

## QUESTIONI APERTE

---

### Imparzialità del giudice

#### La decisione

**Richiesta di decreto penale di condanna - Rigetto - Richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto - Opposizione - Incompatibilità del medesimo giudice persona fisica - Omessa previsione - Principio di imparzialità - Illegittimità costituzionale.**

*L'art. 34, co. 2, c.p.p. è costituzionalmente illegittimo «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità, a decidere sull'opposizione all'archiviazione per particolare tenuità del fatto, del giudice persona fisica che abbia rigettato la richiesta di decreto penale di condanna, ritenendo sussistere la suddetta causa di esclusione della punibilità».*

CORTE COSTITUZIONALE, 23 maggio 2024 (5 marzo 2024), n. 93 - BARBERA, Presidente - MODUGNO, Redattore.

#### Incompatibilità del giudice e valutazione di particolare tenuità del fatto

Lo scritto analizza il contenuto della sentenza additiva e ripercorre il contesto giurisprudenziale in cui si inserisce la soluzione adottata dalla Corte costituzionale, con particolare riferimento alle indicazioni provenienti dalla Corte europea in tema di imparzialità.

*Impartiality of the judge and application of the cause of non-punishment provided by the art. 131-bis penal code.*

*The paper analyzes the sentence and the state of the art about the principle of impartiality, also considering the jurisprudence of ECHR.*

**SOMMARIO.** 1. Introduzione. - 2. Le ragioni della questione di legittimità costituzionale. - 3. I termini normativi e giurisprudenziali del principio di imparzialità. - 4. Valutazione dell'esimente e neutralità di giudizio. - 5. In prospettiva.

1. *Introduzione.* La recente riforma del processo penale, attuata col d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 e migliorata col d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31, è stata ispirata da un'esigenza di maggiore celerità della giustizia penale e di riduzione del carico pendente presso gli uffici giudiziari.

Ciò nonostante, essa ha avuto un impatto sui principi fondamentali del processo, tra cui anche la regola dell'imparzialità.

La materia, pur non essendo stata oggetto di modifica, ha subito delle conseguenze almeno in due direzioni.

In negativo, nella misura in cui la riscrittura di ampie parti del codice non ha rappresentato l'occasione per apportare un correttivo a tematiche sospese, come l'aggiornamento dei casi di incompatibilità o, in generale, una formula-

zione più moderna della disciplina di cui agli artt. 34 ss. c.p.p. che sia maggiormente in linea con le nuove sensibilità giurisprudenziali - costituzionale e di legittimità - sulla centralità del principio di imparzialità.

Lo dimostrano, sotto questo punto di vista, i numerosi interventi della Corte costituzionale sul tema, che a partire dalla decisione n. 283 del 2000 ha delineato un nuovo corso del sistema, sganciato dalla casistica per “tipi” di decisione pregiudicante e legato alla regola generale per cui il giudice che ha espresso una valutazione di merito sullo stesso fatto, persino se in un procedimento non penale, non può accertare la responsabilità della stessa persona<sup>1</sup>. In positivo, le conseguenze si apprezzano anche sugli istituti di nuova introduzione, laddove possono determinare alcuni problemi di coordinamento con la regola del giudizio neutrale.

Il problema si è posto, di recente, in relazione all’istituto dell’udienza di comparizione predibattimentale, modulo di nuova introduzione con funzione di filtro nei procedimenti a citazione diretta.

In assenza delle condizioni per pronunciare la sentenza di non luogo a procedere o per passare a un rito speciale, viene fissata l’udienza di prosecuzione del giudizio davanti ad un giudice diverso. Non essendo stato previsto espressamente un caso di incompatibilità quando la regola della diversità soggettiva non viene rispettata, è stato sollevato il dubbio di costituzionalità dell’art. 34, co. 2, c.p.p. finalizzato ad ottenere una pronuncia additiva<sup>2</sup>.

A fronte di queste brevi osservazioni generali, la decisione in commento è di particolare importanza in quanto conferma la tendenza interpretativa della Corte nei confronti del principio di imparzialità e consente di prefigurare i possibili scenari che altre disposizioni del codice possono aprire sul fronte della neutralità, se del caso anche in relazione ai nuovi istituti introdotti dalla legislazione recente.

*2. Le ragioni della questione di legittimità costituzionale.* All’attenzione della Corte l’ordinanza di remissione ha posto un problema di compatibilità del giudice per le indagini preliminari che si è pronunciato, rigettandola, sulla richiesta di decreto penale di condanna.

---

<sup>1</sup> Corte cost., n. 283 del 2000.

<sup>2</sup> Trib. Siena, ord. 14 febbraio 2024, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), col commento di NATALE, *Giudice predibattimentale e giudice del dibattimento: quali rimedi in caso di mancata osservanza della regola della diversità del giudice? La parola alla Consulta*.

Nel caso di specie, il giudicante escludeva l'adozione del decreto ritenendo sussistenti i presupposti per l'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p.

A fronte del rigetto, il pubblico ministero, aderendo alla prospettazione del g.i.p., ha formulato la richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, mentre la persona offesa si è opposta all'archiviazione.

La decisione sull'opposizione viene assegnata allo stesso G.i.p. persona fisica e questi, a fronte della mancata autorizzazione all'astensione, promuove l'incidente di legittimità costituzionale suggerendo una pronuncia additiva dell'art. 34, co. 2, c.p.p. laddove non prevede questa ipotesi di incompatibilità, per contrasto con gli artt. 3, 24 co. 2, 111 co. 2 e 117, co. 1, Cost.

Il cuore centrale dell'obiezione di costituzionalità risiede nel fatto che il G.i.p., avendo respinto la domanda di decreto penale per particolare tenuità, ha espresso un giudizio di merito sulla fondatezza dell'accusa, in quanto la configurazione di questa causa di non punibilità presuppone, com'è noto, un giudizio di sussistenza del fatto tipico e antigiuridico, essendo il controllo di tenuità dell'offesa possibile solo quando non si escluda a monte la rilevanza penale della condotta.

Una valutazione preliminare di responsabilità che incide sul controllo a fronte della richiesta di archiviazione per la causa di non punibilità, avendo il G.i.p. già manifestato il proprio convincimento sulla stessa reg Giudicanda, prima in vista dell'esercizio dell'azione penale mediante decreto penale e, in un secondo momento, in sede di controllo sull'autorizzazione al non esercizio dell'azione.

L'ordinanza di remissione osserva che la decisione sull'opposizione rischia di essere condizionata dalla «forza della prevenzione» che esprime la prima valutazione sul fatto oggetto del giudizio, condizionando la neutralità di giudizio che è richiesta dalle fonti costituzionali e sovranazionali (artt. 111, co. 2 e 117, co. 1, Cost. in rel. all'art. 6, § 1, CEDU).

Con questi presupposti, il rimettente si interroga sulla sussistenza delle condizioni individuate dalla giurisprudenza costituzionale per riscontrare una violazione del principio di imparzialità nell'ambito dell'incompatibilità orizzontale, cioè quella che deriva dall'aver adottato un provvedimento in una fase precedente e distinta del procedimento penale, suscettibile di ingenerare pregiudizio poiché contiene una valutazione sulla colpevolezza dell'accusato.

Quanto alla decisione del G.i.p. sulla richiesta di adozione del decreto penale di condanna, viene osservato che il giudicante non si limita a verificare se ricorrono dei presupposti di mero rito ma scende nel merito dell'addebito e accoglie la richiesta solo se ritiene sussistente il fatto a carico dell'indagato, sempre che non ricorrano cause di non punibilità.

La decisione, pertanto, attinge al merito e costringe il giudice ad esprimersi sulla colpevolezza, mentre deve pronunciare una sentenza *ex art. 129 c.p.p.* se ravvisa i presupposti per un proscioglimento di merito o in rito.

Di particolare interesse, anche se non ripreso dalle motivazioni di accoglimento della sentenza, il richiamo al principio di imparzialità nei confronti della persona offesa.

Sottolinea l'ordinanza che il giudizio di opposizione deve essere caratterizzato dalla neutralità nel decidere non solo a tutela dell'indagato, ma anche a protezione della persona offesa, che ha un interesse processuale «all'affermazione della responsabilità penale dell'autore del reato, da parte di un giudice imparziale, non influenzato dalle proprie precedenti determinazioni»<sup>3</sup>.

A fronte di ciò, si sostiene l'incostituzionalità per omissione dell'art. 34, co. 2, c.p.p., laddove non impedisce al G.i.p. che ha già rigettato la richiesta di decreto penale, prefigurando un'offesa di particolare tenuità, di celebrare il giudizio di opposizione alla richiesta di archiviazione sempre per particolare tenuità: ciò perché, col primo provvedimento, ha esibito una convinzione di fondatezza dell'accusa, avendo ritenuto sussistente un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, anche se non punibile per modesta offensività.

Prima di esporre le ragioni che hanno portato all'accoglimento della questione di costituzionalità, con riferimento agli artt. 111, co. 2 Cost. e 6 C.E.D.U. (per il tramite dell'art. 117 Cost.), è necessario ripercorrere lo stato dell'arte in materia di imparzialità nell'ordinamento, per cogliere le linee evolutive del sistema e collocare correttamente la decisione in commento, sia rispetto alla giurisprudenza costituzionale che a quella della Corte europea.

3. *I termini normativi e giurisprudenziali del principio di imparzialità*<sup>4</sup>. Nel ripercorrere i precetti costituzionali che regolano la qualità di «*giudice*» (artt.

---

<sup>3</sup> § 1.2 del *Ritenuto in fatto*.

<sup>4</sup> Questo paragrafo riproduce, con minimi aggiustamenti, una parte della Tesi di dottorato discussa dall'Autore nell'Università di Cassino, nell'ambito del Dottorato in "Imprese, Istituzioni e Comportamenti", XXXV ciclo (v. Cap. I, §§ 2, 3 e 4).

25, co. 1, 101, co. 2, 102, 103, co. 3 e 111, co. 2, Cost.), considerati separatamente rispetto ai presidi che riguardano l'ordine della magistratura in generale (artt. 104, 105, 106, 107, 108 Cost.), è possibile cogliere la cifra del percorso evolutivo che ha interessato l'imparzialità.

Prima che l'art. 1, l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 premettesse all'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali la necessità che ogni processo si svolga davanti ad un giudice terzo e imparziale, l'individuazione dei connotati minimali di neutralità del giudicare è stata rimessa all'elaborazione dottrinale e pretoria, che non ha faticato a collocare l'imparzialità sul piano del diritto vivente anche prima della riforma dell'art. 111 Cost.

Ciò è dipeso dalla consapevolezza che, pur nell'iniziale silenzio della Carta fondamentale, l'imparzialità rappresenta un prerequisito della giurisdizione, un suo «*“naturale” imperativo etico e normativo*»<sup>5</sup> dal quale non è possibile prescindere<sup>6</sup>.

Nella ricerca di un fondamento dell'imparzialità non affidato ad una previsione espressa ma, comunque, diffuso nell'ordito costituzionale, vengono in rilievo sia i principi ordinamentali, di disciplina dello statuto del magistrato che svolge l'attività di applicazione del diritto, sia alcuni presidi minimali in tema di diritto alla tutela giurisdizionale e struttura del giudizio.

Vengono in conto alcune previsioni essenziali della Carta costituzionale dalle quali è possibile far discendere il principio inespresso dell'imparzialità.

Il principio di uguaglianza, in prima battuta, è stato richiamato quale fondamento della necessaria neutralità di giudizio<sup>7</sup>: in caso di preventiva cognizione degli atti o di esistenza di legami privati tra il giudicante e i soggetti che ne risultano coinvolti, infatti, si avrebbe una disparità di trattamento tra imputati, nella misura in cui alcuni sarebbero giudicati da magistrati indifferenti rispetto all'oggetto della controversia e altri no.

---

<sup>5</sup> BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, 2.

<sup>6</sup> Già Corte cost., n. 92 del 1962 chiariva: «*indipendenza e imparzialità che, prima ancora di essere scritte in disposizioni particolari della Costituzione, con l'art. 108, riposano nel complesso delle norme costituzionali relative alla Magistratura ed al diritto di difesa*». Cfr. anche DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocedurale del giudice*, Torino, 2000, 14.

<sup>7</sup> In letteratura v., tra gli altri, CELOTTO, *sub art. 3*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, 65; CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. Giur.*, XXXII, Roma, 1994; GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003; PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965.

Sul versante del diritto di difesa dell'art. 24 Cost., inoltre, si osserva che l'esistenza di un conflitto di interessi può rendere non effettiva la tutela giurisdizionale e pregiudicare le prerogative difensive, dal momento che il condizionamento di chi decide potrebbe portare ad una tutela non piena per via del fine soggettivo da cui è mosso il giudice nel caso concreto<sup>8</sup>.

Di particolare peso, inoltre, la previsione di un giudice naturale e precostituito per legge di cui all'art. 25 Cost.<sup>9</sup>, poiché fa emergere il legame essenziale che corre tra la legalità dell'investitura e l'imparzialità di giudizio, essendo addirittura evidente che questa implica, nella sua accezione minimale, quantomeno la distanza dagli interessi delle parti, un'indifferenza che solo il rispetto

---

<sup>8</sup> Sul diritto di difesa v., in prospettiva generale, CHIAVARIO, *Processo e garanzia della persona*, Milano, 1984, 146; FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. pen.*, III, Torino, 1989, 469.

<sup>9</sup> Lungo corso ha avuto in dottrina e giurisprudenza il dibattito sulla distinzione tra naturalità e precostituzione per legge.

Si discute, segnatamente, sul significato da attribuire al carattere della naturalità, quale connotato autonomo e concettualmente distinto dalla precostituzione oppure, all'opposto, quale componente di un'espressione unitaria ed omnicomprensiva, ad enfatizzare la solennità del principio di legalità in questo ambito.

Sul primo versante, vi è la tesi che coglie nell'uso del connettivo "e" all'interno dell'art. 25, co. 1, Cost., la volontà di individuare un attributo ulteriore e diverso per il giudice individuato facendo applicazione dei criteri legali entrati in vigore prima del fatto addebitato. Si osserva, in questa direzione, che la *reductio ad unum* si risolve in una interpretazione abrogante del disposto costituzionale, con la quale diventa sostanzialmente inutile la specificazione della naturalità o, al più, un'enfatizzazione politica del concetto giuridico di precostituzione.

Per tale ragione, una parte della dottrina ritiene che l'aggettivo "naturale" sia dotato di autonomia e aggiuntiva portata precettiva (DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 11 e ss.; UBERTIS, *La naturalità del giudice e valori socioculturali della giurisdizione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, 1062, che critica lo svilimento del requisito della naturalità; SOMMA, *Naturalità e precostituzione del giudice nell'evoluzione del concetto di legge*, *ivi*, 1963, 797 ss., in particolare 828; SABATINI, *La competenza surrogatoria e il principio del giudice naturale nel processo penale*, *ivi*, 1962, 941 ss.; PIZZORUSSO, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, 1 ss.).

Sul versante opposto la giurisprudenza costituzionale (Corte cost., n. 29 del 1958, in *Giur. cost.*, 1958, 124, per cui «la locuzione "giudice naturale" è dallo stesso art. 25 definita come corrispondente a quella di "giudice precostituito per legge"; n. 88 del 1962, *ivi*, 966; n. 125 del 1977; n. 164 del 1983; n. 80 del 1988; n. 460 del 1994), col conforto di una parte della dottrina (cfr. ARCONZO, *Art. 25, co. 1*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Milano, 2006, 530 e i rif. *ivi* citati alle posizioni di BIONDI, PISANI, PIZZORUSSO, ROMBOLI, ZANON), ritiene che la naturalità non aggiunga un significato ulteriore a quello già riconducibile alla precostituzione, con un orientamento per il vero risalente e bisognoso di revisione critica, anche considerando le profonde trasformazioni che l'ordinamento ha subito sui contenuti e sulle finalità a cui risponde il giudice idoneo in concreto, quale categoria distinta dai connotati imposti sul piano della predeterminazione legale della competenza e dell'indipendenza e imparzialità.

dei criteri legali di assegnazione del fascicolo è in grado di assicurare; salvo poi verificare se la casuale assegnazione ha portato ad investire, nella vicenda concreta, un magistrato compatibile<sup>10</sup>.

Nella medesima prospettiva, anche il principio di irretroattività sfavorevole della legge penale gioca un ruolo importante nella definizione di un aspetto dell'imparzialità.

Si osserva, segnatamente, che tale garanzia svolge la funzione precipua di assicurare la calcolabilità del rischio penale, mettendo al riparo l'agente da imputazioni retrospettive, cioè effettuate sulla base di norme incriminatrici entrate in vigore successivamente alla sua condotta.

In questa prospettiva, il soggetto deve poter discernere la potenziale rilevanza penale della sua azione prima della decisione di compierla materialmente, al fine di poter conoscere se essa si collocherà all'interno dell'area del penalmente irrilevante e, dunque, determinarsi di conseguenza, il che rappresenta l'essenza del principio di libertà in materia penale.

Tale esigenza di calcolabilità e prevedibilità, prima del compimento dell'azione, è per certi versi analoga a quella che dà fondamento alla predeeterminazione per legge e, dunque, all'imparzialità, sia pure applicata al processo e non al precetto.

Solo individuando il giudicante in applicazione di regole generali e preesistenti rispetto al provvedimento di assegnazione del fascicolo, infatti, si assicura che quel decisore, oltre ad essere precostituito in base alla legge, sia allo stes-

---

<sup>10</sup> Sul giudice naturale e precostituito e sul presidio che tale assetto è in grado di offrire all'imparzialità v., con varietà di accenti, ARCONZO, *sub. art. 25, co. 1, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, cit., 526; CONSO, *La rimessione dei procedimenti riguardanti magistrati e la garanzia del giudice precostituito per legge*, in *Giur. cost.*, 1963, 860; CORDERO, "Commissione e giudice naturale", in *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*, Milano, 1976, 54; DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, Padova, 1991, 100 ss., per il quale la regola del giudice naturale è il mezzo per raggiungere il fine dell'imparzialità; NOBILI, *sub. art. 25 Cost.*, in *Commentario Branca*, Bologna-Roma, 1981, 135; PISANI, *La garanzia del «giudice naturale» nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 414; ID., *Giurisdizione penale*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 386; PIZZORUSSO, *Giudice naturale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 1 ss.; RICCIO, *Naturalità e precostituzione del giudice nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di G. Vassalli, Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, 1945-1990*, II, Milano, 1991, 158; RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1966, 56 ss., che fa riferimento ad una possibile assimilazione dei concetti di naturalità e terzietà, da questo punto di vista; ROMBOLI, *Il giudice naturale*, Milano, 1981, 124; ID., *Giudice naturale*, in *Enc. dir.*, Agg., Milano, 1998, 365; SPANGHER, *La rimessione dei procedimenti*, Milano, 1984, 229 ss.; TAORMINA, *Giudice naturale e processo penale*, Roma, 1972; TRANCHINA, *I soggetti*, in Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 1994, 65.

so tempo neutrale rispetto alla controversia, salvo l'accertamento successivo di un conflitto di interessi che coinvolge il magistrato in questione.

L'imparzialità, da questo punto di vista, verrebbe compromessa, quantomeno nella sua dimensione "apparente", da ogni assegnazione postuma, vale a dire effettuata sulla base di regole entrate in vigore dopo il fatto ascritto all'agente: viceversa, la scelta del giudice avvenuta mediante delle norme preesistenti alla sua condotta contribuisce ad assicurare la calcolabilità del giudice competente e, di riflesso, corrobora il giudizio di imparzialità dell'assegnatario.

In questi termini, dunque, il divieto di retroattività sfavorevole, afferente al piano sostanziale, muove da un'esigenza di prevedibilità del rischio che, sul versante processuale, si rinviene in termini analoghi, con riguardo alla necessità di poter predeterminare, sulla base delle regole già in vigore al tempo della condotta, il giudice competente e, dunque, quello meglio in grado di apparire imparziale, perché non scelto *ex post*<sup>11</sup>.

Ancora, occorre richiamare la presunzione di non colpevolezza dell'art. 27, co. 2, Cost. quale principio che già la dottrina collegava ai doveri d'imparzialità del giudicante<sup>12</sup> e che ha trovato preciso conforto anche nella giurisprudenza europea<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Su questo specifico profilo, è stato segnalato che la regola di cui all'art. 25, co. 1, Cost. tutela, allo stesso tempo, l'interesse del cittadino a non vedersi sottrarre il giudice individuato dalla legge, prima del fatto che ha commesso, e quello dell'organo giudiziario a che i procedimenti, assegnati secondo i criteri generali, non gli siano sottratti con provvedimenti *ad hoc* o con leggi retroattive. Così SPANGHER, *La rimessione dei procedimenti*, cit., 267; in senso analogo, ROMBOLI, *Il giudice naturale*, cit.

<sup>12</sup> DOMINIONI, *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985. Sull'istituto in parola, v. in prospettiva generale DI CHIARA, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in FIANDACA - DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 314; DOMINIONI, *sub art. 27, co. 2, Cost.*, in *Commentario Branca*, 1981; FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, 133; CHIARA, *Presunzione di innocenza, presunzione di non colpevolezza e formula dubitativa anche alla luce degli interventi della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, 72, con particolare attenzione al processo di formazione della norma in Assemblea costituente; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979; MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 311; NOBILI, *Spunti per un dibattito sull'art. 27 comma 2° della Costituzione*, in *Il Tommaso Natale. Scritti in memoria di Girolamo Bellavista*, II, 1978, 832; PAULESU, *La presunzione di innocenza, tra realtà processuale e dinamiche extraprocessuali*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo, Kostoris, Torino, 2008, 125; ID., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008; PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 686. Da ultimo, v. il D. lgs. 8 novembre 2021, n. 188, attuativo della

Il divieto di considerare colpevole l'accusato fino all'irrevocabilità del verdetto di condanna, pur avendo un ruolo primario soprattutto sul terreno della formazione della prova e dell'orientamento accusatorio del giudizio, spiega effetti anche su quello della neutralità di giudizio, dove impone al giudice di formare il proprio convincimento di responsabilità soltanto a partire dal materiale probatorio legalmente formato.

In altri termini, presumere non colpevole l'imputato contribuisce ad assicurare che la sua colpevolezza, se del caso, emerga dall'istruttoria dibattimentale e non anche da presunzioni di sorta, poste dal legislatore nel riparto del carico probatorio oppure coltivate dal giudicante.

Emerge, allora, che l'obbligo di dimostrazione puntuale della condotta di cui all'imputazione è incompatibile con qualsiasi atteggiamento parziale del giudice, con riferimento al caso in cui dal fatto generatore dell'inidoneità in concreto discenda un convincimento preconcepito di responsabilità, maturato sul piano delle vicende personali.

Un secondo ordine di argomenti a sostegno della natura implicita della previsione di imparzialità nella Costituzione, che opera come una condizione naturale di esistenza della funzione di *ius dicere*, coinvolge le disposizioni sull'ordinamento giudiziario.

Può essere osservato che l'imparzialità, intesa come qualità necessaria e parametro di controllo dell'esercizio della funzione decisoria, è legata a filo doppio alle previsioni di esclusiva soggezione alla legge del giudice, di autonomia e di indipendenza della magistratura.

In questa direzione, infatti, l'inaffidabilità e la dipendenza dalla sola legge, all'atto della decisione, rendono il giudice fisiologicamente insensibile ai condizionamenti che possono provenire dall'esterno, come nel caso in cui altri poteri dello Stato intendano ingerire nell'esercizio della funzione (artt. 101, co. 1 e 2, 104, co. 1, 105, 107, co. 1, Cost.)<sup>14</sup>.

Accanto alla previsione di sottoposizione alla legge, che è legata al compito del giudicare, rileva la riserva di legge tanto per l'esercizio della funzione quanto per la disciplina dell'ordinamento giudiziario, rinforzata dal divieto di

---

Direttiva (UE) 2016/343 in tema di tutela dell'indagato nel suo diritto ad essere presunto innocente, con particolare riguardo alla c.d. giustizia mediatica.

<sup>13</sup> Su cui v. *infra*, par. 4.1.

<sup>14</sup> Cfr. MAZZA, *Indipendenza ed imparzialità del giudice*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale. Protagonisti e comprimari del processo penale*, diretta da Chiavario, Marzaduri, Torino, 1995, 35.

istituire nuovi giudici speciali e dal fine di assicurare, per quelli esistenti, l'indipendenza (art. 108, co. 2, Cost.)<sup>15</sup>.

I Costituenti, dunque, hanno perseguito la finalità ultima dell'imparzialità della decisione operando su differenti piani di lavoro: quello delle condizioni di esercizio della funzione di giudicare, asservita alla sola legge; quello delle caratteristiche dell'ordinamento giudiziario, coperto da riserva di legge e arricchito da disposizioni direttamente previste dalla Carta fondamentale, circa la composizione e il funzionamento dell'organo di autogoverno; quello dello statuto di disciplina dell'ufficio del magistrato, che viene direttamente regolato per taluni aspetti relativi alla nomina e all'inamovibilità.

Hanno previsto, infine, che la magistratura nel suo complesso rappresenta un ordine autonomo e indipendente dagli altri poteri, con una norma di chiusura che rafforza una conclusione già corroborata dalle altre previsioni del Titolo IV.

Sempre sul piano istituzionale, la letteratura sul tema fa riferimento anche alla disposizione dell'art. 112 Cost., per cui il p.m. ha l'obbligo di esercitare l'azione penale<sup>16</sup> a fronte della notizia di reato: tale previsione, infatti, rileva

---

<sup>15</sup> Sul punto, la dottrina tradizionale ha segnalato che, offrendo tutela alla funzione, è stata implicitamente assicurata tutela l'imparzialità. Cfr. ANDRIOLI, *Le giurisdizioni speciali nella Repubblica*, in *Le giurisdizioni speciali amministrative*, Milano, 1956, 13; BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, 237; CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 651; DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, cit., 16 e ss.; SCOCA, *Indipendenza del giudice tributario e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1964, 1075.

<sup>16</sup> La scelta del legislatore di affidare al giudice il controllo sull'inazione del pubblico ministero ha fatto nascere un ampio dibattito sulla correttezza sostanziale di tale impostazione. È possibile individuare una prima categoria di opinioni critiche rispetto a tale opzione, le quali segnalano che la previsione di un sindacato giurisdizionale, sia pure mossa dalla preoccupazione di assicurare l'effettività del obbligo di esercitare l'azione penale, introduce un marcato fattore di condizionamento nel sistema, anche in grado di condizionare il carattere accusatorio del processo (cfr. CARULLI, *Dell'archiviazione e delle prove nel nuovo codice di procedura penale*, Napoli, 1989, 23; FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 1993, 106; GIARDA, *Ricordo del giudice inquirente o esigenze di simmetria sistematica?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1166; SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, 199; TRANCHINA, *Nostalgie inquisitorie nel "sistema accusatorio" del nuovo codice di procedura penale*, in *Leg. pen.*, 1989, 391, per cui «allorquando un sistema processuale, sia pure per realizzare esigenze di maggiore garanzia, attribuisce al Giudice compiti che naturalmente devono essere assegnati alle parti, si determina un inequivocabile orientamento del processo verso schemi inquisitori»; ZAPPALÀ, *Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari*, in *Le nuove disposizioni sul processo penale*, a cura di Gaito, Padova, 1989, 63). In senso contrario, invece, altra parte della dottrina segnala come il controllo giurisdizionale sia un corollario necessario ed inevitabile della tesi dell'obbligatorietà dell'azione penale, segnalando, anzi, che solo in tal modo la previsione guadagna concretezza (v. GREVI, *Archiviazione per inidoneità probatoria ed obbligatorietà dell'azione penale*, in

da due punti di vista, poiché presuppone una precisa distinzione di funzioni, tra chi è chiamato alla decisione e chi invece muove l'accusa e, in secondo luogo, pone la regola che il requirente è il titolare esclusivo del potere di azione in materia penale, recependo il principio del *ne procedat iudex ex officio*<sup>17</sup>.

Dal quadro complessivo emerge la sicura riconducibilità alla Costituzione della regola dell'imparzialità del giudice, che deve caratterizzare ogni manifestazione dell'esercizio della funzione perché attraverso di essa si inverano altri principi fondamentali, attinenti talvolta al funzionamento del sistema e al riparto di poteri, talaltra ai diritti soggettivi dell'accusato.

La centralità dell'imparzialità emerge, d'altronde, già in epoca successiva all'adozione del codice di matrice accusatoria, che contribuisce all'aumento della sensibilità degli operatori nei confronti della neutralità di giudizio, in un contesto rinnovato in cui il processo è il luogo di tutela dei diritti soggettivi dell'accusato, piuttosto che una mera forma di manifestazione del potere punitivo dello Stato, rispetto al quale il giudice non è asservito ma, anzi, svolge una funzione di monitoraggio e controllo<sup>18</sup>.

Di centrale importanza l'evoluzione interpretativa promossa dalla Corte costituzionale a partire dalla fine degli anni Novanta<sup>19</sup> attorno ai valori di terzietà e imparzialità della giurisdizione, riconducibili agli artt. 3, 24 co. 2 e 111, co. 2, Cost.

Da quel momento, diviene particolarmente insistente l'affermazione di un concetto di imparzialità sganciato dalle forme dell'incompatibilità o da altre categorie in grado di diminuirne la portata materiale.

---

*Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1281; NEPPI MODONA, *Art. 112*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, IV, Bologna, 1987, 55, per cui l'intervento del giudice a fronte di una richiesta di archiviazione è «*salvaguardia minima e irrinunciabile*»; ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Conso, Bologna, 1979, 3). Vi è poi una posizione per certi versi intermedia, per cui l'art. 112 Cost. impone di adottare le due soluzioni, opposte ed estreme, dell'esclusione di un qualsivoglia meccanismo di controllo o della previsione di un controllo di tipo gerarchico, mentre il ventaglio di scelte intermedie, tra cui affidare la verifica *de qua* all'organo giurisdizionale, non pone un problema di conformità al precetto costituzionale (CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, 519).

<sup>17</sup> Cfr. DEAN, FONTI, *La giurisdizione penale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, I, *Soggetti e atti*, I, *I soggetti*, a cura di Dean, 1 e ss., in particolare 8-9.

<sup>18</sup> Sul tema v., in particolare, GAFFO, LA ROCCA, *Vent'anni di "giusto processo" e trent'anni di "codice Vassalli": quel (poco) che rimane...*, in *Arch. pen. web*, 2019, 3.

<sup>19</sup> Con la fondamentale sent. n. 131 del 1996.

In questo ambito nasce l'assunto, in seguito destinatario di numerose conferme<sup>20</sup>, per cui ciò che rileva, in prospettiva sostanziale, è l'assenza di un contratto fra il giudice e la regiudicanda che sia in grado di ingenerare nel decisore una forma, anche larvata, di precomprensione della colpevolezza soggettiva.

In precedenza, infatti, il Giudice delle leggi, pur riconoscendo sul piano teorico l'immanenza del principio alla funzione giurisdizionale, sul piano procedurale si era limitato ad affermazioni poco incisive circa la capacità conformativa del canone, che veniva ricondotto a una delle forme d'indipendenza del giudice<sup>21</sup>.

In epoca immediatamente antecedente all'inclusione nella Carta fondamentale della regola del giusto processo nasce, invece, l'esigenza di portare a conseguenza l'assunto teorico dell'imparzialità come nota essenziale di qualunque manifestazione della *iurisdictio*, affermando che è necessario adottare una nozione sostanziale d'imparzialità per lo scrutinio della questione di volta in volta sollevata rispetto ad un certo segmento processuale.

Ciò porta a ritenere che le norme sull'incompatibilità del giudice, derivante da atti compiuti nel procedimento, sono manifestazioni puntuali che possono essere ricondotte ad un canone modale generale, per cui occorre evitare che la decisione sul merito della causa possa essere o apparire condizionata dalla forza della prevenzione – cioè la fisiologica tendenza a mantenere il punto sulla decisione già presa – derivante da valutazioni di sorta a cui il giudice sia stato precedentemente chiamato, rispetto alla medesima *res iudicanda*.

La tesi ha avuto una portata dirompente nel sistema costituzionale, poiché si comincia ad affermare che l'impianto codicistico, al di là dei casi regolati e del principio di tassatività che governa le relative ipotesi di incompatibilità, deve essere in grado di perseguire l'obiettivo, costituzionale e sostanziale, di impedire che chi risulta "contagiato" dall'oggetto della controversia, inteso in senso materiale e non formalistico, possa nuovamente esercitare la funzione nel caso concreto.

A fronte di che, la collocazione del giusto processo nel tessuto costituzionale con la riforma del 2001 non ha rappresentato soltanto la cristallizzazione formale dell'equazione fra giurisdizione e imparzialità che era già sedimentata

---

<sup>20</sup> Tra le tante, a testimonianza dell'assunto, Corte cost., nn. 224 del 2001, 177 del 2010, 153 del 2012 e 183 del 2013.

<sup>21</sup> Corte cost., nn. 93 del 1965 e 128 del 1974.

nella letteratura scientifica, bensì ha costituito la premessa per un'evoluzione maggiore<sup>22</sup>, superando una stagione in cui, in mancanza di un riferimento espresso in Costituzione, l'imparzialità era stata catalogata come implicazione necessaria dello statuto della funzione giurisdizionale o di altri principi collaterali<sup>23</sup>.

È stato illustrato che la regola dell'imparzialità veniva ricondotta al tessuto costituzionale già prima del collegamento esplicito tra giurisdizione e giusto processo introdotto in sede di revisione dell'art. 111 Cost., la quale ha avuto il merito, piuttosto, di porre l'attenzione sulle conseguenze da trarre nel caso in cui il processo sia stato celebrato da chi era privo di neutralità in concreto.

Il percorso evolutivo che abbiamo tratteggiato ha trovato nuovo impulso in seguito all'adeguamento dell'ordinamento alla Convenzione europea, laddove la rilettura dei limiti della potestà legislativa rispetto agli accordi internazionali sul rispetto dei diritti<sup>24</sup> ha reso vincolanti, per il sistema interno, i caratteri del tribunale indipendente, imparziale e costituito per legge dell'art. 6, § 1, C.E.D.U.

Su questo versante, va subito premesso che il formante sovranazionale fissa uno *standard* di tutela rigoroso, sia rispetto al principio di legalità in fase di costituzione del tribunale che ai doveri di neutralità e indifferenza rispetto alla reg giudicanda, fissando significati in grado di condizionare l'esegesi delle disposizioni di cui agli artt. 25, co. 1 e 111, co. 1 e 2, Cost.

---

<sup>22</sup> È noto che la riforma nasceva, segnatamente, dall'esigenza di allocare, su un piano superiore a quello del codice, i tratti minimali del giusto processo accusatorio immaginato con l'introduzione del codice di rito del 1988, che aveva subito una decisa "virata" nella direzione inquisitoria a seguito di alcune note sentenze della Corte costituzionale (C. Cost., n. 24 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 114; n. 255 del 1992, *ivi*, 1961; n. 361 del 1998, in *Dir. pen. e processo*, 1998, 1493; sul punto v. anche CORDERO, *Procedura penale*, VI ed., Milano, 2001, 1253).

<sup>23</sup> Cfr. ancora DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 20 e ss.

<sup>24</sup> Ciò a partire dalle note sentenze "gemelle", con cui la Consulta ha inaugurato la via della vincolatività diretta dei principi convenzionali per il legislatore e il giudice (Corte cost., nn. 348 e 349 del 2007), salvo contenere, qualche tempo dopo, le notevoli potenzialità espansive di tale assetto, prevedendo che solo le decisioni sovranazionali espressive di un diritto giurisprudenziale consolidato (a Strasburgo) possono fungere da valido parametro interpretativo (n. 49 del 2015).

A fronte di ciò, è interessante notare che, alla luce di alcuni pronunciamenti recenti, la Consulta, pur senza rinnegare frontalmente il contemperamento raggiunto con la sentenza n. 49 del 2015, ha adottato un approccio maggiormente adesivo alla giurisprudenza convenzionale, contenendo nel minimo il previo controllo di vincolatività del precetto proveniente da Strasburgo prima di farne immediata applicazione (v. Corte cost., nn. 24 e 25 del 2019).

Se il rispetto delle esigenze di indipendenza segnalate dal diritto della Convenzione europea sembra agevole e poco problematico, alla luce delle previsioni costituzionali che assicurano separazione tra poteri e introducono presidi volti a scongiurare l'interferenza con la funzione giurisdizionale, l'imparzialità europea, invece, porta con sé maggiori difficoltà di adattamento. S'intende che le garanzie soggettive del magistrato (art. 107 Cost.) e oggettive dell'ordinamento a cui appartiene (art. 104, co. 1 e 105, Cost.), insieme alla riserva di legge in materia di organizzazione del fenomeno giudiziario e al divieto di gerarchia amministrativa sopra il giudicante (artt. 101 e 102, co. 1, Cost.) denotano un giudice collocato in posizione terza rispetto alla controversia, dunque indipendente già dal punto di vista istituzionale e topografico

<sup>25</sup>

Il controllo d'imparzialità del giudicante nel processo, per come configurato a Strasburgo, sembra invece di problematica attuazione alla luce degli istituti processuali a ciò deputati.

È opportuno, allora, appuntare l'attenzione sulla regola dell'imparzialità in prima battuta, per poi segnalare come questa s'inserisce nel quadro complessivo della legale costituzione del giudicante e contribuisce a determinare la tenuta del principio dello Stato di diritto.

Nel prevedere, con l'art. 6, § 1, che l'accusato ha diritto ad un giudice indipendente ed imparziale, la Convenzione pone una nozione particolarmente ampia di imparzialità, che può essere compromessa - è bene anticiparlo subito - anche dall'attività processuale tipica del giudicante, effettuata nell'ambito della formazione e valutazione della prova, laddove è invece consolidato l'assunto, nel nostro ordinamento, che l'attività istruttoria, in assenza di particolari deviazioni comportamentali del magistrato, non genera incompatibilità

<sup>26</sup>

La giurisprudenza europea, in tal modo, fa nascere il problema del potenziale difetto di imparzialità derivante dal contatto col materiale di prova che, a de-

---

<sup>25</sup> Cfr. sul punto MAZZA, *Indipendenza ed imparzialità del giudice*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale. Protagonisti e comprimari del processo penale*, diretta da Chiavario, Marzaduri, Torino, 1995, 35; SPAGNA MUSSO, *Giudice (nozione e principi costituzionali)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 932.

<sup>26</sup> Il problema dell'incompatibilità da contatto col materiale di prova resta aperto pur tenendo in considerazione che la sentenza n. 283 del 2000 della Consulta ha ammesso la ricasazione del giudice che abbia già esercitato la funzione in altro procedimento, anche non penale, nei confronti della stessa persona.

terminate condizioni, è in grado di rendere il decisore non idoneo alla prosecuzione del giudizio.

Secondo il formante sovranazionale, in prospettiva generale, il tribunale deve possedere i requisiti dell'indipendenza e dell'imparzialità.

Ponendosi in linea con una certa lettura del carattere della "terzietà", si sostiene che il tribunale indipendente sia tale per ragioni strutturali e di posizione, cioè considerando la disciplina di accesso alla funzione giudicante, la durata del mandato e, in particolare, l'esistenza di apposite garanzie contro eventuali tentativi di condizionamento provenienti dall'esterno<sup>27</sup>.

Da questo punto di vista, particolare attenzione viene dedicata alla collocazione del magistrato nel sistema, oltre che all'interno dell'ordinamento giudiziario.

Viene in rilievo, infatti, l'esigenza che questi sia effettivamente "solo" nello svolgimento dell'attività di interpretazione ed applicazione del diritto - di cui assicura la preminenza - al caso concreto, tenendo in considerazione sia le influenze di sorta che possono provenire dagli altri poteri dello Stato o dai privati, sia le eventuali indicazioni di tipo gerarchico o direttivo che possono maturare all'interno dell'ordinamento giudiziario.

Quanto a tale secondo aspetto, viene messo in luce che all'atto del giudicare il magistrato deve poter legittimamente disattendere eventuali indicazioni provenienti da colleghi o dal titolare dell'ufficio presso il quale è incardinato, col corollario che un sistema che preveda meccanismi di direzione verticistica dell'attività giudicante svolta all'interno di un ufficio può mettere in cattiva luce l'apparenza di indipendenza di chi decide, il che è già sufficiente, nella lettura rigorosa della giurisprudenza sovranazionale, a rilevare l'infrazione della C.E.D.U.<sup>28</sup>.

Tale elevata sensibilità interpretativa della Corte europea viene però bilanciata osservando che, comunque, per stimolare un controllo di merito sull'assenza di indipendenza o imparzialità, non è sufficiente la mera proposizione di un'istanza in tal senso, ma occorre la puntuale allegazione di elemen-

---

<sup>27</sup> V. Corte E.D.U., 15 settembre 2015, *Tsanova-Gecheva c. Bulgaria*, § 106; Id., 25 febbraio 1997, *Findlay c. Regno Unito*, § 73.

<sup>28</sup> Cfr. sul punto Corte E.D.U., 31 luglio 2012, *Daktaras c. Lituania*, § 36; Id., 22 dicembre 2009, *Parlov-Tkalcic c. Croazia*, § 86; Id., 9 ottobre 2008, *Moiseyev c. Russia*, § 184.

ti che dimostrino la serietà della denuncia d'illegittimità del tribunale investito della trattazione della causa <sup>29</sup>.

Di qui l'affermazione che, in sede di controllo dell'indipendenza del tribunale di cui all'art. 6, § 1, svolgono un ruolo autonomo anche le apparenze e quanto percepito dall'esterno del sistema giudiziario, il che non rappresenta un'esasperazione del concetto, ma una conclusione dovuta alla consapevolezza che, in un ordinamento democratico, deve essere adeguatamente remunerata l'aspettativa di equità ed affidabilità che hanno i consociati nei confronti dei giudici <sup>30</sup>.

La categoria dell'imparzialità viene analizzata dalla giurisprudenza sovranazionale sia sul versante soggettivo, quale disinteresse del magistrato assegnatario, sia su quello oggettivo, afferente alla neutralità di giudizio manifestata dal *panel* dei giudicanti sulla base della gestione dei protocolli di causa, il che rappresenta la maggiore innovazione rispetto al sistema interno.

Sul primo profilo, è necessario che il giudicante non abbia un convincimento preesistente rispetto al materiale di prova disponibile <sup>31</sup>, in senso analogo rispetto a quanto già previsto, in parallelo, dagli artt. 36, co. 1, lett. *c* e 37, co. 1, lett. *a* e *b*, c.p.p. che pure sanzionano la manifestazione di opinioni e convincimenti al di fuori della sede istituzionale, tali da compromettere la sua compatibilità.

Quanto al profilo oggettivo, invece, vengono svolte interessanti considerazioni sulla necessità di una neutralità anche "apparente", che rappresentano l'elemento di novità rispetto alla prospettiva nazionale e fondano, allo stesso tempo, le ragioni di un'interpretazione evolutiva degli istituti processuali posti a presidio del principio.

Viene osservato che il giudicante deve essere imparziale anche da un punto di vista oggettivo, con riguardo al contegno processuale e alla gestione del pro-

---

<sup>29</sup> Cfr. Corte E.D.U., 16 giugno 2020, *George-Lavinu Ghiurău c. Romania*, §§ 65, 66 e 68; Id., 25 febbraio 2020, *Paixão Moreira Sá Fernandes c. Portogallo*, § 87; Id., 4 febbraio 2020, *Alexandru Marian Iancu c. Romania*, §§ 67-73; Id., 15 gennaio 2015, *Dragojević c. Croazia*, §§ 119-122.

<sup>30</sup> Corte E.D.U., 25 settembre 2001, *Sahiner c. Turchia*, § 44.

<sup>31</sup> Così espressamente Corte E.D.U., 4 febbraio 2020, *Alexandru Marian Iancu c. Romania*, § 57; Id., Gr. Cam., 6 novembre 2018, *Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portogallo*, § 144; Id., Gr. Cam., 25 settembre 2018, *Denisov c. Ucraina*, § 61; Id., 15 settembre 2015, *Tsanova-Gecheva c. Bulgaria*, § 106; Id., 25 febbraio 1997, *Findlay c. Regno Unito*, § 73.

cesso, tale da escludere ogni serio dubbio di parzialità che possa sorgere pur a fronte di una condotta del magistrato scevra da condizionamenti personali <sup>32</sup>.

In questa direzione, si prescinde dalla condotta privata del giudicante per guardare all'attività in cui si concreta l'esercizio della funzione nella vicenda di specie, puntando l'osservazione su pregresse attività processuali che mettono a repentaglio l'apparenza d'imparzialità del tribunale, anche se conformi ai rispettivi canoni di valutazione della legittimità <sup>33</sup>.

Anche se affini, i due profili restano ben distinti nel formante sovranazionale, il quale descrive un *test* di tipo soggettivo, volto a verificare la compatibilità soggettiva del magistrato, ed uno di tipo oggettivo, con cui accertare se il tribunale nel suo insieme abbia offerto garanzie sufficienti di neutralità rispetto alla gestione dell'affare penale <sup>34</sup>.

Nell'ambito della verifica di tipo oggettivo, inoltre, può essere preso in considerazione ogni accadimento che possa far sorgere dubbi sull'imparzialità <sup>35</sup>, con attenzione anche al profilo dell'apparenza oggettiva di tale requisito <sup>36</sup>: muovendo da una presunzione di imparzialità di cui gode ogni formazione di giudici, fino a prova contraria, secondo la Corte europea occorre analizzare ciascun pregresso episodio che riesca a falsificare tale presunzione <sup>37</sup> per accertare la tenuta del principio nel caso concreto.

È interessante notare che in questa prospettiva, attenta allo scopo di tutela, vengono in rilievo anche elementi che alla luce della disciplina interna, viceversa, non hanno un peso specifico nello scrutinio di compatibilità, come le violazioni della normativa tabellare relativa all'assegnazione dei fascicoli

---

<sup>32</sup> «All'atto pratico, si tratta di chiedersi se, indipendentemente dalla condotta personale dei giudici, alcuni fatti verificabili autorizzino a sospettare l'imparzialità di questi ultimi. In questo campo, persino le apparenze possono rivelarsi importanti [...]» (così Corte E.D.U., 28 aprile 2009, Savino e altri c. Italia, § 101).

<sup>33</sup> Per verificare, cioè, se il tribunale stesso «e, tra gli altri aspetti, la sua composizione, offra garanzie sufficienti per escludere ogni legittimo dubbio in merito alla sua imparzialità» (Corte E.D.U., Gr. Cam., 15 dicembre 2015, Kyprianou c. Cipro, § 118; Id., Gr. Cam., 15 ottobre 2009, Micallef c. Malta, § 93).

<sup>34</sup> V. in particolare Corte E.D.U., 24 marzo 2009, Poppe c. Paesi Bassi, § 22; Id., 10 agosto 2006, Schwarzenberger c. Germania, § 38; Id., 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, § 56.

<sup>35</sup> Corte E.D.U., 23 novembre 2010, Kriegisch c. Germania; Id., 20 maggio 1998, Gautrin e altri c. Francia; Id., 24 febbraio 1993, Fey c. Austria.

<sup>36</sup> Così Corte E.D.U., Gr. Cam., 15 dicembre 2015, Kyprianou c. Cipro, cit.; Id., 28 ottobre 1998, Castillo Algar c. Spagna, Reports 1998-VIII, p. 3116, § 45; Id., 6 giugno 2000, Morel c. Francia, § 42, ECHR 2000-VI.

<sup>37</sup> Corte E.D.U., 28 giugno 2011, Miminoshvili c. Russia, § 113.

all'interno dell'ufficio giudiziario, la composizione dei collegi e, ancora, il governo delle prove <sup>38</sup>.

Sul piano sistematico tale livello di protezione, che include anche una verifica di affidabilità apparente del collegio nel suo insieme, a prescindere da situazioni di concreto conflitto di interessi in cui versa un suo componente, si giustifica alla luce del principio democratico e dello Stato di diritto.

Da ciò deriva l'esigenza di proteggere l'affidamento che i consociati ripongono nell'amministrazione della giustizia intesa quale strumento per realizzare un'attuazione del diritto egualitaria: pertanto, il venir meno dell'apparenza di imparzialità in capo ad un tribunale, dovuto a qualunque fattore che faccia trasparire una gestione opaca della funzione, pregiudica il corretto formarsi di tale affidamento democratico <sup>39</sup>.

Nell'ottica della Convenzione, dunque, l'esigenza di non investire della trattazione della causa un collegio che anche solo sul piano esteriore non sembra imparziale è la conseguenza della necessità di assicurare un esercizio della giustizia che sia in grado di ispirare fiducia nei cittadini e, in questo modo, di attuare in concreto i menzionati principi superiori <sup>40</sup>.

In questo contesto, si inserisce un orientamento che ha rinvenuto nel precedente contatto con la medesima fonte di prova, nell'ambito di un diverso procedimento, un fattore da tenere in conto nello scrutinio d'imparzialità sul versante oggettivo, anche nel caso in cui il giudicante non avesse, in quella sede, manifestato anticipazioni di giudizio con riferimento ad altri imputati o, comunque, tenuto una condotta censurabile sotto il profilo della neutralità soggettiva <sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Sul tema viene chiarito che «...spetta ai tribunali nazionali gestire i loro procedimenti al fine di garantire la corretta amministrazione della giustizia. L'attribuzione di una causa a un determinato giudice o tribunale rientra nel margine di discrezionalità di cui godono le autorità nazionali in tali materie. Vi è un'ampia gamma di fattori, quali, ad esempio, le risorse disponibili, la qualificazione dei giudici, il conflitto di interessi, l'accessibilità del luogo di udienza delle parti, etc., di cui le autorità devono tener conto nell'assegnare una causa. Sebbene non sia compito della Corte valutare se vi siano validi motivi per cui le autorità nazionali possono (ri)assegnare una causa a un determinato giudice o tribunale, la Corte deve essere certa che tale (ri)assegnazione sia compatibile con l'art. 6, § 1, e in particolare con le sue esigenze di indipendenza oggettiva e imparzialità» (Corte E.D.U., 9 ottobre 2008, *Moiseyev c. Russia*).

<sup>39</sup> Cfr. Corte E.D.U., 16 ottobre 2018, *Daineliene c. Lituania*; Id., 31 ottobre 2017, *Kamenos c. Cipro*; Id., 20 settembre 2016, *Karelin c. Russia*; Id., Gr. Cam., 23 aprile 2015, *Morice c. Francia*; Id., 15 gennaio 2015, *Dragojević c. Croazia*; Id., 25 settembre 2001, *Sahiner c. Turchia*, § 44.

<sup>40</sup> Corte E.D.U., 26 febbraio 1993, *Padovani c. Italia*, § 27.

<sup>41</sup> Come nel caso in cui vi sia stata una sostanziale anticipazione di giudizio, che fa nascere il dubbio sull'esistenza di un pregiudizio di colpevolezza: v. Corte E.D.U., 22 aprile 2004, *Cianetti c. Italia*; Id.,

In tal modo, si è fatta strada l'ipotesi di una crisi d'imparzialità oggettiva e apparente derivante dal semplice contatto con una fonte di prova, nella misura in cui esso comporti una valutazione di attendibilità e, dunque, un fattore di rischio per la neutralità di giudizio, con riferimento ad ulteriori e distinti procedimenti in cui il medesimo decisore sia chiamato a reiterare tale attività valutativa.

Viene in rilievo, dunque, la possibilità che un giudice risulti inidoneo in concreto alla celebrazione di un giudizio se ha già partecipato all'istruttoria di altro processo che ha in comune alcune fonti di prova, e ciò anche se, nella pregressa sede, ha tenuto una condotta ortodossa e tale da escludere il venir meno dell'imparzialità in senso soggettivo.

Merita di essere menzionato, lungo questo crinale, un precedente in cui la Corte ha rilevato la violazione dell'art. 6 perché tra i giudicanti vi era chi aveva già conosciuto e apprezzato il capitolato di prove, anche se conformemente ai canoni di legittimità e senza adottare un atteggiamento soggettivo censurabile sul versante dell'incompatibilità.

In questa circostanza, la Corte muove dalla considerazione che non era emersa una prova in grado di superare la presunzione d'imparzialità che spetta a ciascun giudicante, né emergevano elementi di fatto da cui desumere che, nel precedente giudizio, egli avesse anticipato un convincimento indebito rispetto all'oggetto della controversia<sup>42</sup>.

Si osserva, tuttavia, che il controllo sull'imparzialità non può essere ridotto ad una verifica di tipo meramente soggettivo, che guarda alla condotta del magistrato rispetto ai doveri dell'ufficio, poiché è necessario tenere in considerazione la dimensione oggettiva del principio, per appurare se la distribuzione dei fascicoli tra i magistrati assegnati alle sezioni, in caso di anomalie, abbia fatto sorgere un dubbio ragionevole sull'apparenza di neutralità<sup>43</sup>.

---

22 luglio 2008, Gomez de Liario e Botella c. Spagna; Id., 24 giugno 2010, Mancel e Branquart c. Francia.

<sup>42</sup> Corte E.D.U., Gr. Cam., 26 ottobre 1984, De Cubber c. Belgio, § 25.

<sup>43</sup> Letteralmente, «*However, it is not possible for the Court to confine itself to a purely subjective test; account must also be taken of considerations relating to the functions exercised and to internal organisation (the objective approach). In this regard, even appearances may be important; in the words of the English maxim quoted in, for example, the Delcourt judgment of 17 January 1970 (Series A no. 11, p. 17, para. 31), "justice must not only be done: it must also be seen to be done" [...]*» (Corte E.D.U., Gr. Cam., 26 ottobre 1984, De Cubber c. Belgio, cit., § 26).

Da questi riferimenti è possibile comprendere che il giudizio di apparenza in questione prescinde dall'esistenza di atteggiamenti irrituali del magistrato, laddove mette in luce l'affidabilità oggettiva del collegio chiamato alla decisione nel suo complesso, che potrà venir meno nel caso in cui i suoi membri abbiano già apprezzato il significato di elementi di prova comuni a più procedimenti anche quando, nell'ambito di tali apprezzamenti, non vi siano state manifestazioni irrituali e censurabili sotto altro profilo.

Ciò consente di comprendere perché, nella vicenda richiamata, la Corte, pur in assenza della prova del pregiudizio soggettivo, ha affermato che la mera presenza del giudice già edotto del significato di alcuni atti di prova abbia fatto sorgere un dubbio tangibile rispetto all'apparenza d'imparzialità<sup>44</sup>.

Si tratta di un profilo particolarmente sensibile e che merita ulteriore approfondimento, poiché viene posta una relazione tra gestione della prova e imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale che è inedita per il sistema interno, il quale non fa dipendere, in linea generale, l'incompatibilità dal legittimo esercizio dei poteri istruttori e valutativi delle prove, prevedendo casi di sostituzione del magistrato che si ricollegano sempre ad elementi ulteriori rispetto al semplice contatto con una fonte di prova.

Proseguendo nell'analisi del formante sovranazionale laddove prende in considerazione questa relazione tra imparzialità e prove, occorre muovere dalla considerazione che un dubbio sulla neutralità non può nascere, di base, dalla mera circostanza che il giudicante abbia adottato, in altra e precedente occasione processuale, decisioni relative alla medesima fattispecie concreta<sup>45</sup>.

Similmente, si afferma che l'esistenza di una pronuncia del medesimo magistrato su contestazioni in parte sovrapponibili<sup>46</sup> non è un elemento in grado di appannare l'imparzialità del magistrato in casi analoghi<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Rispetto al giudice "sospetto", la Corte « [...] *recognises, having regard to the various factors discussed above, that his presence on the bench provided grounds for some legitimate misgivings on the applicant's part* » (§ 30).

<sup>45</sup> Cfr. Corte E.D.U., 15 gennaio 2015, *Dragojević c. Croazia*, cit., § 114, in cui veniva in discussione una decisione adottata nella fase prodromica al giudizio di merito e *Id.*, 10 giugno 1996, *Thomann c. Svizzera*, §§ 32-37, in cui, invece, si trattava di un ulteriore processo a carico di chi era già stato condannato in contumacia.

<sup>46</sup> Viene esclusa, invece, la violazione della garanzia in discussione quando manca un apprezzamento nel merito che sia comune ai due o più procedimenti (Corte E.D.U., 24 marzo 2009, *Poppe c. Paesi Bassi*, fattispecie in cui il nominativo dell'imputato era stato citato ma senza esprimere valutazioni sulla sua responsabilità; *Id.*, 28 giugno 2011, *Miminoshvili c. Russia*, §§ 117 e ss., dove si sottolinea che, in moti-

A fronte di che, può invece venire in dubbio l'imparzialità se, nell'ambito dell'attività giudiziale in precedenza svolta, il giudice abbia analizzato, con un certo dettaglio, la posizione ricoperta da un agente in una fattispecie di concorso di persone<sup>48</sup>, indicando le ragioni del coinvolgimento di costui nella dinamica del reato<sup>49</sup> oppure fornendo già tutti gli elementi necessari per desumerne, insieme con ulteriori approfondimenti, la responsabilità penale<sup>50</sup>.

In questi casi, le valutazioni effettuate possono essere considerate pregiudizievoli nel caso in cui il medesimo decidente venga inserito nel collegio deputato, in via principale, alla cognizione della responsabilità prima solo incidentalmente ravvisata, per cui quel tribunale potrebbe risultare non imparziale sul piano esteriore, facendo nascere il dubbio che, per via della sua composizione, possa avere una precomprensione del merito dell'accusa<sup>51</sup>.

L'elemento rilevante di questa prospettazione è dato dalla particolare considerazione che viene riservata alla valutazione del fatto e all'apprezzamento del capitolato di prove a carico, il che genera non poche difficoltà in sede di recepimento del principio, se solo si considera che, per insegnamento ricorrente, l'incompatibilità non discende, di massima, dal semplice esercizio della funzione.

Nell'ottica adottata a Strasburgo, invece, la considerazione che lo svolgimento dei doveri dell'ufficio giudicante non rende il magistrato per ciò solo parziale non impedisce di rilevare, in prospettiva generale, che anche ciò possa essere preso in considerazione per accertare l'apparenza di neutralità di un tribunale.

In questa direzione, la contaminazione probatoria è stata presa in considerazione per censurare, sul piano dell'imparzialità, ipotesi in cui una decisione rinvia ad alcune delle conclusioni raggiunte nel procedimento a carico dei

---

vazione, il giudice non aveva fatto riferimento all'imputato come autore del delitto, avendo solo citato alcune dichiarazioni testimoniali pur senza farle proprie).

<sup>47</sup> Cfr. Corte E.D.U., 10 agosto 2006, Schwarzenberger c. Germania, cit., § 42; Id., 25 luglio 2013, Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia, §§ 538 e 544; Id., 21 aprile 2015, Bezek c. Germania, §§ 32 e ss., relativa al caso in cui i concorrenti nel reato non vengono processati nel medesimo giudizio e, dunque, il primo giudice può far riferimento alla responsabilità di chi solo in un secondo momento è stato chiamato a rispondere del fatto.

<sup>48</sup> Cfr. Corte E.D.U., 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, cit., § 59; Id., 16 novembre 2000, Rojas Morales c. Italia, § 33; Id., 11 luglio 2013, Rudnichenko c. Ucraina, § 116.

<sup>49</sup> Corte E.D.U., 24 marzo 2009, Poppe c. Paesi Bassi, cit., § 28.

<sup>50</sup> Corte E.D.U., 28 giugno 2011, Miminoshvili c. Russia, cit., §§ 116 e 118.

<sup>51</sup> Ancora Corte E.D.U., 24 marzo 2009, Poppe c. Paesi Bassi, cit., § 26.

concorrenti nel reato o, comunque, poggia le basi sulle prove o sulle valutazioni provenienti da quella sede <sup>52</sup>.

Al di là delle ricadute che queste considerazioni sono in grado di determinare sulla tenuta del principio di tassatività che governa il microsistema delle incompatibilità, è possibile notare che la Convenzione esclude la legittimità di un approccio meramente soggettivo, che guarda all'imparzialità come un problema legato alla condotta privata del magistrato, rispetto al processo: la norma di cui all'art. 6, § 1, C.E.D.U., invece, prende in considerazione anche la componente oggettiva dell'imparzialità, per cui occorre abbandonare approcci restrittivi e che impediscano di rilevare l'inidoneità in concreto quando si verifica una compromissione, sul piano oggettivo, dell'immagine di neutralità. Tale estensione risulta, a ben vedere, necessaria per il raggiungimento dello scopo della previsione, che è quello di tutelare, attraverso tale componente dell'equo processo, la componente democratica dell'amministrazione giudiziaria <sup>53</sup>.

Emerge, in altri termini, un piano di analisi ulteriore dell'imparzialità, che conduce ad un accertamento di secondo grado quando già è stato escluso che il giudicante abbia effettuato manifestazioni del proprio convincimento al di fuori dei canoni di legge, dal momento che è possibile rilevare un *deficit* di neutralità nel caso concreto anche prendendo in esame pregresse condotte processuali, legate alla gestione della prova, del tutto legittime <sup>54</sup>.

In questa direzione i principi di indipendenza e di imparzialità contribuiscono ad assicurare un esercizio della giurisdizione di stampo democratico ed entrambi ricadono nella categoria unitaria del principio di legalità in materia di esercizio della funzione, il quale rappresenta il nucleo centrale della garanzia di cui all'art. 6, § 1 <sup>55</sup>, con contenuti che la Corte di Giustizia ha fatto propri in virtù della clausola di cui all'art. 52, § 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'uomo, di adeguamento dell'ordinamento comunitario alla soglia di tutela dei diritti prevista dalla Convenzione <sup>56</sup>.

<sup>52</sup> Cfr. Corte E.D.U., 6 giugno 2000, *Morel c. Francia*, cit., § 45.

<sup>53</sup> Conf., Corte E.D.U., Gr. Cam., *Micallef c. Malta*, cit.

<sup>54</sup> Di recente Corte E.D.U., 2 marzo 2021, *Kolesnikova c. Russia*, § 53 e Id., 16 febbraio 2021, *Meng c. Germania*, §§ 42-52.

<sup>55</sup> In tal senso ancora Corte E.D.U., Gr. Cam., 1 dicembre 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, cit., §§ 211 e ss.

<sup>56</sup> Pertanto, ad eccezione dell'ambito di applicazione, il livello di tutela offerto dalla C.E.D.U. si applica anche nell'Unione (così espressamente le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, sub art.

4. *Valutazione dell'esimente e neutralità di giudizio.* Dopo aver dichiarato inammissibili le censure della disposizione codicistica con riferimento agli art. 3 e 24 Cost., per non avere il giudice *a quo* motivato adeguatamente, la Consulta ha accolto la questione con riferimento agli artt. 111, co. 2 e 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 6 C.E.D.U.

La Corte osserva che la disciplina dell'incompatibilità attua nel codice i principi di terzietà e di imparzialità in rapporto allo sviluppo del procedimento penale come una sequenza ordinata di atti, che si snoda in una serie di decisioni funzionali alla formazione del giudicato mediante delle valutazioni progressive, man mano che la catena di provvedimenti progredisce fino all'accertamento pieno del fatto di cui all'imputazione.

A fronte di ciò, l'alternanza di giudici persone fisiche scongiura il rischio derivante dalla forza della prevenzione: dalla tendenza, cioè, a tener ferma la statuizione già adottata sull'oggetto dell'imputazione, qualora il medesimo giudicante sia chiamato a definire una fase successiva del medesimo procedimento<sup>57</sup>.

Per questa ragione, osserva la Corte, la funzione deve essere assegnata «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»<sup>58</sup>: una terzietà che potrebbe essere o anche solo apparire compromessa, se venisse chiamato a decidere chi ha già giudicato nella stessa causa<sup>59</sup>.

Il principio trova applicazione concreta nella disciplina del codice.

È stato osservato che l'art. 34 c.p.p. disciplina due forme di incompatibilità.

Al comma 1 è descritta l'incompatibilità c.d. verticale, che attiene al passaggio da un grado all'altro del processo e assicura l'alternanza del giudice persona fisica nello svolgimento “ascendente” o “discendente” della sequenza, con riferimento, cioè, ai gradi successivi al primo o al giudizio di rinvio in caso di

---

47, § 2). Sul tema, v. GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Galantini, Filippi, Garuti, Mazza, Varraso, Vigoni, *Procedura penale*, Torino, 2019, 46; GIUNCHEDI, *I principi, le regole, le fonti*, in *Procedura penale*, a cura di Gaito, Milano, 2015, 31.

<sup>57</sup> Tra le altre, v. Corte cost., nn. 16 e 7 del 2022, 183 del 2013, 153 del 2012 e 224 del 2001.

<sup>58</sup> Corte cost., n. 172 del 2023, che ha dichiarato infondata analoga questione non riconoscendo efficacia pregiudicante al decreto di archiviazione e contestuale applicazione della confisca obbligatoria, rispetto al successivo incidente di esecuzione.

<sup>59</sup> Cfr. Corte cost., n. 155 del 1996.

annullamento della Corte di cassazione, fino alla revisione. Viene sottolineato che il meccanismo tutela anche l'assetto delle impugnazioni, quali forme di controllo predisposte da un organo anche soggettivamente diverso rispetto a quello che ha pronunciato la sentenza impugnata.

Al comma 2, invece, viene disciplinata l'incompatibilità orizzontale, nel rapporto tra il giudizio e la fase antecedente, individuando quali sono i provvedimenti ad effetto pregiudicante che rilevano per l'incompatibilità<sup>60</sup>.

La disposizione è stata costruita secondo la logica della tassatività, per cui elenca in maniera puntuale quali sono i casi e provvedimenti che generano un vizio di neutralità di giudizio, invece che individuare un principio generale e affidare al diritto pretorio l'adattamento dell'imparzialità all'evoluzione dell'ordinamento giuridico.

La tassatività, se da un lato riduce al minimo le deviazioni dal giudice precostituito per legge, dall'altro costringe l'imparzialità all'interno di uno spazio ridotto, poiché non permette di configurare l'incompatibilità in casi diversi da quelli ipotizzati dai codificatori.

L'aumento della sensibilità degli interpreti al tema dell'imparzialità nella giustizia penale, che trova nella riforma costituzionale di cui alla legge 23 novembre 1999, n. 2 e nella giurisprudenza della Corte europea due cause di rilievo, ha suggerito una revisione dell'approccio originario al problema, che era finalizzato a minimizzare gli scostamenti dal giudice precostituito per legge in poche e tassative ipotesi.

Il punto di svolta è dato dalla giurisprudenza costituzionale degli anni Novanta che, con la sentenza n. 496 del 1990, ha inaugurato una nutrita serie di decisioni additive dell'art. 34, aggiungendo numerosi casi di incompatibilità all'elenco del legislatore.

Con questi presupposti, la decisione in esame ripercorre le condizioni elaborate dalla propria giurisprudenza per configurare l'incompatibilità del giudice, nel passaggio da un segmento all'altro del procedimento<sup>61</sup>.

Segnatamente, affinché si possa configurare la sua incompatibilità all'esercizio della funzione giudicante nel caso concreto, occorre che il magistrato abbia già valutato la *res iudicanda* e deliberato una decisione che chiudeva una precedente fase del processo.

---

<sup>60</sup> Per questa ricostruzione cfr. Corte cost., n. 172 del 2023, § 4.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>61</sup> Cfr. §§ 4.3 e ss.

Il provvedimento già adottato, per essere qualificato come decisione pregiudicante, deve soddisfare caratteristiche ulteriori, allo scopo di evitare che statuizioni meramente ordinatorie gli impediscano di celebrare oltre il processo: in tal caso, la pretesa applicazione del principio di imparzialità genererebbe effetti distorsivi, che vanno al di là dell'esigenza di assicurare un giudizio neutrale.

Si tratta di un'impostazione che è confermata anche dall'art. 34, co. 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater* c.p.p., quali norme che esprimono una logica di fondo unitaria e suscettibile di ulteriori applicazioni, per cui la mera conoscenza degli atti di causa non è fonte di pregiudizio se non si abbina a una decisione sulla responsabilità soggettiva.

La Corte richiede che, con la decisione precedente, il giudice abbia valutato, oltre che conosciuto, gli atti di causa, adottando un provvedimento che contiene un apprezzamento sulla consistenza dell'imputazione<sup>62</sup>.

Trattandosi di incompatibilità orizzontale, la preclusione scatta se la prima decisione contiene una valutazione sul merito che configura una decisione pregiudicante.

Pertanto, l'attenzione si sposta sul rigetto della richiesta di decreto penale di condanna per tenuità del fatto, per verificare se in quella sede il G.i.p. ha effettuato degli apprezzamenti dotati di una concreta portata pregiudicante.

Con l'esimente dell'art. 131-*bis* c.p., il legislatore manda esente da pena il comportamento (penalmente rilevante) non abituale che ha causato una modesta offesa al bene giuridico tutelato.

Il fondamento logico dell'istituto va rinvenuto in una valutazione di opportunità, finalizzata ad evitare la sanzione penale quando la modalità della condotta e l'esiguità del danno o del pericolo indicano una scarsa propensione a delinquere dell'autore e, quindi, la natura episodica del fatto. Da questo punto di vista, la causa di non punibilità consente di valorizzare la concezione della pena come reazione di massimo rigore da riservare ai casi di maggiore rilevanza.

In parallelo, la norma soddisfa un'esigenza di deflazione del carico penale negli uffici giudiziari, poiché, sottraendo a pena il fatto tenue, consente che la risorsa giustizia sia impiegata al meglio in quei procedimenti che non rientra-

---

<sup>62</sup> Cfr. Corte cost., n. 172 del 2023, cit., e i precedenti *ivi* citati.

no nei presupposti dell'esimente, per limite edittale o perché, in concreto, il comportamento ha dimostrato abitudine o reiterazione<sup>63</sup>.

Fin dalle prime decisioni, le Sezioni unite hanno osservato che l'applicazione dell'esimente in parola impone di apprezzare il fatto concreto in maniera globale, prendendo in considerazione tutte le caratteristiche che ha manifestato per valutare le modalità della condotta, il grado della colpevolezza e l'importanza del danno o del pericolo generato, secondo gli indicatori dell'art.133 c.p.

Per questa ragione, «la nuova normativa non si interessa della condotta tipica, bensì ha riguardo alle forme di estrinsecazione del comportamento, al fine di valutarne complessivamente la gravità, l'entità del contrasto rispetto alla legge e conseguentemente il bisogno di pena. Insomma, si è qui entro la distinzione tra fatto legale, tipico, e fatto storico, situazione reale ed irripetibile costituita da tutti gli elementi di fatto concretamente realizzati dall'agente; secondo l'insegnamento espresso nella pagina fondativa del fatto nella teoria generale del reato»<sup>64</sup>.

In virtù di ciò, la Consulta osserva che per applicare l'esimente il giudice deve accertare la configurazione del fatto di reato in tutti i suoi elementi costitutivi, essendo il giudizio di particolare tenuità logicamente posteriore rispetto all'affermazione che il fatto sussiste e l'imputato lo ha commesso. Si tratta di

---

<sup>63</sup> Sull'esimente si richiamano Cass., Sez. un., 27 gennaio 2022, n. 18891, in *Arch. pen. web*, 2023, 1, con nota di IAVARONE, *Appunti sulla compatibilità del reato continuato con la non punibilità per fatto tenue: spazi applicativi per un giudizio equitativo in alcune ipotesi di continuazione omogenea tra più (di due) reati*, *ivi*, 2022, 2, con nota di FLORIO, *Particolare tenuità del fatto e continuazione: le Sezioni Unite fanno il punto sulla questione della compatibilità tra i due istituti*, in *Sistema pen.*, 11 luglio 2022, col commento di MARZANO, *Gli incerti rapporti tra non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato nella giurisprudenza di legittimità: la soluzione fornita dalle Sezioni Unite*, Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681, Rv. 266590; Corte cost., n. 141 del 2023, in *Sistema pen.*, con nota di PAGELLA, *La Corte costituzionale ancora sull'art. 69, c. 4 c.p.: illegittimo il divieto di prevalenza della particolare tenuità del fatto nei reati contro il patrimonio (art. 62, c. 1, n. 4 c.p.) sulla recidiva reiterata*, Corte cost., n. 156 del 2020.

In dottrina, tra gli altri, v. AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, 2017, X, 557; MANTOVANI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Giust. pen.*, 2015, 7, 321; MAGRO, *Tenuità dell'offesa e crisi della legge penale. Osservazioni sulla codificazione del principio di tenuità dell'offesa*, in *Arch. pen. web*, 2015, 3; MARZADURI, *L'ennesimo compito arduo (... ma non impossibile) per l'interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziali e declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis c.p.*, *ivi*, 2015, 1, 3.

<sup>64</sup> Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681, cit.

un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, che non viene punito se la condotta non abituale ha causato un danno modesto o un pericolo di offesa tenue<sup>65</sup>.

Per questi motivi la decisione che esclude o riconosce sussistenti i presupposti dell'esimente possiede i tratti caratteristici della "decisione pregiudicante", in quanto implica una valutazione non sommaria degli atti e, in sostanza, un giudizio di colpevolezza<sup>66</sup>.

Chiarita la natura pregiudicante della statuizione che rigetta la richiesta di decreto penale di condanna, emerge il rischio di non imparzialità del medesimo magistrato che è chiamato a celebrare l'udienza sull'opposizione alla richiesta di archiviazione del p.m. per particolare tenuità.

In caso di opposizione, anche la persona offesa ha diritto di avviso e di prendere visione degli atti, e può formulare l'opposizione indicando, a pena di inammissibilità, le ragioni per cui ritiene che non sussistano i presupposti della causa di non punibilità, mirando all'imputazione coatta o al supplemento di indagini.

In questa fattispecie, il giudice deve attingere al merito per definire la richiesta di archiviazione, con una decisione che richiede neutralità di giudizio e indifferenza rispetto agli atti processuali; una neutralità che potrebbe essere messa a rischio dalla forza della prevenzione in caso di identità soggettiva rispetto al G.i.p. che ha già respinto l'adozione del decreto penale.

I caratteri del giudizio di opposizione giustificano l'incompatibilità del medesimo magistrato che ha già provveduto sulla stessa regiudicanda, e rendono la soluzione della questione di legittimità costituzionale a rime obbligate, suggerendo alla Corte di aggiungere, mediante sentenza additiva, un nuovo caso di incompatibilità orizzontale all'art. 34, co. 2, c.p.p.

*5. In prospettiva.* La decisione è particolarmente condivisibile nella misura in cui fa applicazione del principio di imparzialità nella sua versione "estesa"<sup>67</sup>,

---

<sup>65</sup> Cfr. § 5 del *Considerato in diritto*.

<sup>66</sup> V. Corte cost., n. 116 del 2023, per cui «una pronuncia di non punibilità *ex art. 131-bis* cod. pen., in qualunque fase procedimentale o processuale sia collocata, presuppone logicamente la valutazione che un reato, completo di tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, sia stato commesso dalla persona sottoposta a indagini o dall'imputato».

<sup>67</sup> V. in particolare Corte cost., n. 7 del 2022, che ha esteso la portata del principio al giudizio di esecuzione, con riferimento all'ipotesi di annullamento con rinvio dalla Cassazione di un'ordinanza del g.e. di rideterminazione della pena, su istanza avanzata a seguito di declaratoria di illegittimità costituzionale della norma che disciplinava il trattamento sanzionatorio.

per come si è configurata grazie a un orientamento della giurisprudenza di legittimità risalente agli anni Novanta.

Essa si allinea ad un'altra sentenza additiva resa in relazione al decreto penale di condanna, laddove l'art. 34 c.p.p. non prevedeva l'incompatibilità del G.i.p. persona fisica che aveva già rigettato la richiesta di decreto per mancata contestazione di una circostanza aggravante e, successivamente, veniva investito nuovamente della richiesta di decreto penale, su un'imputazione stavolta comprensiva dell'aggravante mancante<sup>68</sup>.

In tutti questi casi, la prima decisione contiene un accertamento sulla colpevolezza e un contatto con gli atti di causa non incidentale e di rito, ma di tipo valutativo e che ha richiesto al giudice di scendere sul terreno del merito dell'accusa, e ciò giustifica l'accoglimento delle questioni sollevate.

Da ultimo, è opportuno sottolineare che la Consulta, di recente, è giunta a conclusioni diverse dall'ordinanza di remissione quando ha definito il tipo di provvedimento che è fonte di pregiudizio, con riferimento a quelle decisioni che non possono essere qualificate come pregiudicanti, perché inidonee alla formazione del giudicato oltre che prive della valutazione di merito, come per il decreto di archiviazione che dispone la confisca obbligatoria dell'arma<sup>69</sup>.

**GENNARO GAETA**

---

Similmente, v. Corte cost., n. 183 del 2013, laddove ha escluso che possano partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento «il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del reato continuato, ai sensi dell'art. 671 del medesimo codice» ed anche «il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del concorso formale, ai sensi dell'art. 671 dello stesso codice».

<sup>68</sup> Corte cost., n. 16 del 2022.

<sup>69</sup> Corte cost., n. 172 del 2023, di rigetto della q.l.c.