

QUESITI

Partecipazione al riesame e al giudizio di rinvio: l'illegittimità del doppio ruolo dei medesimi giudici di ALFREDO GAITO

1. A proposito dell'effettività delle garanzie nelle decisioni in tema di libertà personale, una *quaestio juris* ricorrente ed oramai meritevole di essere portata a definitiva e stabile soluzione è quella dell'ammissibilità o meno della individuazione quale giudice del rinvio *de libertate*, dopo annullamento deliberato dalla S.C. di cassazione, di un Collegio composto in tutto o in parte dagli stessi magistrati che avevano deciso il riesame.

Va subito detto che non si tratta di una *Doktorfrage* teorica e astratta, in quanto nella pratica casi del genere, contrassegnati dal mantenimento del doppio ruolo dei medesimi giudici-persona, sono piuttosto frequenti non soltanto nelle sedi giudiziarie di modeste e medie dimensioni (es. Perugia), ma anche in quelle più grandi (es. Roma).

Per una corretta impostazione del problema occorre prendere le mosse dalla constatazione che la trama legislativa in tema di terzietà del giudice penale è globalmente funzionalizzata all'equilibrata composizione del contrasto tra l'interesse all'acclaramento dell'accaduto storico ed il diritto dell'indagato a veder definita la propria posizione processuale bensì in tempi ragionevoli ma per opera di magistrati sempre diversi in ogni successiva fase della progressione procedimentale.

Posto che, in via di principio, la disamina della medesima *res iudicanda* in sede di rinvio per fatti sui quali già si era deciso in funzione di giudice del merito nell'ambito del medesimo procedimento nei confronti della stessa persona è normalmente

precluso, ciò impone di affrontare e risolvere lo specifico quesito: in assenza di sanzione specificamente prevista, quali sono le conseguenze di una sorta di *perpetuatio iurisdictionis* dei primi giudici del riesame, pur in presenza di una decisione di annullamento con rinvio?

2. Sempre avvertita, la necessità di dar soluzione appagante al problema della titolarità della giurisdizione nelle disparate tipologie del giudizio di rinvio a seguito di annullamento da parte della Corte di cassazione ⁽¹⁾ è divenuta ancor più attuale ed urgente a seguito delle sentenze costituzionali che hanno giustamente dilatato i limiti originariamente troppo angusti dell'incompatibilità; *ab origine*, il riferimento è, in particolare, alla sentenza di incostituzionalità dell'art. 34 c.p.p., in forza della quale ogni «giudizio di responsabilità dell'imputato... vale a radicare l' incompatibilità» ⁽²⁾, sicché anche nelle procedure di controllo nel merito *de libertate* debbono oramai –e da tempo– esse-

⁽¹⁾ Con sent. n. 363 del 1997 la Corte costituzionale ha riconosciuto come l'incompatibilità *ex art. 34, co. 1, c.p.p.* si riferisca anche all'ipotesi dell'annullamento disposto dalla Corte d'appello ai sensi dell'art. 604, co. 1 e 4, c.p.p. (nel primo caso con ordinanza, nel secondo caso con sentenza).

Non costituisce ostacolo alla ricusazione la circostanza che, nell'ipotesi di annullamento di ordinanza, il legislatore abbia previsto la trasmissione degli atti «*al giudice che l'ha pronunciata*»: cfr. sent. n. 283 del 2000 ove, tra l'altro, la Corte costituzionale afferma che «*l'effetto pregiudicante non può, inoltre, essere limitato ai soli casi in cui la valutazione di merito sia contenuta in una sentenza, in quanto il giudice può esprimersi nella forma del decreto, come nella ipotesi del procedimento di prevenzione, ovvero nelle altre forme eventualmente previste dal diverso procedimento in cui sia intervenuta la valutazione pregiudicante*».

⁽²⁾ Sent. n. 432 del 1995; e già, in pari senso, sent. n. 186 del 1992.

QUESITI

re riconosciuti sussistenti i medesimi «*effetti che l'art. 34 mira ad impedire, e cioè che la valutazione conclusiva*» sulla pretesa azionata in giudizio «*sia, o possa apparire, condizionata dalla c.d. forza della prevenzione, e cioè da quella naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento*»⁽³⁾.

È certo che in situazioni come questa in discorso è precluso all'interessato avvalersi dello strumento processuale *ex art. 37 (ricusazione)*; né, comunque, è a parlarsi di *incompatibilità (ex art. 34 c.p.p.)* stante la mancanza di previsione espressa a livello di enunciati legislativi e la inesistenza, al momento, di declaratorie di illegittimità costituzionale.

Ma la *quaestio juris* non si esaurisce nella mera constatazione sulla inesistenza di espresse previsioni invalidanti, dovendo il tema inquadrarsi, per un verso, nei principi generali dell'ordinamento come interpolati dalla Corte costituzionale e dall'introduzione dell'art. 111 Cost. e, per altro verso, nel «sistema del rinvio» come delineato nel codice; basti considerare che, a voler parlare di mera irregolarità non sanzionata, la statuizione remittente della S.C. scadrebbe ad una sorta di raccomandazione o cosa del genere, destinata ad essere stemperata nella pre-convinzione di giudicanti legati al pregresso errore decisorio da un oggettivo e frenante limite “pre-giudiziale”: la palese inaccettabilità di siffatta conseguenza pone in luce

⁽³⁾ Sent. n. 432 del 1995. V. anche sent. n. 224 del 2001, nel senso che «*la norma sull'incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nel procedimento presidia i valori della terzietà e dell'imparzialità della giurisdizione, risultando finalizzata ad evitare che la decisione nel merito della causa possa essere o apparire condizionata dalla forza della prevenzione, ossia dalla naturale tendenza a confermare una decisione già presa o a mantenere un atteggiamento già assunto*».

l'erroneità della ipotesi data in premessa.

3. Per una ortodossa considerazione del tema è giocoforza far capo *in primis* alla direttiva n. 19 dell'art. 2 della legge-delega (L. 16 febbraio 1987, n. 81) dove figura prescritto al legislatore ordinario di attuare il principio della «*predeterminazione di criteri oggettivi di scelta del giudice in seguito a rinvio per annullamento*», nonché di prevedere «*...che la scelta del giudice del rinvio ove non avvenga nell'ambito della stessa circoscrizione, sia fatta fra le circoscrizioni contigue*».

Orbene, è noto che non attenendosi il nomoteta alle prescrizioni del legislatore delegante, consegue l'incostituzionalità della *norma difforme*; sicché l'ipotesi che l'assenza di sanzioni implichi non più che *irregolarità* immune da conseguenze, comporterebbe, prepotente ed ineludibile, l'incostituzionalità dell'art. 623 c.p.p. nella parte in cui non prevede sanzioni invalidanti il giudizio di rinvio attuato in sostanziale spregio del *decisum* della S.C.

Ma non è d'obbligo arrivare a tanto, apparendo il *quid juris* agevolmente risolvibile sul piano delle norme e del sistema.

A nota peculiare, infatti, del giudizio di rinvio per annullamento di sentenze dibattimentali si staglia -indefettibile e coeva alla decisione di annullamento- la statuizione attributiva di competenza ad ufficio giudiziario diverso da quello che aveva pronunciato la sentenza annullata: dove per ufficio diverso si intende altra sede giudiziaria e non già solo medesimo organo differenziato *quoad personam*.

La particolare tutela riconosciuta agli imprescindibili valori della imparzialità e della terzietà è evidenziata dalla espressa pre-

QUESITI

visione che l'art. 623, co. 1, lett. c, c.p.p. pone nel caso in cui non esistano altre sezioni del medesimo organo giudiziario che aveva pronunciato la decisione impugnata. In tale ipotesi, espressamente escluse facili soluzioni di carattere pratico, quali l'assegnazione a diversi giudici-persone fisiche o l'applicazione di altri magistrati, il giudice competente è quello individuato sulla scorta dei criteri oggettivi posti dall'art. 175 disp. att. c.p.p.: distanza chilometrica marittima o ferroviaria.

Nel testo della lett. a e della lett. b dell'art. 623, così come nel testo previgente della lett. d della stessa disposizione, il riferimento è al giudice che ha pronunciato l'ordinanza impugnata, al giudice di primo grado e, rispettivamente, alla medesima pretura e al medesimo tribunale, pur se nella vecchia lett. d era dato rinvenire la prescrizione alla stregua della quale *«tuttavia, il pretore o il giudice deve essere diverso da quello che ha pronunciato la sentenza annullata»*.

Ed in forza del vigente tenore della lett. d dell'art. 623 c.p.p. *«se è annullata la sentenza di un tribunale monocratico o di un giudice per le indagini preliminari, la Corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al medesimo tribunale; tuttavia il giudice deve essere diverso da quello che ha pronunciato la sentenza annullata»*.

Inequivoca la drastica prescrizione del codice (art. 623, co. 1, lett. c, c.p.p.) in forza della quale la *manca* di altra sezione comporta il trasferimento del processo alla *Corte territoriale più vicina*: non dunque –come vedesi– considerazione del giudicante persona fisica, ma esclusivo riferimento all'ufficio in quanto tale.

Correlativamente sta il diversificato regime per le sentenze emesse dal g.i.p. (lett. d) ispirato, invece, alla *contemplatio hominis*, con ciò precludendosi in radice ogni ipotesi di interpretazioni...

mescolative dei due istituti, ognuno dei quali ha un suo ben preciso ambito applicativo: per le sentenze dibattimentali vale un regime, per quelle camerale dei g.i.p. vale un altro. Ma un aspetto è comune ed irrinunciabile: la statuizione rimessiva della S.C. è sempre spoliativa di competenza rispetto all'ufficio la cui sentenza è stata annullata, ed in pari tempo attributiva di competenza ad altro ufficio omologo: competenza demandata in funzione del nuovo giudizio.

Siamo al punto nodale della questione, stando a vedersi quali le conseguenze che si ricollegano alle inosservanze in tema di *competenza funzionale*.

4. Si suole ripetere che la competenza -così delineata in modo oggettivo- per la fase del rinvio si pone quale sviluppo della «*seriazione delle situazioni processuali*» (4), sicché presenta le tipiche caratteristiche della competenza funzionale inderogabile (5). Inutile dilungarci in disquisizioni sul tema, valendo all'uopo i principi stabiliti dalle Sezioni Unite nella nota sentenza De Lorenzo (6): «*l'incompetenza funzionale equivale al disconoscimento della ripartizione delle attribuzioni del giudice in relazione allo sviluppo del processo e riflette i suoi effetti direttamente sulla idoneità specifica dell'organo all'adozione di un determinato provvedimento. Essa, pur non avendo trovato un'esplicita previsione neppure nel nuovo c.p.p., proprio perché connaturata alla costruzione normativa*

(4) GIUS. SABATINI, *Natura del procedimento e competenza del giudice di rinvio*, in *Giust. pen.* 1950, III, 652.

(5) S. RICCIO, *La competenza funzionale nel diritto processuale penale*, Torino, 1959.

(6) Cass., Sez. Un., 20 luglio 1994, in *Mass. Uff.*, n. 198.217.

QUESITI

delle attribuzioni del giudice ed allo sviluppo del rapporto processuale, è desumibile dal sistema ed esprime tutta la sua imponente rilevanza in relazione alla legittimità del provvedimento emesso dal giudice, perché la sua mancanza rende tale provvedimento non più conforme a parametri normativi di riferimento»; donde la “nullità assoluta e insanabile dei provvedimenti adottati da giudice funzionalmente incompetente”.

Con ciò ribadendosi, in sede massima, quanto già affermato in materia, nel vigore del nuovo codice, dalla Sez. VI e dalla Sez. III della S.C. rispettivamente nelle sentenze 26 aprile 1993, Formica (7) e 7 maggio 1991, Spataro (8) dove già era stato rilevato come in tema di competenza funzionale ogni eventuale violazione incidesse sulla «*idoneità specifica del giudice comportando nullità di carattere assoluto rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento*» (9).

Crediamo che basti.

5. La soluzione scelta dal codice aveva lo scopo di garantire l'imparzialità del giudice, intesa come esigenza di impedire che le sentenze fossero o apparissero condizionate dalla forza della prevenzione, cioè della propensione a mantenere un giudizio già espresso in altri momenti della progressione dinamica dello

(7) In *Riv. pen.*, 1993, 770.

(8) In *Riv. pen.*, 1992, 293.

(9) In sensi perfettamente identici: Cass., Sez. I, 2 giugno 1997, p.m. c. Bonanno ed altri, n. 859, inedita; nonché Id., Sez. I, 15 gennaio 1998, Romeo ed altri; Id., Sez. I, 25 settembre 1997, Todesco, e Id., Sez. VI, 3 dicembre 1997, Stornelli ed altri; tutte celate dalla massimazione ufficiale epperò integralmente leggibili in *Giur. it.*, 1998, 1903, con nota adesiva di INZERILLO, *L'incompetenza funzionale del giudice per incompatibilità o incompetenza sopravvenuta in forza di sentenze di illegittimità costituzionale*.

stesso procedimento ⁽¹⁰⁾ non solo dallo stesso giudice-persona fisica ma dallo stesso ufficio.

L'assetto codicistico è ancora oggi arroccato sulla concezione formale (e forse formalistica) della imparzialità che si aveva nel 1988, ma non è stato aggiornato ed attualizzato all'elaborazione sostanziale dei principi e dei valori in gioco, introdotti dalla Corte costituzionale (che ha incontrovertibilmente interloquuto nel senso che anche i giudici del riesame esprimono apprezzamenti di fatto che li rendono incompatibili ad ogni successivo nuovo apprezzamento *de eadem re*) e rimarcati nell'innovato art. 111 Cost.

Senza poter trascurare che nel 1988 non avevano rilevanza le interferenze (ed i condizionamenti) tra procedimento incidentale custodiale e processo principale che si sono incarnate nella trama legislativa ed operativa della giustizia penale a seguito dell'introduzione di un nuovo testo dell'art. 405 c.p.p. (il riferimento è alla c.d. Legge Pecorella ed alle successive vicissitudini costituzionali) e dell'aggiunta della tipologia custodiale del giudizio immediato (manipolato dal c.d. pacchetto sicurezza: art. 453, co. 1 *bis*, c.p.p.).

E, se le decisioni *de libertate* incidono anche formalmente sullo svolgimento del processo principale, diventa giocoforza concludere che nessuna distinzione può essere attualmente praticata, in punto di imparzialità del giudice e conseguenze in ipotesi di inosservanza dei criteri distributivi della competenza funzionale nel giudizio di rinvio, tra sentenze e ordinanze *de libertate*.

⁽¹⁰⁾ Così Corte cost., sent. n. 432 del 1995.

QUESITI

Si osservi. L'art. 273, co. 1, c.p.p., attraverso il riferimento ai «*gravi indizi di colpevolezza*» individua il livello "probatorio" necessario per il legittimo esercizio del potere cautelare e la conseguente emissione del provvedimento restrittivo della libertà personale. È fisiologico che l'adozione di misure coercitive poggi su dati precari non definitivi, conseguentemente il relativo giudizio di adeguatezza sarà espresso in termini di verosimiglianza, mentre le decisioni successive saranno formulabili sulla scorta di un più articolato quadro probatorio. Sicché gli indizi autorizzanti l'emissione di una cautela si diversificano dalla prova soltanto per la mancanza del contraddittorio, conseguenza della anticipata utilizzazione rispetto alla verifica dibattimentale; mentre in ordine alla verosimiglianza del giudizio che sorregge una misura cautelare il connotato di gravità che legislativamente qualifica gli indizi da solo significherebbe ben poco.

I gravi indizi cautelari alla stregua dell'innovato art. 273 c.p.p., costituiscono oramai una prova allo stato degli atti «*equiparando nella sostanza il valore dei gravi indizi di colpevolezza a quello della prova e richiedendo che i primi possiedano il crisma della elevata probabilità o dell'elevato grado di credibilità razionale, nel quale si identifica la certezza processuale*» ⁽¹¹⁾.

Le Sezioni Unite hanno sottolineato con forza come «*il giusto processo cautelare*» rappresenti «*l'epilogo di un cammino che, attraverso tappe segnate da interventi del legislatore, di questa Suprema Corte e del Giudice delle leggi, ha visto progressivamente sfumate le tradizionali differenze evidenziate tra decisione cautelare e giudizio di merito, con riferimento alla valutazione degli elementi conoscitivi posti a disposizione del giudice a ricercare una tendenziale omologazione*

⁽¹¹⁾ Cass., Sez. I, 44 maggio 2005, Lo Cricchio, in *Mass. Uff.*, n. 232.601.

dei corrispondenti parametri guida» (12). Ed invero quei principi che, «in una prospettiva rigorosamente aderente al dettato costituzionale», avevano animato il legislatore della riforma del 1995 in materia cautelare e sono stati alla base di decisioni delle Sezioni Unite (13) e della Consulta (14), si «armonizzano e si saldano compiutamente con la ratio sottesa alla legge n. 63 del 2001, la quale è essenzialmente diretta ad assicurare, nel superamento di incertezze interpretative legittimate dal tenore letterale della pregressa normativa, una tendenziale anticipazione alla fase delle indagini, terreno elettivo -nella più parte dei casi- delle decisioni de libertate, delle regole in tema di valutazione e di utilizzazione della prova, proprie del giudizio di cognizione, anche per quanto concerne l'apprezzamento dei gravi indizi di colpevolezza idonei a legittimare, ex art. 273 c.p.p., le misure cautelari personali»; cosicché, nonostante la «distinzione tra indizi cautelari e la prova ai fini del giudizio» e la «diversità di prospettiva in cui gli uni e gli altri si muovono» è indubbia l'esistenza di una «chiara "spinta all'omologazione" dei parametri di valutazione e di utilizzabilità del materiale conoscitivo oggetto delle decisioni del giudice della cautela e di quello di merito» (15).

(12) Cass., Sez. Un., 30 maggio 2006, p.m. c. Spennato, in *Mass. Uff.*, n. 234.598; in pari sensi, Id., Sez. VI, 7 novembre 2006, Froncillo, *ivi*, n. 235.318.

(13) Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Vottari, in *Guida Dir.*, 2003, n. 5, 98; Id., Sez. Un., 27 marzo 1996, Monteleone, in *Cass. Pen.*, 1996, 2913; Id., Sez. Un., 20 novembre 1996, Glicora ed altri, *ivi*, 1997, 2037.

(14) Corte cost., n. 71 e n. 131 del 1996; n. 432 del 1995.

(15) Cass., Sez. Un., 30 maggio 2006, p.m. in c. Spennato, cit.: certo, differente nei due accertamenti è il «grado di conferma dell'ipotesi accusatoria»: nella decisione definitiva sulla regiudicanda, «la conclusione è sorretta da un quadro probatorio completo e non suscettibile di ulteriori aggiornamenti o variazioni, con l'effetto che ogni margine di incertezza resta superato», mentre nell'accertamento

QUESITI

Cosicché, fermo restando che la valutazione del giudice della cautela *«avvenendo nel contesto incidentale del procedimento de libertate e, quindi allo stato degli atti, cioè sulla base di materiale conosciuto ancora in itinere, deve essere orientata ad acquisire non la certezza, ma la elevata probabilità di colpevolezza del chiamato»*, al fine di costituire gravi indizi di colpevolezza *ex art. 273, co. 1 bis, c.p.p.*, gli elementi a carico devono, di necessità, *«assumere idoneità dimostrativa in relazione all'attribuzione del fatto-reato al soggetto destinatario della misura»* ⁽¹⁶⁾.

Al tirar delle somme. Se la soluzione scelta dal codice aveva lo scopo di garantire l'imparzialità del giudice, intesa come esigenza di impedire che le decisioni più importanti fossero, o apparissero, condizionate dalla propensione a tener fermo l'operato di colleghi estrinsecatosi in altri momenti dello stesso procedimento ⁽¹⁷⁾, lo stesso deve valere oggi anche in materia *de libertate*, stante l'importanza e l'incidenza che anche tali decisioni hanno nella dinamica processuale.

incidentale de libertate «il convincimento giudiziale è esposto al flusso continua di conoscenze potenzialmente idonee a smentirlo».

⁽¹⁶⁾ Nel procedimento cautelare *«la conclusione inferenziale della relativa delibazione è assunta sulla base di dati conoscitivi ancora suscettibili di accrescersi ed evolversi con l'apporto di ulteriori informazioni che stimolano la continua verifica della capacità dell'ipotesi accusatoria di resistere ad interpretazioni che stimolano la continua verifica della capacità dell'ipotesi accusatoria di resistere ad interpretazioni alternative»* e, di conseguenza, *«la qualifica di gravità che deve caratterizzare gli indizi di colpevolezza attiene al quantum di "prova" idoneo ad integrare la condizione minima per l'esercizio, sulla base di un giudizio prognostico di responsabilità, del potere cautelare, non può che riferirsi al grado di conferma, allo stato degli atti, dell'ipotesi accusatoria, e ciò a prescindere dagli effetti non ancora apprezzabili, eventualmente connessi alla dinamica della prova nella successiva evoluzione processuale»*: Cass., Sez. Un., 30 maggio 2006, p.m. in c. Spennato, cit.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Corte cost., sent. 432 del 1995.

E così, in via di sintesi essenziale, di regola:

a) è negato il potere di decidere all'ufficio giudiziario (e non già solo alla persona fisica);

b) il trasferimento altrove del processo comporta una classica attribuzione di competenza (funzionale) al nuovo giudice designato secondo i precostituiti criteri normativi;

c) la trasgressione alla statuizione attributiva di competenza si risolve in nullità assoluta con le ovvie conseguenze a trarne: invalidità radicale del giudizio di rinvio arbitrariamente celebrato da un ufficio già spogliato di competenza.

6. Delineato così correttamente il quadro dei riferimenti normativi, il giudizio di rinvio svolto avanti al Tribunale del riesame in funzione di rinvio in composizione parzialmente o totalmente coincidente con il Collegio che aveva deliberato l'ordinanza annullata dalla Corte di cassazione, deve ritenersi affetto da nullità assoluta ai sensi dell'art. 178, co. 1, lett. *a*, c.p.p.

Costituisce situazione oggettiva dirimente la circostanza che il medesimo imputato-ricorrente, infatti, è stato precedentemente giudicato dallo stesso organo in identica composizione. Il che è, a dir poco, impensabile, tanto risolvendosi:

a) per un verso, in una non ammissibile (*rectius* divietata) vanificazione (*rectius*: nullificazione) dei criteri regolanti il sistema del rinvio;

b) per altro verso, in una auto-assunzione di poteri attributivi di competenza funzionale, fuori e contro il sistema processuale dove un potere siffatto è conferito solo ad un giudice sovraordinato e solo in forza di meccanismi precostituiti operanti unicamente al verificarsi di situazioni predeterminate.

QUESITI

Alla violazione delle norme relative alla competenza funzionale del giudice di rinvio segue la nullità di tutti gli atti conseguenti e collegati.

7. In prospettiva complementare.

L'aver lo stesso Collegio, in composizione coincidente, già valutato i medesimi indizi ritenendoli validi a giustificare la misura restrittiva nei confronti dell'imputato-ricorrente e degli eventuali coindagati incarna all'evidenza un grave fattore di condizionamento alla libertà di valutazione del Giudice *de libertate*.

È noto come «*fattore condizionante dell'agire umano*» quello di un implicito "principio di non contraddizione" in forza del quale chi asserisce (decide, sceglie, stabilisce: è lo stesso) alcunché è, poi, portato a riaffermare subito dopo le proprie conclusioni in casi analoghi, posto che un ripensamento svelerebbe l'erroneità della precedente determinazione. Si tratta di un principio tutt'altro che ignorato dal diritto, e da quello processuale penale in particolare, in forza del quale il giudice dell'appello dev'essere diverso da quello del provvedimento impugnato, il giudice del rinvio deve essere differente da quello del provvedimento annullato, il giudice della revisione... ecc. ecc. Sulla stessa linea si articolano, dopo gli interventi "addittivi" della Consulta, le molteplici cause di incompatibilità (e perciò di astensione e/o ricasazione) previste dal codice.

Ora: che ci sia oramai un vincolo ineludibile fra vicenda incidentale cautelare e giudizio di cognizione è un dato normativo certo, ed incarnato dall'art. 405 c.p.p. nella parte in cui prevede che la mancanza di gravità indiziaria impedisce la normale progressione procedimentale. E c'è anche un'importante pronuncia, la sentenza n. 283 del 2000, laddove la Corte costituzio-

nale –equiparando la cognizione coesenziale al procedimento di prevenzione ed alla fase cautelare a quella tipica del processo penale– ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 37, co. 1, c.p.p., nella parte in cui non prevede che possa essere ricusato dalle parti il giudice che, chiamato a decidere sulla responsabilità di un imputato, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto».

Se il ragionamento vale addirittura nel rapporto fra procedimento di prevenzione e processo di cognizione, dove è notoriamente diverso l'oggetto di accertamento (in uno, la pericolosità sociale; nell'altro, la colpevolezza sulla base dell'imputazione formulata dal p.m.), rapporto per ciò liberamente ispirato alla indipendenza delle due decisioni che non di rado possono essere confliggenti, non può non valere anche nel rapporto fra procedimento *de libertate* e giudizio di cognizione e in seno allo stesso giudizio *de libertate* ⁽¹⁸⁾.

Vero è che (come già accennato: allo stato, proprio per il “fermentare” della materia) non è ancora prevista la causa di incompatibilità consistente nell'avere il Giudice *de libertate* in funzione di rinvio valutato, in ordine allo stesso fatto-reato conte-

⁽¹⁸⁾ Nella sent. n. 283 del 2000 la Corte costituzionale ha rilevato come l'effetto pregiudicante l'imparzialità e la neutralità del giudicante possa derivare anche dalla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza compiuta ai fini della verifica della legittimità della misura custodiale: «questa Corte ha già avuto occasione di affermare che il pregiudizio per l'imparzialità-neutralità del giudicante può verificarsi anche nei rapporti tra il procedimento 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 (sent. n. 306 del 1997)».

QUESITI

stato, in sede di primo riesame, gli stessi indizi e le medesime prospettazioni difensive.

Chi scrive non ignora che il sospetto di illegittimità degli artt. 34, 37 e 309 nella prospettiva delineata è stato escluso in un paio di occasioni dalla S.C. Ma neppure va dimenticato che i vecchi limiti all'incompatibilità hanno già subito significativi adattamenti.

Quid iuris, in punto di conseguenze del "già deciso" sul bene costituito dalla libertà di giudizio del magistrato?

Non è una novità che l'identità del *thema decidendum* si atteggi, in caso di non mutamento integrale della componente giudiziale deliberante, come complesso probatorio non già diverso nei diversi processi in cui "agisce", ma come "stessa prova" valevole in più vicende processuali. Una volta ritenuta, da parte di un giudice e in un primo processo, la utilizzabilità di quel materiale e la sua pregnanza *in malam partem* ovvero la sua significatività nella determinazione della competenza territoriale in un certo modo, non rimane allo stesso giudice, nei diversi processi in cui il panorama conoscitivo rimane identico, che verificare in negativo la sussistenza o meno di condizioni invalidanti quel positivo giudizio già da lui stesso espresso.

Si sa bene che il giudice deve non solamente essere ma anche apparire imparziale; perciò, per garantire la libertà di determinazione del giudice, e per eliminare anche il potenziale rischio ed il semplice sospetto di pregiudizio, occorre affidare il giudizio a chi -per l'appunto- non abbia determinazioni da confermare, e cioè ad altro giudice (*id est*: Collegio totalmente diverso) il quale potrà liberamente condividere ovvero dissentire dalle (altrui) valutazioni già espresse in ordine a quella stessa vicenda giudiziale concreta. Diversamente, dovrebbe invece ammet-

tersi che i giudizi che seguono il primo nascano tutti mutilati dalla possibilità di discutere utilmente temi fondamentali. Con buona pace del minimo etico del giusto processo.

Certo, a esteriore atto di ossequio dell'oralità e della dialettica d'aula ciò sarà sempre consentito, ma nella sostanza (che è, poi, quel che conta)...

A fronte di una simile situazione, come già detto in esordio, si profilano come sussistenti i presupposti di una causa di incompatibilità, non previamente fronteggiabile con la ricusazione.

In definitiva, alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale ed alla stregua del diritto costituzionalizzato al metodo del giusto processo, ampliate le ipotesi di incompatibilità *iussu iudicis* e per adeguamento legislativo, deve considerarsi comunque incompatibile a giudicare anche quel giudice che abbia già espresso valutazioni di merito sulle medesime fonti di prova in una decisione precedente annullata dalla Corte di cassazione.

A fronte di tale situazione, la pretesa di ridiscutere, dinanzi allo stesso Giudice, le medesime questioni disattese poco prima sarebbe irragionevole ed illusoria. Ed appare significativo che sotto la spinta di Costituzione, leggi e tempi l'evoluzione giurisprudenziale in riferimento al giudizio di riesame in funzione di rinvio prosecutorio ⁽¹⁹⁾ abbia finalmente riconosciuto che «*il giudice naturale precostituito per legge non si identifica nei componenti del collegio o dell'organo ma nell'ufficio cui appartiene la competenza a decidere*».

Ove nella prassi quotidiana dovesse persistere, invece,

⁽¹⁹⁾ V. Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2009, p.m. in c. Marai ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 246.135.

QUESITI

l'approccio di retroguardia –qui criticato– insensibile agli innovati valori garantisti del processo equo dinanzi a giudici per davvero terzi ed imparziali, bisognerebbe prospettare la questione di illegittimità costituzionale degli artt. 34 e segg., 127 e 309 c.p.p. in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 111 e 117, per contrasto con i principi costituzionali di eguaglianza, difesa, naturalità del giudice e giusto processo (interno ed europeo) a presidio della terzietà e dell'imparzialità del Giudice, nella parte in cui nel corso dell'udienza camerale di riesame precludono di fatto ingiustificatamente l'esercizio del diritto di ricusare il *judex suspectus* che interloquisca *bis in idem* in funzione di rinvio a seguito di annullamento.