



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE PENALE

01914-21

Composta da:

GIUSEPPE SANTALUCIA

- Presidente -

Sent. n. sez. 2703/2020

ROSA ANNA SARACENO

CC - 23/10/2020

DANIELE CAPPUCCIO

- Relatore -

R.G.N. 21654/2020

ALESSANDRO CENTONZE

CARLO RENOLDI

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

(omissis)

avverso l'ordinanza del 10/07/2020 della CORTE APPELLO di REGGIO CALABRIA

udita la relazione svolta dal Consigliere DANIELE CAPPUCCIO;
lette le conclusioni del PG, il quale ha chiesto il rigetto del ricorso;

01

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 10 luglio 2020 la Corte di appello di Reggio Calabria ha dichiarato l'inammissibilità della dichiarazione di ricusazione del dott. (omissis) (omissis), Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Reggio Calabria, presentata da (omissis) .

Ha, in proposito, ritenuto la tardività della dichiarazione, proposta oltre il termine, fissato dall'art. 38, comma 2, cod. proc. pen., di tre giorni dalla conoscenza, da parte dell'imputato, della causa di ricusazione.

2. (omissis) propone, con l'assistenza dell'avv. (omissis) , ricorso per cassazione affidato ad un unico motivo, con il quale deduce violazione della legge processuale per avere la Corte di appello computato, ai fini della verifica del rispetto del termine di legge, il periodo intercorrente tra il giorno in cui, avendo egli invitato il Giudice dell'udienza preliminare a valutare l'opportunità di formalizzare la propria astensione, il medesimo giudice aveva riservato le proprie determinazioni e, quello nel quale fu comunicata la decisione, intervenuta a scioglimento della riserva, di non raccogliere la sollecitazione della parte.

3. Il Procuratore generale ha chiesto, con requisitoria scritta, il rigetto del ricorso. D

4. Il ricorrente ha tempestivamente depositato memoria di replica alla requisitoria del Procuratore generale.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato e merita, pertanto, accoglimento.

2. Esercitata l'azione penale nei confronti, tra gli altri, di (omissis) , il suo difensore, all'udienza preliminare del 22 maggio 2020, invitò il Giudice dell'udienza preliminare, dott. (omissis) , a valutare l'opportunità di astenersi dalla trattazione del procedimento per essere stato egli componente del Collegio che aveva, nella fase cautelare, emesso un'ordinanza, già allegata al fascicolo di causa, concernente altro indagato ma contenente valutazioni estensibili alla posizione di (omissis) .

Il giudice, si legge nel verbale dell'udienza del 22 maggio 2020, non raccolse la sollecitazione, che si riservò di valutare, e ricordò che «le parti hanno la

facoltà di proporre dichiarazione di ricusazione nelle forme e nei termini previsti».

All'udienza del 16 giugno 2020, immediatamente successiva a quella del 22 maggio 2020, il Giudice dell'udienza preliminare pronunciò, «a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 22 maggio u.s.», ordinanza con la quale espose di non ritenere la sussistenza delle condizioni per l'astensione.

(omissis), subito dopo, propose, rendendo dichiarazioni spontanee, «dichiarazione di ricusazione del giudice conferendo procura speciale all'avv. (omissis)».

Il 19 giugno 2020, infine, l'istanza di ricusazione venne depositata in Cancelleria.

3. L'indicazione della successione cronologica degli eventi di interesse consente di enucleare il profilo controverso, che attiene alla decorrenza dei termini previsti dall'art. 38, commi 1 e 2, cod. proc. pen. nel caso in cui il giudice, esortato ad astenersi, abbia riservato le proprie determinazioni.

La questione è, in certa misura, affine a quella risolta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 36847 del 26/06/2014, Della Gatta, relativa all'ipotesi in cui il giudice abbia raccolto l'invito della parte ad astenersi, per la quale il massimo organo nomofilattico ha stabilito (Rv. 260095) che «I termini per la formalizzazione della dichiarazione di ricusazione ... [...] ...non decorrono fino a quando non sia nota la decisione di rigetto della dichiarazione di astensione, potendosi configurare in capo alla parte una legittima aspettativa a vedere riconosciuta la situazione di pregiudizio alla imparzialità e serenità di giudizio da essa segnalata».

Nella motivazione della sentenza richiamata, le Sezioni Unite — premesso che una giurisprudenza sino ad allora consolidata escludeva che il difensore possa «attendere» l'esito della procedura di astensione prima di presentare la dichiarazione di ricusazione (v. tra le altre Sez. 6, n. 49080 del 03/12/2013, Pagnotta, Rv. 258364; Sez. 5, n. 33422 del 26/06/2008, Scaramucci, Rv. 241385; Sez. 2, n. 9166 del 19/02/2008, Farruggio, Rv. 239553; Sez. 4, n. 2057 del 29/08/1996, Costa, Rv. 206105) — hanno, tuttavia, affermato che «se è vero in via generale che il termine per la dichiarazione di ricusazione decorre autonomamente, e non è collegato al rigetto della dichiarazione di astensione, diversamente è da dire nel caso in cui il giudice sia stato invitato ad astenersi dalla stessa parte e, accogliendo tale invito, abbia formulato la dichiarazione di astensione. In detta ipotesi, infatti, l'iniziativa del giudice che recepisca la sollecitazione della parte determina in capo a questa una legittima aspettativa a vedere riconosciuta la situazione di pregiudizio alla imparzialità e serenità del

giudizio: imporre alla parte di affiancare un'autonoma dichiarazione di ricusazione alla dichiarazione di astensione, fondata sulle stesse ragioni, comporterebbe non solo un appesantimento procedurale ma anche l'adozione di una incongrua iniziativa "antagonista" rispetto a un giudice che si è invece mostrato sensibile alle ragioni prospettate dalla parte circa la sussistenza di una delle ipotesi di cui all'art. 36 cod. proc. pen. (in tali termini, Sez. 6, n. 3853 del 11/04/2002, Arnone, n.m. sul punto)».

Sotto altro, connesso aspetto, le Sezioni Unite (Rv. 260096) hanno interpretato l'art. 38, comma 2, secondo periodo, cod. proc. pen., a norma del quale se la causa di ricusazione sia divenuta nota nel corso della udienza la dichiarazione di ricusazione deve essere proposta in ogni caso «prima del termine della udienza», nel senso che «non potendo essere imposto alla parte di abbandonare l'udienza per presentare la dichiarazione di ricusazione nella cancelleria competente (v. Sez. 1, n. 8247 del 06/02/2008, Bontempo, Rv. 239045), è solo onere della stessa di formulare in udienza la dichiarazione di ricusazione, con riserva di formalizzare tale dichiarazione nel termine di tre giorni previsto dall'art. 38 comma 2, primo periodo, cod. proc. pen. (in questo senso, Sez. 4, n. 11072 del 15/01/2013, Gravina, n.m.; Sez. 2, n. 46310 del 23/11/2011, Maniglia, Rv. 251531; Sez. 5, n. 26994 del 26/05/2009, Bontempo, Rv. 244483)».

4. Nel caso in esame, la Corte di appello ha sancito la tardività della dichiarazione di ricusazione sul rilievo dell'impossibilità di assimilare la situazione concretamente verificatasi, connotata dal fatto che il Giudice dell'udienza preliminare non aveva recepito il pungolo all'astensione, a quella vagliata dalle Sezioni Unite, nella quale la formulazione, da parte del magistrato, di dichiarazione di astensione aveva fondato nella parte un'aspettativa che, nella fattispecie, era, al contrario, insussistente.

Ha, pertanto, ritenuto che la parte avrebbe dovuto presentare l'istanza di ricusazione entro tre giorni dall'udienza del 22 giugno 2020 e, considerato che l'adempimento era stato espletato solo il 19 giugno 2020, ne ha sancito l'inammissibilità per tardività.

5. Il Collegio dissente dall'interpretazione operata dai giudici calabresi, dovendosi apprezzare, nella vicenda, il consolidamento, in capo alla parte, di una legittima aspettativa derivata dall'avvio, su impulso del magistrato interessato, del procedimento finalizzato all'astensione.

Anche in questo caso, invero, così come in quello esaminato dalle Sezioni Unite, si muove dallo stimolo, rivolto dalla parte al giudice con istanza espressa

ma non rispondente ad uno dei modelli descritti dal codice di rito — che non contempla tale eventualità, rimessa al libero dispiegarsi della dialettica processuale — finalizzato a consentirgli di valutare l'esistenza di ragioni tali da imporre la sua astensione dal procedimento.

Ora, se l'eventuale, immediato rigetto dell'invito pone, con ogni evidenza, la parte davanti ad una situazione di assoluto nitore, l'indicazione dell'impossibilità di rispondere e della correlata necessità di fruire di uno spazio di approfondimento e riflessione, in cui può ragionevolmente tradursi la riserva di provvedere, costituisce, al contrario, indice della sensibilità del giudice alle ragioni prospettate dalla parte circa la sussistenza di una delle ipotesi di cui all'art. 36 cod. proc. pen. che, nella prospettiva delle Sezioni Unite, rende incongruo il parallelo avvio dell'*iter* inteso alla ricusazione.

In un caso e nell'altro, dunque, si è al cospetto di uno sprone che il giudice mostra, in qualche misura, di considerare, sì da porre la parte in una condizione psicologica che la induce ad attendere le determinazioni del magistrato prima di presentare la dichiarazione di ricusazione, *id est* di rendersi autrice di una iniziativa che, per quanto espressione dell'ordinaria fisiologia processuale, evoca, comunque, una dinamica latamente conflittuale.

In altri termini, il fatto che il giudice abbia riservato la risposta all'esortazione difensiva induce la convinzione che egli abbia considerato la possibilità di astenersi e, comunque, abbia ritenuto la necessità di valutare gli argomenti esposti dall'imputato e dalla sua difesa, ciò che ben può aver fondato un'aspettativa in ^(omissis) il quale, a quel punto, ha atteso che il giudice si esprimesse *causa cognita* prima di formalizzare la dichiarazione di ricusazione.

Né può dirsi, quantomeno con il prescritto coefficiente di certezza, che il dott. ^(omissis), nel sottolineare che le parti avrebbero potuto presentare rituale dichiarazione di ricusazione, abbia inteso porre l'accento sulla decorrenza del termine di legge, ciò che, diversamente, avrebbe potuto dirsi qualora egli avesse espressamente disatteso, quantomeno allo stato, l'invito ad astenersi, facendo salva la possibilità di tornare sulla decisione *re melius perpensa*, invece di posporre, come ha fatto, la decisione.

A fronte, d'altro canto, dell'obiezione che verte sulla differenza tra il caso in esame e quello al quale si riferisce il pronunciamento delle Sezioni Unite, riferito ad una vicenda in cui il giudice aveva adottato uno dei provvedimenti previsti dal codice, ovvero la dichiarazione di astensione ex art. 36, comma 3, cod. proc. pen., deve replicarsi come, anche in quella ipotesi, l'iniziativa del giudice non rispose appieno alle aspettative della parte, destinate ad essere frustrate nel caso in cui il dirigente dell'ufficio non avesse accolto la dichiarazione di astensione.

6. L'esegesi qui proposta è stata, del resto, già avallata dalla giurisprudenza di legittimità con la sentenza della Sez. 3, n. 38692 del 11/07/2017, Sabatini, non massimata, ove è stato chiarito che il principio di diritto affermato dalla sentenza Della Gatta è sostenuto da una motivazione *in toto* adattabile all'ipotesi in cui il giudice, pungolato dalla parte, riservi la decisione sul punto, rinviando il processo ad altra data.

Nella menzionata decisione, che il Collegio condivide, è stato, in particolare, rilevato che «quell'"appesantimento procedurale" che le Sezioni Unite tendono ad evitare si sarebbe di certo verificato qualora - a fronte della decisione del Giudice di rinviare il processo ad altra data, preliminarmente, proprio per decidere in ordine all'invito ad astenersi - si fosse comunque onerata la parte di proporre una contestuale e "parallela" dichiarazione di ricusazione, avente il medesimo oggetto, che avrebbe così avviato il procedimento incidentale ex artt. 38 e ss. cod. proc. pen., con il palese rischio - in caso di accoglimento dell'invito citato - di una duplicità di procedure "antagoniste", suscettibili di eventuale composizione solo ai sensi dell'art. 39 cod. proc. pen. (a mente del quale la dichiarazione di ricusazione si considera come non proposta quando il giudice, anche successivamente ad essa, dichiara di astenersi e l'astensione è accolta). Risulta, pertanto, corretta e rituale la decisione dell'imputato di attendere lo scioglimento della riserva assunta dal magistrato - si ribadisce, in via preliminare e nel pieno rispetto dell'art. 491, comma 1, cod. proc. pen. - proponendo poi la dichiarazione ex art. 38, comma 1, nel primo momento utile - parimenti rispettoso del termine perentorio appena citato - ossia alla comunicazione della decisione (negativa) del giudice in ordine all'invito ad astenersi».

7. Per completezza, va, da ultimo, rilevato che la dichiarazione effettuata da (omissis) all'udienza del 16 giugno 2020, seguita dalla presentazione dell'istanza, ad opera del difensore e procuratore speciale, entro i successivi tre giorni, assicura la tempestiva promozione del procedimento di ricusazione, avendo, secondo quanto sopra già esposto, la giurisprudenza di legittimità da tempo chiarito che la parte è gravata dal solo onere di formulare in udienza la dichiarazione di ricusazione, con riserva di formalizzare tale dichiarazione nel termine di tre giorni previsto dall'art. 38 comma 2, primo periodo, cod. proc. pen. (Sez. U, n. 36847 del 26/06/2014, Della Gatta, Rv. 260096; Sez. 2, n. 46310 del 23/11/2011, Maniglia, Rv. 251531; Sez. 5, n. 26994 del 26/05/2009, Bontempo, Rv. 244483).

7. Dalle superiori considerazioni discende che la Corte di appello non avrebbe dovuto dichiarare inammissibile per tardività l'istanza, che pertanto dovrà essere esaminata nel merito.

Il provvedimento impugnato va, in conclusione, annullato con rinvio.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata con rinvio per nuovo giudizio alla Corte di appello di Reggio Calabria.

Così deciso il 23/10/2020.

Il Consigliere estensore

Daniele Cappuccio

Il Presidente

Giuseppe Santalucia

