

## QUESTIONI APERTE

---

### Procedimento di prevenzione

#### La decisione

**Procedimento di prevenzione - Giudice - Ricusazione - Precedenti valutazioni di merito sullo stesso fatto - Ammissibilità** (Cost., artt. 25, co. 1, 111, co. 1; C.p.p., artt. 37, 666; d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, artt. 7, 24, co. 2, 27, co. 6).

*Può essere ricusato il giudice della prevenzione che abbia in precedenza espresso in altro procedimento, penale o di prevenzione, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto.*

CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 24 febbraio 2022 (dep. 6 luglio 2022) - CASANO, *Presidente* - PELLEGRINO, *Relatore* - Lapelosa, *ricorrente*.

#### L'incompatibilità nel giudizio di prevenzione: nuove prospettive.

Le Sezioni Unite ammettono la possibilità di ricusare il giudice della prevenzione che si sia già espresso sul merito della vicenda, in altra sede e a carico dello stesso soggetto. La decisione viene analizzata alla luce delle più recenti conclusioni giurisprudenziali in materia di imparzialità, dedicando un approfondimento conclusivo al ruolo che può svolgere il principio di tassatività dei motivi di sostituzione del giudice nel contesto attuale.

*New perspectives about impartiality in the prevention trial.*

*The Supreme Court admits the possibility of replace the judge of the prevention trial who has already judged the same person. The sentence is analyzed in the light of the most recent jurisprudential statements about the principle of impartiality, also dedicating some conclusive considerations about the role that the principle of non extension of the cases of judge's substitution can play in the current context.*

**SOMMARIO:** 1. Un chiarimento preliminare. - 2. Sulla possibilità di ricusare il giudice della prevenzione che abbia espresso in altro procedimento valutazioni sullo stesso fatto e nei confronti della stessa persona. - 3. Spunti verso il superamento del principio di tassatività dei motivi di ricusazione.

1. *Un chiarimento preliminare.* Le Sezioni Unite hanno affermato che è applicabile al processo di prevenzione la causa di ricusazione di cui all'art. 37, co. 1, c.p.p. - come ampliato dalla Consulta con la sentenza n. 283 del 2000 - per l'ipotesi in cui il giudice abbia già scrutinato il fatto nei confronti del medesimo soggetto in un precedente procedimento, anche di prevenzione.

La decisione affronta un tema particolarmente dibattuto che ha conosciuto, nel tempo, numerose posizioni restrittive, volte ad escludere l'assolutezza del valore dell'imparzialità nella sequenza di prevenzione.

Prima di ripercorrere le ragioni del contrasto e la soluzione adottata, è opportuno spiegare i motivi per cui, tradizionalmente, la giurisprudenza ha ravvisato delle difficoltà ad applicare la regola della neutralità, in tutta la sua potenzialità, al giudizio penale, prima ancora che a quello di prevenzione.

Il microsistema delle incompatibilità e della ricusazione trova la sua disciplina in un insieme di norme rimasto sostanzialmente indenne dall'opera di codificazione della fine degli anni Ottanta: l'assetto normativo di cui agli artt. 34 e segg. c.p.p., infatti, ripete in buona parte i contenuti del codice di rito previgente, e solo un'intensa opera di manutenzione della Consulta ha potuto allinearlo alla rinnovata importanza che la Costituzione riconosce all'imparzialità del giudicare.

Più nel dettaglio, occorre osservare che il c.d. codice Vassalli ha rivisitato a tutto campo l'impostazione inquisitoria della legge processuale del 1930, il quale esordiva con la disciplina dell'azione penale e, in tal modo, comunicava con chiarezza quale fosse l'impostazione ideologica dei suoi *conditores*<sup>1</sup>.

In omaggio ad un'idea di processo come luogo di tutela dei diritti soggettivi di fronte all'esercizio del potere punitivo, invece, la codificazione vigente ha messo in primo piano la disciplina della giurisdizione, che inaugura il Libro I nel segno di un radicale mutamento di prospettiva, in cui il processo è innanzitutto il luogo di controllo della legalità e di protezione delle istanze fondamentali del singolo<sup>2</sup>.

A fronte di ciò, tuttavia, la disciplina dei modi di sostituzione dello *iudex suspectus* non ha conosciuto un forte rinnovamento.

Restano fermi, infatti, alcuni tratti caratteristici dell'ordito preesistente, come il principio di tassatività delle cause di ricusazione, una farraginoso procedura di ricusazione prevista a pena di inammissibilità e, soprattutto, l'esclusione – almeno alle origini – di una valvola di apertura del sistema, con cui contestare l'idoneità in concreto del giudicante che abbia già conosciuto lo stesso fatto in altra sede processuale.

---

<sup>1</sup> Più nel dettaglio, il codice del 1988 ha interrotto una lunga tradizione normativa, risalente all'art. 1 c.p.p. 1865 e tramandata dalle codificazioni del 1913 e del 1930, che poneva al centro della legge processuale l'azione penale e le sue caratteristiche, in omaggio al *code d'instruction criminelle* napoleonico. Da queste premesse è derivata, per logica conseguenza, una certa concezione del processo come appendice del diritto sostanziale, cioè un'attività la cui ragion d'essere è dar seguito alla potestà punitiva dello Stato. Sul tema, v. CHIAVARIO, *Appunti sulla problematica dell'azione nel processo penale italiano: incertezze prospettive limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 876; LEONE, *Azione penale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 854; VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942.

<sup>2</sup> Sul punto si veda, con varietà di accenti, DEAN, FONTI, *La giurisdizione penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, Tomo I, *I Soggetti*, a cura di Dean, Torino, 2009, 1; DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 1.

In questo contesto, la giurisprudenza ha fornito ulteriori indicazioni restrittive, a fronte di tentativi di ampliamento per via interpretativa dei motivi di ricusazione.

È stato osservato che tassatività e numero chiuso rispondo a precise esigenze di sistema, in quanto si ricollegano alla regola della precostituzione per legge del giudice competente nel caso concreto.

Si osserva che la sostituzione del giudicante designato rappresenta un fenomeno eccezionale nell'ordinamento, che dà rilievo a situazioni limite in cui è necessario assegnare il fascicolo ad un magistrato o un ufficio diverso da quello naturalmente competente.

In questa ottica, appare chiaro che la ricusazione, pur giustificata dall'esigenza di dare spazio a situazioni concrete che sono fonte di pregiudizio anche potenziale, resta un istituto che altera la fisiologia delle assegnazioni e, dunque, va sottoposto a stretta interpretazione.

Ciò ha portato, almeno in una prima fase, ad una rivisitazione in chiave limitativa dell'ambito di applicazione di ciascuno degli strumenti previsti per assicurare la neutralità nel caso concreto.

Sembra sufficiente, a tal fine, richiamare a schema: la tendenziale irrilevanza delle violazioni dei criteri tabellari rispetto alla nullità dell'art. 33, co. 1, c.p.p.<sup>3</sup>, la distinzione tra capacità generica e specifica<sup>4</sup>, il rigore ermeneutico nell'intendere i casi di inammissibilità della ricusazione<sup>5</sup>, i limiti di operatività della ricusazione in Cassazione per via dell'assenza di un'attività di valutazione in senso proprio<sup>6</sup>, fino alla rivoluzione silenziosa della disciplina della rimessione operata dalle Sezioni Unite in tempi relativamente recenti<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> La giurisprudenza è consolidata nel senso che l'assegnazione del fascicolo in violazione delle tabelle di organizzazione dell'ufficio può menomare la capacità del giudice non a fronte di una mera inosservanza, bensì solo se ne deriva uno stravolgimento dei principi dell'ordinamento giudiziario, con violazione delle norme che disciplinano la titolarità del potere di assegnazione e l'obbligo di motivazione.

Pertanto, le irregolarità nella formazione dei collegi determinano la nullità dell'art. 178, co. 1, lett. a, c.p.p. solo se si accompagnano ad una sostanziale violazione della regola del giudice naturale e precostituito per legge (cfr. Cass., Sez. VI, 15 novembre 2012, Filippi, in *Mass. Uff.*, n. 254284; Id., Sez. I, 5 aprile 2006, Moccia, *ivi*, n. 234216; Id., Sez. II, 14 gennaio 2011, Puzio, *ivi*, n. 249450).

<sup>4</sup> A partire da Cass., Sez. Un., 24 novembre 1999, Scrudato, in *Riv. pen.*, 2000, 153. Sul tema v. le considerazioni critiche di DINACCI, GIUNCHEDI, *I soggetti pubblici*, in *Procedura penale*, a cura di Gaito, Milano, 2015, 106 e ss.

<sup>5</sup> Emblematica la vicenda analizzata da GAITO, *Udienza pomeridiana e contumacia progressa come fatti preclusivi della ricusazione: un approccio incostituzionale*, in *Giur. it.*, 1997, 409.

<sup>6</sup> Cass., Sez. VI, 3 febbraio 2021, Alampi, in questa *Rivista*, 2021, 1.

<sup>7</sup> Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2003, Berlusconi, in *Arch. n. proc. pen.*, 2003, 212.

Dagli spunti di riflessione offerti emerge, in estrema sintesi, che sul tema dell'imparzialità si è riscontrato, talvolta, uno scollamento tra la centralità riconosciuta al principio sul piano teorico e la sua effettiva portata pratica: in altri termini, almeno in passato è emerso uno scarto apprezzabile tra la predicata assolutezza del canone di imparzialità di giudizio, da un lato, e la modesta portata del suo raggio d'azione, dall'altro, in continuo bilanciamento con altre esigenze di amministrazione giudiziaria più o meno rilevanti.

*2. Sulla possibilità di ricusare il giudice della prevenzione che abbia espresso in altro procedimento valutazioni sullo stesso fatto e nei confronti della stessa persona.* Alle prospettate difficoltà teoriche di promuovere un'espansione del principio di imparzialità nel rito ordinario si sono aggiunte, per quanto di interesse, quelle peculiari della prevenzione, come analizzate e confutate anche dalla decisione del *plenum* di legittimità.

Segnatamente, ci si è chiesti se la ricusazione possa essere proposta anche contro quel giudicante della prevenzione che ha già valutato il merito della controversia in altro precedente procedimento, come nel caso in cui il magistrato che ha preso parte al collegio della condanna per il reato presupposto viene chiamato a comporre il tribunale della prevenzione personale, al fine di valutare la pericolosità del medesimo soggetto.

La questione nasce a seguito della già menzionata decisione con cui la Consulta, portando a compimento un percorso di adeguamento della disciplina positiva inaugurato alla fine degli anni Novanta, ha aggiunto all'art. 37 c.p.p. la ricusazione da legittimo esercizio della funzione, se questa ha comportato un apprezzamento nel merito della responsabilità soggettiva.

Venne così teorizzata la possibilità di un'interferenza tra procedimenti in punto di imparzialità, suscettibile di ricusazione: una volta adottata una determinazione di merito, questa può essere considerata, a certe condizioni, quale decisione pregiudicante, in grado di condizionare il sereno svolgimento dell'ulteriore attività processuale celebrata a carico dello stesso soggetto dal medesimo magistrato, la quale andrà ad assumere le vesti di fase pregiudicata. Il Giudice delle leggi, in particolare, aveva chiarito, in quella occasione, che il pregiudizio può provenire anche da un procedimento non penale, come quello di prevenzione, aprendo la strada alla possibilità di considerare l'apprezzamento di pericolosità come una di quelle valutazioni pregiudicanti in grado di imporre la sostituzione del magistrato.

Tuttavia, a seguito di quella pronuncia additiva, è sorto un contrasto giurisprudenziale sui presupposti al ricorrere dei quali il giudizio di prevenzione è in grado di condizionare, o di essere condizionato, da quello ordinario o cautelare.

Secondo una prima tesi, un'adeguata lettura della giurisprudenza costituzionale nel suo complesso porta a ritenere che, rispetto all'applicabilità dell'art. 37 c.p.p., la fase di prevenzione non può essere considerata come attività pregiudicata dal precedente verdetto di colpevolezza di cui al processo principale o dal giudizio cautelare, potendo al più essere considerata come attività pregiudicante.

Alla luce di questa prospettiva, il giudicante che ha statuito nel rito ordinario o in sede cautelare o, ancora, in altra sequenza di prevenzione può prendere parte, successivamente, al collegio di prevenzione, essendo inibito solo il contrario.

Il punto della questione, in quest'ottica, sta in ciò: ad un'attività pregiudicante deve corrispondere una funzione pregiudicata, da individuare, a sua volta, in una decisione che guarda la responsabilità penale, mentre tale non può essere considerata, per evidenti differenze, la statuizione di pericolosità, trattandosi di un giudizio prognostico di ampia portata.

Ne deriva che, in questa peculiare procedura, valgono unicamente i motivi di incompatibilità degli artt. 34, co. 1 e 35 e di astensione di cui all'art. 36, co. 1, lett. *a, b, c, d, f, h*, c.p.p. con le relative cause di ricusazione, mentre resta esclusa la contestazione dell'idoneità in concreto del magistrato per aver già apprezzato la colpevolezza dell'agente, in quanto il processo penale è ontologicamente diverso da quello di prevenzione.

Vengono in esame, a conforto della tesi restrittiva, le particolarità del giudizio di prevenzione, al quale il legislatore ha riservato una disciplina differente in punto di contraddittorio e di regime probatorio, a dimostrazione di una procedura che è diversa dal rito ordinario e dal relativo corredo di garanzie, anche in punto di neutralità del giudicare.

Pur ammettendo che la disciplina dell'astensione debba trovare spazio anche in questo contesto, si osserva che il diritto positivo ha plasmato la procedura di prevenzione sull'incidente di esecuzione, il che impone di verificare la compatibilità della norma che si intende trasporre coi caratteri del modello generale che si è inteso prendere a riferimento.

Ciò giustifica ulteriormente l'impossibilità di importare la causa di ricusazione in parola nel procedimento di prevenzione, essendo pacifico che non è incompatibile a conoscere dell'esecuzione della sentenza il magistrato che l'ha pronunciata <sup>8</sup>.

Ancora, la tesi dell'inapplicabilità della causa di incompatibilità da pregressa valutazione di merito *de eadem persona* risponde alle caratteristiche dell'oggetto del giudizio di prevenzione, il quale non è finalizzato alla ricostruzione di un fatto di reato ma si risolve in un verdetto di tipo prognostico, relativo alla pericolosità soggettiva e alla genesi della ricchezza accumulata.

Scopo e oggetto differenti giustificano, pertanto, una diversità di trattamento quanto ai motivi di ricusazione.

Nel rito ordinario, l'incompatibilità da precedente apprezzamento del merito risponde all'esigenza di assicurare una fisiologica ignoranza dei fatti di causa in capo al giudice, non essendo accettabile che il giudizio di colpevolezza venga svolto da chi si è già pronunciato in tal senso.

Nella prevenzione, invece, non si fa questione di responsabilità legata al fatto di reato: la valutazione non guarda al passato, ma al futuro, prescinde da un accertamento pieno di colpevolezza e svolge una funzione non sanzionatoria in senso stretto.

Per queste ragioni, è comprensibile che la disciplina sull'imparzialità non venga trasferita integralmente nel procedimento di prevenzione, ma subisca adattamenti alla luce delle indicate particolarità <sup>9</sup>.

In altri termini, la diversità strutturale rispetto al giudizio penale permette di selezionare le norme a tutela dell'imparzialità da applicare nella sequenza di prevenzione, anche considerando il rinvio al modello dell'esecuzione, cioè ad una tipologia procedurale che non consente la ricusazione perché valorizza, al

---

<sup>8</sup> Sulla competenza del giudice della cognizione a conoscere delle questioni sorte in fase esecutiva, senza che possa essere ritenuto incompatibile v., *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 4 giugno 2014, Colafigli, in *Mass. Uff.*, n. 261194; Id., Sez. II, 6 dicembre 2012, Aramino, *ivi*, n. 255354. Sull'adeguatezza di tale assetto rispetto alla giurisdizionalizzazione della fase esecutiva, con problematiche che l'inclusione in Costituzione del giusto processo ha accentuato, v. le considerazioni critiche di GAITO, *L'evoluzione dell'esecuzione penale*, in *Giusto processo*, 1989, 4, 52; Id., *Esecuzione penale e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 605; GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2005, 29.

<sup>9</sup> In questo senso, d'altronde, si era espressa già Corte cost., sent. n. 106 del 2015, rispetto alla legittimità costituzionale della limitazione dei motivi di ricorso per cassazione, contro il provvedimento che applica la confisca di prevenzione, alla sola violazione di legge.

contrario, l'identità soggettiva tra giudicante della cognizione e dell'esecuzione<sup>10</sup>.

Il ragionamento "per differenza" ha consentito alla giurisprudenza di legittimità di individuare ulteriori giustificazioni per escludere che la funzione di prevenzione possa essere pregiudicata da valutazioni anteriori dello stesso fatto, da parte dello stesso magistrato.

Mentre il processo ordinario è connotato dal principio di separazione tra le fasi di giudizio, col tendenziale divieto per il giudicante della cautela di prendere parte alla sequenza di merito, la procedura di prevenzione conosce, al contrario, una separazione meno netta da questo punto di vista.

In tal caso, infatti, non è prevista una scissione di funzioni tra cautela e primo grado, dal momento che il giudicante del sequestro dei beni è chiamato ad approfondire il merito della vicenda nel successivo sviluppo processuale senza necessità di essere sostituito.

Si tratta di un elemento indicativo di come il legislatore abbia voluto, sia pure implicitamente, considerare con minor rigore la tutela dell'apparenza di imparzialità nella prevenzione, affidando piuttosto al contraddittorio il recupero delle garanzie in favore del proposto.

Si ritiene, in tal senso, che la forza del pregiudizio sia meno intensa rispetto al giudizio penale in senso proprio, per cui è comprensibile che il contraddittorio non si svolga davanti ad un magistrato diverso.

Si osserva: se nello stesso giudizio è prevista l'identità soggettiva tra giudicante della funzione cautelare e della successiva istruttoria, *a fortiori* deve essere esclusa l'incompatibilità qualora una precedente valutazione analoga sia stata effettuata in un procedimento diverso, nel rispetto del bilanciamento tra opposte esigenze che è stato effettuato dal legislatore.

In questa prospettiva, dunque, si applicano all'accertamento di prevenzione le norme che disciplinano l'incompatibilità, l'astensione e la ricsuzione di cui agli artt. 34, co. 1, 35, 36, co. 1, lett. *a, b, c, d, f, h* e 37, co. 2, c.p.p. ma non anche le previsioni di cui all'art. 34 ulteriori rispetto al comma 1, per via delle caratteristiche di struttura della prevenzione.

---

<sup>10</sup> Non a caso, si aggiunge, l'incompatibilità *in executivis* è stata imitata al caso dell'annullamento con rinvio, da parte della Corte regolatrice, del provvedimento sull'applicazione della disciplina della continuazione, secondo l'ipotesi introdotta da Corte cost., sent. n. 183 del 2013.

Sul versante opposto, altro diritto pretorio ha ritenuto che la causa di ricusazione introdotta con la sentenza additiva n. 283 del 2000 debba operare anche in materia di prevenzione.

L'argomento di maggior pregio di questa impostazione sta in questo: una volta riconosciuto che il procedimento di prevenzione ha natura giurisdizionale, negare la piena applicazione della disciplina dell'imparzialità significa ammettere che la giurisdizione, in taluni casi, può manifestarsi senza uno dei suoi fondamenti costituzionali, in contrasto con l'art. 111, co. 1 e 2, Cost.

Anche se in origine la materia, specie alla luce dell'iniziale assetto normativo di cui alla l. n. 27 dicembre 1956, n. 1423, era effettivamente lontana dalla sfera dell'attività giurisdizionale propriamente detta, col tempo si è avuto il progressivo avvicinamento del sistema della prevenzione alle caratteristiche minime del processo "giusto", per come modellato dalle disposizioni costituzionali e convenzionali.

Nel contesto attuale, è ormai indiscusso che la sequenza di prevenzione sia a tutti gli effetti di tipo giurisdizionale e, in quanto tale, tenuta a rispettare i principi fondamentali dell'ordinamento tanto sostanziali quanto processuali, tra cui legalità e tassatività delle misure applicabili, terzietà e imparzialità del giudice, diritto alla difesa e a un doppio grado di giudizio nel merito<sup>11</sup>.

Questa impostazione ha portato a prendere in prestito dal rito ordinario quegli istituti idonei a dare spazio ai principi in questione nell'accertamento di prevenzione.

Sono state perciò ritenute applicabili, ad esempio, le disposizioni a tutela del diritto di difesa, assistenza e rappresentanza dell'imputato, le regole che assicurano la partecipazione al procedimento, il principio di immutabilità del giudice e le norme sulla rimessione.

Lungo questa scia, è stata riconosciuta la possibilità di applicare alla procedura di prevenzione il motivo di ricusazione di cui all'art. 37, co. 1, lett. b, c.p.p. nell'edizione rivisitata dalla Consulta, specie quando un componente del collegio della prevenzione ha condannato il proposto per il delitto presupposto<sup>12</sup>.

Un assetto di tal genere risponde, peraltro, alla considerazione che, nell'assetto costituzionale vigente, non è possibile un esercizio della giurisdizione che si collochi al di fuori delle coordinate del giusto processo.

---

<sup>11</sup> V. Cass., Sez. I, 6 luglio 2016, Barberio, in *Mass. Uff.*, n. 268652.

<sup>12</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 16 ottobre 2008, Nicitra, *ivi*, n. 242942.

La norma di cui all'art. 111, co. 1, Cost. consente di ritenere che l'unica modalità di esercizio della giurisdizione prevista dalla Carta fondamentale sia quella "giusta", cioè conforme al modulo procedimentale descritto, nei suoi tratti essenziali, dagli ulteriori commi della previsione in parola.

In tal senso, affermare che «*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*» ha un'importante ricaduta pratica, perché impone di allineare ogni tipologia di amministrazione della giustizia, nei vari settori in cui questa si manifesta, all'unica modalità di *iurisdictio* prevista dalla Costituzione.

Ciò porta all'assunto per cui l'ordinamento non ammette che il potere giurisdizionale possa essere esercitato al di fuori di un determinato modulo, il quale diventa una condizione di legalità costituzionale e impone l'applicazione, ad ogni ipotesi di esercizio della giustizia, di quelle norme con cui il legislatore ha dato attuazione alle regole del processo giusto.

Non è sufficiente, allora, che vi sia un valido atto di attribuzione della funzione per qualificare come giurisdizionale ogni conseguente attività di esercizio, dal momento che la potestà di giudicare può esprimersi solo con le forme dell'equo procedimento<sup>13</sup>.

Ciò che conta, in questi termini, è la corrispondenza del processo che viene celebrato ad alcune caratteristiche indefettibili in tema di diritto di difesa, contraddittorio, sistema dei controlli e, naturalmente, neutralità di giudizio, tale essendo l'unica ipotesi di giurisdizione prescritta dalla Carta fondamentale.

In questo contesto, l'imparzialità rappresenta sicuramente l'elemento di maggior rilievo nell'ambito del giusto processo, nella misura in cui, per adottare una sequenza di atti che possa definirsi equa occorre, a monte, che sia investito della trattazione un giudice indifferente rispetto all'esito della controversia.

L'imparzialità, pertanto, è una condizione di partenza per la celebrazione di un processo equo, per cui è difficile immaginare forme di giurisdizione con-

---

<sup>13</sup> V., in prospettiva generale, FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Questione giust.*, 2000, 51; 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, 103 e LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2001, 16, per cui «*non ha senso parlare di giusto processo regolato dalla legge in quanto il processo regolato dalla legge non può che essere giusto*».

formi al modello e, allo stesso tempo, esercitate da chi non è neutrale rispetto all'oggetto del giudizio <sup>14</sup>.

Il corollario di questa impostazione è che occorre estendere il motivo di ricusazione da pregressa valutazione del merito anche al procedimento di prevenzione, dal momento che questo configura un'ipotesi di giurisdizione e, dunque, non può essere celebrato in assenza del prerequisite dell'imparzialità <sup>15</sup>.

Non ha pregio, in quest'ottica, la tesi per cui non vi può essere incompatibilità in quanto manca, nel caso di specie, una "funzione pregiudicata" dall'apprezzamento anteriore, dato che la prevenzione rientra appieno nella giurisdizione e, per tale ragione, risente delle pregresse determinazioni che ha assunto lo stesso magistrato sul versante della colpevolezza del soggetto.

In virtù di questo inquadramento sistematico, la giurisprudenza ha replicato alle obiezioni sollevate dalla tesi opposta.

Con riferimento alla segnalata diversità di oggetto e di scopo del giudizio di prevenzione, si osserva che essa non è in grado di giustificare un trattamento differenziato in punto di imparzialità.

Rientra nella discrezionalità del legislatore prevedere procedimenti speciali in cui l'onere probatorio è distribuito in maniera differente e l'oggetto del giudizio prende in considerazione elementi differenti dall'accertamento del fatto di reato: per contro, dove non viene in rilievo la cognizione della colpevolezza penale, occorre ritornare al modello ordinario quanto a riparto degli oneri dimostrativi e garanzie di difesa.

---

<sup>14</sup> Sul rapporto tra imparzialità e giusto processo, v. DEAN, *I principi costituzionali di terzietà e imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti - Fiorio, Padova, 2002, 3; DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 1 e ss.; ID., *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, a cura di Giunchedi, Pisa, 2018, 203; GAITO, ASTARITA, *Competenza e incompetenza del giudice penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, 2005, 176.

<sup>15</sup> Lungo questa direttrice, il Procuratore Generale ha richiamato il principio della massima estensione delle garanzie procedurali di cui alla giurisprudenza costituzionale, osservando che la tesi da valutare con maggior rigore ermeneutico è, in linea generale, quella restrittiva e non quella che, invece, postula un ampliamento delle garanzie soggettive nel processo. Pertanto, in assenza di granitici argomenti a sostegno dell'esclusione integrale del sistema delle incompatibilità e della ricusazione dalla prevenzione, occorre assicurare la più ampia applicazione del principio di imparzialità in ogni forma di giurisdizione.

Questa tematica, tuttavia, attiene al diritto alla prova e all'articolazione dell'istruttoria all'interno di ciascun modello processuale, ma non coinvolge il versante dei principi minimali del giusto processo.

S'intende che la pretesa autonomia del procedimento di prevenzione e la sua diversità, in punto di cognizione, dal rito ordinario non giustificano una deroga a tutto campo alle regole di equità, che dovranno comunque essere rispettate, pur a fronte di una sequenza procedimentale più snella.

Una diversa conformazione del diritto alla prova e delle facoltà difensive, in altri termini, non legittima una deroga all'imparzialità, coesistente al tipo di giurisdizione voluto dall'art. 111 Cost.

Similmente, il richiamo dell'art. 7, co. 9, d. lgs. n. 159 del 2011 alla disciplina dell'art. 666 c.p.p. non legittima la piena assimilazione della prevenzione al processo esecutivo: resta una marcata differenza tra i due modelli, se solo si considera che il giudizio di prevenzione è, comunque, un giudizio di cognizione.

Pertanto, il rinvio normativo non può essere valorizzato al fine di estendere la generale non ricusabilità di quel giudice nell'ambito della prevenzione.

In terzo luogo, la non operatività del principio di separazione tra sede cautelare e merito può essere spiegata senza postulare una deroga all'imparzialità.

Premesso che anche nel rito ordinario il giudice del dibattimento può applicare una misura cautelare senza diventare per ciò solo incompatibile<sup>16</sup>, nell'ambito della prevenzione la concentrazione nelle mani dello stesso magistrato del potere di adottare il provvedimento cautelare e, successivamente, quello di merito è dovuta alla struttura di quel processo che, invece, non conosce fasi distinte.

L'opzione per la regola della concentrazione è, al pari della diversità di oggetto del giudizio, un argomento troppo debole per fondare la tesi della deroga al principio di neutralità.

*3. Spunti verso il superamento del principio di tassatività dei motivi di ricusazione.* La decisione merita di essere segnalata anche per un'importante aper-

---

<sup>16</sup> Sul punto v. peraltro, Corte cost., sent. n. 64 del 2022, in questa *Rivista*, con le osservazioni di CAPITTA, per cui non è incostituzionale l'art. 34, co. 2, c.p.p., laddove non prevede che il giudice dibattimentale che abbia rigettato la richiesta di sospensione con messa alla prova non possa partecipare all'ulteriore corso del giudizio ordinario, in applicazione del noto principio per cui non è immaginabile un'incompatibilità interna alla fase.

tura verso la flessibilizzazione della regola di stretta tipicità dei motivi di sostituzione del magistrato.

Una lezione consolidata vuole che l'assegnazione del fascicolo ad un giudice diverso da quello individuato sulla base delle tabelle organizzative sia una circostanza eccezionale, poiché fa sì che, in ultima istanza, la decisione non venga adottata dal giudice precostituito per legge.

Si osserva, infatti, che gli istituti in discussione, pur essendo giustificati dall'esigenza di assicurare la neutralità in concreto di chi è chiamato a giudicare, di fatto determinano la sottrazione del processo al magistrato individuabile sulla base dei criteri di legge, a cui il fascicolo viene sottratto con un ulteriore provvedimento di assegnazione.

Si ritiene, quindi, che le regole sulla ricusazione siano eccezionali in quanto limitano le facoltà di esercizio del potere giurisdizionale e condizionano la capacità del giudice, oltre a permettere alle parti di ingerire in un rapporto di diritto pubblico che intercorre tra lo Stato e il titolare della funzione, un ambito che è sottratto alla loro disponibilità.

Pertanto, i presupposti di operatività dell'incompatibilità, dell'astensione e della ricusazione sono soggetti a stretta interpretazione e vale un divieto di analogia, in quanto l'imparzialità viene assicurata al prezzo di imporre un limite, nel caso concreto, all'esercizio della funzione giurisdizionale di cui il magistrato è titolare <sup>17</sup>.

In questo contesto, il *plenum* di legittimità considera eccessivamente formalistico l'argomento della tassatività laddove utilizzato per escludere la ricusazione del giudice della prevenzione che abbia già apprezzato il merito in altra sede, dato che, così ragionando, si dovrebbe ritenere non ricusabile pure il giudice della prevenzione chiamato a decidere sull'appello quando ha già preso parte al collegio di primo grado.

Anche se la decisione non dedica un autonomo approfondimento al rapporto tra tassatività dei motivi e applicazione generalizzata del principio di imparzialità, è opportuno svolgere ulteriori considerazioni sul ruolo che la tipicità dei casi di ricusazione può ricoprire nel contesto attuale, in cui il valore costituzionale dell'imparzialità porta, con crescente frequenza, ad interpretazioni espansive.

---

<sup>17</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 7 marzo 2017, Palau, in *Mass. Uff.* n. 269897; Id., Sez. VI, 30 gennaio 2008, Di Vincenzo, *ivz*, n. 240363; Id., Sez. VI, 23 marzo 2001, Berlusconi, *ivz*, n. 218669; Id., Sez. VI, 9 marzo 1999, Craxi, *ivz*, n. 213666.

Grazie al formante sovranazionale<sup>18</sup>, vi è stata un'evoluzione interpretativa che ha rinvigorito l'esigenza di investire un magistrato neutrale e ha segnalato l'importanza di sostituirlo ogni volta che emerga un documentato sospetto di interessamento o, comunque, la partecipazione ad un precedente giudizio di merito nei confronti della stessa persona.

Tra le applicazioni più innovative di questa prospettiva, possono essere segnalati i recenti interventi additivi della giurisprudenza costituzionale, che ha fatto ampia applicazione del principio di neutralità in ambiti in cui, al di là di alcune circostanziate ipotesi, si escludeva la sussistenza di un problema di imparzialità per via della mancanza di un accertamento della colpevolezza<sup>19</sup>.

Al di là degli aspetti di dettaglio, questa tendenza dimostra l'importanza sistemica che ha assunto l'imparzialità nell'ordinamento, richiedendo che ogni manifestazione della giurisdizione sia conforme ad un contenuto minimo di neutralità, anche se si tratta di procedimenti per così dire "secondari", in quanto non deputati all'accertamento della responsabilità penale.

Nel rinnovato contesto, in altri termini, la regola del giudice imparziale non è più solo un problema da porre nel giudizio ordinario, ma un tema da affrontare ogni volta che un magistrato sia chiamato a svolgere un accertamento che, anche solo indirettamente, prevede un apprezzamento di merito a carico del soggetto.

A fronte di ciò, il principio di tassatività delle cause di incompatibilità e dei motivi di riconsunzione mostra tutti i suoi limiti.

Basti considerare che l'art. 34 c.p.p. è probabilmente la disposizione che ha ricevuto, nel corso del tempo, il maggior numero di declaratorie di illegittimi-

---

<sup>18</sup> Di cui agli artt. 6, § 1, C.e.d.u., 47, § 2, CDFUE e 14, Patto intern. dir. civ. pol. Per l'analisi del significato europeo di imparzialità e delle ricadute sul sistema interno, sia consentito un rinvio a GAETA, *L'esistenza di strumenti a garanzia della idoneità del giudice: una precondizione di sistema*, in *Il giusto processo. Tra modello europeo e resistenze interne*, a cura di Gaito, Milano, 2022, 49.

<sup>19</sup> La Consulta ha ritenuto incompatibile il giudice dell'esecuzione che ha pronunciato l'ordinanza sulla richiesta di rideterminazione della pena, a seguito di declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, annullata con rinvio dalla Corte di legittimità (sent. n. 7 del 2022). Similmente, ha stabilito che il giudice per le indagini preliminari che ha rigettato la richiesta di decreto penale di condanna, per mancata contestazione di un'aggravante, è incompatibile a decidere sulla nuova richiesta di decreto avanzata dal p.m. in conformità ai rilievi del giudice stesso (sent. n. 16 del 2022).

Cfr. Corte cost., sent. n. 7 del 2022 e n. 16 del 2022, in questa *Rivista*, con le notazioni di CAPITTA; v. anche MANFRIN, *La Corte costituzionale allarga (ancora) il novero delle incompatibilità ex art. 34 c. 2 c.p.p. al caso del g.i.p. che rigetta la richiesta di decreto penale di condanna per mancata contestazione di una circostanza aggravante*, in *Sistema Penale*, 15 aprile 2022.

tà costituzionale, con le quali sono state aggiunti, nel rispetto della tipizzazione per catalogo di ipotesi, numerosi nuovi motivi di incompatibilità, per adeguare un istituto ritenuto eccezionale al contesto attuale, in cui, invece, l'imparzialità è regola aurea agganciata al concetto stesso di giurisdizione, secondo l'art. 111 Cost.

In questa prospettiva, emerge l'esigenza di superare la tassatività nell'ambito degli istituti che assicurano la neutralità del giudicare, per adottare un modello di regolazione dove, invece, si prevede una regola elastica, cioè una clausola generale con cui consentire la sostituzione ogni volta che sia provato il venir meno dell'apparenza di imparzialità<sup>20</sup>.

Ciò, d'altronde, sarebbe maggiormente conforme all'insegnamento europeo, che non impone di adottare specifiche soluzioni procedurali ma richiede il raggiungimento di un risultato, vale a dire l'estromissione del giudice parziale per aver apprezzato il profilo della responsabilità soggettiva, anche in procedimenti incidentali.

Emerge, pertanto, una certa inadeguatezza della logica della tassatività, che andrebbe rimpiazzata con una normativa più moderna, in cui la tutela dell'imparzialità è affidata ad una regola dal contenuto atipico e che consenta il raggiungimento dello scopo di tutela indicato a prescindere dal ricorrere di uno dei motivi tassativi di ricusazione<sup>21</sup>.

In questo contesto di ragioni, la decisione delle Sezioni Unite svolge affermazioni importanti, poiché, pur senza affrontare il tema *ex professo* o pronunciarsi nella direzione del superamento della regola della tassatività, segnala che l'exasperazione della tipicità e tassatività delle cause di sostituzione del giudice sospetto può portare a risultati in contrasto coi principi fondamentali in tema di neutralità dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

GENNARO GAETA

---

<sup>20</sup> In questa direzione v. DEAN, *I principi costituzionali di terzietà ed imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti - Fiorio, cit., 9; GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, 109 e ss.; RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1996, 17.

<sup>21</sup> A proposito dell'inadeguatezza di un sistema basato sulla tassatività delle sanzioni a tutelare i diritti fondamentali v. ancora GAITO, *La neutralità del giudice tra cadute di legalità e ipotesi di tentata giustizia*, cit., 103 e ss.

