

Esecuzione – Giusto Processo

La Corte costituzionale “corre” verso l’esecuzione leale: va esteso alla fase esecutiva il “catalogo” delle incompatibilità determinate da atti compiuti nel procedimento.

Gianrico Ranaldi

La decisione

Incompatibilità del giudice – Annullamento con rinvio – Concorso formale – Reato continuato – Illegittimità costituzionale.

(Cost. artt. 111, co. 2, 3; C.p.p., artt. 34 co. 1, 623, co. 1, lett. a), 671; L. 11 marzo 1953, n. 87).

Sono costituzionalmente illegittimi gli artt. 34, co. 1, e 623, co. 1, lett. a), c.p.p., nella parte in cui non prevedono che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l’annullamento il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del reato continuato, ai sensi dell’art. 671 c.p.p.; o, in applicazione dell’art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, in sede esecutiva della disciplina del concorso formale.

CORTE COSTITUZIONALE, GALLO, *Presidente* – FRIGO, *Redattore* – 3 luglio 2013, n. 183.

Il commento

1. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 183 del 2013, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 34, co. 1, e 623, co. 1, lett. a), c.p.p., nella parte in cui non prevedono che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l’annullamento, il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del concorso formale e del reato continuato, ai sensi dell’art. 671 c.p.p.

Lo specifico *dictum*, che ha inciso sui limiti di operatività della incompatibilità c.d. “verticale”, perviene ad una conclusione condivisibile, all’esito di un ragionamento che si presenta - all’evidenza - ineccepibile, tanto per la prospettiva di contesto declinata, quanto per gli svolgimenti intrinseci.

2. Sotto il primo profilo (*id est*, prospettiva di contesto), il perimetro entro cui s'è articolato il ragionamento della Corte è segnato dai requisiti costituzionali del giudice - e, quindi, dal disposto dell'art. 111, co. 2, Cost. in punto di terzietà ed imparzialità del titolare della funzione giurisdizionale, intese quali pre-condizioni del giusto processo- e dal criterio di ragionevolezza, che costituisce un "contro-limite" al libero dispiegamento della discrezionalità del legislatore, una volta che sia posto in relazione con il principio di uguaglianza. Infatti, se non è a discutersi che le norme sull'incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti nel procedimento (art. 34 c.p.p.) presidino «*i valori della sua terzietà e imparzialità, attualmente oggetto di espressa previsione nel secondo comma dell'art. 111 Cost., aggiunto dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione), ma già in precedenza pacificamente insiti nel sistema costituzionale*» e tendano, altresì, ad «*evitare che la decisione sul merito della causa possa essere o apparire condizionata dalla "forza della prevenzione" - ossia dalla naturale tendenza a confermare una decisione già presa o a mantenere un atteggiamento già assunto- scaturente da valutazioni cui il giudice sia stato precedentemente chiamato in ordine alla medesima res iudicanda*», parimenti è incontestabile che l'art. 34, co. 1, c.p.p. si occupi sia delle «*ipotesi di incompatibilità conseguenti alla progressione "in verticale" del processo, determinata dalla articolazione e dalla sequenzialità dei diversi gradi di giudizio... non solo in senso "ascendente", ma anche in senso "discendente": con riguardo, cioè, al giudizio di rinvio dopo l'annullamento*», posto che l'effetto di condizionamento «*derivante dalla "forza della prevenzione"*, è ravvisabile... anche nell'ambito del giudizio in questione, trattandosi di una nuova fase del processo di merito, destinata in parte a rinnovare le attività poste nel nulla per effetto della sentenza di cassazione, in parte ad aggiungere ulteriori attività a quelle annullate».

3. Sotto il secondo profilo (*id est*, svolgimenti intrinseci del ragionamento della Corte sulla questione deferita), invece, la mancata previsione dell'incompatibilità per l'ipotesi del giudizio di rinvio dopo l'annullamento, rispetto al giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare *in executivis* ordinanza ai sensi dell'art. 671 c.p.p., confligge con entrambi i parametri evocati dal giudice rimettente - per l'appunto, artt. 3 e 111 Cost. - «*determinando una incongruenza interna tra la ratio dell'art. 671 c.p.p. e i suoi effetti*». Infatti, se l'art. 671 c.p.p. - che rappresenta «*una delle novità più rilevanti del*

vigente codice di rito in punto di oggetto della competenza del giudice dell'esecuzione» - trova «la sua ratio "storica" nell'esigenza di compensare, su un diverso versante, il favor separationis che ispira il sistema processuale di tipo accusatorio» e se il «mutamento di indirizzo legislativo registratosi al principio degli anni '90 - che ha portato all'inserimento della continuazione tra i casi di connessione (art. 12, comma 1, lettera b, c.p.p., come modificato dal decreto-legge 20 novembre 1991, n. 367, recante "Coordinamento delle indagini nei procedimenti per reati di criminalità organizzata", convertito, con modificazioni, nella legge 20 gennaio 1992, n. 8) - si è limitato a ridurre il campo operativo della norma, ma non ne ha appannato né la ratio, né l'utilità pratica» - tanto che l'applicabilità della continuazione in sede esecutiva «consente tuttora di evitare irragionevoli sperequazioni dovute a fattori meramente casuali, per effetto dei quali i reati in continuazione (o in concorso formale) siano stati giudicati nell'ambito di processi distinti, anziché in un unico processo cumulativo» - allora, è chiaro che «l'esigenza di ripristinare l'eguaglianza» - che vale «in rapporto alla determinazione del trattamento sanzionatorio (applicazione del cumulo giuridico delle pene, in luogo del cumulo materiale)» - non possa non «valere anche in relazione all'applicazione della disciplina sull'incompatibilità del giudice, posta a presidio della sua imparzialità».

Ed ecco il punto.

Secondo la Corte è irragionevole - poiché priva di razionale giustificazione - la circostanza che qualora sia il giudice della cognizione a negare l'identità del disegno criminoso, l'annullamento su questo punto della sua sentenza lo renda incompatibile a partecipare al giudizio di rinvio, ai sensi dell'art. 34, co. 1, c.p.p., mentre - e di contro - se l'identica valutazione sia operata dal giudice dell'esecuzione, ciò viceversa non sarebbe dovuto avvenire.

D'altronde, la correttezza delle succitate argomentazioni si staglia nitida ove si tengano in conto «le eccezionali caratteristiche dell'intervento del giudice dell'esecuzione nel caso in esame»: infatti, l'incidente esecutivo previsto dall'art. 671 c.p.p. «comporta una evidente "frattura" dell'ordinario discrimen tra fase cognitiva e fase esecutiva, sotto un duplice profilo».

Per un verso, il giudice dell'esecuzione compie «un accertamento che non attiene affatto all'esecuzione (sia pure lato sensu intesa) delle pronunce di condanna delle quali si discute, quanto piuttosto al merito delle imputazioni», ove si consideri che «la verifica della sussistenza di un medesimo disegno criminoso - l'accertamento, cioè, che l'interessato, prima di dare inizio alla serie criminosa, abbia avuto una rappresentazione, almeno sommaria, dei

reati che si accingeva a commettere e che detti reati siano stati ispirati ad una finalità unitaria - implica, in effetti, valutazioni tecnico-giuridiche attinenti al fatto, tanto sul piano teorico che su quello operativo, avuto riguardo al materiale probatorio da scrutinare»; per un altro verso, le opportunità “ulteriori” riconosciute al giudice dell’esecuzione dall’art. 671 c.p.p. determinano «l’apertura di una evidente breccia nel principio di intangibilità del giudicato», ove si apprezzi adeguatamente che qualora il giudice dell’esecuzione riconosca la continuazione (o il concorso formale) potrebbe modificare, in maniera sostanziale, il trattamento sanzionatorio inflitto in sede cognitiva (a mò d’esempio, riducendo le pene principali, eventualmente eliminando o riducendo le pene accessorie e le misure di sicurezza o gli altri effetti penali della condanna ovvero, ancora, concedendo la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, quando ciò derivi dal riconoscimento della continuazione o del concorso formale).

4. La specifica pronuncia interessa, all’evidenza, oltre ciò che espressamente dice.

Infatti, seppur a prima lettura, v’è una questione emergente, che ne costituisce la “cifra”, soprattutto ove si considerino quelli che potrebbero esserne i “futuribili” applicativi.

Il riferimento è all’effetto domino e, quindi, alla “reazione a catena” che dovrebbe derivare dalla compiuta valorizzazione della specifica *ratio decidendi*: ad onta della terminologia adottata in sede codicistica, ciò che vale, secondo la Corte - a presidio dell’effettività dei requisiti costituzionali del giudice, che sono concepiti per presidiare la serenità e l’alterità del giudizio - è il contenuto dell’apprezzamento che sia demandato al titolare della funzione giurisdizionale.

In altri termini, al fine di escludere l’incompatibilità del giudice dell’esecuzione non è valso obiettare che gli artt. 34, co. 1, 623, lett. a), c.p.p. prevedessero - rispettivamente - che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l’annullamento il giudice “*che ha pronunciato o concorso a pronunciare sentenza in altro grado del procedimento*” (e non, quindi, ordinanza) e che “*se è annullata un’ordinanza, la Corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al giudice che l’ha pronunciata*” (e non, quindi, ad un magistrato persona diverso), posto che è pregiudicante ai fini del decidere aver partecipato a qualsiasi tipo di giudizio che sia pervenuto ad una decisione di merito in base ad un esame delle prove, implicando ciò, anche al di fuori del-

la fase dibattimentale, una valutazione sulla fondatezza dell'accusa.

Pertanto, lo scenario costituzionalmente doveroso prefigura una rinnovata catalogazione delle incompatibilità a giudicare che comprenda, per così dire, intuitivamente, che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di revoca della sentenza per abolizione del reato, ai sensi dell'art. 673 c.p.p. e, sistematicamente, che sia incompatibile a comporre il collegio giudicante in sede di giudizio di rinvio, il magistrato che abbia pronunciato un'ordinanza all'esito dei procedimenti di liberate ex artt. 309, 310 c.p.p..

Nell'un caso, infatti, basta estendere il ragionamento della Corte, nella parte in cui ha escluso che il giudice dell'esecuzione possa partecipare al giudizio di rinvio, nell'ipotesi di annullamento dell'ordinanza di accoglimento o di rigetto della richiesta di applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato, perché sarebbe irragionevole "negare", nel giudizio di esecuzione, tale ipotesi di incompatibilità, che opererebbe, invece, rispetto al processo di cognizione: a tacer d'altro, lo specifico profilo di irragionevolezza sarebbe palmare anche qualora il giudizio di rinvio conseguisse all'annullamento della sentenza sul punto del perdurante rilievo penale di una determinata condotta a seguito della successione normativa di fattispecie incriminatrici.

Nell'altro caso, invece, ad onta di un'inveterata impostazione negativa della giurisprudenza di legittimità, la questione si presenta, al contempo, culturale e di metodo.

Il punto è quello che segue: negare l'incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio del giudice che abbia contribuito a pronunciare l'ordinanza conclusiva - in genere - dei procedimenti di controllo *de libertate* (artt. 309, 310 c.p.p.) ed - in particolare - del giudizio di riesame significa equivocare in ordine agli esatti termini della valutazione sulla gravità indiziaria (art. 273 c.p.p.) demandata, dapprima, al giudice che competente in ordine alle misure cautelari (artt. 279 c.p.p., 91 disp. att. c.p.p.), poi, in via eventuale, al tribunale della libertà.

Breve.

Escludere che la valutazione sulla "ragionevole probabilità di condanna" (indi, sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza ai sensi e per gli effetti dell'art. 273 c.p.p.) non implichi alcun giudizio sulla fondatezza dell'accusa elevata, seppur attraverso l'esercizio dell'azione cautelare personale, nei confronti del sottoposto alla misura cautelare, vuol dire fingere di non sapere che

ARCHIVIO PENALE 2013

i termini “giudizio” e “merito” s’attagliano perfettamente alle valutazioni che vengono ordinariamente compiute nel procedimento cautelare e nelle fasi di controllo che siano eventualmente attivate, salvo che s’intenda degradare a valutazione meramente processuale quella compiuta dal giudice che sia chiamato a provvedere su una richiesta applicativa di una misura coercitiva ovvero a scrutinarne la legittimità *ex artt. 273, 274, 275 c.p.p.*.

5. Non per ultimo, va detto che la sentenza in commento “riapre i giochi”, seppur mediatamente poiché risulta in parte strabica rispetto allo specifico tema, per una riflessione “attualizzata” sul *punctum dolens* che è ancora rappresentato dall’esigenza - che è stata sin qui negata, anche alla stregua dei toni dell’art. 665 c.p.p. - che anche in materia di esecuzione sia assicurato un controllo imparziale sul titolo esecutivo ad opera di un giudice che sia davvero estraneo alle pregresse vicende del giudizio di merito per non avervi partecipato.