

QUESTIONI APERTE

Giudizio

La decisione

Giudice - Ricusazione - Giudizio di cassazione - Pregressa attività di spoglio del ricorso - Incompatibilità a far parte del collegio che deve valutarlo - Esclusione (C.p.p., art. 610).

In tema di ricusazione del giudice, la Corte di cassazione ha escluso che, nel giudizio di legittimità, integri un'ipotesi di incompatibilità, che possa dar luogo alla ricusazione, l'attività di "spoglio" diretta alla selezione dei ricorsi prima facie inammissibili, svolta dal magistrato che, successivamente, faccia parte del collegio della apposita sezione prevista dall'art. 610 c.p.p. a cui quello stesso ricorso viene assegnato.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 18 maggio 2016 (c.c. 13 maggio 2016) - CONTI, *Presidente* - FIDELBO, *Relatore* - MAZZOTTA, *P.G.* (conf.) - P.R., *ricorrente*.

L'imparzialità del magistrato "spogliatore" che componga il collegio della sezione-filtro: una soluzione interpretativa nel solco della giurisprudenza costituzionale

SOMMARIO: 1. La questione al vaglio della Suprema corte. - 2. Il procedimento per la declaratoria di inammissibilità dei ricorsi. - 3. Le ragioni di inammissibilità del ricorso e la manifesta infondatezza dei motivi. - 4. Una nuova figura di incompatibilità del giudice "spogliatore".

1. La questione al vaglio della Suprema corte.

La recente ordinanza della Corte di cassazione¹ offre significativi spunti di riflessione sul tema della incompatibilità del giudice chiamato a deliberare l'inammissibilità dei ricorsi per cassazione.

Nel caso di specie, il ricorrente ha proposto istanza di ricusazione di un giudice che, dopo aver operato, in qualità di magistrato delegato dal Primo Presidente all'esame preliminare dei ricorsi, una valutazione sull'inammissibilità dell'impugnazione, trasmettendola alla sezione settima, avrebbe fatto parte del collegio della medesima sezione a cui il ricorso veniva assegnato ai sensi dell'art. 610, co. 1, c.p.p.

Il difensore deduce, segnatamente, la causa di ricusazione prevista dall'art. 37, co. 1, lett. *a* c.p.p. in relazione all'art. 36, co. 1, lett. *g* c.p.p., eccependo un'ipotesi di incompatibilità del giudice determinata dal precedente compimento di atti nello stesso procedimento.

¹ Cass., Sez. VI, 18 maggio 2016, P.R., in www.cortedicassazione.it.

La Corte di cassazione ritiene che debba escludersi una ipotesi di incompatibilità “da prevenzione” nel caso di specie, dal momento che l’esame preliminare dei ricorsi ritenuti *ictu oculi* inammissibili comporterebbe una valutazione provvisoria nell’ambito della stessa fase del giudizio di cassazione e che in sede di legittimità non potrebbero ravvisarsi situazioni di incompatibilità orizzontale, dovendosi intendere come sede pregiudicante quella che implica una pronuncia su aspetti che concernono il merito dell’accusa e come attività pregiudicata quella che comporta un pieno giudizio di merito sulla medesima regiudicanda.

Tali ragioni conducono la Suprema corte al rigetto della dichiarazione di ricusazione e alla condanna del ricorrente al pagamento di una somma in favore della cassa delle ammende ai sensi dell’art. 44 c.p.p.

Per un’analisi approfondita della questione relativa alla possibilità di ravvisare un’ipotesi di incompatibilità nell’attività di “spoglio” diretta alla selezione dei ricorsi *prima facie* inammissibili svolta dal magistrato che, successivamente, faccia parte del collegio della apposita sezione prevista dall’art. 610, co. 1, c.p.p. a cui lo stesso ricorso viene trasmesso, occorre esaminare, in primo luogo, il funzionamento e la competenza dell’ufficio spoglio e della settima sezione della Corte di cassazione; in seguito, le ragioni che determinano l’inammissibilità dei ricorsi e, da ultimo, i presupposti in presenza dei quali si determina una situazione di incompatibilità del giudice.

2. Il procedimento per la declaratoria di inammissibilità dei ricorsi.

Il vaglio preliminare sull’ammissibilità dei ricorsi per cassazione è stato profondamente modificato con l’approvazione dell’art. 6 l. 26 marzo 2001 n. 128².

Il legislatore, constatato che la declaratoria di inammissibilità riguardava il maggior numero dei ricorsi³, è intervenuto con differenti obiettivi: *in primis*, accelerare e razionalizzare il procedimento per accertare la sussistenza di un motivo di inammissibilità e, al tempo stesso, garantire l’uniformità della giurisprudenza della Corte⁴; *in secundis*, restringere i tempi di esecutività delle

² Per un’analisi dell’evoluzione della disciplina relativa al vaglio di inammissibilità dei ricorsi per cassazione, v. MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d’inammissibilità*, Torino, 2004, 21 ss.; SCELLA, *Il vaglio d’inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, Torino, 2006, 19 ss. e 107 ss.

³ Cfr., per dati statistici, LA TORRE, *La Corte di cassazione italiana all’inizio del 2000*, in *Foro it.*, 2000, 107 ss.; nonché, SCELLA, *Il vaglio d’inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 52 e 164.

⁴ Cfr. CONTI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione*, in *Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, a cura di Gaeta, Padova, 2001, 195; FONTI, *L’inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008, 131; FUMU, sub *Art. 6 l. 26 marzo 2001 n. 128*, in *Leg. pen.*, 2002, 417; IADECOLA, *Il giudizio di cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 948; RIVIEZZO, *Pacchetto sicurezza*, Milano,

sentenze per disincentivare la proposizione di ricorsi pretestuosi; infine, recuperare risorse da destinare all'adempimento della funzione istituzionale della Corte di legittimità⁵.

Allo scopo di perseguire tali finalità, è stato affidato al Presidente della Corte di cassazione il compito di effettuare un controllo preliminare sull'ammissibilità del ricorso, recependo in tal modo una prassi, coniata dal Primo Presidente della Corte ed approvata dal Consiglio Superiore della Magistratura, già in vigore anteriormente alla novella⁶, in forza della quale i ricorsi, dopo essere stati registrati, venivano sottoposti allo scrutinio dei magistrati dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo, delegati al cosiddetto "ufficio spoglio"⁷, i quali svolgevano anche un esame preventivo in ordine all'ammissibilità degli stessi⁸. Al cuore della riforma vi è la scelta di attribuire la competenza a giudicare sull'inammissibilità dei ricorsi a una sezione *ad hoc*⁹, la quale, nonostante l'art. 169-*bis* norme att. c.p.p.¹⁰ ne stabilisse la predeterminazione "con rotazione biennale dal provvedimento tabellare riguardante la corte di cassazione", è stata individuata attraverso l'istituzione della settima sezione penale¹¹, "competente per la trattazione dei ricorsi per i quali

2001, 76; SCCELLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 123. Qualche perplessità in merito a tali obiettivi è espressa da SANTORO, *Cassazione: sezione ad hoc per i ricorsi inammissibili*, in *Guida dir.*, 2001, 52.

⁵ Cfr. CANZIO, *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni*, a cura di Aimonetto, Torino, 2005, 415; FUMU, sub *Art. 6 l. 26 marzo 2001 n. 128*, cit., 417; RIVIEZZO, *Pacchetto sicurezza*, cit., 75.

⁶ V. CONTI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione*, cit., 185; MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, cit., 72 ss.; RIVIEZZO, *Pacchetto sicurezza*, cit., 76.

⁷ Tale "ufficio spoglio" è tuttora riconosciuto solo indirettamente, per mezzo di tabelle che ne danno per scontata l'esistenza.

⁸ In origine, la funzione dell'"ufficio spoglio" avrebbe dovuto essere differente e, nello specifico, quella di esaminare i ricorsi in vista di una più precisa collocazione nei ruoli di udienza. Già sotto la vigenza dell'abrogata disciplina, che riservava al Procuratore generale il compito di sollevare in via preliminare la questione di inammissibilità, essa veniva, però, progressivamente ampliata fino ad attribuire ai magistrati componenti tale ufficio il compito di consigliare alla parte pubblica l'eventuale esistenza di cause di inammissibilità del ricorso. Si veda, *anplius*, CONTI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione*, cit., 185; MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, cit., 74-75.

⁹ V. CANZIO, *L'istituzione della settima sezione per l'esame dell'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, in *Foro it.*, 2001, 165; CONTI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione*, cit., 187; SANTORO, *Cassazione: sezione ad hoc per i ricorsi inammissibili*, cit., 51.

¹⁰ Tale disposizione viene introdotta dall'art. 6, co. 4, l. 26 marzo 2001 n. 128.

¹¹ La nuova sezione è stata istituita tramite decreto del Primo Presidente della Corte di cassazione, emesso in data 2 aprile 2001, prima dell'entrata in vigore della nuova normativa. V., in termini critici rispetto al percorso seguito, MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, cit., 76-78, secondo cui "con un po' di disinvoltura, si è, infatti, letta l'espressione 'predeterminata con rotazione biennale', contenuta nell'art. 169-*bis* disp. att. c.p.p., come riferibile ai magistrati da assegnare alla istituita sezione settima; cosicché sono i componenti de collegio a 'ruotare' anziché la competenza tra le preesistenti sezioni. Il che induce a perplessità sul piano della conformità a legge della tecnica interpretativa prescelta e dei provvedimenti conseguentemente adottati in via di attuazione". Si esprime in senso

il presidente della Corte di cassazione abbia rilevato una causa d'inammissibilità¹².

Il procedimento che conduce alla declaratoria d'inammissibilità si compone, dunque, di più (sotto) fasi. Inizialmente, il ricorso giunge alla cancelleria centrale, dove si forma il fascicolo e viene individuata, sulla base della materia oggetto del ricorso, la sezione di fronte alla quale sarà trattata la causa. Successivamente, gli atti sono inviati alla cancelleria della sezione indicata e, in tale sede, il ricorso viene sottoposto ad un vaglio preliminare da parte dei magistrati "spogliatori"¹³, i quali, laddove ravvisino cause di inammissibilità, trasmettono gli atti alla settima sezione¹⁴.

La funzione di spoglio non viene, perciò, esercitata nell'ambito di un apposito ufficio centralizzato vicino alla cancelleria centrale, in continuo contatto e sotto le dipendenze del Primo Presidente al quale compete, ai sensi dell'art. 610, co. 1, c.p.p., rilevare le cause di inammissibilità dei ricorsi e assegnarli alla sezione *ad hoc* per la decisione in camera di consiglio¹⁵. Al contrario, i delegati operano presso le singole sezioni di appartenenza¹⁶ e ad osteggiare la centra-

favorevole SCELLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 121-123, ritenendo la scelta di istituire una nuova sezione pienamente legittima e apprezzabile sia sul terreno dell'opportunità, sia in relazione alla funzione nomofilattica della Corte.

¹² Così, Decreto 2 aprile 2001, in *Foro it.*, 2001, 168.

¹³ V., per tale terminologia, CONTI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione*, cit., 188, nota 7.

¹⁴ Cfr. CONTI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione*, cit., 188, nota 7, che minimizza il significato del controllo affidato ai magistrati addetti allo spoglio dei ricorsi ed esalta "il vantaggio 'burocratico' rispetto al precedente meccanismo".

¹⁵ Questa sarebbe la soluzione auspicabile e che meglio garantirebbe l'indispensabile uniformità di indirizzo nei criteri di segnalazione e, quindi, di riconoscimento delle cause di inammissibilità. Cfr., in tal senso, MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, cit., 79-80, il quale sottolinea, anche, come l'attuale sistema eroda parzialmente "i poteri pur attribuiti dalla legge al Primo Presidente, i quali si riducono alla potestà di delegare i magistrati allo spoglio presso le sezioni di appartenenza e che non paiono certo rafforzati tramite l'attività di delegati che operino in maniera disarticolata"; nonché, RIVIEZZO, *Pacchetto sicurezza*, cit., 77; SCELLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 163-164. Di diverso avviso, LUPO, *Una migliore organizzazione della Cassazione nell'assetto giuridico esistente*, in *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, a cura di Mannuzzo - Sestini, in *Dem. dir.*, 1992, suppl. ord. n. 1, 207, secondo il quale solo all'interno della singola sezione può realizzarsi "una oculata selezione dei ricorsi alla stessa assegnati (secondo i parametri di competenza interna per materia), perché qui la selezione, oltre ad esplicarsi su un numero minore di ricorsi, può beneficiare di informazioni aggiornate sulla giurisprudenza che si va formando nella sezione".

¹⁶ Cfr. ancora MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, cit., 79, il quale evidenzia come si prosegua, "in buona parte, secondo i meccanismi conosciuti precedentemente alla riforma; né la continuità può ritenersi interrotta dalla (successiva e necessaria) trasmissione degli atti alla settima sezione, effettuata all'esito di tale 'informale' esame preventivo". Secondo CONTI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione*, cit., 188, nota 7, i magistrati "spogliatori" "(in numero di due o tre per ciascuna sezione) continuano, *medio tempore*, (stante essenzialmente il problema di reperimento di adeguati locali) ad operare fisicamente nella rispettiva sezione (ma, ora, su delega del Primo presidente;

lizzazione del servizio sembra siano stati i titolari delle diverse sezioni¹⁷. Di conseguenza, si assiste ad una rilevante disparità nel numero delle richieste di inammissibilità presentate alla sezione filtro dai singoli uffici addetti allo spoglio¹⁸.

Nella prassi, le sezioni spoglio, qualora lo ritengano inammissibile, dispongono l'invio immediato del ricorso alla sezione settima, allegando una proposta di inammissibilità in cui viene specificata la causa individuata ai sensi degli art. 591, co. 1, e 606, co. 3, c.p.p. A questo punto, il presidente della sezione fissa la data per la decisione che la cancelleria comunica, almeno 30 giorni prima, al procuratore generale e ai difensori, indicando la causa di inammissibilità rilevata¹⁹. L'udienza si svolge in camera di consiglio, senza l'intervento dei difensori: l'art. 611, co. 1, c.p.p. garantisce, infatti, un contraddittorio meramente cartolare²⁰.

Una vera e propria elusione del contraddittorio potrebbe ravvisarsi, invece, nella possibilità che la settima sezione dichiari l'inammissibilità del ricorso anche sulla base di motivazioni diverse rispetto a quelle indicate in sede di vaglio preliminare²¹.

Qualora non sia dichiarata l'inammissibilità, gli atti vengono rimessi al Primo Presidente, il quale trasmette il ricorso alla sezione competente²², peraltro con

e, in prospettiva, al ravvisato fine di assicurare una uniformità di indirizzo, in locali centralizzati vicini alla cancelleria centrale)".

¹⁷ Cfr. NAPPI, *La politica riscopre la Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 1920.

¹⁸ V., per dati statistici, SCELLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 164.

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. I, 8 ottobre 2008, Pesce, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, 652, per cui l'omessa enunciazione della causa di inammissibilità nell'avviso ex art. 610, co. 1, c.p.p. non è sanzionata a pena di nullità, né è riconducibile nell'ambito delle nullità previste dall'art. 178, co. 1, lett. c c.p.p., dal momento che la violazione non incide sulla garanzia di intervento dell'imputato nel procedimento: essa sarebbe sufficientemente tutelata dall'avviso, che ha lo scopo di assicurare la possibilità di attivarsi della difesa, tramite l'esame degli atti depositati in cancelleria e la presentazione di motivi nuovi o memorie. Nello stesso senso, prima della riforma, v. Cass., Sez. VI, 27 aprile 1994, Anzalone, in *Mass. Uff.*, n. 199027; Id., Sez. I, 12 gennaio 1994, Passaniti, *ivi*, 197097.

²⁰ La scelta di un contraddittorio scritto è apparsa un buon compromesso tra le esigenze di difesa e quelle di garantire le celere definizione del sindacato: cfr. CECCARONI, *La Sezione VII della Cassazione: riflessioni sull'attuale funzionamento e sulle prospettive dischiuse dal d.d.l. n. 2754 bis del 2003*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1418; SCELLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 165 e 189, il quale evidenzia come, di fatto, simile contraddittorio sia impoverito dalla mancata specificazione delle ragioni che rendono manifestamente infondato il ricorso. V., anche, CANZIO - LATTANZI, *Quando l'informazione disorienta*, in *Cass. pen.*, 2003, 2941, i quali sembrano ammettere un contraddittorio orale, in relazione all'ipotesi di accertamento della manifesta infondatezza.

²¹ Cfr., per tale interpretazione, BRUNO, *Innovazioni e modifiche al giudizio di cassazione*, in *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini (c.d. "pacchetto sicurezza")*, coordinato da Spangher, Milano, 2001, 130; CONTI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione*, cit., 187; IADECOLA, *Il giudizio di cassazione*, cit., 949; MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, cit., 98.

²² Ritengono precluso alla sezione specializzata il potere di giungere a pronunce diverse dalla declarato-

la possibilità che, dinanzi ad essa, venga nuovamente vagliata l'inammissibilità ai sensi dell'art. 615, co. 2, c.p.p.²³

3. Le ragioni di inammissibilità del ricorso e la manifesta infondatezza dei motivi.

Quanto ai motivi di inammissibilità del ricorso, la riforma introdotta con la l. n. 128 del 2001 non ha determinato alcun formale ampliamento delle cause di inammissibilità²⁴, sicchè le ipotesi rimangono quelle previste, in generale, dall'art. 591, co. 1, c.p.p., a cui si aggiungono quelle dettate specificamente dall'art. 606, co. 3, c.p.p.²⁵

Si tratta di una dozzina di situazioni che si realizzano quando il ricorso è stato proposto da soggetto non legittimato, ovvero da difensore non abilitato dinanzi alle giurisdizioni superiori, oppure da soggetto privo di interesse o contro un provvedimento non oggettivamente impugnabile. La stessa sorte spetta

ria di inammissibilità e dalla restituzione degli atti al Presidente BRUNO, *Innovazioni e modifiche al giudizio di cassazione*, cit., 130; CONTI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione*, cit., 187; FUMU, sub Art. 6 l. 26 marzo 2001 n. 128, cit., 419; SCELLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 157; IACOVIELLO, *Giudizio di cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, *Impugnazioni*, a cura di Spangher, 660. La possibilità che la sezione filtro dichiari eventuali cause di non punibilità è, invece, ammessa da FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, cit., 141 ss.; MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, cit., 102; SANTORO, *Cassazione: sezione ad hoc per i ricorsi inammissibili*, cit., 52. Cfr., in giurisprudenza, Cass., Sez. VII, 6 marzo 2008, Boujlalib, in *Cass. pen.*, 2009, 3006; Id., Sez. VII, 16 ottobre 2001, Bastianelli, in *Riv. pen.*, 2002, 832. Per un'approfondita analisi del problematico rapporto tra inammissibilità dell'impugnazione ed immediata declaratoria ex art. 129 c.p.p., v. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, cit., 98 ss.; MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, cit., 132 ss.; SCELLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 134 ss.; VENTURA, *Il ricorso per cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, cit., *Impugnazioni*, cit., 736-738; nonché, per riflessioni sulla problematica durante la vigenza del vecchio codice di rito, DELITALA, *Le così dette pregiudiziali alla validità dell'impugnazione* (1929), in *Diritto processuale penale. Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, 223 ss.; FOSCHINI, *Inammissibilità e non punibilità* (1945), in *Studi sulle impugnazioni penali*, Milano, 1955, 45 ss.; GALLO, *Sulla pregiudizialità della declaratoria delle cause di non punibilità rispetto alla declaratoria della inammissibilità dell'impugnazione*, in *Giur. it.*, 1948, 107 ss.

²³ Cfr., FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, cit., 141; SCELLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 165; *contra*, IACOVIELLO, *Giudizio di cassazione*, cit., 659-660, secondo cui un ricorso proveniente dalla settima sezione non può essere dichiarato inammissibile: "non si vede che senso avrebbe sottoporre ad un duplice test di ammissibilità il ricorso. Del resto, non sarebbe ragionevole che dei giudici di Cassazione (giudici della logica della sentenza, non dimentichiamolo) dichiarino manifestamente infondato un ricorso che altri giudici della stessa Corte hanno ritenuto non manifestamente infondato. E meno che mai si vede che senso avrebbe dichiarare inammissibile un ricorso dopo averlo trattato e dopo che un'altra sezione lo ha dichiarato ammissibile!".

²⁴ CONTI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione*, cit., 191; MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, cit., 120.

²⁵ Si veda FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, cit., 57.

ai ricorsi proposti senza l'osservanza delle forme di presentazione contemplate dagli art. 582, 583 e 585 c.p.p., ovvero contro ordinanze non concernenti la materia della libertà personale, oppure in seguito a rinuncia all'impugnazione. Allo stesso modo, verrà dichiarato inammissibile il ricorso privo di motivi, o che adduca motivi non specifici, ovvero relativi a violazioni insuscettibili di essere dedotte in sede di legittimità oppure, pur astrattamente deducibili, ma non dedotte in precedenza, ovvero motivi manifestamente infondati.

Come sarà agevole constatare, nel catalogo delle cause di inammissibilità la manifesta infondatezza dei motivi occupa un posto a sé stante, realizzando una sorta di contaminazione tra due piani tenuti abitualmente distinti: quello dell'attività volta al controllo della sussistenza delle condizioni necessarie per la pronuncia di merito e quello dell'attività diretta alla risoluzione di una questione di merito²⁶. Certamente, la manifesta infondatezza non è l'unica causa di inammissibilità che esige un controllo sul contenuto delle doglianze: la necessità di esaminare le censure formulate dal ricorrente sussiste anche nella verifica che il ricorso non sia stato proposto per motivi generici o diversi da quelli consentiti dalla legge o non concerna violazioni di legge non dedotte in appello²⁷. Ne deriva che il distinguo tra la manifesta infondatezza e le altre cause d'inammissibilità non risiede tanto nella "metodica di accertamento in sé considerata quanto [nel]l'evanescenza della linea di confine che la separa dalla mera infondatezza dei motivi, ponendo il giudice di fronte a una scelta talvolta opinabile, ma che agli effetti pratici può rivelarsi fonte di conseguenze radicalmente diverse"²⁸.

Si deve riconoscere, dunque, che la locuzione "motivi manifestamente infon-

²⁶ Cfr. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, cit., 83; SCCELLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 192. Per Cass., Sez. un., 22 novembre 2000, De Luca, in *Cass. pen.*, 2001, 1773, "la manifesta infondatezza si attest[a], sul piano strutturale, quale modello di confine>> rispetto agli altri casi di inammissibilità specifica previsti dall'art. 606, co. 3, c.p.p.

²⁷ Cfr. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, cit., 81-82, secondo la quale il giudizio d'inammissibilità fondato su di essi rientra nelle "valutazioni di carattere sostanziale". Per un'analisi degli orientamenti giurisprudenziali in merito, v. GIALUZ, sub *Art. 606 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda - Spangher, Milano, 2010, 7397 ss.

²⁸ Così, SCCELLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 197-198; ma v., anche, MARAFIOTTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, cit., 123. Il discorso vale, a fortiori, da quando l'inammissibilità per manifesta infondatezza viene considerata preclusiva del proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p. In tal senso, Cass., Sez. un., 22 novembre 2000, De Luca, cit., 2988, con nota di CIAVOLA, *Le Sezioni Unite superano la tradizionale distinzione tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute e pongono un importante freno alla prassi dei ricorsi manifestamente infondati o pretestuosi*; nonché, più di recente, Cass., Sez. VI, 14 marzo 2014, Rizzo e altro, in *Mass. Uff.*, n. 259202; Id., Sez. I, 20 gennaio 2014, Cappello, *ivi*, n. 259205; Id., Sez. II, 8 maggio 2013, Ciaffoni, *ivi*, 256463; Id., Sez. III, 8 ottobre 2009, Franca, *ivi*, n. 244999.

dati” descrive una situazione non distante dal merito del ricorso, dal momento che ne implica comunque una valutazione, sebbene in negativo²⁹. Appare, pertanto, difficile individuare quando un ricorso sia “manifestamente infondato” e, allo stesso tempo, escludere che tale formula possa agevolare un aggiramento della regola processuale per cui la decisione di un ricorso semplicemente “infondato” debba essere emessa all’esito di una pubblica udienza³⁰. Esiste una “zona grigia”³¹ tra inammissibilità e infondatezza che non può essere colmata affermando che “la pronta rilevabilità di quest’ultima funge da condizione negativa di un esame più approfondito”³². Si potrebbe, invero, obiettare che ogni decisione sull’inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza sia, di fatto, preceduta da un vaglio, più o meno approfondito, sulla fondatezza dello stesso³³. La più ristretta area del censurabile e, quindi, del conoscibile dal giudice, determinata dal fatto che il giudizio di inammissibilità è pur sempre “un giudizio di diritto”³⁴, può solo ridurre “la possibile estensio-

²⁹ Cfr. MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d’inammissibilità*, cit., 123; nonché, DELOGU, *Contributo alla teoria dell’inammissibilità del processo penale*, Milano, 1938, 61, secondo cui “che in casi del genere la dichiarazione di inammissibilità presupponga un’indagine preliminare sul merito, e sia la conseguenza sfavorevole di essa, è una cosa che non può seriamente mettersi in dubbio”. V., anche, Cass., Sez. un., 30 giugno 1999, Piepoli, in *Cass. pen.*, 2000, 30, la quale ammette che non si tratta di “un giudizio volto a stabilire se siano state rispettate o meno le condizioni da cui dipende la regolarità del processo bensì [di] una analisi sulla fondatezza del ricorso”. Diversamente, per PRESUTTI, *Ancora un intervento delle Sezioni unite in tema di inammissibilità della impugnazione e declaratoria ex art. 129 c.p.p.*, *ivi*, 2000, 848 così ragionando, si finirebbe col sacrificare “la funzione storicamente annessa alla inammissibilità per manifesta infondatezza”, privilegiando “la sua atipica natura di questione attinente al merito dell’impugnazione”. Secondo SCCELLA, *Il vaglio d’inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 193, “si mostrerebbe di non comprendere che, al pari delle altre cause d’inammissibilità del ricorso, la manifesta infondatezza dei motivi rende il gravame privo di quell’efficacia propulsiva necessaria a far evolvere il processo verso il grado ulteriore”.

³⁰ V. FONTI, *L’inammissibilità degli atti processuali penali*, cit., 86; MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d’inammissibilità*, cit., 126. Cfr., Cass., Sez. un., 22 novembre 2000, De Luca, cit., 2988, per cui la manifesta infondatezza si traduce nella proposizione di censure caratterizzate da evidenti errori di diritto nella interpretazione della norma posta a sostegno del ricorso, il più delle volte contrastate da una giurisprudenza costante e senza addurre motivi nuovi o diversi per sostenere l’opposta tesi, ovvero invocando una norma inesistente nell’ordinamento.

³¹ Per tale espressione, v., di nuovo, MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d’inammissibilità*, cit., 126.

³² Così, DELOGU, *Contributo alla teoria dell’inammissibilità del processo penale*, cit., 67, secondo cui “la dichiarazione di inammissibilità viene così sfruttata, a scopo di economia processuale, per troncare sul nascere rapporti processuali, principali o incidentali, che porterebbero sicuramente ad una pronuncia di rigetto” (*ivi*, 61).

³³ Cfr. GATTO, *Esecuzione penale e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 605; MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d’inammissibilità*, cit., 126; SANTORIELLO, *Inammissibilità dell’impugnazione e declaratoria immediata di cause di non punibilità: una giurisprudenza elusiva del giusto processo*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti - Fiorio, Padova, 2002, 262.

³⁴ DELOGU, *Contributo alla teoria dell’inammissibilità del processo penale*, cit., 62, secondo cui le pre-

ne della citata zona grigia, ma non può risolvere in radice alcun problema ermeneutico, né aiuta a mantenere ben distinte in pratica le due aree (quella preliminare di inammissibilità e quella successiva di fondatezza) del giudizio sul ricorso”³⁵.

Occorre, perciò, considerare che tra le due valutazioni non vi è alcuna differenza sul piano qualitativo, mentre l’unica diversità è di tipo “quantitativo”, ossia di misura nell’intensità dell’infondatezza: si è affermato, in dottrina, che la nozione rimandi a qualcosa di “eclatante”³⁶, dal momento che l’infondatezza delle ragioni che reggono la pretesa di annullamento si rivela in modo “evidente”³⁷.

È possibile affermare che una domanda “sarà manifestamente infondata quando la sua infondatezza risulti palese ed evidente, nel senso che il giudizio sia assolutamente univoco e su di esso non sorga possibilità di errore”³⁸, purchè si tenga conto della delicatezza e della peculiarità dell’esame svolto per emettere una simile pronuncia: l’infondatezza, inclusa quella manifesta, emerge necessariamente da un vaglio del contenuto dei motivi di ricorso³⁹. Risulta, allora, labile il confine tra infondatezza *ictu oculi* e quella non manifesta, che può essere rilevata soltanto dopo la risoluzione di una o più questioni relative all’oggetto del ricorso⁴⁰.

messe di merito dell’impugnazione presentata sono da considerare *ut si vera sint exposita*.

³⁵ MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d’inammissibilità*, cit., 127.

³⁶ DANTE, *Sull’inammissibilità del ricorso per cassazione per motivi manifestamente infondati*, in *Giust. pen.*, 1960, 311.

³⁷ In argomento, v. BRICHETTI, *L’evidenza nel diritto processuale penale*, Napoli, 1950, *passim*.

³⁸ DELOGU, *Contributo alla teoria dell’inammissibilità del processo penale*, cit., 62.

³⁹ Cfr. Scella, *Il vaglio d’inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 193-194: “certo, sembra difficile negare che l’apprezzamento della manifesta infondatezza dei motivi implichi un vaglio del contenuto del ricorso; ma un tale vaglio è (o, quanto meno, dovrebbe essere) finalizzato esclusivamente alla verifica della circostanza che l’impugnazione sia provvista di una purchè minima base giuridica. Vi è, in altre parole, un’esigenza logica non superabile: l’indagine svolta ai fini della delibazione dell’inammissibilità per manifesta infondatezza va contenuta entro stretti limiti, e non può spingersi fino a investire l’alternativa tra fondatezza/infondatezza delle doglianze avanzate dal ricorrente”.

⁴⁰ V. FROSALI, *Il ricorso per cassazione penale nelle sue condizioni di ammissibilità*, Padova, 1932, 212; MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d’inammissibilità*, cit., 127. Secondo SCELLA, *Il vaglio d’inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 203-204 “la declaratoria d’inammissibilità per manifesta infondatezza si giustifica nella misura in cui sia possibile escludere che il ricorso svolga effettivamente una funzione di tutela dei diritti delle parti ... Ne segue che la manifesta infondatezza non può essere dichiarata se non laddove esistano ragioni per qualificare assolutamente pretestuose le argomentazioni spese dal ricorrente ... Il tentativo di ricostruzione qui delineato appare pienamente funzionale all’esigenza d’intendere con estremo rigore il concetto di manifesta infondatezza, volto com’è a circoscrivere gli spazi di discrezionalità che fatalmente si aprono quando la Corte si trova a dover segnare il confine tra manifesta infondatezza e semplice infondatezza dei motivi”. In tal senso, v., anche, FONTI, *L’inammissibilità degli atti processuali penali*, cit., 85; nonché, in giurisprudenza, Cass., Sez. un., 22 marzo 2005, Bracale, in *Cass. pen.*, 2005, 2914; Id., Sez. un., 22 novembre 2000, De Luca, cit., 2988.

4. Una nuova figura di incompatibilità del giudice “spogliatore”

Come si è visto, gli esiti del procedimento volto alla declaratoria di inammissibilità ai sensi degli artt. 610 e 611 c.p.p. possono essere differenti e deve escludersi che dalla sua instaurazione derivi un vincolo ad emettere una pronuncia in tal senso da parte della apposita sezione che, al contrario, può discostarsi dalla precedente deliberazione, ritenendo il ricorso inammissibile per motivazioni diverse ovvero pienamente ammissibile⁴¹.

Tuttavia, appare innegabile che il vaglio preliminare dei ricorsi da parte dell'ufficio spoglio possa influenzare gravemente l'esito finale dell'esame di inammissibilità effettuato dalla settima sezione. Ne è dimostrazione il fatto che, nel costituire la prima dotazione organica della sezione-filtro, è emersa l'esigenza di stabilire una sorta di incompatibilità, escludendo i magistrati dell'ufficio spoglio dal sorteggio per l'assegnazione alla sezione di nuovo conio⁴². Una simile incompatibilità appare ancora più opportuna se si considera che il frenetico ritmo di lavoro dell'organo addetto allo *screening* preliminare dei ricorsi⁴³ comporta il rischio che venga dedicato un tempo troppo ristretto all'esame di ogni vicenda processuale e vi sia, per contro, un appiattimento sulle indicazioni fornite in sede di spoglio. Appare, dunque, fondato il dubbio che la sezione settima si trovi ad “avallare quasi ciecamente la proposta d'inammissibilità formulata dalle singole sezioni spoglio e contenuta in un modulo prestampato firmato dal consigliere delegato dal primo presidente, nel quale sono barrate le caselle in corrispondenza dei rilevati motivi di inammissibilità”⁴⁴.

⁴¹ Cfr. FUMU, sub *Art. 6 l. 26 marzo 2001 n. 128*, cit., 419; cit., 98.

⁴² Cfr. CONTI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione*, cit., 190, nota 10; SCELLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 163. Al contrario, minimizza i profili di incompatibilità Associazione Nazionale Magistrati, Sezione Corte di Cassazione, *Sulla istituzione della sezione per l'esame dell'inammissibilità dei ricorsi*, in *Foro it.*, 2001, 170, secondo cui, perché il vaglio non assurga a “pre-giudizio”, sul collegio giudicante non dovrà derivare nessun vincolo dal precedente “parere” espresso dalla Prima Presidenza della Corte di cassazione nel senso dell'inammissibilità. V., anche, NAPPI, *La politica riscopre la Corte di cassazione*, cit., 1921, per il quale sarebbe stato persino “preferibile che tutti i magistrati addetti alla sezione curassero anche lo spoglio”.

⁴³ V. MARAFIOTTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, cit., 97, nota 101, ove afferma che “il carico di udienza arriva a circa duecento fascicoli per volta, con ciascuno dei componenti del collegio chiamato ad occuparsi di una cinquantina di casi a testa!”. Cfr., anche, NAPPI, *La politica riscopre la Corte di cassazione*, cit., 1921, che parla di 160 impugnazioni per udienza.

⁴⁴ SCELLA, *Il vaglio d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, cit., 165. Cfr. NAPPI, *La politica riscopre la Corte di cassazione*, cit., 1921: “già prima della l. n. 128 del 2001 e della conseguente istituzione della settima sezione penale, veniva formulata su analoghi moduli prestampati la richiesta di procedere con rito camerale alla trattazione dei ricorsi inammissibili”. Similmente, seppur in riferimento ai soli ricorsi in tema di libertà personale, v. CANZIO, *Il ricorso per cassazione*, cit., 417.

La sentenza in esame, come si è detto, non ritiene che possa ravvisarsi un'incompatibilità del magistrato "spogliatore" che, dopo aver assegnato il ricorso alla sezione *ad hoc*, divenga componente anche del collegio che deve decidere sulla sua proposta di inammissibilità del ricorso, argomentando che tale organo collegiale manterrebbe "intatto ogni potere di valutazione" e che il vaglio dell'ufficio spoglio avrebbe "natura necessariamente provvisoria", innestandosi in un "procedimento che inizia con l'esame preliminare e prosegue con l'eventuale assegnazione alla Settima sezione, con la possibilità che il ricorso sia restituito - in quanto ritenuto non *prima facie* inammissibile - alla sezione ordinaria per il giudizio definitivo". La Suprema Corte richiama, inoltre, a sostegno della sua posizione, il consolidato orientamento costituzionale che esclude l'incompatibilità nell'ambito della stessa fase procedimentale.

In un'ottica riassuntiva e chiarificatrice, appare, perciò, opportuno trattare dei presupposti in presenza dei quali, secondo la Consulta, si determina una situazione di incompatibilità del giudice, non senza evidenziare quanto si sia rivelato instabile l'assetto dell'originaria veste dell'art. 34 c.p.p.: già nei primi mesi di vigenza del nuovo codice la giurisprudenza di merito avanzava numerosi dubbi che sarebbero presto sfociati in giudizi di costituzionalità⁴⁵. L'individuazione del primo "vuoto incostituzionale"⁴⁶, da parte della pronuncia di accoglimento che ha dato origine alla serie⁴⁷, si pone temporalmente al limite del primo anno di vigore del codice, scatenando "un processo di reazioni a catena la cui ben nota eco si propagherà, a tratti tumultuosa, nel lungo periodo"⁴⁸.

⁴⁵ La prima ordinanza di rimessione degli atti alla Corte, relativa a ipotizzati vuoti di tutela nella disciplina dell'incompatibilità endoprocessuale del giudice, risale, infatti, al quinto mese di vigore del codice del 1988: v. Pret. Massa, ord. 16 marzo 1990, Dalle Luche, in *Arch. n. proc. pen.*, 1990, 234 ss., che riteneva non manifestamente infondata, con riferimento agli art. 3, 25, 76, 77 e 101 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, co. 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice il quale, nel rito pretorile dell'archiviazione, abbia ordinato al pubblico ministero la formulazione dell'imputazione non possa partecipare al successivo giudizio abbreviato.

⁴⁶ L'espressione è di DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, Torino, 2000, 108.

⁴⁷ Si tratta di Corte cost., sent. n. 496 del 1990, in *Giur. cost.*, 1990, 2877 ss., con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, co. 2, c.p.p. "nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al successivo giudizio abbreviato il giudice per le indagini preliminari presso la pretura che abbia emesso l'ordinanza di cui all'art. 554, co. 2, c.p.p."

⁴⁸ DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, cit., 109-110, il quale prosegue: "risultava, in tal modo, tracciata la linea di scorrimento lungo la quale si sarebbe prodotta una giurisprudenza 'a cascata', impetuosa nella sua capacità di travolgere ogni ostacolo, tanto da sfuggire di mano ai suoi stessi creatori e da imporre, in progresso di tempo, l'adozione di contromisure idonee a riportare il convoglio sotto controllo". Cfr., anche, CONTI, *L'incompatibilità del giudice tra microconflittualità costituzionale e prospettive di riforma ordinamentale*, in *I nuovi binari del processo penale. Tra giurisprudenza costituzionale e riforme, Atti del convegno di Napoli*, Milano, 1996, 199, secondo cui la prima declaratoria di incostituzionalità ha originato una specie di "mutazione cromosomica", destinata a racchiudere in sé il

Le venti declaratorie di incostituzionalità che hanno inciso sull'art. 34 c.p.p.⁴⁹, modificandone del tutto la struttura, costituiscono “un *record* assoluto”⁵⁰: non esiste norma processuale più presa di mira da parte del giudice delle leggi nell'intero periodo di esperienza istituzionale della Corte.

Negli ultimi anni, però, la giurisprudenza della Consulta sembra essersi assestata su alcuni punti fermi che consentono di delineare i presupposti fondanti una situazione di incompatibilità a giudizio.

Il primo di essi è individuabile nell'aver il giudice compiuto una valutazione non formale, ma di contenuto, dei risultati delle indagini preliminari⁵¹: rimangono pertanto escluse dall'ambito delle incompatibilità le decisioni di natura processuale e meramente interlocutorie⁵². Il fenomeno dell'incompatibilità si realizza, dunque, quando il giudice si sia già precedentemente pronunciato su aspetti che concernono il merito dell'accusa, e non anche quando abbia solo disposto in ordine allo svolgimento del processo, anche se successivamente

germe di “tutta la storia futura” della norma: le ulteriori declaratorie sono scaturite da essa “per gemmazione, secondo un procedimento che fa leva sull'*eadem ratio* della sentenza iniziale”.

⁴⁹ Si tratta di sentenze interpretative di accoglimento, di cui due relative al primo co. dell'art. 34 e diciotto riguardanti il secondo comma della norma (le prime diciassette si sono concentrate nel decennio 1990-1999). Cfr. PANSINI, *Terzietà ed imparzialità: da attributi della funzione di giudizio a presupposti processuali*, in *Processo penale e costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 54-57, il quale sottolinea come, nelle prime sentenze, la Corte “giunga alla conclusione della illegittimità costituzionale di una serie di norme sotto il profilo della violazione dei limiti della delega ... La terzietà del giudice, dunque, per la Corte costituzionale, non discende dal disposto dell'art. 25 della Costituzione, ma è un valore caratterizzante la scelta del processo accusatorio fatta dal legislatore ordinario delegante e, come tale, qualsiasi norma contrastante con questa scelta è costituzionalmente illegittima perché eccedente la legge delega”. Intervenuta la modifica dell'art. 111 Cost., invece, la terzietà diventa connotato della figura costituzionale di giudice e, perciò, “la Corte opera questo salto di qualità: la illegittimità della norma non deriva più dall'eccesso di delega, ma, viceversa, dall'introduzione di un soggetto con caratteristiche contrastanti a tale principio costituzionale”.

⁵⁰ CONTI, *L'incompatibilità del giudice tra microconflittualità costituzionale e prospettive di riforma ordinamentale*, cit., 198. Secondo MAZZA, *Il progressivo ampliamento delle incompatibilità del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 1403, “il fatto che l'art. 34, co. 2, c.p.p. sia la disposizione del codice investita dal maggior numero di declaratorie d'incostituzionalità deriva probabilmente da un errore d'impostazione commesso (sulla falsariga della legge-delega) dal legislatore del 1988 il quale, anziché stabilire in via generale i presupposti dell'incompatibilità al giudizio, aveva optato per una disciplina eminentemente casistica lasciandosi guidare da un eccesso di analisi che, in una materia tanto delicata, era inevitabilmente destinato a determinare delle lacune”. Cfr., anche, RIVELLO, *Il principio dell'imparzialità del giudice nella giurisprudenza costituzionale e negli interventi del legislatore*, in *Cass. pen.*, 1999, 3038, secondo cui “il numero estremamente rilevante di pronunce in materia è anche dovuto all'uso ridotto, da parte del giudice delle leggi, del meccanismo dell'illegittimità conseguenziale, di cui all'art. 27 ultima parte l. 11 marzo 1953, n. 87”.

⁵¹ V. Corte cost., sent. n. 496 del 1990, cit., 2877 ss.

⁵² Cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 1996, in *Cass. pen.*, 1996, 1733; Id., sent. n. 455 del 1994, in *Giur. cost.*, 1994, 3940, con nota di RIVELLO, *Una sentenza dal doppio volto in tema di art. 34 c.p.p.*; Id., ord. n. 157 del 1993, *ivi*, 1993, 1179.

alla valutazione delle risultanze processuali⁵³.

Il secondo presupposto, strettamente collegabile al primo, “costituendone ... la necessaria conseguenza”⁵⁴, consiste nel successivo pieno giudizio di merito sulla medesima regudicanda: l’incompatibilità rileva solo rispetto al “giudizio”⁵⁵, ossia rispetto alla decisione sulla responsabilità dell’imputato e non anche in relazione a decisioni assunte ad altri fini.

Il terzo presupposto si sostanzia nel “limite endofasico”⁵⁶ dell’incompatibilità: l’imparzialità del giudice, secondo la Corte, non può ritenersi minata da una valutazione, anche di merito, compiuta all’interno della medesima fase del procedimento, intesa quale ordinata sequenza di atti, ciascuno dei quali legittima, prepara e condiziona quello successivo⁵⁷: dal momento che ogni provvedimento ordinatorio o istruttorio implica o può implicare una delibazione nel merito, qualora si dovesse ritenere altrimenti, ne deriverebbe un’assurda frammentazione del procedimento con l’attribuzione di ciascun segmento di

⁵³ V. Corte cost., sent. n. 153 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 2111 ss.; nonché Id., sent. n. 131 del 1996, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 579.

⁵⁴ POTETTI, *Principi fondamentali elaborati dalla Corte costituzionale in tema di art. 34 c.p.p. In particolare: incompatibilità del giudice e concorso di persone nel reato*, in *Cass. pen.*, 1997, 945.

⁵⁵ Cfr., tra le altre, Corte cost., ord. n. 24 del 1996, cit., 1733; nonché, Id., sent. n. 401 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 3487, con nota di RIVELLO, *Un articolato intervento della Corte costituzionale in tema di incompatibilità del giudice*, nonché in *Corr. giur.*, 1992, 148, con nota di GIARDA, *La lima dei giudici della Consulta sul nuovo rito penale*. Vengono ricondotti dalla Corte all’area denotata dal termine “giudizio” anche il giudizio abbreviato (Corte cost., sent. n. 401 del 1991, cit.), l’applicazione della pena su richiesta delle parti (Corte cost., sent. n. 155 del 1996, in *Cass. pen.*, 1996, 2680; nonché, Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Della Gatta e altro, in *Mass. Uff.*, n. 260096); il procedimento per decreto (Corte cost., sent. n. 346 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, 3411 ss.) e l’udienza preliminare (Corte cost., sent. n. 335 del 2002, *ivi*, 2002, 3297, con osservazioni di DI CHIARA, *Sistema delle incompatibilità e natura dell’udienza preliminare: appunti sul più recente espandersi dell’area del “giudizio” pregiudicabile e di RANALDI, Udienza preliminare ed incompatibilità à la carte*).

⁵⁶ POTETTI, *Principi fondamentali elaborati dalla Corte costituzionale in tema di art. 34 c.p.p. In particolare: incompatibilità del giudice e concorso di persone nel reato*, cit., 947.

⁵⁷ Corte cost., sent. n. 153 del 2012, cit., 2111 ss., secondo cui, “benchè l’architettura del nuovo rito penale richieda, in linea di principio, che le conoscenze probatorie del giudice si formino nella fase del dibattimento, non basta a generare l’incompatibilità la semplice ‘conoscenza’ di atti anteriormente compiuti, ma occorre che il giudice sia stato chiamato a compiere una ‘valutazione’ di essi, strumentale all’assunzione di una decisione. In secondo luogo, detta decisione deve avere natura non ‘formale’, ma di ‘contenuto’: essa deve comportare, cioè, valutazioni che attengono al merito dell’ipotesi dell’accusa, e non già al mero svolgimento del processo. Da ultimo, affinché insorga l’incompatibilità, è necessario che la precedente valutazione si collochi in una diversa fase del procedimento, essendo del tutto ragionevole che, all’interno di ciascuna delle fasi, resti comunque preservata l’esigenza di continuità e di globalità: prospettiva nella quale il giudice chiamato al giudizio di merito non incorre in incompatibilità allorchè compia valutazioni preliminari, anche di merito, destinate a sfociare in quella conclusiva (venendosi altrimenti a determinare una ‘assurda frammentazione’ del procedimento, che implicherebbe la necessità di disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere)”.

esso ad un giudice diverso⁵⁸. Questo principio è stato attuato soprattutto in ambito di provvedimenti sulla libertà personale⁵⁹ che, nel corso del dibattimento, sono devoluti alla cognizione dell'organo procedente. È infatti un "canone generale"⁶⁰ quello "in forza del quale ... l'adozione di provvedimenti inerenti alla libertà personale dell'imputato, i quali implicino una valutazione prognostica in ordine alla sua responsabilità, ancorchè su base indiziaria e allo stato degli atti, impediscono al giudice che li ha emessi di partecipare al giudizio, sempre che i provvedimenti in questione si collochino in una fase processuale distinta da quella pregiudicata"⁶¹.

La Corte costituzionale ha anche specificato che "non può attribuirsi alle parti la potestà di determinare ... l'incompatibilità nel corso di un giudizio del quale il giudice è già investito con la conseguenza che lo stesso giudice verrebbe spogliato di tale giudizio in ragione del compimento di un atto processuale cui è tenuto a seguito di un'istanza di parte; esito ... non solo irragionevole ma in contrasto con il principio del giudice naturale precostituito per legge, [dovendosi] escludere che alla scelta processuale di una parte possa essere rimessa la permanenza della titolarità del giudizio in capo al giudice che ne è investito"⁶². La pronuncia in commento è perentoria nell'affermare che l'esame preliminare del giudice spogliatore "comporta una valutazione provvisoria, limitata ad un accertamento del *fumus* dell'inammissibilità, valutazione che avviene nell'ambito della stessa fase e che rientra nel giudizio di cassazione". Detto altrimenti, ci si troverebbe di fronte a una decisione endofasica, come tale insuscettibile di radicare l'incompatibilità al giudizio nella sezione settima, con l'ulteriore precisazione che nel giudizio di legittimità non sussisterebbero incompatibilità "orizzontali".

La conclusione appare, tuttavia, sbrigativa, dettata da esigenze organizzative di natura "tabellare", poco attenta alla reale configurazione della sequenza procedimentale e, soprattutto, alla tutela dei valori in gioco.

⁵⁸ Cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 1996, cit., 1733.

⁵⁹ V. Corte cost., sent. n. 177 del 1996, in *Cass. pen.*, 1996, 2884 ss.

⁶⁰ MAZZA, *I protagonisti del processo*, in *Procedura penale*, Torino, 2015, 99.

⁶¹ Corte cost., sent. n. 153 del 2012, cit., 2111 ss.

⁶² Corte cost., ord. n. 232 del 1999, in *Cass. pen.*, 1999, 3073. In applicazione di tale principio, v. Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, *Wajib*, in *Mass. Uff.*, n. 229176, secondo cui "in tema di giudizio abbreviato, quando l'imputato "rinova" prima della dichiarazione di apertura del dibattimento una richiesta condizionata di accesso al rito già respinta dal giudice per le indagini preliminari (secondo il meccanismo di sindacato introdotto dalla sentenza costituzionale 23 maggio 2003 n. 169), il giudice è chiamato ad effettuare, acquisendo gli atti del fascicolo del pubblico ministero in applicazione analogica dell'art. 135 disp. att. c.p.p., una valutazione solo incidentale delle risultanze raccolte, finalizzata alla verifica della prospettata necessità della prova integrativa richiesta, senza che ciò si traduca in giudizio sul merito dell'azione penale e dunque in causa di incompatibilità per il giudice stesso".

Occorre anzitutto precisare che il concetto di fase processuale, sul quale si radica l'esclusione dell'incompatibilità endofasica, non è di natura direttamente normativa, ma deriva da un'interpretazione sistematica della sequenza procedimentale. La fase processuale risulta, perciò, un concetto elastico.

Il dato normativo rappresenta una fase del giudizio in Cassazione evidentemente suddivisa in sotto fasi. La netta separazione fra la sotto fase di spoglio e quella di decisione dell'inammissibilità è ben rappresentata dal fatto che a decidere sono chiamati i giudici di sezioni differenti. Altro elemento distintivo è dato dalla diversa composizione dell'organo decidente: monocratico lo spogliatore, collegiale la settima sezione. Anche la natura del giudizio è parzialmente difforme: l'assegnazione alla sezione "filtro" da parte del monocratico con rito *de plano*; la declaratoria d'inammissibilità ad opera del collegio con procedimento camerale a contraddittorio cartolare.

Lo iato fra le due fasi appare evidente e non consente di richiamare il concetto di incompatibilità endofasica da sempre riferito a una fase unitaria di giudizio svoltasi dinanzi al medesimo giudice. Del resto, volendo parafrasare proprio la giurisprudenza costituzionale sul tema, l'incompatibilità al giudizio in Cassazione del giudice "spogliatore" non determinerebbe "un'assurda frammentazione del procedimento con l'attribuzione di ciascun segmento di esso ad un giudice diverso"⁶³ per la semplice ragione che il procedimento è già normativamente frammentato in due segmenti distinti attribuiti a giudici diversi.

Superato così l'argomento svolto dalla decisione in esame, si può passare a considerare la ricorrenza del secondo presupposto dell'incompatibilità costituito dalla precedente decisione sul merito della regiudicanda. La varietà delle cause di inammissibilità non consente una soluzione unitaria. Tuttavia, appare indiscutibile che la valutazione di manifesta infondatezza appaia riferibile al merito decisorio e, quindi, risulti tale da radicare l'incompatibilità al giudizio. Del resto, nessuno può dubitare che il giudice "spogliatore", successivamente chiamato a decidere in sezione l'inammissibilità del ricorso, sia condizionato dalla "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"⁶⁴. Non si vede, infatti, come egli po-

⁶³ V. ancora Corte cost., ord. n. 24 del 1996, cit., 1733.

⁶⁴ Corte cost., sent. n. 432 del 1995, in *Foro it.*, 1995, 3068 ss. La categoria concettuale della "forza della prevenzione" è stata messa a fuoco da BORGHESE, sub *Astensione e ricasazione del giudice (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 955 e in seguito ripresa da SPANGHER, *Problemi di incompatibilità e precedente sentenza istruttoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 600, e ZAPPALÀ, *La ricasazione del giudice penale*, Milano, 1989, 115.

trebbe discostarsi dalla precedente decisione, con buona pace del principio di imparzialità⁶⁵ e della celebrazione di un giusto processo⁶⁶. Anche una visione “sostanziale” del problema, attenta alla tutela dei valori in gioco, conduce alla medesima conclusione, ossia che il giudice “spogliatore” non sia un giudice imparziale nel dover decidere collegialmente la fondatezza “nel merito” della sua precedente decisione monocratica in tema di manifesta infondatezza del ricorso.

Rimane l’ultima obiezione da superare, legata alla presunta tassatività delle cause di incompatibilità. Una soluzione che permetterebbe di uscire dall’*impasse* sarebbe quella di “affrancarsi dal meccanismo casistico ... propende[ndo] per una ridefinizione di ordine generale”⁶⁷ fondata sulla “incompatibilità da prevenzione”. La decisione in commento sembra proprio orientarsi in questa direzione nella misura in cui si occupa diffusamente di tale forma generale di incompatibilità, sia pure solo per escluderne la ricorrenza nel caso di specie. Appare però evidente come dal sistema della giurisprudenza, tanto costituzionale quanto di legittimità, sia già enucleabile il paradigma normativo di un’incompatibilità generale del giudice potenzialmente mosso nell’attività decisoria dalla forza della prevenzione. Come si è già sottolineato, se si guarda alla giurisprudenza costituzionale, senza limitarsi al dispositivo delle singole declaratorie di illegittimità necessariamente circoscritto alla specificità del caso, non è difficile scorgere gli elementi costitutivi di una fattispecie generale di incompatibilità al giudizio di merito radicata sulla forza del-

⁶⁵ Secondo Corte cost., sent. n. 124 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 1064, tale garanzia costituisce un “connotato intrinseco dell’attività del giudice”. Prima della modifica dell’art. 111 Cost., non esistendo nella nostra Carta fondamentale norme scritte che definissero “l’imparzialità dei giudici nell’esplicazione della funzione decisoria”, essa assumeva, piuttosto, la qualifica di elemento appartenente ad una sorta di “piattaforma di diritto naturale” (così GIARDA, *Imparzialità del giudice e difficoltà operative derivanti dall’incompatibilità*, in *Il giusto processo. Atti del convegno di Salerno*, Milano, 1998, 35). Oggi l’imparzialità del giudice viene espressamente riconosciuta a livello costituzionale, nonché dalle principali carte sovranazionali dei diritti. Infatti, sia l’art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 10 dicembre 1948, sia l’art. 6, co. 1, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, sia l’art. 14 comma 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici prescrivono che l’organo giudiziario chiamato a decidere debba essere “indipendente e imparziale”.

⁶⁶ Secondo ZAPPALÀ, *La ricusazione del giudice penale*, cit., 17 l’imparzialità rappresenta, infatti, “il carattere fondamentale della stessa idea di giustizia”. Sulla progressiva emersione del principio del giusto processo, tra elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza, cfr., tra i tanti, CECCHETTI, sub *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, V, Milano, 2001, 595 ss.; nonché, BUZZELLI, sub *Giusto processo*, in *Dig. Pen., Aggiornamento*, II, Torino, 2004, 342 ss.; UBERTIS, sub *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, II-1, 2008, 419 ss. Quasi anticipatore della terminologia in questione ANDRIOLI, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo e il processo giusto*, in *Temi rom.*, 1964, 455.

⁶⁷ TAVASSI, *Nuove sfide per l’imparzialità del giudice: un rinnovato concetto di incompatibilità*, in *Cass. pen.*, 2016, 2150.

la prevenzione. Considerato il valore normativo delle sentenze costituzionali intervenute sul tema, anche l'argomento formale della tassatività delle previsioni dell'art. 34 c.p.p. appare superato: l'integrazione operata dalle numerose sentenze additive ha riguardato proprio la previsione generale di una "incompatibilità da prevenzione".

ALICE REMELLI