

**GENNARO GAETA**

**Alla ricerca del giudice penale... più idoneo**

**SOMMARIO:** 1. Proteggere l'imparzialità oltre la tassatività delle cause di incompatibilità 2. A Strasburgo contano le apparenze (di imparzialità). 3. La competenza funzionale come rimedio alternativo.

1. *Proteggere l'imparzialità oltre la tassatività delle cause di incompatibilità.* Siccome un medesimo fatto può dar luogo a diverse serie di accertamenti paralleli (cautelare, di prevenzione, di merito, di esecuzione, ecc.), può accadere che l'intero organico dei magistrati in forza presso la Sezione di un ufficio giudiziario competente *ratione materiae* alla celebrazione del processo di merito si ritrovi in una situazione di non imparzialità, allorché ciascuno di essi si sia occupato, direttamente o indirettamente, della posizione dell'accusato, con conseguente esistenza di un fattore di condizionamento alla libertà di valutazione diverso dall'incompatibilità in senso stretto e, tuttavia, parimenti rilevante per il rispetto dei principi superiori.

È fatto notorio che ogni contatto dell'accusato con l'ufficio giudiziario investito della celebrazione del segmento processuale di riferimento dovrà avvenire mediante l'intervento di magistrati che non versano in una situazione di incompatibilità, dovuta all'aver già conosciuto dell'accadimento originario o della responsabilità dell'imputato in altra occasione, come ulteriore piegatura della regola del giudice naturale e precostituito per legge (in prospettiva generale, v. ROMBOLI, voce *Giudice naturale*, in *Enc. Dir.*, Agg. II, Milano, 1998, 365). È un problema nuovo, invece, quello dell'esistenza di elementi di condizionamento - diversi dalla causa di incompatibilità subiettiva e - derivanti dall'essere ciascun potenziale giudicante già edotto dei termini essenziali dell'oggetto del giudizio, per aver preso parte ai collegi che in precedenza hanno scrutinato ad altro fine la medesima regiudicanda, vuoi come relatore, vuoi come semplice componente, risultando in ogni caso soggetto al fisiologico condizionamento che deriva dall'aver già soppesato la rilevanza penale della vicenda addebitata all'imputato.

Si tratta di un fenomeno che può verificarsi presso qualunque giudice territoriale e che, tuttavia - per via dell'accentramento della tipologia di sindacato - risulterebbe ancor più incisivo presso la Corte regolatrice, potendo in astratto accadere che il medesimo Consigliere prenda parte ai collegi - in differente composizione - chiamati a scrutinare il fatto genetico a diversi fini, pur senza integrare un'ipotesi di incompatibilità allo stato sanzionabile secondo gli strumenti del codice.

L'elemento critico della faccenda - lo anticipiamo subito - è dovuto all'insofferenza dei canoni della terzietà e dell'imparzialità rispetto ai rigori del principio di tassatività delle cause dell'art. 34 c.p.p.: l'esigenza di eliminare ogni fonte di condizionamento "da pregressa cognizione degli atti di causa" sfugge, in tali ipotesi, alla tipizzazione dei presupposti per la sostituzione del magistrato che è stata svolta a monte dal legislatore, imponendo il ricorso ad altri strumenti il grado di procurare il risultato di tutela imposto dall'art. 25, co. 1 Cost. e dall'art. 6, § 1, Conv. E.D.U. per consentire comunque il recupero di legalità costituzionale in punto di imparzialità, trattandosi di un valore irrinunciabile.

La criticità segnalata deriva dall'esigenza di risolvere i problemi di imparzialità di recente conio in maniera inedita rispetto alla sistemazione dei valori svolta dal legislatore alla base della disciplina dei casi di astensione e ricusazione, richiedendo uno sforzo interpretativo di livello a fronte della necessità di tutelare l'apparenza di imparzialità del giudice quando il condizionamento non riguarda un solo componente della Sezione competente ma la sua intera compagine. Non può ammettersi, cioè, che ad un sistema di garanzie formali non corrispondano puntuali conseguenze sul piano pratico, allorquando la compromissione dell'imparzialità che viene a verificarsi non coincide coi presupposti di attivazione dell'astensione o della ricusazione e richiede, non di meno, di espellere ogni elemento in grado di far nascere un dubbio sull'imparzialità: per contro, opponendo a tali esigenze altre (necessariamente subordinate) ragioni si finirebbe con il legittimare prassi distorsive dei principi superiori, in contrasto con le indicazioni provenienti dalla Corte europea (v. GAITO, GIUNCHEDI, *Il giudice più idoneo tra prospettive sovranazionali e giustizia interna*, in GAITO (a cura di), *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 29).

2. *A Strasburgo contano le apparenze (di imparzialità)*. Che non si possa prescindere dal dovere di escludere ogni fattore di condizionamento alla libertà di valutazione dei magistrati chiamati a giudicare emerge, in maniera netta, dal progresso che ha interessato il concetto di imparzialità, rivisitato nel moderno concetto della "apparenza di imparzialità" grazie al formante giurisprudenziale europeo.

È noto che l'art. 6 Conv. E.D.U. enuncia il diritto di ogni persona ad un giudice che sia in grado di «*agire senza alcuna restrizione, impropria influenza, istigazione, pressione, minaccia o interferenza, diretta o indiretta, di qualunque provenienza o per qualunque ragione*» (Raccomandazione Comitato dei

Ministri del Consiglio d'Europa, 17 dicembre 2010, sull'indipendenza, l'efficienza e il ruolo dei giudici). La norma sovranazionale può poi essere declinata in positivo, con riguardo alle condizioni che devono esistere nell'ordinamento nazionale a tutela dell'indipendenza, e in negativo, in riferimento all'assenza di pressioni indebite o condizionamenti di sorta, per cui essere imparziale, in senso oggettivo, significa essere in grado di offrire garanzie sufficienti per escludere qualsiasi dubbio legittimo in tal senso (Corte E.D.U., 20 maggio 1998, Gautrin e altri c. Francia; Id., 24 febbraio 1993, Fey c. Austria).

Nel dettaglio, l'indipendenza viene declinata come necessaria libertà del magistrato da ogni illegittima influenza sia esterna che interna al potere giudiziario, con conseguente divieto di sottoporre il giudicante alle indicazioni o direttive degli altri colleghi nell'ambito della cognizione del fatto, neppure se provenienti dal Presidente dell'ufficio o della Sezione. Occorre, quindi, che il sistema processuale nel suo complesso sia in grado di configurare il potere di chi decide l'oggetto della controversia come insensibile rispetto all'organigramma dell'ordinamento giudiziario, specie nei riguardi dei superiori, perciò qualunque comportamento "indiziante" nel senso della compromissione dell'indipendenza nel caso concreto può essere decisivo per la condanna a Strasburgo, dal momento che per la Convenzione anche la sola apparenza di non imparzialità è un'infrazione autonomamente rilevabile, persino a prescindere dall'effettiva dimostrazione dell'avvenuta compromissione dei valori in questione (Corte E.D.U., 22 dicembre 2009, Parlov-Tkalcic c. Croazia, § 86; Id., 31 luglio 2012, Daktaras c. Lituania, § 36; Id., 9 ottobre 2008, Moiseyev c. Russia, cit., § 184).

La ragione per cui l'ordinamento sovranazionale focalizza l'attenzione "sulle apparenze" è presto detta: l'innalzamento della soglia di tutela dipende dal fatto che la funzione dell'art. 6, § 1 della Convenzione è quella di proteggere e conservare la fiducia che il cittadino deve nutrire, in una società democratica, nelle istituzioni chiamate alla realizzazione dello Stato di diritto, ragion per cui è sufficiente l'adozione di una condotta che metta in crisi l'apparenza di imparzialità per concretizzare una diminuzione, anche potenziale, di questa considerazione (Corte E.D.U., 25 settembre 2001, Sahiner c. Turchia, § 44. Con particolare riferimento al concetto di "apparenza di indipendenza", v. Id., Gr. Cam., Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portogallo, 6 novembre 2018, § 144; Id., Tsanova-Gecheva c. Bulgaria, 15 settembre 2015, § 106; Id., 25 febbraio 1997, Findlay c. Regno Unito, § 73).

Spostando il *focus* sulla componente dell'imparzialità, questa coinvolge due

aspetti, l'uno soggettivo e l'altro oggettivo.

Sul primo piano, è necessario che i giudici designati per la celebrazione del processo non manifestino alcun convincimento preconconcetto né abbiano, per qualche ragione, pregiudizi personali con riguardo all'oggetto della decisione.

Il versante più interessante, per i profili innovativi che porta con sé rispetto alla disciplina interna, è però quello oggettivo: il tribunale, in aggiunta all'assenza di tesi preformate, deve essere poi oggettivamente imparziale, cioè offrire garanzie sufficienti ad escludere ogni legittimo dubbio al riguardo. Poiché si versa in materia di diritti fondamentali, la formula non è di stile: «*All'atto pratico, si tratta di chiedersi se, indipendentemente dalla condotta personale dei giudici, alcuni fatti verificabili autorizzano a sospettare l'imparzialità di questi ultimi. In questo campo, persino le apparenze possono rivelarsi importanti [...]*» (Corte E.D.U., 28 aprile 2009, Savino e a. c. Italia, § 101).

Perciò, anche sul terreno dell'imparzialità, all'indagine sulla compatibilità del singolo magistrato chiamato alla decisione l'art. 6, § 1, Conv. E.D.U. accompagna una verifica oggettiva che prescinde dall'esistenza di episodi personali e guarda -ancora- all'apparenza dell'intero ufficio, cioè sposta l'attenzione sul piano oggettivo ed impone di verificare se il tribunale stesso «*e, tra gli altri aspetti, la sua composizione, offriva 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).

Dal significato sostanziale e rigoroso dell'apparenza di imparzialità adottato a Strasburgo discende che non sono condivisibili le soluzioni diminutive del problema segnalato in apertura, che nel segno dell'efficienza pretendono di eludere i profili critici che derivano dalla contaminazione di un'intera Sezione dovuta al precedente contatto, diretto o indiretto, di tutto il suo organico coi fatti alla base di una serie di procedimenti paralleli, in relazione alla medesima posizione soggettiva: in questo ambito, si noti, il rispetto delle forme dell'imparzialità non si pone come inutile ostacolo all'efficienza della distribuzione degli affari penali all'interno dell'ufficio, ma rappresenta la via obbligata che permette alle garanzie superiori di inverarsi nel caso concreto (tornano alla mente le belle pagine di NOBILI, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: «voi invocate le forme perché non avete principi»?*, in *Crit. dir.*, 1994, 67).

3. *La competenza funzionale come rimedio alternativo.* Senza il superamento

del principio di tassatività che governa le cause di incompatibilità, non sembra possibile rintracciare un rimedio utile al caso tra quelli degli artt. 36 e 37 c.p.p. (DINACCI, GIUNCHEDI, *I soggetti pubblici*, in Gaito (a cura di), *Procedura penale*, Milano, ed. 2015, 106). Ciò perché la contaminazione coinvolge tutta la Sezione dell'ufficio competente per materia e dunque la sostituzione di singoli componenti del collegio non riuscirebbe a risolvere il problema.

Potrebbe dirsi, a ben vedere, che viene a crearsi una situazione di incompetenza funzionale, cioè di inidoneità allo scopo di un determinato consesso giudiziario a prescindere alla compatibilità dei singoli magistrati che lo compongono, con esigenza di investire altra Sezione dell'ufficio per assicurare il rispetto dell'apparenza di imparzialità. È questa, in estrema sintesi, la logica della competenza funzionale, che sottrae la celebrazione di certi giudizi al sistema di assegnazione ordinaria per impedire che qualsiasi fattore di condizionamento ambientale possa incidere sull'imparzialità (v. l'art. 11 c.p.p.), sancendo la non idoneità assoluta di un ufficio alla cognizione del fatto, anche in virtù dell'ovvio condizionamento che deriverebbe per l'esistenza di rapporti pregressi.

D'altronde la non idoneità allo scopo determina già, in diverse ipotesi, uno spostamento della competenza che prescinde dalle incompatibilità di uno o più componenti dell'organico. Basti pensare all'art. 40, co. 1 e 2, c.p.p. per cui sulla ricusazione del giudice d'appello decide una Sezione della Corte stessa ma diversa da quella di appartenenza del ruscato e, ancora, sulla ricusazione del giudice di legittimità statuisce una Sezione della Suprema Corte diversa da quella di assegnazione del ricorso. In breve: se sulla ricusazione decide una Sezione diversa, ciò vuol dire che, anche per il legislatore, la stessa Sezione, pure qualora diversamente composta, non può giudicare l'operato di un collega, che avendo assunto determinazioni o provvedimenti ha prodotto un fattore di condizionamento nei confronti di tutti gli altri, rendendoli funzionalmente incompetenti a conoscere della dichiarazione di ricusazione presentata nei suoi confronti. Non diversamente, replica lo stesso schema di ragionamento l'art. 623, co. 1, c.p.p. per cui, in caso di annullamento con rinvio, «[...] *il giudizio è rinviato rispettivamente a un'altra sezione della stessa corte o dello stesso tribunale o, in mancanza, alla corte o al tribunale più vicini*»: una disposizione addirittura emblematica, laddove non si accontenta di una differente composizione del collegio giudicante all'interno della Sezione di provenienza della sentenza impugnata, ma richiede il trasferimento del processo appunto ad una diversa, presupponendo, così, un'incompetenza funzionale per l'esistenza di potenziali fattori di contaminazione.

Allo stato, dunque, l'ipotesi di contaminazione descritta potrebbe essere fronteggiata con efficacia enucleando, in via ermeneutica, una nuova ipotesi d'incompetenza funzionale, in modo da assicurare il recupero dell'ortodossia europea sul piano dell'imparzialità di chi decide.