

ANTICIPAZIONI

FILIPPO RAFFAELE DINACCI

Giudice terzo e imparziale quale elemento “presupposto” del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali

L'uniformità del quadro normativo europeo e costituzionale, laddove richiede un giudice terzo e imparziale, impone nuove prospettive esegetiche; e ciò non solo per l'efficacia dei comandi provenienti da fonti sovraordinate, ma perché i requisiti caratterizzanti la giurisdizione rappresentano, secondo il volere costituzionale, l'elemento “presupposto” del giusto processo. Di qui l'esigenza che i caratteri della giurisdizione siano comunque tutelati, anche in quelle situazioni che sfuggono alle previsioni normative. Ed in tale prospettiva, occorre recuperare il valore di garanzia delle sanzioni processuali “relegate all'angolo” da una giurisprudenza non sempre in linea con l'oggettività del dato normativo.

The consistency of the European and constitutional framework, requiring a third and impartial judge, calls for a new critical interpretation; partially because of the effectiveness of wordings coming from higher law, but also because the jurisdictional requirements constitute, according to the constitutional will, the pre-condition for a fair trial. Hence the need to protect the above mentioned issues, even in those cases that aren't normatively provided for. And in this perspective, the value of procedural safeguards needs again to be stressed, by overruling a case-law not always complying with written law.

SOMMARIO: 1. Dalle fonti convenzionali a quelle comunitarie: verso il rafforzamento del diritto ad un giudice equo. - 2. La “costruzione” sottesa alla riforma costituzionale del “giusto processo”. - 3. Il valore dell'autonomia contenutistica della terzietà ed imparzialità. - 4. Verso una nuova prospettiva esegetica: l'obbligo di tutela della neutralità del giudice anche in situazioni non contemplate. - 5. L'insufficienza di strumenti di tutela preventiva ed il “soccorso” delle sanzioni processuali. - 6. Il vizio di capacità. - 7. L'inefficienza. - 8. L'inesistenza. - 9. Conclusioni.

1. Dalle fonti convenzionali a quelle comunitarie: verso il rafforzamento del diritto ad un giudice equo.

L'idea di processo quale momento antagonistico di composizione della lite presuppone che la stessa sia decisa da un organo terzo ed imparziale. Siffatta realtà era già stata colta nelle fonti internazionali¹ con tale uniformità da con-

*Il presente lavoro è destinato ad essere pubblicato nel volume *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, a cura di Filippo Giunchedi.

¹ L'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, sin dal 1948, prevede che “*Everyone is entitled in a full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him*”; l'art. 14 § 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici [1966] statuisce, per parte sua, che “*in the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law*”; formula del tutto analoga si rinviene nell'art. 6 § 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [1950], ove si prevede che “*in the determination of his rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*”. Per un

sentire l'affermazione che le indicate caratteristiche, individuanti la funzione giurisdizionale, costituissero una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta². L'evoluzione normativa si indirizza verso un rafforzamento del presidio delle fonti internazionali a garantire i requisiti della giurisdizione riconoscendosi, con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³, il diritto all'esame della causa da parte di un giudice «indipendente e imparziale, precostituito per legge». In particolare, oltre alla puntualizzazione del corredo di garanzie del giudice attraverso il richiamo alla «precostituzione»⁴, con l'art. 52 si prevede che «eventuali limitazioni dell'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previsti dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà». Si introduce, quindi, l'intaccabilità di un «nocciolo duro», resistente alle eventuali deroghe normative le quali, peraltro, si sancisce che possono essere apportate solo se «necessarie» e se «rispondono effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o dall'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Si delinea, così, un quadro normativo che blinda le caratteristiche

complesso di spunti sugli orizzonti sovranazionali, specie in rapporto ai profili di tutela enucleabili dalla Costituzione, cfr., per tutti, CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, 43; in tema, cfr. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2000, 23; GIUNCHEDI, *Cultura dell'«equo processo» europeo e giustizia interna*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerqueti-Fiorio, Padova, 2002, 77.

² Per l'esclusione delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute dalle «norme internazionali pattizie», cfr. Corte cost., n. 238 del 2014, n. 129 del 2008, n. 288 del 1997, n. 323 del 1989. Tuttavia, è stato sostenuto che le norme pattizie potrebbero farsi rientrare tra le «norme di diritto internazionale generalmente riconosciute» cui l'ordinamento giuridico italiano è tenuto a conformarsi a norma dell'art. 10, comma 1, Cost. In particolare, si è precisato come il richiamo ai diritti fondamentali dell'individuo contenuto nell'art. 2 Cost. costituisca una clausola generale di rinvio riferibile non soltanto ai vari diritti della persona costituzionalmente sanciti ma anche a tutti quegli interessi che «espressi dall'evoluzione della scienza sociale trovano la loro consacrazione in atti o convenzioni internazionali» (BRICOLA, *Prospettive e limiti alla tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 1098; VASSALLI, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *questa Rivista*, 1967, I, 24). L'impostazione, sia pure diretta ad un encomiabile scopo, non appare condivisibile. Essa si scontra con la natura di legge ordinaria degli atti legislativi per mezzo dei quali i precetti della Convenzione di Roma e del Patto di New York hanno trovato ingresso nell'ordinamento interno italiano (CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 41).

Ulteriori perplessità in ordine al preteso valore costituzionale delle norme pattizie emergono dalla considerazione che una diversa conclusione condurrebbe al pericolo di modifiche costituzionali con l'aggiornamento dell'apposito strumento di revisione contemplato dall'art. 138 Cost. (Corte cost., n. 15 del 1996; n. 315 del 1990; n. 323 del 1989, n. 188 del 1980). Sull'argomento cfr. altresì le argomentazioni di CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, 37.

³ La Carta è del 12 dicembre 2007, pubblicata in GUUE il 14 dicembre 2007, serie C, ed ha ripreso, con alcuni adattamenti, la Carta di Nizza del 7 dicembre 2000, sostituendola a decorrere dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

⁴ Del tutto assente nelle precedenti norme pattizie e convenzionali.

minime della giurisdizione⁵.

Del resto, non va dimenticato che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e, rivisitata, nuovamente approvata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 dal Parlamento europeo unitamente al Consiglio ed alla Commissione, proprio con la finalità di adattarla ai contenuti del Trattato di Lisbona.

Si è dunque in presenza di un percorso genetico diretto ad un'osmosi contenutistica tra la Carta ed i Trattati base dell'Unione europea. Peraltro, occorre rilevare come l'art. 6 del TUE riconosca, tra le fonti primarie del diritto unitario europeo, la Carta di Nizza ed i principi in essa contenuti⁶.

La circostanza conduce ad ovvie conseguenze in termini di incidenza della fonte sovranazionale sul diritto interno, profilandosi poteri di disapplicazione, da parte del giudice nostrano, di tutte quelle norme non in grado di tutelare i "requisiti minimi" della giurisdizione.

Sul punto, la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto il carattere vincolante dei principi condivisi sia dalla fonte interna che da quella comunitaria⁷. Ed anzi, precludendosi l'applicabilità dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali U.E. sol perché la norma interessata non è riconducibile *ratione materiae* al diritto dell'Unione europea, di fatto si riconosce alla fonte normativa in discorso un'efficacia pari a quella dei Trattati sull'Unione europea⁸, con ovvie conseguenze in tema di poteri di disapplicazione da parte del giudice interno delle disposizioni normative non allineate all'obbligo europeo.

2. La "costruzione" sottesa alla riforma costituzionale del "giusto processo".

Tuttavia, la tematica della veicolazione interna del comando giuridico sovranazionale potrebbe perdere rilevanza alla luce della ricezione, nella Carta dei valori, delle garanzie di terzietà ed imparzialità del giudice coniugate all'introduzione della disciplina del giusto processo⁹. Il rilievo risulta condivisibile nella misura in cui si abbia contezza della natura precettiva della fonte costituzionale, che non può essere ridotta ad una mera enunciazione pro-

⁵ Sul tema in genere, cfr. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, in *Questioni nuove di procedura penale*, Padova, 2007, 109.

⁶ Da ultimo, il richiamo ad un giudice terzo ed imparziale è enunciato nella Direttiva U.E., n. 343 del 2016.

⁷ Cfr. Corte cost., n. 28 del 2010.

⁸ V. Corte cost., n. 210 del 2013.

⁹ Per una panoramica della gerarchia delle fonti sovranazionali cfr, volendo, DINACCI, *Interpretazione "europeisticamente" orientata tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 57.

grammatica di valori¹⁰. E ciò tanto più ove si consideri che la riforma dell'art. 111 Cost. ha dimostrato, rispetto alle fonti europee, proprio con riferimento ai temi della giurisdizione, una maggiore consapevolezza operativa. Non a caso, l'*incipit* dell'art. 111 Cost. afferma che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge», svelando un rapporto di “strumentalità essenziale” tra giurisdizione e giusto processo¹¹.

Quest'ultimo rende possibile l'operatività della prima enucleandone i requisiti minimi¹². A sua volta, il co. 2 della medesima disposizione precisa che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata». Restano in tal modo individuati i requisiti minimi ed indefettibili del giusto processo. Per conseguenza, può affermarsi che con la “fattispecie costituzionale”¹³ si è inteso fornire una risposta concreta ai disagi operativi derivanti dalla difficoltà di individuare un parametro di riferimento per la definizione del giusto processo. Non a caso, la giurisprudenza della Corte costituzionale definiva la locuzione in discorso in quella formula «in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio»¹⁴. Con l'introduzione di una specifica previsione che fissa i requisiti minimi di esistenza della fattispecie, il giusto processo diviene una regola «inderogabile per l'esercizio del magistero giudiziario e, ad un tempo, nucleo strutturale della giurisdizione»¹⁵.

Ed in tale prospettiva, la stretta correlazione tra il *dictum* secondo cui la «giurisdizione si attua mediante il giusto processo» e quello in base al quale «ogni processo si svolge davanti ad un giudice terzo e imparziale» esalta le caratteristiche minime della giurisdizione che vengono a costituire, in ragione del segnalato rapporto di “strumentalità necessaria”, anche le caratteristiche minime di esistenza del giusto processo.

¹⁰ Sull'argomento, si rimanda alle considerazioni di CELOTTO, *La Costituzione: Carta dei valori o norma precettiva?*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 1 ss..

¹¹ Sul punto cfr. le argomentazioni di DEAN, *I principi costituzionali di terzietà ed imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti e Fiorio, Padova, 2002, 3. In quella sede, però, si afferma che l'art. 111 Cost. demarca un rapporto di identità tra giurisdizione e giusto processo. L'affermazione risulta condivisibile nella misura in cui si abbia contezza che non può esistere l'uno senza l'altra.

¹² Cfr. DEAN, *I principi costituzionali di terzietà ed imparzialità*, cit., 3; sui profili statici e dinamici della giurisdizione cfr. PISANI, *Giurisdizione penale*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 383; DALLA - PIERRO, *Giurisdizione penale*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 1.

¹³ Sul concetto di fattispecie cfr. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, rist., Milano, 1982, 15.

¹⁴ Corte cost., n. 131 del 1996.

¹⁵ Così DEAN, *I principi costituzionali di terzietà ed imparzialità*, cit., 4. Sul punto, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2002, 6.

Tale realtà assegna alla giurisdizione il ruolo di elemento presupposto del giusto processo¹⁶.

Del resto, anche al di là dell'indiscutibile contenuto dell'art. 111 Cost., l'affermazione è confermata dalla semplice considerazione che il giudice preesiste al processo e, quindi, alla sua celebrazione; ne è dimostrazione il fatto che, per volere costituzionale, il giudice stesso deve essere non solo naturale ma anche precostituito.

3. Il valore dell'autonomia contenutistica della terzietà ed imparzialità.

L'indicata chiave di lettura della riforma costituzionale dell'art. 111 Cost. evidenzia l'intendimento, da un lato, di codificare espressamente i caratteri della terzietà ed imparzialità del giudice e, dall'altro lato, di specificare il ruolo presupposto della giurisdizione rispetto al processo.

Non a caso, proprio per raggiungere tale ultimo obiettivo si rendeva necessaria una più precisa perimetrazione dei requisiti di esistenza della giurisdizione. Nessuno dubita che gli aggettivi qualificativi di terzietà ed imparzialità siano riferiti ad una funzione che "naturalmente" li comprende¹⁷, ma l'assenza di una codificazione espressa esponeva il «corredo deontologico del giudice» ad una tutela debole, costringendo l'interprete a ricavare i principi di terzietà ed imparzialità quali affermazioni derivate e conseguenti ad altro principio costituzionale¹⁸. In tal modo, però, si perveniva ad una "costruzione" del principio debole sul piano dei contenuti in quanto incapace ad assumere una propria autonoma portata operativa, ed "imbrigliato" dai limiti o dall'evanescenza di quei principi da cui lo si pretendeva far discendere. Così mentre, da un lato, si ancorava il riconoscimento del principio di imparzialità all'art. 3 Cost.¹⁹, dall'altro lato, sulla scorta del rilievo secondo cui l'imparzialità sarebbe da intendersi come «indipendenza dagli interessi presenti in giudizio», si invocava

¹⁶ Sul tema cfr., volendo, DINACCI, *Giurisdizionale penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 32.

¹⁷ Sembra, in tal senso, emblematico quanto rimarcato da GIARDA, *Imparzialità del giudice e difficoltà operative derivanti dall'incompatibilità*, in *Il giusto processo*, Atti del Convegno di Salerno, Milano, 1998, 35, il quale sottolinea «l'opinione, confortata da testimonianze rintracciabili negli atti dell'Assemblea Costituente, per la quale l'imparzialità dei giudici deve annoverarsi tra quei principi non scritti che preesistono addirittura all'esercizio del potere costituente», e che «formano una sorta di piattaforma di diritto naturale o, se si vuole, di quei diritti inviolabili dell'uomo, ai quali fa riferimento, con la necessaria enfasi anche lessicale, l'art. 2 Cost., conferendo loro valenza e dignità costituzionale». Sui caratteri dell'alterità del "terzo" rispetto alle parti cfr., *ex plurimis*, in chiave teorico-generale, i rilievi di SPAGNA MUSSO, *Giudice (nozione e principi costituzionali)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 932.

¹⁸ Al riguardo sia consentito il rinvio a DINACCI, *Giurisdizionale penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 8.

¹⁹ Corte cost. n. 128 del 1974.

l'art. 108, co. 2, Cost., riducendo di fatto l'imparzialità ad una delle possibili forme d'indipendenza del giudice²⁰.

Su tale scia si è posta anche quell'affermazione della Corte costituzionale secondo cui «anche presso gli organi di giurisdizione speciale debbano essere garantiti sia il diritto di difesa sia l'indipendenza e l'imparzialità del giudice; indipendenza ed 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»²¹.

Si individua, così, nella giurisprudenza della Consulta, un principio che vive allo stato diffuso²².

Ne è prova l'affermazione secondo cui il riferimento contenuto nell'art. 108 Cost. all'indipendenza e non all'imparzialità si spiega e si giustifica «per il fatto che, garantendo la funzione giurisdizionale, la Costituzione ha, per ciò stesso, garantito l'imparzialità del giudice»²³.

Ma in tal modo, è evidente, l'imparzialità non veniva riconosciuta come valore autonomo e si stemperava nel principio da cui veniva fatta discendere.

Forse consapevoli di ciò, si è teso a distinguere le aree concettuali dell'indipendenza e dell'imparzialità, restituendo a quest'ultima un'autonoma dignità. Si è infatti affermato che «il principio dell'indipendenza è volto ad assicurare l'imparzialità del giudice o meglio, come è stato osservato, l'esclusione di ogni pericolo di parzialità, onde sia assicurata al giudice una posizione assolutamente *super partes*». Pertanto occorre escludere in capo al giudice «qualsiasi anche indiretto interesse alla causa da decidere e deve esigersi che la legge garantisca l'assenza di qualsiasi aspettativa di vantaggi, come timori di alcun pregiudizio preordinando gli strumenti atti a tutelare l'obiettività della decisione»²⁴. Qui, a differenza degli altri orientamenti, l'indipendenza assume una posizione "servente", quale strumento di realizzazione dell'imparzialità. È quindi quest'ultima che costituisce il valore-fine tutelato dall'ordinamento²⁵.

²⁰ Corte cost., n. 93 del 1965.

²¹ Corte cost., n. 92 del 1962.

²² Sul punto cfr. le argomentazioni di DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, Torino, 2000, 14.

²³ Così SCOCA, *Indipendenza del giudice tributario e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1964, 1075. Oltre alle classiche pagine di CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 651, sul tema cfr., altresì, con particolare vigore, ANDRIOLI, *Le giurisdizioni speciali nella Repubblica*, in *Le giurisdizioni speciali amministrative*, Milano, 1956, 13.

²⁴ Corte cost., n. 60 del 1969

²⁵ Sul punto cfr. DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, cit., 16, dove si precisa co-

Ma ciò non toglie che terzietà ed imparzialità non costituiscano un'endiadi; al contrario, sono portatrici di una specifica autonomia contenutistica²⁶.

La terzietà, infatti, si collega ad una posizione istituzionale del giudice, diversa ed equidistante dalle parti, mentre l'imparzialità viene a caratterizzare il giudice nella sua dimensione operativa²⁷.

Quindi, le caratteristiche della giurisdizione, così come individuate dall'art. 111 Cost., involgono anche profili ordinamentali che vanno ad incidere sulla "posizione" del giudice rispetto al caso sottopostogli in grado di influire sulla sua stessa imparzialità²⁸. Non deve sfuggire come quest'ultima possa essere violata anche a fronte di una corretta astratta applicazione delle regole processuali ed ordinamentali; ed è questo il motivo per cui lo stesso principio di precostituzione del giudice potrebbe entrare astrattamente in conflitto con quello di imparzialità²⁹.

4. Verso una nuova prospettiva esegetica: l'obbligo di tutela della neutralità del giudice anche in situazioni non contemplate.

Le considerazioni svolte rendono ulteriormente ragione della scelta del Costituente di esplicitare espressamente i requisiti di terzietà ed imparzialità proprio nella prospettiva di dare attuazione all'insegnamento della Corte costituzionale, laddove invitava a garantire «l'esclusione di ogni pericolo di parzialità onde sia assicurata al giudice una posizione assolutamente *super partes*»³⁰, affermandosi che in caso contrario «tutte le altre regole e garanzie processuali perderebbero di concreto significato»³¹.

me «attraverso la tutela di imparzialità del singolo giudice si tutel(i) l'imparzialità della giurisdizione che, della concreta imparzialità di singoli giudici è la risultante ultima e diviene carattere fisionomico dello stato». In tal senso cfr. Corte cost., n. 131 del 1996.

²⁶ Per un'analisi dei lavori parlamentari da cui emerge una tale volontà legislativa cfr., volendo, DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 22.

²⁷ Cfr. DEAN, *I principi costituzionali di terzietà ed imparzialità del giudice*, cit., 7.

²⁸ Si pensi al tema della separazione delle carriere tra organo requirente e giudicante. Sul tema cfr. SABATINI, *Il pubblico ministero nel processo penale*, II, Torino, 1948, 21; ILLUMINATI, *La separazione delle carriere come presupposto per un riequilibrio dei poteri delle parti*, in *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, 219 e, volendo, DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 144. Cfr. Corte edu., Fey c. Austria, 24 febbraio 1993; Id., Saint-Marie c. Francia, 16 dicembre 1992; Id., Nortier c. Netherlands, 24 agosto 1993; Id., Hauschildt c. Denmark, 24 maggio 1989.

²⁹ Sul punto, cfr. DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, cit., 18.

³⁰ V. Corte cost., n. 60 del 1969.

³¹ Cfr. Corte cost., n. 306 del 1997; sul tema cfr. pure Corte cost., n. 241 del 1999 laddove si precisa che la terzietà è «un modo di essere della giurisdizione»; Corte cost., n. 155 del 1996 dove si afferma che i

Emerge, quindi, come il Giudice delle leggi abbia colto il valore presupposto dei requisiti caratterizzanti la giurisdizione; e da tale consapevolezza ne discende una nuova prospettiva metodologica.

Quel che va tutelato non è tanto l'astratta configurabilità dei presidi di tutela delle caratteristiche giurisdizionali, ma il loro «farsi concrete»³² nell'ordinamento. L'approccio sembra condiviso da quella giurisprudenza europea laddove, in tema di imparzialità derivante dal pregresso esercizio di funzioni nell'ambito del procedimento, ha chiarito che quel che rileva è «la portata così come la natura di tali decisioni»³³; precisandosi che, nelle ipotesi in cui qualsiasi tipo di pronuncia implichi una valutazione sul tema della responsabilità dell'indagato, l'imparzialità può apparire dubbia³⁴.

Pertanto, laddove si crei, al di là della previsione normativa, una situazione giuridica o di fatto in grado di attentare alla neutralità del giudice, l'ordinamento non può restare indifferente. E tale soluzione appare del tutto coerente con la volontà del legislatore costituzionale di introdurre una tutela espressa ai presidi di terzietà ed imparzialità del giudice. In sostanza, anche qualora il caso concreto non rientri tra le ipotesi legislative capaci di tutelare terzietà ed imparzialità, la situazione non può e non deve restare indifferente all'ordinamento. E ciò non solo alla luce di un obbligo di conformità costituzionale, ma anche in ragione dell'obbligo precettivo derivante da quella fonte comunitaria che impone un giudice terzo ed imparziale. Questi ultimi, del resto, sono connotati funzionali che spesso sfuggono ad inquadramenti normativi.

5. L'insufficienza di strumenti di tutela preventiva ed il “soccorso” delle sanzioni processuali.

Il rilievo che precede induce non solo ad una rimeditazione di tutti quegli istituti diretti ad assicurare terzietà ed imparzialità del giudice, ma anche a rivalutare il significato delle sanzioni processuali volte a salvaguardare i connotati minimi della giurisdizione. Insomma, a fronte di un modificato quadro costituzionale e comunitario, l'interprete non può fare «come se nulla fosse acca-

requisiti costituzionali dei soggetti giudicanti «prima ancora che una pretesa di parte costituiscono esigenze obiettive ed irrinunciabili dell'ordinamento».

³² Per una tale prospettiva metodologica, nella consapevolezza che «un'analisi diretta alla ricostruzione [di un] istituto non può che partire dal suo concreto operare» sia consentito il rinvio a DINACCI, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova, 2002, 3.

³³ Cfr. Corte EDU, Fey c. Austria, 24 febbraio 1993; Id., Saint-Marie c. Francia, 16 dicembre 1992; Id., Nortier c. Netherlands, 24 agosto 1993.

³⁴ V. Corte EDU, Hauschildt c. Denmark, 24 maggio 1989.

duto» e deve «allineare le opzioni esegetiche con la tutela imposta dagli enunciati normativi prevalenti»³⁵. Del resto, l'istinto di conservazione che spesso caratterizza la giurisprudenza ogniqualvolta si discute di sanzioni processuali affonda le sue radici in quella contrapposizione tra efficienza e garanzia che non ha più motivo di esistere. All'indomani dell'introduzione della revisione processuale³⁶, quelle disinvolture interpretative in tema di sanzioni processuali rischiano di annullare proprio il risultato che si intende salvaguardare. La conclusione tanto più è destinata a valere se ricondotta al tema dei requisiti minimi della funzione giurisdizionale. Qui si controverte su una "condizione" del giusto processo la cui mancata tutela ne comporta la relativa violazione la quale, se accertata in sede di Corte edu, genera quella situazione giuridica che conduce all'annullamento del risultato processuale attraverso il caso di revisione di nuovo conio.

Il tema assume rilievo centrale posto che gli istituti specificamente preposti a tutela della terzietà ed imparzialità della funzione giurisdizionale non risultano consoni allo scopo tanto sul piano della disciplina astratta quanto su quello del loro concreto operare.

La conclusione ha riguardo agli istituti all'incompatibilità, alla astensione ed alla ricsuzione, individuati dalla stessa Corte costituzionale come momento qualificato di garanzia del giusto processo³⁷.

In particolare, in quella sede si è affermato che laddove il pregiudizio alla terzietà del giudice provenga da funzioni esercitate all'interno di un medesimo procedimento penale, il pregiudizio medesimo è prevenibile. In tali evenienze si è riconosciuta, oltre alla tutela ripristinatoria rimessa all'iniziativa del giudice e delle parti attraverso gli strumenti dell'astensione e della ricsuzione, l'esigibilità di una tutela preventiva da attuarsi con mezzi organizzativi in grado di assicurare uno «svolgimento spontaneo del giusto processo». Si è infatti precisato come, quando la forza pregiudicante derivi non da una sentenza ma da una decisione adottata in un procedimento diverso, lo strumento di tutela non possa essere individuato in ulteriori pronunce additive sull'art. 34 c.p.p.,

³⁵ Sul tema cfr. TARUFFO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 323.

³⁶ V. Corte cost., n. 113 del 2011 la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di consentire la riapertura del processo quando ciò sia necessario ai sensi dell'art. 46, § 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per conformarsi ad una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

³⁷ Cfr. Corte cost., nn. 306, 307 e 308 del 1997. In un'ottica più estesa della tutela dei caratteri della giurisdizione, sia pure consapevoli della peculiarità operativa dell'istituto, sarebbe da considerare anche la rimessione del processo.

ma debba essere ricercato nell'area degli istituti dell'astensione e della ricusazione, diretti anch'essi a tutelare la salvaguardia della terzietà del giudice³⁸. Si delinea, così, un differente ambito di operatività degli schemi dell'astensione-ricusazione da un lato, e dell'incompatibilità dall'altro. Tuttavia tale differenziazione di confini non trova tanto origine in una diversità dei presupposti operativi degli istituti, quanto nella diversa opzione di evitare innumerevoli sentenze additive sull'art. 34 c.p.p.³⁹. È, infatti, la stessa Corte costituzionale che, dopo avere individuato negli istituti dell'incompatibilità, dell'astensione e della ricusazione gli strumenti processuali più idonei alla tutela del principio di imparzialità, riconosce come «tali casi [siano] sottoposti ad una disciplina sostanzialmente unitaria e [siano] sorretti dalla comune matrice di condizioni impeditive dell'esercizio di specifiche funzioni giurisdizionali»⁴⁰. Ed è sulla base di tale consapevolezza che si spiega l'esigenza di demarcare un "confine operativo" tra l'istituto dell'incompatibilità e quelli dell'astensione e della ricusazione, rilevandosi che sarebbe «impossibile pretendere dal legislatore uno sforzo di astrazione e tipicizzazione idoneo ad individuare *a priori* tutte le situazioni in cui il giudice, avendo esercitato funzioni giudiziarie in un diverso procedimento, potrebbe poi venire a trovarsi in una situazione di incompatibilità nel successivo procedimento penale»⁴¹. In particolare se tale onere venisse imposto al legislatore «l'intera materia delle incompatibilità, disperse in una casistica senza fine, diverrebbe refrattaria a qualsiasi tentativo di amministrazione mediante atto di organizzazione preventiva»⁴².

Emerge, quindi, la ricostruzione di un sistema che si propone di apprestare la necessaria tutela al principio del giusto processo in tutti i casi in cui possa risultare compromessa l'imparzialità del giudice. Non a caso, si è riconosciuto come le «ragioni del pregiudizio» siano «oggettivamente identiche sia quando il giudice ha manifestato il proprio convincimento all'interno del medesimo procedimento mediante un atto o l'esercizio di una funzione a cui il legislatore attribuisce astrattamente e preventivamente effetti pregiudicanti, sia quando la valutazione di merito è stata espressa in un diverso procedimento (ovvero nel medesimo procedimento, ma mediante un atto che non presuppone una tale valutazione) e gli effetti pregiudicanti debbano quindi essere accertati in concreto grazie agli istituti dell'astensione e della ricusazione»⁴³.

³⁸ Cfr. Corte cost., n. 331 del 1997. Negli stessi termini cfr. Id., n. 86 del 2013 e n. 247 del 2010.

³⁹ In questi termini, Corte cost., n. 307 del 1997.

⁴⁰ Così, Corte cost., n. 308 del 1997.

⁴¹ Cfr., ancora, Corte cost., n. 308 del 1997.

⁴² V. Corte cost., n. 307 del 1997.

⁴³ Cfr. Corte cost., n. 383 del 2000.

L'affermata identità delle ragioni del pregiudizio trova conferma sul piano normativo nella coincidenza, o meglio, nel rapporto di contenente a contenuto dei casi di incompatibilità in quelli di astensione e ricsuzione. La circostanza caratterizza queste ultime come forme di tutela qualificata dell'imparzialità del giudice. A ben vedere incompatibilità, astensione e ricsuzione costituiscono una forma di progressione relativa non tanto all'ambito del confine di tutela bensì alle modalità d'attuazione della stessa. Ed invero è innegabile che solo con la ricsuzione si offre alla parte uno strumento processuale diretto a far valere ed a far riconoscere l'esistenza di una causa di incompatibilità e di alcune cause di astensione⁴⁴.

In tale contesto, la ricsuzione assolve ad un ruolo di "garanzia finale" per la tutela dell'imparzialità del giudicante. Ed allora è ovvio che, in un'analisi diretta ad individuare nonché a saggiare il grado di resistenza dei meccanismi di controllo sul rispetto dei caratteri costituzionali della giurisdizione, debba prendersi come punto di riferimento l'istituto della ricsuzione. Quest'ultimo, però, risulta caratterizzato da uno spettro di operatività più limitato rispetto ai casi contemplati per la dichiarazione di astensione; ed infatti mentre per questi ultimi assumono valore anche le «gravi ragioni di convenienza», non accade la stessa cosa con riferimento all'istituto della ricsuzione. Il rilievo assume ulteriore valore alla luce di quella decisione della Corte costituzionale che, ampliando l'ambito di tutela dell'imparzialità del giudice, ha chiarito che la «formulazione dell'art. 36 lett. h) c.p.p. ha una sfera di applicazione sufficientemente ampia da comprendere anche le ipotesi in cui il pregiudizio derivi da funzioni esercitate in un diverso procedimento»⁴⁵.

A tale decisione ha fatto seguito quella che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 37 c.p.p. «nella parte in cui non prevede che possa essere ricsuato dalle parti il giudice che, chiamato a decidere sulle responsabilità di un imputato, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto». Appare subito evidente come, nonostante gli interventi della Corte sul tessuto dell'art. 37 c.p.p., i casi di ricsuzione continuino ad essere più limitati rispet-

⁴⁴ Sul punto occorre rilevare come, mentre vi è assoluta identità di casi con le previsioni dell'incompatibilità, non si verte nella stessa situazione avuto riguardo ai casi di astensione e ricsuzione anche all'indomani della sentenza della Corte cost., n. 283 del 2000.

⁴⁵ Cfr. Corte cost., n. 113 del 2000. Sul tema affrontato dalla Corte cfr. DANIELE, *L'imparzialità del giudice tra dovere di astensione e potere di ricsuzione*, in *Giur. it.*, 1999, 1282; INZERILLO, *Il difficile equilibrio tra diritto al "giusto processo" e valore dell'imparzialità del giudice penale nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 1263; PICA, *Ricsuzione ed astensione*, in *Dig. disc. pen.*, XII; Torino, 1997, 227; RIVELLO, *Sui rapporti tra l'incompatibilità e l'astensione o la ricsuzione di un giudice*, in *Giur. cost.*, 1997, 3357.

to a quelli che legittimano una domanda di astensione. Infatti la Consulta, adottando una declaratoria di illegittimità, si è ben guardata dal porre un'equiparazione tra le due discipline avuto riguardo alle gravi ragioni di convenienza. Tale scelta risulta incomprensibile nella misura in cui è la stessa Corte che ha ritenuto l'art. 37 c.p.p. la sede più appropriata per «colmare mediante una dichiarazione di chiusura, la denunciata carenza del principio del giusto processo»⁴⁶. Sembrerebbe questa un'ipotesi in cui all'intento prefissato non ha fatto seguito il risultato voluto.

Tuttavia, ad una più attenta lettura della decisione, emerge una precisa volontà di non equiparare, con una valutazione in astratto, i casi di astensione a quelli di ricsuzione. Infatti, seguendosi la linea della giurisprudenza costituzionale⁴⁷, si è espressamente affermato che laddove «il pregiudizio per l'imparzialità del giudice non fosse riconducibile ad alcuna delle ipotesi di astensione e ricsuzione già previste dall'ordinamento, la tutela del giusto processo avrebbe potuto essere assicurata sollecitando un intervento volto ad ampliare l'ambito di applicazione di tali istituti»⁴⁸.

In tal modo, però, il Giudice delle leggi, ponendosi quale elemento “erogatore” di un quadro normativo diretto a salvaguardare la terzietà e la imparzialità del giudice, invita ad adire un suo intervento ogniqualvolta si presentino in concreto situazioni che attentino al principio del giusto processo e non siano riconducibili negli schemi dell'astensione o della ricsuzione. Sul punto non possono nascondersi perplessità; le stesse traggono origine dall'argomentare contraddittorio della Corte la quale, da un lato, ritiene di dover individuare una fattispecie di chiusura a tutela del principio del giusto processo e, dall'altro lato, invece, chiede di essere investita ogniqualvolta si prospetti una violazione di quei principi non eliminabile attraverso le ipotesi di astensione e ricsuzione. In tal modo, peraltro, la Consulta sembra assegnarsi un ruolo che, ben lungi da quello proprio del Giudice delle leggi, assume sempre più connotati di natura legislativa.

Seppure consapevoli delle problematiche interpretative connesse al *numerus clausus* delle ipotesi di ricsuzione, la Corte avrebbe potuto effettuare un intervento meno settoriale, tendente ad equiparare i casi di astensione e quelli

⁴⁶ Cfr. Corte cost., n. 283 del 2000. Sul tema in dottrina in vario senso cfr. DI CHIARA, *Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale in tema di imparzialità del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 85; RIVELLO, *Il principio dell'imparzialità del giudice nella giurisprudenza costituzionale e negli interventi del legislatore*, in *Cass. pen.*, 1999, 3030; ID., *L'incompatibilità del magistrato che abbia anticipato, in una precedente sentenza, le proprie valutazioni sulla responsabilità penale del soggetto sottoposto a giudizio*, *ivi*, 1997, 663.

⁴⁷ V. Corte cost., n. 306, n. 307 e n. 308 del 1997.

⁴⁸ Cfr. Corte Cost., n. 283 del 2000.

di ricusazione. Tutto ciò non è avvenuto e, a fronte della perdurante inerzia del legislatore⁴⁹, occorre prendere atto che la salvaguardia della terzietà e dell'imparzialità del giudice è affidata ad una disciplina che differenzia i casi di tutela del "dovere di imparzialità", riconducibile alle ipotesi di astensione, da quelli del "diritto all'imparzialità" che si coagulano nelle ipotesi di ricusazione⁵⁰. La disegualianza assume ulteriore significato se solo si pone mente al fatto che il rapporto incompatibilità, astensione e ricusazione si caratterizza per l'individuazione in quest'ultimo istituto del momento di "garanzia finale". Infatti, soltanto attraverso la ricusazione la parte può pretendere la "rimozione" di quel giudice così "deontologicamente sordo" da restare al banco anche in pendenza di situazioni che impongono un dovere di astensione. Se, consapevoli di questo, si continua a ritenere non equiparabili i casi di astensione con quelli di ricusazione significa non voler tutelare effettivamente i caratteri costituzionali della giurisdizione.

Risulta allora evidente il conflitto con quell'enunciazione secondo cui «nell'ambito del principio del giusto processo di cui questa Corte, in numerose occasioni, ha definito i profili sulla base delle disposizioni costituzionali che attengono alla disciplina della giurisdizione, posto centrale occupa l'imparzialità-neutralità del giudice, in carenza della quale tutte le altre regole e garanzie processuali perderebbero di concreto significato»⁵¹.

Ora, considerato che gli istituti dell'astensione e della ricusazione assolvono all'identica finalità di tutelare i caratteri costituzionali della giurisdizione ed in particolare che l'effettività di tale tutela è affidata dal legislatore all'istituto della ricusazione, risulta del tutto ingiustificata una disciplina dei casi di ricusazione che non contenga anche quelli di astensione.

Emerge un profilo di razionalità che potrebbe trovare la Corte costituzionale sensibile nell'ipotesi di un nuovo intervento anche alla luce di quella affermazione secondo cui le esigenze di tutela del giusto processo non possono essere assicurate soltanto dall'obbligo del giudice di astenersi nell'evenienza in cui ricorrano «altre gravi ragioni di convenienza», in quanto tale causa di astensione non rientra tra quelle previste dall'art. 37 c.p.p. quale motivo di ricusa-

⁴⁹ Occorre per correttezza segnalare come il momento di "espansione" dei poteri della giurisprudenza della Corte Costituzionale consegue ad una colpevole inerzia del potere legislativo che avrebbe il compito di prevenire la molteplicità degli interventi della Consulta su di una stessa materia.

⁵⁰ La terminologia è di SATTI, *Astensione e ricusazione del giudice*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 947.

⁵¹ Corte cost., n. 306 del 1997; sul tema cfr. pure Corte cost., n. 241 del 1999 laddove si precisa che la terzietà è «un modo di essere della giurisdizione»; Corte cost., n. 155 del 1996 allorchè si afferma che i requisiti costituzionali dei soggetti giudicanti «prima ancora che una pretesa di parte costituiscono esigenze obiettive ed irrinunciabili dell'ordinamento». Più di recente, cfr. Corte cost., n. 86 del 2013.

zione⁵².

Tuttavia, anche a voler ragionare in prospettiva *de iure condendo*, caratterizzata da una disciplina che equipari i casi di astensione e di ricusazione, si profila comunque una regolamentazione incapace di tutelare adeguatamente i caratteri costituzionali e comunitari della giurisdizione.

L'affermazione trova origine nel fatto che attraverso tali istituti la protezione dell'imparzialità del magistrato è subordinata, da un lato, all'iniziativa delle parti e, dall'altro, alla rigidità dei termini di presentazione dell'istanza di ricusazione fissati a pena di decadenza. L'impostazione codicistica si scontra con quella giurisprudenza della Corte europea che, in più occasioni, ha posto in evidenza come l'effettiva terzietà ed imparzialità siano da considerare alla «stregua di un canone oggettivo indeclinabile per la disciplina della funzione giurisdizionale»⁵³. A ben vedere si tratta di requisiti di tutela minimi che non possono dirsi soddisfatti dall'attuale disciplina dell'astensione e della ricusazione. Infatti, all'indomani del recepimento espresso in Costituzione dei principi di terzietà ed imparzialità del giudice, soprattutto in considerazione del ruolo strumentale che viene assegnato ai caratteri costituzionali della giurisdizione per la realizzazione del giusto processo, non può affidarsi la tutela di tali principi ad una disciplina che limita l'ambito di eccezione a ristrettissimi termini previsti a pena di decadenza e, soprattutto, all'attivazione della parte interessata. In realtà, a fronte dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale nonché della stessa Costituzione, occorre prendere atto che l'imparzialità del giudice non è più un diritto che può essere "gestito" dal privato potendo anche decidere di non esercitarlo, ma si è in presenza di un "interesse pubblico" non più disponibile⁵⁴.

In tale prospettiva, la disciplina dell'astensione e della ricusazione mostra tutta la sua inadeguatezza a garantire il rispetto dei connotati costituzionali della giurisdizione⁵⁵.

6. Il vizio di capacità.

L'inadeguatezza dei criteri di natura preventiva induce a spostare il campo d'indagine alla ricerca di tutele postume dei caratteri della giurisdizione pena-

⁵² Cfr. Corte cost., n. 283 del 2000.

⁵³ Sul tema, v. UBERTIS, *L'incompatibilità del giudice ha pure risvolti europei*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 1520; PATANE', *Nuovi orientamenti sulle capacità del giudice*, in *Giust. pen.*, 1997, III, 497. In giurisprudenza, cfr. Corte EDU, Hauschildt c. Denmark, 24 maggio 1989.

⁵⁴ In tal senso TREVISSON-LUPACCHINI, *La ricusazione del giudice nel processo penale*, cit., 264.

⁵⁵ In questa direzione cfr., volendo, DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 301.

le. L'attenzione si concentra, così, sulle disposizioni sanzionatorie che attengono ai profili di capacità del giudice. E, in tale percorso, non può ignorarsi il momento di incidenza del comando costituzionale e del precetto comunitario sulla norma positiva⁵⁶. In quelle sedi, imponendosi la garanzia di un giudice terzo ed imparziale, si esprime un precetto che si pone quale elemento integratore della norma ordinaria. In tale situazione, e nella già segnalata prospettiva di una possibile revisione processuale conseguente all'elusione di norme sanzionatorie che tutelano la disciplina del giusto processo, non appare comprensibile la persistenza di un'azione giudiziaria diretta a negare la riconducibilità della carenza di terzietà e di imparzialità del giudice nello schema legale di cui all'art. 178, lett. a), c.p.p.⁵⁷. Le opzioni operative risultano ancora meno comprensibili ove si ponga mente alle cadenze argomentative utilizzate. Si è precisato infatti come il difetto di capacità del giudice debba essere inteso quale «mancanza dei requisiti occorrenti per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali e non anche come difetto delle condizioni specifiche per l'esercizio di tali funzioni in un determinato procedimento»⁵⁸.

Il *dictum*, tralaticciamente reiterato più per abitudine che per forza di convinzione, è sprovvisto di agganci normativi. L'art. 178, co. 1, lett. a) c.p.p., nel fare riferimento al vizio di capacità del giudice, non distingue tra capacità generica e specifica. Se a tale constatazione si aggiunge il regime di tassatività degli atti nulli e, quindi, l'impossibilità di procedere a letture "diverse" da quelle oggettivate nel dato di legge, è agevole comprendere come le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza non siano la conseguenza di un percorso interpretativo del dato di legge, bensì una "ricostruzione" (*recte*, emanazione) dello stesso sulla base di probabili esigenze di politica organizzativa degli uffici.

Né può contestarsi la conclusione raggiunta sulla base dell'art. 33, co. 2, c.p.p.; se è vero che quest'ultimo assolve ad una funzione di "regolamento di confini" del vizio di capacità, è altrettanto vero che in tale perimetro non vi rientra il caso dell'attività svolta da un giudice incompatibile e, cioè, da un giudice attinto dalla forza della prevenzione e comunque privo di terzietà ed imparzialità.

⁵⁶ Il riferimento è all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁵⁷ Cfr. Cass., Sez. VI, 4 novembre 2015, P.O., in *Mass. Uff.*, n. 266326; Id., Sez. VI, 9 settembre 2015, A., *ivi* n. 264637; Id., Sez. VI, 27 aprile 2012, T., in *Dir. e giust. on line*; Id., Sez. un., 24 novembre 1999, Scrudato, in *Giust. pen.*, 2000, II, 398; Id., Sez. III, 20 novembre 1999, Sanasi, in *Mass. Uff.*, n. 214808; Id., Sez. VI, 13 maggio 1999, Baldini, *ivi* n. 214065.

⁵⁸ Tra le tante cfr. Cfr., Cass., Sez. III, 5 dicembre 2013, C., in *Mass. Uff.*, n. 258918; Id., Sez. III, 14 novembre 2003, J., in *Cass. pen.*, 2005, 1984; Id., Sez. VI, 14 gennaio 2000, Petralia, in *Mass. Uff.*, n. 216403; Id., Sez. un., 24 novembre 1999, Scrudato, cit.

E non è un caso che la stessa giurisprudenza costituzionale, affiancata da quella europea, abbia ritenuto giudice non idoneo il soggetto che versi in quelle situazioni le quali, ancorché non disciplinate, risultino caratterizzate dalla cosiddetta “forza della prevenzione” che fa venir meno i requisiti funzionali della terzietà ed imparzialità⁵⁹. Il messaggio è chiaro: la non idoneità del giudice non può divenire un fatto neutro per l’ordinamento. Questo deve rinvenire al suo interno strumenti di osservanza di quello che ormai è, per volere costituzionale, un presupposto del processo. E tali strumenti, proprio per la natura indisponibile dei valori tutelati, non possono essere sottratti al meccanismo di garanzia sanzionatoria delle invalidità processuali. Il rilievo appare tanto più condivisibile nella misura in cui si analizzino le cadenze argomentative di quelle decisioni tendenti ad escludere il vizio di capacità nell’evenienza di attività processuali svolte da un giudice sospetto. Esse, infatti, denotano un’evidente contraddittorietà in quanto da un lato si esclude, ai fini della rilevanza del vizio di capacità, la capacità specifica di esercizio e, dall’altro lato, sia pure con riferimento all’incompetenza funzionale⁶⁰, si ritiene rilevante «l’idoneità specifica dell’organo all’adozione di un determinato provvedimento»⁶¹. E se l’incompetenza funzionale si collega all’idoneità specifica, è rinve-

⁵⁹ Cfr. Corte EDU, *Fay c. Austria*, cit.; Id., *Sainte Marie c. Francia*, cit.; Id., *Nortier c. Olanda*, cit. V. altresì Corte cost., n. 241 del 1999; n. 290 del 1998, nn. 31 e 346 del 1997; nn. 131, 155 e 371 del 1996; n. 432 del 1995; nn. 453 e 455 del 1994; n. 439 del 1993; nn. 124, 186 e 399 del 1992; nn. 401 e 502 del 1991; n. 496 del 1990.

⁶⁰ Sul punto cfr. RICCIO, *La competenza funzionale nel diritto processuale penale*, Torino, 1959, 62, secondo cui la competenza funzionale sarebbe quella «competenza determinata in riferimento ad una situazione processuale di rapporti tra organi o di relazione tra attività, più analiticamente come competenza determinata in riferimento ad un rapporto di natura processuale tra organi che si individua in una situazione di dipendenza, di correlazione, di pariteticità e di coordinazione di funzioni ovvero in una relazione tra l’attività da compiere e l’attività precedente»; SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., 136; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961, 371.

⁶¹ In tal senso cfr. Cass., Sez. III, 19 aprile 1991, Spataro, in *Cass. pen.*, 1992, 1256, 646, laddove si precisa che «l’incompetenza funzionale, incidendo sull’idoneità specifica del giudice, è di carattere assoluto e deve essere rilevata anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento». Nel caso di specie la Corte ha rilevato un vizio di incompetenza funzionale nella violazione della regola secondo cui il giudice competente a giudicare in secondo grado la sentenza del pretore è la Corte d’Appello. Si precisa a tal fine che la competenza funzionale «è determinata dalla ripartizione degli affari penali tra diversi giudici dello Stato, per la quale ad un giudice spetta il potere-dovere di trattare determinate parti di un processo mentre le altre competono ad altri giudici». Cfr. pure Cass., Sez. un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, in *Riv. pen.*, 1994, 847, dove si afferma che «l’incompetenza funzionale equivale al disconoscimento della ripartizione delle attribuzioni del giudice in relazione allo sviluppo del processo e riflette i suoi effetti direttamente sulla idoneità specifica dell’organo all’adozione di un determinato provvedimento. Essa, pur non avendo trovato un’esplicita previsione neppure nel nuovo codice di procedura penale, proprio perché conaturata alla costruzione normativa delle attribuzioni del giudice ed allo sviluppo del rapporto processuale, è desumibile dal sistema ed esprime tutta la sua imponente rilevanza in relazione alla legittimità del provvedimento emesso dal giudice, perché la sua mancanza rende tale provvedimento

nibile ogniqualvolta si riscontri un vizio di capacità specifica di esercizio⁶². Tutto ciò però appare contrastare con quell'orientamento giurisprudenziale che individua i limiti del vizio di capacità solo con riferimento alle ipotesi di capacità generica⁶³.

Ed allora se la giurisprudenza, da un lato, riconduce al vizio di incompetenza funzionale un'ipotesi di nullità assoluta e se, in particolare, individua tale vizio nell'idoneità specifica del giudice a porre in essere un determinato atto non si comprende come si possa negare la sussistenza di una nullità *ex art. 178, co. 1, lett. a) c.p.p.* ogniqualvolta si sia in presenza di un vizio di capacità specifica al compimento di un determinato atto. In caso contrario occorrerebbe concludere che il difetto di incompetenza funzionale viene costruito al di fuori dei casi e degli schemi previsti dalla legge.

Tutto ciò, è noto, non è consentito dal regime di tassatività che informa le nullità processuali; ed allora occorre prendere atto che l'orientamento giurisprudenziale, laddove riconosce la nullità dell'atto solo in presenza di un vizio di capacità generica, non si fonda sull'interpretazione del dato normativo, ma costituisce un esempio (cattivo) di politica giudiziaria.

Ecco allora la necessità di ricondurre l'incompetenza funzionale ad un vizio tipico dell'atto. A ben vedere, di fatto, tale operazione è stata già effettuata ma non si è specificato a quale tipo di nullità fosse riconducibile. Dal momento

non più conforme a parametri normativi di riferimento». Nella specie la Corte, in applicazione dei principi enunciati, ha riconosciuto affetto da incompetenza funzionale e viziato, quindi, da nullità assoluta, il provvedimento di applicazione di una misura cautelare adottato da un G.I.P. in caso in cui, trattandosi di reati ministeriali, sussisteva la speciale competenza funzionale del collegio previsto dall'art. 7 della l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1.

⁶² Cfr. Cass., Sez. un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, cit; SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., 139, dove si afferma che «la nozione di competenza funzionale deriva dalla distinzione tra funzione in astratto e funzione in concreto. La concretizzazione della funzione astratta nel singolo processo con riferimento ai singoli organi costituisce la competenza funzionale, di questi ultimi. E poiché, come altrove abbiamo chiarito, la funzione consiste nell'esercizio di un certo numero di poteri, la competenza funzionale altro non è che la legittimazione dell'organo all'esercizio concreto dei poteri direttamente derivantigli dalla funzione astrattamente considerata. Poiché inoltre la concretizzazione della funzione è determinata dall'esistenza di un processo e la competenza è un presupposto processuale, l'ambito della competenza funzionale è determinato dal rapporto giuridico processuale onde può concludersi che la competenza funzionale è la sfera di attribuzioni per l'esercizio dei poteri direttamente derivanti dalla funzione astrattamente considerata, ai singoli organi giudiziari ed attinenti alla validità di un determinato rapporto giuridico processuale nella sua costituzione e nel suo svolgimento». Sicché, se l'incompetenza funzionale è un presupposto processuale e se, comunque, è ciò che conferisce legittimazione all'organo per l'esercizio dei poteri direttamente derivantigli dalla funzione si avrà incompetenza ogni qual volta tali poteri non vengono riconosciuti o vengono addirittura esclusi dalle attribuzioni dell'organo.

⁶³ Cfr. Cass., Sez. III, 5 dicembre 2013, C., cit.; Id., Sez. III, 14 novembre 2003, J., cit.; Id., Sez. III, 20 febbraio 2001, Perfetti, in *Cass. pen.*, 2002, 2443; Id., Sez. un., 24 novembre 1999, Scudato, cit.

in cui si afferma che la competenza è un «presupposto processuale»⁶⁴ ed in particolare che la competenza funzionale è un «requisito di idoneità specifica» del giudice a porre in essere in concreto un determinato atto ovvero a prendere cognizione di una determinata questione o causa⁶⁵ non par dubbio che tali affermazioni conducano ad un vizio di capacità. Dire che il giudice è inadeguato a porre in essere un atto o a trattare una questione specifica significa affermarne la sua incapacità⁶⁶.

Né alla conclusione raggiunta sembra ostare la formulazione dell'art. 7-*bis* dell'ordinamento giudiziario⁶⁷. In quella sede si dispone che «la violazione dei criteri per l'assegnazione degli affari, salvo il possibile rilievo disciplinare, non determina in ogni caso la nullità dei provvedimenti adottati». La disposizione completa il disegno legislativo che trova il suo antecedente nell'art. 33, co. 2, c.p.p.. Ma, come già anticipato, non sembra potere influire su quelle situazioni giuridiche in cui il giudice è carente dei requisiti minimi della giurisdizione. Questi, infatti, nulla hanno a che vedere con i «criteri per l'assegnazione degli affari»⁶⁸, bensì attengono alla capacità a trattare quell'affare indipendentemente dal criterio di assegnazione dello stesso⁶⁹.

⁶⁴ Così, Cass., Sez. fer., 2 settembre 1996, Pacifico, cit.; Id., Sez. un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, cit.

⁶⁵ In tal senso, cfr. Cass., Sez. un., 23 aprile 1974, Massazza, in *Mass. Uff.*, n. 128379; Id., Sez. III, 19 aprile 1991, Spataro, cit.

⁶⁶ Non a caso si è rilevato come «la nozione di competenza funzionale derivi dalla distinzione tra funzione in astratto e funzione in concreto. La concretizzazione della funzione astratta nel singolo processo con riferimento ai singoli organi costituisce la competenza funzionale, di questi ultimi. E poiché, come altrove abbiamo chiarito, la funzione consiste nell'esercizio di un certo numero di poteri, la competenza funzionale altro non è che la legittimazione dell'organo all'esercizio concreto dei poteri direttamente derivantigli dalla funzione astrattamente considerata. Poiché inoltre la concretizzazione della funzione è determinata dall'esistenza di un processo e la competenza è un presupposto processuale, l'ambito della competenza funzionale è determinato dal rapporto giuridico processuale onde può concludersi che la competenza funzionale è la sfera di attribuzioni per l'esercizio dei poteri direttamente derivanti dalla funzione astrattamente considerata, ai singoli organi giudiziari ed attinenti alla validità di un determinato rapporto giuridico processuale nella sua costituzione e nel suo svolgimento». Così SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., 139. Sicché se l'incompetenza funzionale è un presupposto processuale e se comunque è ciò che conferisce legittimazione all'organo per l'esercizio dei poteri direttamente derivantigli dalla funzione si avrà incompetenza ogni qual volta tali poteri non vengono riconosciuti o vengono addirittura esclusi dalle attribuzioni dell'organo.

⁶⁷ La disposizione è stata modificata dalla legge n. 111 del 2007.

⁶⁸ In senso contrario, cfr. SANTORIELLO, *Diritto ad un giudice idoneo*, in *Principi europei del processo penale*, cit., 161.

⁶⁹ Del resto, anche in sede giurisprudenziale si è precisato come, a fronte dell'assegnazione dei processi in violazione delle tabelle di organizzazione dell'ufficio, possa ravvisarsi una nullità in forza dell'art. 178 lett. a) c.p.p. quando si determini uno stravolgimento dei principi e dei canoni essenziali dell'ordinamento giudiziario, per la violazione di norme come quelle riguardanti la titolarità del potere di assegnazione degli affari in capo ai dirigenti degli uffici e l'obbligo di motivazione dei provvedimenti. Così, Cass., Sez. VI, 31 marzo 2015, Vitale, in *Mass. Uff.*, n. 263079; Id., Sez. fer., 29 agosto 2013, Agrama, *ivi*, n. 256570; Id., Sez. VI, 14 luglio 2005, Colubriale, *ivi*, n. 232310; Id., Sez. I, 7 maggio

Del resto, tale conclusione sembra condivisa da quella giurisprudenza che riconosce la nullità assoluta della decisione emessa da un giudice ricusato nell'ipotesi di successivo accoglimento della dichiarazione di ricusazione; sanzione processuale questa che «deriva dalla accertata inidoneità del giudice al corretto esercizio della funzione giurisdizionale in relazione ad uno specifico procedimento, e attiene perciò non all'attribuzione in astratto di potestà giurisdizionale, bensì ai modi e limiti del potere esercitabile in un determinato giudizio. Ricondotta l'imparzialità a requisito essenziale della funzione giurisdizionale, siffatta inidoneità in concreto derivante da difetto d'imparzialità altro non è però che un difetto di capacità particolare a giudicare, che esigenze sistematiche impongono di ricondurre alla previsione dell'art. 178, co. 1, lett. a), c.p.p.»⁷⁰

Il principio, tecnicamente corretto, svela una contraddizione di fondo con riferimento a quei pronunciati che viceversa limitano l'invocazione del vizio di capacità alle sole ipotesi in cui il giudice sia sprovvisto dei requisiti minimi della giurisdizione. Quel che non si comprende è la ragione per cui una medesima situazione giuridica integrante lo schema legale dell'art. 178, lett. a), c.p.p. venga considerata diversamente a seconda che si sia pervenuti o meno ad una decisione sulla ricusazione. Sul punto è sufficiente considerare che quest'ultima non costituisce elemento integratore della "fattispecie-vizio di capacità". Ed allora, consapevoli del principio di tassatività che informa il regime delle nullità, la segnalata contraddizione non può che trovare origine in momenti applicativi tendenti ad eludere le garanzie presidiate dalle invalidità processuali.

Tuttavia, anche a voler ritenere che il vizio di capacità sia rilevabile solo a fronte di una carenza dei requisiti generici di esercizio delle funzioni giurisdizionali, deve evidenziarsi come tale evenienza ricorra nelle ipotesi di difetto di terzietà ed imparzialità dell'organo giudicante. L'affermazione trae origine dalla consapevolezza che il comando costituzionale afferma una strumentalità della giurisdizione rispetto al giusto processo. E siccome non può darsi giurisdizione senza un giudice terzo ed imparziale, tali requisiti assurgono ad elementi presupposto per la realizzazione del giusto processo. Di qui l'evidente mancanza dei requisiti generici di esercizio delle funzioni giurisdizionali⁷¹.

Ed infatti, dal momento in cui il Costituente, con una disposizione di portata

2003, Solito, *ivi*, n. 227212.

⁷⁰ Così, Cass., Sez. un., 27 gennaio 2011, Tanzi, in *Cass. pen.*, 2011, 4210.

⁷¹ Sul tema dell'individuazione di un profilo di vizio di capacità a fronte di una carenza di terzietà ed imparzialità dell'organo giudicante, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 54 e 321.

precettiva, ha inteso individuare nella terzietà ed imparzialità del giudice dei “requisiti di esistenza” della giurisdizione, non può dubitarsi che la mancanza degli stessi evidenzi in capo al giudicante la carenza di quei “connotati minimi” per la realizzazione di una funzione di giudizio. La situazione è rapportabile ad una vera e propria “carenza di potere”⁷². Del resto, disciplinando in tal modo i caratteri minimi della giurisdizione, il Costituente non ha fatto altro che adeguarsi agli insegnamenti della Corte Costituzionale succedutisi nel tempo; in quella sede, infatti, oltre ad essersi evidenziato come la terzietà fosse un «modo d’essere della giurisdizione»⁷³, si era anche posto in rilievo come i connotati della terzietà ed imparzialità fossero posti a tutela non solo e non tanto dell’interesse del singolo, ma soprattutto dell’interesse generale dell’ordinamento di pervenire ad una giusta decisione. Si è così correttamente precisato come «i requisiti costituzionali dei soggetti giudicanti, prima ancora che una pretesa di parte, costituiscano esigenze obiettive ed irrinunciabili dell’ordinamento»⁷⁴. La conclusione conduce ad ulteriori risultati solo che si consideri il riconoscimento, reso espresso dall’art. 111 Cost., della giurisdizione quale presupposto del processo⁷⁵. In tal senso, come si è visto, si era già orientata la Corte Costituzionale laddove aveva affermato che «nell’ambito del principio del giusto processo, di cui questa Corte in numerose occasioni, ha definito i profili sulla base delle disposizioni costituzionali che attengono alla disciplina della giurisdizione, posto centrale occupa l’imparzialità-neutralità del giudice, in carenza della quale, tutte le altre regole e garanzie processuali perderebbero di concreto significato»⁷⁶. Nella stessa linea sembra porsi anche quella giurisprudenza che ha rilevato come la competenza sia un «presupposto processuale indissociabile dall’attività di giurisdizione» e diretta ad «assicurare l’astratta imparzialità del giudice attraverso la precostituzione di strumenti

⁷² A prescindere dall’emergere di un profilo di inesistenza dell’atto, quel che qui occorre rilevare è come la giurisprudenza, relegando il vizio di capacità solo alle ipotesi in cui manchino i requisiti generici di esercizio delle funzioni giurisdizionali, pervenga ad una interpretazione che evidenzia momenti di confusione tra l’inesistenza e la nullità. E ciò è ulteriore riprova dell’erroneità della linea interpretativa adottata.

⁷³ In tal senso, Corte cost., n. 241 del 1999.

⁷⁴ Così, Corte cost., n. 155 del 1996.

⁷⁵ Sulla nozione di presupposto processuale cfr. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., 170; GARO, *Procedibilità*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 806; ID., *Competenza ed incompetenza e relativa declaratoria. I conflitti*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 378; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, I, 1961, 157; MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, II, Napoli, 1934, 565; MANZINI, *Trattato di diritto processuale italiano*, a cura di Conso e Pisapia, IV, Torino, 1972, 3.

⁷⁶ Cfr. Corte cost., n. 308 del 1997.

oggettivi per la determinazione della sua sfera di cognizione»⁷⁷.

Occorre pertanto prendere atto di come vi sia un riconoscimento del fatto che certi valori, come la terzietà ed imparzialità del giudice, non siano disponibili secondo gli umori e la diligenza delle parti in quanto coinvolgenti interessi dell'intera collettività⁷⁸; in tale contesto, va colto il significato del riconoscimento alla giurisdizione, e per essa ai suoi caratteri propri, del ruolo di presupposto processuale⁷⁹.

8. L'inutilizzabilità.

L'inosservanza dei requisiti di terzietà ed imparzialità del giudice pone di fronte ad un soggetto il quale, anche se formalmente giudice, non ne possiede i caratteri identificativi. In tal modo, nella misura in cui quel soggetto attende ad acquisizioni probatorie, occorre verificare se il relativo procedimento acquisitivo risulti caratterizzato dalla violazione di un divieto di legge rilevante ai sensi dell'art. 191 c.p.p.. Sul punto la genericità della formula lessicale non pare consentire dubbi; per divieto di legge deve intendersi non solo quello espressamente contemplato, ma anche quello enunciato in forma indiretta: si pensi ai casi in cui la fattispecie è costruita in termini di permesso ovvero a quella evenienza in cui la sua operatività sia ancorata a condizioni e presupposti⁸⁰.

⁷⁷ Cfr. Cass., Sez. fer., 13 agosto 1996, Pacifico, cit.; Id., Sez. un., 25 ottobre 1994, De Lorenzo, cit.; Trib. Perugia, 6 dicembre 1996, Verde, in *Rass. Giur. umbra*, 1997, 515.

⁷⁸ Così GAITO, *Competenza ed incompetenza e relative declaratorie. I conflitti*, cit., 379; UBERTIS, *L'incompatibilità del giudice ha pure risvolti europei*, cit., 1520.

⁷⁹ Nel senso per cui costituisce "presupposto processuale" l'esistenza di un organo fornito di giurisdizione cfr. GAITO, *Procedibilità*, cit., 806; FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 1926, 58; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, cit., 157; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, a cura di Conso e Pisapia, IV, cit., 3; MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, II, cit., 565; SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali*, cit., 249; per una nozione di presupposto processuale come elemento che attiene alla legale costituzione del processo, GAITO, *Competenza ed incompetenza e relative declaratorie. I conflitti*, cit., 377.

⁸⁰ Sul punto cfr. GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Dig. Disc.*, Torino, VII, 1993, 246; NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 154; ID. *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 647; PIERRO, *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, 145; SIRACUSANO, *Le prove*, in *Diritto processuale penale*, Milano, I, 1994, 375. Sul tema, volendo, cfr. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 52. Anche in sede giurisprudenziale si è riconosciuto come i divieti probatori vadano individuati non solo in «quelli espressamente previsti dall'ordinamento processuale, come accade, ad esempio, nei casi indicati dagli artt. 197 e 234, co. 3, c.p.p. e, cioè in materia di incompatibilità a testimoniare o in relazione all'impossibilità giuridica di acquisire atti il cui contenuto faccia riferimento alle voci correnti del pubblico, ma possono anche essere desumibili dall'ordinamento e ciò, accade tutte le volte in cui i divieti, in materia probatoria, non sono dissociabili dai presupposti normativi che condizionano la legittimità intrinseca del procedimento formativo o acquisitivo della prova». Cfr. Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Giust. pen.*, 1997, III, 139; negli stessi termini v. anche Id., Sez. un., 13 luglio 1998, Gallieri, in

In tali evenienze nessuno dubita che, sebbene non vi sia la previsione espressa di un divieto di legge, attraverso le formule “è vietato”, “non può”, “non sono ammesse”, “non sono consentite”, lo stesso possa ricavarsi dalla previsione legislativa che autorizza l’acquisizione e, quindi, la valutazione della prova solo in presenza di quei requisiti che consentono l’operatività della fattispecie⁸¹; quest’ultima, infatti, produrrà i suoi effetti allorchè risulti integrato il relativo schema legale. Peraltro sarebbe del tutto irragionevole, laddove la volontà legislativa si risolve in una proibizione, escludere la sanzione dell’inutilizzabilità solo per le modalità espressive impiegate di volta in volta. Occorre quindi prescindere da queste ultime potendo le stesse risultare anche casuali, come sembra emergere da quelle disposizioni le quali, dopo un elenco di atti consentiti, qualificano i residui come non ammessi ovvero ammessi con limitazioni⁸². Né quanto qui affermato può trovare ostacolo nella considerazione secondo cui il legislatore si è premurato di prevedere espressamente l’inutilizzabilità in alcune disposizioni di legge⁸³; infatti, qualora da tale circostanza se ne volesse inferire l’esistenza di un “sistema chiuso”, non si comprenderebbe perché, oltre alle disposizioni speciali in cui il legislatore ha comminato espressamente l’inutilizzabilità, si è avvertita l’esigenza di una previsione che regolamentasse in via generale la materia; ancor meno si comprenderebbe il motivo per cui una serie di disposizioni, pur prevedendo espressamente il divieto, non contemplano la sanzione e gli effetti che, viceversa, vanno desunti dalla disposizione generale dell’art. 191 c.p.p.⁸⁴.

La circostanza rende ragione del fatto che la previsione della norma generale è dimostrativa della volontà di non limitare le ipotesi di inutilizzabilità solo a quelle evenienze che la comminano espressamente.

Né, in relazione a quanto affermato, varrebbe l’obiezione che le caratteristiche soggettive del giudice non sono in grado di integrare un divieto di legge sulla prova, bensì soltanto sulle sue modalità acquisitive. Se è vero, infatti, che secondo l’originaria opinione dei compilatori l’inutilizzabilità era stata concepita con riguardo al solo momento dell’ammissione della prova, mentre «la nullità [sarebbe stata] riservata alla violazione delle forme degli atti»⁸⁵, è altrettanto vero che tale simmetria non fu confermata nel testo definitivo dove, non

Cass. pen., 1999, 465, 157.

⁸¹ Si pensi alle ipotesi di cui agli artt. 266 co. 1 e 2; 103 co. 1; 360 co. 1 e 5; 325 co. 1; 352 co. 4; 355, co. 2 e 3, c.p.p..

⁸² È l’ipotesi, ad esempio, degli artt. 238, co. 4, e 254, co. 3, c.p.p..

⁸³ Cfr. artt. 271, co. 1; 195 co. 3 e 7; 203; 63, co. 1 e 2; 240, 350 co. 6 e 7 c.p.p.

⁸⁴ Fra le tante evenienze cfr. gli artt. 62, 220, co. 2, c.p.p.

⁸⁵ Cfr. *Relazione al Progetto Preliminare al Codice di procedura penale*, Roma, 1988, 61.

a caso, si rinvencono fattispecie normative in cui la sanzione dell'inutilizzabilità, od il correlativo precetto costruito come divieto, risultano dettati anche per le modalità di acquisizione-formazione della prova⁸⁶. Ed è in questo contesto che va apprezzato l'emendamento apportato all'art. 191 c.p.p. che ha sostituito all'originaria locuzione «prove ammesse» quella di «prove acquisite». Il riferimento all'acquisizione impone di considerare la formula come volutamente non restrittiva. Per convincersene è sufficiente porre mente alle caratteristiche del procedimento probatorio⁸⁷; questo, com'è noto, si compone di tre distinti momenti della progressione procedimentale⁸⁸ costituiti dall'ammissione, dall'acquisizione-formazione ed infine dalla valutazione.

Ed allora, a fronte di una disciplina che prevede il divieto di utilizzo di un risultato conoscitivo, l'aver riferito tale divieto anche al momento acquisitivo non può che significare la volontà di coprire con l'inutilizzabilità ogni violazione dell'intero procedimento probatorio. Si è in sostanza affermata l'operatività della sanzione anche in un momento successivo del procedimento probatorio; le caratteristiche di quest'ultimo⁸⁹ conducono in termini di tranquillità alla conclusione che la tutela del momento acquisitivo implica e presuppone quella del precedente momento ammissivo⁹⁰. Tale realtà è stata colta e ribadita anche in sede giurisprudenziale laddove si è affermato che per prova si intende «tanto il mezzo, lo strumento il veicolo di conoscenza di un fatto dedotto nel processo quanto il risultato gnoseologico offerto alla percezione del giudice»⁹¹.

⁸⁶ V., ad esempio, gli artt. 271, co. 1; 350, co. 6; 251, co. 1, c.p.p. Sul punto cfr., già in questi termini, NOBILI, *Art. 191*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, II, 1990, Torino, 412.

⁸⁷ Sul tema cfr. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 53.

⁸⁸ Sulle caratteristiche progressive del procedimento cfr. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., 131; SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 11. Quest'ultimo Autore identifica la nozione di collegamento causale degli atti con il concetto di vincolazione giuridica, affermando che è l'energia che sprigiona l'atto a determinare il collegamento causale con l'atto successivo del procedimento. Nel senso che il procedimento è una «combinazione di atti i cui effetti sono causalmente collegati» e che «non vi è un effetto unico ma un effetto finale» cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 425.

⁸⁹ Come tutti i procedimenti anche quello probatorio è caratterizzato dalla nota dell'obbligatorietà in forza della quale il rapporto tra gli atti è di implicazione nel senso che quello precedente obbliga alla realizzazione dell'atto successivo. Sul punto cfr. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., 134.

⁹⁰ Sul concetto di acquisizione cfr. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale, Appunti sul nuovo codice*, Torino, 1990, 128; COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 126.

⁹¹ Così, Cass., Sez. un., 25 febbraio 1998, Gerima, in *Cass. pen.*, 1998, 1951, 1115; Id., Sez. un., 13 luglio 1998, Citaristi, in *Giust. pen.*, 1999, III, 355. Sul tema, cfr. altresì Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Mass. Uff.*, n. 225467 in cui si è sottolineato come la disposizione di cui all'art. 191 c.p.p.

Il valore polisemantico del termine prova riceve, sul piano della disciplina normativa, configurazione unitaria nella ricostruzione della «vicenda probatoria in termini di sequenza o di successione di atti destinati a fornire la conoscenza dei fatti dedotti nella *res iudicanda* ed a determinare il convincimento del giudice in ordine agli stessi [...]»; è ormai consolidato il riferimento alla figura del procedimento probatorio, all'analisi delle fasi in cui esso si articola ed al mezzo funzionale che lega i vari momenti i quali pur nell'autonomia strutturale sono proiettati verso la decisione finale»⁹².

L'enunciato appare tanto più rilevante ove si consideri che funge da premessa alla conclusione secondo la quale «l'inutilizzabilità prevista dall'art. 191 c.p.p. opera su un duplice piano: come divieto di acquisizione e come divieto d'uso della prova» precisandosi che, sotto il primo profilo, «l'inutilizzabilità impedisce l'ammissione e l'assunzione del mezzo di prova colpito dal divieto»⁹³.

Pertanto, non pare discutibile che l'aver modificato l'art. 191 c.p.p. sostituendo il termine «ammissione» con quello di «acquisizione», esprime la volontà di tutelare con una norma di garanzia la regolarità dell'intero procedimento probatorio⁹⁴. E, quando questa viene inficiata dalla carenza dei caratteri fondanti il presupposto costituzionale della giurisdizione, il «divieto d'uso» si ricava anche sotto il profilo della c.d. prova incostituzionale⁹⁵; circostanza questa, in grado di superare anche la *querelle* tendente a valutare se il campo d'azione dell'inutilizzabilità afferisca solo alla prova *ex se* o anche al *quomodo* della stessa. Tuttavia, l'invocazione della inutilizzabilità non potrebbe prestarsi a risolvere, in ogni evenienza, il *deficit* dei requisiti giurisdizionali a causa, da un lato, delle resistenze operative a riconoscere al vizio di inutilizzabilità una capacità di propagazione⁹⁶ e, dall'altro lato, in presenza di quei riti in

concerna un «divieto di acquisizione»; parla di «divieto di ammissione» Cass., Sez. V, 18 luglio 2014, V.G., in *Mass. Uff.*, n. 260073.

⁹² Cfr., Cass., Sez. un., 25 febbraio 1998, Gerina, cit.

⁹³ V. Cass., Sez. un., 25 febbraio 1998, Gerina, cit.

⁹⁴ Sul tema, per approfondimenti, cfr. volendo DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, cit., 56.

⁹⁵ In tale evenienza, infatti, si sarebbe in presenza di «attività compiuta in dispregio di fondamentali diritti del cittadino» e, perciò, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale, i relativi risultati «non possono essere assunt(i) di per sé, a giustificazione e a fondamento di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito». Così Corte cost. sent. n. 34 del 1973; Id., n. 81 del 1993; Id., n. 229 del 1998. Per un espresso riconoscimento dell'inutilizzabilità da prova incostituzionale, cfr. Cass., Sez. un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in *Cass. pen.*, 2000, 2595, 1419; negli stessi termini Id., Sez. un. 21 giugno 2000, Tammaro, *ivi*, 2000, 3259, 1763; Id., Sez. un., 24 settembre 1998, Gallieri, cit.; Id., Sez. un., 25 febbraio 1998, Gerina, cit., Id., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, cit.

⁹⁶ Cfr. Cass., Sez. I, 29 settembre 2015, El G., in *Cass. pen.*, 2016, 2577; Id., Sez. V, 20 novembre 2014, S., *ivi*, 2015, 4101; Id., Sez. V, 11 novembre 2011, n. 21047, in *Mass. Uff.*, n. 250415. Sul tema, per un maggiore approfondimento, sia consentito il rinvio a DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*.

cui il giudice non presiede ad acquisizioni probatorie, limitandosi ad una funzione di giudizio meramente valutativa⁹⁷.

8. L'inesistenza.

L'inquadramento costituzionale dei requisiti di imparzialità e terzietà del giudice tra i presupposti processuali⁹⁸ conduce a ragionare in termini di inesistenza dell'atto e tale ipotesi ricostruttiva risulta legittimata da quella giurisprudenza che non riconosce, a fronte di situazioni riconducibili ad una carenza di terzietà ed imparzialità dell'organo giudicante, il vizio di capacità del giudice. Il tema si pone anche nella misura in cui non dovesse ravvisarsi l'incidenza del divieto d'uso di cui all'art. 191 c.p.p., ovvero nei limiti della parziale operatività dello stesso dovuta alle caratteristiche del rito⁹⁹.

Né vale obiettare l'ambiguità del richiamo alla categoria dell'inesistenza in quanto non direttamente contemplata dal legislatore. Non è dubbio che l'inesistenza, quale figura "spuria" di invalidità, si delinea attraverso componenti convenzionali¹⁰⁰. Ed infatti, scontata una sorta di «crisi di ipertrofia del concetto»¹⁰¹, l'idea che l'atto inesistente possa solo «approssimativamente sagomarsi, non definirsi ma esattamente intuirsi»¹⁰², tradisce il carattere parzialmente empirico della relativa analisi gnoseologica¹⁰³.

Tuttavia, nonostante gli innumerevoli «tentativi ortopedici dell'esegesi»¹⁰⁴, si è pervenuti ad identificare la collocazione operativa dell'inesistenza intesa come «carenza del minimo di individuazione necessaria dell'atto»¹⁰⁵ ovvero come mancanza dei requisiti essenziali per l'identificazione dello stesso¹⁰⁶. Ed invero, considerato che ciascun atto è composto da «elementi di struttura la cui somma è necessaria e sufficiente perché possa dirsi integrato il paradigma a

Struttura e funzione del vizio, cit., 91.

⁹⁷ Si pensi ai procedimenti camerati, al processo innanzi alla Corte di cassazione ed allo stesso giudizio di appello laddove non si proceda alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

⁹⁸ Correttamente si è affermato che «l'espressione presupposto processuale inteso alla lettera induce proprio a pensare alle circostanze senza cui non ci sarebbe processo o rapporto processuale» CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., 170.

⁹⁹ V. *infra* § 8.

¹⁰⁰ Cfr. CORDERO, *L'«inesistenza» della decisione giudiziaria*, cit., 606.

¹⁰¹ V. CORDERO, *L'«inesistenza» della decisione giudiziaria*, cit., 602, nota 1.

¹⁰² Così DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, cit., 143.

¹⁰³ Correttamente in tal senso MAMBRUCCHI, *Le forme di documentazione dell'attività del pubblico ministero*, in *Studi sul processo penale*, a cura di Gaito, Padova, 1996, 241.

¹⁰⁴ Cfr. PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, cit., 240.

¹⁰⁵ V. TORRENTE, *Spunti per uno studio sull'inesistenza e sulla nullità della sentenza*, in *Studi in onore di Redenti*, II, Milano, 1951, 395.

¹⁰⁶ Così MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, II, cit., 456.

cui il legislatore allude»¹⁰⁷, la carenza di uno di tali elementi preclude «qualsiasi assimilazione tra ciò che è stato, e che dell'atto abbia l'apparenza, e l'atto tipizzato dalla norma»¹⁰⁸. In questi casi l'assoluta improduttività di ogni effetto giuridico evidenzia la «vistosità dell'imperfezione»¹⁰⁹ che, oltre ad impedire la produzione degli effetti dell'atto imperfetto, non ne consente la produzione neppure in forma precaria¹¹⁰.

Il problema quindi si sposta sull'individuazione dei requisiti che costituiscono il «coefficiente genetico» dell'atto¹¹¹. L'operazione evidenzia difficoltà in ragione dell'assenza di uno specifico riferimento normativo. Ma la considerazione non solleva l'interprete da un impegno ricostruttivo proprio in considerazione della funzione di garanzia che assolve la figura dell'inesistenza. Quest'ultima trova origine nella necessità di non lasciare "scoperti" quei vizi dell'atto non rientranti nelle sanzioni espressamente disciplinate; in particolare il riferimento è a quelle evenienze così radicali che il legislatore non ha nemmeno pensato di prevedere; se così è, non vi è dubbio che l'ambito di operatività dell'inesistenza debba trovare un parametro di sbarramento nella disciplina della nullità e dell'inutilizzabilità¹¹². Del resto, ancorare gli spazi operativi dell'inesistenza ai vuoti lasciati da tale disciplina pone un duplice limite che risulta utile per l'inquadramento della categoria: infatti, da un lato, non è diagnosticabile come causa di inesistenza la difformità tra atto e relativo schema legale quando la stessa è minore di quelle assunte dalla legge come cause di nullità ed inutilizzabilità; dall'altro lato, non può ravvisarsi un'ipotesi di atto inesistente laddove il vizio è già inquadrato come causa di invalidità. E ciò per la semplice ragione che l'inesistenza si differenzia dai vizi espressamente disciplinati e, dunque, la stessa non può ravvisarsi in ciò che la legge disciplina esistente anche se viziato.

La conclusione è stata recepita anche in sede giurisprudenziale nella misura in cui si è evidenziato come il ricorso all'inesistenza «comprendente quei vizi tanto macroscopici da indurre il legislatore a non ipotizzarne nemmeno

¹⁰⁷ In tal senso CORDERO, *L'inesistenza della decisione giudiziaria*, cit., 611.

¹⁰⁸ Cfr. PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, I, Milano, 1965, 77.

¹⁰⁹ Sul punto vedi le argomentazioni di MAMBRUCCHI, *La forma di documentazione dell'attività del pubblico ministero*, cit., 242.

¹¹⁰ Cfr. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 98.

¹¹¹ La terminologia è di MAMBRUCCHI, *La forma di documentazione dell'attività del pubblico ministero*, cit., 242.

¹¹² Nel senso che una simile indagine debba essere condotta con metodo deduttivo e cioè attraverso l'analisi del sistema dei principi che informano le singole fattispecie processuali cfr. MAMBRUCCHI, *La forma di documentazione dell'attività del pubblico ministero*, cit., 242, sul punto v. anche CORDERO, *L'inesistenza della decisione giudiziaria*, cit., 611; GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, 1980, 340.

l'eventualità e l'interprete a negarne la collocazione nell'ambito degli atti giuridici, continu[i] a prospettarsi come il risultato di un'operazione interpretativa; sicchè essa non può essere mai diagnosticata quando il vizio ricada già in una specie d'invalidità disciplinata dalla legge»¹¹³.

Pertanto, l'ambito applicativo della categoria dell'inesistenza dell'atto si ritaglia negativamente da quello espressamente disciplinato dall'ordinamento avuto riguardo alle ipotesi di invalidità proprio in ragione della diversità ontologica enucleabile tra un atto che non esiste ed un altro che, seppure viziato, non solo esiste ma può, a certe condizioni, produrre i suoi effetti. Basti pensare alle ipotesi di sanatoria. In tale prospettiva l'inesistenza dell'atto deve essere ricondotta a quella «zona di irregolarità che resta fuori dall'ambito di efficacia della sanatoria»¹¹⁴. Di qui anche il senso della riconducibilità dell'atto inesistente alle evenienze di mancanza dei presupposti processuali e, tra questi, primo fra tutti quello relativo alla giurisdizione¹¹⁵.

Non è un caso che anche in sede giurisprudenziale si sia riconosciuta l'inesistenza giuridica di un provvedimento nell'ipotesi in cui lo stesso fosse privo «dei requisiti minimi quali la provenienza da un organo titolare del potere giurisdizionale»¹¹⁶; in particolare si è precisato come ricorra un'ipotesi di inesistenza dell'atto anche quando un «soggetto, investito di potestà giurisdizionale, si arroghi un potere riconosciuto non a lui personalmente bensì all'organo collegiale che concorre a formare»¹¹⁷.

Ora, al di là di una variegata casistica¹¹⁸, non pare potersi dubitare che ogni

¹¹³ Cfr. Cass., sez. un., 17 aprile 1996, Pagnozzi, in *Cass. pen.*, 1996, 3286, 1813; Id., Cass., sez. VI, 4 gennaio 2000, Rizzo, *ivi*, 2001, 1296.

¹¹⁴ Così LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, cit. 743.

¹¹⁵ Sul tema cfr. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, cit. 238.

¹¹⁶ Cfr. Cass., Sez. I, 19 marzo 1996, Jordanovic, in *Cass. pen.*, 1997, 14221; Id., Sez. un., 26 aprile 1989, Gorla, in *Giust. pen.*, 1989, III, 740.

¹¹⁷ Così, Cass., Sez. I, 15 aprile 1983, Zoroddu, in *Cass. pen.*, 1984, 1200, 865. La fattispecie concreta rimessa al giudizio della Corte era relativa al caso di un presidente della Corte di Assise che, nella fase degli atti preliminari al giudizio, aveva provveduto su un'istanza di scarcerazione per decorrenza dei termini di custodia cautelare.

¹¹⁸ La giurisprudenza ha sottolineato come il difetto di potere giurisdizionale determini la inesistenza dell'atto posto in essere dal soggetto privo di tale requisito. In particolare si è ritenuta inesistente una sentenza priva della sottoscrizione del giudice estensore dovendosi intendere la sentenza «come atto documentale della decisione», comprensivo tanto del dispositivo quanto «della relativa motivazione» e «formato nella fase successiva della deliberazione». Cass., Sez. II, 17 ottobre 2000, p.m. in c. Pavani, in *Mass. Uff.*, n. 2178888. Ed ancora con riguardo al provvedimento di archiviazione emesso dallo speciale Collegio di cui all'art. 7 legge 16 gennaio 1989, n. 1 (in ordine alla costituzione del quale erano stati denunciati alcuni vizi) si è affermato che tale provvedimento non possa considerarsi inesistente ma nullo sul presupposto che «provvedimenti inesistenti sono solo quelli in ordine ai quali è da escludersi la provenienza da un organo investito del potere giurisdizionale» Cass., Sez. un., 26 aprile 1989, Gorla, cit., 741. Inoltre, (nella vigenza dell'abrogato codice di rito) si è ritenuta inesistente la sentenza delibera-

forma di vizio attinente il potere di esercizio delle funzioni giurisdizionali non può risolversi per l'ordinamento in un fatto neutro.

Occorre quindi, lo si ripete, prendere consapevolezza che il tema riguarda valori che non possono ritenersi adeguatamente tutelati secondo gli umori e/o le diligenze delle parti¹¹⁹: sono le fonti sovranazionali che impongono l'osservanza del comando giuridico di garantire un giudice terzo ed imparziale ponendo in discussione l'esistenza stessa di un magistrato privo di tali connotati.

Sul punto l'ostinazione giurisprudenziale di escludere, con riferimento alla violazione dei caratteri costituzionali della giurisdizione, ogni forma di invalidità processuale dirige la soluzione interpretativa verso la figura dell'inesistenza dell'atto.

9. Conclusioni.

In conclusione, terzietà ed imparzialità della giurisdizione, imposte dalle "fonti prevalenti" rappresentate dalla Costituzione, dalla Convenzione edu e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea seppur disciplinate, sul piano astratto, attraverso gli istituti dell'incompatibilità, dell'astensione e della ricasazione scontano un inadeguato risultato concreto a causa di una prassi applicativa che rifiuta l'operatività di sanzioni processuali di garanzia a fronte dell'operato di un giudice che, pur versando in situazioni di incompatibilità, astensione e/o ricasazione, continui ad esercitare il proprio magistero. Si è già visto come tale «istinto di conservazione» che caratterizza il «farsi concreto» degli istituti preposti a garantire terzietà ed imparzialità del giudice non è più giustificato a fronte della previsione della revisione processuale¹²⁰.

E, per la verità, non pare controvertibile che una "condizione" del processo, quale è il giudice terzo ed imparziale, laddove non osservata, integri una violazione del giusto processo.

Pertanto, l'ostinazione giurisprudenziale a non riconoscere la concreta vigen-

ta da vice pretore onorario diverso da quello che aveva diretto l'udienza di discussione (Cass., Sez. I civ., 3 aprile 1985, Bucci c. Leli, in *Foro it.*, 1986, I, 519). Ed infine è stato ritenuto inesistente il provvedimento emesso dal presidente di Corte di assise - a seguito di una istanza di scarcerazione per decorrenza dei termini massimi di custodia cautelare - nella fase degli atti preliminari al giudizio (Cass., Sez. I, 15 aprile 1983, cit.) dal momento che il provvedimento non era di competenza di un organo monocratico ma collegiale. Si è poi ravvisata l'inesistenza dell'atto di trasmissione del processo effettuata dal Presidente del Tribunale di Caltanissetta (con conseguente nullità di tutti gli atti successivi) nel caso in cui sia stato istituito con legge un Tribunale (nel caso di Gela) e la incompetenza territoriale non sia stata accertata con sentenza (cfr. Trib. Gela, 12 aprile 1991, in *Giust. pen.*, 1991, III, 554).

¹¹⁹ Così esattamente GAITO, *Competenza ed incompetenza e relative declaratorie. I conflitti*, cit. 379.

¹²⁰ V. Corte cost., n. 113 del 2011.

za alle sanzioni processuali rischia di porre nel nulla quel risultato che si intende salvaguardare, attraverso l'elusione interpretativa della relativa disciplina codicistica. Deve allora prendersi atto della non attualità della tradizionale dicotomia "efficienza-garanzia" e pervenire ad esegesi del comando positivo in osservanza degli obblighi costituzionali e comunitari. Tali "fonti prevalenti", imponendo un giudice terzo ed imparziale, non possono tollerare letture "accomodanti" che si trincerano dietro l'argine degli istituti di natura preventiva come l'astensione e la ricusazione. È necessario che l'ordinamento sia in grado di fornire una risposta anche nelle ipotesi in cui un giudice eserciti le sue funzioni sfuggendo alla maglia di tali istituti; e la situazione è tutt'altro che infrequente solo allorchè si considerino i complessi oneri formali e cronologici che la parte è costretta ad osservare per la proposizione della ricusazione. Come se non bastasse, il problema è accentuato da una più limitata previsione dei casi di ricusazione rispetto a quelli contemplati per l'astensione. La circostanza delinea ulteriori problematicità operative. Se ci si attendesse a tali istituti rimarrebbero privi di tutela i casi in cui il giudice risulti attinto dalla c.d. "forza della prevenzione" in situazioni non contemplate. Ed in tali ipotesi, sia la Corte edu che la Consulta¹²¹ hanno riconosciuto la necessità di un presidio che, evidentemente, può essere offerto solo mediante il ricorso alle invalidità processuali. Peraltro, il segnalato "disallineamento" tra i casi di astensione e quelli di ricusazione fa emergere la predilezione legislativa ad "affidare" al soggetto sospetto la valutazione della sua neutralità. Ma il tema non può essere tutelato con strumenti deontologici. E, tanto meno, risulta appagante la scelta di affidare all'iniziativa delle parti, peraltro entro termini molto ristretti resi ancor più inadeguati dalle modalità attuative della dichiarazione di ricusazione decisamente complesse, il presidio di un "presupposto processuale".

Occorre, quindi, rompere gli indugi e prendere consapevolezza che il tema riguarda l'"in sé" del processo e non può essere affidato alla diligenza delle parti, né può soffrire angusti termini di rilevazione della patologica situazione giuridica.

Solo così può darsi attuazione al dovere costituzionale e comunitario di garantire un processo innanzi ad un giudice terzo ed imparziale.

Ed è forse questa la chiave di lettura che consente di passare dall'astratta enunciazione del giusto processo all'effettiva celebrazione di un processo giu-

¹²¹ Cfr. Corte cost., n. 86 del 2013; n. 241 del 1999; n. 290 del 1998, n. 31 e n. 346 del 1997; n. 131, n. 155 e n. 371 del 1996; n. 432 del 1995; n. 453 e n. 455 del 1994; n. 439 del 1993; n. 124, n.186 e n. 399 del 1992; n. 401 e n. 502 del 1991; n. 496 del 1990. V., altresì, Corte edu, Fay c. Austria, cit; Id., Sainte Marie c. Francia, cit.; Id., Nortier c. Olanda, cit..

sto; come dire, dalla teoria alla pratica.