

Penale Ord. Sez. 6 Num. 38208 Anno 2025

Presidente: DI STEFANO PIERLUIGI

Relatore: BIONDI GIUSEPPE

Data Udienza: 11/11/2025

ORDINANZA

sul ricorso proposto da

Scarpino Aniello, nato a Pagani (SA) il 09/12/1972

avverso l'ordinanza del 07/05/2025 della Corte di Appello di Salerno

visti gli atti, la sentenza impugnata e il ricorso;

udita la relazione del consigliere Giuseppe Biondi;

letta la requisitoria scritta del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Cinzia Paraspupo, che ha concluso chiedendo di dichiarare rilevante e non manifestamente infondata, in relazione all'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, Cost. nella parte in cui non prevede che non può partecipare al giudizio abbreviato il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale che abbia rigettato la richiesta di applicazione di pena concordata di cui all'art. 444 cod. proc. pen.

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 07 maggio 2025 la Corte di Appello di Salerno rigettava la dichiarazione di riuscione del giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta del Tribunale di Salerno, dott.ssa

2. Avverso l'ordinanza della Corte di Appello di Salerno ha proposto ricorso per cassazione Scarpino Aniello, mediante il proprio difensore di fiducia, articolando due motivi di ricorso, che si riassumono sinteticamente ai sensi dell'art. 173 disp. att. cod. proc. pen.

2.1. Con il primo motivo deduce violazione dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. In sintesi, il giudice dell'udienza predibattimentale del Tribunale di Salerno, dott.ssa Mancini, aveva rigettato la richiesta di patteggiamento avanzata dall'imputato Scarpino Aniello, imputato del delitto di cui all'art. 391-ter cod. pen., con ordinanza del 11/03/2025. All'udienza del 25/03/2025, sempre nell'interesse dell'imputato Scarpino, era stata formulata richiesta di giudizio abbreviato e il giudice, ritenuta una sua incompatibilità in ragione delle motivazioni espresse nel provvedimento di rigetto del patteggiamento, dichiarava di astenersi, ma la sua astensione non veniva autorizzata dal Presidente del Tribunale. Pertanto, alla successiva udienza del 08/04/2025, a seguito della lettura del provvedimento presidenziale, veniva ritualmente formalizzata istanza di ricusazione, richiamando la pronuncia della Corte costituzionale n. 439 del 1993 resa con riferimento all'udienza preliminare. La Corte di Appello di Salerno, nel rigettare l'istanza, ha richiamato i principi espressi dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 232 del 1999 (ed altre), sostenendo il superamento delle diverse conclusioni cui era giunta la medesima Corte costituzionale con la sentenza n. 186 del 1992 e di conseguenza con quella n. 439 del 1993, con particolare riferimento al cambio del giudice, da ritenersi costituzionalmente necessario solo nel caso in cui la valutazione di merito pregiudicante sia stata espressa dal medesimo giudice in una fase diversa del medesimo grado e non anche quando la valutazione di merito sia stata effettuata nella stessa fase del medesimo grado. Questo argomento non è condivisibile poiché trascura l'equiparazione che la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 179 del 2024, ha effettuato tra l'udienza preliminare e l'udienza predibattimentale, di talchè, nell'ottica di questo parallelismo, non potrebbe omettersi di considerare l'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 439 del 1993 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al giudizio abbreviato del giudice per le indagini preliminari che abbia rigettato la richiesta di applicazione di pena concordata di cui all'art. 444 cod. proc. pen. Sotto questo profilo, la Corte salernitana avrebbe errato nel sostenere che con le successive pronunce la Corte costituzionale avrebbe optato per un superamento delle diverse conclusioni cui era giunta con le sentenze n. 186 del 1992 e n. 439 del 1993, poiché non potrebbe esservi un superamento giuridico delle sentenze

della Corte costituzionale, non essendo revocabile la declaratoria di incostituzionalità di una norma.

2.2. Con il secondo motivo, nell'ipotesi di rigetto del primo, sulla base delle stesse argomentazioni, si solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede che non può definire il giudizio con il rito abbreviato il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale che ha rigettato una richiesta di applicazione di pena ex art. 444 cod. proc. pen. nel caso previsto dall'art. 554-ter comma 2 cod. proc. pen. per violazione degli artt. 111, comma 2, 3, 24, comma 2, 101 e 117 Cost. quest'ultimo in relazione all'art. 6, par. 1, CEDU.

3. Il procedimento si è svolto con trattazione cartolare e ha rassegnato conclusioni scritte, mediante requisitoria, il solo Procuratore generale, come in epigrafe riportato.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. In via preliminare, si osserva che sarebbe ammissibile il ricorso per cassazione ove anche prospettasse esclusivamente l'illegittimità costituzionale della disposizione applicata dal giudice di merito, in quanto comporta pur sempre una censura di violazione di legge riferita alla ordinanza impugnata, a condizione che sussista la rilevanza della questione, nel senso che dall'accoglimento di essa consegua un effetto favorevole per il ricorrente, in termini di annullamento dell'ordinanza (Cass. Sez. VI, n. 37796 del 08/04/2020, riv. 280961-01; nello stesso senso Cass. Sez. VI, n. 25005 del 07/05/2024, riv. 286713-02).

Nel caso di specie, il ricorso prospetta in prima battuta la violazione dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., e, in subordine, eccepisce l'illegittimità della citata disposizione. Trattasi, pertanto, di ricorso sicuramente ammissibile.

2. Ciò premesso, ritiene la Corte rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. in relazione agli artt. 3, 24, comma 2, 111, comma 2, e 117 Cost., quest'ultimo relativamente al parametro interposto di cui all'art. 6 CEDU e all'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al giudizio abbreviato del giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale che abbia rigettato la richiesta di applicazione di pena concordata di cui all'art. 444 dello stesso codice.

3. Invero, sotto il profilo della rilevanza, nel caso di specie, il giudice

dell’udienza di comparizione predibattimentale di cui agli artt. 554-*bis* e ss. cod. proc. pen., dopo avere rigettato, per ragioni di merito, la richiesta di applicazione di pena concordata ai sensi dell’art. 444 cod. proc. pen., recepiva la richiesta dell’imputato di giudizio abbreviato non condizionato, che, come è noto, costituisce un vero e proprio diritto potestativo (vedi da ultimo Cass. Sez. IV, n. 32893 del 11/11/2020, rv. 280073-01, che configura come abnorme l’ordinanza che respinge una simile richiesta). A questo punto, ritenendosi incompatibile alla celebrazione del giudizio abbreviato, si asteneva, ma la l’astensione non veniva autorizzata dal Presidente del Tribunale. Ricusato il giudice, rigettata con l’ordinanza impugnata l’istanza di ricusazione, la doglianza in ordine al ritenuto *vulnus* all’imparzialità del giudice andrebbe rigettata alla luce del dato normativo di cui all’art. 34, comma 2, cod. proc. pen., e della sua natura tassativa ed eccezionale, che non consente interpretazioni estensive o analogiche (Cass. Sez. I, n. 15834 del 19/03/2009, rv. 243747-01; Cass. Sez. V, n. 4813 del 18/10/2022, dep. 2023, rv. 284218-01).

4. Ciò chiarito, passando ad esaminare il profilo della non manifesta infondatezza, la Corte costituzionale ha da tempo chiarito che la disciplina sull’incompatibilità del giudice trova la sua *ratio* nella salvaguardia dei valori della terzietà e imparzialità del giudice, presidiati dall’art. 111, secondo comma, Cost., mirando a escludere che questi possa pronunciarsi sull’accusa quando è condizionato dalla “forza della prevenzione”, cioè «dalla tendenza a confermare una decisione o a mantenere un atteggiamento già assunto, derivante da valutazioni che sia stato precedentemente chiamato a svolgere in ordine alla medesima *res iudicanda*» e ad assicurare «che le funzioni del giudicare siano assegnate a un soggetto “terzo”, scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto e anche sgombro da convinzioni precostituite in ordine alla materia su cui pronunciarsi» (sentenza n. 172 del 2023; nello stesso senso, sentenze n. 64, n. 16 e n. 7 del 2022 e precedenti ivi citati).

Sempre secondo il consolidato orientamento della Consulta, di recente ribadito dalla sentenza n. 93 del 2024, si è precisato che «per ritenersi sussistente l’incompatibilità endoprocessuale del giudice, devono concorrere le seguenti condizioni: a) le preesistenti valutazioni cadano sulla medesima *res iudicanda*; b) il giudice sia stato chiamato a compiere una valutazione (e non abbia avuto semplice conoscenza) di atti anteriormente compiuti, strumentale all’assunzione di una decisione; c) quest’ultima abbia natura non “formale”, ma “di contenuto”, ovvero comporti valutazioni sul merito dell’ipotesi di accusa; d) la precedente valutazione si collochi in una diversa fase del procedimento (sentenze n. 172 e n. 91 del 2023 e n. 64 del 2022)».

Si è, altresì, evidenziato che «ove s’afferma che il giudice non possa

esprimersi più volte sulla medesima *res iudicanda*, deve intendersi per "giudizio" ogni processo che, in base a un esame delle prove, pervenga a una decisione di merito: il giudizio dibattimentale, ma anche il giudizio abbreviato, l'applicazione della pena su richiesta delle parti, l'udienza preliminare e talora l'incidente di esecuzione, nonché il decreto penale di condanna (da ultimo, sentenza n. 16 del 2022)» (ancora sentenza n. 93 del 2024).

Con la sentenza n. 91 del 2023, la Corte costituzionale ha, poi, riconosciuto l'esistenza di un sistema integrato mirato a realizzare la necessaria tutela del principio del giusto processo, di cui all'art. 111 Cost., in tutti i casi in cui sussista il rischio che possa risultare compromessa l'imparzialità del giudice. A tal riguardo, ha affermato che il principio del giudice terzo e imparziale, che in passato la giurisprudenza costituzionale aveva ricavato da altri parametri (artt. 3, 25, 101 e 108 Cost.), ha assunto autonoma rilevanza con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione), sì da costituire connotato essenziale e necessario dell'esercizio di ogni giurisdizione. Si è quindi precisato che «[i]l processo in tanto può dirsi "giusto" in quanto sia garantita l'imparzialità del giudice»; e si è sottolineato che l'imparzialità «non è che un aspetto di quel carattere di "terzietà" che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella degli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e difesa in giudizio».

La regola dell'imparzialità del giudice è anche nelle Carte europee, in quanto l'art. 6, paragrafo 1, CEDU stabilisce che ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente e imparziale, e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea garantisce il diritto all'esame della causa da parte di un giudice «indipendente e imparziale, preconstituito per legge», nonché nelle Convenzioni internazionali (art. 14 PIDCP).

In particolare, secondo quanto precisato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, agli effetti dell'art. 6, paragrafo 1, CEDU, l'imparzialità deve essere valutata, di volta in volta, attraverso un procedimento soggettivo, cercando di determinare la convinzione ed il comportamento personali del giudice, e secondo un procedimento oggettivo, volto a verificare se egli offre garanzie sufficienti per escludere in proposito ogni legittimo dubbio. In ordine a quest'ultimo aspetto, è necessario, in particolare, chiedersi se, indipendentemente dalla condotta del giudice, determinati fatti verificabili ne pongano comunque in discussione l'imparzialità: in materia, infatti, anche le apparenze sono rilevanti, stante la fiducia che i tribunali di una società democratica debbono poter ispirare alle persone da essi giudicate (Corte EDU, 22/04/2004, Cianetti c. Italia; nello stesso

senso Corte EDU, 22/07/2008, Gomez De Liano Y Botella c. Spagna, Corte EDU, 25/07/2002, Perote Pellon c. Spagna e Corte EDU, 28/10/1998, Castillo Algar c. Spagna).

La Corte costituzionale ha sostanzialmente equiparato, quale momento di giudizio, l'udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta e l'udienza preliminare (vedi punto 6 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 179 del 2024, dove, a proposito della penetrante attività valutativa che sono chiamati a compiere sia il giudice dell'udienza preliminare, sia il giudice dell'udienza predibattimentale, ora contemplata per i reati a citazione diretta, si è parlato di "simmetria").

Come è noto, con la sentenza n. 439 del 1993, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al giudizio abbreviato del giudice per le indagini preliminari che abbia rigettato la richiesta di applicazione di pena concordata di cui all'art. 444 cod. proc. pen. In particolare, nel caso all'esame della Consulta, il giudice dell'udienza preliminare aveva respinto per la ritenuta incongruità della pena la richiesta di applicazione di pena concordata ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen. e, subito dopo, l'imputato aveva chiesto procedersi a giudizio abbreviato. Ritenuto, da un lato, che la locuzione "giudizio" contenuta nell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. comprendesse anche il giudizio abbreviato, dall'altra, che il rigetto della richiesta di patteggiamento comportasse una valutazione sul merito della *res iudicanda* idonea a radicare l'incompatibilità del giudice, dichiarava l'illegittimità costituzionale della norma censurata.

L'analogia previsione riguardante il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale di cui all'art. 554-bis cod. proc. pen., che, rigettata la richiesta di applicazione di pena concordata di cui all'art. 444 dello stesso codice, viene investito della richiesta di giudizio abbreviato ai sensi dell'art. 554-ter, comma 2, cod. proc. pen., non è inclusa nel catalogo delle ipotesi di incompatibilità, come ampliato dalle sentenze del giudice delle leggi, e ciò malgrado sussistano tutte le condizioni elaborate dalla Consulta per configurare un'ipotesi di incompatibilità endoprocessuale: a) le preesistenti valutazioni cadano sulla medesima *res iudicanda*; b) il giudice è chiamato a compiere una valutazione (e non abbia avuto semplice conoscenza) di atti anteriormente compiuti, strumentale all'assunzione di una decisione; c) quest'ultima abbia natura non "formale", ma "di contenuto", ovvero comporti valutazioni sul merito dell'ipotesi di accusa; d) la precedente valutazione si collochi in una diversa fase del procedimento.

Invero, il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale ha valutato il merito dell'accusa penale, rigettando la richiesta di patteggiamento per ragioni non meramente formali; con la richiesta di giudizio abbreviato è chiamato

nuovamente a pronunciarsi sul merito dell'accusa penale in una diversa fase del procedimento.

A quest'ultimo riguardo, deve evidenziarsi che, come emerge dall'art. 303, comma 1 b-*bis*) cod. proc. pen., la richiesta di giudizio abbreviato (in particolare, come nella specie, non condizionato) e la relativa ordinanza ammissiva danno luogo ad una diversa fase procedimentale, quella del rito abbreviato, rispetto alla quale decorre un nuovo termine di fase della custodia cautelare (Cass. Sez. U., n. 30200 del 28/04/2011, rv. 250348-01; Cass. Sez. II, n. 9400 del 18/02/2015, rv. 263303-01).

Come per la "simmetrica" situazione del giudice dell'udienza preliminare, anche per il giudice dell'udienza predibattimentale, che abbia rigettato la richiesta di patteggiamento, dovrebbe sussistere incompatibilità a celebrare il giudizio abbreviato.

La mancata previsione di tale ipotesi di incompatibilità fra quelle di cui all'art. 34 comma 2 cod. proc. pen. reca un *vulnus* a tutti i parametri costituzionali invocati, in particolare, anche all'art. 3 Cost., determinando un'irragionevole disparità di trattamento, poiché la predetta norma prevede l'incompatibilità del solo giudice dell'udienza preliminare, che abbia rigettato l'istanza di patteggiamento, a celebrare il giudizio abbreviato, e non anche per il giudice dell'udienza predibattimentale.

Su tali basi, si impone la sospensione del presente giudizio e la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, con tutte le conseguenze di legge.

P.Q.M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 34, comma 2, del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al giudizio abbreviato del giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale che abbia rigettato la richiesta di applicazione di pena concordata di cui all'art. 444 dello stesso codice in relazione agli articoli 3, 24, secondo comma, 111, secondo comma, 117, della Costituzione.

Dispone la sospensione del presente giudizio.

Ordina che, a cura della Cancelleria, la presente ordinanza sia notificata alle parti del giudizio di cassazione, al Presidente del Consiglio dei Ministri.

Ordina, altresì, che l'ordinanza venga comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti, comprensivi della documentazione attestate il perfezionamento delle prescritte notificazioni e comunicazioni, alla Corte costituzionale.

Così deciso il 11 novembre 2025

Il Consigliere estensore

Giuseppe Biondi

Il Presidente

Pierluigi Di Stefano