

QUESTIONI APERTE

Principi costituzionali/Ordinamento giudiziario

La decisione

Ordinamento giudiziario - Composizione - Destinazione dei magistrati del tribunale o della Corte di appello diversi da quelli che ne fanno parte ai sensi dell'art. 7-bis ord. giud. - Conseguenze - Nullità - Esclusione (C.E.D.U., art. 6, par. 1; Cost., artt. 25, co. 1, 111, co. 1 e co. 2; C.p.p., artt. 33, co. 2, 178, lett. a), 179; r.d. 12/1941, art. 7-bis)

Le questioni che riguardano la destinazione del singolo giudice alla trattazione dell'affare non sono assimilabili a quelle che attengono, specificamente, alla sua capacità generica a svolgere la funzione giurisdizionale che deriva dalla presenza dei requisiti per l'assolvimento in astratto di quella funzione. Di conseguenza, l'individuazione del processo al quale è destinato il singolo giudice con l'eventuale provvedimento di designazione è funzionale alle esigenze di carattere amministrativo e non può integrare né la violazione del principio del giudice naturale, né quella della imparzialità del giudice.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE PRIMA, 21 settembre 2022 (ud. 29 marzo 2022), TARDIO, *Presidente* - GALATI, *Relatore* - VENEGONI, *P.G.*, - Cu-beddu, *ricorrente*.

**Ancora confusione in tema di giudice "idoneo":
la necessità di rimedi processuali che rendano
effettivi i principi del giusto processo**

Una recente pronuncia della Corte di Cassazione - depositata in data 21 settembre 2022 - offre l'occasione per denunciare l'assenza nell'ordinamento processuale penale di un qualsiasi strumento che permetta di sindacare l'eventuale violazione dei criteri di attribuzione dei magistrati ai procedimenti.

La sentenza, infatti, conferma un *trend* inquietante che oramai avrebbe dovuto essere definitivamente e da tempo superato, e cioè che «*i vizi conseguenti alla eventuale irregolarità della procedura di assegnazione degli affari al giudice non determinano in nessun caso la nullità del provvedimento adottato, ferma restando la possibilità di un suo apprezzamento sul piano disciplinare nei confronti del magistrato o dei magistrati che se ne rendano responsabili*».

Il problema non riguarda solo il principio della precostituzione del giudice sancito dall'art. 25 della Costituzione, ma - in termini più generali - concerne i principi di terzietà e imparzialità, riconosciuti dalle fonti prevalenti come elementi presupposto del giusto processo.

Occorre, allora, individuare un rimedio affinché i principi della precostituzione del giudice naturale, della sua terzietà e imparzialità, non diventino un mero *flatus vocis*.

The principle of due process: the need for procedural remedies to the fairness of the judge.

A recent statement by the national Supreme Court - released on 21 September 2022 - offers an opportunity to denounce the absence in the criminal procedural system of any instrument that allows to review any violation of the criteria for attributing judges to proceedings.

The sentence, in fact, confirms a disturbing trend that by now should have been definitively and long ago overcome, stating that «the defects resulting from the possible irregularity of the procedure for assigning business to the judge do not in any case determine the nullity of the provision adopted, without prejudice to remaining the possibility of its appreciation on a disciplinary level towards the magistrate or magistrates who are responsible for it».

The problem does not only concern the principle of the preconstitution of the judge enshrined in art. 25 of the Italian constitution, but - in more general terms - concerns the principle of impartiality, recognized by the prevailing sources essential to ensure due process. It is therefore necessary to find a remedy so that the principles of the preconstitution of the natural judge, of his impartiality do not become a mere flatus vocis.

SOMMARIO: 1. L'ultima decisione della Corte. 2. Il giudice del giusto processo: come dovrebbe essere. 3. ... E com'è: Il sistema tabellare. 4. La necessità di rimedi processuali: l'incompatibilità come vizio di capacità del giudice. 5. Segue: l'inesistenza. 6. Conclusioni: l'eterno ritorno dell'uguale.

1. *L'ultima decisione della Corte*¹. L'annotazione riguarda una sentenza le cui conclusioni non sono - purtroppo - inedite nel panorama della giurisprudenza della Corte di cassazione e che, proprio per questo, rappresenta l'occasione per interrogarsi circa i mezzi predisposti per garantire i principi di naturalità, precostituzione, terzietà e imparzialità del giudice.

Ci si chiede se la richiesta di applicazione di un giudice per la celebrazione di un determinato (e noto) processo possa concretizzare una violazione del principio del giudice naturale, per come declinato nella disposizione codicistica di cui all'art. 33, comma 2, c.p.p. e nelle fonti normative sovraordinate, anche di carattere sovranazionale, di cui agli artt. 25, comma 1 e 111, comma 2, Cost., nonché dell'art. 6 C.E.D.U.

L'interrogativo sorge da un fatto realmente accaduto: in data 8 gennaio 2020 il Presidente facente funzioni della Corte di appello di Cagliari, Sezione distaccata di Sassari, disponeva un interpello fra tutti i magistrati del distretto, affinché venisse applicato un giudice per la celebrazione di un determinato

¹ Si tratta di Cass., Sez. I, 21 settembre 2022, n. 34894, Cubeddu, Rv. 283498 - 02.

processo (di cui, nel provvedimento, venivano fornite inequivocabili indicazioni)².

La richiesta veniva motivata con la circostanza che, in attesa della presa di possesso presso la sezione penale di un magistrato addetto al settore civile, vi erano in servizio solo tre magistrati, due dei quali presidenti di sezione.

A seguito del trasferimento di altri due magistrati si erano create vacanze destinate a permanere, essendosi concluse senza aspiranti le procedure di pubblicazione dei relativi posti e di applicazione extra distrettuale.

Tenuto conto degli impegni lavorativi già assunti dai magistrati in servizio e dell'esigenza di trattare processi complessi, l'iscrizione a ruolo del processo in esame avrebbe comportato un impegno non sostenibile anche in ragione dell'inevitabile rallentamento complessivo dell'andamento lavorativo dell'ufficio. Dunque, sulla base della circostanza che *«nessuno dei colleghi della sezione penale era nelle condizioni di assumere il compito di svolgere le funzioni di relatore³»*, veniva avanzata la richiesta di applicazione di un giudice per la celebrazione di detta vicenda processuale.

A fronte di questo - quanto meno inusuale⁴ - procedimento di assegnazione, si lamentava innanzi alla Suprema Corte di Cassazione che il provvedimento censurato doveva essere considerato solo formalmente riconducibile allo schema di cui all'art. 33, comma 2, c.p.p., trattandosi, invece, di un provvedimento *«extra ordinem»*, e come tale rientrante nel novero delle nullità previste dagli artt. 178 lett. a) e 179, c.p.p., poiché in contrasto con il principio di naturalità del giudice.

² Il testo del provvedimento di interpello non lascia dubbi in merito alla piena consapevolezza della circostanza che si stava disponendo la costituzione di un giudice ad hoc per un procedimento ben determinato. Così si legge: *«visto il provvedimento del 25 febbraio 2020 con il quale questa Presidente ha disposto l'applicazione della Sezione distaccata della Corte d'Appello di Sassari della dott.ssa (...), magistrato in servizio presso il Tribunale di Sassari, per la celebrazione di un processo nei confronti di un imputato proveniente da una condanna all'ergastolo pronunciata dalla Corte d'assise di Nuoro»*.

³ Dal testo del provvedimento.

⁴ Vale la pena ricordare che l'art. 110, comma 5, r.d. n. 12/1941 e l'art. 16 della circolare del Csm n. 11315/2018 individuano l'applicazione *ad processum* come un istituto del tutto eccezionale a cui ricorrere esclusivamente in un'unica e tassativa ipotesi sorretta da specifiche e sintomatiche motivazioni. In particolare, questa forma di applicazione opera non in presenza di mere esigenze di servizio o carenze di organico, e cioè quelle lamentate nel caso in esame, bensì nell'ambito di quei procedimenti già incardinati presso l'ufficio di appartenenza del magistrato prima del suo trasferimento ad altro ufficio. Siffatta previsione si giustifica a fronte della necessità di dare attuazione ai principi costituzionali del giudice naturale precostituito per legge.

Violazione particolarmente rilevante se è vero – come è vero – che i principi della precostituzione del giudice naturale e della sua terzietà e imparzialità sono tra loro strettamente collegati e si integrano a vicenda nel quadro di quelle garanzie costituzionali espressamente previste per assicurare al cittadino un “giusto processo”.

Di tutta risposta, la Suprema Corte, ha invece ritenuto che il tema della designazione del singolo giudice alla trattazione del processo e, dunque, anche alla composizione dell’organo giurisdizionale incaricato, non attiene a quello della precostituzione del giudice naturale, dal momento che la garanzia in parola riguarda l’ufficio giudiziario e non la persona fisica del giudice.

Perciò, «*i vizi conseguenti alla eventuale irregolarità della procedura di assegnazione degli affari al giudice non determinano in nessun caso la nullità del provvedimento adottato, ferma restando la possibilità di un suo apprezzamento sul piano disciplinare nei confronti del magistrato o dei magistrati che se ne rendano responsabili*⁵».

In effetti, non si tratta di un principio di matrice giurisprudenziale atteso che l’art. 33, comma 2, c.p.p. stabilisce che «*non si considerano attinenti alla capacità del giudice le disposizioni sulla destinazione interna del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni, sulla formazione dei collegi e sulla assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici*».

È anche vero, però, che onde evitare un vuoto di garanzie la giurisprudenza di legittimità – pur facendo salva la nozione della capacità del giudice nel processo penale – aveva stabilito che «*l’assegnazione dei processi in violazione delle tabelle di organizzazione dell’ufficio, salvo il possibile rilievo disciplinare può incidere sulla costituzione e sulle condizioni di capacità del giudice, determinando la nullità di cui all’art. 33, comma 1, c.p.p., non in caso di semplice inosservanza di disposizioni amministrative, ma solo quando si determini uno stravolgimento dei principi e dei canoni essenziali dell’ordinamento giudiziario, per la violazione di norme quali quelle riguardanti la titolarità del potere di assegnazione degli affari in capo ai dirigenti degli uffici e l’obbligo di motivazione dei provvedimenti*⁶». Quindi, in breve, nel caso di situazioni «*extra ordinem*».

Ora, nel caso di specie, la Corte Suprema non ha ritenuto essere in presenza di una situazione «*extra ordinem*» che abbia comportato l’assegnazione se-

⁵ Cass., Sez. I, 21 settembre 2022, n. 34894, Cubeddu, Rv. 283498 - 02, 35.

⁶ Cass., Sez. IV, 12 maggio 2017, n. 25585, Rv. 270775.

condo un criterio estraneo a quello tabellare: «*il provvedimento di designazione del giudice è stato assunto dal soggetto titolare del potere di disporre la sua applicazione, è stato motivato, ha superato i controlli interni al distretto di Corte di appello, è stato giustificato da esigenze reali ed effettive dell'Ufficio di destinazione*⁷».

Ci si chiede, allora, se la realtà ed effettività delle esigenze organizzative possa surclassare la realtà e l'effettività di un principio costituzionalmente garantito.

2. Il giudice del giusto processo: come dovrebbe essere. Il tema si inserisce in realtà all'interno di un dibattito di più ampio respiro che attiene alla realizzazione del c.d. "giusto processo".

È pacifico – almeno a livello teorico – come non possa parlarsi di processo laddove alla decisione non si pervenga attraverso l'intervento di organi giurisdizionali e l'adozione di forme atte a garantire l'oggettività della pronuncia. A tal fine, è indispensabile che l'organo giudicante possieda determinati requisiti in mancanza dei quali la sua presenza finirebbe per essere un dato di mera facciata.

È altrettanto pacifico che, a garanzia rigorosa della sua imparzialità, l'organo giurisdizionale dovrebbe essere predeterminato dalla legge affinché la sua scelta non avvenga arbitrariamente in rapporto alla singola regiudicanda: l'individuazione del giudice sulla base di criteri prefissati costituisce il primo presidio a tutela dell'imparzialità e risponde alle esigenze fondamentali dello stato di diritto⁸. Precostituzione e imparzialità, quindi, possono (*rectius*: devono) ritenersi principi complementari.

Per questo motivo, occorre prendere le mosse dalla *ratio* del principio di precostituzione del giudice, che, come anticipato, consiste nella tutela della sua imparzialità⁹.

La Corte costituzionale¹⁰, infatti, ha ricavato dal concetto di "giudice precostituito per legge", non solo l'esistenza di una riserva di legge assoluta in materia

⁷ Il riferimento è a pagina 37 della sentenza in commento.

⁸ GRIMALDI, *Il giudice naturale precostituito per legge: valore d'un principio*, in *Foro pen.*, 1969, 128.

⁹ Sul tema, DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 73 ss., ROMBOLI, "Giudice naturale", in *Enc. dir.*, 2, Milano, 1998, 365 ss., FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della costituzione*, in *Quest. giust.*, 2001, 51 ss.

¹⁰ La Corte costituzionale nella sentenza n. 419/1998 ha affermato che «*se il giudizio non può essere sottratto alla cognizione del giudice naturale, individuato secondo le regole generali prefissate dal legisla-*

di competenza ma ha anche sottolineato che l'art. 25 Cost. nel suo aspetto di norma sostanziale enuncia il diritto del cittadino ad essere giudicato dal "suo" giudice precostituito, garanzia la cui *ratio* viene individuata nell'esigenza di imparzialità dell'organo giudicante; così evidenziando l'inscindibilità dei principi in parola in quanto, da un lato, l'esigenza di precostituzione del giudice si pone a garanzia di imparzialità dell'organo giudiziario e, dall'altro, terzietà ed imparzialità costituiscono requisiti indefettibili del suo *status* di giudice naturale¹¹.

In termini ancora più chiari, il giudice delle leggi ha precisato che il principio sancito dall'art. 25 Cost. tutela l'esigenza che la competenza degli organi giudiziari venga sottratta ad ogni possibilità di arbitrio attraverso la precostituzione.

Le stesse considerazioni si ritrovano nella giurisprudenza della Corte europea¹² che - facendo riferimento al contenuto precettivo dell'imparzialità del giudice come recepito nell'art. 6 C.E.D.U. - ha riconosciuto come tale caratteristica debba essere esaminata sulla base di una valutazione soggettiva atta a determinare il comportamento personale del giudice, nonché sulla base di una valutazione oggettiva venendo in rilievo quelle condizioni esteriori, quelle "apparenze"¹³ che devono assicurare una giustizia imparziale.

Diviene di fondamentale importanza, quindi, interpretare i precetti che disciplinano le caratteristiche minime dell'organo giudicante alla luce di quanto forgiato dal costituente e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁴: il giudice deve essere un soggetto naturale, precostituito, terzo e imparziale; caratteristiche che non sono svincolate tra loro ma che si pongono alla base di

tore, ancor prima il medesimo giudizio non può essere attribuito alla cognizione di un giudice costituito o designato in relazione ad una determinata controversia».

¹¹ In tal senso v. Corte cost., n. 161/1992; Id., n. 453/1994; Id., n. 130/1995.

¹² Si veda, per esempio, Corte E.D.U., Savino e altri c. Italia, 2009, par. 94. In dottrina si segnala DANIELIUS, *L'indipendenza e l'imparzialità della giustizia alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1992, 443 ss.

¹³ Da intendere in senso Europeo. È a Lord Hewart che si deve l'espressione che meglio descrive l'esigenza di garantire l'apparenza di imparzialità: «*Not only must justice be done; it must also be seen to be done*», pronunciata nel caso *Rex v. Sussex Justices*, 1924.

¹⁴ Sul tema, DANIELIUS, *L'indipendenza e l'imparzialità della giustizia alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. Dir. Uomo*, 1992, 443 ss., DEAN, *I requisiti di terzietà ed imparzialità del giudice*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 172 ss.

un riformato modello di giustizia teso alla parificazione della legislazione nazionale con quella sovranazionale¹⁵.

La Corte europea, infatti, ha in più occasioni¹⁶ evidenziato l'essenzialità del giudice quale garante della dinamica processuale; per cui non può trattarsi di un giudice qualunque, ma solamente dell'unico giudice al quale la legge attribuisce la decisione di quel determinato processo, risultando tutti gli altri giudici inidonei. A voler procedere diversamente si incorrerebbe nell'illegittimità del provvedimento conclusivo del processo perché deliberato in violazione di un diritto consacrato a livello costituzionale posto a presidio degli interessi dell'intera collettività all'ortodossia del metodo di accertamento della responsabilità penale in giudizio¹⁷.

È evidente, quindi, come l'evoluzione normativa si sia indirizzata verso un rafforzamento della giurisdizione riconoscendosi il diritto all'esame della causa da parte di un giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge¹⁸. Il che conduce ad ovvie conseguenze in termini di incidenza della fonte sovranazionale sul diritto interno, profilandosi poteri di disapplicazione, da parte del giudice nostrano, di tutte quelle norme non in grado di tutelare i "requisiti minimi" della giurisdizione¹⁹.

¹⁵ GAITO, GIUNCHEDI, *Il giudice più idoneo tra prospettive sovranazionali e giustizia interna*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Giunchedi, Torino, 2006, 29-44., sul tema anche TIBERI, *L'effettività del diritto al giudice naturale, precostituito, terzo e imparziale*, a cura di Cerquetti, Fiorio, *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Torino, 2002, 108 ss.

¹⁶ In argomento, Corte E.D.U., 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, in cui si afferma che «per pronunciarsi sull'esistenza, in un dato caso, di un motivo legittimo di temere un difetto di imparzialità di un giudice, il punto di vista dell'accusato è importante ma non decisivo. L'elemento determinante consiste nel sapere se si possono considerare le paure dell'interessato obiettivamente giustificabili», nonché Corte E.D.U., 22 dicembre 2009, Parlov-Tkalcic c. Croazia. Sul tema si segnala il contributo di GAETA, *Alla ricerca del giudice penale... più idoneo*, in questa *Rivista*, 2021, 2, secondo cui: «qualunque comportamento indiziante nel senso della compromissione dell'indipendenza nel caso concreto può essere decisivo per la condanna a Strasburgo, dal momento che per la Convenzione anche la sola apparenza di non imparzialità è un'infrazione autonomamente rilevabile, persino a prescindere dall'effettiva dimostrazione dell'avvenuta compromissione dei valori in questione».

¹⁷ Sempre GAITO, GIUNCHEDI, *Il giudice più idoneo tra prospettive sovranazionali e giustizia interna*, cit., 14.

¹⁸ In dottrina si è più volte specificato come l'attività giurisdizionale «è sia l'attività degli organi legittimati all'esercizio del potere giurisdizionale penale, sia la legittimazione attribuita a un organo determinato, di esercitare una certa attività o un determinato potere». In questi termini PISANI, *Giurisdizione penale*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 383. Nonché NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezione agli studenti*, Bologna, 1989, 29, secondo cui «uno dei caratteri fondamentali dello ius dicere è certamente la presenza e l'intervento di un organo in posizione di imparzialità».

¹⁹ DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit. 72 ss.

Del resto, la stessa riforma dell'art. 111 Cost. ha dimostrato, con riferimento ai temi della giurisdizione, una maggiore consapevolezza operativa. Non a caso, l'incipit dell'art. 111 Cost. afferma che «*la giurisdizione si attua mediante giusto processo regolato dalla legge*», svelando un rapporto di strumentalità essenziale tra la giurisdizione e il giusto processo²⁰. E, in tale prospettiva, la correlazione tra il *dictum* secondo cui la giurisdizione si attua mediante il giusto processo e quello in base al quale ogni processo si svolge davanti ad un giudice terzo e imparziale, esalta le caratteristiche minime della giurisdizione che vengono a costituire, in ragione del segnalato rapporto di strumentalità necessaria, anche le caratteristiche minime del giusto processo.

Anche al di là del contenuto dell'art. 111 Cost., l'affermazione è confermata dalla considerazione che il giudice preesiste al processo e, quindi, alla sua celebrazione; tant'è vero che – per volere costituzionale – il giudice deve essere non solo naturale ma anche precostituito.

3. ... *E com'è: il sistema tabellare.* Ciò premesso, l'analisi del problema relativo alla precostituzione del giudice, non può prescindere da un breve *excursus* storico sulle fasi percorse dal principio nell'ordinamento italiano²¹.

In una prima fase il principio del giudice naturale precostituito ricevette una scarsa attenzione sia nel suo aspetto di tutela dei diritti fondamentali del cittadino, sia di garanzia della indipendenza interna del giudice. Sotto il primo profilo, infatti, l'interpretazione prevalente in giurisprudenza era quella dell'identificazione del divieto di distrazione dal giudice naturale con quello di istituire giudici straordinari, con la conseguenza che l'autorità giudiziaria ha

²⁰ La riforma apportata con la L. cost. 23 novembre 1999, n. 2, ha inserito un doppio riferimento al principio di imparzialità: al primo comma stabilisce che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» e, al secondo, che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, davanti ad un giudice terzo e imparziale». È così che l'esigenza del giudice terzo ed imparziale diventa presidio del giusto processo. In argomento, cfr. PANSINI, *Terzietà ed imparzialità: da attributi della funzione di giudizio a presupposti processuali*, in *Processo penale e costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 54. Sul tema anche, RANALDI, *La precostituzione del giudice: portata applicativa e valori inespressi*, in *Processo penale e costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 66, secondo cui «il principio di naturalità-precostituzione costituisce, al contempo, una norma di garanzia individuale e un criterio organizzativo, la cui ragion propria si rinviene nel bisogno di tutela, che è costituzionalmente indifferibile, dell'uguaglianza dei consociati e del canone di imparzialità del giudice».

²¹ Sul tema PANSINI, *Aspetti significativi dell'evoluzione del concetto di giudice naturale*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, 315 ss., SOMMA, «Naturalità» e «precostituzione» del giudice nell'evoluzione del concetto di legge, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 797.

sempre giudicato infondate, nelle poche occasioni che si sono presentate, le eccezioni di costituzionalità sollevate per supposta violazione dell'art. 25 Cost. La seconda fase si apre con la sentenza n. 88 del 1962 della Corte costituzionale attraverso la quale fu scritta una pagina di fondamentale importanza per il futuro del principio in esame: con essa venne affermato che la garanzia trova il suo campo di applicazione non nei rapporti di giurisdizione, bensì in quelli di competenza, stabilendo che le norme sulla competenza del giudice debbono essere fissate direttamente ed esclusivamente da parte della legge e che ciò deve avvenire prima del fatto da giudicare.

Era il 1962 e l'aspetto che maggiormente doveva emergere dalla garanzia costituzionale era quello della tutela del diritto del cittadino alla certezza del giudice che dovrà giudicarlo, a che il giudice competente venga cioè individuato con modalità che garantiscano l'imparzialità del medesimo²². Ed in tale scia si è mosso anche il legislatore, con una serie di interventi novellistici in cui la regola della predeterminazione - sia come divieto di sottrazione al proprio giudice naturale, sia come criterio di attribuzione - diventano principi ispiratori del sistema.

La successiva fase è, invece, caratterizzata dall'aspetto del principio relativo alla questione se la garanzia costituzionale dovesse riguardare l'organo giudicante o i singoli magistrati. Il problema diviene, quindi, più attinente ad aspetti di ordine organizzativo e relativi all'indipendenza interna del giudice²³. Specchio di tale evoluzione sono stati i temi relativi alla ripartizione degli uffici giudiziari in sezioni, alla formazione dei collegi giudicanti, all'assegnazione dei processi o alla disciplina delle supplenze e delle applicazioni: si tratta di stabilire se la precostituzione debba limitarsi all'individuazione dell'ufficio competente o se debba spingersi sino ad individuare la sezione che dovrà trattare il caso e quindi i singoli magistrati che dovranno comporre il collegio.

In questa fase la giurisprudenza costituzionale si è in realtà dimostrata particolarmente oscillante; dapprima ha riconosciuto nella predisposizione dei giudici all'interno degli uffici giudiziari un'attuazione del principio del giudice naturale, salvo poi affermare che la discrezionalità dei capi degli uffici giudiziari

²² La Corte costituzionale, testualmente affermava che il principio della precostituzione del giudice si riferisce a «*ben più gravi attentati ai diritti del cittadino e a ben diverse deviazioni del retto svolgimento dei giudizi*».

²³ Si vedano le sentenze della Corte cost., n. 156 del 1963; Id., n. 146 del 1970; Id., n. 170 del 1972; Id., n. 143 del 1973.

di assegnare le cause ai giudici anche *post facto*, non contrasta con il principio del giudice naturale²⁴. Questo, a ben vedere, stride con la garanzia di imparzialità che sta alla base del principio del giudice naturale. Se l'imparzialità risulta connessa al momento in cui una determinata causa viene assegnata ad un determinato giudice, ne discende che tale momento culmina nell'attribuzione della regudicanda al magistrato, inteso come persona fisica. Diversamente, se la garanzia si riferisse soltanto all'ufficio giudiziario nel suo complesso, finirebbe per essere svuotata di una parte del suo significato: acconsentire ad un potere di discrezionalità nella scelta del singolo magistrato introdurrebbe proprio quel rischio che il costituente voleva scongiurare²⁵.

Minor incertezza è stata manifestata, invece, dal Consiglio superiore della magistratura che sin dalla fine degli anni Sessanta, ha iniziato quell'opera di integrazione della legge per il tramite di circolari interne oggi conosciuta come "sistema tabellare"²⁶.

All'origine, il sistema tabellare - volto all'individuazione del giudice persona fisica e alla determinazione dei criteri per la sua individuazione - trovava la sua fonte esclusiva nella disciplina secondaria delle circolari del Csm: in particolare, a partire dal 1968 il Csm cominciò ad emanare circolari volte alla limitazione del potere dei capi degli uffici giudiziari e a rendere trasparenti le scelte organizzative dei capi degli uffici. A tale scopo - nell'assenza di qualsiasi disposizione di legge specifica ma solo in vista degli artt. 25 e 107, comma 2, Cost. - il Csm ebbe a prevedere un sistema volto ad assicurare ad un tempo l'indipendenza interna dei giudici ed il principio di precostituzione degli stessi, rivendicando a sé poteri di controllo sull'operato dei titolari degli uffici direttivi.

A seguito della realizzazione ed affermazione del sistema tabellare si apre un'ultima fase, quella attuale, per la quale momento qualificante è quello

²⁴ Questa contraddizione è rilevata da PANSINI, *Aspetti significativi dell'evoluzione del concetto di giudice naturale*, cit., 318.

²⁵ È la stessa Corte costituzionale ad aver fatto discendere il carattere di terzietà del giudice dalla garanzia del giusto processo, pur lasciando incerta l'indicazione se la mancanza di terzietà facesse venire meno tale garanzia. E il carattere di terzietà non può non legarsi a quello di naturalità e precostituzione: il giudice idoneo acquista prima il carattere della naturalità e poi quello di terzietà e imparzialità. V. Corte cost. n. 131 del 1996.

²⁶ Sul tema, per un approfondimento circa i rapporti tra principio del giudice naturale e distribuzione degli affari all'interno degli uffici v. MATTONE, *Il giudice naturale*, in *Quest. giust.*, 1985, 576., anche BORASI, *L'attuazione del principio del giudice naturale con particolare riferimento al processo penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2011, 138.

dell'effettività della garanzia in questione ossia la reale possibilità di far valere le eventuali violazioni del sistema tabellare, con quali forme e davanti a quali organi²⁷. Solo superando positivamente questa fase potrà dirsi riuscita quella fusione tra giudice "idoneo" e giusto processo, richiesta dalle "fonti prevalenti".

Ebbene, chiunque affronti lo studio del c.d. sistema tabellare, si trova davanti al paradosso di una disciplina rigida nei criteri di organizzazione degli uffici ma priva di precise conseguenze sanzionatorie²⁸.

La questione si può porre sia con riferimento alle pronunce giurisprudenziali²⁹ - tra cui quella in commento - che escludono rilevanza processuale alla violazione della disciplina tabellare, sia con riferimento alle ipotizzabili conseguenze interne derivanti dalla sua inosservanza. I due momenti, infatti, sono complementari e una delle più costanti affermazioni della giurisprudenza è proprio quella dell'irrelevanza processuale delle violazioni del sistema tabellare, salvi i possibili esiti disciplinari.

Il parallelismo imperfetto che corre tra i due momenti si collega alla duplicità del parametro di riferimento, che in un caso è dato dalla valenza esterna (processuale) delle violazioni, e nell'altro caso dalla loro valenza interna (amministrativa); solo nella prima delle ipotesi viene in gioco l'interesse della par-

²⁷ Illuminante sul tema TIBERI, *L'effettività del diritto al giudice naturale, precostituito, terzo e imparziale*, cit., 108 ss.

²⁸ Sul tema v. GAITO, *La crisi della giustizia penale e le remore a riformare l'Ordinamento Giudiziario*, in questa Rivista, 2019, 2, secondo cui: «La gente ha il diritto di rivendicare fiducia nella magistratura. E i magistrati non devono solo rispettare le regole, ma anche palesare di rispettarle». ROMBOLI, *Attività tabellare del Csm e indipendenza interna del giudice*, in *Csm e principi costituzionali*, a cura di CARAVITTA, Bari, 1994, 99 ss., PANIZZA, *Sistema tabellare e ordinamento giudiziario*, in *Nomos*, 1992, 67 ss., IACOBONI, *La disciplina tabellare degli organi giudiziari; fondamento costituzionale, applicazioni e rimedi alle violazioni: sistema tabellare e conseguenze delle sue violazioni*, in *Foro it.*, 115 ss.

²⁹ Di poco antecedente alla pronuncia in commento è Cass., Sez. I, 6 maggio 2021, Vaccaro, Rv. 282005. La questione era simile a quella affrontata dalla pronuncia commentata: in violazione delle regole di costituzione dell'organo giudicante, la funzione di presidente del collegio veniva assegnata ad un presidente diverso da quello titolare di sezione, mentre diventava consigliere a latere un magistrato che non figurava nel ruolo dei consigli della Corte di assise di appello. Anche in questo caso la Corte di Cassazione ha stabilito che: «in tema di capacità e costituzione del giudice, il decreto di nomina dei magistrati destinati alle Corti d'assise non riveste natura costitutiva della loro specifica capacità di esercizio della funzione giurisdizionale; ne consegue che non integra una nullità di ordine generale, ai sensi dell'art. 178, lett. a), c.p.p., l'inosservanza delle norme in tema di destinazione dei magistrati alle Corti d'assise, per il profilo della partecipazione al collegio di un giudice del Tribunale o della Corte d'appello non ricompreso tra quelli che ne fanno parte ai sensi dell'art. 7-bis r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, nonché della sostituzione di un giudice con altri dello stesso ufficio giudiziario - anche fuori dalle ipotesi previste - con modalità diverse da quelle consentite».

te a vedere tutelato il principio costituzionale del giudice naturale, mentre nella seconda rileva la sola posizione di indipendenza interna del singolo giudice. La giurisprudenza prima richiamata fonda, d'altronde, le sue ragioni sul fatto che il legislatore del 2007³⁰ - riformando l'art. 7-*bis* dell'ordinamento giudiziario - ha introdotto l'espressa esclusione di nullità in presenza di una violazione dei criteri per l'assegnazione degli affari. Tale norma - *prima facie* - parrebbe postulare l'irrilevanza processuale delle violazioni tabellari, se non fosse che se ne potrebbe ipotizzare una interpretazione che si rifletta sul suo effettivo ambito applicativo, che è appunto solo quello inerente all'assegnazione degli affari, non essendoci nella norma alcun riferimento diretto agli ambiti organizzativi più ampi, quale ad esempio la destinazione dei singoli magistrati alle singole sezioni e l'individuazione dei criteri di sostituzione; aspetti, questi, che frequentemente si prestano alle più significative lesioni dell'assetto tabellare.

Con il che si potrebbe sostenere che l'intervento legislativo del 2007 non abbia una portata così ampia e che anzi vada letto come *argomentum a contrario* a sostegno della tesi della rilevanza esterna delle violazioni tabellari: la modifica dell'art. 7-*bis*, in una contraria prospettiva, andrebbe intesa come un'indiretta risposta all'invito - contenuto nella sentenza della Corte costituzionale n. 419/1998³¹ - a porre rimedi appositi a tutela delle parti, in presenza di violazioni tabellari.

Se tale non fosse l'interpretazione, sarebbe allora davvero inevitabile un sospetto di incostituzionalità dell'art. 7-*bis*, che del resto già si poneva e si pone a proposito dell'art. 33 c.p.p., dal momento che - eluso l'invito della Corte costituzionale - resterebbero solo i rimedi interni, che attengono ai profili disciplinari, assolutamente meno funzionali rispetto alle ricadute processuali³².

³⁰ Il riferimento è alla riforma dell'art. 7-*bis* r.d. 12/41, attuata con la L. n. 19 del 2007.

³¹ Si tratta della sentenza con la quale i giudici delle leggi hanno affermato che «*il principio costituzionale di precostituzione del giudice non implica che i criteri di assegnazione dei singoli procedimenti nell'ambito dell'ufficio giudiziario competente, pur dovendo essere obiettivi, predeterminati o comunque verificabili, siano necessariamente configurati come elementi costitutivi della generale capacità del giudice, alla cui carenza il legislatore ha collegato la nullità degli atti. Questo non significa che la violazione dei criteri di assegnazione degli affari sia priva di rilievo e che non vi siano, o che non debbano essere prefigurati, appropriati rimedi dei quali le parti possano avvalersi. Ciò che, del resto, ammette l'Avvocatura nel caso in cui in concreto la violazione delle regole leda direttamente garanzie costituzionali*».

³² Questi, infatti, non riguardano il rapporto tra il cittadino e l'ordine giudiziario ma il rapporto che corre tra quest'ultimo e i soggetti preposti all'applicazione del procedimento tabellare.

I profili disciplinari, però, anche se poco illuminanti rilevano per un duplice ordine di ragioni: da un lato perché finiscono per essere centrali in un sistema che sembrerebbe normativamente orientato a limitare i possibili rimedi al solo ambito amministrativo e, dall'altro, perché da una loro breve analisi è possibile cogliere argomenti ulteriori per comprendere la sostanziale inadeguatezza dell'orientamento dominante – confermato dalla sentenza in commento – che esclude rilevanza processuale alle violazioni tabellari.

Non essendo questa la sede per una completa ed esaustiva disamina sui profili disciplinari conseguenti alle violazioni delle tabelle, basterà segnalare che le non molte pronunce giurisprudenziali³³ in materia disciplinare fanno derivare la configurabilità dell'illecito in caso di mancata osservanza delle tabelle da un più generale parametro di fiducia esterna di cui deve godere il magistrato³⁴.

In altri termini, non è tanto la compattezza interna dell'ordine che viene in rilievo, quanto il rispetto di valori alla cui tutela una giurisdizione imparziale deve essere preposta. Indirettamente, proprio questa argomentazione attribuisce rilevanza alla tesi – qui sostenuta – secondo cui la regola tabellare porta con sé finalità non puramente organizzative e interne, ma mira alla realizzazione di obiettivi fondamentali quali quelli della precostituzione del giudice e della sua indipendenza interna³⁵.

Sarebbe, infatti, sostanzialmente incoerente un sistema in cui lo stesso valore – di rango costituzionale – che viene evocato per dare fondamento alla responsabilità disciplinare del magistrato in presenza di violazioni tabellari, non svolga poi alcun ruolo in termini di conseguenze processuali, ove – per merito dell'art. 111 Cost. – dovrebbe trovare la sua collocazione fisiologica.

In questa prospettiva una decisa inversione di rotta sembrava essere stata compiuta dalla Corte di Cassazione con la sentenza “Solito”³⁶ che aveva evo-

³³ Nel senso che raramente si assiste a sanzioni di natura disciplinare, v. GENOVESE, *Le tabelle infradirettuali*, in *Corriere giur.*, 1998, 1273.

³⁴ Cfr. Cass., Sez. un. civ., 27 settembre 1984, n. 4827, Rv. 436753; Id., 16 novembre 2007, n. 23733, Rv. 600381; Id., 4 novembre 2009, n. 23320, Rv. 609391.

³⁵ È doveroso un richiamo alla tanto risalente quanto efficace espressione di FOSCHINI, *Giudici in nome del popolo, non già commissari del capo della corte*, in *Foro it.*, 1963, 168 ss., «Impedire che un dato processo possa essere giudicato dal Tribunale di Catania invece che da quello di Ragusa non vale niente, se non resta impedito anche che si costituisca il Tribunale di Ragusa applicando ad esso i giudici del Tribunale di Catania».

³⁶ Si tratta di Cass., Sez. I, 7 maggio 2003, n. 27055, Solito, Rv. 227212 (fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio l'ordinanza adottata da un collegio appositamente costituito da un presidente di sezioni, in assenza di delega del Presidente del Tribunale o della Corte d'appello, in vista della specifica

cato la violazione del principio di imparzialità come criterio dal quale far discendere la conseguenza della nullità della decisione assunta da un collegio costituito ad hoc e al di fuori di ogni previsione tabellare.

In questa pronuncia, infatti, la Corte aveva stabilito che «*se è vero che la violazione delle disposizioni sulla composizione dei collegi e sulla destinazione dei giudici alle sezioni siano di regola ininfluenti sulla capacità del giudice, è altrettanto vero che non poteva negarsi che vi siano violazioni alle quali deve invece riconoscersi rilevanza*³⁷» in quanto in palese contrasto con gli indirizzi primari posti dagli artt. 25, comma 1 e 111, comma 2, Cost.

Occorre segnalare, in relazione alla sentenza appena citata, che se la soluzione raggiunta risulta condivisibile nelle scelte di metodo e nella premessa, non può dirsi altrettanto delle conclusioni³⁸. Emerge, infatti, la consapevolezza che il vizio di imparzialità e terzietà lede l'essenza stessa del processo tale da consentire – secondo la Corte – una valutazione caso per caso nell'ambito della quale viene attribuito al giudice il potere di dichiarare la prevalenza della norma costituzionale su quella ordinaria. In tal modo, però, si rimette l'effettività di un presupposto del processo alla valutazione del giudice e non ad una regola caratterizzata da astrattezza e generalità. La conseguenza è una ovvia incertezza in ordine all'interpretazione dei casi concreti.

Ad ogni modo, la decisione avrebbe potuto porsi come primo momento di apertura, come una novità che, però, non pare esser stata colta dalla giurisprudenza successiva che continua a non prefigurare appropriati rimedi all'effettiva tutela della terzietà ed imparzialità del giudice, come dimostrato dalla recentissima sentenza qui annotata.

trattazione, nell'ambito di un'udienza straordinaria all'uopo fissata, di diciotto richieste di riesame avverso un'ordinanza impositiva di misure cautelari personali, nonostante che nello stesso periodo di tempo i collegi del riesame precostituiti tabellarmente presso il medesimo Tribunale funzionassero regolarmente e che non si fosse resa necessaria alcuna sostituzione, supplenza, applicazione).

³⁷ La risposta della Cassazione "Solito" non è sfuggita ad alcune difficoltà argomentative, tant'è vero che essa non contesta la tradizionale interpretazione del combinato disposto degli artt. 33 e 178 c.p.p., ma aggiunge che la lesività esterna degli atti di organizzazione adottati al di fuori del sistema tabellare risiede nella lesione di una peculiare condizione di capacità del giudice, che è la sua imparzialità e, così facendo, riconduce il problema ad altro plesso normativo, dato appunto dagli artt. 25 e 111 Cost., che sarebbero per tale via direttamente applicabili come norme processuali. Sul tema v. Cass., Sez. I, 7 maggio 2003, Solito, con nota di SANTORIELLO, in *Dir. e giustizia*, 2003, 12 ss., nonché con nota di MARI, in *Quest. giust.*, 2003, 1090 ss.

³⁸ Lo osserva DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 341.

4. *La necessità di rimedi processuali: l'incompatibilità come vizio di capacità del giudice.* Si è osservato che il problema rileva ancora di più se si considera che il principio di imparzialità - inteso come sintesi dei principi di terzietà, precostituzione e imparzialità *stricto sensu* - è un presupposto processuale indissociabile dall'attività di giurisdizione³⁹. Invero, se non esiste un giusto processo senza giurisdizione e se quest'ultima è rinvenibile solo a fronte di un giudice non solo terzo ma anche imparziale, consentire il regolare svolgimento del processo in capo ad un giudice carente dei requisiti di esistenza della giurisdizione equivale ad autorizzare la celebrazione di un processo non solo ingiusto ma anche e soprattutto incostituzionale⁴⁰.

In altri termini, laddove si ipotizzasse un quadro normativo che consenta la celebrazione di un processo attraverso un giudice privo dei requisiti minimi di esistenza imposti dal costituente per l'esercizio di una corretta giurisdizione, si realizzerebbe una "incompatibilità di sistema"⁴¹.

Proprio per questo motivo il discorso deve necessariamente ampliarsi e orientarsi verso le conseguenze derivanti dalla omessa operatività di quei rimedi processuali volti a tutelare il diritto ad un giudice terzo e imparziale.

In questa prospettiva non ha pregio la posizione della giurisprudenza⁴² indirizzata a negare la riconducibilità della situazione di carenza di imparzialità e terzietà alle ipotesi di cui all'art. 178, comma 1, lett. a), c.p.p., sull'assunto che il vizio di capacità ex art. 33 c.p.p. si riferisce solamente al difetto di capacità generica all'esercizio delle funzioni giurisdizionali e non anche al difetto delle condizioni specifiche.

³⁹ In tal senso autorevole dottrina ritiene che: «tutte le norme sul giudice previste dal codice di rito sono volte ad individuare il giudice naturale legittimato all'esercizio della giurisdizione nel caso specifico, asserendo che in assenza di tal giudice non vi è giurisdizione. L'idoneità del giudice (competente, naturale, precostituito e imparziale) è un requisito fondamentale per il valido esercizio della giurisdizione». Così GAITO, ASTARITA, *Competenza e incompetenza del giudice penale*, in *Dig. Pen., Agg.*, III, 2005, 177. Anche PANSINI, *Terzietà e imparzialità: da attributi della funzione di giudizio a presupposti processuali*, cit., 54, secondo cui: «*intervenuta la modifica dell'art. 111 Cost. la terzietà del giudice diventa connotato della figura costituzionale di giudice e, perciò, dato rilevante per giudicare la compatibilità della figura disegnata dalla legge ordinaria rispetto a quella disegnata nella Costituzione*».

⁴⁰ DEAN, *I principi costituzionali di terzietà ed imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti, Fiorio, Padova, 2002, 3 ss.

⁴¹ In questi termini DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 320.

⁴² Così la stessa sentenza in commento: Cass. Sez. I, 21 settembre 2022 (ud. 29 marzo 2022), n. 34894, Cubeddu., nonché, Id., 6 maggio 2021, Vaccaro, Rv. 282005., Id., Sez. VI, 4 novembre 2015, Rv. 266326; Id., Sez. VI, 9 settembre 2015, Rv. 264637.

A ben vedere, però, il richiamo all'art. 33 c.p.p. - che non riconosce l'esigenza di comprendere nelle disposizioni che determinano la capacità del giudice le norme che si riferiscono all'incompatibilità e all'immutabilità dello stesso, nonché quelle riguardanti la destinazione del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni, la formazione dei collegi e l'assegnazione dei processi a sezioni, collegi, giudici - non consente di attrarre l'incompatibilità solo ed esclusivamente negli istituti dell'astensione e della riconsuazione, dal momento che la norma ricomprende tutte quelle condizioni inerenti alla figura del giudice che non risultino espressamente escluse. Ed allora, se così è, occorre constatare che nessuna disposizione dell'art. 33 c.p.p. richiama, per escluderla dal vizio di capacità, l'incompatibilità. Tant'è vero che la giurisprudenza - nell'escludere un vizio di capacità nell'ipotesi di attività processuale posta in essere da un giudice incompatibile - non ha fondato la propria argomentazione sull'art. 33 c.p.p. ma sull'assunto secondo cui il difetto di capacità del giudice deve essere inteso come mancanza dei requisiti occorrenti per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali e non come difetto delle condizioni specifiche per l'esercizio di tali funzioni all'interno di un determinato procedimento.

Né tantomeno un aggancio normativo può essere rinvenuto negli artt. 178 e 179 c.p.p. laddove si sanziona con la nullità l'inosservanza delle disposizioni concernenti le condizioni di capacità del giudice ed il numero dei giudici necessario per costituire i collegi: sin dalla prima lettura, emerge come il testo non distingue tra capacità generica e capacità specifica⁴³.

Bisogna, allora, tentare di fornire una lettura costituzionalmente orientata⁴⁴ e individuare all'interno dell'ordinamento - nella specie nel meccanismo delle invalidità processuali - gli strumenti atti a tutelare tutti i casi in cui l'organo giudicante versi in situazioni che, ancorché non disciplinate, siano caratterizzate dalla "forza della prevenzione".

⁴³ Se a tale constatazione si aggiunge il regime di tassatività degli atti nulli e, quindi, l'impossibilità di procedere a letture diverse da quelle oggettivate nel dato di legge, è agevole comprendere come le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza non siano la conseguenza di un percorso interpretativo del dato di legge, bensì una ricostruzione dello stesso sulla base di probabili esigenze di politica organizzativa degli uffici. Sul tema cfr. DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in *questa Rivista*, 2017, 15 ss.

⁴⁴ Corte cost., n. 241 del 1999; Id., n. 290 del 1998; Id., n. 31 del 1997; Id., n. 346 del 1997; Id., n. 13 del 1996; Id., n. 155 del 1996; Id., n. 371 del 1996.

Necessità, questa, maggiormente avvertita a fronte di quella giurisprudenza secondo cui la mancanza di idoneità specifica dell'organo all'adozione di un determinato provvedimento è causa di nullità assoluta⁴⁵.

Tale nullità non viene ricondotta ad un vizio di capacità ma ad un'ipotesi di incompetenza funzionale. Questa, comunque, facendo riferimento all'idoneità specifica, ricorrerebbe ogniqualvolta si riscontri un vizio di capacità specifica di esercizio⁴⁶. Quanto detto contrasta con l'orientamento giurisprudenziale che tende ad individuare i limiti del vizio di capacità solo con riferimento alle ipotesi di capacità generica⁴⁷.

Di talché, se la giurisprudenza riconduce al vizio di incompetenza funzionale un'ipotesi di nullità assoluta e se individua tale vizio nell'idoneità specifica del giudice a porre in essere un determinato atto, non si comprende come si possa negare la sussistenza di una nullità ex art. 178, comma 1, lett. a), c.p.p., ogniqualvolta si sia in presenza di un vizio di capacità specifica al compimento di un determinato atto.

Diversamente opinando si legittimerebbe una costruzione del vizio di incompetenza funzionale al di fuori dei casi previsti dalla legge e, conseguentemente-

⁴⁵ In tal senso, Cass., Sez. III, 19 aprile 1991, Spataro, in *Cass. pen.*, 1992, 646: «*l'incompetenza funzionale, incidendo sull'idoneità specifica del giudice, è di carattere assoluto e deve essere rilevata anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento*», in tal senso anche Cass., Sez. un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, Rv., 199391., secondo cui «*l'incompetenza funzionale equivale al disconoscimento della ripartizione delle attribuzioni del giudice in relazione allo sviluppo del processo e riflette i suoi effetti direttamente sull'idoneità specifica dell'organo all'adozione di un determinato provvedimento. Essa, pur non avendo trovato un'esplicita previsione neppure nel nuovo codice di procedura penale, proprio perché connaturata alla costruzione normativa delle attribuzioni del giudice ed allo sviluppo del rapporto processuale, è desumibile dal sistema ed esprime tutta la sua imponente rilevanza in relazione alla legittimità del provvedimento emesso dal giudice, perché la sua mancanza rende tale provvedimento non più conforme a parametri normativi di riferimento*». A porre in correlazione l'incompetenza funzionale con il vizio della nullità assoluta sancito dall'art. 178, lett. a), c.p.p. sono state le seguenti pronunce nomofilatiche: Cass., Sez. I, 12 gennaio 2017, Castriotta, Rv. 270297; Id., Sez. II, 27 settembre 2016, De Leonardo, Rv. 268449; Id., Sez. V, 23 novembre 2015, Rv. 265628. Sul tema sempre attuali le considerazioni di RICCIO, *La competenza funzionale nel diritto processuale penale*, Torino, 1959, 62 ss., nonché di SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 136.

⁴⁶ A ben vedere, il rinvio al concetto di "idoneità specifica" del magistrato allude ad un vizio incidente sulla sua "capacità specifica", nel senso che, pur rimanendo titolare di "capacità generica", gli è preclusa l'adozione di determinati provvedimenti e la cognizione di specifiche cause.

⁴⁷ Sul punto cfr. DI LEVERANO, *Il giudice "idoneo" tra ordinamento interno e principi sovranazionali: il giusto processo dalla teoria alla pratica*, in questa *Rivista*, 2022, 23.

te, si provocherebbe una violazione del regime di tassatività che informa le nullità processuali⁴⁸.

Di qui l'esigenza di ricondurre l'incompetenza funzionale ad un vizio tipico dell'atto e - nella specie - ad un vizio di capacità: non par dubbio, infatti, che affermare l'inidoneità del giudice a porre in essere un atto o a trattare una specifica questione significa affermare la sua incapacità⁴⁹.

Né questa conclusione - come accennato in precedenza - pare essere ostacolata dall'art. 7-*bis* r.d. n. 12/41⁵⁰, che esclude la nullità in presenza di una violazione dei criteri per l'assegnazione degli affari⁵¹: ciò non può influire su quelle situazioni in cui il giudice è carente dei requisiti minimi della giurisdizione⁵². Queste situazioni, infatti, nulla hanno a che vedere con i «criteri per l'assegnazione degli affari», bensì attengono alla capacità a trattare quell'affare indipendentemente dal criterio di assegnazione dello stesso.

E le cogenti indicazioni interpretative desumibili dall'art. 12 delle preleggi - secondo cui alla legge può attribuirsi solo il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalle intenzioni del legislatore - inducono a ritenere non sanzionabile la violazione dei «criteri per l'assegnazione degli affari», dovendosi, invece, escludere che le situazioni relative all'avvenuta assegnazione del processo al di fuori delle cautele e delle garanzie previste dall'ordinamento, possano essere considerate semplicemente irregolari⁵³.

⁴⁸ Sul tema si rimanda alle illustri osservazioni di DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 44, e agli spunti di GAETA, *Alla ricerca del giudice penale... più idoneo*, cit., 5 ss.

⁴⁹ Sul tema, GAITO, ASTARITA, *Competenza e incompetenza del giudice penale*, cit., 180 ss., DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 11 ss.

⁵⁰ Come riformato dalla L. n. 19 del 2007.

⁵¹ In argomento si rimanda a GAITO, *La neutralità del giudice tra cadute di legalità e ipotesi di tentata giustizia*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di Cerquetti, Fiorio, Padova, 2004, 105 ss., GAITO, GIUNCHEDI, *Il giudice più idoneo tra prospettive sovranazionali e giustizia interna*, cit., 29 ss. IACOBONI, *La disciplina tabellare degli organi giudiziari: fondamento costituzionale, applicazioni e rimedi alle violazioni: sistema tabellare e conseguenze delle sue violazioni*, in *Foro it.*, 115 ss., GIUNCHEDI, *Il giudice "giusto" tra costituzione, convenzione europea e sistema tabellare*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1523 ss.

⁵² Tra gli altri, DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 15., IACOBONI, *La disciplina tabellare degli organi giudiziari: fondamento costituzionale, applicazioni e rimedi alle violazioni: sistema tabellare e conseguenze delle sue violazioni*, cit., 115 ss.

⁵³ sul tema RANALDI, *La precostituzione del giudice: portata applicativa e valori inespressi*, cit., 78.

Di conseguenza, se l'inosservanza delle tabelle potrà sussumersi sotto la previsione dell'art. 33, secondo comma, c.p.p., allora non si sarà in presenza di una nullità; se, invece, l'attribuzione della trattazione di un procedimento sia avvenuta in marcata difformità con quanto dispone la relativa disciplina⁵⁴, si sarà in presenza di una causa di nullità ex art. 178, lett. a), c.p.p., per la sua inidoneità specifica a giudicare.

Inoltre, come magistralmente osservato⁵⁵, l'argomentazione risulta ancora più fragile se si considera che, anche a voler ritenere che il vizio di capacità sia rilevabile solo a fronte di una carenza dei requisiti generici di esercizio delle funzioni giurisdizionali, tale evenienza ricorre nelle ipotesi di difetto di imparzialità del giudice: l'art. 111 Cost., infatti, afferma una strumentalità della giurisdizione rispetto al giusto processo. E siccome non può darsi giurisdizione senza un giudice terzo e imparziale, tali requisiti assurgono ad elementi presupposto⁵⁶ per la realizzazione del giusto processo. Dunque, laddove l'attività processuale sia svolta in presenza di un giudice incompatibile - perché sprovvisto dei caratteri dell'imparzialità - ci si troverà di fronte ad una situazione in cui mancano i requisiti generici per la realizzazione del giusto processo: esattamente la situazione che - pacificamente - può essere ricondotta alla (in)capacità generica e, per la cui violazione, soccorre la sanzione della nullità assoluta.

5. *Segue: l'inesistenza.* Di più. Il rilievo secondo cui tali requisiti fungono da elementi presupposto per la realizzazione del giusto processo⁵⁷, conduce ad individuare invalidità ben più profonde di quelle relative alla nullità per vizio di capacità. Infatti, dal momento che per espresso comando costituzionale il giudice deve essere non solo naturale ma anche precostituito e che il momento in cui scatta la fissazione delle competenze va individuato con l'epoca di

⁵⁴ Come nel caso di provvedimenti di assegnazione che facciano riferimento a tabelle diverse da quelle approvate dal Csm o a provvedimenti assunti da soggetti non legittimati.

⁵⁵ Tra gli altri, anche precedentemente citati, cfr. DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 18, nonché le riflessioni di GAETA, *Da ramo secco dell'ordinamento a problema attuale: l'incompatibilità dei giudici di cassazione*, in *questa Rivista*, 2021, 14.

⁵⁶ Sulla nozione di presupposto processuale, GAITO, *Procedibilità*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 806; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, I, 1961, 157.

⁵⁷ Così, GAITO, *Procedibilità*, cit., 806., Id., *Competenza ed incompetenza e relative declaratorie. I conflitti*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 377. GAITO, ASTARITA, *Competenza e incompetenza del giudice penale*, cit., 177.

commissione del fatto penalmente rilevante⁵⁸, è necessario che l'organo giudicante sia individuato ancora prima della sua costituzione. È chiaro, quindi, che l'esigenza di garanzia che informa il principio di precostituzione è la stessa che ha condotto il legislatore a disciplinare la giurisdizione e i suoi "caratteri minimi" come presupposti processuali.

Di conseguenza, se la terzietà e l'imparzialità del giudice devono essere considerati come presupposti processuali, deve ragionarsi non solo in termini di nullità ma anche in termini di inesistenza dell'atto⁵⁹ soprattutto a fronte dell'orientamento maggioritario che esclude, in presenza di situazioni riconducibili ad una carenza di terzietà e imparzialità dell'organo giudicante, il vizio di capacità del giudice. Del resto, non a caso in questo scritto più volte si è usata l'espressione "mancanza dei requisiti di esistenza" nel caso di svolgimento di un processo da parte di un giudice "inidoneo".

L'inesistenza - non essendo direttamente contemplata dal legislatore - è da molti considerata come una sorta di invalidità "adulterata"⁶⁰. È ormai pacifico, però, che essa vada intesa come «carenza del minimo di individuazione ne-

⁵⁸ NOBILI, *Commento all'art. 25 Cost.*, in *Commentario alla costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1981, 189. L'Autore evidenzia come il legislatore utilizzando l'espressione "giudice precostituito per legge", indica che il giudice deve essere costituito prima ma non ci dice prima di che cosa. Se è vero che la dottrina maggioritaria individua il riferimento temporale in questione nel momento della commissione del fatto e non in quello dell'inizio del processo, questa seconda ipotesi, secondo l'Autore, non è del tutto da scartare dal momento che soltanto quando si promuove l'azione sorge un vero e proprio obbligo di *ius dicere*. Tuttavia, continua, se si guarda al comma 2 dell'art. 25 Cost. è facile osservare come - nell'affermare che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» - si sia fatto esplicito riferimento al *tempus commissi delicti*; perciò, questo riferimento cronologico deve valere anche in relazione alla precostituzione del giudice. Sul tema anche DE LALLA, *La scelta del rito istruttorio*, Napoli, 1971, 29, secondo cui «il cittadino deve poter conoscere in anticipo quali comportamenti può o meno tenere per non incorrere nella sanzione penale, così nel caso che abbia tenuto un comportamento punibile, deve poter conoscere in anticipo quale giudice lo giudicherà».

⁵⁹ ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 61; CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, 208., PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Napoli, 1933, 239.

⁶⁰ CORDERO, *L'inesistenza della decisione giudiziaria (rilievi in merito ad un recente contributo giurisprudenziale all'inquadramento del problema)*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 602 ss. TORRENTE, *Spunti per uno studio sull'inesistenza e sulla nullità della sentenza*, in *Studi in onore di Redenti*, II, Milano, 1951, 395.

cessaria dell'atto»⁶¹, in altri termini, come mancanza dei requisiti minimi essenziali per ricondurlo al modello legale.

E, nell'individuare i requisiti che costituiscono gli elementi congeniti dell'atto, occorre richiamare la funzione di garanzia che assolve la figura dell'inesistenza: cioè la necessità di non lasciare scoperti quei vizi dell'atto non rientranti nelle sanzioni espressamente disciplinate. Se così è, allora, l'ambito di operatività dell'inesistenza si ritaglia negativamente da quello espressamente disciplinato dall'ordinamento avuto riguardo alle ipotesi di invalidità: non si può parlare di inesistenza quando il vizio risulta già ricompreso in una specie di invalidità disciplinata dalla legge⁶².

Pertanto, delle due l'una: se la giurisprudenza ritiene che la carenza di imparzialità sia estranea al sistema delle nullità, allora, l'atto posto in essere da un soggetto privo dei requisiti giurisdizionali – quali sono la terzietà e l'imparzialità – sarà necessariamente inesistente⁶³.

6. *Conclusioni: l'eterno ritorno dell'uguale.* È evidente, quindi, che la posizione dell'ultima pronuncia della Cassazione contrasta, *in primis*, con l'art. 25 Cost. che, nello stabilire il diritto al giudice naturale precostituito per legge, fa riferimento non solo all'ufficio giudiziario nel suo complesso ma anche al singolo giudice persona fisica. Confligge poi con la giurisprudenza europea che sposa una concezione ancora più ampia del significato di tribunale precostituito per legge quale premessa essenziale per l'esercizio di una giurisdizione conforme ai canoni dell'equo processo.

Infatti, nel richiedere che il panel dei giudici sia costituito per legge, la Convenzione fa riferimento ad una nozione omnicomprensiva di legge che guarda sia alle norme di distribuzione della giurisdizione e della competenza, sia alle regole di dettaglio e organizzative che consentono la distribuzione del canone di lavoro all'interno dell'ufficio giudiziario. Ancora, rientrano nel concetto di

⁶¹ DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento presupposto del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 26., VARRASO, *Gli atti*, in *Procedura penale*, a cura di Donimioni, Corso, Gaito, Spangher, Garuti, Mazza, Torino, 2021, 185 ss.

⁶² Si pensi alle ipotesi di sanatoria. L'inesistenza dell'atto deve essere ricondotta a quella «zona di irregolarità che resta fuori dall'ambito di efficacia della sanatoria». Così DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 339.

⁶³ Anche in giurisprudenza – seppur non di recente – si era riconosciuta l'inesistenza giuridica di un provvedimento nell'ipotesi in cui lo stesso fosse privo dei requisiti minimi quali la provenienza da un organo titolare del potere giurisdizionale: Cass., Sez. II, 9 gennaio 2001, n. 9887, Rizzo, Rv. 219265., Id., Sez. un., 17 aprile 1996, n. 6, Pagnozzi, Rv. 205254.

legge le disposizioni che prevedono l'indipendenza dei membri di un tribunale, la durata del loro mandato e la relativa imparzialità. Viene così affermata l'esistenza di un vincolo tra la neutralità del giudizio e la legale formazione del collegio nella misura in cui l'organo giurisdizionale non può nemmeno essere qualificato come tribunale⁶⁴.

Il diverso approccio portato avanti dalla giurisprudenza italiana⁶⁵, quindi, annichilisce i principi che stanno a garanzia del potere decisionale del giudice, non in generale, ma nel caso concreto, vale a dire per quei processi assegnati dalla legge al singolo magistrato: sono aspetti che costituiscono la garanzia fondamentale per evitare eventuali ingerenze e discrezionalità da parte del presidente del tribunale o della sezione che potrebbe assegnare singoli affari a determinati magistrati.

Ebbene, alla luce di quanto si è più su osservato in relazione all'effettivo significato del principio di precostituzione del giudice, l'opinione della Cassazione non può che suscitare qualche perplessità: dal momento che l'art. 25, comma 1, Cost. si riferisce anche al giudice persona fisica e non soltanto al giudice organo; e dal momento che non si può revocare in dubbio che le tabelle attingano alla regolare costituzione del giudice, va da sé che l'inosservanza delle stesse non può non dare luogo a invalidità per vizio di costituzione del giudice ai sensi dell'art. 178 c.p.p., a nulla potendo rilevare in proposito che, invece del giudice tabellarmente competente ne sia eventualmente designato un altro appartenente allo stesso ufficio giudiziario⁶⁶.

Oggi, invece, ci si trova davanti ad un sistema costituzionalmente illegittimo, dove il riconoscimento del principio del giudice naturale precostituito per legge riferito al giudice-persona fisica si risolve in una vuota affermazione di

⁶⁴ Corte E.D.U., 20 luglio 2006, Sokourenko e Strygoun c. Ucraina, n. 29458/04 e 29465/04, par. 24; 25 ottobre 2011, Richert c. Polonia, n. 54809/07, par. 43; 7 settembre 2017, Ezgeta c. Croazia, n. 40562/12, par. 38.

⁶⁵ Oltre alla pronuncia qui commentata si segnala, nella stessa direzione, anche Cass., Sez. I, 6 maggio 2021, Vaccaro, Rv. 282005.

⁶⁶ In argomento, GAITO, *La neutralità del giudice tra cadute di legalità e ipotesi di tentata giustizia*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di Cerquetti, Fiorio, Padova, 2004, 105 ss., GAITO, GIUNCHEDI, *Il giudice più idoneo tra prospettive sovranazionali e giustizia interna*, cit., 29 ss., IACOBONI, *La disciplina tabellare degli organi giudiziari*, cit., 115 ss.

principio, essendo venuta meno per le parti la possibilità di far valere nel processo eventuali inosservanze tabellari⁶⁷.

Né si può davvero credere che il possibile rilievo disciplinare che il legislatore del 2007 ha riconnesso alla violazione dei criteri per l'assegnazione degli affari, sia sufficiente a dare concreta attuazione al principio del giudice naturale; infatti, non si può fare a meno di sottolineare che, se non si consente alle parti di rilevare le eventuali violazioni delle tabelle nel processo, appare assai improbabile che le inosservanze, anche le più gravi, possano in concreto emergere⁶⁸.

Le regole sulla designazione dei giudici non possono restare un mero *flatus vocis*, ma si deve fare in modo che esse diventino norme veramente precettive e processualmente rilevanti, in guisa che la garanzia del giudice naturale preconstituito per legge, non subisca delle gravi limitazioni nella sua pratica attuazione.

Il problema non può più essere trascurato: finché si penserà che nessun pregiudizio possa derivare dall'eventuale violazione dei criteri di attribuzione dei magistrati ai procedimenti - e quindi fino a quando si impedirà il controllo sui requisiti costituzionali di coloro che sono investiti della funzione giurisdizionale in concreto - non si garantirà mai la *ratio* essenziale del principio di imparzialità del giudice⁶⁹.

Ne consegue una necessaria rivalutazione del vero ambito applicativo del vizio di capacità, nonché dell'operatività di una fattispecie di chiusura come quella dell'inesistenza.

Se non si ragionasse in questi termini si consegnerebbe la tutela dei connotati costituzionali della giurisdizione ai rimedi preventivi costituiti dagli istituti dell'incompatibilità, dell'astensione e della ricusazione, la cui disciplina positiva genera, però, inevitabili vuoti di tutela⁷⁰. Infatti, l'impossibilità di ricondur-

⁶⁷ Sul punto GAETA, *L'incompatibilità nel giudizio di prevenzione: nuove prospettive*, in questa *Rivista*, 2022, 4 ss. L'Autore sottolinea come «sul tema dell'imparzialità si è riscontrato uno scollamento tra la centralità riconosciuta al principio sul piano teorico e la sua effettiva portata pratica».

⁶⁸ L'attivazione del procedimento disciplinare, infatti, è nella disponibilità dei soli magistrati e non anche delle parti private. Con la conseguenza che, anche l'eventuale rilievo disciplinare delle possibili inosservanze, senza la facoltà delle parti, finisce col diventare meramente virtuale.

⁶⁹ Sul punto, sia consentito, DI LEVERANO, *Il giudice "idoneo" tra ordinamento interno e principi sovranazionali: il giusto processo dalla teoria alla pratica*, cit., 16.

⁷⁰ Sul tema, RIVELLO, *Sui rapporti tra l'incompatibilità e l'astensione o la ricusazione di un giudice*, in *Giur. cost.*, 1997, 3357., DI CHIARA, *Giurisprudenza manipolativa della Corte costituzionale e tutela dell'imparzialità del giudice: appunti in tema di rapporti tra astensione e ricusazione dello iudex suspect*

re entro tali strumenti anche i casi non espressamente previsti ha, come si è visto, determinato una insofferenza nella stessa giurisprudenza costituzionale dal momento che l'assenza di strumenti processuali capaci di ripristinare l'imparzialità violata pongono tali istituti nell'ambito della c.d. "legge imperfetta", la cui violazione non è in alcun modo sanzionabile da parte dell'ordinamento. Correlativamente, la garanzia dell'effettività dei caratteri costituzionali della giurisdizione sarebbe affidata alla deontologia del giudice chiamato ad astenersi dalla celebrazione del processo, ipotesi con fatica verificabile nella realtà delle cose.

È dunque al fine di scongiurare prassi riduttive in punto di interpretazione della *regula iuris* posta dall'art. 25 Cost., che si impone un ripensamento generale degli istituti processuali e una rivisitazione dell'operatività di rimedi sanzionatori *ex post*, che sia in grado di dare effettività al *due process of law*. Ecco perché l'urgenza di una pronuncia che superi l'*impasse* nella "giusta" prospettiva.

AURORA MARIA DI LEVERANO

tus (Corte cost. 14 luglio 2000 n. 283 e 26 luglio 2000 n. 367), in *Giur. Cost.*, 2000, 3385 ss., DANIELE, *L'imparzialità del giudice tra dovere di astensione e potere di ricusazione*, in *Giur. it.*, 1999, 1282; PICA, *Ricusazione ed astensione*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Torino, 1997, 239 ss. GAITO, *La neutralità del giudice*, cit., 105.