

QUESTIONI APERTE

Ricusazione

La decisione

Giudice di legittimità - Previa valutazione del fatto in altro procedimento - Incompatibilità - Esclusione (Cost., art. 25, co. 1; C.e.d.u., art. 6, § 1; C.p.p., artt. 34, 37, co. 1, lett. a e b).

Non è incompatibile al giudizio di legittimità il magistrato che ha già ricoperto, presso la medesima Corte, il ruolo di componente del Collegio giudicante o di Relatore con riguardo ai ricorsi cautelari e ai ricorsi, su rito ordinario, degli altri imputati di appartenere al medesimo consesso associativo.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE SESTA, 9 marzo 2021 (ud. 3 febbraio 2021) - MOGINI, *Presidente* - RICCIARELLI, *Relatore* - MOLINO, *P.G.* (diff.) - Alampi e altri, *ricorrenti*.

Da ramo secco dell'ordinamento a problema attuale: l'incompatibilità dei giudici di cassazione

La Corte regolatrice esclude l'incompatibilità del giudicante di legittimità che abbia già contribuito, quale componente di Collegio o Redattore presso la SC, all'emissione del verdetto cautelare o a quello conclusivo del giudizio ordinario relativo alla posizione soggettiva dei coimputati dello stesso fatto. Con lo scritto ripercorriamo le ragioni della decisione e, inoltre, la concezione dell'apparenza di imparzialità proveniente dalla Corte di Strasburgo, capace di mettere in crisi, in tesi, gli assetti dell'incompatibilità disegnati dal diritto positivo.

From a dry branch of the legal system to a current problem: the incompatibility of the cassation judges

The Supreme Court rules out the incompatibility of the magistrate who has already judged the same fact during the appeal to the Court of Cassation, also if referred to other co-defendants. With the paper we analyze the reasons of the judgement and we compare them to the statements coming from the Strasbourg's Court, often hard to put together with the rules designed by positive law.

SOMMARIO: 1. Introduzione al caso. 2. Funzione e limiti del "tassativo" quando è in gioco l'imparzialità 3. Il rischio di parzialità da pregresso esercizio della funzione giudicante secondo Strasburgo. 4. La competenza funzionale come soluzione d'emergenza in casi estremi.

1. *Introduzione al caso.* Ci si chiede se può celebrare la fase di legittimità del procedimento principale il giudicante che ha già preso parte, presso lo stesso ufficio giudiziario, a quella cautelare e ai giudizi relativi alla posizione dei coimputati nel reato plurisoggettivo.

Nell'ambito della stessa Sezione regolatrice, accade che un Magistrato viene aggregato al Collegio deputato alla cognizione del ricorso sulla responsabilità anche se, in precedenza, aveva composto quelli chiamati all'emissione della decisione cautelare e di quella relativa ai coimputati del delitto associativo.

A fronte di che, viene proposta un'istanza di ricusazione per censurare, nella prospettiva di parte, il difetto di imparzialità del giudice in questione, stante la potenziale forza della prevenzione che può derivare dal pregresso contatto col fatto generatore delle catene processuali nelle quali, a vario titolo, la vicenda materiale è stata scrutinata. Si allega, cioè, che il ruolo peculiare assunto dal giudicante potrebbe avere un effetto pregiudicante, almeno in potenza, nel controllo del verdetto di colpevolezza, con possibile infrazione del canone dell'imparzialità ricondotta, a seconda dei casi, all'ambito dell'incompatibilità di cui all'art. 34, in rel. all'art. 37, co. 1, lett. a), c.p.p. o a quello dell'art. 37, co. 1, lett. b), c.p.p.

Al di là degli aspetti di dettaglio, la pronuncia ci consente di analizzare fino a che punto sia possibile "stressare" i limiti di ammissibilità della denuncia di non idoneità in concreto finalizzata alla sostituzione dello *iudex suspectus* nel caso in cui il dubbio deriva dalla circostanza che questi è venuto a contatto, più volte, col nucleo storico dell'addebito e, dunque, ha già contribuito, sia pure in modo frazionario e con finalità di volta in volta differenti, alla valutazione processuale della medesima vicenda, nell'ottica dei gravi indizi cautelari o controllando la congruità della motivazione di secondo grado relativa ai ricorsi dei coimputati.

2. *Funzione e limiti del "tassativo" quando è in gioco l'imparzialità.* La decisione rigetta la contestazione dell'idoneità in concreto del giudice, a causa del pregresso contatto coi fatti alla base della catena di procedimenti, sulla base del principio di tassatività che governa, per orientamento consolidato, le ipotesi disegnate dal codice di rito.

A tal proposito vengono richiamati i due diversi modi di tutela che il codice appresta all'imparzialità, sotto forma, a seconda del caso, di incompatibilità interna al procedimento o di causa di astensione/ricusazione.

Occorre tener distinte, infatti, le due modalità tecniche di rimozione del vizio di neutralità, che possono dipendere dall'adozione di uno degli atti di cui all'art. 34 c.p.p. in una precedente fase del giudizio oppure da una delle condotte soggettive o situazioni concrete descritte come obblighi di rinuncia all'investitura, da parte del magistrato, di cui ai successivi artt. 36 e 37.

Quando la situazione pregiudicante si verifica all'interno del medesimo procedimento, per avere il giudicante già svolto la funzione in una fase precedente nei casi dell'art. 34 c.p.p., non viene in rilievo, a rigore, l'esistenza di un effettivo pregiudizio dovuto al tenore e al contenuto degli atti già adottati, poiché il legislatore ha svolto, a monte, una classificazione dei provvedimenti

sempre e comunque pregiudizievoli, cioè quelle decisioni che, una volta adottate, rendono l'autore senz'altro incompatibile, a prescindere da ogni ulteriore apprezzamento sull'effettiva neutralità della condotta processuale del magistrato¹.

La predeterminazione legislativa, unita alla tassatività delle ipotesi di cui all'art. 34 c.p.p., secondo la giurisprudenza costituzionale risponde alla logica del funzionamento del processo inteso quale sequenza ordinata di atti. Se si adottasse un criterio elastico per la valutazione di incompatibilità del giudice da pregresso apprezzamento della regiudicanda nell'ambito dello stesso giudizio, si correrebbe il rischio di un'eccessiva frammentazione della sequenza di atti e, ancora, della possibile paralisi della funzione posto che, nell'ipotesi più radicale, ogni sottofase potrebbe richiedere l'intervento di un decisore diverso².

Di qui l'esigenza che l'assegnazione dei fascicoli all'interno dell'ufficio e tra uffici giudiziari differenti segua - il criterio tabellare e, comunque, - la regola della tipologia di atto già adottato dal giudicante nuovamente investito dell'affare: se questo rientra tra uno di quelli dell'art. 34 in questione, egli è senz'altro incompatibile, a prescindere dall'equilibrio valutativo dimostrato nella precedente occasione di contatto col fatto.

All'opposto, quando la situazione pregiudicante riguarda accertamenti di natura diversa o, comunque, una circostanza che proviene dall'esterno, occorre analizzare il merito del verdetto o del comportamento adottato per verificare se questi ricadono negli artt. 36 e 37 c.p.p. Quando, cioè, i termini del confronto tra atti o condotte alla base della denuncia di incompatibilità coinvolgono giudizi differenti tra loro, di qualunque tipologia, si è fuori dal modello e dalla logica dell'art. 34 c.p.p.³ e l'indagine sulla precedente statuizione può essere svolta solo al ricorrere di una delle ipotesi di astensione o ricusazione, cioè verificando, segnatamente nel caso dell'art. 37, co. 1, lett. b), c.p.p. se lo *iudex suspectus* aveva manifestato indebitamente il proprio convincimento sui

¹ Corte cost., sent. nn. 306 e 307 del 1997; Id., sent. n. 283 del 2000.

² V. Corte cost., ord. n. 24 del 1996.

³ A meno che il procedimento era unico e la duplicazione è dipesa dallo stralcio della posizione soggettiva di uno dei coimputati nel reato necessariamente plurisoggettivo: così Corte cost., sent. n. 371 del 1996, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 34 c.p.p. dove non prevede l'incompatibilità al giudizio nei confronti di un imputato per il giudice che ha concorso a pronunciare una precedente sentenza che già conteneva apprezzamenti incidentali sulla responsabilità del medesimo.

fatti da scrutinare o se aveva espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito *in idem factum* verso lo stesso soggetto⁴.

Anche in tal caso, a ben guardare, vale la regola della tassatività, che stavolta non accompagna la specie di provvedimento ma le condizioni del controllo di idoneità: da un lato sono tipici gli atti pregiudicanti, dall'altro lo sono i presupposti dell'astensione o della contestazione di parte sull'idoneità concreta, per cui quando si lamenta l'esistenza di un pregiudizio derivante da un atto adottato in un procedimento parallelo, lo scrutinio dell'imparzialità è ammissibile se e quando si verifica, allo stesso tempo, una delle situazioni che impongono di dismettere l'investitura⁵.

In sintesi, il sistema codicistico – rimasto sostanzialmente immutato, *in parte qua*, nel passaggio al codice di stampo accusatorio del 1988 – ricorre alla stretta tipizzazione dei casi di sostituzione del magistrato giudicante, essendo alternativamente legato a uno degli atti elencati o ad una delle situazioni pregiudicanti ma, comunque, refrattario ad una valutazione di merito elastica e funzionale allo scopo di tutela dell'imparzialità⁶: ciò perché quando il pregiudizio deriva dall'esercizio della funzione nel medesimo procedimento il merito è irrilevante per definizione mentre, nelle restanti ipotesi, la situazione pregiudicante deve configurare una di quelle indicate dagli artt. 36 e 37 c.p.p. per poter essere analizzata, nei suoi termini concreti, dal Presidente dell'ufficio a cui viene rivolta la dichiarazione di astensione o dalla Corte d'appello competente a conoscere della ricasazione⁷.

⁴ Quest'ultima ipotesi di ricasazione è stata introdotta da Corte cost., sent. n. 283 del 2000, cit., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 37, co. 1, c.p.p. «*nella parte in cui non prevede che possa essere ricasato dalle parti il giudice che, chiamato a decidere sulla responsabilità di un imputato, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto*».

⁵ Su questo aspetto cfr. anche le considerazioni di DANIELE, *L'imparzialità del giudice tra dovere di astensione e potere di ricasazione*, in *Giur. it.*, 1999, 1282; RIVELLO, *Sui rapporti tra l'incompatibilità e l'astensione o la ricasazione di un giudice*, in *Giur. cost.*, 1997, 3357.

⁶ Ciò in omaggio alla tesi per cui le disposizioni in tema di incompatibilità e ricasazione sono da interpretare come eccezionali perché pongono dei limiti all'esercizio della funzione giurisdizionale di cui il magistrato è titolare al fine di salvaguardare il bene primario dell'imparzialità, consentendo deroghe che, per via della significativa incidenza che hanno sulla predeterminazione del giudicante, sono sottratte all'interpretazione analogica (Cass., Sez. VI, 23 marzo 2001, Berlusconi, in *Mass. Uff.*, n. 218669; Id., Sez. VI, 9 marzo 1999, Craxi, *ivi*, n. 213666).

⁷ L'uso della tipicità come strumento per rendere eccezionale la contestazione della compatibilità del giudice emerge, peraltro, anche dalla disciplina positiva dei modi della ricasazione di cui all'art. 38 c.p.p., la cui rigorosa applicazione può comportare anche degenerazioni patologiche, come quando si accolla all'imputato il mancato rispetto dei brevi termini di deposito dei motivi della ricasazione per impossibilità oggettiva. Riesce a cogliere con efficacia i rischi che la tassatività comporta in questo settore

Questa distinzione concettuale non è venuta meno, nella giurisprudenza costituzionale, nemmeno quando ha ricondotto certi fattori di condizionamento *ab externo* ai casi dell'art. 34 c.p.p. – come quando il decidente abbia espresso in un altro procedimento un apprezzamento di merito sullo stesso fatto e verso il medesimo soggetto⁸ – a fronte di una sostanziale unicità della regiudicanda, che dunque giustifica la parificazione del trattamento rispetto alle ipotesi di incompatibilità *stricto sensu* da adozione di un atto tipico, a prescindere dalla condotta soggettiva del magistrato, che invece viene in rilievo nella restante parte della disciplina positiva.

Sulla base di queste differenze, la decisione in esame rigetta l'istanza sul presupposto che la precedente valutazione sulla responsabilità manifestata dal giudice nei confronti dell'imputato assume rilievo solo in presenza di pregressi provvedimenti che, appunto, contengono una valutazione di indizi o di prove sulla riferibilità della condotta soggettiva al reato contestato, tale essendo l'aspetto dirimente per l'accoglimento della richiesta sostituzione del magistrato secondo l'art. 37, co. 1, c.p.p. come integrato dalla Consulta con la nota sentenza n. 283 del 2000.

Viene chiarito che l'indagine sulla precedente valutazione in grado di minare l'imparzialità nel caso di specie ha per oggetto una decisione di legittimità, strutturalmente diversa rispetto alle fasi di merito poiché, per definizione, non ha per oggetto la valutazione di prova – che è attività preclusa alla Corte regolatrice – ma il solo controllo di legalità e di congruenza della giustificazione fornita dal provvedimento impugnato.

In tal senso la SC non si pronuncia nel merito sugli elementi a sostegno della ricostruzione della responsabilità individuale, salvo che uno dei componenti del Collegio abbia ricoperto il ruolo di pubblico ministero o di giudice del fatto nel medesimo procedimento⁹. Perciò le peculiarità della funzione di legittimità finiscono per condizionare l'indagine sull'esistenza di un'effettiva capacità condizionante della decisione che ha svolto un controllo di sola legalità della condanna, essendo noto che l'oggetto di quella verifica è condizionato dai motivi di critica dell'art. 606 c.p.p. e non consente un contatto diretto con la valutazione del materiale probatorio già effettuata dal giudice territoriale, nemmeno quando viene affrontato il vizio del travisamento della prova, ipo-

del processo GAITO, *Udienza pomeridiana e contumacia pregressa come fatti preclusivi della ricusazione: un approccio incostituzionale*, in *Giur. it.*, 1997, 409.

⁸ Cfr. ancora Corte cost., sentt. nn. 371 del 1996 e 283 del 2000.

⁹ Cass., Sez. VI, 13 maggio 2016, Pigionanti, in *Mass. Uff.*, n. 266943; Id., Sez. III, 20 aprile 2005, Fanale, *ivi*, n. 231935.

tesi che per il vero sembra porsi al confine tra le due categorie ma che allo stesso modo, secondo il diritto vivente, non può dar luogo a un apprezzamento della responsabilità in grado di incidere sull'idoneità in concreto¹⁰.

In questa prospettiva, la ricusazione del giudicante di legittimità per aver già espresso in un altro procedimento una valutazione di merito *de eadem re et persona* richiede un potere di gestione della piattaforma probatoria che è normalmente estraneo al sindacato della Corte di cassazione: questa, invece, entra in contatto con la prova solo attraverso il filtro della legalità formale, che impedisce alla radice quelle valutazioni indizianti di non imparzialità richieste per l'incompatibilità.

La ricusazione, in altri termini, esige un giudizio sostanziale sulla colpevolezza che è qualcosa d'altro rispetto al rilievo degli errori di cui all'art. 606, co. 1, lett. b), c) e d), c.p.p. o dell'illogicità della motivazione, di quali in linea di massima non possono discendere situazioni condizionanti per l'applicazione degli istituti in discussione.

3. Il rischio di parzialità da pregresso esercizio della funzione giudicante secondo Strasburgo. La decisione conferma, dunque, la tesi per cui l'esercizio della funzione di legittimità non ha riflessi sulla neutralità, ciò sia nel caso dell'incompatibilità da atto del medesimo procedimento che nel caso della situazione pregiudicante *ab externo*, quale viene qualificata la decisione proveniente da un giudizio parallelo.

In entrambi i casi, la partecipazione allo scrutinio di legittimità non pregiudica l'ulteriore sindacato sullo stesso fatto empirico, da parte dello stesso giudice, presso la Corte regolatrice, salvo ovviamente il caso in cui la prima sentenza contenga indebite incursioni nel merito nonostante i limiti che la sede impone.

Se messa a confronto con le ragioni che sostengono l'incompatibilità nel codice di rito, la decisione è coerente con la concezione tradizionale che guarda all'astensione e alla ricusazione come ipotesi eccezionali con cui, assieme alla rimessione del processo, si determina una rideterminazione dell'investitura, in deroga ai criteri generali di distribuzione degli affari penali a causa della situazione pregiudizievole in cui versa chi è stato inizialmente designato.

Tuttavia l'imparzialità ha guadagnato, grazie al formante giurisprudenziale europeo, una veste differente e più ampia, posto che l'art. 6 C.E.D.U. pone sullo stesso piano anche l'apparenza di oggettività e richiede la sostituzione del

¹⁰ Sul tema Cass., Sez. un., 30 aprile 1997, Dessimone, in *Mass. Uff.*, n. 207944; Id., Sez. un., 31 maggio 2000, Jakani, *ivi*, n. 216260.

magistrato giudicante a fronte di ogni circostanza potenzialmente in grado di minare la fiducia dei consociati nei confronti dell'indifferenza del giudice - o dell'intero ufficio - rispetto all'esito della controversia.

La Convenzione, cioè, impone di dare spazio ad una serie di evenienze non previamente classificabili secondo schemi tipici qualora, in concreto, abbiano un'efficienza causale sull'apparenza di neutralità, facendo sorgere il dubbio che il decisore o i decisori chiamati alla gestione dell'affare non siano in grado di assicurare la massima spersonalizzazione possibile dell'operazione di *ius dicere*.

Nel dettaglio, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo affronta il tema da due punti di osservazione, uno relativo alla composizione dell'organo che decide e l'altro che guarda al contenuto delle relative statuizioni, poiché da entrambi i punti di vista possono nascere delle fratture all'equità del procedimento.

Su questo terreno si intrecciano due distinti principi regolatori del giusto processo convenzionale, cioè il diritto a un tribunale indipendente di cui all'art. 6, § 1 C.E.D.U. e la presunzione di innocenza del successivo § 2.

Quanto all'indipendenza, secondo il diritto vivente di quella Corte per stabilire se un tribunale possa essere considerato "indipendente" secondo l'articolo 6, § 1 della Convenzione occorre tener conto di una serie di fattori eterogenei tra cui, segnatamente, le modalità di nomina dei suoi membri, il funzionamento del relativo mandato e l'esistenza di apposite guarentigie contro le pressioni esterne, allo scopo di verificare se, nel complesso, l'organo presenta un'apparenza di indipendenza, al di là del suo effettivo e comprovato equilibrio di giudizio nel caso concreto¹¹.

L'imparzialità, inoltre, comporta la regolare assenza di pregiudizi e di statuizioni predeterminate ed impone un accertamento autonomo che può essere effettuato in vari modi. Secondo la Corte, la regola dell'articolo 6, § 1 va intesa sia in senso soggettivo, quale divieto per il giudicante di riversare eventuali convinzioni private sul caso specifico¹² sia in senso oggettivo, vale a dire accertando se l'organo chiamato alla decisione e, tra gli altri aspetti, la sua compo-

¹¹ V. Corte EDU, 25 febbraio 1997, Findlay c. Regno Unito, § 73 e Id., 15 settembre 2015, Tsanova-Gecheva c. Bulgaria, § 106.

¹² Letteralmente, «*Whether the judge held any personal prejudice or bias in a given case*» (Corte EDU, Gr. Cam., 6 novembre 2018, Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portogallo, § 145).

sizione, offriva garanzie adeguate e sufficienti ad escludere ogni legittimo dubbio sulla sua equidistanza¹³.

In altri termini il formante sovranazionale attribuisce autonomo rilievo alla componente oggettiva dell'istituto, che prescinde dalla materiale esistenza di opinioni pregiudicanti in capo a chi è stato investito della trattazione del caso e guarda a fattori che potremmo definire ambientali, cioè ad ogni circostanza concreta che, sia pure non preventivamente determinata, riesce a compromettere l'apparenza di imparzialità, valore di autonomo rilievo a Strasburgo che, in diverse occasioni, è giunto alla condanna dello Stato pur a fronte di sistemi giudiziari che sono dotati di appositi congegni costituzionali a protezione dei valori in discorso, laddove invece l'andamento concreto del procedimento o della gestione complessiva dell'ufficio giudiziario hanno fatto sorgere un sospetto legittimo sull'idoneità dell'organo di garantire ancora l'apparenza in questione¹⁴.

La ragione di questa posizione risiede nel fatto che la Corte di Strasburgo, attraverso la valorizzazione delle circostanze che incidono la componente solo formale dell'imparzialità, intende proteggere la fiducia e l'affidamento che l'amministrazione della giustizia deve ingenerare nel pubblico a presidio della legittimazione democratica della funzione, da intendersi non come partecipazione politica alla fase della selezione o dell'investitura del corpo giudiziario ma, ben oltre, quale vincolo che deve sussistere tra quel corpo e i cittadini, i quali devono poter fruire organi giudicanti che "appaiano" equidistanti dalle parti e disinteressati all'oggetto della causa, come requisito aggiuntivo rispetto all'effettiva carenza di valutazioni preconfezionate nella singola vicenda¹⁵.

Indicazioni importanti sul tema si rinvencono anche nella giurisprudenza europea relativa alla presunzione di innocenza di cui all'art. 6, § 2, C.E.D.U. posto che questa regola ha una portata parzialmente difforme rispetto all'art.

¹³ È affermazione ricorrente e consolidata presso la *Grand Chambre*: Corte EDU, Gr. Cam., 15 dicembre 2005; Kyprianou c. Cipro, § 118; Id., Gr. Cam., 15 ottobre 2009, Micallef c. Malta, § 93; Id., Gr. Cam., 6 novembre 2018, Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portogallo, cit.

¹⁴ Cfr. anche Corte EDU, 26 febbraio 2002, Morris c. Regno Unito; Id., 27 giugno 2017, Ramljak c. Croazia, §§ 27-42; Id., 2 giugno 2016, Mitrov c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia, §§ 49-52.

¹⁵ «All'atto pratico, si tratta di chiedersi se, indipendentemente dalla condotta personale dei giudici, alcuni fatti verificabili autorizzano a sospettare l'imparzialità di questi ultimi. In questo campo, persino le apparenze possono rivelarsi importanti. È in gioco la fiducia che i tribunali di una società democratica sono tenuti ad ispirare alle parti nei giudizi, a cominciare dalle parti del procedimento» (Corte EDU, 28 aprile 2009, Savino e altri c. Italia, § 101).

27, co. 2, Cost. visto che la Corte di Strasburgo la ricollega anche alla neutralità del giudice¹⁶.

L'art. 6, § 2 è posto a presidio della presunzione di innocenza, per cui nessuno può essere considerato colpevole fino a che la sua responsabilità penale non sia stata provata secondo la legge. Nella sua dimensione procedurale, la garanzia in questione impone il rispetto di alcune regole di condotta con riguardo all'onere della prova, all'impiego delle presunzioni legali, al privilegio contro l'autoincriminazione e, per quanto di interesse in questa sede, vieta ogni manifestazione prematura, da parte dei giudicanti chiamati all'istruzione probatoria o di altri funzionari pubblici, della colpevolezza di un imputato¹⁷.

Quest'ultima declinazione della presunzione d'innocenza ha portato alla nascita di un orientamento interpretativo per cui l'art. 6, § 2 è applicabile quando una decisione giudiziaria, emessa all'esito di un procedimento che ha un legame col processo penale contestualmente celebrato a carico della medesima persona, contiene una valutazione prematura della colpevolezza del soggetto¹⁸.

In questa direzione viene valorizzata qualunque statuizione ulteriore rispetto a quella conclusiva del giudizio penale, parallela o pregressa, dalla quale emerge una statuizione di responsabilità che, in quanto tale, è idoneo a compromettere il diritto dell'accusato alla presunzione di innocenza, con effetti anche sulla componente oggettiva dell'imparzialità di cui all'art. 6, § 1, C.E.D.U., qualora il pregresso e prematuro apprezzamento della colpevolezza coinvolga, anche solo all'apparenza, l'ufficio giudiziario chiamato alla decisione terminativa, poiché tanto basta per far nascere un dubbio legittimo ai sensi della Convenzione, anche se, nel caso concreto, ad esso non corrisponde un effettivo pregiudizio.

¹⁶ Sulla presunzione di "non colpevolezza" v. la ragionata analisi di GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007, 61. In prospettiva generale v. MAZZA, *La presunzione di innocenza messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it; PASTA, *Lo scopo del processo e la tutela dell'innocente: la presunzione di non colpevolezza*, in questa *Rivista*, 2018, 1; DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, 234.

¹⁷ Corte EDU, Gr. Cam., 12 luglio 2013, Allen c. Regno Unito, § 93.

¹⁸ Corte EDU, 14 marzo 2019, Kangars c. Lettonia, § 51; Id., 12 novembre 2015, El Kaada c. Germania, §§ 37 e 63; Id., 3 ottobre 2002, Böhmer c. Germania, § 67 in cui veniva revocato il beneficio della pena sospesa per avere il soggetto commesso un nuovo reato, anche se quest'ultimo era ancora *sub iudice*; similmente Corte EDU, 19 giugno 2012, Hajnal c. Serbia, §§ 130-31, in cui i carichi giudiziari sono stati presi in considerazione ai fini dell'applicazione di una circostanza aggravante e Id., 31 ottobre 2013, Perica Oreb c. Croazia, §§ 144-147 in cui la carcerazione preventiva è stata prorogata sulla base di una condanna ancora pendente in appello.

Infatti secondo il diritto europeo la presunzione di innocenza è violata da qualunque decisione del giudice o dichiarazione del pubblico ufficiale che riflette l'opinione della colpevolezza del destinatario prima che questa sia stata provata nei modi di legge¹⁹: non occorre, a tal proposito, uno *statement* formale ma è sufficiente che vi siano alcuni "ragionamenti" che suggeriscono che il tribunale considera l'accusato come colpevole, con inevitabile infrazione della regola della presunzione²⁰.

Dall'analisi complessiva delle indicazioni provenienti da Strasburgo a proposito di apparenza di imparzialità e presunzione di innocenza, si comprende che la regola europea ha una portata più ampia della logica dell'incompatibilità adottata dal codice di rito, ancorata alla tipicità e alla tassatività dei casi di astensione e ricazione e dichiaratamente volta ad evitare letture estensive di un fenomeno eccezionale, quale è quello della sostituzione del giudice.

Il diritto della Convenzione, invece, ha messo in luce l'esigenza di promuovere un'esegesi estensiva e antiformalistica dei casi in cui l'investitura deve essere dismessa, laddove è in pericolo la fiducia e l'affidamento che il pubblico deve conservare nei confronti dell'organo giudicante, anche a fronte di situazioni che non coinvolgono la condotta soggettiva ed extraprocessuale del magistrato chiamato alla decisione ma che, viceversa, attengono alle dinamiche del processo, tutte le volte in cui queste, sia pure involontariamente, abbiano prodotto premature valutazioni della responsabilità soggettiva, eventualmente in procedimenti paralleli, in grado di condizionare l'apparenza d'imparzialità dei giudicanti chiamati alla statuizione terminativa sulla responsabilità²¹.

In termini formali, la giurisprudenza sovranazionale ha riempito l'art. 25, co. 1, Cost. di contenuti maggiori rispetto a quelli che la dottrina tradizionale riconosce²², facendo entrare tra i significati costituzionali della neutralità - per il tramite dell'art. 117, co. 1 Cost. - anche quello dell'apparenza di oggettività,

¹⁹ Con la precisazione, tra l'altro, che la presunzione di innocenza può essere invalidata solo da una condanna definitiva conforme alla legge, per cui non può cessare di essere applicata semplicemente perché l'imputato è stato condannato in primo grado (Corte EDU, 24 maggio 2011, Konstas c. Grecia, §§ 35-36). Su tale aspetto v. già FERRUA, *Presunzione di non colpevolezza e definitività della condanna penale*, in ID., *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 123 e ss.

²⁰ Corte EDU, 19 settembre 2006, Matijašević c. Serbia, § 45; Id., 21 giugno 2016, Mugoša c. Montenegro, § 67; Id., 14 marzo 2019, Kangers c. Lettonia, cit., § 52.

²¹ Da ultimo Corte EDU, 2 marzo 2021, Kolesnikova c. Russia, § 52, per cui «*Pour ce qui est de l'appréciation objective, elle consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier*».

²² A proposito del requisito della "naturalità" del giudice v. ROMBOLI, *Il giudice naturale*, Milano, 1981; IACOBONI, *Precostituzione e capacità del giudice*, Milano, 2005.

con conseguente esigenza di ripensamento dei modi e delle forme dell'incompatibilità che, legata com'è ad un'interpretazione tassativa, sembra non poter soddisfare le esigenze di tutela manifestate a Strasburgo. Da questo punto di vista le decisioni provenienti dall'Europa sviluppano ulteriormente le aperture della Corte costituzionale risalenti agli anni Novanta, che hanno segnalato l'esigenza di configurare la funzione del giudicare come imparziale nella sostanza e nell'apparenza.

È noto che l'avvento della Carta costituzionale ha fatto crescere l'importanza d'investire un giudice totalmente disinteressato già prima della modifica dell'art. 111 Cost., imponendo alla Consulta diverse operazioni di ortopedia legislativa della scarna disciplina codicistica per ampliare il testo dell'art. 34 c.p.p. e, così, riconoscere l'esistenza di situazioni di pericolo ulteriori e meritevoli di tutela. Già con la sentenza n. 371 del 1996, infatti, i Giudici delle leggi osservavano che l'istituto dell'incompatibilità è «[...] *preordinato alla garanzia di un giudizio imparziale, che non sia né possa apparire condizionato da precedenti valutazioni sulla responsabilità penale dell'imputato [...]*» per cui è bandita ogni valutazione conclusiva della responsabilità che «*sia, o possa apparire, condizionata dalla cosiddetta forza della prevenzione, e cioè da quella naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento*»²³.

Segnatamente, l'aspetto costantemente valorizzato è la precedente valutazione della medesima regiudicanda, per cui il pregiudizio può verificarsi anche qualora il giudice abbia compiuto anticipate valutazioni, seppure *incidenter tantum*, relative alla responsabilità di una persona, avendo così esaurito la propria idoneità in relazione all'oggetto dell'intero giudizio, sicché ove successivamente fosse chiamato a rivalutare la stessa tematica, si troverebbe ad essere affetto da un insuperabile pregiudizio. Per cui già prima della costituzionalizzazione del giusto processo, la Consulta avvertiva l'esigenza di non restringere eccessivamente il problema dell'imparzialità all'interno del concetto di incompatibilità, posto che il principio del giusto processo «*attinge alla pienezza del suo valore solo se inteso nel suo significato sostanziale*» e «*ai fini delle garanzie costituzionali alle quali la disciplina legale delle incompatibilità deve essere improntata, viene in considerazione solo l'effettivo compimento di tale valutazione, poiché è solo questo a determinare il pregiudizio*»²⁴.

Proseguendo il ragionamento inaugurato con queste decisioni, la Corte europea richiede che il diritto fondamentale dell'accusato al giudice terzo e impar-

²³ Corte cost., sent. n. 432 del 1995.

²⁴ Ancora Corte cost., sent. n. 371 del 1996.

ziale non dipenda da un rigido formalismo di categorie, poiché nel processo la forma è strumento di condizionamento dei soggetti che vi prendono parte per assicurare che i principi superiori s'inverino costantemente, giammai il contrario.

4. *La competenza funzionale come soluzione d'emergenza in casi estremi.* I limiti interpretativi descritti segnalano l'esigenza di individuare soluzioni alternative per il caso in cui il giudice chiamato alla ricostruzione della responsabilità soggettiva abbia già conosciuto la vicenda sottostante, in altra sede processuale, con sostanziale pregressa cognizione dei fatti di causa in grado di mettere a rischio l'apparenza di imparzialità.

A ciò si aggiungono le caratteristiche della fase di legittimità e il relativo assetto verticistico: quando ciò accade presso la Corte regolatrice, è possibile che il condizionamento non riguardi un solo magistrato, poiché può accadere che i vari giudizi cautelari e di merito, con riguardo a più imputati del medesimo fatto, siano stati concentrati presso una sola Sezione, col rischio di compromettere l'apparenza di oggettività.

Pur in assenza di situazioni di incompatibilità soggettiva, il quesito alla base della decisione pone il problema, non meramente accademico, del se esistano, nel diritto positivo, strumenti adeguati ad eliminare situazioni di contaminazione da pregresso contatto con la regiudicanda che non coinvolgono un solo magistrato ma l'intera Sezione dell'ufficio giudiziario, a cui sono stati assegnati i ricorsi dei procedimenti *in idem factum*.

E ciò, si noti, a prescindere dall'ipotesi in cui le decisioni parallele contengano apprezzamenti irrituali sulla responsabilità soggettiva, circostanza che già trova adeguata tutela nella lettera dell'art. 37, co. 1, lett. b), c.p.p.

Esiste, cioè, la possibilità che venga instillato nella Sezione un grave fattore di condizionamento alla libertà di valutazione non del singolo, ma dell'intero organico per essersi già pronunciato, anche se in diversa composizione, sull'oggetto sostanziale del giudizio celebrando, da cui deriva un'antecedente cognizione del caso in grado di condizionare l'analisi della posizione soggettiva. Può darsi, infatti, che si verifichi un fenomeno di tal genere, nel quale cioè è investito dell'affare un Collegio che appartiene alla medesima Sezione che, in altra composizione, ha pronunciato una serie di verdetti nei confronti dei coimputati dell'impugnante e che, quindi, ha già valutato la vicenda sostanziale, sia pure da diverse angolazioni processuali.

Il problema, naturalmente, non è legato all'eventualità che si proceda per reati plurisoggettivi, ma dal fatto che lo stesso consesso di giudici partecipi alla

decisione di una serie di giudizi diversi che, però, hanno una base storica comune per via della concentrazione imposta dal sistema tabellare, ragion per cui potrebbe essere a rischio l'apparenza, oltre che la sostanza, dell'imparzialità: è evidente, infatti, che viene a discutersi la posizione soggettiva dell'accusato dinanzi a giudicanti colleghi di Sezione di chi decise in passato e, sostanzialmente, *in idem factum*.

Come si comprende agevolmente, che la combinazione di fattori indipendenti tra loro - la natura centralizzata del controllo di legittimità, il riparto tabellare degli affari all'interno della Corte regolatrice e il principio di autonomia del giudizio cautelare rispetto al processo principale - a determinate condizioni può mettere a rischio la libertà di autodeterminazione del giudice (inteso come ufficio) e l'apparenza di oggettività, con conseguente esigenza di assegnazione del ricorso ad altra Sezione che non abbia precedenti determinazioni da confermare, poiché è distante per ragioni strutturali e, dunque, meglio in grado di condividere o dissentire le altrui valutazioni.

L'interesse scientifico verso vicende del genere è considerevole, poiché permettono di controllare se al sistema di garanzie formali disciplinato dal codice di rito ne corrispondono altrettante di tipo sostanziale, specie considerando che la Convenzione europea impone di assicurare adeguata tutela anche all'apparenza di imparzialità, cioè di eliminare situazioni dubbie che potrebbero non ricadere nei presupposti tassativi dell'astensione e della ricusazione. Né sono ammesse soluzioni di compromesso, dato che la regola dell'efficienza, che pure ha informato (a volte inaspettatamente) spazi vitali del processo d'ispirazione accusatoria²⁵, deve cedere il passo di fronte al diritto dell'imputato a un giudice terzo e imparziale, principio superiore - artt. 25, co. 1 Cost. e 6, § 1, C.E.D.U. - e, inoltre, presupposto essenziale della funzione giurisdizionale, posto che non può esistere legittima *iurisdictio* nei confronti di qualcuno quando mancano le condizioni minimali per l'esercizio della relativa funzione nei suoi confronti, tra le quali certamente rientra l'imparzialità intesa come il più ampio disinteresse soggettivo rispetto al merito dell'affare²⁶.

La giurisdizione penale, lungo questo crinale, si presta a una duplice definizione. Nella sua accezione essenziale è la funzione del giudicare, con cui vie-

²⁵ Cass., Sez. un., 30 maggio 2019, PG in proc. Bajrami, in questa *Rivista*, 2020, 1, con nota di LIVI, *Profili critici delle Sezioni unite Bajrami: ciò che resta dell'immediatezza*.

²⁶ Ciò perché, seguendo sul punto l'impostazione di principio della Consulta, l'obiettività della funzione del giudicare «*esige, per quanto è possibile, la sua massima spersonalizzazione*» (Corte cost., sent. n. 308 del 1997).

ne stabilito quali regole devono conformare il caso concreto sottoposto al giudizio mediante una decisione vincolante.

Porre l'accento, come tradizionalmente accade, sulla componente dello *ius dicere* più che su quella della soluzione di un conflitto sociale, comporta, per conseguenza logica, l'adozione di un assetto di guarentigie che è il riflesso di quella accezione: per lo svolgimento di questa funzione eminente di imposizione della legge, a prescindere dagli interessi delle parti, occorre che il giudicante sia soggetto soltanto ad essa (art. 101, co. 2, Cost.), quale precipitato della logica del dominio della legalità processuale sugli interessi e sui soggetti del processo (art. 111, co. 1, Cost.).

L'avvento del giusto processo costituzionale, sulla spinta del formante sovranazionale, ha fatto emergere l'ulteriore concezione di giurisdizione come un diritto fondamentale dell'accusato: in questo senso la *iurisdictio* viene intesa come il diritto del consociato ad un processo equo da parte dell'autorità giudiziaria. Questa ulteriore connotazione mette l'accento sulla sottoposizione dell'imputato al sistema giudiziario nel suo complesso, per cui accanto alla soggezione alla legge viene messo in luce il diritto soggettivo ad un giudice e ad un giudizio conforme a Costituzione quale premessa irrinunciabile di qualunque operazione di *ius dicere*: in tal senso, cioè, un giudice e un giudizio possono esistere, nei confronti di qualcuno, solo e se il fenomeno si realizza all'interno dei confini dell'equità costituzionale, mentre al di fuori di essi si avrebbe una manifestazione di potere disallineata dal concetto stesso di democrazia²⁷, posto che, per usare le parole della giurisprudenza costituzionale, il diritto fondamentale in parola rispecchia un principio supremo dell'ordinamento strettamente connesso con quello democratico, cioè «*assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio*»²⁸. A fronte di una situazione di tal genere, riscontrata l'insufficienza della tutela codicistica e, ancora, tenuto conto che gli interventi della Corte costituzionale sono fisiologicamente parziali – perché legati alla rilevanza della norma cen-

²⁷ L'assunto presuppone, tra l'altro, l'adesione alla tesi per cui la competenza va inserita tra i presupposti processuali che incidono sul valido esercizio della giurisdizione, per assicurarsi che il soggetto competente alla celebrazione del giudizio sia, allo stesso tempo, quello individuato secondo le regole del giusto processo. Cfr. GAITO, ASTARITA, *Competenza e incompetenza del giudice penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., III, 2005, 180; 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, Pisa, 2018, 203. Sul tema delle caratteristiche minimali della giurisdizione si veda anche GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, cit., 109.

²⁸ Corte cost., sent. n. 18 del 1982; conf. Id., n. 317 del 2009.

surata nel giudizio *a quo* – soluzioni di ampio respiro devono essere rintracciate altrove e, segnatamente, nella categoria della competenza funzionale.

L'apparenza di imparzialità, infatti, solo eventualmente coincide con l'incompatibilità soggettiva e può essere insufficiente, quale rimedio, la sostituzione del magistrato sospetto, nei casi in cui solo il trasferimento tabellare dell'affare presso altra Sezione del medesimo ufficio riesce ad assicurare l'equidistanza necessaria alla salvezza del principio in discussione.

Per garantire un risultato di questo tipo, può essere utile il ricorso all'incompetenza funzionale, categoria ignota al tracciato normativo eppure essenziale per lo sviluppo del processo, poiché assicura la corretta ripartizione degli affari penali tra diversi gradi di giudizio e, in tal senso, è coesistente alla funzione giurisdizionale²⁹.

Se si muove dal presupposto che l'equo processo richiede l'assegnazione della regudicanda al giudice necessariamente terzo e imparziale, dunque l'unico idoneo in concreto ad assicurare un esercizio della funzione conforme al canone che emerge dall'art. 25, co. 1 Cost., in rel. agli artt. 117, co 1, Cost. e 6, § 1, C.E.D.U.³⁰, può dirsi che la frattura dell'apparenza d'imparzialità determina l'incompetenza funzionale della Sezione dell'ufficio chiamata alla trattazione dell'affare anche in assenza di situazioni soggettive d'incompatibilità, quale ulteriore traduzione della categoria a presidio del regolare svolgersi della sequenza di atti processuali.

Verrebbe in tal modo mantenuto fermo lo scopo della competenza funzionale, che intende sottrarre il compimento di un atto al suo potenziale autore, individuato secondo le regole generali, per scongiurare il pericolo del pregiudizio o del condizionamento, e ciò senza che sia necessaria un'indagine di merito prima di disporre lo spostamento di competenza.

Nel rispetto di tale logica, dunque, il ricorso alla categoria in questione permetterebbe di raggiungere un risultato conforme all'assetto costituzionale vigente, affermando che quando la Sezione dell'ufficio giudiziario è già venuta a contatto con il fatto storico alla base della *causa petendi* il rischio del condizionamento ne determina l'incompetenza funzionale, con spostamento della

²⁹ Cfr. GAITO, ASTARITA, *Competenza e incompetenza del giudice penale*, in *Dig. Pen.*, Agg., III, 2005, 176, cit.; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, 151; in giurisprudenza la più ampia teorizzazione della categoria si deve a Cass., Sez. un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, in *Mass. Uff.*, n. 199391.

³⁰ A proposito della relazione tra l'equo processo e la giurisdizione v. 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; DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 6.

cognizione ad altra Sezione, quale soluzione che assicura il rispetto della regola europea.

GENNARO GAETA