2932; Sez. I, 16 luglio 1993, n. 3397, Baietta, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, p. 98; Sez. I, 15 febbraio 1993, n. 848, Della Corte, in *questa rivista*, 1994, p. 1549; Sez. I, 30 gennaio 1996, n. 634, Tetamo, *ivi*, 1997, p. 2131; Sez. I, 19 giugno 1995, n. 3669, Gatta, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 630; Sez. I, 10 marzo 1997, n. 1952, Pomicino, in *C.E.D. Cass.*, n. 208880; Sez. I, 4 marzo 1988, n. 1125, Berlusconi, *ivi*, n. 210010; Sez. I, 15 aprile 2004, Mingari, n. 17519, *ivi*, n. 229704; Sez. VI, 4 dicembre 2008, n. 45267, Marinozzi, *ivi*, n. 242398; Sez. VI, 26 maggio 2015, Marino, n. 22077, *ivi*, n. 263559.

⁽²⁴⁾ Sez. un., 27 gennaio 2003, Berlusconi, cit., nonché da Sez. VI, 17 novembre 2003, Previti, in *questa rivista*, 2004, p. 986.

⁽²⁵⁾ Cfr. GIULIANI, *Rimessione del processo e valori costituzionali*, cit., p. 203 s.; TRANCHINA, *I soggetti*, in SIRACUSANO - GALATI - TRANCHINA - ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2006, I, p. 74; SPANGHER, sub art. 45 c.p.p., in *Commentario*, a cura di Chiavario, cit., p. 230, il quale sottolinea che sarebbe rilevante «una effettiva incidenza della situazione dedotta (...) sotto il profilo del rapporto "diretto" con lo svolgimento regolare del processo».

⁽²⁶⁾ Così ILLUMINATI, *Prestituzione del giudice e presupposti della rimessione*, cit., p. 72; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, V ed., Giappichelli, 2015, p. 82.

⁽²⁷⁾ Sez. un., 29 maggio 2002, Berlusconi, in *questa rivista*, 2002, p. 3007, n. 979, con nota di GREVI, *Un sorprendente dubbio delle Sezioni unite in tema di rimessione del processo: incostituzionale l'art. 45 c.p.p. per "difetto di delega" rispetto alla previsione del "legittimo sospetto"?*, *ivi*, 2002, p. 3015; altrettanto criticamente CORDERO, *Quando secondo la legge si può "turbarne un processo"*, in *La Repubblica*, 5 giugno 2002, ora in CORDERO, *Le strane regole del signor B.*, Garzanti, 2003, p. 127 s.

⁽²⁸⁾ Nella direttiva 17 si richiamava la legge-delega del 1974, poi riproposta dal legislatore nel 1987, dove era stata prevista una pedissequa riproduzione dei presupposti indicati dall'art. 55 c.p.p. abr. con l'unica variazione rappresentata dall'aggiunta della qualifica di "oggettivi" ai "gravi motivi di ordine pubblico": v. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, Istituto Poligrafico dello Stato, 1974, p. 46.

⁽²⁹⁾ Come si legge nella sentenza della C. cost., 19 novembre 2002, n. 465, in *questa rivista*, 2003, p. 491 con nota di CAPRIOLI, *Corte Costituzionale e rimessione del processo: una quaestio de legitimate in bilico tra irrilevanza originaria*

tivo dell'incidente di costituzionalità non è riuscito a bloccare la modifica della disciplina della rimessione avvenuta ad opera della legge n. 248 del 2002. Sotto la spinta di non meglio celati interessi al trasferimento di determinati processi, la legge Cirami ha reintrodotto, fra i presupposti per la rimessione, «il legittimo sospetto» *more antiquo* specificando che per essere invocato deve potersi apprezzare una situazione di fatto che determini pregiudizio grave alla sicurezza o all'incolumità pubblica ovvero alla libera determinazione delle persone che partecipano al processo ⁽³⁰⁾. In altre parole, deve essere inteso nel senso che quei "motivi" non rappresentano un criterio autosufficiente: devono presentarsi, piuttosto, come successivi e subordinati alle "gravi situazioni locali" per legittimare il trasferimento del processo, cioè devono costituirne "l'effetto specializzante" e non la "causa scatenante" del "pericolo concreto di non imparzialità del giudice". In queste vesti, l'unico ulteriore significato che veicola è quello di «un'estensione della rilevanza dell'area del pregiudizio per l'imparzialità del giudice a quella, incerta e soggettiva, del ragionevole dubbio, mentre nulla si dice a proposito dei fatti che, ove riscontrati, costituirebbero effettivo pregiudizio» ⁽³¹⁾.

I numerosi chiarimenti giurisprudenziali intervenuti sull'argomento denunciano due non tralasciabili criticità: da un lato, il rischio della ridondanza, insito nell'assorbimento nella più concreta e definita categoria degli elementi di "gravità" del contesto ambientale di un accertamento piuttosto astratto come quello che coinvolge il "legittimo sospetto", sottolinea come il legislatore del 1988, nell'aver interpretato restrittivamente la legge-delega, non avesse mancato un'occasione, tutt'al più si era prioritariamente preoccupato dell'attuazione del principio costituzionale della precostituzione rispetto ai profili evanescenti e indeterminati di una categoria concettuale aperta alla libera interpretazione. Del resto, non doveva suscitare tale clamore una meno larga e generica attuazione normativa rispetto alle previsioni della delega che, operando come linea di principio, sono destinate a guidare la costruzione delle norme e non a dettarne i contenuti ⁽³²⁾.

Il secondo punto critico, più controverso del primo, si rinviene nella sorprendente assenza del benché minimo riferimento, nella riforma, alla compatibilità con l'art. 25, comma 1, Cost., tanto sotto il profilo della riserva di legge, quanto sotto quello della necessaria predeterminazione delle regole per la competenza.

Questa mancanza tradisce la pericolosa *voluntas legis* di non chiudere il catalogo dei motivi ⁽³³⁾, lasciando impregiudicato nella vaghezza della formula il tentativo delle parti di eludere il principio del giudice precostituito per legge.

Benché i presupposti, come ribadito, non brillino certo per determinatezza, la rimessione appare comunque istituto eccentrico rispetto alla doglianza difensiva, fondata nel caso specifico, a ben vedere, su un profilo che attiene più propriamente alla tematica della incompatibi-

e irrilevanza sopravvenuta; v. anche GREVI, La disciplina della rimessione del processo dalle Sezioni unite alla Corte costituzionale: un'ordinanza di manifesta inammissibilità per difetto di rilevanza ignara della sopravvenute modifiche legislative, in Giur. cost., 2002, p. 3854. Cfr., altresì, DEMURO, Una questione di legittimità costituzionale paradigmaticamente inammissibile, in La nuova disciplina della rimessione del processo, a cura di Caprioli, Utet, 2003, p. 5.

⁽³⁰⁾ In tal senso RAFARACI, "Il legittimo sospetto": vecchio e nuovo corso di una formula passe-partout, in *La nuova disciplina*, cit., p. 103.

⁽³¹⁾ Così nella sentenza della Sez. un., 27 gennaio 2003, Berlusconi, cit.

⁽³²⁾ Così ILLUMINATI, *Prestituzione del giudice e presupposti della rimessione*, cit., p. 73.

⁽³³⁾ Come sottolineato a chiare lettere da FERRUA, *La rimessione per legittimo sospetto è legge*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 40, p. 10.

lità del giudice, il cui più opportuno strumento sanzionatorio sarebbe dovuto essere quello previsto dall'art. 37 c.p.p., ovvero la ricusazione ⁽³⁴⁾.

3. LE RIPERCUSSIONI DELL'AZIONE CIVILE DI RISARCIMENTO PER RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE NEL PROCESSO PENALE

La vicenda esaminata dalla Cassazione prende le mosse dalla proposizione dell'azione per responsabilità civile dei giudici del riesame.

La "legge Vassalli", come anticipato, è stata riformata per uniformarsi agli *standard* imposti dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea. In particolare, sono state censurate le legislazioni nazionali che escludono, in maniera generale, la responsabilità degli Stati membri per i danni arrecati ai singoli individui dalle violazioni del diritto comunitario, ricollegabili a errori accorsi nella interpretazione delle norme o nella valutazione dei fatti e delle prove ⁽³⁵⁾, imputabili a un organo giurisdizionale di ultimo grado.

Anche il nostro paese è stato condannato per aver escluso dal novero delle ipotesi fondanti il danno civile tutte le attività cognitive del giudice incuranti del diritto dell'Unione europea ⁽³⁶⁾. La l. 27 febbraio 2015, n. 18, si è perciò adoperata per ridurre «l'area dell'irresponsabilità garantita» ⁽³⁷⁾, introducendo una soluzione di compromesso che si propone di riallineare le coordinate che regolano l'esercizio della funzione giurisdizionale sulla dimensione europea, salvaguardando, al tempo stesso, la libera attività dei giudici. Per raggiungere l'obiettivo è stato ridefinito il concetto di colpa grave fondante il danno risarcibile, facendo ricorso alle espressioni di «violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea» e di «travisamento del fatto o delle prove» ⁽³⁸⁾.

Sebbene le nuove disposizioni sembrino prestarsi alle più ampie interpretazioni, può suppersi che le condotte dannose diverranno apprezzabili, in sede civile, solo quando si presenteranno come l'effetto di un'inescusabile negligenza nell'approfondimento e nella ricerca degli elementi esplicativi del fatto e delle prove da valutare. Insomma, quando l'attività giurisdizionale sconfinerà in una licenza di libera interpretazione della legge, in dispregio del

⁽³⁴⁾ Come illustrato da BARONE, art. 36-37, in *Commentario*, a cura di Amodio - Dominioni, cit., p. 235, secondo cui «il naturale sbocco di tutte le situazioni di incompatibilità e il necessario momento "sanzionatorio" dell'inosservanza dell'obbligo di astensione è offerto alle parti dalla ricusazione».

⁽³⁵⁾ C. giust. UE, sent. 30 Settembre 2003, causa C-224/01, Kobler, in *Racc. I-10239*, p.to 45 e C. giust. UE, sent. 13 giugno 2006, causa C-173/03, Traghetti del Mediterraneo, in *Corr. giur.*, 2006, n. 11, p. 1515, con nota di C. CONTI.

⁽³⁶⁾ C. giust. UE, sent. 24 novembre 2001, causa C-379/10, Commissione c. Italia, in *Foro it.*, 2012, IV, c. 13, con nota di F. SCONDIATI.

⁽³⁷⁾ Così definita da CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 131-132, prima della riforma e trattando da un punto di vista storico il problema. Secondo l'Autore, l'esercizio delle funzioni del giudice va inquadrato nel *Richter-privileg*, ossia in un assioma di *chiovendiana* memoria secondo cui i giudici sono irresponsabili rispetto alla *res iudicata*: manca un fatto dannoso, non potendo essere tale "l'atto che dichiara il diritto". Quindi non può ritenersi imputabile «la mistica autorità giudiziaria» salvo i casi di dolo o colpa grave; difatti è esclusa ogni responsabilità quanto a conclusioni ermeneutiche, valutazioni del fatto e lavoro sulle prove o «chi vomiti serissime testimonianze o consideri oro colato le favole d'un mitomane o stravolga formule legali».

⁽³⁸⁾ Più precisamente, il nuovo art. 3 l. 13 aprile 1988, n. 117, riformato dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18, afferma che «costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione».

grado di chiarezza e di precisione delle disposizioni, dando luogo a un'inosservanza grave e inescusabile del diritto ⁽³⁹⁾.

La riforma ha introdotto, per lo stesso scopo, altri due elementi di novità: l'abrogazione del cosiddetto "filtro" giudiziale sull'azione, consistente nel preventivo vaglio di ammissibilità della domanda civile, e l'obbligo di rivalsa dello Stato nei confronti del giudice coinvolto nei casi in cui l'errore giudiziario è stato determinato da dolo o negligenza inescusabile o per diniego di giustizia.

La prima modifica, dettata dalla necessità di rimediare all'anomala esiguità delle cause per responsabilità civile del magistrato, non stravolge significativamente la disciplina. Le cause di decadenza e di inammissibilità rimangono immutate e il rilevarle *in lite*, anziché in una procedura preliminare *ad hoc*, non determina particolari differenze in punto di merito.

Di ben diversa portata sono, invece, le ripercussioni del promovimento dell'azione civile sul processo penale in corso: la soppressione dell'obbligo di affrontare preliminarmente la fondatezza della pretesa lascia nelle mani dell'attore-imputato uno strumento utile per denunciare l'incompatibilità del giudice investito della decisione sulla sua responsabilità durante tutto il perdurare del parallelo accertamento civile. Infatti, proprio dalla "coniugio" con il nuovo obbligo di rivalsa dello Stato sul magistrato responsabile, si rileva che gli effetti della decisione, anche se in maniera indiretta, con la nuova disciplina sono concretamente in capo al giudice penale. Egli può ritenersi, pertanto, solo formalmente "sostituito" nel ruolo di convenuto dal Presidente del Consiglio dei Ministri ⁽⁴⁰⁾, ma sostanzialmente, se condannato, debitore obbligato del danno.

Appare innegabile la svolta operata rispetto all'impianto originario della legge Vassalli che, nell'attribuire allo Stato le vesti di primo destinatario dell'obbligo di risarcimento, si orientava verso la piena tutela dell'autonomia dell'ordine giudiziario ⁽⁴¹⁾. Oggi, invece, deve assumersi che la nuova luce europea, portando alla ribalta «l'obbligo generale della rivalsa nei casi di diniego di giustizia, ovvero nei casi in cui la violazione è stata determinata da dolo o negligenza inescusabile» ⁽⁴²⁾, il cauto ampliamento della categoria della "colpa grave" e la soppressione del "filtro" di ammissibilità della domanda risarcitoria per manifesta infondatezza, intenda privilegiare la tutela dei diritti del cittadino, presuntivamente danneggiato, anche a costo di una minore difesa dell'attività del giudice.

Tuttavia, questo nuovo equilibrio appare precario, dal momento che presta il fianco a strumentalizzazioni di parte in grado di incidere sul rispetto del principio della precostituzione del giudice, senza, peraltro, risolvere il nodo di un potere, come quello giudiziario, che resta co-

⁽³⁹⁾ BERETTA, *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, in *Iustitia*, 2015, p. 163.

⁽⁴⁰⁾ *Contra* CAGNAZZO, *Nuova responsabilità civile dei magistrati e remissione del processo*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 3, p. 7, sostiene, invece, che l'azione di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non è motivo di sostituzione del singolo magistrato «poiché i contenuti dell'azione di rivalsa presentano peculiarità parzialmente differenti da quelle dell'azione diretta della parte privata nei confronti dello Stato».

⁽⁴¹⁾ Il concetto è stato ribadito, poco prima l'entrata in vigore della legge n. 18 del 2015, da Sez. III, ord. n. 1715 del 29 gennaio 2015, secondo cui «in tema di responsabilità civile dei magistrati la previsione dell'esclusione della proponibilità di un'azione risarcitoria diretta nei confronti del singolo magistrato non integra alcuna limitazione del diritto di agire del danneggiato né sotto il profilo costituzionale (artt. 2, 3, 24, 32, 111, 117 Cost.), né sotto quello comunitario (artt. 1, 20, 21, 47, 53, 54 e 55 della Carta di Nizza), né sotto quello sovranazionale (artt. 6 e 13 della CEDU) in quanto la posizione soggettiva del danneggiato trova piena ed appagante tutela nella responsabilità diretta dello Stato, mentre l'anzidetta esclusione non costituisce privilegio».

⁽⁴²⁾ In questi termini è stato modificato l'art. 7 l. 13 aprile 1988 n. 117 dalla legge di riforma citata in virtù della precedente mera facoltà di esercizio.

munque controllore di se stesso. Sarebbe stata – forse – auspicabile una riforma che, in ossequio al principio generale di responsabilità degli Stati membri, avesse promosso una disciplina più definita nelle sue scadenze processuali e nel rispetto delle garanzie comunitarie, regolando tassativamente i presupposti della responsabilità in modo da guidare la discrezionalità comunque insita in una valutazione che vede il giudice identificarsi nella *regiudicanda*, avendo ad oggetto inevitabilmente una condotta che potrebbe essere la stessa di chi è chiamato a pronunciarsi ⁽⁴³⁾.

In questo nuovo contesto, risulta, quindi, discutibile l'argomentazione della sentenza in commento, dove si afferma, a chiare lettere, che il magistrato, la cui attività sia stata oggetto di una domanda risarcitoria, non assume la qualità di debitore (formale) per "l'assorbente ragione" che la domanda può essere proposta solo ed esclusivamente nei confronti dello Stato. Il dato formale della mancata assunzione della veste di convenuto in capo al singolo giudice sarebbe perciò sufficiente per escludere la necessità di sostituirlo quando dovesse contestualmente giudicare l'attore-imputato.

La conclusione a cui perviene la Cassazione non convince, non solo per il nuovo carattere obbligatorio dell'azione di rivalsa nei confronti dell'esponente dell'ordine giudiziario che rende, come detto, quest'ultimo debitore in concreto, seppur indiretto, ma in special modo per il richiamo, esposto in sentenza, ad alcune delle situazioni che legittimano l'intervento degli istituti dell'astensione e della ricasazione dalle quali si evince che una lesione del rapporto fra il giudice e la parte, in effetti, è stata determinata da un errore dovuto a colpa grave quale la disposizione di un sequestro pacificamente illegittimo.

Dunque, dalla proposizione dell'azione civile formalmente nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri non può ritenersi che la dinamica della responsabilità indiretta funzioni da schermo totale rispetto alla forza pregiudicante che una pronuncia sulla responsabilità ha comunque sul giudice chiamato, in sede penale, a decidere sulla colpevolezza dell'imputato-attore.

I riferimenti offerti dalla Corte di cassazione, infatti, non solo alle ipotesi di inimicizia grave fra il giudice e la parte richiamati dall'art. 37 in relazione all'art. 36, lett. a) e d) c.p.p. ma agli stessi motivi di astensione previsti nell'art. 36, lett. h) c.p.p., evidenziano che una lesione del rapporto fra il giudice e la parte coinvolta nelle situazioni determinate da dolo o negligenza inescusabile è concretamente riscontrabile.

4. UN'AUSPICABILE RESTAURAZIONE DELLA DISCIPLINA DELLE INCOMPATIBILITÀ

Sullo sfondo delle questioni direttamente affrontate dalla Corte di cassazione, la vicenda in esame fornisce lo spunto per trattare un tema ulteriore: la compatibilità alla funzione di giudice del dibattimento dello stesso soggetto che ha partecipato al collegio del tribunale del riesame per valutare la legittimità di un sequestro probatorio.

Dato che, come in una reazione a catena, proprio dall'inedita ipotesi di incompatibilità appena indicata sono discese le vicende precedentemente trattate, non può tralasciarsi una riflessione che riparta seguendo lo stesso schema di corrispondenze fra la declinazione pro-

⁽⁴³⁾ Del resto, prendendo le mosse dall'assunto, già citato per altro argomento, di CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Ed. Ateneo, 1947, p. 264 ss., secondo cui «un'altra esigenza implicita nel concetto del giudice è che questi giudichi le parti, cioè un altro da sé e non sé medesimo», risulta ancora più discutibile l'obiettività di un giudizio che ha ad oggetto l'accertamento di una responsabilità scaturita da un'attività che è esattamente la stessa in cui potrebbe incorrere, se non è già incorso, lo stesso soggetto che sta giudicando un suo collega.

cessuale dei principi costituzionali e la tutela delle situazioni soggettive protette nel nostro sistema – integrato – delle fonti.

Il tema va inquadrato nelle coordinate fornite dalla legge di revisione costituzionale n. 2 del 1999 ⁽⁴⁴⁾ che ha riscritto l'art. 111 Cost. prevedendo espressamente, al secondo comma, che «ogni processo deve svolgersi nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale».

In realtà, la novellata disciplina costituzionale, sulle tracce di un sentiero già battuto anche dalle fonti sovranazionali ⁽⁴⁵⁾ e nel proposito di introdurre i canoni del “giusto processo”, ha sentito l'esigenza di ribadire un carattere che poteva già ritenersi come connaturato alla stessa qualità di giudice ⁽⁴⁶⁾.

Anche nel 1948, infatti, osservando nella loro armoniosa intelaiatura le norme a presidio dell'autonomia della magistratura (art. 104, comma 1, Cost.) e dell'indipendenza del singolo giudice (art. 101, comma 2, Cost.), poteva desumersi l'imparzialità come una garanzia immamente all'esercizio della funzione giurisdizionale, la cui mancanza poteva ritenersi patologica e tranciante a prescindere dall'esistenza di un suo riconoscimento espresso ⁽⁴⁷⁾. Del resto, già prima della riforma, la stessa giurisprudenza costituzionale riteneva innegabile, in accordo con risalente dottrina, che «al fine di porre lo stesso cittadino in una situazione di effettiva tutela rispetto al potere giurisdizionale, il giudice doveva collocarsi in una posizione di terzietà che gli consentisse di mediare tra l'atto legislativo e il concreto conflitto di interessi protagonista del giudizio, in modo imparziale» ⁽⁴⁸⁾.

A maggior ragione oggi, tenendo conto della doppia qualifica prescritta a chiare lettere nella Costituzione – terzietà ed imparzialità –, può sostenersi che il regime delle incompatibilità regolato nel codice si ripropone di assicurare che il giudice del merito non si ritrovi esposto alla

⁽⁴⁴⁾ L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (*Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione*), attuata con l. 25 febbraio 2000, n. 35 (*Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 7 gennaio 2000 n. 2, recante disposizioni urgenti per l'attuazione dell'art. 2 della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, in materia di giusto processo*).

⁽⁴⁵⁾ Come si rileva dall'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, dall'art. 6 della CEDU e dall'art. 14 D.I.P.C. del 1966, ossia che «*toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] pour un tribunal indépendant et impartial*». Per un'analisi compiuta dei profili sovranazionali, si rinvia a CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, vol. III, Giuffrè, 1984, p. 74 ss.

⁽⁴⁶⁾ Così CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, *Premesse storiche e sistematiche*, Cedam, 1941, p. 108, aveva ravvisato «[nell']interposizione tra le parti di un terzo estraneo al conflitto, che possa decidere imparzialmente, il germe di tutti gli istituti giudiziari». Nello stesso verso si esprimono in termini di «connotazione fondamentale della giurisdizione» PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, Cedam, 1988, p. 64; RVIELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, Giuffrè, 1996, p. 44; UBERTIS, voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. II, 1, Giuffrè, 2008, p. 424. Ancora, nello stesso modo, già prima della revisione costituzionale avevano riflettuto sui valori costituzionali insiti nell'esercizio della funzione giurisdizionale anche GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 726 s.; RICCIO, *Costituzione e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1988, p. 180 s. e SPANGHER, *Bicamerale e giustizia: silenzi e carenze per il processo penale nel "sistema delle garanzie"*, in *Ind. pen.*, 1988, p. 335 s.

⁽⁴⁷⁾ In tal senso, ILLUMINATI, *Precostituzione del giudice e presupposti della rimessione*, cit., p. 61 che fonda le sue ragioni, per analogia, sulla metafora Corderiana secondo la quale «non avrebbe senso scrivere nella legge, anche se nessuno si sognerebbe di dubitarne, che le cause non possono essere decise lanciando i dadi, piccoli o grandi, come faceva il celebre giudice di Rabelais».

⁽⁴⁸⁾ RICCIO - DE CARO - MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988*, ESI, 1991, p. 43.

“forza della prevenzione”⁽⁴⁹⁾ per aver esercitato, nello stesso processo, funzioni giurisdizionali⁽⁵⁰⁾ o per aver rivestito altri uffici.

Ebbene, proprio nell’obiettivo di trasfondere nelle norme processuali la disciplina che ha inteso il principio di imparzialità come paradigma irrinunciabile del giusto processo, il legislatore ordinario ha perso la sua sfida⁽⁵¹⁾. Le limitate indicazioni fornite inizialmente dal dettato dell’art. 34 c.p.p. hanno sempre peccato di un’eccessiva ristrettezza semantica a cui i numerosissimi interventi della Corte costituzionale hanno dovuto rimediare intessendo un catalogo chiuso di previsioni giurisprudenziali, che si è comunque rilevato incapace di raccogliere tutte le vicissitudini che si sono verificate nel reale⁽⁵²⁾.

In particolare, alla luce della vicenda in esame, appare censurabile l’ennesimo vuoto normativo laddove sembra mancare lo spunto legislativo per poter ritenere incompatibile il giudice che, nella composizione del tribunale del riesame, non solo ha riconsiderato per esigenze di controllo tutti gli elementi forniti dalle parti, ma ha avuto modo di valutare anche gli eventuali nuovi elementi sopravvenuti ed ha esercitato, dove necessario, il potere di acquisire d’ufficio informazioni e documenti utili al fine di decidere compiutamente su un provvedimento che, disponendo un sequestro probatorio, si presenta come «astrattamente idoneo ad incidere su diritti garantiti a livello costituzionale corrispondenti ad una *ratio* che è comune alla disciplina sottesa a tutte le forme di coercizione reale o personale»⁽⁵³⁾.

Nell’ambito del sistema penale, infatti, tutte le tipologie di sequestro rientrano nella categoria degli atti di coercizione reale «destinati ad assoggettare determinate cose ad un vincolo di

⁽⁴⁹⁾ L’espressione coniata da CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., p. 264 è stata ripresa anche dalla C. cost., sent. 15 settembre 1995, n. 432, in *Foro it.*, 1995, I, p. 3068 s., che l’ha definita come «quella naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento». Il concetto è stato oltretutto utilizzato anche da S. BORGHESE, voce *Astensione e ricsuzione del giudice* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, vol. III, Giuffrè, 1958, p. 955; da SPANGHER, *Problemi di incompatibilità e precedente sentenza istruttoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, p. 600 e da ZAPPALÀ, *La ricsuzione del giudice penale*, Giuffrè, 1989, p. 115.

⁽⁵⁰⁾ Oltreché, ai sensi dell’art. 35 c.p.p., per aver esposto la propria attività alle inevitabili influenze scaturenti da rapporti interpersonali con altri giudici coinvolti nel processo.

⁽⁵¹⁾ Sull’argomento, fra gli altri, DEAN, *I requisiti di terzietà ed imparzialità del giudice*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Giappichelli, 2007, p. 170, osserva criticamente che «il fisiologico esercizio della funzione giurisdizionale è, dunque, assicurato dalla profilassi del fenomeno dello *iudex suspectus* la quale sconta, tuttavia, la sfuggente fisionomia di quest’ultimo capace di manifestarsi in forme conosciute e, quindi, espressamente disciplinate dalla legge, ma anche in grado di elaborare all’infinito fattispecie inedite e, quindi, prive di specifico presidio normativo: un fenomeno degenerativo, insomma, in perenne divenire estraneo per sua stessa natura alle classificazioni positivistiche e refrattario, per ciò stesso, a forme nominali di prevenzione».

⁽⁵²⁾ Dello stesso avviso DI CHIARA, *Giudizio cautelare, “forza della prevenzione” e incompatibilità del giudice: appunti sparsi a prima lettura su C. cost. 131/96*, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1495; MAZZA, *Indipendenza e Imparzialità*, cit., p. 44; MAZZA, *Il progressivo ampliamento delle incompatibilità*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1403; nonché, recentemente, RICCIO, *L’imparzialità tra situazione soggettiva e paradigma di sistema*, in *Giust. pen.*, 2014, fasc. 10, I, c. 255 osservando che «è tema ricorrente; sono troppe le situazioni processuali imprevedibili che non potevano essere determinate dal legislatore [...] per la prima volta, ed a causa della originalità e della originarietà sistematica, la procedura penale si è trovata di fronte allo stesso problema della legislazione penale, talvolta combattuta tra uso di clausole generali e determinazione dei fatti, quando è difficile che la fattispecie possa comprendere l’insieme delle situazioni che il legislatore intende penalizzare senza colpire fatti di quel settore privi di offensività».

⁽⁵³⁾ Così per MASSARI, sub art. 253 c.p.p., in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso - Illuminati, Cedam, 2015, p. 983. La stessa opinione è già stata espressa da MONTONE, voce *Sequestro penale*, in *Dig. d. pen.*, vol. XIII, Utet, 1997, p. 260; SELVAGGI, sub art. 253-256, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, vol. II, Utet, 1999, p. 751; TRANCHINA, voce *Sequestro penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1992, p. 6.

indisponibilità, mediante lo spossessamento di chi è legittimato a farle circolare con effetti giuridici»⁽⁵⁴⁾. Tuttavia, il legislatore del 1988, per ovviare ai disorientamenti che le carenze definitorie del vecchio codice avevano favorito, si è adoperato per distinguere i sequestri in base alla diversa natura giuridica e alla finalità peculiare a cui corrispondono altrettanti ambiti, oggetti, regole e scopi differenti.

Il sequestro probatorio, per queste ragioni, è stato collocato nel libro III, dedicato alle prove, al Titolo III, fra i mezzi di ricerca, in netta separazione dal successivo segmento del codice destinato alle misure cautelari in cui sono stati risistemati il sequestro conservativo e quello preventivo. Non poteva che essere così, data la peculiarità del suo scopo, assicurare al processo le cose che appaiono necessarie per l'accertamento dei fatti⁽⁵⁵⁾, e la specificità del suo oggetto, il corpo del reato e le cose che ne sono pertinenti. Ambedue gli oggetti esaltano, infatti, per la loro stretta ineludibilità concettuale, una finalità tipicamente processuale tesa a carpire tutte quelle cose che hanno un rapporto diretto ed immediato con il reato⁽⁵⁶⁾.

La pertinenzialità al reato, seguendo un semplice meccanismo di relazione, infatti, implica l'accertamento, sia pure incidentale, della pregressa commissione di un fatto presuntivamente costituente reato e del nesso che lega quest'ultimo alla necessità di disporre lo spossessamento della cosa. Ne deriva che, nel decreto motivato disposto dall'autorità giudiziaria, deve indicarsi lo stretto rapporto fra la *res* e lo stesso reato, sorretto dalla «sussistenza di elementi tali da configurare l'esistenza della fattispecie, la cui avvenuta realizzazione deve emergere come fortemente probabile»⁽⁵⁷⁾. Non basta, quindi, una mera enumerazione degli articoli di legge che si ritengono violati o l'astratta configurabilità del reato, di fatto la medesima cosa, ma, a pena di nullità, devono essere delineati e probatoriamente sostenuti gli estremi essenziali che indicano il tempo, il luogo e l'azione affinché possa corrispondere che «pertiene al reato ogni reperto utile alla decisione»⁽⁵⁸⁾. Ciò è necessario soprattutto perché, rientrando il sequestro probatorio fra i mezzi di ricerca della prova e non fra le misure cautelari, non occorre alcuna successiva convalida⁽⁵⁹⁾ da parte dell'organo giurisdizionale⁽⁶⁰⁾. Pertanto, la tutela della parità delle armi tra le parti e dei principi del giusto processo è rimessa *in toto* al tribunale del riesame secondo le stesse regole previste dall'art. 324 c.p.p: il controllo sul provvedimento emanato deve accertarne la legittimità come prescritto per le misure cautelari. Tale verifica, sulla base

⁽⁵⁴⁾ In questi termini, DALIA, *Sequestro penale*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Giuffrè, 1986, p. 939.

⁽⁵⁵⁾ Unanimemente concordi sullo scopo del sequestro probatorio, BEVERE, *Coercizione reale*, Giuffrè, 1999, p. 61; DE CRESCENZO, *Il sequestro penale e civile*, Utet, 1996, p. 6; MELCHIONDA, voce *Sequestro per il procedimento penale*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Giuffrè, 1990, p. 149; M. MONTAGNA, voce *Sequestri*, in *Dig. d. pen.*, vol. I, Utet, 2005, p. 1558; MONTONE, voce *Sequestro penale*, cit., p. 253; SELVAGGI, sub art. 253-256, cit., p. 753; TRANCHINA, voce *Sequestro penale*, cit., p. 1.

⁽⁵⁶⁾ Così come si può apprezzare nella definizione di "corpo di reato" e "cose che ne sono pertinenti" tanto nella dottrina già citata quanto nella giurisprudenza recente: Sez. II, 3 luglio 2013, n. 31950, Fazzari, in *C.E.D. Cass.*, n. 255556; Sez. III, 27 settembre 2001, n. 3538, De Masi, *ivi*, n. 220114; Sez. I, 10 luglio 2000, n. 2777, Volpini, *ivi*, n. 244567.

⁽⁵⁷⁾ L'espressione la si deve a MASSARI, sub art. 253 c.p.p., in *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 975. V. anche BEVERE, *Coercizione reale*, cit., p. 62; TRANCHINA, voce *Sequestro penale*, cit., p. 3. *Contra* CANTONE, *I sequestri nel codice di procedura penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, I, 1996, p. 8; DE CRESCENZO, *Il sequestro penale e civile*, cit., p. 6, per i quali è sufficiente l'astratta configurabilità di un'ipotesi di reato.

⁽⁵⁸⁾ Le parole usate sono di CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 837.

⁽⁵⁹⁾ Fatta salva l'ipotesi in cui, per motivi d'urgenza, il sequestro sia stato disposto dalla polizia giudiziaria, come previsto dall'art. 354 c.p.p.

⁽⁶⁰⁾ Sez. III, 9 aprile 1992, n. 603, Gerace, in *C.E.D. Cass.*, n. 189985.

degli atti trasmessi, di eventuali elementi nuovi presentati dalle parti e sulla scorta di un potere di acquisizione d'ufficio di documenti o informazioni necessarie alla decisione, deve riscontrare che il corpo del reato e le cose a esso pertinenti, sequestrate dall'autorità giudiziaria, siano dotate di un'attitudine dimostrativa idonea, per l'intrinseca stretta connessione con il fatto criminoso, a fondare non solo «l'astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto ad una determinata ipotesi di reato»⁽⁶¹⁾, ma le modalità di preparazione e di esecuzione, l'esistenza di eventuali tracce, gli elementi utili all'identificazione del colpevole, oltretutto all'accertamento del movente⁽⁶²⁾.

Tanto è vero che la giurisprudenza, colmando un vuoto normativo su quest'aspetto, in alcuni casi ha accennato ad «un più incisivo potere del giudice dell'impugnazione»⁽⁶³⁾, che deve vederlo impegnato in un accertamento sulla stessa sussistenza del *fumus* del reato prospettato dall'accusa.

Nella vicenda concreta presa in esame, del resto, vale la pena sottolineare l'eccezionalità della misura illegittimamente convalidata dal tribunale del riesame. Si trattava, infatti, del sequestro probatorio dell'intero studio legale dell'imputato che esercitava la professione di avvocato. È evidente, dunque, e non merita più particolari illustrazioni l'affermazione secondo cui tale intervento coercitivo si reggeva sull'accertamento incidentale della responsabilità dell'imputato, titolare dello studio professionale posto sotto sequestro. Può ritenersi assodato che il magistrato avendo conosciuto, nel riesame, tutti gli elementi fornitigli *ante iudicium* dalle parti per permettergli, in sede di impugnazione, di valutare la legittimità del provvedimento e avendo deciso sulla scorta di questi, in concreto, per la conferma del sequestro non doveva più ritenersi compatibile al ruolo di giudice del dibattimento, essendo il processo formativo del suo convincimento sulla responsabilità intaccato da una conoscenza pregiudicante nei contenuti del fatto e da una pregressa valutazione contenutistica sulla sussistenza del reato e sulla responsabilità dell'imputato.

Nonostante ciò, il dettato legislativo dell'art. 34 c.p.p. non ricomprende espressamente tale ipotesi di sospetta parzialità del giudice.

D'altro canto, deve osservarsi che proprio per ovviare a situazioni che negli anni hanno lamentato simili *vacationes*, l'evoluzione normativa della disciplina delle incompatibilità è stata costellata da uno straordinario susseguirsi di rimaneggiamenti giurisprudenziali⁽⁶⁴⁾ che, a colpi di serrate declaratorie di incostituzionalità⁽⁶⁵⁾, hanno integrato la sua struttura, enunciando un vero e proprio *novum* metodologico.

⁽⁶¹⁾ Come si può apprezzare testualmente in Sez. un., 11 novembre 1994, Ceolin, in *questa rivista*, 1995, p. 535; e dello stesso avviso in Sez. un., 20 novembre 1996, Bassi, in *questa rivista*, 1997, p. 1673; Sez. IV, 12 dicembre 2001, n. 41388, Andreani, in *C.E.D. Cass.*, n. 223196.

⁽⁶²⁾ Così secondo Sez. V, 21 ottobre 1996, Patanè, in *C.E.D. Cass.*, n. 206639; Sez. VI, 7 aprile 1997, Iannini, *ivi*, n. 207591; Sez. IV, 17 novembre 2010, n. 2622, Rossini, *ivi*, n. 249487.

⁽⁶³⁾ Sez. III, 27 gennaio 2000, n. 414, Cavagnoli, in *questa rivista*, 2001, p. 3147.

⁽⁶⁴⁾ CONTI, *L'incompatibilità del giudice tra microconflittualità costituzionale e prospettive di riforma ordinamentale*, in AA.VV., *I nuovi binari del processo penale. Tra giurisprudenza costituzionale e riforme. (Atti del convegno di Napoli)*, Giuffrè, 1996, p. 198, lo definisce «un record assoluto che ha un che di misterioso, se si pensa che il medesimo istituto dell'incompatibilità del giudice, delineato in termini sostanzialmente analoghi dall'articolo 61 c.p.p. 1930, aveva vissuto senza traumi di sorta la sua lunga vita».

⁽⁶⁵⁾ Solo a titolo esemplificativo, C. cost., sent. n. 496 del 1990, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2887 s.; C. cost., sent. n. 401 del 1991, *ivi*, 1991, p. 3487; C. cost., sent. n. 502 del 1991, *ivi*, 1991, p. 4028, C. cost., sent. n. 124 del 1992, *ivi*, 1992, p. 1070; C. cost., sent. n. 186 del 1992, *ivi*, 1992, p. 1343; C. cost., sent. n. 396 del 1992, *ivi*, 1992, p. 3457; C. cost., sent. n. 439 del 1993, *ivi*, 1993, p. 3587; C. cost., sent. nn. 453 e 455 del 1994, *ivi*, 1995, p. 3918 e 3940; C. cost., sent. n. 432 del 1995, in

La Corte costituzionale, già a partire dai primi anni novanta, attraverso lo strumento delle pronunce additive, ha nutrito la disposizione con un inventario di situazioni concrete. La primogenita di questa stirpe è stata la sent. n. 469 del 1990⁽⁶⁶⁾, la quale, sostenendo le ragioni del sistema tendenzialmente accusatorio e, dunque, della netta separazione che deve insistere fra la funzione requirente e quella giudicante, ha consacrato una nuova ipotesi in capo al giudice per le indagini preliminari che, dapprima, ha ordinato al pubblico ministero di formulare l'imputazione (art. 409, comma 5, c.p.p.) e, successivamente, si è ritrovato investito del giudizio abbreviato.

In questa pronuncia, avendo puntualmente sottolineato che «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» è stato rilevato che «tale valutazione non è dissimile, nella sostanza, da quella che, nel procedimento davanti al tribunale, lo stesso giudice per le indagini preliminari compie sia nell'emettere il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare – con il quale appunto valuta l'ipotesi accusatoria e dispone se del caso il rinvio a giudizio – sia nell'accogliere la richiesta di giudizio immediato formulata dal p.m., ciò presuppone che egli condivida l'opinione sull'evidenza della prova che legittima il ricorso a tale rito»⁽⁶⁷⁾.

I presupposti, di ordine generale, sottesi all'originaria formulazione dell'art. 34 c.p.p., erano stati rimodulati secondo una nuova ricostruzione: il giudice delle leggi aveva individuato l'essenza costitutiva del pregiudizio nelle attività svolte nelle precedenti fasi del processo e nella previa conoscenza dei relativi atti.

La creativa scelta esegetica, secondo il suddetto schema, non era perfetta⁽⁶⁸⁾: lungo queste linee prospettiche la giurisprudenza costituzionale correva il pericolo di offrire un parametro utile affinché potesse reclamarsi un giudice diverso per ogni segmento procedimentale suggerito da qualsiasi genere di provvedimento. In questo modo si finiva per minare l'unicità del concetto stesso di processo⁽⁶⁹⁾.

Sul tema, pochi anni dopo, le indicazioni della sentenza n. 401 del 1991⁽⁷⁰⁾ hanno offerto più nette delucidazioni, soffermandosi con maggiore attenzione sui caratteri che valgono a definire la sostanza di cui deve esser fatta una completa disciplina che si leva a presidio del valore

Foro it., 1995, I, c. 3069; C. cost., sent. n. 131 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1139; C. cost., sent. n. 155 del 1996, *ivi*, 1996, p. 1502 e sent. n. 371 del 1996, *ivi*, 1996, p. 3386; C. cost., sentt. nn. 306, 307 e 308 del 1997, in *Foro it.*, 1997, I, p. 2721; C. cost., sent. n. 290 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2227; C. cost., sent. n. 241 del 1999, *ivi*, 1999, p. 2132; C. cost., sent. n. 224 del 2001, *ivi*, 2001, p. 1957; C. cost., sent. n. 400 del 2008, *ivi*, 2008, p. 4683; C. cost., sent. n. 153 del 2012, in *G.U.* 27 giugno 2012, n. 26; C. cost., sent. n. 183 del 2013, in *G.U.* 17 luglio 2013, n. 29.

⁽⁶⁶⁾ C. cost., sent. 26 ottobre 1990, n. 496, cit., p. 2887 s., è stata la prima a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p. «nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al successivo giudizio abbreviato il giudice per le indagini preliminari presso la pretura che abbia emesso l'ordinanza di cui all'art. 554, comma 2, c.p.p.».

⁽⁶⁷⁾ Così testualmente in C. cost., sent. n. 496 del 1990, cit., p. 2889.

⁽⁶⁸⁾ Secondo RICCIO, *L'imparzialità tra situazione soggettiva e paradigma di sistema*, cit., p. 257 s., «il problema è generato dalla pluralità di situazioni in cui il giudice scorge il rischio del pregiudizio, oltreché dalla molteplicità di soluzioni offerte. [...] incertezze che compaiono nella giurisprudenza costituzionale che [...] esamina da alternativi punti di osservazione, assimilando ora la *res* ora la comunanza e/o la diversità delle *regole di giudizio*, raramente accumulando i due criteri».

⁽⁶⁹⁾ Come evidenziato dalla C. cost., ord. n. 26 del 1996 e sent. n. 124 del 1992, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1489, secondo cui «in caso contrario, si determinerebbe una "assurda frammentazione" del procedimento – inteso quale "ordinata sequenza di atti, ciascuno dei quali legittima, prepara e condiziona quello successivo" – con l'aberrante conseguenza di dover disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi, quanti sono gli atti da compiere».

⁽⁷⁰⁾ C. cost., sent. 12 novembre 1991, n. 401, cit., p. 3487 ss.

dell'imparzialità⁽⁷¹⁾, senza dover interrompere la linea di continuità che, invece, necessariamente deve percorrere l'intero arco processuale⁽⁷²⁾.

La Corte costituzionale ha fatto così riferimento, come sede pregiudicata, al "giudizio" (*rectius*, alla valutazione), inteso come la decisione sul merito della *regiudicanda* e non anche alle decisioni assunte ad altri fini, e, come attività pregiudicante, alla circostanza specifica in cui il giudice abbia preventivamente compiuto, sulla base dei risultati complessivi delle indagini preliminari (eventualmente integrati da quelli acquisiti nell'udienza preliminare), un pre-accertamento, nei contenuti, sulla consistenza dell'ipotesi accusatoria.

Alla stregua delle stesse premesse, in materia cautelare, la Corte aveva escluso, dapprima⁽⁷³⁾, che all'adozione di un provvedimento *de libertate* fosse preordinata a una valutazione tale da minare l'imparzialità della decisione conclusiva sulla responsabilità dell'imputato, sostenendo una diversità di oggetto e di funzione, dato che il primo è un accertamento puramente indiziario che mira alla sola verifica delle condizioni che legittimano la misura restrittiva e in queste si esaurisce.

Pochi anni dopo, invece, nella scia della l. 9 agosto 1995, n. 332⁽⁷⁴⁾ che, riconoscendo un certo qual carattere di eccezionalità ai provvedimenti limitativi della libertà personale disposti prima della condanna, ha apportato un incisivo mutamento al quadro normativo delle misure cautelari, la Corte costituzionale ha virato verso la consacrazione di un'ulteriore ipotesi di incompatibilità in capo al giudice per le indagini preliminari. Si è, infatti, ritenuto che quest'ultimo, adottando una misura cautelare personale sorretta da una base indiziaria, seppur non sottoposta al contraddittorio, si pronuncia in un non tralasciabile apprezzamento dell'ipotesi accusatoria condotto sulla base degli atti di indagine, dal momento che quegli elementi devono ritenersi comunque «idonei a dimostrare una certa qual fondatezza dell'accusa almeno fino all'emergere, in dibattimento, di nuovi ed eventuali di contrario avviso»⁽⁷⁵⁾.

Per assicurare un'efficace opera di bonifica processuale, in armonia con l'architettura di un sistema che, per la sua tendenziale accusatorietà, si consolida su una struttura a fasi disomogenee, imperniato sul teorema per cui le conoscenze probatorie del giudice devono formarsi

⁽⁷¹⁾ La C. cost., nella sent. 24 aprile 1996 n. 131, cit., p. 1139, pochi anni dopo, esalterà ancora il nesso fra incompatibilità e imparzialità, intendendo quest'ultima come «un aspetto di quel carattere di "terzietà" che connota nell'essenziale tanto la funziona giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio».

⁽⁷²⁾ Sul tema, nella sentenza della C. cost., 24 ottobre 1995, n. 448, in *questa rivista*, 1996, p. 444, si può apprezzare che «le valutazioni in questione, rilevanti ai fini dell'insorgere dell'incompatibilità, appartengono a fasi diverse del processo, essendo più che ragionevole che, in ciascuna di esse sia preservata l'esigenza di continuità e di globalità. Essa comporta che il giudice sia investito delle valutazioni, tanto formali che di contenuto, che a tale fase attengono e che ne costituiscono lo svolgimento procedimentale. Conseguentemente, il giudice chiamato al giudizio di merito non incorre in incompatibilità tutte le volte in cui compie valutazioni preliminari, anche di merito, destinate a sfociare in quella conclusiva».

⁽⁷³⁾ Così si riscontra in C. cost., sent. n. 502 del 1991, cit., p. 4028.

⁽⁷⁴⁾ Per più specifiche indicazioni circa il collegamento fra la novella indicata e il mutamento di indirizzo giurisprudenziale si rinvia a CHIAVARIO, *Chiaroscuri di una "novella" dagli intenti riequilibratori*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 565 ss.; GIOSTRA, *Una prima valutazione della riforma: novità, limiti e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 114 ss.; GREVI, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di Grevi, Giuffrè, 1996, p. 1 ss.; ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, ivi, p. 67 ss.; NOBILI, *Diritti difensivi, poteri del pubblico ministero durante la fase preliminare e legge 8 agosto 1995, n. 332*, in *questa rivista*, 1996, p. 347 ss.

⁽⁷⁵⁾ In questi termini si è espressa la Corte costituzionale nella sent. n. 432 del 1995, cit., p. 3068 s.

nel rispetto delle regole del giudizio ⁽⁷⁶⁾, l'officina delle incompatibilità non può investire semplicemente il "precedentemente conosciuto", ma deve rivolgersi al "precedentemente valutato" ⁽⁷⁷⁾. In altri termini, la forza del pregiudizio ⁽⁷⁸⁾ comporta un concreto pericolo quando espone l'imparzialità della decisione al rischio di essere condizionata dalla naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri svincoli decisionali dello stesso o anche di altro processo ⁽⁷⁹⁾.

Osservando in controluce la giurisprudenza costituzionale appare evidente che il concetto di incompatibilità potrebbe affrancarsi dal meccanismo casistico se si propendesse per una ridefinizione di ordine generale che rinvenga una lesione dell'imparzialità del giudice ogni qual volta serpeggi un'interferenza pregiudicante fra l'aver precedentemente "deciso" sulla responsabilità durante il corso del processo, il presupposto pregiudicante, e il dover stabilire se l'imputato ha commesso il fatto, la sede pregiudicata, lungo le fila di uno stretto "nesso di interdipendenza" fra l'una e l'altra ⁽⁸⁰⁾.

La sottile linea rossa che congiunge questo circuito dovrebbe individuarsi, quindi, nel rischio di "prevenzione mentale" ⁽⁸¹⁾ che condurrebbe il giudice, investito di una doppia veste, a non valutare più altro da sé, ma il suo stesso precedente operato ⁽⁸²⁾.

In questi termini, l'incompatibilità "generale" ricomprenderebbe anche il caso trattato dalla sentenza in commento in cui il giudice del riesame, che ha (illegittimamente) "convalidato" il sequestro probatorio, è stato poi chiamato al giudizio sul merito dell'imputazione.

Del resto, i limiti dell'art. 34 c.p.p., sono stati denunciati anche in altre situazioni: basti

⁽⁷⁶⁾ Sebbene le oscillazioni della giurisprudenza costituzionale abbiano portato a pericolose sovrapposizioni di situazioni difformi in cui la Corte di cassazione ha trovato margine per eludere gli indirizzi di principio fissati. Così secondo RICCIO, *L'imparzialità tra situazione soggettiva e paradigma di sistema*, cit., p. 257 s. dove analizzando Sez. un., sent. 15 novembre 2005, n. 41263, Falzone ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 232067, osserva che essa «costituisce un esempio di interpretazione debole e di sottovalutazione del ruolo di indirizzo di quelle disposizioni, oltreché dei compiti di garanzia delle situazioni soggettive protette e dei diritti procedurali. [...] La Cassazione sembra distante dalla consapevolezza del divenire del diritto procedurale in situazione soggettiva protetta».

⁽⁷⁷⁾ L'espressione la si deve a RICCIO, *La procedura penale tra storia e politica*, Editoriale Scientifica, 2010, p. 162.

⁽⁷⁸⁾ Così secondo la oramai celebre espressione "forza di prevenzione" di CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., p. 264, richiamata da RIVIELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, cit., p. 230 e più recentemente da SPANGHER, *Art. 34 c.p.p.: i punti fermi della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2003, III, p. 1142.

⁽⁷⁹⁾ Indirizzo che ritrova conferma anche di recente in C. cost., sent. n. 153 del 2012, cit., secondo cui «benché l'architettura del nuovo rito penale richieda, in linea di principio, che le conoscenze probatorie del giudice si formino nella fase del dibattimento, non basta a generare l'incompatibilità la semplice conoscenza degli atti anteriormente compiuti, ma occorre che il giudice sia stato chiamato a compiere una valutazione di essi, strumentale all'assunzione di una decisione. In secondo luogo, detta decisione deve avere natura non «formale», ma «di contenuto»: essa deve comportare, cioè, valutazioni che attengono al merito dell'ipotesi dell'accusa, e non già al mero svolgimento del processo. Da ultimo, affinché insorga l'incompatibilità, è necessario che la precedente valutazione si collochi 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 di globalità": prospettiva nella quale il giudice chiamato al giudizio di merito non incorre in incompatibilità allorché compia valutazioni preliminari, anche di merito, destinate a sfociare in quella conclusiva (venendosi altrimenti a determinare una «assurda frammentazione» del procedimento, che implicherebbe la necessità di disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere)».

⁽⁸⁰⁾ Per questa ispirazione di astrazione geometrico-matematica v. DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, Giappichelli, 2000, p. 87.

⁽⁸¹⁾ Così come la definisce RIVIELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, cit., p. 2.

⁽⁸²⁾ CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., p. 264: «[...]giudizio intorno a sé medesimo, oltre che intorno alle parti, ricorre ogni qual volta un giudice sia chiamato a giudicare nuovamente intorno a un'imputazione, sulla quale abbia già giudicato: egli non potrebbe, infatti, giudicarne ancora senza giudicare se la prima volta abbia o non abbia bene giudicato».

pensare ai rapporti con il processo di prevenzione. In questa circostanza, è stata rinvenuta una nuova ipotesi di dubbia imparzialità che, non rientrando nelle ristrettezze della norma, è stata affrontata proprio alla stregua del principio generale divenuto ormai presenza fissa nelle pronunce giurisprudenziali sul tema. Nella recente sentenza della Corte di cassazione ⁽⁸³⁾, difatti, è stata riconosciuta la possibilità di ricusare il giudice del processo di prevenzione già pronunciatisi in sede di riesame reale, attribuendo a questa sede la forza pregiudicante, sconosciuta al catalogo della norma codicistica ⁽⁸⁴⁾. Tale creativa soluzione è stata possibile solo grazie all'intervento esegetico offerto dalla giurisprudenza costituzionale ⁽⁸⁵⁾: si è ammesso, infatti, che un pregiudizio per l'imparzialità del giudice è rinvenibile anche nelle interrelazioni fra il processo penale e quello di prevenzione «sia quando la valutazione pregiudicante sia stata espressa nel primo in sede di accertamento dei gravi indizi di colpevolezza, quale condizione di applicabilità delle misure cautelari, sia quando il rapporto di successione temporale tra attività pregiudicante e funzione pregiudicata sia invertito» ⁽⁸⁶⁾.

Si tratta solo di un recente esempio concreto che, ancora una volta, mette in luce il fallimento dell'abusato meccanismo dei rimandi fra le formulazioni dall'art. 34 c.p.p., predisposte dal legislatore, e il ricorso al giudice costituzionale per una nuova sentenza additiva.

La grammatica del lungo filone di pronunce ha dimostrato, infatti, riportando nelle premesse sempre lo stesso rinnovato concetto di incompatibilità, che una formulazione di ampio respiro può emanciparsi dalla imperfettibile catalogazione delle situazioni concrete.

Nel proposito di porre un freno, allora, allo stillicidio degli incidenti di costituzionalità, è auspicabile, come lo era già da tempo, che l'art. 34 c.p.p. venga rinnovato secondo un'illuminata restaurazione del paradigma delle incompatibilità che recepisca, nella stabilità del codice, quegli insegnamenti che la Corte costituzionale, per sillogismo, ha sotteso negli anni e continua a sottendere alle numerose pronunce di illegittimità della norma.

Del resto, se è vera – come lo è – la premessa da cui ha preso le fila il ragionamento secondo cui lo scopo principe del processo consiste nella verifica empirica dell'ipotesi accusatoria ⁽⁸⁷⁾, altrettanto deve esserlo la sua più alta funzione politica di tutela dei diritti e delle garanzie. Muovendoci, oggi, in una più complessa dimensione multilivello di tutela, lo stesso sistema

⁽⁸³⁾ Sez. V, 21 luglio 2014, n. 32077, in *C.E.D. Cass.*, n. 261643.

⁽⁸⁴⁾ *Contra* Sez. II, s n. 2821 del 2009, in *C.E.D. Cass.*, n. 242720 dove si sostiene che «nel caso in esame invece le norme sulla incompatibilità e sulla ricusazione sono state invocate dal ricorrente non già con riferimento ad un processo penale, bensì con riferimento a due distinti procedimenti in materia di applicazione di misure di prevenzione personali, si che, tenuto conto del carattere eccezionale delle disposizioni in materia di incompatibilità non può evocarsi nella specie la situazione in incompatibilità di cui all'art. 37, comma 1, lettera b) c.p.p. atteso che tale situazione di incompatibilità postula espressamente che l'attività pregiudica si concluda con la pronuncia di una sentenza e cioè con un giudizio di merito sulla responsabilità di un soggetto in ordine fatti, sui quali il giudice abbia in precedenza indebitamente manifestato il proprio convincimento».

⁽⁸⁵⁾ C. cost., sent. n. 306 del 1997, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2721, in cui si legge che «tale principio in tutti i suoi aspetti, tra cui per l'appunto l'imparzialità del giudice, indubitabilmente vale anche in relazione al procedimento giurisdizionale di applicazione delle misure di prevenzione personali che incidono su diritti di libertà costituzionalmente garantiti per mezzo di una "riserva di giurisdizione". In questi casi, la garanzia rappresentata da tale riserva non può essere menomata attraverso l'affievolimento dei caratteri che la giurisdizione qualificano come tale. Date queste premesse, l'esigenza di preservare il giudice chiamato a pronunciarsi sulla proposta di applicazione delle misure di prevenzione da ogni pregiudizio che possa comprometterne l'imparzialità si pone nella stessa misura in cui essa è stata affermata in relazione al giudice che è chiamato a pronunciarsi nel processo penale».

⁽⁸⁶⁾ Lo stesso indirizzo è stato confermato in C. cost., ord. n. 178 del 1999, in *Giur. cost.*, 1999, p. 130 e in C. cost., sent. n. 83 del 2000, *ivi*, 2000, p. 2959.

⁽⁸⁷⁾ *Supra*, § 2, p. 4, nota 4.

delle fonti, integrato dagli interventi sovranazionali, sembra esser in cerca di stabilità fra i tellurici movimenti scatenati dal dinamico dialogo fra le Corti e le Carte⁽⁸⁸⁾. In queste faglie, ma soprattutto nell'attuale momento storico dove si ripresenta una grossa crisi delle categorie giuridiche fondamentali, la necessità che la macchina processuale sia guidata da precise disposizioni di legge nel rigoroso rispetto delle prescrizioni normative deve esser quanto mai sentita.

Non ci si può accontentare più di interventi legislativi di emergenza, dell'opera suppletiva della giurisdizione, né tantomeno che la declinazione processuale di un principio cardine, quale quello dell'imparzialità del giudice, risieda nelle premesse cangianti della giurisprudenza costituzionale dal momento che si tratta innegabilmente di un baluardo di garanzia per l'accusato oltretutto per la stessa credibilità della giustizia senza il quale, o nella mancata calibrazione del quale, il simbiotico legame fra legalità processuale e giusto processo naufragherebbe rovinosamente.

⁽⁸⁸⁾ Ci si riferisce al dialogo fra la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia dell'Unione europea a cui si aggiunge la Corte costituzionale, e fra le Carte sovranazionali dei diritti (la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Sul tema si v. anche ALLEGREZZA, *The Interaction between the ECJ and the ECtHR with Respect to the Protection of Procedural Safeguards after Lisbon: the Accession of the EU to the ECHR*, in LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union. A comparative Analysis*, Oxford, 2013, p. 904 s.; BERNARDI, *Interpretazione conforme del diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, p. 230; DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2012; DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2013, n. 1, p. 160; FALATO, *Garantismo: diritto e diritti nel dialogo tra Carte e Corti. A proposito della sentenza Taricco*, in *Giust. pen.*, in corso di pubblicazione, 2016, p. 5; LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir. pubbl.*, n. 3 del 2013, p. 13; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, p. 171; PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in BRUNELLI - PUGIOTTO - VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. I. *Delle fonti del diritto*, Jovene, 2009, p. 309; RUGGERI, *"Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, n. 24 del 2013, p. 27; VIGANO, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 14 febbraio 2014, p. 5 s.

