

## **LA TERZIETA' DEL GIUDICE PENALE: INCOMPATIBILITA', ASTENSIONE E RICUSAZIONE**

L'art. 34 del codice di procedura penale (riprodotto sulla struttura dell'art. 61 del codice di procedura penale del 1930) prevede in sostanza tre forme di incompatibilità: una derivante dall'esaurimento della giurisdizione in riferimento alla medesima *res iudicanda*, non rinnovabile in un diverso ed ulteriore grado di giudizio (comma 1, oltre), l'altra determinata da atti di *vocatio in ius*, come il decreto che dispone il giudizio o il giudizio immediato, o di irrogazione di una sanzione di condanna (comma 2), l'ultima fondata sulla distinzione tra funzioni requirenti e giudicanti (comma 3).

E' stato osservato che il comma 1 dell'art. 34 riguarderebbe la "progressione in verticale del processo", mentre il comma 2 concernerebbe lo sviluppo del processo "in orizzontale" (Spangher).

In particolare, il primo comma di questa disposizione punterebbe ad evitare la possibilità per il magistrato di essere chiamato a deliberare in ordine alla stessa causa nei vari gradi processuali (cosa che, per altro, vanificherebbe la stessa *ratio* delle impugnazioni), analogamente a quanto si verifica nel processo civile, in cui l'art. 51 cod. proc. civ. impone al giudice di astenersi ogni qual volta egli abbia conosciuto della causa come magistrato in altro grado del processo.

Il comma 2 dell'art. 34 sarebbe dettato ad evitare il pericolo di una mancanza di serenità di giudizio, dovuta al compimento di determinati atti giudiziari in riferimento allo sviluppo orizzontale del processo.

L'art. 34 cod. proc. pen. è in assoluto la norma più "bersagliata" dalla Consulta; è la disposizione che ha subito più mutazioni additive ad opera di sentenze di illegittimità costituzionale rispetto ad ogni altra norma del nostro ordinamento giuridico.

La prima sentenza di incostituzionalità risale al 1990 (sentenza n. 496 del 1990), l'ultima è la recente sentenza n. 241 del 1999. L'art. 61 del codice di procedura penale abrogato, che disciplinava le ipotesi di incompatibilità in modo non dissimile dal vigente art. 34, invece, non è stato affatto oggetto di pronunce di incostituzionalità.

Ciò dimostra che la moltiplicazione delle sentenze additive in materia di incompatibilità del giudice penale è dipesa essenzialmente proprio dal nuovo modello

processuale di stampo accusatorio e dai principi fondamentali che informano il vigente codice di procedura penale.

In definitiva, come vedremo, la lacunosità del nuovo codice e gli squilibri sulle concezioni circa gli scopi della giustizia penale e sui modelli di organizzazione giudiziaria, oltre al sopravvivere di una norma ricalcata su schemi precedenti di stampo squisitamente inquisitorio e necessariamente non esaustiva nelle sue previsioni in ordine all'incompatibilità, sono la reale causa dei numerosi interventi della Corte: in una parola, l'attuale art. 34, incardinato in un sistema processuale ispirato all'idea accusatoria, non poteva non dar luogo a censure di incostituzionalità, alla luce del presupposto della netta distinzione tra funzioni giudicanti e requirenti, e in considerazione della particolare importanza del principio di terzietà-imparzialità del giudice.

La Corte ha, conseguentemente, dovuto eliminare le discrasie esistenti in questo settore, estendendo il regime delle incompatibilità ad ipotesi che non erano state prese in esame dal legislatore, pur essendo assimilabili sotto ogni aspetto a quelle menzionate nell'art. 34. Ogni pronuncia della Corte è stata a sua volta feconda di ulteriori sviluppi, date le inevitabili interconnessioni esistenti in materia: anche questo fenomeno di "gemmazione" (Conti) spiega il numero davvero cospicuo di pronunce della Corte costituzionale sulla incompatibilità del giudice penale.

La giurisprudenza costituzionale in materia risulta espressamente o implicitamente ispirata ad alcuni principi di carattere generale.

Primo fra tutti è il principio del "giusto processo", formula in cui si compendiano "i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, quanto ai diritti di azione e di difesa in giudizio" (sentenza n. 131 del 1996).

Il principio del "giusto processo" è intimamente connesso con i principi costituzionali dell'imparzialità e della terzietà del giudice. L'imparzialità è, a sua volta, un elemento costitutivo dello stesso carattere della terzietà, che va riferito tanto alla funzione giurisdizionale quanto alla posizione del giudice, distinta da quella degli altri soggetti.

L'imparzialità-terzietà non si esaurisce nella giurisdizione e nel giudice, ma permea l'effettività del diritto di azione e difesa in giudizio, sicché è nell'equilibrio dinamico di questi elementi che si realizza il processo *secundum Constitutionem*.

Il principio in base al quale il giudice nel suo operare deve non solo essere, ma anche apparire, libero da condizionamenti tali da giustificare il sospetto di una sua "prevenzione" nei confronti dell'oggetto del procedimento costituisce un criterio-guida, ed anzi l'essenza stessa della funzione giurisdizionale, che non potrebbe altrimenti realizzare la garanzia di un effettivo bilanciamento dei contrastanti interessi in gioco (rappresentati, per quanto concerne il processo penale, da un lato dalla pretesa punitiva dello Stato e dall'altro dalla tutela delle libertà di ogni singolo cittadino) e, dunque, della effettiva "terzietà" dei suoi organi rispetto alle parti.

La fondamentale importanza rivestita dalla imparzialità del giudice nell'ambito della tutela giurisdizionale dell'individuo è contrassegnata dall'esplicito riconoscimento contenuto negli strumenti normativi più significativi in tema di salvaguardia dei diritti naturali dell'uomo: e cioè negli artt. 6, numero 1, 14 e 10, rispettivamente, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, del Patto internazionale sui diritti civili e politici e della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. In tutte e tre le norme con identiche parole si afferma che: "*Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal indépendant et impartial*".

Eppure nella nostra Carta costituzionale l'indagine in ordine ai riscontri normativi del principio del "giusto processo" appare tutt'altro che agevole. Ciò spiega perché la Corte abbia considerato validamente evocati vari parametri costituzionali (e tra questi principalmente gli artt. 3 e 24 della Costituzione, congiuntamente richiamati, ma anche l'art. 101, comma 2, e l'art. 25, comma 1) per definire tale principio, che comporta che "il giudizio si formi in base al razionale apprezzamento delle prove raccolte ed acquisite e non abbia a subire l'influenza di valutazioni sul merito dell'imputazione già in precedenza espresse" (sentenza n. 371 del 1996).

Nella giurisprudenza comunitaria risulta, invece, costantemente affermato che se da un lato l'imparzialità del giudice si presume fino a prova contraria (Corte europea dei diritti dell'uomo: Campbell e Fell, 28 giugno 1984; Piersack, 1° ottobre 1982; De Cubber, 26 ottobre 1984), dall'altro deve tenersi conto, in relazione all'aspetto oggettivo, anche della semplice "apparenza" di parzialità, in quanto il giudice, oltre ad essere imparziale, deve anche apparire come tale (sentenze De Cubber e Campbell cit.).

In definitiva, l'art. 34 del codice di procedura penale deve essere visto come una norma di salvaguardia per il giudice, che non è costretto a far violenza a sé stesso ed a comprimere i condizionamenti dovuti alla sua pregressa partecipazione al procedimento, essendo in tal caso legittimato a sottrarsi al proprio dovere di giudicare.

L'istituto della incompatibilità è dunque preordinato alla garanzia di un giudizio imparziale, che non sia né possa apparire condizionato da precedenti valutazioni sulla responsabilità penale dell'imputato manifestate dallo stesso giudice in altre fasi dello stesso processo (e, come vedremo, nelle ipotesi prese in esame dalla sentenza n. 371 del 1996, anche in diverso processo), tali da poter pregiudicare la neutralità del suo giudizio.

Affiora qui la cosiddetta "forza della prevenzione", definita dalla Corte, nella sentenza n. 432 del 1995, come "la naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso e un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento".

In una successiva sentenza (n. 131 del 1996) la Corte costituzionale, come si vedrà, al fine di evitare "straripamenti ermeneutici", marcherà i confini entro i quali può rilevare la forza della prevenzione e determinarsi incompatibilità per il giudice, mediante una "quadruplici precisazione": deve trattarsi di una pluralità di interventi valutativi che abbiano ad oggetto la medesima *res iudicanda*; deve trattarsi non di semplice "conoscenza" di atti anteriormente compiuti, riguardanti il processo, ma di valutazione di essi al fine di una decisione; deve trattarsi di valutazioni degli atti compiute dal giudice al precipuo fine di un "giudizio", e cioè di decisioni sul merito della causa, comportanti apprezzamenti non formali ma contenutistici degli elementi di accusa; tali valutazioni devono essere riferite a fasi diverse del processo.

Il postulato della Corte in ordine alla "forza della prevenzione" è stato oggetto di critica. Si è osservato che tale postulato preclude ad una problematicità teorica inerente all'incerto confine tra "storicità della formazione del giudizio (e, dunque, nozione stessa di procedimento) e pregiudizio nascente dalla forza della prevenzione" (Gaeta-Tei): in buona sostanza la Corte avrebbe ripudiato l'idea di una possibile storicità del giudizio – intesa come formazione progressiva dello stesso attraverso fasi processuali distinte – sospettata comunque di pregiudizio. Altri hanno osservato che con la presunzione di incompatibilità a giudicare derivante non dall'avvenuto esaurimento della giurisdizione in ordine al medesimo fatto, ma dalla propensione,

interiore e soggettiva, a ribadire una valutazione già compiuta, si abbandonerebbe "ogni prospettiva istituzionale della questione": la possibilità istituzionale di continua mutazione delle valutazioni e dei provvedimenti del giudice sarebbe di per sé sufficiente ad escludere decisioni preconcrete (Carreri).

Gli istituti dell'astensione e della riconsunzione, al pari dell'incompatibilità, risultano collegati alla tutela del principio di imparzialità del giudice (anche la rimessione va considerata come un'ulteriore garanzia di questo principio e dunque dell'obiettività dei giudizi).

Come splendidamente scriveva Satta, mentre il dovere di imparzialità dà luogo all'astensione, il diritto all'imparzialità dà luogo alla riconsunzione.

E d'altra parte già Carnelutti nel lontano 1946, anticipando concetti che hanno costituito per così dire l'ossatura della successiva giurisprudenza costituzionale, scriveva: "Un'altra esigenza implicita nel concetto del giudice è che questi giudichi le parti, cioè un altro da sé e non sé medesimo. Ora un giudizio intorno a sé medesimo, oltre che intorno alle parti, ricorre ogni qualvolta un giudice sia chiamato a giudicare nuovamente intorno a un'imputazione, sulla quale abbia giudicato: egli non potrebbe, infatti, giudicarne ancora senza giudicare se la prima volta abbia o non abbia bene giudicato. Anche a questo proposito un alto grado di moralità può certo ottenere dal giudice un giudizio intorno a sé stesso e quindi, ove occorra, la correzione del suo errore; ma [...] è prudente evitare il rischio che un simile giudizio porta con sé".

Tornando alle coordinate stabilite dalla Corte per fissare con chiarezza l'ambito di operatività dell'incompatibilità per il giudice penale, deve rilevarsi che dall'esame delle sentenze di rigetto intervenute sull'art. 34 si ricava, almeno di regola, l'intendimento di rispettare questi canoni: si pensi alla posizione del giudice dell'udienza preliminare, nei confronti del quale la Corte ha sempre considerato mancante il requisito del "giudizio", e cioè di una decisione sul merito della regiodicanda, essendo stata costantemente ritenuta di valenza esclusivamente processuale la pronuncia adottata dal GUP, e ciò anche dopo il nuovo volto dell'udienza preliminare in virtù della legge 8 aprile 1993, n.105, con cui è stato cancellato il richiamo alla "evidenza" nell'art. 425 cod. proc. pen. (ordinanze nn. 191 del 1998; 97 del 1997; 410, 333, 279, 232 e 24 del 1996); si pensi alla pronunce che hanno escluso nell'adozione e nella conferma delle misure cautelari reali quell'incisiva valutazione prognostica sulla responsabilità penale dell'imputato, basata sui gravi indizi

di colpevolezza, che potrebbe rendere, o far apparire, condizionato il successivo giudizio di merito da parte dello stesso giudice (per tutte, v. sentenza n. 66 del 1997); si pensi alla giurisprudenza costituzionale – in parte superata come vedremo dalla sentenza n. 371 del 1996 – che ha sempre escluso che possa ravvisarsi incompatibilità qualora il magistrato si sia precedentemente pronunciato su una diversa *res iudicanda* (sentenza n. 186 del 1992 in tema di giudizi separati e concorso di persone nel reato); si pensi al filone giurisprudenziale che ha valorizzato il concetto di procedimento quale ordinata sequenza di atti per escludere l'incompatibilità quando si versi in "medesimezza della fase processuale", scongiurando una assurda frammentazione del processo con attribuzione di ciascun segmento ad un giudice diverso (per tutte: sentenza n. 177 del 1996).

In applicazione di questi principi, del resto, la Corte ha pronunciato varie sentenze in cui è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 34 cod. proc. pen.

Cercheremo di ripercorrere le tappe più significative di questa giurisprudenza costituzionale.

Con le sentenze nn. 496 del 1990, 401 e 502 del 1991, è stata affermata l'incompatibilità a giudicare nel merito per il magistrato che abbia in precedenza disposto la "imputazione coatta", in quanto la valutazione compiuta dal Giudice per le indagini preliminari con questo provvedimento non è meramente formale, concernendo le condizioni necessarie per assoggettare l'imputato al giudizio di merito. Parallelamente con l'ordinanza n. 157 del 1993 la Corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione per il magistrato che, a fronte di richiesta di archiviazione, abbia disposto nuove indagini, poiché il giudice per le indagini preliminari non compie in questo caso alcun accertamento contenutistico sui risultati delle investigazioni.

Con la sentenza n. 502 del 1991 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudizio per il Giudice per le indagini preliminari che abbia rigettato la richiesta di decreto di condanna per la ritenuta inadeguatezza della pena richiesta dal pubblico ministero: anche in questo caso la Corte ha ritenuto che con tale provvedimento il giudice compia una vera e propria valutazione di merito che non può non renderlo incompatibile al successivo giudizio.

Ragioni di incompatibilità analoghe sussistono anche in relazione alla partecipazione al giudizio per il magistrato che abbia in precedenza respinto la richiesta di applicazione della pena concordata tra le parti, in quanto così facendo il giudice compie una vera e propria analisi di merito fondata sulle risultanze degli atti (sentenze nn. 124 del 1992 e 186, 313, e 399 sempre del 1992).

Su questo tema devono essere anche ricordate le sentenze nn. 439 del 1992 e 199 del 1995, nelle quali la Corte affronta il problema della possibile riproposizione della richiesta di patteggiamento e la spirale perversa che si sarebbe determinata in caso di nuovo rigetto e conseguente incompatibilità, escludendo la possibilità di una indefinita reiterazione della identica richiesta di applicazione patteggiata della pena.

Con la sentenza n. 453 del 1994 la Corte ha stabilito l'incompatibilità per il giudice derivante dal precedente rigetto della domanda di oblazione, solo qualora la deliberazione del giudice sulla domanda intervenga "nella sostanza, a conclusione dell'attività di indagine, a causa della ritenuta diversità del fatto".

L'incompatibilità a partecipare alle funzioni di giudizio per il magistrato che abbia in precedenza trasmesso gli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 521, comma 2, cod. proc. pen. è stata affermata dalla Corte con la sentenza n. 455 del 1994. Il giudice che, all'esito del dibattimento, accerti che il fatto è diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio compie una penetrante deliberazione nel merito della regiudicanda, non dissimile da quella che, in mancanza di una valutazione della diversità del fatto, conduce alla definizione con sentenza del giudizio di merito. Un dibattimento *bis* riguardante il medesimo fatto storico ed il medesimo imputato non può pertanto non essere attribuito alla cognizione di un altro giudice.

L'ipotesi di trasmissione degli atti al pubblico ministero da parte del giudice che abbia ritenuto configurabili reati a carico dello stesso imputato o di altri imputati è stata invece considerata dalla Corte come una vera e propria denuncia di reato, con la quale il giudice esercita, per giunta, un'attività propulsiva chiaramente strumentale all'esercizio dell'azione penale, sicché deve ritenersi ricompresa nelle previsioni di cui all'art. 34, comma 3, cod. proc. pen., e quindi già inclusa tra le cause di incompatibilità (sentenze nn. 292 del 1992 e 330 del 1997).

Con la sentenza n. 401 del 1991 la Corte ha inoltre chiarito che la locuzione "giudizio" ricomprende ogni processo che in base ad un esame delle prove pervenga ad una decisione di merito, incluso quello che si svolge con il rito abbreviato, sicché

l'incompatibilità alla partecipazione alla successiva fase processuale del magistrato che abbia emesso il decreto di giudizio immediato opera non soltanto per il giudice chiamato a celebrare il dibattimento, ma anche per la successiva partecipazione al giudizio abbreviato.

\* \* \* \* \*

Un capitolo di fondamentale importanza nell'esame della giurisprudenza costituzionale sull'art. 34 del codice di procedura penale è quello che riguarda il riconoscimento, sia pure tardivo, della incompatibilità tra la posizione del giudice chiamato a pronunciarsi sull'adozione di una misura cautelare personale, sulla relativa richiesta di riesame e sull'appello proposto ai sensi dell'art. 310 cod. proc. pen., e quella del magistrato che deve partecipare al successivo giudizio di merito.

Le precedenti soluzioni giurisprudenziali e dottrinali facevano leva sulla tassatività delle incompatibilità per negare la sussistenza di una causa di incompatibilità in queste ipotesi.

A tali conclusioni non erano indifferenti preoccupazioni di carattere pratico, legate alla necessità di evitare la paralisi dei procedimenti. In tal senso, la Relazione al progetto definitivo del nuovo codice di procedura penale appare di una franchezza davvero sconcertante, laddove si legge che, a fronte dei rilievi mossi sul punto dalla Commissione parlamentare, ebbero il sopravvento "i rilevanti problemi organizzativi per i tribunali che dispongono di un organico di quattro magistrati".

Si sostenne – per rafforzare queste conclusioni e riprendendo impostazioni maggioritarie sotto la vigenza del codice di procedura penale abrogato – che l'oggetto della valutazione richiesta per l'emissione di una misura cautelare e per il suo riesame è diverso da quello relativo alla decisione giudiziale all'esito del processo.

Anche la giurisprudenza di legittimità e di merito evidenziò la non coincidenza tra i compiti attribuiti al giudice *de libertate* e quelli spettanti all'organo dibattimentale: ciò sarebbe stato più che sufficiente per escludere una "prevenzione" nel giudizio (Cass., 4 aprile 1992, Parisi; 22 gennaio 1991, Cavazzini ...).

Anche la Corte costituzionale inizialmente dichiarò infondate questioni del genere (sentenza n. 502 del 1991), osservando che i vari provvedimenti *de libertate* non comportano una valutazione che si traduca in un giudizio sul merito della *res iudicanda*, idoneo a determinare (o far apparire) un pregiudizio che mini l'imparzialità



della decisione conclusiva sulla responsabilità dell'imputato (v. anche sentenze nn. 124 del 1992 e 516 del 1991).

Nella realtà, come parte della dottrina subito rilevò (Giannone, Cristiani), l'esclusione dell'incompatibilità derivante da una precedente pronuncia *de libertate* appariva dettata più da considerazioni pratiche, e cioè dal "perenne stato di necessità delle ansimanti strutture giudiziarie" che da effettive motivazioni giuridiche.

Le decisioni della Corte probabilmente erano affette da eccessivo formalismo e non tenevano sufficientemente conto delle concrete esperienze giudiziarie. Basta pensare che nel giudizio abbreviato la valutazione richiesta per l'emissione della sentenza di regola verte sugli stessi elementi analizzati come indizi in occasione della emissione della misura cautelare.

In questo clima Chiavario poteva acutamente rilevare come l'opera di "allargamento" dell'area dell'incompatibilità al di là dei suoi originari confini normativi, attuata dalla Corte con le sue pronunce additive, fosse stata "bruscamente interrotta" su questo tema, che avrebbe ben potuto comportare un'identica conclusione: la Corte sarebbe stata sostanzialmente "paralizzata" dal rischio di "paralisi" del sistema giudiziario.

In verità, il pregnante accertamento compiuto dal giudice in sede di emissione di misura cautelare, pur non attingendo di per sé la sfera della successiva pronuncia di merito, non può non finire per essere condizionante qualora lo stesso magistrato sia poi chiamato a giudicare la causa. Si pensi, ad esempio, che in sede di giudizio di riesame il Collegio può confermare la misura anche per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione dell'originario provvedimento.

La Corte europea dei diritti dell'uomo aveva, d'altra parte, ritenuto sussistente l'incompatibilità tutte le volte in cui il magistrato per disporre la misura cautelare avesse dovuto, ai sensi della propria legislazione nazionale, fare riferimento all'accertata sussistenza di "sospetti particolarmente rilevanti" in ordine all'avvenuta commissione del fatto da parte dell'incolpato (*arrêt Hauschil du 24 mai 1989*, serie A n. 154).

Con la sentenza n. 432 del 1995 la Corte costituzionale opera un vero e proprio *revirement*, sovvertendo il proprio originario orientamento. L'occasione per questo mutamento è data dalla variazione del quadro normativo intervenuta a seguito della riforma novellistica operata dalla legge 8 agosto 1995, n. 332, che, "accentuando

ancor più il carattere di eccezionalità dei provvedimenti limitativi della libertà personale disposti prima della condanna, comporta indubbiamente una maggiore incisività dell'apprezzamento del giudice sul punto" (basta pensare, ad esempio, all'accertamento negativo che il giudice deve ora compiere, per disporre una misura cautelare personale, in ordine alla possibilità di concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena).

Con la nuova normativa, ad avviso della Corte, la decisione *de libertate*, alla quale in passato veniva attribuita una valenza meramente processuale, si avvicina ad una valutazione di merito anticipata sia pure prognostica, e ciò sia quando essa verte sull'intero complesso delle indagini preliminari sia quando il quadro investigativo appare solo abbozzato, e cioè quando il provvedimento restrittivo è emesso in un momento precedente alla conclusione delle indagini.

Alla sentenza n. 432 del 1995 seguono, in chiave di logica consequenzialità, dapprima la sentenza n. 131 1996 e poi la sentenza n. 155 dello stesso anno.

Con la prima pronuncia la Corte estende l'incompatibilità alla funzione di giudizio per il giudice che abbia fatto parte del Tribunale sul riesame o sull'appello avverso ordinanze in materia di misure cautelari personali: le valutazioni compiute da questi magistrati in quella sede sono, secondo il giudice delle leggi, del medesimo genere di quella compiuta dal GIP in sede di emissione del provvedimento restrittivo. Viene esclusa l'incompatibilità solo quando, in sede di appello su misure cautelari personali, il tribunale si sia occupato di aspetti meramente formali dell'ordinanza impugnata (non quindi dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari). L'incompatibilità è determinata dall'"incisivo giudizio prognostico, tanto lontano da una sommaria delibazione e tanto prossimo a un giudizio di colpevolezza, sia pure presuntivo", compiuto dal giudice *de libertate* di riesame o di appello.

Successivamente, l'effetto di "trascinamento" di queste sentenze determina l'ulteriore estensione dell'incompatibilità, in queste ipotesi, al giudizio abbreviato (sentenza n. 155 del 1996), in riferimento al quale, per altro, data la sua natura di giudizio "allo stato degli atti", ancora maggiore era il pericolo di "prevenzione", e al "patteggiamento", del quale la Corte ribadisce la natura di "giudizio".

Vengono così superate le preoccupazioni per le concrete difficoltà in cui avrebbe potuto venire a trovarsi la macchina della giustizia, anche se la Corte rivolge un

pressante invito al legislatore e agli organi competenti affinché siano posti in essere "appropriati interventi e riforme di ordine normativo e organizzativo".

Un successivo decreto-legge (10 maggio 1996, n. 250), definito "salvaprocessi", interverrà per attribuire la competenza in materia di riesame e di appello delle ordinanze che dispongono misure coercitive al tribunale del capoluogo del distretto della Corte d'appello nel quale ha sede il giudice che ha emesso l'ordinanza, con un'impostazione che, oltre tutto, tende a favorire la formazione di professionalità specifiche in materia cautelare e una maggiore uniformità di indirizzi giurisprudenziali.

\* \* \* \* \*

Altra problematica affrontata dalla Corte è quella relativa alla posizione del magistrato che abbia già giudicato, in un separato processo, persone concorrenti nel reato.

Si tratta di ipotesi in cui non si verifica il requisito dello "stesso processo", sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo. Su queste basi la Corte costituzionale, aderendo all'orientamento della Cassazione sul punto, ha per lungo tempo escluso che in questa fattispecie ricorra una causa di incompatibilità per il giudice. Secondo il giudice delle leggi, infatti, alla medesimezza dell'imputazione fa riscontro una pluralità di condotte distinte tra loro, che devono necessariamente formare oggetto, ai fini del giudizio, di un autonomo esame sia sotto il profilo materiale che sotto quello psicologico.

Questa logica tutto sommato formalistica – per altro contraddetta anche da una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Ferrantelli e Santangelo contro Italia, 7 agosto 1996) e della quale parte della dottrina auspicava un superamento (Rivello) – viene abbandonata nella sentenza n. 371 del 1996, con la quale la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti, nella quale la posizione di quello stesso imputato in ordine alla sua responsabilità penale sia già stata comunque valutata.

Per comprendere le argomentazioni della Corte, giova prendere le mosse dalle ordinanze di remissione, che portavano al vaglio della Corte "casi" talmente peculiari da essere poi definiti da parte della dottrina "indifendibili" (Bricchetti). I giudici

remittenti, che avevano pronunciato condanna per reati associativi o necessariamente plurisoggettivi, si erano trovati a dover giudicare per tali addebiti altri concorrenti, la cui posizione era stata già valutata *incidenter tantum* nell'ambito del primo processo. In un caso, addirittura, si trattava di un'associazione per delinquere composta da tre sole persone: disposta la separazione dei processi, lo stesso giudice era chiamato a decidere su uno dei partecipanti, allorché nel precedente giudizio ne aveva già valutato la responsabilità in ordine al medesimo reato, in quanto, trattandosi di tre soggetti, non avrebbe potuto giudicarne un numero inferiore senza valutare la posizione degli altri, necessaria ai fini dell'esistenza stessa del reato.

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

Secondo la Corte, in questi casi vi è un concreto rischio che "la valutazione conclusiva di responsabilità sia, o possa apparire, condizionata dalla propensione del giudice a confermare una precedente decisione".

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

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

Si tratta della prima sentenza che riferisce l'incompatibilità del giudice ad una decisione assunta in un altro, diverso, procedimento, travalicando la stessa rubrica dell'art. 34 codice procedura penale (incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento) e superando la "quadruplici precisazione" di cui alla sentenza n. 131 del 1996.

La differenza rispetto all'ipotesi di cui all'art. 37, lettera *b*), cod. proc. pen. ("il giudice può essere ricusato se, nell'esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata sentenza, ha manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione") è che qui vi è coincidenza tra oggetto del giudizio incidentale manifestato e oggetto del giudizio che lo stesso giudice deve poi assumere in via

principale, mentre nell'ipotesi che giustifica la ricusazione del giudice il suo apprezzamento è gratuito e, pertanto, indebito.

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

Con la sentenza n. 371 del 1996 l'incompatibilità viene affrancata dal limite formale dell'identità del procedimento e riferita all'identità dell'oggetto tra il giudizio già compiuto, anche solo *incidenter tantum*, e il giudizio da compiere. Prevale la logica della garanzia specifica dell'incompatibilità e non la logica della garanzia soggettiva propria dei casi di astensione e ricusazione.

I primi commenti alla sentenza ne mettono in luce la portata "eversiva" e segnalano le possibili ulteriori conseguenze (anche nel processo civile? Anche nei rapporti tra processo penale e processo extrapenale?) che tale espansione di incompatibilità potrà avere, in quanto nella sentenza si prescinde addirittura dall'esistenza di un concorso, necessario o eventuale, tra gli imputati dei diversi processi.

Intervengono successivamente le sentenze nn. 306, 307 e 308 del 1° ottobre 1997, che precisano le differenze che, secondo la Corte, intercorrono tra l'istituto dell'incompatibilità e quello della ricusazione ed astensione, individuando la caratteristica dell'incompatibilità nella preventiva possibilità di organizzazione degli uffici giudiziari, sicché le situazioni di cui all'art. 34 cod. proc. pen. sono prevenibili e, quindi, fronteggiabili *ex ante*.

In buona sostanza, la sentenza n. 371 del 1996, pur relegata nella sua particolarità dettata dalla vicenda processuale sostanzialmente unitaria che formava oggetto dei procedimenti separati, non viene messa in discussione, ma la Corte avverte l'esigenza di mantenere l'applicazione dell'incompatibilità entro confini governabili e di lasciare all'area degli istituti dell'astensione e della ricusazione situazioni meno gravi in

cui il pregiudizio non alberga all'interno dello stesso procedimento e non proviene da precedenti sentenze.

La successiva sentenza n. 331 del 1997 chiarisce ulteriormente i limiti entro i quali il principio del "giusto processo" postula un'ipotesi di incompatibilità, secondo le coordinate fissate dalla stessa Corte nelle citate sentenze nn. 305, 306 e 307 dello stesso anno.

Quando il pregiudizio alla terzietà del giudice provenga da funzioni esercitate all'interno di un medesimo procedimento penale, il pregiudizio stesso è prevenibile: accanto alla tutela ripristinatoria rimessa all'iniziativa del giudice e delle parti con gli appositi strumenti dell'astensione e della ricusazione è pertanto esigibile anche una tutela preventiva da attuarsi attraverso mezzi organizzativi in grado di assicurare uno svolgimento spontaneo del principio del "giusto processo" (a questo tendono le incompatibilità *ex art. 34 cod. proc. pen.*). Tale onere di organizzazione preventiva grava altresì sull'amministrazione della giustizia penale nelle ipotesi in cui, in una vicenda processuale sostanzialmente unitaria pur trattandosi di procedimenti diversi, il pregiudizio derivi da una sentenza penale dalla quale emerga un già maturato convincimento del giudice in ordine alla responsabilità penale di una persona formalmente non imputata in quel processo (sentenza n. 371 del 1996). E' questo l'estremo limite di esigibilità di una tutela organizzativa e preventiva. Varcato tale limite, "nella varietà delle relazioni che possono instaurarsi tra procedimenti distinti, e nella molteplicità dei contenuti che i relativi atti sono suscettibili di assumere, si avrebbe una dilatazione enorme dei casi nei quali un pregiudizio potrebbe essere ravvisato e l'intera materia delle incompatibilità, dispersa in una casistica senza fine, diverrebbe refrattaria a qualsiasi tentativo di amministrazione mediante atti di organizzazione preventiva" (sentenza n. 307 del 1997).

In applicazione di tali principi, la Corte dichiara inammissibili questioni di costituzionalità proposte sull'articolo 34 cod. proc. pen, nei casi in cui il pregiudizio non solo proviene da un procedimento penale che, a seguito della separazione, è formalmente diverso, ma deriva da un'ordinanza emessa nei confronti di soggetti diversi e che non è espressione conclusiva della potestà di giudizio in materia penale: in queste ipotesi lo strumento di tutela deve essere ricercato nell'area degli istituti dell'astensione e della ricusazione, anch'essi preordinati alla salvaguardia della terzietà del giudice (gli atti asseritamente pregiudicanti erano misure cautelari personali

disposte nei confronti di correi o ordinanze con cui era stato respinto il patteggiamento richiesto da un coimputato: sentenze nn. 307 e 331 del 1997).

A maggior ragione, i principi di cui sopra trovano applicazione in casi in cui la funzione asseritamente pregiudicante è stata svolta in procedimento extrapenale (la sentenza pronunciata in un procedimento di opposizione ad una sanzione amministrativa: sentenza n. 308 del 1997; il processo di prevenzione: sentenza n. 306 del 1997 e ordinanza n. 178 del 1999; l'autorizzazione alla costituzione di parte civile del curatore da parte del giudice delegato al fallimento: sentenza n. 351 del 1997). Sono tutte fattispecie in cui manca l'identità del procedimento e non è invocabile la *ratio* particolare che sta alla base della sentenza n. 371 del 1996: conseguentemente l'eventuale pregiudizio, derivante da attività compiute dal giudice al di fuori del giudizio in cui è chiamato a decidere, trova tutela attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione.

La soluzione adottata dalla Corte appare dettata dalla "necessità di evitare che l'ambito dell'incompatibilità possa dilatarsi a livelli inaccettabili" (Rivello). I rischi connessi a tale ampliamento andavano in qualche modo scongiurati per evitare la totale ingovernabilità del sistema mediante atti di organizzazione preventiva: la valorizzazione di queste esigenze rappresenta, come si è visto, la vera *ratio* del nuovo corso dato alla giurisprudenza costituzionale in materia dalle tre sentenze consecutive del 1997.

Se, come definitivamente chiarito dal giudice delle leggi, l'eventuale pregiudizio, che non sia idoneo a determinare incompatibilità, può, tuttavia, essere convenientemente tutelato a mezzo degli istituti dell'astensione e della ricusazione, è indispensabile individuare in quale delle ipotesi di astensione o di ricusazione andrebbero ricomprese le vicende che erano state delineate dai giudici remittenti.

Salvo a tornare sull'argomento allorché ci si occuperà segnatamente di questi due ultimi istituti, si può fin da ora ipotizzare, in riferimento all'astensione, che la norma da applicare possa essere rinvenuta nell'art. 36, comma 1, lettera *h*), che con una disposizione "di chiusura" rimanda ad "altre gravi ragioni di convenienza". Questa disposizione non rientra, però, tra le ipotesi di astensione che possono costituire motivo di ricusazione, né può fondatamente ritenersi che si sia in presenza della situazione delineata dal successivo art. 37, comma 1, lettera *b*), caratterizzata dall'indebita manifestazione da parte del giudice del proprio convincimento in ordine ai

fatti oggetto dell'imputazione. Ne deriva che in questi casi la riconsuazione non sembra esperibile: conseguentemente, come del resto segnalato dalla stessa Corte costituzionale nelle sue sentenze nn. 306, 307 e 308 del 1997, potrebbe aprirsi la via per un'ulteriore questione di legittimità costituzionale proprio in riferimento all'art. 37 cod. proc. pen., al fine di garantire comunque la tutela del "giusto processo".

La Corte è dovuta, per altro, tornare ad occuparsi in più circostanze della posizione del magistrato che, in processi separati, debba decidere in ordine al medesimo fatto commesso da più persone.

In materia di "patteggiamento", asseritamente pregiudicante, pronunciato nei confronti di taluno dei concorrenti nel reato e di successivo dibattimento tenuto dallo stesso giudicante nei confronti degli altri concorrenti nella medesima imputazione, la Corte ha, ad esempio, chiarito che:

– la sentenza di applicazione della pena nei confronti del correo non comporta necessariamente l'espressione di valutazioni circa la responsabilità degli ulteriori concorrenti estranei al processo (ordinanza n. 127 del 1999);

– perché si determini incompatibilità, è indispensabile il compimento, nella precedente sentenza, di una effettiva valutazione di merito in ordine alla responsabilità penale dei concorrenti poi sottoposti a separato procedimento (ordinanze nn. 107 del 1999 e 340 del 1997);

– accertare se in una precedente sentenza che si assuma pregiudicante sia stata effettivamente compiuta tale valutazione suscettibile di determinare l'incompatibilità del giudice al successivo giudizio, rientra tra i compiti del giudice, al quale spetta applicare l'art. 34, quale esso risulta a seguito delle sentenze di incostituzionalità pronunciate (ordinanze nn. 105 e 106 del 1999);

– avere in una precedente sentenza valutato una prova nei confronti di un imputato non significa necessariamente esprimere valutazioni circa la responsabilità penale degli ulteriori concorrenti rimasti estranei al processo (ordinanza n. 135 del 1999).

In applicazione dei principî espressi nella sentenza n. 371 del 1996, che ha così dimostrato di avere tuttora una sua area di operatività e di mantenere un suo ambito di "gemmazione" (Di Chiara, in proposito, segnala come "la drastica svolta" operata dalle tre sentenze consecutive del 1° ottobre 1997 non fosse comunque in grado di esaurire il copiosissimo filone delle declaratorie di incostituzionalità dell'art. 34 cod. proc.



pen.), la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato, il giudice che abbia già giudicato con sentenza quello stesso imputato per il medesimo fatto (sentenza n. 241 del 1999).

Questa sentenza si segnala per il tentativo di sistematizzare con brevi e precise coordinate "l'ormai cospicuo contesto della giurisprudenza costituzionale in materia".

Riassuntivamente, la Corte ribadisce che alla tutela del principio del "giusto processo" sono ordinate non soltanto le incompatibilità disciplinate dall'art. 34 ma anche l'astensione e la ricsuzione, previste dagli artt. 36 e 37 del codice di procedura penale, essendo questi ultimi istituti finalizzati, al pari delle prime, alla garanzia dell'imparzialità del giudice, intesa come terzietà-non pregiudizio.

Alla base delle incompatibilità sta l'esigenza di una preventiva organizzazione della terzietà del giudice come emanazione del principio del "giusto processo", che si atteggi, prima ancora che come diritto delle parti o come diritto-dovere del giudice alla terzietà, come modo d'essere della giurisdizione.

E, tuttavia, tale esigenza è ragionevolmente assunta solo se riferita, di regola, ad un medesimo procedimento e a funzioni tipiche definibili in astratto, ché altrimenti la varietà delle relazioni tra procedimenti e la molteplicità dei contenuti degli atti di giurisdizione renderebbero vano ogni tentativo di organizzare in via preventiva quella terzietà.

A questo criterio direttivo la Corte si è generalmente attenuta, riferendo, nelle numerose sentenze in materia di incompatibilità, il pregiudizio all'avvenuto esercizio di funzioni nello stesso procedimento, e ritrovando lo strumento di tutela del principio del "giusto processo" nell'area degli istituti della astensione e della ricsuzione negli altri casi in cui il pregiudizio consegua all'esercizio di funzioni in un diverso procedimento.

La sentenza n. 371 del 1996 solo apparentemente contrasta con tale criterio sistematico risultante dal codice di rito: di fronte all'eventualità che un medesimo giudice-persona fisica ritornasse con una successiva sentenza su valutazioni di responsabilità già compiute in una precedente sentenza penale, il principio del giusto processo doveva dispiegarsi "al pieno delle sue capacità qualificatorie", così da far ritenere pregiudicanti, e quindi motivo di incompatibilità, le valutazioni espresse dal giudice in un precedente procedimento penale, che era sì formalmente diverso ma

riguardava una vicenda processuale sostanzialmente unitaria che avrebbe potuto, ed anzi normalmente dovrebbe, essere giudicata nel medesimo contesto processuale.

A maggior ragione ciò deve valere, secondo la Corte, nella fattispecie sottoposta al suo scrutinio, in cui il giudice in una precedente sentenza abbia già valutato o concorso a valutare il medesimo fatto, ai fini della responsabilità penale, non di un terzo (come nella sentenza n. 371 del 1996), ma di quello stesso imputato.

\* \* \* \* \*

Prima di passare ad un rapido esame degli istituti dell'astensione e della ricusazione, che si cercherà di vagliare nei loro rapporti con le incompatibilità e nella comune *ratio* di tutela della terzietà del giudice, mi sembra necessario accennare a un altro filone di giurisprudenza costituzionale sull'art. 34 cod. proc. pen., di cui già si è fatto detto, e cioè quello che ha escluso l'incompatibilità del giudice che abbia realizzato una pluralità di interventi valutativi nell'ambito della stessa fase procedimentale.

Si tratta di un criterio (quello della cosiddetta medesimezza di fase) che già compare nella sentenza n. 448 del 1995 (non è stato ritenuto incompatibile al successivo giudizio il giudice di appello che abbia rigettato la richiesta *ex art.* 559, comma 4, cod. proc. pen., e cioè il c.d. "patteggiamento improprio"), e che è stato precisato dalla giurisprudenza costituzionale sulla incompatibilità del giudice *de libertate* a partecipare al successivo giudizio di merito.

La Corte raccorda la nozione di fase processuale e il concetto di incompatibilità. Così la sentenza n. 177 del 1996 non ravvisa incompatibilità per il magistrato che nel dibattimento abbia emanato un provvedimento di custodia cautelare o convalidato l'arresto contestualmente al giudizio direttissimo. Essendo il processo costituito da una sequenza di atti, non appare ipotizzabile una segmentazione di grado tale da isolare ogni singolo frammento che contenga una decisione idonea a manifestare un apprezzamento di merito ma preordinata, accessoria o accidentale, rispetto al giudizio del quale il giudice è investito. Altrimenti ne risulterebbe negato il concetto stesso di procedimento, inteso quale sequela ordinata di atti, ciascuno dei quali legittima, prepara e condiziona quello successivo.

E' di tutta evidenza che la Corte è qui estremamente sensibile alla necessità di contemperare la tutela dell'incompatibilità con le esigenze di funzionalità dell'apparato giudiziario.

E, tuttavia, qualche rilievo si impone, poiché il criterio della "medesimezza di fase", proprio perché essenzialmente giustificato da esigenze di funzionalità, appare giuridicamente debole. Si pensi che, in base alla nuova normativa sul giudice unico di primo grado (art. 223 d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51), nei giudizi in corso è oggi possibile procedere con il rito abbreviato anche in dibattimento, prima dell'inizio dell'istruttoria dibattimentale: in questi casi, nell'ipotesi in cui nella stessa fase abbia disposto una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato, il giudice si troverà a giudicare quello stesso imputato sulla base degli stessi atti da lui presi in esame precedentemente per il provvedimento restrittivo. Bene, in base alla citata giurisprudenza costituzionale, la "medesimezza di fase" esclude anche in questa fattispecie qualunque causa di incompatibilità.

Probabilmente è tempo che il legislatore intervenga, risolvendo (con l'istituzione di un apposito giudice delle libertà distinto dai magistrati chiamati a giudicare?) quegli inconvenienti che hanno – del tutto comprensibilmente – spinto la Corte ad evitare una impensabile frammentazione dei processi.

\* \* \* \* \*

Un cenno si impone anche alla problematica in ordine alla individuazione delle conseguenze processuali dell'incompatibilità.

La giurisprudenza dominante esclude che l'incompatibilità dia luogo alla nullità di ordine generale prevista dall'art. 178, lettera *a*), ritenendo esperibile in tal caso, in assenza di una dichiarazione di astensione, unicamente la domanda di ricusazione: si osserva, infatti che l'art. 178, lettera *a*), concerne esclusivamente la mancanza dei requisiti occorrenti per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali e non attiene al difetto delle condizioni specifiche per l'esercizio di tali funzioni in un determinato procedimento (Cass., 28 gennaio 1997, Benedusi; 25 novembre 1996, Curci; 28 ottobre 1996, De Santis; 29 marzo 1996, De Angelis; 31 maggio 1993, La Penna, etc.).

In particolare, il giudice incompatibile non è incapace.

L'incompatibilità non provoca una nullità assoluta ed insanabile, essendo questa ricollegabile al difetto di capacità generica allo svolgimento delle funzioni giurisdizionali, e cioè alla carenza dei requisiti astrattamente richiesti per l'esercizio dell'attività giudiziaria, e non anche alla mancanza delle condizioni specifiche per l'espletamento di tali funzioni in un determinato procedimento, che possono

giustificare soltanto una dichiarazione di astensione o di ricusazione (v. per tutte Cass. Sez. Un. 17 aprile 1996, D'Avino).

Anche parte della dottrina, richiamandosi alla Relazione al Progetto preliminare del nuovo codice (in cui chiaramente si afferma essersi optato per la configurazione dell'incompatibilità non come "mancanza di un requisito di capacità del giudice" ma come "un caso di astensione e ricusazione") è favorevole a questa impostazione, sottolineando che il concetto di capacità è compreso in un capo topograficamente separato ed autonomo rispetto a quello dedicato alle cause di incompatibilità ed ai motivi di astensione e ricusazione (Barone, Carcano, Dominioni, Nuzzo, Rafaraci).

Rilievo determinante potrebbe avere l'art. 42, comma 2, che stabilisce che con il provvedimento di accoglimento della domanda di astensione o di ricusazione deve dichiararsi se ed in quale parte gli atti compiuti precedentemente conservano efficacia (Rivello). E' innegabile infatti che il contenuto di tale norma dà un certo sostegno alla tesi volta a negare che l'incompatibilità possa dar luogo a nullità (Conso). Anche la formulazione dell'art. 38, comma 2 ("Qualora la causa di ricusazione sia sorta o sia divenuta nota dopo la scadenza dei termini previsti dal comma 1, la dichiarazione può essere proposta entro tre giorni") fa venir meno un significativo elemento a favore della tesi della nullità.

Risulta minoritaria la concezione volta a ravvisare in tale ipotesi una nullità relativa ai sensi dell'art. 181 (Cass. 24 marzo 1992, Arduini). E' stato inoltre osservato che, in assenza di una previsione espressa al riguardo, detta impostazione appare in contrasto con il principio di tassatività delle nullità (Mazza, Rivello, Zappalà).

In conclusione, le uniche conseguenze ricollegabili alla incompatibilità sembrano essere i rimedi dell'astensione e della ricusazione.

Non può non derivarne una sorta di insoddisfazione.

Come rilevato da parte della dottrina (Rivello), risulta difficile rimanere appagati da un'impostazione in base alla quale l'incompatibilità "se non viene rilevata nei limiti temporali e nelle forme prescritte, è come se non esistesse" (Patanè) e tutta l'attività compiuta dal giudice incompatibile resta pienamente valida ed efficace. L'astensione e la ricusazione sarebbero gli unici momenti di "emersione processuale" della garanzia costituzionale del giudice imparziale (Dittrich).

Si pensi a un giudice che, dopo avere processato in primo grado un imputato, si trovi poi a dovere celebrare nei suoi confronti il giudizio di impugnazione. Si pensi alle

ipotesi di annullamento con rinvio delineate dall'art. 623 cod. proc. pen e all'esigenza di affidare il nuovo giudizio a magistrati diversi rispetto a coloro che emisero la precedente sentenza annullata.

In questi casi il nostro ordinamento non ha saputo o voluto predisporre altri rimedi per garantire l'imparzialità della nuova valutazione della causa se non quello dell'astensione, che potrebbe non essere richiesta, o della ricusazione, istituto del quale le parti, anche per scelte di opportunità pratica, potrebbero non fare uso.

La garanzia dell'imparzialità del giudice rientra in realtà in una materia indisponibile, e non può essere affidata al potere discrezionale delle parti o all'adempimento di un obbligo in capo allo stesso magistrato giudicante (Gianzi, Trevisson Lupacchini).

Va, comunque, segnalato che il Giudice delle leggi non ha ritenuto costituzionalmente obbligata l'impostazione volta a ravvisare la nullità assoluta quale conseguenza del verificarsi di una causa di incompatibilità. Con la sentenza n. 473 del 1993, che ha affrontato la questione in riferimento al codice previgente, la Corte ha osservato che "anche per evitare il protrarsi di situazioni di incertezza" il legislatore può ritenere più appropriato il semplice ricorso agli strumenti dell'astensione e della ricusazione del giudice che versi in situazione di incompatibilità, purché, per quanto concerne la ricusazione, le parti interessate siano poste in condizione di dedurla. In particolare, secondo la Corte, non risulta di per sé contrastante con il principio di ragionevolezza il fatto che l'incompatibilità, interessando "uno specifico procedimento", venga differenziata dal legislatore da quelle situazioni "che ostano in via generale alla capacità di esercizio delle funzioni giurisdizionali".

\* \* \* \* \*

Il decreto legislativo 15 febbraio 1998, n. 51 (Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado), all'art. 171, prevede che dopo il comma 2 dell'art. 34 sia inserito il seguente comma *2-bis*: "Il giudice che nel medesimo procedimento ha esercitato funzioni di Giudice per le indagini preliminari non può emettere il decreto penale di condanna, né tenere l'udienza preliminare; inoltre, anche al di fuori dei casi previsti dal comma 2, non può partecipare al giudizio".

L'art. *3-bis* del decreto-legge 24 maggio 1999, n. 145, convertito, con modificazioni, nella legge 22 luglio 1999, n. 234, prevede che il predetto comma *2-bis* dell'art 34 fino alla data del 2 gennaio 2000 non si applica nei procedimenti nei

quali l'udienza preliminare è in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto (il giorno successivo a quello della sua pubblicazione in base all'art. 15, comma 5, della legge n. 400 del 1988).

Viene così definitivamente risolta dal legislatore qualunque problematica in materia in riferimento alla figura del Giudice per le indagini preliminari, per la quale viene stabilita la totale incompatibilità sia a tenere udienza preliminare sia a qualunque funzione di giudizio nel medesimo procedimento.

Con il disegno di legge Carotti, approvato dal Senato il 6 ottobre 1999 e attualmente in discussione, il comma *2-bis* dell'art. 34 verrebbe sostituito dal divieto di tenere udienza preliminare, di partecipare al giudizio o di emettere il decreto penale di condanna per il giudice che nel medesimo procedimento abbia adottato uno dei provvedimenti espressamente indicati, e cioè i provvedimenti in ordine alle intercettazioni telefoniche di cui all'art. 266, i provvedimenti in ordine a misura cautelare di qualunque tipo, i provvedimenti che decidono sulle richieste di riesame di misure cautelari di qualsiasi tipo, il provvedimento che dispone che il pubblico ministero formuli l'imputazione prevista dall'art. 409, comma 5, e "ogni altro provvedimento che presupponga la preventiva formulazione di un giudizio sulla responsabilità del soggetto contro il quale si procede".

Verrebbe così abbandonata l'idea della totale incompatibilità del GIP sia all'udienza preliminare che al successivo giudizio, idea che poteva trovare la sua *ratio* in una sorta di passaggio di fase, riallacciandosi alla incompatibilità, già prevista, per la partecipazione al giudizio del giudice che abbia emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare o abbia disposto il giudizio immediato (art. 34, comma 2).

Verrebbe, invece, reintrodotta, una incompatibilità del GIP fondata sul contenuto particolarmente qualificante, nel senso dell'anticipazione di giudizio, di determinati atti espressamente elencati.

Mi sembra evidente il pericolo, se il testo di legge dovesse rimanere immutato, di un'ulteriore pioggia di questioni di costituzionalità, essendosi rinunciato ad un testo (il precedente) che, nella sua generalità e chiarezza, sgomberava il campo a possibili dubbi interpretativi.

Resta tuttora, inoltre, la necessità di un intervento del legislatore anche in altri "luoghi costituzionalmente sensibili", primo fra tutti il giudice competente in tema di misura cautelari (Ubertis, Marzaduri, Mazza).

\* \* \* \* \*

Come si è visto nel descrivere le sentenze nn. 306, 307 e 308 del 1997 della Corte costituzionale, l'astensione e la ricsuzione si differenziano dall'incompatibilità per l'essere legate ad un regime di operatività "in concreto" e non "in astratto": proprio per questo in uno schema rigido e predefinito, come quello che caratterizza il regime delle incompatibilità, non vanno contemplate ipotesi che solo la concreta dinamica processuale può fare apparire idonee a turbare la serenità di giudizio del magistrato e rispetto alle quali il principio dell'imparzialità appare tutelabile attraverso i più flessibili meccanismi dell'astensione e ricsuzione.

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

Nei casi indicati dalla norma, il giudice ha "l'obbligo" di astenersi: ciò, però, non si traduce in un suo atto abdicativo, ma in una sua "dichiarazione", che altro non è che una domanda al capo dell'ufficio chiamato a decidere *de plano*, essendosi, ad avviso del richiedente, realizzata una delle otto situazioni, per le quali la legge gli impone di astenersi. L'eventuale omissione di tale dichiarazione non incide sulla validità degli atti processuali (Cass. 7 marzo 1994, Toso; 28 aprile, 1993, Spampinato; 15 gennaio 1992, Unzano ...), ma al più potrebbe configurare illecito disciplinare o penale, se ricorrono le condizioni di cui all'art. 323 cod. pen. (Trevisson Lupacchini).

La prima ipotesi prevista dall'art. 36, comma 1, lettera *a*), è l'interesse del giudice nel procedimento o l'esistenza di rapporti debitori o creditori intercorrenti tra le parti private o un loro difensore ed il giudice o i di lui figli o il coniuge.

In proposito, basta sottolineare che l'eliminazione dell'aggettivo "personale", apposto al termine "interesse" dal legislatore del 1930 e non ricorrente nella correlativa norma del codice di procedura civile (art. 51, n. 1), risolve definitivamente molti dubbi di interpretazione: l'interesse che genera l'obbligo di astenersi per il giudice va inteso in senso ampio, sì da ricomprendere non solo le ipotesi in cui il giudice possa assumere la qualità di imputato, di civilmente obbligato per l'ammenda, di responsabile civile, o di danneggiato, ma anche tutti i casi di relazione, fondata su dati obiettivi, tra l'attività del giudice nel processo e la prospettiva di un vantaggio o di un pregiudizio non solo patrimoniale, ma anche morale, che egli possa trarne. Come aveva già chiarito la Corte

costituzionale, vi rientra, quindi, anche "l'interesse indiretto" alla causa da decidere, e la finalità della disposizione è quella di evitare che "prevenzioni, timori, influenze" possano indurre "il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza" (sentenza n. 189 del 1989).

In riferimento alla possibilità di ricondurre nel concetto di "interesse" anche l'interesse politico o ideologico del giudice (problematica particolarmente dibattuta negli anni sessanta in riferimento ai partiti politici e negli anni novanta in riferimento alla massoneria), è sufficiente ricordare, in questa sede, che, in materia di astensione (e correlativamente di ricusazione), l'interesse si risolve in una situazione di sospetto che investe il giudice non in via generale, ma in riferimento ad un determinato e concreto procedimento, nel quale il magistrato, qualunque possa essere la sua personale ideologia, deve essere in grado di "ricostruire i fatti conformemente al vero, senza mai stravolgerli né per simpatie politiche o di parte, né per interessi di carriera" (Conso).

E' interessante ricordare che recentemente la Cassazione ha chiarito che, poiché l'interesse nel procedimento, cui fanno riferimento le norme sull'astensione e sulla ricusazione, è da ravvisare "nella possibilità per il giudice di rivolgere a proprio vantaggio, economico o morale, l'attività giurisdizionale che è chiamato a svolgere nel processo", un interesse di siffatta natura è configurabile anche "in capo al giudice che, sottoposto a procedimento disciplinare per comportamenti attinenti ad attività e provvedimenti giurisdizionali in precedenza adottati nell'ambito di un procedimento penale, sia poi chiamato nuovamente a pronunciarsi nello stesso procedimento penale in relazione ai medesimi fatti" (Cass. Sez. II penale, 6 aprile 1999, Cuzzocrea).

Le lettere *b)*, *e)* ed *f)* del comma 1 dell'art. 36 cod. proc. pen. prevedono alcune situazioni coinvolgenti la persona del giudice per particolari sue relazioni con le parti del procedimento, consistenti in rapporti di parentela, di affinità o d'interesse.

Il legislatore, alla lettera *d)*, richiama la "inimicizia grave" tra i casi di astensione. Al di là della terminologia adoperata, che ricalca vecchi *cliché*, va segnalato che la giurisprudenza è orientata ad interpretare tale formula in senso alquanto restrittivo: inimicizie e rancori vengono, di regola, limitati alla sfera privata o a "rapporti del tutto personali, esistiti in precedenza e fuori dal procedimento" tra il giudice o uno dei suoi prossimi congiunti e una delle parti (Cass. 27 marzo 1992, Neri...). Non basta, quindi, la particolare animosità o la asserita violazione di legge nell'attività svolta dal magistrato nel corso del processo (Cass. 12 febbraio 1990, Graziano...). Non basta



neanche la presentazione di una denuncia da parte del ricusante contro il magistrato precedente, e, d'altra parte, in dottrina è stato segnalato che in caso contrario il denunciare o il presentare esposti contro il giudice potrebbe divenire un facile espediente per escludere dal processo non tanto il magistrato parziale, quanto il magistrato scomodo (Trevisson Lupacchini).

L'obbligo di astenersi sorge per il giudice anche dall'aver dato consigli o manifestato il parere sull'oggetto del procedimento "fuori dall'esercizio delle funzioni giudiziarie" (art. 36, comma 1, lettera *c*).

Sul punto, va segnalato l'orientamento giurisprudenziale volto prevalentemente a restringere la rilevanza del parere alla responsabilità dell'imputato o al risultato di un determinato procedimento. Recentemente, in sede di ricusazione, è stato escluso che sia manifestazione di un parere sull'oggetto del procedimento l'essersi un Presidente di tribunale rivolto al pubblico ministero, nel corso di una conversazione informale, parlando di "tecnica del bastone e della carota" a proposito dell'accoglimento di un'istanza difensiva di rinvio dell'udienza (App. Milano, 28 ottobre 1996, Berlusconi).

L'obbligo di astensione per il giudice scatta, come si è visto, a norma dell'art. 36, comma 1, lettera *g*), anche quando egli si trovi in taluna delle situazioni di incompatibilità previste dagli artt. 34 e 35 e dalle leggi dell'ordinamento giudiziario (artt. 16-19 ord. giud.).

Infine, siccome i possibili fattori perturbanti la persona del giudice sono molto più numerosi di quelli che possano essere specificamente enumerati, con una norma "di chiusura" (art. 36, comma 1, lettera *h*) è previsto che il giudice ha l'obbligo di astenersi "se esistono altre gravi ragioni di convenienza".

La formula aperta lascia intendere che il dovere di astensione insorge ogniqualvolta il giudice appaia meno neutrale del desiderabile. In dottrina si è accennato, a titolo di esemplificazione, a idiosincrasie ideologiche o a esibizioni di passioni tali da far apparire il giudice più inclinato verso una parte ovvero a manifestazioni di ossequio a persone o simboli d'una potenza interessata alla causa (Cordero).

Va ricordato che la pronuncia della Corte d'appello di Milano che ha, come si è detto, escluso che la informale esternazione di un presidente di tribunale al pubblico ministero su un'istanza difensiva di rinvio dell'udienza potesse configurare un caso di

manifestazione di parere sull'oggetto del procedimento, legittimante la riconsunzione, ha, però, ravvisato in tale comportamento del magistrato la sussistenza di gravi ragioni di convenienza sì da determinarne l'astensione.

Dopo le indicazioni contenute nella recente giurisprudenza costituzionale già ricordata (sentenze nn. 306, 307 e 308 del 1997), le "altre gravi ragioni di convenienza" potrebbero essere ravvisate in tutti quei casi in cui l'eventuale pregiudizio nasca da valutazioni compiute nell'ambito di procedimento diverso e non si versi nella particolare fattispecie che ha dato origine alla sentenza n. 371 del 1996, e cioè non si sia in presenza di casi di evidente unicità di vicenda processuale, anche se oggetto di separati giudizi.

\* \* \* \* \*

A norma dell'art. 37 cod. proc. pen., il giudice può essere riconsunto dalle parti nei casi previsti dall'art. 36, comma 1, lettere *a*), *b*), *c*), *d*), *e*), *f*), *g*), ed inoltre se, nell'esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata sentenza, egli ha manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione.

Premesso che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono tassativi i casi di riconsunzione, va chiarito che, a norma del comma 1 dell'art. 37, sono riconsunti tutti i giudici obbligati all'astensione, salvo che "per gravi ragioni di convenienza" (lettera *a*), nonché i giudici, che, nell'esercizio delle funzioni, abbiano "manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione" (lettera *b*).

La lettera *b*) per un verso amplia le ipotesi di riconsunzione dovute a manifestazione del convincimento da parte del giudice, in quanto le opinioni espresse nell'esercizio della funzione giurisdizionale possono dar luogo, appunto, a riconsunzione ma non ad astensione. Per altro verso con l'uso dell'avverbio "indebitamente" ne limita la portata ai soli casi in cui il giudice abbia manifestato un'opinione non dovuta, e cioè abbia espresso opinioni sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato, senza alcuna necessità e fuori da ogni collegamento con l'attività giurisdizionale (Cass. 2 dicembre 1993, Montagner).

Rientra in quest'ipotesi di riconsunzione il comportamento del giudice che, anziché limitarsi ad esporre le ragioni del suo convincimento sulla questione decisa, manifesti senza necessità alcuna la sua opinione sulla colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, con riferimento a fatti estranei al tema da decidere (Cass. 24 giugno 1993, Falbo).

La delibazione incidentale e strumentale di una questione procedurale non è, invece, stata ritenuta indebita manifestazione di convincimento da parte del giudice (Cass. 6 ottobre 1993, Favia). Questo stesso orientamento giurisprudenziale ha chiarito che l'imparzialità del giudice non può dirsi in via generale intaccata da una qualsivoglia valutazione compiuta nello stesso procedimento, perché altrimenti ne risulterebbe una radicale negazione del concetto stesso di procedimento, dovendosi avere riguardo solo alla definitività del provvedimento in una fase del giudizio.

E' stato anche affermato che per essere qualificata "indebita" la manifestazione di convincimento da parte del giudice deve essere operata "fuori dalla sede giurisdizionale e fuori dai compiti e dai ruoli propri del giudice" (Cass. 16 novembre 1993, Rizzi).

Ma *quid iuris* quando la manifestazione del convincimento del giudice sui fatti oggetto del procedimento, lungi dall'essere "indebita", sia stata invece per così dire "doverosa"? Si pensi all'ipotesi in cui in un precedente provvedimento emesso nei confronti di un imputato non si sia potuto prescindere dal prendere in esame anche la posizione di un terzo rimasto estraneo al processo.

In questi casi, le indicazioni della Corte costituzionale nelle sue sentenze nn. 306, 307 e 308 del 1997, sembrano chiare: se ci si trova in presenza di valutazioni pregiudicanti svolte in un procedimento diverso e non si versi nelle ipotesi previste dalla sentenza n. 371 del 1996 (vicenda processuale sostanzialmente unitaria trattata in procedimenti diversi; pregiudizio derivante da una precedente sentenza penale pronunciata nei confronti di altro soggetto), secondo la Corte, lo strumento di tutela del principio del "giusto processo" va ricercato non nell'area dell'incompatibilità, ma in quella dell'astensione e ricusazione, istituti anch'essi preordinati alla salvaguardia della terzietà del giudice.

Come si è visto, nella disciplina dell'astensione è possibile rinvenire nell'art. 36, comma 1, lettera *h*), la disposizione che, per la sua formulazione aperta e "di chiusura" ("altre gravi ragioni di convenienza"), potrebbe essere, in questi casi, applicabile.

La ricusazione, invece, allo stato, negli stessi casi non sarebbe esperibile, non trattandosi evidentemente di "indebite" anticipazioni di convincimento da parte del giudice.

In buona sostanza, se, in queste fattispecie, il giudice non ritiene di astenersi avvalendosi di una interpretazione evolutiva delle "altre gravi ragioni di convenienza", il sistema non sembra offrire nemmeno il rimedio della ricusazione.

La Corte costituzionale si mostra ben consapevole di ciò: in quelle tre consecutive pronunce del 1997 non nasconde che potrebbe aprirsi la via per un'ulteriore, ma diversamente impostata (e cioè non più sull'art. 34 cod. proc. pen.), questione di legittimità costituzionale al fine di garantire, comunque, la tutela del principio del "giusto processo" (facendo, ad esempio, cadere l'avverbio "indebitamente", contenuto nell'art. 37, comma 1, lettera *b*?).

Resta solo da sottolineare che la dichiarazione di ricusazione è soggetta ai termini perentori stabiliti dall'art. 38 e deve essere presentata personalmente dalla parte interessata o da un procuratore speciale.

Le Sezioni Unite della Cassazione hanno chiarito che il difensore non è legittimato a proporre la dichiarazione di ricusazione, salvo che non difenda il latitante o l'evaso, se non quando ne abbia ricevuto mandato dalla parte. In questo caso egli può compiere, in qualità di rappresentante, l'atto di ricusazione, pur senza avere ricevuto la procura speciale di cui all'art. 38, comma 4 (Sez. Un. 27 gennaio 1985, Battaglia).

Ai sensi dell'art. 173 del decreto legislativo 19 febbraio 1998, n. 51 (Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado) sulla ricusazione è ora competente la Corte di appello.

Sulla ricusazione di un giudice della Corte di cassazione decide tuttora una sezione della stessa Corte, diversa da quella a cui appartiene il giudice ricusato. Non è ammessa la ricusazione dei giudici chiamati a decidere sulla ricusazione (art. 40 cod. proc. pen.).

Il procedimento è quello fissato dall'art. 127, ma, se necessario, la Corte assume previamente le necessarie informazioni.

Se la dichiarazione di astensione o di ricusazione è accolta, il giudice non può compiere alcun atto del procedimento. Il provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione dichiara se ed in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi o ricusato conservano efficacia (art. 42).

*Quid iuris* se il giudice, in caso di accoglimento della dichiarazione, compia atti del procedimento in violazione del divieto sancito dal comma 1 dell'art. 42?

Al di là della necessità di distinguere tra i vari tipi di atti processuali che possono essere compiuti (per esempio il semplice rinvio del dibattimento presumibilmente non comporta alcuna influenza sul procedimento), permane nel panorama giurisprudenziale e dottrinale un contrasto di opinioni in ordine alla specie di invalidità di cui sarebbero affetti questi atti.

Probabilmente l'art. 42 va interpretato nella prospettiva della inutilizzabilità: ciò troverebbe conferma nel fatto che l'ordinanza che accoglie la ricusazione è soggetta a ricorso per Cassazione e, nel caso in cui la Cassazione decidesse in modo diverso, annullando il provvedimento impugnato, gli atti compiuti dal giudice a torto ricusato, anche se effettuati dopo l'accoglimento della ricusazione, dovrebbero avere valore, trattandosi di giudice ritenuto in ultima analisi imparziale.

Va infine ricordato che il comma 2 dell'art. 37 vieta al giudice ricusato di pronunciare o concorrere a pronunciare sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione. In considerazione del possibile uso strumentale della ricusazione, spesso proposta e, in caso di rigetto, reiterata, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di tale disposizione, nella parte in cui, qualora sia riproposta la dichiarazione di ricusazione, fondata sui medesimi motivi, fa divieto al giudice di pronunciare la sentenza fino a che questa non sia rigettata o dichiarata inammissibile (sentenza n. 10 del 1997).

L'art. 3-*bis* del decreto-legge 24 maggio 1999, n. 145, come modificato dalla legge di conversione n. 234 del 22 luglio 1999, in materia di giudice unico, stabilisce che "fino alla data del 2 gennaio 2000, se il giudice dopo l'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, fuori dei casi consentiti dalla legge, esprime giudizi che manifestano una valutazione di colpevolezza, le parti possono chiederne la ricusazione".

Si tratta di una disposizione alquanto oscura, in quanto il giudice che abbia dato consigli o manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie era già, comunque, ricusabile ai sensi dell'art. 37, comma 1, che richiama l'art. 36, comma 1, lettera *c*).

Presumibilmente si è voluto ampliare la previsione della lettera *b*) dell'art. 37 e, contrariamente all'orientamento giurisprudenziale affermatosi su questa disposizione, rendere ricusabile anche il giudice che, all'interno del procedimento e nell'esercizio delle sue funzioni, fuori dei casi consentiti dalla legge, si lasci andare ad esprimere

giudizi che manifestino una valutazione di colpevolezza. Se così fosse, non resterebbe che raccomandare al magistrato la massima accortezza e asetticità nella conduzione del procedimento.

\* \* \* \* \*

La Corte costituzionale ha ripetutamente affermato che non sono applicabili al giudizio civile ed amministrativo, proprio per la particolarità e le diversità dei sistemi processuali, le regole delle incompatibilità soggettive per precedente attività (tipizzata) svolta nello stesso procedimento penale, bensì le disposizioni sull'astensione e la ricusazione del codice di procedura civile, cui anche le norme proprie del processo amministrativo fanno rinvio (v. in particolare sentenza n. 326 del 1997).

Le insopprimibili esigenze di imparzialità del giudice sono risolvibili nel processo civile – per le sue caratteristiche – attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione, previsti dal codice di procedura civile (ordinanze nn. 359 del 1998 e 356 del 1997 e sentenza n. 326 del 1997).

La Corte ha osservato che il principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo. Tuttavia tale principio può e deve trovare attuazione con le peculiarità proprie di ciascun tipo di procedimento, dovendosi ribadire la netta distinzione tra processo civile e processo penale, per la diversa posizione e i differenti poteri di impulso delle parti (sentenze nn. 51 del 1998 e 326 del 1997).

Conseguentemente, le soluzioni per garantire un giusto processo non devono seguire linee direttive identiche per i due tipi di processo.

In particolare, le situazioni pregiudicanti descritte dall'art. 34 cod. proc. pen. sono "tipicamente individuate dal legislatore in base alla presunzione che siano di per sé incompatibili con l'esercizio di ulteriori funzioni giurisdizionali nel medesimo procedimento, a prescindere dalle modalità con cui la funzione è stata svolta, ovvero dal concreto contenuto dell'atto preso in considerazione" (sentenza n. 341 del 1998). La stessa soluzione non è stata adottata dal legislatore per il processo civile, per il quale vige un peculiare sistema procedurale caratterizzato da una diversa posizione delle parti, che si possono avvalere di particolari poteri di difesa, di modo che appare non arbitraria la diversa scelta di garantire l'imparzialità-terzietà del giudice nel processo civile solo attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione.

Questi principi sono stati ribaditi nelle recentissima sentenza n. 387 della fine di ottobre del 1999. La Corte era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 51, primo comma, numero 4, e secondo comma, del codice di procedura civile.

I giudici remittenti dubitavano della costituzionalità di questa disposizione, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità tra le funzioni del giudice pronunciato con decreto su ricorso per repressione di condotta antisindacale *ex art. 28*, primo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e quelle del giudice dell'opposizione avverso tale decreto ai sensi dell'art. 28, terzo comma, della stessa legge.

La Corte sottolinea che nel processo civile, a norma dell'art. 51, numero 4, cod. proc. civ., il giudice ha l'obbligo di astenersi "se ha conosciuto (della causa) come magistrato in altro grado del processo" e individua il fondamento di questa disposizione nella "esigenza stessa di garanzia che sta alla base del concetto di *revisio prioris instantiae*", che postula l'alterità del giudice dell'impugnazione, il quale si trova a ripercorrere l'itinerario logico che è stato già seguito onde pervenire al provvedimento impugnato (ordinanza n. 359 del 1998; sentenza n. 326 del 1997).

Secondo la Corte, l'espressione "altro grado" non può, però, avere un ambito ristretto al solo diverso grado del processo, ma deve ricomprendere, con una interpretazione conforme a Costituzione, anche la fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente contenuto impugnatorio, caratterizzata (per la peculiarità del giudizio di opposizione di cui si discute) da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario.

Conseguentemente, la Corte dichiara infondata la questione, in quanto l'interprete era tenuto ad una "esegesi costituzionalmente corretta della norma denunciata, tale da ricomprendere, tra le ipotesi, dalla stessa contemplate, di obbligo di astensione del giudice per avere conosciuto della causa in altro grado, quella dell'opposizione a decreto dallo stesso emesso *ex art. 28*, primo comma, della legge n. 300 del 1970.

Anche con questa decisione, in definitiva, anche se in un diverso settore dell'ordinamento, la Corte valorizza lo strumento dell'astensione, interpretando in senso estensivo e *secundum Constitutionem* la portata della norma del codice di procedura civile che la prevede: almeno in questo può ravvisarsi una consonanza con

le sentenze nn. 306, 307, e 308 del 1997 che, per il processo penale, hanno dirottato sugli istituti dell'astensione e della ricsuzione molte situazioni di pregiudizio non inquadrabili nelle cause di incompatibilità.

Dott. Vincenzo Rotundo