

## QUESTIONI APERTE

---

### Il giudice

#### La decisione

**Giudizio di rinvio - misure cautelari - imparzialità e terzietà del giudice - competenza funzionale del giudice - prevenzione** (C.E.D.U. art. 6 §; Cost. artt. 25, 111, C.p.p. artt. 34, 37, 311 c. 5-*bis*)

*Il giudice del rinvio a seguito di annullamento dell'ordinanza cautelare può essere lo stesso che ha emanato il provvedimento cautelare annullato.*

CASSAZIONE, SEZIONE QUINTA, 21 giugno 2021, DE GREGORIO, *Presidente* - LOY, Sostituto P.G. - Fontana, *Ricorrente*

*Il giudice del rinvio a seguito di annullamento dell'ordinanza cautelare non deve essere lo stesso che ha emanato il provvedimento cautelare annullato.*

CASSAZIONE, SEZIONE QUINTA, 20 luglio 2021, VESSICHELLI, *Presidente* - CARDIA, P.G. - Pagano, *Ricorrente*

#### La forza della prevenzione: genetica o “contestuale”?

Le Sezioni semplici della Corte di cassazione non concordano sulla necessità di attribuire o meno a diverso giudice (da quello che ha emesso il provvedimento) la nuova valutazione circa la misura cautelare oggetto di annullamento con rinvio della Suprema Corte.

*The force of prevention: genetic or "contextual"?*

*Simple Chambers of Corte di cassazione do not agree on whether or not to attribute to a different judge (and not the one who issued the measure) the new assessment of the precautionary measure subject to annulment with indictment of the Supreme Court.*

**SOMMARIO:** 1. Le sentenze - 2. Una mera “superfetazione teorica”? - 3. Il giudizio di rinvio nel procedimento cautelare - 4. Perché è difficile darsi torto? - 5. Quali differenze, dunque? - 6. Conclusioni.

1. *Le sentenze.* Nelle sentenze in analisi, al contrario di ciò che accade di solito, è specificamente rilevante il dispositivo. Infatti, pur se entrambe concernenti l'ipotesi di reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. e il relativo procedimento cautelare, ciò che merita di essere sottolineato è, appunto, il dispositivo. In ambedue si legge della scelta dei giudici della Suprema Corte di annullare con rinvio la pronuncia oggetto del loro giudizio. Ciò che colpisce, però, è che solo in una delle due si legge che il giudizio di rinvio deve svolgersi obbligatoriamente davanti ad altro giudice. La formula utilizzata nella sentenza che specifica la rimessione è, precisamente: «annulla l'ordinanza impugnata [...] con rinvio per nuovo giudizio al Tribunale di [...] in diversa composizione»<sup>1</sup>. Solo uno dei due organi decidenti ha ricordato, dunque, che non può essere

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. V, 20 luglio 2021, Pagano, in questa *Rivista*.

il giudice dell'emanazione della sentenza annullata a procedere alla "correzione" della stessa.

2. *Una mera "superfetazione teorica"?* È lecito chiedersi, quindi, se sia effettivamente necessario che altro giudice si occupi del giudizio di rinvio cautelare, dato che le Sezioni semplici della Cassazione e, in parte, anche la pratica processuale, non sempre appaiono concordi sul tema.

In altre parole, non è chiaro se sia o meno una mera "superfetazione teorica" l'interrogarsi sulla composizione del Collegio competente a rivalutare, in sede di rinvio, la misura cautelare annullata dalla Corte di cassazione. Cosa accadrebbe se il Collegio fosse composto in tutto o in parte dagli stessi magistrati che hanno emanato il provvedimento annullato, qualora, nel dispositivo, il rinvio non venisse esplicitamente assegnato ad altro giudice?

Potrebbe essere utile capire se in altri momenti del processo la regola del "diverso giudice" sia applicata, perché ed eventualmente in quali modalità e, infine, se anche nel giudizio di rinvio nel procedimento cautelare sia necessario rispettare questa regola.

Nel codice di rito, l'istituto che si occupa di rilevare e disciplinare le ipotesi di parzialità del giudice è l'art. 34 c.p.p. (coadiuvato dagli artt. 36 e 37 c.p.p.), concernente l'incompatibilità. Occorre capire, quindi, se nell'ordinamento sia una causa di incompatibilità la valutazione del provvedimento operata dallo stesso giudice che lo ha emesso.

Le diverse ipotesi individuabili nella suddetta norma hanno quale comune denominatore il pregiudizio dell'imparzialità del giudice e, tra queste, è rinvenibile anche il caso riferibile all'impossibilità per il giudice di valutare situazioni già da lui valutate. L'art. 34 c.p.p. nel comma 1 individua l'incompatibilità verticale, cioè, l'impedimento alla nuova pronuncia per il giudice che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado diverso del giudizio o che ha svolto funzioni giurisdizionali diverse. Il divieto rintracciato vuole evitare che il giudice, appunto, possa pronunciarsi più volte sulla stessa *regiudicanda*, anche se in diversi gradi, minando evidentemente la propria imparzialità. Infatti, il ruolo del giudice è proprio quello di giudicare le parti dalla propria posizione di terzietà ed equidistanza, posizione in grado di garantire la necessaria "libertà" nel convincimento. Ripronunciandosi sullo stesso tema, invece, il giudicante non solo giudicherebbe nuovamente le stesse parti, ma giudicherebbe, valuterebbe anche se stesso<sup>2</sup>. Il c. 2 dell'art. 34

---

<sup>2</sup> CALLARI, *Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare; il valore incompressibile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 2014, 5, 4192-4193; nello

c.p.p., poi, disciplina l'incompatibilità orizzontale, cioè il divieto di riesaminare una decisione, imposto a colui che, pur se nello stesso grado, è già venuto a conoscenza e si è pronunciato sulla *regiudicanda*<sup>3</sup>. Il comma in questione è stato discusso e ripreso più volte nel tempo; la stessa Corte costituzionale se da un lato ha ampliato la casistica dell'incompatibilità, allargandone i margini individuati dal legislatore<sup>4</sup>, con diverse sentenze additive susseguitesesi negli anni, dall'altro ha sostenuto l'impossibilità di considerare elastica l'interpretazione della norma, che genererebbe il rischio di una «frammentazione della sequenza degli atti e, ancora, della possibile paralisi della funzione posto che, nell'ipotesi più radicale, ogni sottofase potrebbe richiedere l'intervento di un decisore diverso»<sup>5</sup>. Dunque, perché ci sia un reale pregiudizio la fase del procedimento in cui si è effettuata la precedente valutazione deve essere differente, così da preservare, quando ci si trovi nella medesima fase, la continuità del giudizio<sup>6</sup>. In realtà, successivamente, la Corte è andata oltre prevedendo l'incompatibilità dei giudici decidenti o facenti parte il collegio decidente in procedimenti diversi nei quali, però, la posizione dell'imputato fosse stata, anche incidentalmente, valutata<sup>7</sup>.

Proprio in seguito ai predetti interventi la Corte costituzionale si è pronunciata in merito tramite le sentenze della “trilogia di ottobre” che hanno delineato i confini dell'incompatibilità e ne hanno specificato i rapporti con l'astensione e la ricasazione<sup>8</sup>. Secondo la Corte, proprio perché le diverse ipotesi di incompatibilità sono rinvenibili nella casistica dei due istituti normati negli artt. 36 e 37 c.p.p., l'incompatibilità opererebbe su un diverso piano, presentandosi come una preventiva “garanzia” di giusto processo, non suscettibile di

---

stesso senso si è pronunciata anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 183 del 2013 che ha specificato come questa tipologia di incompatibilità abbia la funzione di salvaguardare il sistema delle impugnazioni, nella sua interezza, che trova il fondamento proprio nella diversità tra il giudice che ha emesso la sentenza e colui che è scelto per esaminarla.

<sup>3</sup> Ne sono un esempio le incompatibilità tra il giudice del dibattimento e il g.u.p. o il giudice che ha deciso sull'impugnazione avverso la sentenza di non luogo a procedere.

<sup>4</sup> GAITO, *Partecipazione al riesame e al giudizio di rinvio: l'illegittimità del doppio ruolo dei medesimi giudici*, in questa *Rivista*, 2011, 2-3.

<sup>5</sup> GAETA, *Da ramo secco dell'ordinamento a problema attuale: l'incompatibilità dei giudici di Cassazione*, in questa *Rivista*, 2021, 1, 3; Corte cost., n. 24 del 1996.

<sup>6</sup> Corte cost., n. 153 del 2012.

<sup>7</sup> CALLARI, *Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare; il valore imprinzipabile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, cit., 4195-4197.

<sup>8</sup> Corte cost., n. 306 del 1997; Id., n. 307 del 1997; Id., n. 308 del 1997.

applicazione nel caso specifico (come, al contrario, è possibile per l'astensione e la ricusazione)<sup>9</sup>.

Scorrendo gli articoli del codice sono previste ipotesi di rimessione ad altro giudice. Per quanto concerne il giudizio di rinvio nel procedimento ordinario, l'art. 623 c.p.p. sembra chiaro: a tutela della imparzialità e terzietà del giudice, nella lettera c), la norma impone che, a seguito di annullamento di sentenza della Corte d'Assise o Tribunale Collegiale, anche in secondo grado, in assenza di altre sezioni della stessa Corte o dello stesso Tribunale, il procedimento venga trasferito alla Corte territoriale o al Tribunale più vicini e, nella lettera d), che qualora venga annullata una sentenza del Tribunale monocratico o del g.i.p., il giudizio venga fidato allo stesso tribunale o ufficio, ma ad altro giudice persona fisica. Dunque, pur non essendo identiche le due previsioni, in comune ed evidentemente in maniera irrinunciabile, vi è che la competenza non possa essere attribuita all'ufficio la cui sentenza è stata annullata, ma debba essere attribuita a un ufficio omologo<sup>10</sup>.

Nel giudizio di rinvio, quindi, pur non essendoci una prescrizione legislativa che le conferisce uno specifico potere, la Corte di cassazione al momento della rimessione è sempre in grado di spogliare della competenza il giudice che ha emesso la sentenza annullata, e di attribuire ad altro giudice (omologo) la competenza sul giudizio. Si tratta, perciò, di un'incompetenza o di una competenza funzionale. Pur essendoci, infatti, delle attribuzioni e delle ripartizioni, la Corte, nel singolo caso, può incidere verificando l'inidoneità specifica dell'organo giudicante<sup>11</sup>.

Nel giudizio di esecuzione, a ben vedere, oltre che nel giudizio di rinvio, si rinviene un'ipotesi di incompatibilità, anche questa formulata dopo l'intervento additivo della Corte costituzionale.

Il caso che ha dato luogo alla successiva dichiarazione di illegittimità degli artt. 34 c. 1 e 623 c. 1 lett. a) c.p.p., trova origine nel rigetto di un g.i.p., in funzione di giudice dell'esecuzione, dell'applicazione della continuazione. Egli si è visto rimettere lo stesso caso dalla Corte di cassazione, che aveva rilevato l'incompletezza della motivazione. Il giudice, quindi, sollevando la questione di legittimità costituzionale, ha sostenuto la propria incompatibilità, fondata sulla lesione dei principi di terzietà e imparzialità, visto il pregresso pronun-

<sup>9</sup> CALLARI, *Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare; il valore incompressibile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, cit., 4198.

<sup>10</sup> GAITO, *Partecipazione al riesame e al giudizio di rinvio: l'illegittimità del doppio ruolo dei medesimi giudici*, cit., 4-5.

<sup>11</sup> GAITO, *Partecipazione al riesame e al giudizio di rinvio: l'illegittimità del doppio ruolo dei medesimi giudici*, cit. 6-7.

ciamento sull'applicazione della continuazione. La Corte costituzionale, aderendo alla linea seguita dal rimettente, ha sostenuto l'importanza, nel sistema delle impugnazioni, dell'incompatibilità verticale di cui all'art. 34 c. 1 c.p.p. sia essa "ascendente" o "discendente". Secondo la Corte, infatti, il giudizio di esecuzione non è un "mero controllo" sulla correttezza nell'esecuzione delle pronunce di condanna, ma è un vero e proprio accertamento nel merito delle imputazioni<sup>12</sup>. Per questo motivo e per la capacità del giudice di modificare tanto le pene principali quanto le pene accessorie e le misure di sicurezza, incidendo, dunque, sugli effetti penali della condanna, l'apprezzamento del giudice dell'esecuzione ha le caratteristiche del "giudizio". In conclusione, la Corte affermava che l'imparzialità nella rivalutazione del giudizio a seguito di annullamento da parte della Cassazione può essere data dal solo rinvio ad altro giudice, diversa persona fisica<sup>13</sup>.

*3. Il giudizio di rinvio nel procedimento cautelare.* Rispetto alle diverse pronunce sull'art. 34 c.p.p. il riferimento alle ordinanze cautelari personali è stato limitato. Inizialmente, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi in merito, ha sostenuto che i provvedimenti sulla libertà personale non comportassero un giudizio di merito sulla *res iudicanda*, tale da creare un pregiudizio all'imparzialità. Solo successivamente, ha riconosciuto l'esistenza di una parzialità nel giudice che, già espressosi disponendo una misura cautelare, venisse chiamato come componente del collegio procedente, competente nella valutazione della responsabilità dell'imputato all'esito del dibattimento (o nel giudizio abbreviato o nel patteggiamento)<sup>14</sup>. Il fondamento di questo "ripensamento" della Corte è proprio la constatazione della sussistenza dell'ineliminabile pregiudizio sull'accusa, che naturalmente si genera nel giudice della misura cautelare<sup>15</sup>. Quest'ultimo, a ben vedere, come previsto dall'art. 273 c. 1 c.p.p., valuta i gravi e molteplici indizi di colpevolezza che, pur non essendo definitivi, ma superando il giudizio di adeguatezza, legittimano l'adozione della misura cautelare. Il giudizio, quindi, per quanto incidentale e fondato su materiale *in divenire* è volto a individuare la "elevata

<sup>12</sup> BELTRANI, *L'individuazione del giudice nel giudizio di rinvio conseguente ad annullamento di decreti od ordinanze*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 9 aprile 2018.

<sup>13</sup> FABBRETTI, *Nuova dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p.: incompatibile, dopo l'annullamento con rinvio, il giudice dell'esecuzione che abbia provveduto su continuazione o concorso formale di reati*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2012.

<sup>14</sup> Corte cost., n. 432 del 1995.

<sup>15</sup> CALLARI, *Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare; il valore incompressibile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, cit., 4200-4201.

probabilità della colpevolezza” dell’indagato<sup>16</sup>. Sul tema, la Corte costituzionale ha “eluso” la regola della tassatività delle ipotesi di incompatibilità; ha sostenuto che la violazione dell’imparzialità del giudice è integrata ogni qual volta il giudice, pronunciandosi sulla libertà personale in diversa fase del procedimento, eserciti la funzione di giudice nel merito. Il giudizio già espresso è, infatti, un giudizio prognostico, positivo o negativo, sulla responsabilità dell’imputato che non può che essere pregiudizievole per la decisione finale<sup>17</sup>. Dunque, superato lo scoglio del rapporto tra valutazione e applicazione della misura cautelare con il giudizio di merito, una domanda sorge spontanea: non vi è un pregiudizio quando il giudice che ha emesso il provvedimento cautelare si trovi a far parte del collegio per il controllo della misura emessa? E ancora, lo stesso pregiudizio non è rinvenibile nei casi di annullamento con rinvio allo stesso giudice dell’ordinanza emessa?

Per quanto concerne la prima domanda, la Corte di cassazione ha escluso che possa rinvenirsi un’ipotesi di incompatibilità qualora il g.i.p. che ha emesso la misura componesse il collegio del Tribunale del riesame. Infatti, ciò che vorrebbe evitare l’istituto in questione è che lo stesso giudice, in gradi diversi del procedimento o in sedi diverse, possa pronunciarsi sulla responsabilità penale dell’individuo<sup>18</sup>. Secondo la giurisprudenza, la tutela fornita dall’art. 34 c.p.p. non dovrebbe operare nel caso di specie, anche se il giudice per poter emettere il provvedimento cautelare deve aver, in maniera compiuta, esaminare la vicenda e valutare la sussistenza delle condizioni che legittimino l’adozione della stessa.

Procedendo con la seconda domanda, si deve rilevare che l’art. 623 c. 1 lett. a) c.p.p. è chiaro nel sostenere che nei casi di annullamento di un’ordinanza può essere disposto il rinvio al giudice che l’ha pronunciata<sup>19</sup>. Pur concordando con il legislatore quando si tratti, ad esempio, di revoca o sostituzione di una misura cautelare (dato che non si procede a una mera rivalutazione di quanto già sostenuto), deve ritenersi diverso il caso di specie, il caso in cui i giudici del giudizio di rinvio siano i medesimi che si sono pronunciati nel merito. Anche qui, la giurisprudenza ha ritenuto non sussistente un’ipotesi di incompatibilità, sulla scorta della considerazione per cui l’incompatibilità non

<sup>16</sup> GAITO, *Partecipazione al riesame e al giudizio di rinvio: l’illegittimità del doppio ruolo dei medesimi giudici*, cit. 8-11.

<sup>17</sup> CALLARI, *Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare; il valore incompressibile dell’imparzialità nell’esercizio della funzione giurisdizionale*, cit., 4202.

<sup>18</sup> Tra le altre sul tema, Cass., Sez. III, 30 gennaio 1996, Catani, in *Mass. Uff.* 205044.

<sup>19</sup> BELTRANI, *L’individuazione del giudice nel giudizio di rinvio conseguente ad annullamento di decreti od ordinanze*, cit.

può rintracciarsi in ogni momento del procedimento (in questo caso in un giudizio incidentale), ma opera principalmente nel giudizio di merito<sup>20</sup>. Questa accezione, però, non sembra più coerente con gli interventi del legislatore e delle Corti, volti a estendere i criteri di valutazione probatoria e utilizzabilità propri del dibattimento anche al procedimento incidentale. In questo segmento del procedimento, infatti, anche se con le differenze dovute, data anche la “precarietà” degli indizi, si giudica la probabilità di colpevolezza<sup>21</sup>. Perciò, la scelta sembra tutta dipendente dal tipo di provvedimento emesso: un’ordinanza o una sentenza<sup>22</sup>.

*4. Perché è difficile darsi torto?*<sup>23</sup> Dunque, appurato che nel procedimento cautelare e, più in particolare, in sede di giudizio di rinvio, la giurisprudenza non rinviene un’ipotesi di incompatibilità, occorre capire quale sia la *ratio* a fondamento delle decisioni delle Corti e del legislatore nelle ipotesi in cui hanno previsto l’attribuzione a “diverso giudice” e capire se, nel caso di specie, ne ricorrano i medesimi presupposti.

Le motivazioni di tale scelta correlano significativamente con la constatazione che le persone, indipendentemente dall’intelligenza o dall’apertura mentale<sup>23</sup>, naturalmente, in funzione di differenze individuali, tendono a conservare il proprio punto di vista e le proprie decisioni al fine di mantenere la propria coerenza interna. La spiegazione scientifica di tale atteggiamento risiede nei meccanismi di funzionamento del cervello, itinerari biologici delle reti neurali cerebrali, che sovrintendono ai cosiddetti “*bias cognitivi*”<sup>24</sup>.

Tali *bias* sono prodotti anche nei contesti in cui i giudici, presa una decisione, si trovino nella condizione di doverla rivedere, invitati perentoriamente al compito da un soggetto esterno, con la capacità di ingiungere la predetta rivalutazione. In primo luogo, agisce “l’euristica della disponibilità” ossia la propensione della mente a utilizzare primariamente esperienze e informazioni più disponibili, più semplici da recuperare, anche in termini mnestici. Il sistema cognitivo umano ha una capacità limitata e tende a “economizzare” il lavoro necessario al ragionamento: è più conveniente concentrarsi sulle “po-

<sup>20</sup> Cass., Sez. III, 4 dicembre 1998, Marràffa, in *Mass. Uff.* 212385.

<sup>21</sup> Cass., Sez. II, 14 giugno 2013, Cardella, in *Mass. Uff.* 256657.

<sup>22</sup> CALLARI, *Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare; il valore incompressibile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, cit., 4206-4211.

<sup>23</sup> STANOVICH, WEST, TOPLAK, *Myside bias, rational thinking, and intelligence. Current Directions*, in *Psychological Science*, 2013, vol. 22, 4, 259-264.

<sup>24</sup> TVERSKY, KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science, New Series*, 1974, vol. 185, 4157, 1124-1131.

che” informazioni già familiari, piuttosto che considerare tutte le alternative possibili, lavoro estremamente più dispendioso e faticoso, anche perché in grado di porre in discussione le fasi di selezione ed elaborazione già affrontate<sup>25</sup>. Così si determinano delle “preconcezioni” che guidano la selezione e l’interpretazione di ciò che è nuovo, inevitabilmente inquinandolo. Ciò che di nuovo può essere accolto, dunque, tende ad allinearsi con le credenze pre-costruite, così da definire lo sfondo e il contesto delle nuove informazioni, inducendo il rigetto della nuova alternativa<sup>26</sup>. A ciò si affianca la prevenzione che può essere definita come la «naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento»<sup>27</sup>. I *test* simulati, utilizzati nei contesti di ricerca, consentono ai ricercatori di esaminare i pregiudizi di conferma in un ambiente realistico. Per esempio, il ragionamento in contesti giudiziari e politici può essere distorto inconsciamente, favorendo conclusioni cui giudici, giurie o governi sono precedentemente giunti. Ne sono un esempio i processi con giuria nei quali le prove possono essere complesse e i giurati spesso prendono decisioni sul verdetto in anticipo, così da creando, ragionevolmente, un effetto di polarizzazione dell’atteggiamento. La previsione per cui i giurati diventeranno più estremi nelle loro opinioni dopo aver visto più prove è stata confermata da esperimenti con processi simulati. Sia i sistemi di giustizia penale inquisitori sia quelli accusatori sono inevitabilmente influenzati da pregiudizi di conferma<sup>28</sup>. In altri termini, si tratta del principio di non contraddizione per il quale chi pensa, asserisce o sceglie qualcosa è portato a riaffermare le proprie idee e conclusioni, anche dopo la prospettazione di eventuali obiezioni<sup>29</sup>. In un’accezione più tecnica si tratta della “perseveranza nella credenza”, ossia la difficoltà della mente umana di osservare, riconoscere e utilizzare elementi discordanti con la teoria che si è scelto di perseguire, elementi che potrebbero produrre una dissonanza cognitiva, fino al limite di falsificare quanto precedentemente asserito. Ciò significa che, anche inconsciamente, quando si sceglie di aderire a una tesi o sposare una teoria, difficilmente si è in grado di

---

<sup>25</sup> ATTILI, *Psicologia sociale*, Bologna, 2011, 110-111.

<sup>26</sup> GULOTTA, CUTICA, *Guida alla perizia in tema di abuso sessuale e alla sua critica*, Milano, 2004, 71-73;

<sup>27</sup> Corte cost., n. 432 del 1995; nello stesso senso Id., n. 224 del 2001.

<sup>28</sup> NICKERSON, *Pregiudizi di conferma: un fenomeno onnipresente in molte forme*, in *Review of General Psychology*, 1998, vol. 2, 2, 175-220.

<sup>29</sup> GAITO, *Partecipazione al riesame e al giudizio di rinvio: l’illegittimità del doppio ruolo dei medesimi giudici*, cit., 13.



convincersi del contrario<sup>30</sup>. Quindi, in ognuno di noi è presente un “pregiudizio di conferma” o *confirmation bias* che agisce come un autoinganno; è il prodotto di strategie automatiche, non intenzionali, non un deliberato inganno. Con tale locuzione ci si riferisce a un meccanismo, non evitabile e non completamente eliminabile, che evidenzia la tendenza umana a preservare nelle proprie convinzioni, esistenti durante la ricerca di prove, l’interpretazione o il richiamo a memoria. Per quanto possa apparire banale, il meccanismo trova la sua funzione anche nella capacità di fornire una difesa all’identità personale e una coerenza sistemica, che garantiscono all’individuo la percezione del proprio valore e della continuità personale, dunque, l’unicità. Le proprie idee, i modi di vedere, di sperimentare, i modi di vivere gli eventi sono alla base dell’identità di ognuno e assicurano l’equilibrio personale. «In altre parole, l’unica possibilità di mantenimento dell’adattamento da parte di un sistema si identifica nella *conservazione della propria coerenza interna a spese dell’ambiente*, anche a costo di trasformazioni irreversibili di quest’ultimo»<sup>31</sup>.

Gli psicologi sociali hanno identificato due tendenze nel modo in cui le persone cercano o interpretano le informazioni su se stesse. La prima è l’autoverifica, cioè la spinta a rafforzare l’immagine di sé esistente e la seconda è l’auto-miglioramento, cioè la spinta a cercare un *feedback* positivo. Entrambi sono serviti da pregiudizi di conferma. Negli esperimenti in cui alle persone viene fornito un *feedback* in conflitto con l’immagine di sé, è meno probabile che si accorgano della presenza o lo ricordino rispetto a quando viene loro fornito un *feedback* di autoverifica. I soggetti riducono automaticamente l’impatto delle informazioni negative, interpretandole come inaffidabili.

Il giudice destinatario dell’annullamento con rinvio della propria pronuncia, in ragione del *feedback* negativo fornito dall’organo superiore, tenderà, perciò, a svalutare le informazioni in conflitto con la decisione da lui presa e ritenuta “corretta”. Da considerare c’è, inoltre, che il giudice non può attribuire all’esterno la causa del proprio “fallimento”, come è possibile fare o veder fatto in altri contesti e, dunque, tenderà a difendersi perseverando nella propria convinzione, argomentandone le ragioni<sup>32</sup>.

Si potrebbe dire, quindi, che «quando stai cercando di convincere qualcuno, non vuoi trovare argomenti per l’altra parte, vuoi trovare argomenti per la tua

<sup>30</sup> GULOTTA, CUTICA, *Guida alla perizia in tema di abuso sessuale e alla sua critica*, cit., 77-78.

<sup>31</sup> GUIDANO, *La complessità del sé*, Torino, 1988, 20-21.

<sup>32</sup> ATTILI, *Psicologia sociale*, cit., 100-106.

parte. Ed è quello che ti aiuta a fare il *bias* di conferma. L'idea qui è che il *bias* non sia un difetto del ragionamento, è una realtà, una caratteristica. È qualcosa di integrato nel ragionamento; non perché il ragionamento sia difettoso o perché le persone siano stupide, ma perché in realtà le persone sono molto brave nel ragionare, ma sono molto brave nel ragionare per discutere»<sup>33</sup>.

In medicina, per esempio, i *bias* cognitivi sono importanti variabili nel processo decisionale clinico del medico. Occorre soffermarsi, quindi, sul *bias* di conferma e sul *bias* di disponibilità sovrapposta. Rimanendo nell'ambito medico, un medico di famiglia potrebbe effettuare una diagnosi precocemente, già durante il primo esame e, perciò, cercare prove a conferma della diagnosi, piuttosto che tentare di falsificare quanto riscontrato. Questo errore cognitivo è, almeno in parte, causato dalla disponibilità di prove sul presunto disturbo diagnosticato; ad esempio, il paziente potrebbe aver menzionato il disturbo o lo stesso medico potrebbe aver letto di recente un articolo molto discusso sul disturbo. Ciò che accade, quindi, è che il medico, ancorato alla propria idea, pur se prematura, non riesca a vedere le molteplici possibilità fornite dalle evidenze, "cadendo", appunto, in una scorciatoia cognitiva o euristica (definita ancoraggio)<sup>34</sup>.

E perché non sarebbe uguale per un giudice che, dopo aver analizzato un quadro indiziario iniziale, ha già deciso pronunciandosi a favore o contro l'indagato?

Per la mente umana non è sempre facile procedere a una falsificazione delle proprie teorie, piuttosto, infatti, si procede a una verifica, cioè ci si limita a cercare la prova o l'elemento che confermi quanto già trovato, quanto già teorizzato. È più facile trovare quanto si sta già cercando che vedere qualcosa che si oppone a quanto ipotizzato; è complesso procedere alla ricerca di dati idonei a invalidare la tesi che si sta sostenendo<sup>35</sup>.

Quindi, al giudice che ha già svolto il suo miglior lavoro possibile, pronunciandosi, non può essere chiesto di procedere alla rivalutazione del suo stesso operato assumendo un'ottica falsificazionista. Per far ciò, il giudice dovrebbe avere la capacità e la forza di distanziarsi dal proprio lavoro, tanto da riuscire a "criticarlo" e confutarlo. Per non incorrere in questo disagio emotivo e co-

---

<sup>33</sup> MERCIER, SPERBER, *Why do humans reason? Arguments for an argumentative theory*, in *Behavioral and brain sciences*, 2011, 34, 57-111.

<sup>34</sup> ATTILI, *Psicologia sociale*, cit., 113.

<sup>35</sup> GULOTTA, CUTICA, *Guida alla perizia in tema di abuso sessuale e alla sua critica*, cit., 78-79; POPPER, *Conjectures and refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, New York-London, 1963, 46.

gnitivo si dovrebbe assumere, per assurdo, che il giudice riconosca di non aver fatto il suo miglior lavoro possibile.

5. *Quali differenze, dunque?* Se la *ratio* delle ipotesi di cui all'art. 34 c.p.p. e delle relative sentenze additive deve rinvenirsi nella possibilità che il giudice sia raggiunto dalla forza della prevenzione, perché edotto di quanto contenuto nel fascicolo della causa, sembra necessario che, anche in questo caso, si prenda in considerazione la sussistenza di un'incompatibilità.

Infatti, la garanzia dell'imparzialità del giudice non può essere approntata al solo giudizio di merito, ma deve obbligatoriamente estendersi anche al giudizio cautelare, proprio perché insita, propria, viva nella nozione stessa di giudice<sup>36</sup>. Come rapidamente già sottolineato, è difficile non rilevare una causa di incompatibilità sia nel caso in cui il giudice che ha emesso la misura faccia parte del Tribunale in funzione di controllo, sia nel caso in cui il giudice del rinvio sia coincidente, anche in parte, con il giudice che ha emesso la sentenza annullata. In sostanza, il medesimo giudice si troverebbe a rivalutare quanto da lui stesso deciso facendo venir meno non solo l'imparzialità, ma anche il significato proprio del sistema delle impugnazioni, da individuarsi nel controllo esterno (di un terzo), unico davvero in grado di giudicare ciò che è stato deciso nel grado precedente, in ragione della giusta e misurata distanza mentale dalle valutazioni e dalla decisione emessa<sup>37</sup>. Il Tribunale della libertà ha, quale compito precipuo, quello di verificare quanto fatto dall'organo monocratico, ed è lo stesso ordinamento a prevedere che il predetto controllo venga effettuato da un collegio, così da procedere a una reale, concreta e soddisfacente valutazione di quanto già emesso. Sarebbe quantomeno "strano" che un organo possa essere organo di controllo di se stesso. D'altronde, non è possibile sostenere la teoria secondo cui il singolo giudice persona fisica, come uno dei membri del collegio, non abbia la capacità, vista la sua prevenzione, di determinare la parzialità dell'intero collegio. In merito anche la Corte costituzionale si è già pronunciata sostenendo l'assoluta idoneità del singolo a influenzare il gruppo minandone l'imparzialità<sup>38</sup>. Per quanto concerne il giudizio di rinvio cautelare, la rimessione allo stesso collegio nei casi di emissione di un'ordinanza, fonda la propria ragione sulla constatazione per cui il

---

<sup>36</sup> CALLARI, *Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare; il valore incompressibile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, cit., 4203.

<sup>37</sup> CALLARI, *Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare; il valore incompressibile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, cit., 4203-4205.

<sup>38</sup> Corte cost., n. 33 del 1968.

giudizio cautelare non possiederebbe la stessa rilevanza del giudizio di merito. L'incidentalità del procedimento, dunque, giustificerebbe la parzialità del giudice, dato che non in tutti i procedimenti le valutazioni precedentemente compiute possono assurgere a causa di incompatibilità<sup>39</sup>. Non può condividersi l'opinione volta a escludere la sostanzialità del giudizio cautelare, vista l'importanza e la centralità che assume nel giudizio di merito, che comporterebbe anche l'assunzione del rischio di una possibile parzialità<sup>40</sup>. Come rapidamente accennato, la questione è, in parte, relativa alle differenze tra la valutazione delle prove nel giudizio di merito e quella dei gravi indizi di colpevolezza nel procedimento cautelare, che si sono via via assottigliate (soprattutto dopo l'introduzione del c. 1 *bis* dell'art. 273 c.p.p.). Ormai, infatti, il valore dei gravi indizi cautelari è stato paragonato a quello della prova, pur se essi devono possedere "solo" il «crisma della elevata probabilità o dell'elevato grado di credibilità razionale, nel quale si identifica la certezza processuale»<sup>41</sup>. È stata la stessa Corte di cassazione, a Sezioni Unite, a sottolineare le similitudini, via via crescenti, tra il giudizio cautelare e quello di merito, soprattutto relativamente ai "parametri guida"<sup>42</sup>. Dunque, sarebbe corretto sostenere che la valutazione sugli indizi raccolti durante le indagini preliminari è, oggi, effettuata mutuando le regole (di valutazione e utilizzabilità delle prove) dal giudizio di merito, ma non sarebbe adeguato applicare la medesima disciplina inerente all'incompatibilità, che ha quale unico scopo quello di evitare, come fisiologicamente accade, che il giudice possa avere la propensione a "tenere fermo" quanto deciso in precedenza<sup>43</sup>. C'è da aggiungere, poi, che nel procedimento cautelare dovrebbe essere impellente la necessità di procedere con maggiore accortezza, data la peculiarità, la temporaneità e la precarietà del momento di cui si tratta. Il momento, infatti, è quello in cui un imputato potrebbe essere ristretto, quando ancora è presunto non colpevole; non basta, dunque, garantire astrattamente la presenza delle garanzie di cui al giudizio di merito, ma occorre che queste siano concrete e attuali. È, tra l'altro, il momento in cui l'imputato (e la sua difesa) sono in una posizione di svantaggio

---

<sup>39</sup> BELTRANI, *L'individuazione del giudice nel giudizio di rinvio conseguente ad annullamento di decreti od ordinanze*, cit.

<sup>40</sup> GAITO, *Partecipazione al riesame e al giudizio di rinvio: l'illegittimità del doppio ruolo dei medesimi giudici*, cit., 11.

<sup>41</sup> Cass., Sez. I, 4 maggio, 2005, Lo Cricchio, in *Mass. Uff.* 232601.

<sup>42</sup> Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, p.m. c. Spennato, in *Mass. Uff.* 234598.

<sup>43</sup> GAITO, *Partecipazione al riesame e al giudizio di rinvio: l'illegittimità del doppio ruolo dei medesimi giudici*, cit., 11.

rispetto all'accusa, per cui il ruolo del giudice è centrale nella definizione del "giusto processo cautelare"<sup>44</sup>.

Anche per questo non sembra accettabile che il criterio della scelta di applicazione dell'incompatibilità possa essere rinvenuto in un criterio prettamente formalistico, dettato dal *nomen iuris* dell'atto che poco considera il reale "contenuto decisorio" dell'ordinanza<sup>45</sup>.

Qualora non si rinvenisse in questi casi un'ipotesi di incompatibilità, verrebbero a mancare i «canoni fondamentali della giurisdizione [che] impongono che ogni giudizio processuale provenga da un giudice terzo ed imparziale e che tale imparzialità debba coincidere con l'assenza di qualsiasi "pregiudizio" del giurisdicante»; dunque, «non può in alcun modo dirsi ammissibile un'interpretazione che conduca, in tema di annullamento di ordinanze de libertate, ad individuare l'organo giudicante di rinvio in uno, in tutto o in parte, coincidente con quello che ha pronunciato l'ordinanza»<sup>46</sup>.

In sostanza, non sembrano esserci visibili differenze, idonee a escludere l'applicazione dell'art. 34 c.p.p. nel caso in esame, se non fosse per la tassatività delle ipotesi ivi contenute, che la Corte costituzionale ha più volte sottolineato. È indubbio che un'incompatibilità per il caso di specie non sia prevista nel codice di rito; eppure, l'ipotesi analizzata risponde alla *ratio* della previsione di cui all'art. 34 c.p.p. e delle sentenze additive della Corte costituzionale. Per cominciare a introdurla quale causa di incompatibilità, si potrebbe procedere con un'interpretazione analogica della norma, come previsto dall'art. 114 disp. att. c.p.p. Ciò solo se si assumesse che l'art. 34 c.p.p. non sia né una disposizione penale, e non sembra discutibile, né una disposizione definibile "eccezionale", qualificazione non attribuibile data l'assenza nel codice di una norma per la quale sono generalmente compatibili le funzioni, nello stesso procedimento, svolte dallo stesso giudice. Come spiegato, la ragione della previsione è proprio evitare che il giudice possa esprimersi nuovamente, avendo perso la propria imparzialità e indipendenza su quanto emesso; dunque, più che eccezionale, la norma sembra essere generale, tale da dover essere applicata ogni qual volta sia necessario, lungo l'intero *iter* processuale, così da mantenere viva la garanzia dell'imparzialità del giudice. Quanto previsto dall'art. 34 c.p.p., perciò, è «espressione della logica stessa

---

<sup>44</sup> TRAPPELLA, *Brevi note sull'equo processo cautelare*, in questa *Rivista*, 2021, 1, 7-8.

<sup>45</sup> CALLARI, *Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare; il valore incompressibile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, cit., 4209-4211.

<sup>46</sup> CALLARI, *Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare; il valore incompressibile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, cit., 4212.

del sistema processuale e [che], pertanto, possa applicarsi anche ai casi esplicitamente non prefigurati, ma riconducibili logicamente entro il sistema, per una esigenza ineludibile di intrinseca razionalità dell'ordinamento»<sup>47</sup>. Ancora, l'incompatibilità dovrebbe poter essere dichiarata a prescindere dal tipo di provvedimento emesso, indipendentemente dalla qualificazione formale, quando questo sia decisorio. Ciò diversamente da quanto previsto nella lettera a) dell'art. 623 c.p.p. che "escluderebbe" la sussistenza di un'incompatibilità per il sol fatto di classificare il provvedimento emesso nel procedimento cautelare come un'ordinanza, pur avendo un contenuto sostanziale rilevante. Questa esclusione, però, sarebbe in totale contrasto con la volontà originaria del legislatore nella scrittura dell'art. 34 c.p.p., dunque, anche per il giudizio di rinvio occorrerebbe un'interpretazione "adeguatrice", a tutela del principio costituzionale garantito<sup>48</sup>.

Oltretutto, nel caso di specie, a prescindere dai principi generali, e dagli strumenti per rilevarla - l'incompatibilità - dell'imparzialità è importante anche il fattore esteriore, l'apparenza: il giudice deve non solo essere, ma anche apparire imparziale. Non deve, infatti, per alcun motivo potersi formare il pregiudizio di una parzialità del giudice. In questo caso, anche a una prima lettura il dubbio fondato di un pregiudizio è immediato: il giudice che si è pronunciato difficilmente è in grado di correggere da solo un proprio errore<sup>49</sup>. Infatti, per un "giusto processo" le caratteristiche fondamentali dell'imparzialità, terzietà, naturalità e precostituzione non possono essere meramente formali, ma su di esse alcun dubbio deve cadere, così da non espandere il fenomeno dello *judex suspectus*<sup>50</sup>.

A tutto ciò occorre aggiungere che non considerare l'importanza del tema, non applicando nel caso in esame la disciplina dell'incompatibilità, vorrebbe dire allontanarsi da quanto dettato dall'Europa. Proprio in tema di apparenza, la C.E.D.U. è attenta nello stabilire che il giudice debba essere imparziale anche all'apparenza, tanto da considerare questa una causa di sostituzione del magistrato, evitando che la comunità dei consociati possa perdere la propria fiducia non solo nei confronti del giudice nel caso specifico, ma più in genera-

<sup>47</sup> CALLARI, *Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare; il valore incompressibile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, cit., 4208.

<sup>48</sup> CALLARI, *Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare; il valore incompressibile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, cit., 4214-4215.

<sup>49</sup> GAITO, *Partecipazione al riesame e al giudizio di rinvio: l'illegittimità del doppio ruolo dei medesimi giudici*, cit., 15-16.

<sup>50</sup> GIUNCHEDI, *Il giudice "giusto" tra Costituzione, Convenzione europea e "sistema tabellare"*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 12, 1533.

le nell'ufficio<sup>51</sup>. Ciò impone di non potersi fermare a un numero chiuso – tassativo – di casi, non modificabile, ma di dover valutare il singolo caso concreto, fondando il proprio giudizio sulla base dell'indipendenza e dell'imparzialità rispetto alle singole circostanze esistenti. Dunque, a prescindere dall'imparzialità dettata dalle regole degli uffici giudiziari<sup>52</sup>, per esempio nell'assegnazione dei giudici al singolo collegio, occorre verificare se l'apparenza di indipendenza permane nel caso concreto, a prescindere da un formale equilibrio e una regolare imparzialità<sup>53</sup>. La Corte europea, infatti, scinde l'imparzialità del giudice, legandola al “foro interiore” del giudice e alle condizioni, invece, esteriori, alle “apparenze” che devono, in ogni caso, garantire una “giustizia imparziale”<sup>54</sup>.

D'altronde non può dimenticarsi che il “giusto processo”, così come sopra inteso, non è solo inerente al giudice, ma riguarda la garanzia del diritto di difesa di coloro che si trovano a essere giudicati, usufruendo della funzione giurisdizionale<sup>55</sup>. In tal modo, si tutela anche il principio di presunzione di innocenza, evitando che il giudice persona fisica possa essere prevenuto, tanto da non affrontare imparzialmente e distaccatamente la causa di fronte a sé<sup>56</sup>.

Dunque, se si scegliesse di ammettere l'esistenza di un vuoto sia nel codice sia nella prassi nell'individuazione di un'ipotesi di incompatibilità nel caso di specie e la necessità della stessa per qualificare il procedimento cautelare come un “giusto procedimento”, pur se con diversi dibattiti in merito, sarebbe essenziale riflettere sulla sanzione adeguata. Cosa accadrebbe, quindi, al provvedimento emanato dallo stesso collegio che aveva già emesso il provvedimento annullato dalla Cassazione? Come sottolineato in precedenza, non si tratta solo dell'applicazione di una norma processuale, ma dell'attuazione del principio che vuole la giurisdizione connotata dalla terzietà e imparzialità del giudice. Secondo alcuni si potrebbe trattare di una nullità assoluta di ordine generale, secondo altri, invece, gli strumenti processuali adeguati a far rilevare la questione sarebbero esclusivamente l'astensione e la ricusazione, non po-

<sup>51</sup> Tra le altre, Corte EDU, 28 gennaio 2003, Dell'Utri c. Italia.

<sup>52</sup> GIUNCHEDI, *Il giudice “giusto” tra Costituzione, Convenzione europea e “sistema tabellare”*, cit., 1531.

<sup>53</sup> GAETA, *Da ramo secco dell'ordinamento a problema attuale: l'incompatibilità dei giudici di Cassazione*, cit., 6-7.

<sup>54</sup> Corte EDU, 26 ottobre 1984, De Cubber c. Belgio.

<sup>55</sup> GIUNCHEDI, *Il giudice “giusto” tra Costituzione, Convenzione europea e “sistema tabellare”*, cit., 1534.

<sup>56</sup> GAETA, *Da ramo secco dell'ordinamento a problema attuale: l'incompatibilità dei giudici di Cassazione*, cit., 9.

tendo considerarsi l'incompatibilità, da sola, una causa di nullità<sup>57</sup>. Se, però, si richiamasse l'incompatibilità funzionale quale vizio di idoneità specifica del giudice, intesa come l'incapacità del giudice a svolgere la funzione cui sarebbe preposto in uno specifico procedimento, sarebbe rilevabile la sussistenza della nullità *ex art. 178 c. 1 lett. a) c.p.p.* D'altronde, ci si troverebbe di fronte all'esercizio della giurisdizione in mancanza del requisito dell'imparzialità, che ne è, decisamente, un carattere ineliminabile<sup>58</sup>.

6. *Conclusioni.* Nel procedimento cautelare, dunque, analogamente a quanto avviene nel giudizio di merito e quanto accade, ad esempio, nel giudizio di esecuzione, il principio fondamentale, uno dei capisaldi del "giusto" processo, l'imparzialità, deve assumere un ruolo centrale. Per poterlo fare deve poter esplicitare i propri effetti anche al di fuori dei casi codificati, in cui si è rilevata una parzialità del giudice. E questo non solo perché l'imparzialità del giudice è prevista dall'art. 111 della Costituzione, ma anche perché «se ogni norma serve ad un obiettivo, le regole processuali non fanno eccezione»<sup>59</sup>, neanche l'art. 34 c.p.p. I diversi richiami all'equità processuale, di cui è autrice la Corte di Strasburgo, non devono rimanere estranei al procedimento cautelare che è sì altro dal giudizio di merito, ma che possiede un contenuto sostanziale e un'incidenza nel giudizio principale tutt'altro che trascurabile. Allo stesso tempo, non si può escludere l'esistenza della prevenzione in alcune fasi del procedimento; e se la forza della coerenza è tale da creare un'ipotesi di incompatibilità, questa non può essere limitata, nella sua applicazione, a singoli e predefiniti momenti. D'altronde, non si può neanche pensare che tutti gli individui appartenenti al genere umano, fisiologicamente, tendano a confermare le proprie idee, ma il giudice no.

Si potrebbe dire, in conclusione, che «gli argomenti più difficili possono essere spiegati all'uomo più ottuso, se non se ne è già fatto un'idea; ma la cosa più semplice non può essere resa chiara all'uomo più intelligente se è fermamente persuaso di sapere già, senza ombra di dubbio, ciò che gli è posto davanti»<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> CALLARI, *Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare; il valore incompressibile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, cit., 4218.

<sup>58</sup> GAITO, *Partecipazione al riesame e al giudizio di rinvio: l'illegittimità del doppio ruolo dei medesimi giudici*, cit., 12.

<sup>59</sup> TRAPPELLA, *Brevi note sull'equo processo cautelare*, cit., 3.

<sup>60</sup> TOLSTOJ, *Il regno di Dio è in voi*, 1894, Cercenasco, ed.it. 2001.



ARCHIVIO PENALE 2021, n. 3

GIULIA FIORUCCI