

ORIENTAMENTI

GENNARO GAETA

Notazioni critiche sull'imparzialità del giudice a margine delle proposte della Commissione ministeriale di riforma dell'ordinamento giudiziario

Con questo scritto prendiamo in esame le recenti prospettive di riforma dell'ordinamento giudiziario sulla carriera del magistrato e sul funzionamento del CSM, per come formulate dal disegno di legge AC 2681 presentato il 28 settembre 2020 ed emendate dalla Commissione Luciani. Dopo aver ripercorso i contenuti salienti, l'attenzione si sofferma sul principio dell'imparzialità del giudice e su come, segnatamente, le modifiche alle regole di funzionamento del sistema giudiziario siano in grado d'interagire col principio in questione, assicurando dall'esterno la neutralità di giudizio dei decisori nel processo.

Critical reflections about the recent reform resolutions of the judicial system compared to the impartiality of the judge.

With this paper we examine the recent reform resolutions of the judicial system about the magistrate's career and the functioning of the CSM, as formulated by the draft law AC 2681 (presented on September 28, 2020) and amended by the Luciani Commission. After reviewing the principal points, we focus our attention on the principle of the impartiality of the judge and on how the reform resolutions are able to interact with the principle in question, whereas in this way can be consequences on the neutrality of judgment during the trial.

SOMMARIO: 1. Le particolarità del contesto in cui s'inseriscono, stavolta, le istanze di cambiamento. 2. Sui principali contenuti di riforma dell'ordinamento giudiziario. 3. Un bilancio delle ipotesi sul tavolo alla luce del principio d'imparzialità del giudice. 4. Concludendo.

1. *Le particolarità del contesto in cui s'inseriscono, stavolta, le istanze di cambiamento.* Le croniche disfunzioni del processo penale hanno sempre spinto gli operatori e gli studiosi del settore a domandare interventi di riforma che fossero in grado di assicurare al cittadino un prodotto giudiziario attento ai principi superiori e capace, allo stesso tempo, di risultare efficiente¹.

Pur nella diversità di vedute, talvolta inconciliabili, quanto all'esigenza di prediligere la dimensione aziendalistica del raggiungimento del risultato con minimo dispendio di tempo e risorse o, dall'altro lato, quella dei diritti fondamentali, alla cui tutela il sistema deve essere innanzitutto informato, il tratto

¹ Sul tema dell'efficienza nel processo e delle forti menomazioni che questa è in grado di procurare alla difesa dei diritti fondamentali di cui la democrazia post-moderna ha bisogno, si è scritto molto: ci limitiamo a richiamare le considerazioni raffinate e non usuali di PETRELLI, *Complessità, potere, diritti e modelli di giudice*, in *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali*, a cura di Guarnieri, Insolera, Zilletti, Roma, 2018, 151 e ss., che affronta l'argomento in relazione ai modelli processuali possibili nell'era del dialogo con le Corti europee.

comune a tutte le posizioni sul campo è, pur sempre, quello della domanda di cambiamento².

In questo contesto di ragioni è intervenuto, in tempi recenti, il blocco del funzionamento della macchina giudiziaria dovuto all'improvviso insorgere dell'epidemia - e poi pandemia - da Covid-19 e, quasi contestualmente, la decretazione d'emergenza, con la quale si è cercato di consentire il prosieguo dell'amministrazione della giustizia al prezzo del sacrificio, dove parziale dove totale, delle garanzie minimali³.

² Un tema di fondo che s'inserisce nel dibattito dottrinale sulle "stagioni" del modello accusatorio, il quale in Italia trova origine nell'idea di riforma, ormai lontana nel tempo, della c.d. bozza Carneletti del 1962 e che ha vissuto, successivamente, una parentesi di forte espansione nella codificazione della fine degli anni ottanta, prima che la giurisprudenza - costituzionale, nei primi Novanta e poi di legittimità, fino al grande epilogo delle Sezioni unite "Bajrami" del 30 maggio 2019 - ne determinasse un profondo ripensamento critico. Consapevoli dell'ampiezza della letteratura sul punto, segnaliamo GAITO, *LA ROCCA, Vent'anni di "giusto processo" e trent'anni di "Codice Vassalli": quel (poco) che rimane...*, in questa *Rivista*, 2019, 3; FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in *Studi sul processo penale*, II, Torino, 1992, 1 ss.; NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 1 e ss.

³ Tra queste, una considerazione a parte merita la disciplina della prescrizione. La tecnica normativa adottata è stata quella di inserire un'ulteriore causa di sospensione, così da ottenere l'immediata applicabilità della novella e agganciarsi, al tempo stesso, all'art. 159, co. 1, c.p. che tipizza le cause interruttrive e rinvia, in aggiunta, a tutte quelle previste da particolari disposizioni di legge. Segnatamente, l'art. 83, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 ha previsto la speciale causa sospensiva con decorrenza dal 9 marzo 2020 e ha articolato, al tempo stesso, tre distinti termini finali della sospensione: fino all'11 maggio 2020 (termine così prorogato dall'art. 36, d.l. 8 aprile 2020, n. 23) per i reati oggetto dei procedimenti coinvolti dalla previsione di sospensione dei termini per il compimento di qualsiasi atto prevista dal comma 2 del medesimo art. 83, procedimenti al tempo stesso oggetto di rinvio *ex lege*; fino al 30 giugno 2020 per i procedimenti originariamente fissati a partire dal 12 maggio 2020 e coinvolti dal potere di rinvio delle udienze attribuito al capo dell'ufficio dal comma 9 dell'art. 83 in parola; per i processi pendenti in Cassazione, ancora, fino al 31 dicembre 2020 o alla data d'udienza se anteriore, qualora pervenuti presso la cancelleria della SC tra il 9 marzo e il 30 giugno 2020 e sempre che si tratti di procedimenti non rinviati, su richiesta del difensore, a carico di ricorrenti sottoposti a limitazioni della libertà personale, sotto forma custodiale, di esecuzione della pena, di misure di sicurezza o di prevenzione (così il co. 3-bis dell'art. 83, introdotto in sede di conversione in legge).

Il nodo della questione, com'è intuibile, è l'effettiva possibilità di configurare la novella come causa di sospensione di tipo processuale, dunque affidata alla regola del *tempus regit actum* e, pertanto, d'immediata applicazione, pur riferendosi a fatti-reato certamente anteriori e che, dunque, non dovrebbero essere coinvolti da una riforma di tal genere, secondo la nota lezione per cui rientrano nel divieto d'irretroattività sfavorevole tutte le disposizioni comunque rilevanti per la punibilità dell'agente.

L'esito della questione "Taricco" - ben analizzata da CIVELLO, *La sentenza n. 115/2018 della Consulta alla luce della "Taricco-bis" della C.G.U.E.*, in questa *Rivista*, 2018, 2 - ha consentito di ribadire che la nostra tradizione costituzionale concepisce la prescrizione come un istituto di natura sostanziale e ciò porta ad escludere la possibilità di disapplicare una disposizione interna in contrasto col diritto dell'Unione come quella dell'art. 157 c.p., per condotte anteriori al pronunciamento della Corte di Giustizia con cui si afferma la subordinazione della prescrizione alle esigenze di contrasto alle frodi di rilevanza comunitaria.

A fronte di che, era lecito dubitare che la decretazione emergenziale potesse restituire risultati simili, consentendo l'immediata applicabilità ai processi in corso della speciale causa sospensiva: ciò nonostan-

La reazione immediata alla crisi sanitaria e al conseguente arresto di un modello processuale che richiede la celebrazione, in massima parte, di atti in presenza e a formazione orale, nei quali il documento scritto svolge prevalentemente una funzione ricognitiva e solo eccezionalmente sostitutiva della comunicazione verbale, è stata quella di introdurre, a colpi di decreto-legge, disposizioni derogatorie dei congegni primari in grado di assicurare l'immediatezza e il contatto tra il giudice e le parti⁴, a partire dalla previsione come norma-base della notificazione o comunicazione telematica e passando per la celebrazione di udienze non partecipate e a porte chiuse definibili, in un certo senso, delle udienze segrete⁵.

te, la Consulta ha escluso che l'art. 83, co. 4, d.l. n. 18/2020 violasse il principio d'irretroattività, senza tuttavia mettere in discussione le ragioni del principio di legalità e la natura sostanziale della prescrizione. Il Giudice delle leggi, segnatamente, dopo una premessa sui principi tradizionali che regolano la materia – che comunque intende confermare – valorizza la “funzione di cerniera”, dell'art. 159, co. 1, c.p. e la sua capacità di aprire alle ipotesi di sospensione del processo in grado di produrre effetti diretti sul piano sostanziale dell'estinzione del reato, senza che possa porsi però un problema di retroattività lesivo dell'art. 25, co. 2, Cost., posto che «[...] il principio di legalità è rispettato perché la sospensione del corso della prescrizione di cui alla disposizione censurata, essendo riconducibile alla fattispecie della «particolare disposizione di legge» di cui al primo comma dell'art. 159 cod. pen., può dirsi essere anteriore alle condotte contestate agli imputati nei giudizi a quibus. La regola, secondo cui quando il procedimento o il processo penale è sospeso in applicazione di una particolare disposizione di legge lo è anche il corso della prescrizione, è certamente anteriore alle condotte penalmente rilevanti proprio perché contenuta nel codice penale del 1930 e ribadita dalla richiamata novella del 2005 [...] sicché il periodo di rinvio (id est sospensione) di procedimenti e processi penali dal 9 al 17 marzo trova il suo fondamento in una norma vigente già alla data iniziale di questo intervallo temporale. Non c'è stata pertanto alcuna sospensione retroattiva del corso della prescrizione come conseguenza della sospensione di procedimenti e processi penali, bensì ha trovato piena applicazione il principio secondo cui la legge (nella specie, di contenuto processuale) dispone per l'avvenire (art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale) e pertanto legittima è la ricaduta sulla prescrizione in termini di sospensione della sua durata, prevista dall'art. 1 del d.l. n. 11 del 2020, in combinato disposto con l'art. 10, comma 13, del d.l. n. 9 del 2020, in piena sintonia con l'art. 159, primo comma, cod. pen.». Cfr. Corte cost., n. 278 del 2020, con notazioni di CAPITTA; in www.rivistaaic.it, con nota di MARTIRE, PISTONE, *Sospensione della prescrizione, principio di legalità e bilanciamento sempre possibile. Considerazioni a margine della sentenza n. 278 del 2020 della Corte costituzionale*; in www.sistemapenale.it, con considerazioni di BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid. Considerazioni a margine di Corte cost., sent. 23 dicembre 2020, n. 278*. Sulla normativa dell'emergenza, in generale cfr. GATTA, *“Lockdown” della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito*, *ivi*.

⁴ Sull'argomento in generale v. DINACCI, *Psoriasi interpretative: la legge nel tempo in tema di prescrizione e termini di custodia nell'emergenza Covid. Alla ricerca di una “legalità” perduta*, in questa *Rivista*, 2020, 2; GUALTIERI, *Il sistema sanzionatorio di contrasto al Covid-19: profili costituzionali*, *ivi*; per il dibattito sulla natura della prescrizione, v. LOMBARDO, *Prescrizione. Diritto penale sostanziale*, in ADDANTE, LOMBARDO, *La prescrizione del reato*, Pisa, 2018, 11 e ss.

⁵ V. sul tema MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in questa *Rivista*, 2020, 1; MAIELLO, *La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diventa realtà*, *ivi*; MANES, PETRILLO, SACCONI, *Processo penale da remoto: prime riflessioni sulla violazione dei principi di legalità costituzionale e con-*

Una volta superata la primissima fase di criticità, è arrivato il tempo delle proposte di riforma, stavolta con la consapevolezza che, specie a seguito dell'evento calamitoso in parola, senza precedenti per dimensioni geografiche e rapidità dell'evoluzione peggiorativa, occorre riformare le regole di funzionamento del processo per impedire che il sistema giustizia, soprattutto quello civile, finisca per essere un freno alle ragioni della necessaria ripresa economica.

Si inseriscono, lungo questo crinale, le proposte delle due Commissioni di studio "Lattanzi"⁶ e "Luciani"⁷, che in prospettiva sinergica intendono assicurare una risposta alle istanze di efficientamento dell'amministrazione giudiziaria e di alleggerimento del carico giudiziario, nel complesso intervenendo sia sulle disposizioni del codice di rito che su quelle dell'ordinamento giudiziario e di disciplina del Consiglio Superiore della Magistratura.

Nel merito, la Commissione "Lattanzi" propone una serie di disposizioni per snellire il funzionamento del procedimento e del processo e, in parallelo, per ridurre i casi di instaurazione del contenzioso: lo schema d'intervento è dunque duplice, poiché da un lato s'intende cambiare la disciplina degli atti, delle notificazioni, del processo in assenza e delle impugnazioni per assicurare uno svolgimento più agile della sequenza procedimentale e, al tempo stesso, si vuole rispondere all'esigenza di ridurre nel complesso il carico giudiziario o il ricorso alla sanzione penale con la valorizzazione degli istituti di cui agli artt. 131-bis, 162-ter e 168-bis c.p., delle sanzioni sostitutive e della promozione ulteriore di percorsi di giustizia riparativa⁸.

venzionale, in www.dirittodidifesa.eu, GATTA, "Lockdown" della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito, cit.; STORTONI, L'imputato ai tempi del COVID-19, in www.penaledp.it; sul tema in generale v. anche MANI, L'accusato nel processo. Diritto alla presenza e partecipazione a distanza, in *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, a cura di Giunchedi, Pisa, 2018, 259 e ss.

⁶ «Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello», nominata con decreto del Ministro della Giustizia del 16 marzo 2021 e che propone emendamenti al d.d.l. C 2435 del 2020.

⁷ «Commissione per elaborare proposte di interventi per la riforma dell'ordinamento giudiziario», nominata con decreto del Ministro della Giustizia del 26 marzo 2021.

⁸ Un ulteriore e importante ambito d'intervento della proposta "Lattanzi" riguarda il settore delle impugnazioni. Mettendo a frutto la sperimentazione realizzata con la decretazione d'urgenza che, come accennato, ha consentito la celebrazione di giudizi a porte chiuse, emerge la volontà di trasformare le impugnazioni in fasi del processo caratterizzate da un contraddittorio normalmente cartolare - a meno che non venga accolta un'apposita richiesta di trattazione orale - e, inoltre, di rendere l'appello un mezzo d'impugnazione a critica vincolata, oltre all'eliminazione del potere di appellare del p.m. e alla limi-

La prospettiva della Commissione “Luciani” è, invece, interamente dedicata a calibrare gli ingranaggi dell’ordinamento giudiziario, con particolare riferimento al percorso professionale del magistrato.

Il documento propone d’intervenire sulla disciplina della carriera in magistratura, dell’organizzazione degli uffici e, inoltre, del funzionamento del sistema giudiziario nel suo complesso, compresa quella inerente al sistema elettorale del CSM⁹.

Prima di entrare nel merito degli specifici aspetti analizzati, è opportuno evidenziare che è imprescindibile una lettura unitaria delle due prospettive di cambiamento, nella consapevolezza che non vi sia riforma del procedimento *stricto sensu* in grado di funzionare senza un intervento di coordinamento con la disciplina del sistema giudiziario nel suo complesso.

Sarebbe un errore, infatti, pensare che sia possibile proporre un nuovo equilibrio del complesso rapporto tra libertà ed autorità in materia di giustizia penale con un intervento dedicato esclusivamente alla riscrittura delle disposizioni del codice di rito, e ciò non tanto e non solo perché il “sistema codice” ha conosciuto una forte perdita di centralità nella *regulation* del fenomeno “giustizia penale”¹⁰ - non diversamente da quanto hanno vissuto altre branche del diritto fondate mediante la tecnica normativa del codice sistematico - quanto perché l’arricchimento, nel tempo, di contenuti e della portata dei principi superiori, frutto dell’integrazione coi formanti sovranazionali, ha prodotto una maggiore sensibilità ai diritti fondamentali dell’accusato che richiede mutamenti in profondità, fino al sostrato normativo che regola, nel

tazione di quello del difensore. Si propone, in altri termini, che le impugnazioni della sentenza nel rito ordinario vengano di base celebrate di regola con un contraddittorio fatto di deduzioni e controdeduzioni scritte, mentre resta alle parti la possibilità di domandare, evidentemente in via d’eccezione, la fissazione dell’udienza di discussione: a ciò si aggiunge, inoltre, un’asimmetria tra appello e giudizio di legittimità, posto che solo il giudice del secondo ha la facoltà di disporre d’ufficio la trattazione orale della causa. Mette bene in luce i rischi di definitivo abbandono della pubblicità, dell’oralità e del contraddittorio DE CARO, *Riflessioni critiche sulle proposte della Commissione ministeriale in tema di riforma delle impugnazioni penali*, in questa *Rivista*, 2021, 2.

⁹ V. la Relazione finale della “Commissione per elaborare proposte di interventi per la riforma dell’ordinamento giudiziario” istituita con d. min. giustizia del 26 marzo 2021, disponibile in www.giustizia.it.

¹⁰ A testimonianza della fondatezza dell’assunto possiamo richiamare gli atti para-amministrativi di organizzazione degli uffici, attraverso i quali da tempo passa l’effettività di alcuni principi costituzionali. Si pensi alle prassi seguite dagli uffici di Procura per la disciplina dell’ordine di analisi e approfondimento dell’ingente mole di notizie di reato, vero banco di prova del principio dell’obbligatorietà dell’azione penale di cui all’art. 112 Cost. e, ancora, alla capacità dei provvedimenti organizzativi dell’ufficio giudicante di condizionare l’assegnazione dei fascicoli e la sostituzione dell’assegnatario in caso d’incompatibilità, sui quali solo è possibile misurare l’entità pratica del principio di naturalità dell’art. 25, co. 1, Cost.

dettaglio, la professione del magistrato, il sistema carcerario¹¹ e l'investigazione preliminare¹².

Con la crescita, in termini di complessità e di esigenze di protezione, dei diritti soggettivi nel processo, è divenuto illusorio pretendere di modificare o interpretare evolutivamente le sole disposizioni del codice per riuscire ad assicurare il rispetto dei rinnovati *standards* di oralità, contraddittorio, effettiva conoscenza dell'atto e neutralità di giudizio che sono stati raggiunti sul piano super-legislativo. Diventa dirimente, in questa diversa prospettiva, assicurare diritti tangibili e non illusori, adottando un'impostazione di analisi che vada a guardare anche agli atti interni all'ufficio, di disciplina del suo funzionamento, al fine di individuare, se del caso, norme o prassi in grado di ostacolare la piena realizzazione di quegli *standards*.

In questa dimensione non è più sufficiente tener conto della produzione normativa giurisprudenziale per ricostruire i contenuti della legalità sostanziale, che andranno integrati con le fonti secondarie dell'ordinamento giudiziario e le direttive di stretta amministrazione della giustizia per assicurare che non vi siano scollamenti tra i principi enunciati e le prassi seguite.

2. *Sui principali contenuti di riforma dell'ordinamento giudiziario.* Quanto al merito del documento redatto dalla Commissione Luciani, procederemo innanzitutto a una ricognizione dei principali punti oggetto d'intervento per poi

¹¹ Basti pensare che le condizioni di una detenzione rispettosa della dignità umana, secondo la Corte europea, per essere attuate richiedono uno sforzo di adeguamento che coinvolge non solo la legge sull'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n. 354) ma un complesso di disposizioni legislative e amministrative (di amministrazione penitenziaria, appunto), di prassi e perfino di edilizia carceraria (con riferimento alla nota questione dello spazio minimo abitativo da riconoscere al recluso) che solo un intervento organico può assicurare. Cfr. sul tema e considerazioni di CORVI, *Detenzione e dignità della persona. Il punto di non ritorno: il dictum «Torreggiani», Regole europee e processo penale*, a cura di Chinnici, Gaito, Milano, 2018, 461 e ss. Sul tema delle modalità di calcolo dello spazio minimo da riconoscere al detenuto per non incorrere nella violazione dell'art. 3 C.E.D.U., si veda il recente intervento di Cass., Sez. un., 24 settembre 2020, Min. Giustizia in proc. Comisso, in www.sistemapenale.it, con notazioni di CATANEO, *Le Sezioni unite si pronunciano sui criteri di calcolo dello 'spazio minimo disponibile' per ciascun detenuto e sul ruolo dei fattori compensativi nell'escludere la violazione dell'art. 3 CEDU*.

¹² Ci riferiamo agli obblighi di completezza, correttezza, celerità e imparzialità dell'attività investigativa che il Collegio europeo riconduce alla componente procedurale degli artt. 2 e 3 C.E.D.U., dai quali emergono prescrizioni che condizionano i modi e i tempi del potere investigativo e che richiederebbero, in funzione di adeguamento, un intervento di riforma non limitato alla riscrittura della disciplina processuale dell'atto ma che sia esteso alle prassi, alle circolari e in genere a ogni fonte secondaria che comunque entri in gioco condizionando l'investigazione. Sul tema si rinvia alle approfondite e coerenti considerazioni di VALENTINI, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in questa *Rivista*, 2019, 3.

concentrare l'attenzione sul principio dell'imparzialità del giudice, allo scopo di verificare se e in quale misura l'elaborato riesca ad accrescere il livello di protezione della neutralità di giudizio richiesto dai principi superiori e, in particolare, dalla giurisprudenza della Corte europea, rispetto alla quale il nostro ordinamento pare essere in marcato disallineamento.

Dal momento che, secondo l'art. 1 del decreto ministeriale istitutivo, la Commissione aveva il compito di elaborare ipotesi d'intervento normativo sull'ordinamento giudiziario e, nel farlo, doveva tener conto del disegno di legge AC 2681, presentato il 28 settembre 2020 e recante «*Deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario militare, nonché disposizioni in materia ordinamentale, organizzativa e disciplinare, di eleggibilità e ricollocamento in ruolo dei magistrati e di costituzione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura*», il prodotto dell'attività di studio è stato strutturato come una serie di emendamenti al disegno di legge in questione, prospettandone in parte un affinamento e in altra una riscrittura, allo scopo di assicurare la compatibilità della riforma con le norme costituzionali e, al tempo stesso, la sua capacità di fronteggiare gli obiettivi imposti dalla fase di ricostruzione economica del c.d. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)*¹³.

Possono essere individuate, sul piano strutturale, tre macroaree d'intervento: la prima è dedicata alle proposte di modifica sulla carriera del Magistrato quanto a valutazioni di professionalità, requisiti per il conferimento di incarichi direttivi e semi-direttivi, accesso alla magistratura¹⁴ e alle funzioni di legittimità, responsabilità disciplinare; la seconda riguarda invece l'organizzazione degli uffici giudicanti e requirenti, la dotazione dell'ufficio del Massimario presso la Corte di cassazione e le limitazioni funzionali del magistrato candidato o eletto nell'ambito delle competizioni elettorali; l'ultima, invece, coinvolge il funzionamento dei lavori del CSM e la revisione della disciplina elettorale dei suoi componenti.

Per limitarci a una rassegna di massima del ricco articolato, che sia funzionale alla verifica di una maggiore o minore tenuta dell'ordinamento quanto

¹³ È il documento con cui il Governo italiano, nel rispetto delle linee guida elaborate dalla Commissione Europea, ha identificato gli ambiti in cui intende aggregare progetti di investimento e di riforma, per poter fruire dei fondi europei che finanziano la ripresa economica a seguito della pandemia da Covid-19 (disponibile in www.governo.it).

¹⁴ Sul tema, anche per una comprensione più approfondita della proposta della Commissione di ampliare le materie oggetto di trattazione in sede di prove scritte, v. le articolate e ragionate considerazioni del DI FEDERICO, *Reclutamento dei magistrati: disfunzioni e proposte di modifica*, in questa *Rivista*, 2020, 1.

all'imparzialità del giudice rispetto alle modificazioni prospettate, sul piano del conferimento degli incarichi si propone, tra l'altro, di stabilire un principio d'ordine temporale per tale assegnazione da parte del CSM e, soprattutto, di prevedere la pubblicità dei relativi atti istruttori e decisorii, allo scopo di assicurare una maggiore trasparenza nell'ambito di tali procedimenti di valutazione comparativa dei candidati.

Vengono inoltre segnalati alcuni accorgimenti che riguardano le valutazioni di professionalità del magistrato, al fine di ottenere apprezzamenti che siano basati su elementi oggettivi e che non si risolvano in considerazioni rituali o formalistiche; segnatamente, si propone di eliminare ogni forma di automatismo nella fase in cui il capo dell'ufficio valuta l'autorelazione del magistrato, in linea peraltro con la tendenza, propria del disegno di legge e della proposta della Commissione, di valorizzare ulteriormente i compiti gestori del primo.

Nella stessa direzione si propone di rendere vincolante, in sede di valutazione professionale, l'accertamento dei fatti così come avvenuto in sede disciplinare, regolando il rapporto tra questa e il giudizio di professionalità sulla falsariga della norma di cui all'art. 653 c.p.p., che attribuisce efficacia di giudicato alle decisioni irrevocabili di assoluzione o di condanna - nelle rispettive cognizioni di insussistenza o sussistenza del fatto addebitato - nel giudizio per la responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità.

Rientrano, invece, nella seconda macroarea le istanze di modifica relative all'organizzazione degli uffici inquirenti. Sul punto la proposta si pone sostanzialmente in linea con quella del disegno di legge, finalizzata a reintrodurre i progetti organizzativi presso tali uffici, salvo riscrivere alcune disposizioni che riguardano i criteri di priorità di trattazione, laddove segnala l'esigenza di prevedere che questi possano essere fissati unicamente dalla legge e che, inoltre, vengano cristallizzati i criteri e le modalità da rispettare per revocare l'assegnazione del fascicolo, nei casi in cui insorga un dissenso rispetto al Procuratore.

Similmente la Commissione propone di eliminare il riferimento a fonti non legislative nell'individuazione dei criteri d'ordine di trattazione da parte degli uffici decidenti. Infatti il disegno di legge contiene una previsione di modifica dell'art. 37, co. 1, d. lgs. n. 98 del 2011 finalizzata all'introduzione di una norma *ad hoc* che, nella fissazione delle regole di priorità per il settore penale, consente di tener conto, oltre che delle disposizioni di legge, anche di apposite direttive elaborate dal Consiglio superiore: in coerenza con quanto proposto per gli uffici inquirenti e, in generale, per una migliore compatibilità della normativa di risulta con le regole costituzionali, la Commissione ritiene

opportuno eliminare il riferimento alle direttive, per lasciare spazio alla sola fonte primaria in un settore tanto delicato quale è quello della scelta delle priorità di decisione, specie a fronte della grossa mole di procedimenti pendenti.

Di sicuro impatto sulla tematica dell'imparzialità è, poi, la nuova disciplina sull'assunzione di cariche elettive ad ogni livello amministrativo e dei limiti funzionali da imporre in fase di rientro in magistratura all'eletto o al candidato alla tornata elettorale.

A fronte delle soluzioni per il vero meno rigorose contenute nel testo oggetto di proposte di modifica, sia quanto all'eleggibilità dei magistrati che al ricollocamento in ruolo di quelli non eletti, la Commissione ha scelto una strada diversa e, per certi versi, più attenta ad assicurare limiti stringenti e meglio in grado di tutelare la funzione giurisdizionale specie quanto all'accesso alle cariche elettive e alle competizioni, muovendo dalla considerazione che «*qualsiasi incarico di natura politica sia suscettibile di appannare l'immagine di indipendenza e imparzialità della magistratura*»¹⁵: si propone, infatti, di eliminare il limite al divieto di eleggibilità alla carica di Sindaco di comuni con popolazione superiore a centomila abitanti prevedendo che il divieto valga anche per quelli di estensione minore e che, inoltre, l'obbligo di aspettativa senza assegni sia esteso da due a quattro mesi antecedenti l'accettazione della candidatura.

Meno rigoroso, invece, l'insieme di proposte relative alla fase di rientro in organico del magistrato, ritenendo la Commissione che il ricollocamento in ruolo debba essere favorito, sia pure con alcune limitazioni rispetto alle funzioni esercitabili: si prevede, infatti, che al termine del mandato o dell'incarico politico che è stato rivestito il magistrato possa, per un periodo di tempo determinato, svolgere unicamente funzioni giudicanti di tipo collegiale, senza potere, inoltre, ricoprire incarichi direttivi o semidirettivi.

Di non minore importanza il terzo settore di intervento, che attiene alla formazione e al funzionamento del CSM: in sintesi, si suggerisce di modificare il sistema elettorale del Consiglio e le scadenze del rinnovo dei suoi componenti per evitare disfunzioni che diminuiscano, in ipotesi, le concrete possibilità del consesso di svolgere il mandato costituzionale di tutela dell'autonomia e dell'indipendenza.

Quanto alle proposte emendative della disciplina sull'elezione della quota "togata" dell'organo di rilievo costituzionale, la Commissione premette che

¹⁵ Così a pag. 10 della Relazione finale.

nel superare le sue criticità di funzionamento, di recente oggetto di ampio dibattito pubblico, occorre assicurare la massima apertura del confronto elettorale - evitando che il peso delle realtà associative, pur necessario, finisca per essere del tutto condizionante - e, inoltre, garantire la qualità delle candidature e valorizzare il potere di scelta dell'elettore.

Quest'ultimo, in particolare, vedrebbe le proprie preferenze regolate dal sistema del voto singolo trasferibile, già praticato in altre esperienze costituzionali come quella irlandese e già suggerito, alla fine degli anni Novanta, dalla Commissione Balboni¹⁶.

Secondo tale meccanismo elettorale, d'ispirazione proporzionale e incentrato sulla massimizzazione delle preferenze dell'elettore, è possibile trasferire ad altri candidati i voti espressi da elettori di quelli che, invece, risultano già eletti per aver raggiunto il quoziente prefissato o sono arrivati per ultimi alla competizione. In questa logica, dunque, non residua la possibilità di un voto *inutiliter dato* perché rivolto a chi, per l'entità di preferenze ricevute, risulta ormai eletto, dato che la regola del trasferimento consente ad altro concorrente di beneficiare, in via residuale, della preferenza in questione.

Per rendere praticabile questa ipotesi, si propone di sostituire le candidature di lista con quelle individuali e, in particolare, di introdurre l'obbligo dell'elettore, a pena di nullità del voto espresso, di esprimere almeno tre preferenze e fino a un tetto corrispondente al totale dei seggi assegnati al collegio di appartenenza: in tal modo, una volta proclamati eletti quanti hanno raggiunto il quoziente appositamente individuato, le preferenze eccedenti da questi ottenute vengono trasferite a seconda della graduatoria formata dall'elettore all'atto del voto; analogamente, in caso di mancata copertura di tutti i seggi, è prevista la redistribuzione dei voti ricevuti dall'ultimo classificato.

In parallelo, viene proposta una tecnica di rinnovo modulare di una frazione dei membri del CSM ogni due anni, allo scopo denunciato di «*ostacolare il consolidarsi di aggregazioni di interesse che trascendano il corretto esercizio delle funzioni consiliarie*»¹⁷: secondo la Commissione, in particolare, assicurando un meccanismo di rotazione parziale biennale dei mandati - previo aumento dei componenti a dodici "laici" e ventiquattro "togati" - è possibile ridurre notevolmente i rischi di consolidamento distorsivo delle posizioni e

¹⁶ Commissione di studio per la riforma del sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura, istituita con decreto del Ministro di Grazia e Giustizia del 14 giugno 1995, pubblicata in *Quad. Cost.*, 1997, 3, 541.

¹⁷ Pag. 11 della Relazione finale in commento.

garantire una dialettica più fluida e meno ingessata. In virtù dei limiti che l'art. 104 Cost. oppone a un sistema del genere, se ne propone contestualmente una revisione con legge ai sensi dell'art. 138 Cost., che preveda allo stesso tempo di affidare al Presidente della Repubblica, e non più al Consiglio stesso, la nomina del relativo Vicepresidente.

3. *Un bilancio delle ipotesi sul tavolo alla luce del principio d'imparzialità del giudice.* Nella consapevolezza che ciascuno di questi settori è in grado, con intensità variabile, d'influire sull'effettiva neutralità di giudizio di cui sarà o apparirà di essere munito il giudicante, occorre proporre un bilancio complessivo delle proposte della Commissione per saggiare il tasso di effettiva imparzialità che queste sono in grado di assicurare, *mutatis mutandis*, al giudicante nel processo.

In questo senso possono essere individuati degli aspetti positivi, certamente in grado di incrementare il tasso di adeguamento del sistema giudiziario alle aspettative della Convenzione europea, segnalando comunque che, nel complesso, sarebbe stato auspicabile adottare misure più incisive.

Quanto ai punti di forza, può avere un impatto positivo la proposta pubblicità degli atti su cui si forma il procedimento istruttorio di valutazione comparativa delle domande e di decisione delle assegnazioni degli incarichi direttivi e semi-direttivi, così assicurando una maggiore trasparenza dell'attività del CSM quando questo individua i vertici degli uffici giudicanti e requirenti.

Con particolare attenzione ai primi, dev'essere segnalato che una norma di tal genere s'inserirebbe nel solco della giurisprudenza europea che, sotto l'art. 6, § 1, C.E.D.U. riconduce anche la possibilità di conoscere i metodi d'individuazione e selezione del ceto giudicante. È noto, infatti, che quella giurisprudenza declina la disposizione in questione nei termini d'indipendenza e d'imparzialità di chi decide e, sul primo aspetto, segnala che al fine di accertare l'esistenza del requisito in capo al tribunale chiamato a decidere occorre tener conto di un insieme di elementi eterogenei nell'ottica di una verifica in concreto e non formalistica, tra i quali si richiamano espressamente e separatamente le modalità di nomina dei membri, oltre alle regole di disciplina del mandato giudicante e all'esistenza di meccanismi in grado di proteggere il giudice da eventuali pressioni esterne¹⁸.

¹⁸ Tra le altre, cfr. Corte EDU, 15 settembre 2015, Tsanova-Gecheva c. Bulgaria, § 106 e Id., 25 febbraio 1997, Findlay c. Regno Unito, § 73.

Se tali principi ispiratori trovano in parte attuazione nella predeterminazione, legale o tabellare, dei criteri di assegnazione degli affari penali¹⁹, ciò non vuol dire che la previsione espressa della pubblicità degli atti istruttori in questione non contribuisca in maniera importante ad eliminare spazi di segretezza nella “filiera” di attività e fasi con cui si arriva all’individuazione dei componenti dell’organico, in ogni sua parte, e alla distribuzione di compiti e funzioni.

Nella stessa direzione, è apprezzabile la proposta della Commissione di escludere dal novero delle fonti abilitate alla fissazione dei criteri di priorità di trattazione, presso gli uffici giudicanti, le direttive approvate dal Consiglio superiore, ritenendo il documento che solo la legge dovrebbe poter fissare regole vincolanti per la graduazione del carico di lavoro, essendo evidente l’impatto di una regolazione di tal genere sui principi costituzionali²⁰.

Quanto al rapporto tra cariche politiche e magistratura, invece, si assiste a una scissione: la proposta della Commissione da un lato suggerisce di irrigidire i limiti di eleggibilità del magistrato, estendendo a qualunque carica elettiva il divieto senza tener conto dell’estensione demografica o di altri fattori e, invece, per quanto concerne la fase di rientro dell’eletto o del candidato in servizio, adotta un approccio più cauto, ritenendo sufficiente la previsione di un limite temporale entro il quale il soggetto riammesso all’esercizio della funzione può solo ricoprire l’incarico di decisore insieme con gli altri membri di un collegio, restando precluso l’accesso a posizioni apicali.

Pare evidente che la preoccupazione del documento fosse quella di evitare soltanto che il concorrente alla competizione elettorale transitasse in un ruolo fisiologicamente dotato di poteri gestori elevati – peraltro incrementati dal disegno di legge in questione – eppure la norma proposta pare insufficiente ad assicurare l’imparzialità nel processo. Il punto sembra essere particolarmente critico, poiché se da un lato si assicura che i *competitors* politici non

¹⁹ Altro ma non secondario tema è quale sia la cogenza effettiva delle Tabelle di riparto interno e quali strumenti abbiano a disposizione le parti per farne valere la violazione, ogni volta che a questa si accompagna uno squilibrio sull’equità del processo. Molto significative, sulla questione, le considerazioni di GAITO, GIUNCHEDI, *Il giudice più idoneo tra prospettive sovranazionali e giustizia interna*, in GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 29 e ss.

²⁰ Su questo aspetto, si segnala la recente proposta di legge costituzionale n. 2710 del 2020 di «*Modifica dell’articolo 112 della Costituzione, concernente l’esercizio dell’azione penale recente*» che ha lo scopo di fissare la regola per cui l’obbligo di esercizio dell’azione penale dev’essere adempiuto secondo criteri stabiliti dalla legge, al tempo stesso prevedendo la presentazione, a cadenza biennale, di un disegno di legge che li stabilisca e li revisioni. A tal proposito v. le considerazioni di PALMA, *L’obbligo di esercizio dell’azione penale, carico giudiziario ed efficientamento di sistema: una prospettiva rispettosa del vincolo costituzionale*, in questa *Rivista*, 2021, 1. Sul fondamento e sulle ragioni della doverosità dell’azione penale, v. DOMINIONI, *L’azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1999, 401 ss.; LEONE, *Azione penale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 851 e ss.

ricoprono, per un certo tempo, ruoli direttivi, dall'altro si ritiene adeguato che il magistrato in questione possa tornare a svolgere immediatamente funzioni di giudizio, mentre sarebbe auspicabile una norma che impedisca, allo stesso tempo, anche lo svolgimento della funzione di *ius dicere* in ogni sua manifestazione, monocratica o collegiale, così riuscendo il sistema nel suo complesso ad assicurare quella apparenza d'imparzialità proveniente dal formante sovranazionale, anche al di fuori dei casi in cui è integrata, nel caso concreto, un'incompatibilità emendabile con gli strumenti degli artt. 34 e seg. c.p.p.

Sul tema il diritto vivente della Corte europea è molto netto: l'imparzialità che il *panel* di giudici chiamati alla trattazione dell'affare deve assicurare è di due tipi, sostanziale e "apparente"; non basta, cioè, che il singolo sia, per via della propria condotta personale, lontano da qualsiasi pregiudizio soggettivo o motivo di avversione verso una delle parti²¹ ma occorre, non secondariamente nei ragionamenti della Corte, che l'organo sia in grado anche di apparire come neutrale²².

L'apparenza, in questa direzione, assicura la capacità dei giudicanti di offrire idonee e sufficienti garanzie d'imparzialità e, per ciò solo, contribuisce a rafforzare tra i cittadini il convincimento, democraticamente necessario, che l'amministrazione della giustizia si trovi al di sopra di ogni condizionamento anche solo apparente, posto che attraverso il comportamento del giudice passa l'effettività del principio di legalità nel caso concreto e, dunque, la cogenza reale della regola fondante lo Stato di diritto²³.

Dal confronto tra queste indicazioni e le ipotesi di riforma, invece, emerge uno scarto significativo, poiché si ritiene che lo svolgimento di sole funzioni giudicanti in collegio sia una misura adeguata a neutralizzare eventuali ed ipotetici condizionamenti politici del magistrato rientrato dalla competizione elettorale o dall'incarico governativo: proprio quella funzione che, invece, il diritto della Convenzione ritiene debba essere la meno esposta a condizionamenti anche solo apparenti e teorici, tanto elevata è la sensibilità della C.E.D.U. sul tema dell'imparzialità, nella misura in cui attraverso di essa deve verificarsi

²¹ Su questa componente del principio v. Corte EDU, 4 febbraio 2020, Alexandru Marian Iancu c. Romania, § 57; Id., Gr. Cam., 6 novembre 2018, Ramos Nunes De Carvalho e SÁ c. Portogallo, § 144; Id., Gr. Cam., 25 settembre 2018, Denisov c. Ucraina, § 61.

²² Occorre verificare, cioè, se il collegio «*e, tra gli altri aspetti, la sua composizione, offrriva garanzie sufficienti per escludere ogni legittimo dubbio in merito alla sua imparzialità*» (Corte EDU, Gr. Cam., 15 dicembre 2015, Kyprianou c. Cipro, § 118; Id., Gr. Cam., 15 ottobre 2009, Micallef c. Malta, § 93).

²³ «*All'atto pratico, si tratta di chiedersi se, indipendentemente dalla condotta personale dei giudici, alcuni fatti verificabili autorizzino a sospettare l'imparzialità di questi ultimi. In questo campo, persino le apparenze possono rivelarsi importanti [...]*» (Corte EDU, 28 aprile 2009, Savino e altri c. Italia, § 101).

un'applicazione della legge asettica e lontana da qualunque ombra o sospetto di condizionamento (appunto) politico.

La proposta di riforma della disciplina elettorale e di funzionamento dell'organo di autogoverno della magistratura riveste non minore importanza nell'indagine sulla tenuta del sistema giudiziario al banco dell'imparzialità europea.

La revisione della normativa elettorale e dei meccanismi di rinnovo del consesso ha, infatti, ripercussioni dirette sulla capacità del CSM di svolgere la sua funzione costituzionale di assicurare autonomia e indipendenza ai componenti dell'ordine giudiziario e, dunque, gettare le basi logiche di qualsivoglia forma d'imparzialità nel processo: pare addirittura ovvio evidenziare che, senza la predisposizione di regole in grado di assicurare all'organo in questione una composizione e lo svolgimento dei lavori privo da condizionamenti di sorta, difficilmente questo riuscirebbe ad adempiere al mandato sancito dall'art. 104, co. 1, Cost. e, per questa via, resterebbe compromessa quella premessa di protezione del magistrato fuori dal processo rispetto a centri di potere di sorta, con conseguenze dirette sulla neutralità nel giudizio.

La legge, da questo punto di vista, svolge un ruolo di primaria importanza nel garantire la realizzazione degli obiettivi indicati, posto che la Carta fondamentale se da un lato fissa i caratteri fondanti che sono attribuiti al corpo giurisdizionale - inamovibilità, indipendenza, parità formale dei componenti, riserva all'organo di autogoverno di tutte le decisioni che attengono alla vita professionale del magistrato (artt. 104, co. 1, 105, 107, 108 Cost.) - dall'altro, forse inevitabilmente, lascia importanti spazi di disciplina alle norme primarie del legislatore, che deve assicurare, sia sul piano dell'organizzazione del CSM che su quello dei limiti all'esercizio delle sue prerogative costituzionali, il risultato pratico della cesura di ogni legame potenziale tra il magistrato e gli altri poteri dello Stato, affinché questo si trovi nelle condizioni per essere effettivamente sottoposto alla sola legge.

Il complessivo intervento sul diritto primario - proposto dal disegno di legge ed integrato dal documento della Commissione - sembra non fare abbastanza per assicurare uno svolgimento dei lavori del CSM in grado di incrementare l'impermeabilità dell'organo ad ipotesi di aggregazione e stabilizzazione di posizioni interne che, fuoriuscendo dal normale evolversi della dialettica democratica, finiscano per condizionare la capacità del consesso di raggiungere del tutto gli obiettivi assegnati.

Sul piano elettorale, infatti, la proposta di modifica della disciplina del voto nel senso della graduazione delle preferenze, con l'obbligo per l'elettore di

indicare, a pena di nullità, i nominativi subordinati al primo per l'operare del meccanismo del trasferimento, non pare in grado di determinare un sicuro ostacolo all'aggregazione significativa di posizioni, né pare contribuire a realizzare una soluzione di continuità rispetto alle distorsioni del passato. Se è vero che, con questo meccanismo, viene potenziata la possibilità di scelta dell'elettore ed eliminato il fenomeno del voto c.d. inutile, introducendo una certa percentuale di imprevedibilità dell'esito della competizione tra candidati in grado di ostacolare concertazioni di sorta, allo stesso tempo non resta impedita, dalle regole di funzionamento, la mera possibilità della distorsione. Similmente, il proposto meccanismo di rotazione dei componenti, con rinnovo parziale ogni due anni, anche se studiato nella prospettiva di introdurre un fattore di cambiamento intermedio della composizione che favorisca la fluidità della formazione e, in tal modo, una dialettica sempre viva, non sembra in grado di impedire alla radice il fenomeno al quale si oppone.

4. *Concludendo.* Pur dando atto alla Commissione di aver suggerito miglioramenti significativi al testo base e, non secondariamente, in un tempo abbastanza breve - proponendo, ad esempio, di escludere le direttive del CSM dal catalogo delle fonti a cui è permesso dettare criteri di priorità di trattazione degli affari e rifiutando le eccezioni al divieto di eleggibilità dei magistrati presenti nel disegno di legge - sembrano tuttavia residuare spazi d'intervento utili dal punto di vista dei presidi all'imparzialità, che consentirebbero di adeguare perfettamente le disposizioni "secondarie" di disciplina dell'amministrazione giudiziaria al modello di giurisdizione descritto dall'art. 6, § 1, C.E.D.U.²⁴

Non è a discutersi, in prima battuta, che un significativo progresso dovrebbe essere compiuto sul piano del codice di rito, mediante il superamento del principio di tassatività che governa le cause d'incompatibilità, astensione e ricusazione e la previsione di una clausola aperta quale valvola di sfogo del sistema, che consenta di eccepire l'inefficienza in concreto del magistrato designato tutte le volte in cui sia venuta meno la sua apparenza d'imparzialità, se del caso anche al di fuori delle vicende catalogate dal legislatore.

²⁴ Sul rapporto di dipendenza funzionale tra l'idoneità in concreto del giudice e l'equità del processo v. DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, a cura di Giunchedi, cit., 203 e ss.; GAITO, ASTARITA, *Competenza e incompetenza del giudice penale*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, III, 2005, 176 e ss.; DEAN, *I principi costituzionali di terzietà e imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti, Fiorio, Padova, 2002, 3 e ss.

Sul tema, tuttavia, non risultano esservi ipotesi di riforma e, da questo punto di vista, la stagione di cambiamenti normativi che si sta consumando sembra non essere interessata a un ripensamento dei modi in cui il diritto positivo assicura la neutralità in giudizio, specie alla luce delle recenti istanze sovranazionali.

Pare perciò ancora lunga la strada da percorrere per adeguare il sistema delle regole “secondarie” ai principi superiori dell’equo processo costituzionale/convenzionale e, al tempo stesso, porre tutte le condizioni perché la disciplina dell’attività processuale, pure oggetto di proposte di riforma, sia davvero in grado di riformare il processo vivente.