

GENNARO GAETA

**Quando la conoscenza del Giudice è preclusa:
verso la ricusazione apparentemente tardiva?**

SOMMARIO: 1. La ricusazione del giudice nel processo dell'emergenza. 2. Quali vie d'uscita? 3. In luogo di una conclusione.

1. *La ricusazione del giudice nel processo dell'emergenza.* La crisi sanitaria ha imposto la sperimentazione di modelli d'udienza che derogano ai criteri dell'oralità e della pubblicità, con l'adozione di soluzioni che prevedono il contraddittorio in presenza come l'eccezione alla regola e favoriscono uno sviluppo in prevalenza cartolare del giudizio, mediante un'interlocuzione solo scritta in vista della decisione e l'emissione del verdetto all'esito di un'atipica fase camerale non partecipata.

È noto che si sono stratificate, negli ultimi mesi, una serie di regole che hanno previsto, tra l'altro, la celebrazione di processi senza l'intervento e la discussione delle parti, allo scopo di ridurre al massimo le occasioni di contatto: ciò, unitamente alla liberalizzazione delle comunicazioni e dei depositi via PEC, ha determinato la completa dematerializzazione del processo e la creazione di quotidiane difficoltà di applicazione delle norme volte a mantenere la vicenda processuale all'interno dell'argine della legalità costituzionale e convenzionale.

Tra queste, trovano alcuni ostacoli operativi le norme che assicurano il controllo sull'imparzialità del giudice, consentendo all'accusato di presentare la dichiarazione di ricusazione dinanzi al Collegio giudicante e prima che assuma qualunque determinazione sulla *res iudicanda*, nella misura in cui la previsione di un'udienza a porte chiuse, di recente introduzione, impedisce all'imputato o al suo procuratore speciale di rispettare la forma orale della declaratoria prevista dall'art. 38 c.p.p. e prodromica al deposito, presso la cancelleria della competente Corte d'appello, dell'istanza completa dei motivi, a pena d'inammissibilità.

Il problema non sembra di poco conto se si considera la statura dei valori in gioco, che non tollerano ripensamenti sul piano dell'idoneità del giudice nemmeno in contesti emergenziali.

La nutrita schiera di declaratorie di incostituzionalità dell'art. 34 c.p.p. e le numerose censure provenienti da Strasburgo sul tema dell'imparzialità hanno prodotto, nel tempo, la progressiva espulsione di quelle interpretazioni diminutive del concetto di neutralità di chi decide che, facendo leva sulla distin-

zione fra la tipologia di accertamento in corso, introducevano eccezioni ai principi superiori, com'era d'altronde tipico al tempo del processo inquisitorio, nel quale giudice e accusatore erano contigui e l'incompatibilità nasceva solo in ipotesi eccezionali.

Grazie al formante giurisprudenziale costituzionale ed europeo è stata man mano abbandonata la lettura restrittiva dei casi di incompatibilità per abbracciare un'esegesi più adeguata al rispetto dei valori superiori, alla luce dei quali deve considerarsi inidoneo all'esercizio della funzione, nel caso concreto, chiunque in precedenza sia già venuto a contatto col merito della *res iudicanda*: ne è derivato, in sintesi, l'ancoraggio dei doveri di astensione ad una dimensione oggettiva, quale è appunto quella della pregressa conoscenza del fatto storico, attraverso il contatto con la fonte o l'elemento di prova da cui il fatto promana.

La predilezione per il criterio dei "medesimi elementi probatori" nello scrutinio dell'idoneità del giudicante rappresenta, ad oggi, il risultato di un processo complesso, che grazie alla sovra-ordinazione del canone del giusto processo e all'intervento, spesso demolitorio, della Consulta e della Corte di Strasburgo ha portato ad escludere la legalità del procedimento al quale abbia preso parte chi ha già manifestato il proprio convincimento, anche parziale, in merito alla sussistenza del fatto di reato (v. Corte cost., sent. n. 283 del 2000), senza possibilità di ponderare l'esigenza di imparzialità con le ragioni di funzionamento dell'ufficio e di efficienza del procedere, neanche al tempo della pandemia.

La ricognizione del rango di cui gode il principio dell'imparzialità del giudicante nella Costituzione e nella Convenzione europea rende ancor più manifeste le criticità relative alla legislazione dell'emergenza da "Covid-19", nella misura in cui ha introdotto delle eccezioni alla regola dell'udienza con l'intervento necessario delle parti e ha così escluso, in alcune occasioni, la possibilità stessa di presentare la dichiarazione di ricusazione nel rispetto dei termini decadenziali prescritti dall'art. 38 c.p.p.

2. *Quali vie d'uscita?* La primazia del diritto in questione richiede, pertanto, l'individuazione di un rimedio adatto al recupero di un'occasione di ricusazione, altrimenti si dovrebbe ammettere che le norme derogatorie dovute alla pandemia possano coinvolgere l'essenza stessa della giurisdizione, producendo una sorta di sospensione dell'ordine democratico in campo giudiziario per il vero inaccettabile e da respingere con forza.

Si tratta, in altri termini, di comprendere quali possano essere gli spazi di

azione alternativa alla ricusazione orale e in presenza che consentano di porre rimedio all'erronea individuazione del giudice imparziale in un momento successivo al deposito della decisione conclusiva della fase, dunque in necessaria deroga rispetto allo schema della contestazione preventiva disegnato dal codice, considerando che l'assenza di una comparizione delle parti deve essere bilanciata con l'introduzione di adeguate valvole di sicurezza.

Sul piano delle soluzioni, occorre distinguere quelle volte ad introdurre un correttivo unicamente alla disciplina dei termini e delle forme della menzionata disposizione rispetto a quelle che, più radicalmente, individuano una valida occasione di controllo nella fase d'impugnazione.

Posto che l'art. 38, co. 2, c.p.p. permette la proposizione della dichiarazione entro tre giorni quando la causa d'incompatibilità sia intervenuta dopo la scadenza dei termini previsti dal co. 1, potrebbe sostenersi, ragionando per analogia, che l'imputato sia legittimato ad investire la Corte d'appello entro il medesimo termine ma a partire dal deposito della sentenza, con un'istanza "ora per allora" che, tenendo conto della previsione di legge ostativa alla presentazione in udienza per svolgere l'adempimento in questione, elimina in radice la possibilità stessa di rispettare il termine decadenziale.

Ciò, beninteso, a condizione che le parti vengano informate tempestivamente della formazione del Collegio, contestualmente alla notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza o, al più tardi, con un'apposita comunicazione entro un termine congruo prima della sua celebrazione, dal momento che non è prevista la possibilità di conoscenza ufficiale della composizione del giudice in anticipo rispetto al giorno della trattazione del processo.

Seguendo questa linea di ragionamento, potrebbe dirsi che la parte è incorsa in una causa di oggettivo impedimento, determinato dal divieto d'intervento in presenza e dal mutamento imprevedibile dei decisori, ragion per cui il primo momento utile a partire dal quale nasce l'occasione denunciare il vizio è quello del deposito della decisione o, piuttosto, della trasmissione del dispositivo di sentenza, se accompagnato da un estratto del verbale d'udienza recante i nomi dei giudicanti.

Si tratta di un'ipotesi di lavoro che ha il pregio di non stravolgere l'intera disciplina dell'istituto in parola, poiché si limita unicamente a derogare al dovere di contestazione *ex ante* dei requisiti di idoneità del giudicante, cioè a dire prima del compimento dell'atto, lasciando intatta, per il resto, la disciplina successiva.

In alternativa, può farsi appello ai poteri di revoca del giudice dell'esecuzione, consentendo di denunciare la violazione dei requisiti di compatibilità median-

te l'attribuzione di un nuovo potere di incisione del giudicato volto a ripristinare la legalità violata.

È un sentiero per certi versi più impegnativo dal punto di vista teorico, anche se certamente in linea col mutamento di prospettiva che ha investito l'esecuzione penale nell'ultimo decennio.

S'intende dire che la strada appena indicata, che passa attraverso un ripensamento dei limiti cognitivi dell'esecuzione penale, risulta essere aderente al modello del "processo bifasico", che ha trovato diverse conferme, nel diritto vivente, a fronte delle più recenti esigenze di adeguamento della cosa giudicata alla soglia di protezione dei diritti prescritta dalla Convenzione europea.

In perfetta aderenza alla *ratio* che, di volta in volta, ha prodotto l'accrescimento dei poteri del giudice dell'esecuzione tanto con riferimento alla materia sostanziale - a proposito della rimodulazione della pena per assicurarne la legalità in ogni tempo (Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2013, Ercolano, in *Mass. Uff.*, n. 252933) - quanto per i meccanismi processuali - come nel caso dei nuovi poteri di revoca della confisca a favore del terzo in buona fede che non ha preso parte al procedimento (Cass., Sez. III, 23 gennaio 2019, Alessandrini e altri, in *Mass. Uff.*, n. 275756) - può anche nel nostro caso sostenersi che la superiore esigenza di dar seguito ai *dicta* della Corte di Strasburgo, a proposito dell'assolutezza del diritto a che il decidente sia imparziale, giustifica un'ulteriore innalzamento dei limiti dell'azione oltre l'irrevocabilità, con l'amputazione del titolo esecutivo per dal luogo alla riapertura del giudizio e proteggerne la compatibilità convenzionale.

Insomma, mettendo a frutto la posizione dogmatica che da tempo ha rimodellato la fase esecutiva secondo una concezione bifasica più che burocratica, sembrano esservi le premesse per un'ulteriore flessibilizzazione del giudicato, allo scopo di emendare l'errore segnalato.

In questa prima categoria di soluzioni si compendiano, quindi, ipotesi laboriose dal punto di vista interpretativo e rispettose, allo stesso tempo, della teorica tradizionale per cui l'incompatibilità non produce conseguenze di invalidità sul provvedimento conclusivo e resta una vicenda priva di effetti se non denunciata ritualmente in prima udienza.

Sul versante opposto, invece, si potrebbe valorizzare l'orientamento dottrinale, maggioritario e tuttavia disatteso dalla giurisprudenza di legittimità (sin da Cass., Sez. Un., 24 novembre 1999, Scrudato, in *Riv. pen.*, 2000, 153), che interpreta la "capacità" del giudice dell'art. 33 c.p.p. come comprensiva di tutte le condizioni di esistenza della funzione giurisdizionale - vale a dire, in breve, come riferibile anche alla capacità "specificata", non solo a quella "gene-

rica”, come invece argomenta il diritto pretorio – per giungere alla conclusione che, quando la decisione è stata assunta col contributo di chi ha preso parte a precedenti accertamenti *de eadem re et persona*, non possono escludersi conseguenze di nullità in capo al provvedimento conclusivo della fase.

Seguendo questo crinale, quindi, è possibile ricondurre la paralisi in discussione nell’ambito dei vizi dell’atto emendabili, in sede d’impugnazione – sia essa ordinaria o straordinaria, a seconda che l’anomalia si sia verificata dinanzi al giudice territoriale o a quello di legittimità – attribuendo al difensore la possibilità di riversare la dichiarazione di riconsunzione nei motivi d’appello o di ricorso, da cui discenderà un apposito potere di annullamento degli atti, con ritorno alla fase pregressa affinché il fascicolo venga assegnato ad un diverso magistrato.

3. *In luogo di una conclusione.* La rosa delle soluzioni possibili evidenzia, in linea generale, che le tradizionali difficoltà di adattamento del nostro sistema processuale allo *standard* imposto dal formante sovranazionale trovano, al tempo dell’emergenza sanitaria, maggiori occasioni di emersione, in virtù del fatto che le resistenze all’evoluzione europea del giudizio penale finiscono per essere coniugate con le vistose deroghe, introdotte dal legislatore, agli ingranaggi di funzionamento in tema di contraddittorio orale dinanzi al giudicante idoneo.

Sembra dunque che il processo “informale” di recente conio, in cui le parti sono private, a determinate condizioni, del potere di formulare tempestive eccezioni in presenza, cronicizza i preesistenti limiti di adeguamento alle fonti sovranazionali e rischia di determinare nuove ipotesi di rottura con l’equo processo previsto dall’art. 6 C.E.D.U., con conseguente esigenza di trovare dei fattori di contro-bilanciamento che siano a disposizione dell’accusato per compensare gli squilibri esistenti, a meno di non voler inaugurare una nuova stagione di condanne a Strasburgo.

Pertanto, in conclusione, bisognerà configurare una sostanziale remissione in termini, grazie alla quale le parti possano ottenere la verifica dell’idoneità del magistrato assegnatario del fascicolo, oppure, in alternativa, occorrerà accettare l’idea che tutti gli atti posti in essere dal giudice “parziale” siano affetti da nullità, così da legittimarne la critica per il tramite dei singoli mezzi d’impugnazione o, dove troppo angusti, aprendo la strada alla sanzione dell’abnormità del provvedimento, per via del grave scollamento dalle regole sovranazionali del processo equo che è in grado di generare la situazione descritta.

Se questo vale nei gradi di merito, le cose si ingarbugliano ancor di più nel giudizio di legittimità. Ma questa è un'altra storia.