

# QUESTIONI APERTE

---

## **Incompatibilità del giudice**

### **La decisione**

**Incompatibilità del giudice - Incompetenza funzionale - Reato a concorso necessario - Sentenza di applicazione di pena su richiesta delle parti - Pregiudizio ai concorrenti - Effetti** (c.p.p. artt. 34, co. 2, 36, 37, 129, 444).

*L'ipotesi di incompatibilità del giudice derivante dalla sentenza della Corte cost. n. 371 del 1996 - che ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 34, co. 2, c.p.p. nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti, nella quale la posizione di quello stesso imputato in ordine alla sua responsabilità penale sia stata comunque valutata - sussiste anche con riferimento alla ipotesi in cui il giudice del dibattimento abbia pronunciato, in separato procedimento, sentenza di applicazione della pena su richiesta nei confronti di un concorrente necessario dello stesso reato.*

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 3 settembre 2014 (ud. 26 giugno 2014) - SANTACROCE, *Presidente* - CONTI, *Relatore* - SELVAGGI, *P.G.* (conf.) - Della Gatta, *ricorrente*.

### **Il commento**

#### **Ancora disorientamenti e criticità in tema di incompatibilità del giudice per valutazioni espresse in altro procedimento**

1. Vale ad escludere l'incompatibilità di cui alla sentenza di incostituzionalità n. 371 del 1996<sup>1</sup> il fatto che la valutazione del giudice sulla posizione di un soggetto nell'ambito di un procedimento ove quest'ultimo non era formalmente imputato sia stata espressa in una sentenza di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p.?

Chiamate a rispondere al quesito in esame, le Sezioni Unite offrono con la

---

<sup>1</sup> Corte cost., n. 371 del 1996, in *Giur. cost.* 1997, 2875. In tema cfr., *ex multis*, RIVELLO, *L'incompatibilità del magistrato che abbia anticipato, in una precedente sentenza, le proprie valutazioni sulla responsabilità penale del soggetto sottoposto al suo giudizio*, in *Cass. pen.*, 1997, 663; SPANGHER, *Giudizio sulla responsabilità del terzo estraneo nel procedimento separato: incompatibilità del giudice*, in *Corr. giur.*, 1997, 26 ss.; 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, 943; RAFARACI, *Sub Art. 34 c.p.p.*, in *Comm. C.p.p. Chiavario*, 1998, 47.

decisione in commento<sup>2</sup> lo spunto per una riflessione a più ampio spettro sulla funzione e sui margini applicativi che la incompatibilità c.d. endoprocedurale “allargata”<sup>3</sup> assume nel contesto dei rimedi approntati dal sistema per l'affrancamento dallo *iudex suspectus*<sup>4</sup>.

2. Quanto alla questione enunciata nell'ordinanza di rimessione, la necessità di un intervento del Supremo Collegio scaturiva dal fatto che, in tema di rapporti tra patteggiamento e incompatibilità extraprocedurale ex art. 34, co. 2, c.p.p., la platea degli indirizzi interpretativi sviluppati dalla giurisprudenza di legittimità appariva alquanto composita.

In particolare, sul tema si fronteggiavano tre diversi orientamenti.

Secondo una prima linea ricostruttiva, la definizione con sentenza ex art. 444 c.p.p. del processo pendente a carico di alcuni concorrenti nel medesimo reato, vanificherebbe il rischio che il giudice che l'abbia emessa possa poi nutrire un pregiudizio circa la colpevolezza del concorrente residuo da giudicarsi separatamente, in ragione della mancanza nel patteggiamento di un accertamento positivo sulla responsabilità dell'imputato<sup>5</sup>.

Rifuggendo da posizioni aprioristiche imperniate sulla natura del vaglio cui il patteggiamento accede, un secondo orientamento<sup>6</sup> ammette, invece, che la sentenza ex art. 444 c.p.p. possa dar luogo ad una situazione di incompatibilità a patto, però, che in essa siano rinvenibili valutazioni di merito espressamente riferite alla posizione dei terzi giudicabili.

Quanto, infine, al terzo orientamento<sup>7</sup>, questo si pone nella scia del precedente salvo poi distaccarsene nelle conclusioni a beneficio di un approccio più sostanzialistico del problema: a prescindere dall'esistenza o meno di espliciti riferimenti alla posizione di terzi coimputati, infatti, la discrimine per ravvisa-

---

<sup>2</sup> Per un primo commento alla sentenza, cfr. DELLA TORRE, *Per le Sezioni Unite l'incompatibilità extraprocedimentale introdotta dalla sentenza costituzionale n. 371 del 1996 può essere integrata anche da un patteggiamento*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>3</sup> L'espressione è di G. DI CHIARA, *In tema di incompatibilità "endoprocedurale allargata": spunti su Corte cost. 371/96*, in *Foro it.*, 1997, I, 18.

<sup>4</sup> Sotto un profilo generale, è importante sottolineare come la conseguenza sanzionatoria che sembra promanare dal sistema per la violazione dei criteri codicistici sulla terzietà del giudice sia quella dell'incompetenza funzionale. In tal senso, cfr. A. GAITO, *La neutralità del giudice tra cadute di legalità e ipotesi di tentata giustizia*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di CERQUETTI, FIORIO, Padova, 2004, 124.

<sup>5</sup> Cfr., Cass., Sez. II, 20 giugno 2003, Lucarelli, in *Mass. Uff.*, n. 226453; Id., Sez. VI, 14 maggio 1998, Cerciello, *ivi*, n. 211078.

<sup>6</sup> Cass., Sez. V, 26 gennaio 2005, Cacciurri, in *Mass. Uff.*, n. 231490; Id., Sez. VI, 14 luglio 2003, Tagliaferro, *ivi*, n. 226511.

<sup>7</sup> Cass., Sez. VI, 11 dicembre 1996, Di Donato, in *Mass. Uff.*, n. 208192; Id., Sez. II, 13 gennaio 1999, Compagnon, *ivi*, n. 212785.

re nel giudice una condizione di non compatibilità al giudizio viene qui polarizzata sulla rinvenibilità, nella sentenza di patteggiamento, di valutazioni che comunque involgono la responsabilità altrui, anche laddove ciò sia avvenuto in termini impliciti o meramente incidentali.

3. A fronte delle diverse letture proposte, le Sezioni unite seguono una linea interpretativa che, pur ispirata a posizioni garantiste, limita, però, l'estensione dell'incompatibilità causata da una sentenza di patteggiamento emessa a carico di altri soggetti giudicati separatamente, al verificarsi di una ben determinata fattispecie.

La sentenza in commento afferma, infatti, che il giudice versa in condizioni di incompatibilità soltanto nelle ipotesi di concorso necessario ove la configurabilità del reato ascritto ad alcuni soggetti dipenda inscindibilmente anche dalla valutazione della posizione del concorrente residuo formalmente estraneo al processo: il che, ad avviso del *plenum*, ricorre emblematicamente nel caso – non riscontrabile nella fattispecie concreta esaminata – di un'associazione per delinquere composta dal numero minimo di tre sodali almeno uno dei quali giudicato *aliunde*.

Quanto alla scelta delle Sezioni Unite di respingere l'indirizzo che nega alla sentenza di patteggiamento la capacità di compromettere la terzietà-indipendenza del giudice, la stessa pare fondata su argomentazioni di per sé condivisibili.

Se, infatti, è vero che la sentenza che applica la pena non sottende un pieno accertamento della responsabilità dell'imputato, è altrettanto vero che il giudizio di insussistenza di una causa di non punibilità *ex art. 129 c.p.p.* costituisce un momento essenziale di un pieno giudizio di merito rispetto al quale, dunque, il sistema non può non assicurare la garanzia – anche nella forma aggiuntiva caratteristica dell'istituto di cui all'art. 34 c.p.p.<sup>8</sup> – di un giudice che appaia immune da condizionamenti discendenti da precedenti decisioni assunte.

Muovendosi, dunque, in questa prospettiva, sembra però non inopportuno interrogarsi sulla ragionevolezza delle conclusioni cui la giurisprudenza di legittimità, in linea con la giurisprudenza costituzionale, è pervenuta per giustificare l'irrelevanza ai sensi dell'art. 34 c. 2 c.p.p. della decisione con cui il giudice abbia rigettato la richiesta di patteggiamento.

La questione è stata direttamente affrontata dalla Consulta nella sentenza n. 331 del 1997<sup>9</sup> la quale ha escluso che l'art. 34 c.p.p., limitando le ipotesi di incompatibilità al caso in cui la valutazione pregiudicante sia stata manifestata

---

<sup>8</sup> Cfr., *ex multis*, cfr. Corte cost., n. 307 del 1997, in *Foro it.*, I, 2721 ss.

<sup>9</sup> Corte cost., n. 331 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, 3355.

in una sentenza, risulti passibile di una nuova pronuncia di incostituzionalità additiva. A sostegno di questa conclusione il giudice delle leggi ha rilevato come, nel contesto delle sentenze trigemine, si fosse chiarito che l'incompatibilità di cui alla sentenza n. 371 del 1996 si attaglia al solo caso in cui il giudice, nell'ambito di un procedimento sostanzialmente omogeneo a quello nel quale si dubita della sua imparzialità, abbia espresso con un atto di manifestazione conclusiva della potestà decisoria una valutazione sulla responsabilità altrui: aprire la strada dell'art. 34 c.p.p. al di fuori di questo specifico contesto significherebbe, infatti, disperdere la materia dell'incompatibilità in una casistica senza fine, finendo così per rendere vano ogni tentativo «di amministrazione mediante atti di organizzazione preventiva»<sup>10</sup>.

Siffatta impostazione risulta oramai ampiamente radicata, essendosi via via imposta quale substrato giustificativo di tutta la successiva evoluzione giurisprudenziale costituzionale sviluppatasi in materia<sup>11</sup> a partire dalla c.d. trilogia d'ottobre fino ad oggi<sup>12</sup>; ciononostante, perplessità di non poco momento sembrano ancora residuare.

Se, infatti, il rigetto della richiesta di patteggiamento ed il suo accoglimento condividono il medesimo giudizio di insussistenza delle cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p., è evidente che siffatta valutazione non può in un caso dar luogo ad incompatibilità e in un altro ad un "mero" caso di astensione-ricusazione: così operando, infatti, si ammettono diversi livelli di tutela a fronte di valutazioni che, per la loro identica forza pregiudicante, non possono non risultare attratti in un medesimo giudizio di disvalore<sup>13</sup>.

Né a dimostrare il contrario sembra, peraltro, sufficiente argomentare che, circoscrivendo alle sole sentenze rese in altro procedimento la portata dell'art. 34, co. 2, c.p.p., si arriva a contenere nei limiti del possibile quell'aggravio di attività organizzative che l'istituto della incompatibilità, quale congegno di tutela preventiva, necessariamente comporta.

Come è noto, laddove si versi nell'ipotesi di funzioni esercitate nell'ambito

<sup>10</sup> Cfr. Corte cost., n. 307 del 1997, in *Foro it.*, I, 2721 ss. Quanto alla dottrina, per puntuali ammonimenti circa l'importanza che, nell'ottica di bandire dal sistema «sacche di arbitrio incontrollabile», assumono anche la predisposizione ed il rispetto di adeguate norme organizzative preordinate alla terzietà-imparzialità del giudice, cfr. in A. GAITO, *La neutralità del giudice tra cadute di legalità e ipotesi di tentata giustizia*, cit., 104.

<sup>11</sup> In tal senso si esprime DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocedurale del giudice*, Torino, 2000.

<sup>12</sup> Per una ricostruzione delle tappe che la giurisprudenza costituzionale ha fatto registrare sulla scia delle sentenze trigemine cfr. SANTORIELLO, *Ricusabilità per valutazioni espresse in altro procedimento*, in *Giur. it.*, 2000, 1890. In argomento v. anche GUIDUCCI, *L'incompatibilità a giudicare*, in SPANGHER, DEAN (coordinato da), *Soggetti e atti*, I, in SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, I, 2009, 269 ss.; APRATI, *Commento all'art. 34 c.p.p.*, in *Comm. C.p.p. Giarda, Spangher*, 2010, 450 ss.

<sup>13</sup> In tal senso v., già, RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1994, 439.

del medesimo procedimento, l'incompatibilità del giudice si manifesta non soltanto a fronte di una decisione avente la forma di sentenza ma anche in presenza di altre tipologie decisorie, tra cui figura proprio l'ordinanza di rigetto della richiesta di patteggiamento.

Così stando le cose, appare allora davvero difficile non ravvisare rilevanti punti di frizione con il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. in un assetto ove, da un lato si riconosce che la *ratio* di tutela del principio di terzietà-indipendenza del giudice che anima l'operatività dell'art. 34 c.p.p. nell'ambito del medesimo procedimento ricorre anche laddove il medesimo magistrato sia chiamato a giudicare in procedimenti sostanzialmente unitari, e da un altro, si avallano soluzioni palesemente in contrasto con quella invocata identità di *ratio*, attraverso l'introduzione nel contesto dell'incompatibilità di cui a procedimenti solo formalmente distinti limitazioni che nell'ambito del medesimo procedimento sono state, invece, da tempo rimosse dalla giurisprudenza costituzionale<sup>14</sup>.

4. Al di là delle criticità finora evidenziate, l'analisi della pronuncia in commento mostra, però, il profilarsi di una tra le principali problematiche che fanno da sfondo all'intera disciplina codicistica posta a presidio della terzietà ed imparzialità del giudice.

Per ragioni di chiarezza espositiva, non sembra inutile indugiare in una breve digressione.

Come la dottrina non ha tardato di sottolineare<sup>15</sup>, l'incompatibilità funzionale per decisioni prese nell'ambito di un diverso procedimento ha visto mutare profondamente la propria fisionomia nel corso del tempo.

All'atto della sua introduzione nel sistema per effetto della sentenza n. 371 del 1996, tale forma di incompatibilità è stata strutturata dalla Consulta in modo da operare in tutti i casi in cui il giudice abbia espresso in sentenza valutazioni sulla posizione di soggetti formalmente non imputati.

A breve distanza però da questa prima, dirimpente, decisione, la Corte costituzionale – con l'obiettivo manifesto di ridimensionare gli ampi ed incontrollabili scenari operativi che la sentenza n. 371 del 1996 aveva schiuso sull'orizzonte applicativo dell'art. 34 c.p.p. – si è profusa in un triplice intervento chiarificatore<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Il riferimento è alla sentenza Corte cost., n. 439 del 1993, in *Giur. cost.*, 1993, 3587, dichiarativa – con riferimento al profilo indicato nel testo – della incostituzionalità dell'art. 34 c.p.p.

<sup>15</sup> *Ex multis*, cfr., DI CHIARA, *Incompatibilità del giudice e concorso formale di reati: contenuto e limiti di un'incostituzionalità «difficile»*, in *Giur. cost.*, 2000, 2138.

<sup>16</sup> Si tratta delle sentenze Corte cost., n. 306, n. 307 e n. 308 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, 2875 ss. In argomento cfr., DI CHIARA, *Più che all'incompatibilità si guardi adesso alle cause di astensione e ricusa-*

In quella occasione la Consulta ha, infatti, precisato come la nuova ipotesi di incompatibilità non scardinasse, in realtà, la tradizionale vocazione dell'istituto di cui all'art. 34 c.p.p. quale rimedio volto a fronteggiare i condizionamenti legati a decisioni prese nell'ambito del medesimo procedimento<sup>17</sup>; la sentenza n. 371 del 1996 andava, infatti, interpretata nel senso che la diversità formale tra i procedimenti non possa considerarsi da ostacolo all'operatività dell'art. 34 c.p.p. soltanto laddove ad essa faccia da contraltare l'esistenza di una vicenda processuale sostanzialmente unitaria. Al di fuori di tale contesto – e sempre che la valutazione pregiudicante si sia concretizzata in una sentenza – il compito di assicurare l'imparzialità del giudice viene, invece, attratto nella sfera di influenza dell'astensione e della ricusazione, se del caso facendo leva su appositi interventi manipolativi volti a colmare i vuoti di tutela che la prassi dovesse lasciar affiorare nel contesto degli istituti in esame. Gli "inviti a dedurre"<sup>18</sup> contenuti nelle sentenze della c.d. trilogia d'ottobre non sono rimasti lettera morta: trascorsi pochi anni, essi hanno trovato sbocco nella giurisprudenza costituzionale portando ad una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 37 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 sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto». Decisione questa che andava a fare il paio con la precedente sentenza n. 113 del 2000 nella quale la Consulta, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 36 c.p.p., aveva affermato che nel concetto di «altre gravi ragioni di convenienza» rientrano anche le ipotesi di pregiudizio all'imparzialità derivante da valutazioni espresse sulla posizione dell'imputato nell'ambito di un procedimento pendente a carico di altri soggetti<sup>19</sup>.

---

zione, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 237 ss.; BRICCHETTI, *La Consulta contempera «il giusto processo» con le esigenze della giustizia penale*, in *Guida dir.*, 1997, 39, 75; RIVELLO, *Tre concomitanti pronunce di inammissibilità della Corte costituzionale: l'astensione e la ricusazione come alternativa alla incompatibilità*, in *Giur. cost.*, 1997, 2882; nonché, SANTORIELLO, *Nota in tema di incompatibilità del magistrato chiamato a partecipare al dibattimento dopo aver adottato la veste di G.I.P. una misura cautelare personale*, in *Giur. it.*, 1998, 749.

<sup>17</sup> Cfr., Corte cost., n. 186 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 1343, e n. 439 del 1993, *ivi*, 1993, 3587, ove la Consulta ha affermato che «alla comunanza dell'imputazione fa necessariamente riscontro una pluralità di condotte distintamente ascrivibili a ciascuno dei concorrenti, le quali, ai fini del giudizio di responsabilità, devono formare oggetto di autonome valutazioni sotto il profilo tanto materiale che psicologico, e ben possono, quindi sfociare in un accertamento positivo per l'uno e negativo per l'altro».

<sup>18</sup> In tal senso, DI CHIARA, *Più che all'incompatibilità si guardi adesso alle cause di astensione e ricusazione*, cit., 241.

<sup>19</sup> Corte cost., n. 113 del 2000, in *Dir. giust.*, 2000, n. 16, 73 ss. In argomento, cfr., LAVARINI, *Patteggiamento del concorrente e astensione del giudice*, in *Giur. cost.*, 2000, 1015.

5. Il breve *excursus* finora condotto ci consente di rilevare come gran parte delle fattispecie che, in base a quella prima sentenza ricadevano nell'ambito applicativo dell'art. 34 c.p.p., risultano adesso per lo più inglobate nel dilatato perimetro operativo del binomio astensione-ricusazione.

Ciononostante, non può negarsi che l'incompatibilità endoprocessuale allargata conserva ancora un autonomo terreno di influenza i cui confini, però, - ed è questo il dato cruciale - appaiono debitori di una specifica e rigorosa ricognizione.

La c.d. trilogia d'ottobre e l'elaborazione giurisprudenziale che ne è seguita hanno precisato come versi in una situazione di incompatibilità funzionale il giudice che, dopo aver espresso valutazioni sulla responsabilità di un soggetto terzo non imputato, sia chiamato a giudicare quest'ultimo nell'ambito di un procedimento diverso dal primo ma da questo inscindibile dal punto di vista sostanziale. È chiaro che, per le valutazioni espresse in procedimenti diversi non avvinti da questo legame viscerale, l'incompatibilità cede il passo all'astensione e alla ricusazione.

Ma qual è il significato che deve attribuirsi al concetto di «unitarietà sostanziale dei procedimenti»? Secondo un'impostazione che si rintraccia in alcune pronunce della giurisprudenza costituzionale, la vicenda processuale può ritenersi unitaria soltanto in due casi: nella fattispecie concreta presa in esame nella sentenza della Consulta n. 371 del 1996 e nel caso di concorso formale di reati<sup>20</sup>. Questa conclusione, che ha trovato una delle sue più esplicite affermazioni nella sentenza n. 113 del 2000<sup>21</sup> e a cui in questa occasione le Sezioni unite - affermando che al di fuori del caso di cui alla sentenza n. 371 del 1996 ogni valutazione pregiudicante resa in altro procedimento rileva ai sensi dell'art. 37, lett. b), c.p.p. - dimostrano pedissequamente di aderire, non appare però supportata da un'adeguata riflessione sul punto.

Che, infatti, nel concetto di «vicenda processuale sostanzialmente unitaria» possano essere fatte ricadere anche altre fattispecie sembra un'affermazione tutt'altro che peregrina.

Se guardiamo alla *ratio* di fondo delle sentenze della trilogia<sup>22</sup>, a guidare la Consulta nell'elaborazione del concetto *de quo* vi era stata la considerazione

---

<sup>20</sup> Cfr. Corte cost., n. 241 del 1999, in *Giur. cost.*, 2000, 2134, con nota di DI CHIARA, *Incompatibilità del giudice e concorso formale di reati*, cit., con cui la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 34, co. 2, c.p.p. nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato che abbia pronunciato o concorso a pronunciare sentenza nei confronti di quello stesso imputato per il medesimo fatto.

<sup>21</sup> Corte cost., n. 113 del 2000, cit.

<sup>22</sup> Cfr., Corte cost., n. 306, n. 307 e n. 308 del 1997, cit.

che le posizioni di diversi soggetti erano talmente avvinte l'una all'altra che il giudizio formulato in relazione ad uno di essi non poteva non riverberarsi anche nei confronti di soggetti formalmente non imputati.

Ma questa compenetrazione, questa interdipendenza tra regiudicande, se nel caso specificamente analizzato dalla sentenza n. 371 del 1996, si manifesta in tutta la sua pienezza - posto che la condanna per un delitto associativo non può prescindere dal riconoscimento, in capo a ciascuno dei tre concorrenti necessari, dell'elemento soggettivo come di quello oggettivo del reato contestato - può ugualmente manifestarsi anche in altre situazioni, sia pure in forma più circoscritta e meno eclatante.

Ad esempio, non vi è dubbio che, nel delitto di omicidio, la condanna intervenuta a carico di uno dei concorrenti (eventuali) del reato, se non preclude la possibilità<sup>23</sup> ai concorrenti residui imputati in altro procedimento di essere mandati assolti "per non aver commesso il fatto" ovvero "perché il fatto non costituisce reato", fonda un ragionevole sospetto circa l'incompatibilità del giudice in ordine ad un esito assolutorio "perché il fatto non sussiste", posto che egli ha già manifestato altrove il proprio convincimento circa la connotazione dell'evento-morte in termini omicidiari.

L'esempio ora esposto pone in rilievo quello che forse può ritenersi il *proprium quid* dell'istituto della incompatibilità endoprocedurale allargata: l'esistenza, negli addebiti mossi a carico di diversi soggetti, di almeno un punto di intersezione tale da attribuire alla valutazione di merito formalmente svolta in relazione ad un determinato soggetto valore generalizzato e totalizzante.

Né a sconfiggere questa affermazione sembra valere il fatto che la forza della prevenzione è in questi casi ravvisabile soltanto in relazione ad uno dei molteplici esiti decisori verso cui il giudice può orientarsi. Come, infatti, da ultimo affermato anche nella decisione in commento, la terzietà-imparzialità del giudice deve essere garantita rispetto ad ognuno dei momenti valutativi nei quali si scandisce il giudizio che presiede all'emanazione della sentenza penale.

Del resto, occorre sottolineare come la sussistenza di una vicenda processuale sostanzialmente unitaria possa dipendere non soltanto dalla struttura dello specifico reato contestato ma anche dalle specifiche interazioni che, in concreto, le condotte di ciascun partecipante assumono nel contesto di ogni singolo addebito.

Se, infatti, la contestazione è costruita nel senso che tra due concorrenti nello

---

<sup>23</sup> Sul punto v. però le considerazioni svolte più avanti nel testo.



stesso reato vi sia stata una diretta e simbiotica collaborazione nella realizzazione dello stesso, pare evidente come in una situazione siffatta il magistrato che abbia avallato questa ricostruzione dei fatti ha automaticamente espresso una valutazione di merito sulla posizione anche del compartecipe non imputato; valutazione che egli sarà, dunque, portato a confermare laddove chiamato a giudicare anche l'altro compartecipe, con conseguente carenza di imparzialità quantomeno con riferimento all'insussistenza del fatto-reato come pure alla inesistenza della condotta concorsuale addebitata al compartecipe rimasto estraneo al processo<sup>24</sup>.

Anche in questi casi, dunque, ove le condotte dei concorrenti giudicati separatamente siano strettamente avvinte l'una all'altra quantomeno sul piano storico, non sembra inopportuno invocare l'istituto di cui all'art. 34, co. 2, c.p.p.: sebbene, infatti, il pregiudizio infiltri soltanto alcune aree dell'orizzonte decisorio del giudice, il dato non fornisce indicazioni di segno contrario all'esegesi qui propugnata posto che, in definitiva, un giudice o è integralmente terzo ed imparziale o è incompatibile al giudizio; *tertium non datur*.

**LUIGI LUDOVICI**

---

<sup>24</sup> Analoghe preoccupazioni sono manifestate anche da POTETTI, *Appunti in tema di imparzialità del giudice penale «per invasione» e previa manifestazione «non indebita» di convincimento sui fatti di causa*, in *Cass. pen.*, 2001, 1120.