

AURORA MARIA DI LEVERANO

Il giudice “idoneo” tra ordinamento interno e principi sovranazionali: il giusto processo dalla teoria alla pratica

La terzietà e l'imparzialità del giudice rappresentano secondo la Costituzione e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo l'elemento presupposto del giusto processo e perciò devono considerarsi meritevoli di una tutela che abbracci anche quelle situazioni che, seppur non codificate, minacciano concretamente l'imparzialità del giudicante.

Diviene allora di fondamentale importanza interpretare i precetti che disciplinano le caratteristiche minime del giudice alla luce di quanto forgiato dalle “fonti prevalenti”.

E - a fronte di una giurisprudenza refrattaria e di un apparato codicistico carente - occorre trovare un rimedio che realizzi il passaggio dall'enunciazione del principio del giusto processo all'effettiva celebrazione di un processo giusto.

The right judge between internal law and supranational principles: due process from theory to practice.

According to the Constitution and the European Convention on Human Rights, the independence and the impartiality of the judge represent the prerequisite for due process and therefore must be considered deserving of protection that also extends to those situations which, even if not codified, attack concretely to the impartiality of the judge.

It then becomes of fundamental importance to interpret the precepts that govern the minimum characteristics of the judge in the light of what is forged by the “prevailing sources”.

And - in the face of refractory jurisprudence and a lacking code structure - a remedy must be sought that achieves the transition from the enunciation of the principle of due process to the actual celebration of a fair trial.

SOMMARIO: 1. Il giudice “idoneo” come sintesi dei presupposti costituzionali. 2. L'interpretazione convenzionalmente orientata e l'apparenza di imparzialità. 3. La tutela preventiva dell'imparzialità: l'incompatibilità endoprocedurale. 4. Segue: l'astensione e la ricsuzione. 5. La tutela sul piano sanzionatorio: il difetto di imparzialità come causa di nullità. 6. La prassi interna: l'applicazione *extra ordinem* del giudice. 7. Conclusioni: aspettando *Godot*.

1. *Il giudice “idoneo” come sintesi dei presupposti costituzionali.* Dal confezionamento della legge costituzionale n. 2/1999¹ è ormai trascorso un periodo di tempo sufficientemente lungo da consentire riflessioni più mature sui principi del “giusto processo”, tra cui quello dell'imparzialità del giudice, nucleo centrale nel nostro sistema giudiziario. Infatti, non può darsi 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.

Per soddisfare questa necessità, tuttavia, non è sufficiente la qualifica formale di giudice in capo all'organo chiamato a decidere della responsabilità di un

¹ L. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

soggetto ma è indispensabile che lo stesso possieda determinati requisiti, in mancanza dei quali la sua presenza finirebbe per essere un dato di mera facciata.

Il principio di imparzialità veniva in realtà considerato immanente alla funzione giurisdizionale ancora prima della menzionata riforma con la differenza che, in mancanza di uno specifico dato normativo, l'interprete perveniva ad una costruzione del principio debole sul piano dei contenuti, incapace di assumere un'autonomia portata operativa frenata dall'evanescenza di quei principi da cui lo si pretendeva far discendere². Infatti, da un lato si ancorava il riconoscimento del principio di imparzialità all'art. 3 della Costituzione, dall'altro – sulla scorta del rilievo secondo cui l'imparzialità sarebbe da intendersi come indipendenza dagli interessi presenti in giudizio – si invocava l'art. 108, comma 2, Cost., riducendo di fatto l'imparzialità ad una delle possibili forme di indipendenza del giudice.

Preso atto della lacuna, la riforma ha inteso dapprima restituire al principio una dignità autonoma affermando che la legge deve garantire l'assenza di qualsiasi aspettativa di vantaggi come di timori di alcun pregiudizio, preordinando gli strumenti atti a tutelare l'obiettività della decisione.

Nella medesima prospettiva si pone anche il richiamo al principio del giudice naturale: la naturalità – secondo la Corte costituzionale³ – rappresenta uno dei presidi fondamentali dell'imparzialità costituendo il connotato intrinseco dell'attività del giudice che, infatti, può definirsi “naturale” solo nella misura in cui sia *tertius super partes*⁴.

Per comprendere a fondo l'affermazione della Corte occorre, però, tenere presente la distinzione tra il concetto di “naturalità del giudice” da un lato e quello di “precostituzione per legge”⁵ dall'altro: le due qualifiche, infatti, non sono equivalenti essendo richiesta la presenza di entrambe per il funzionamento del limite che l'art. 25 Cost. vuole statuire; del resto, se “naturale” vo-

² DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 73 ss.

³ Così già Corte cost., sent. n. 124 del 1992.

⁴ Sul punto v. GRIMALDI, *Il giudice naturale precostituito per legge: valore d'un principio*, in *Foro pen.*, 1969, 128, laddove afferma: «il giudice non può essere naturale se non è al tempo stesso indipendente e imparziale».

⁵ Sulla precostituzione v. IACOBONI, *Precostituzione e capacità del giudice. Le violazioni tabellari e il regime delle nullità*, Milano, 2005, 23 ss., ROMBOLI, “*Giudice naturale*”, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1998, 365 ss.

lesse semplicemente significare “precostituito” ed indicare il giudice istituito mediante criteri generali fissati in anticipo e non in vista di determinate controversie, non si spiegherebbero le ragioni dell’utilizzo da parte del legislatore di una formula del tutto pleonastica nonché ambigua.

Diversa è anche la *ratio* che accompagna i due termini: nel concetto di giudice “naturale” risiede la garanzia del cittadino da arbitrii o abusi nei suoi confronti, di talché, così come è necessario che la legge contenga indicazioni sufficientemente precise sul giudice competente in relazione a determinate situazioni, è anche imprescindibile ammettere limitazioni del principio laddove queste siano utili a concretizzarlo⁶. Nel caso della “precostituzione”, invece, la garanzia del cittadino si pone in termini di certezza e, a decidere sul fatto reato sarà sempre il giudice competente secondo la legge in vigore al momento del fatto stesso, non essendo ammessa alcuna limitazione di operatività.

Dalla differente *ratio* tra i due concetti indicati dall’art. 25 Cost. discende la difficoltà di inglobare il concetto di imparzialità in quello di naturalità del giudice dal momento che, anzi, l’esigenza di garantire l’imparzialità e l’indipendenza del giudizio rappresenta una giustificazione della sottrazione della controversia al giudice originariamente competente⁷.

È quindi con l’intento di attribuire autonoma e maggiore importanza al principio di imparzialità che l’art. 111, comma 2, Cost., statuisce oggi a chiare lettere il diritto ad un giudice che sia “terzo e imparziale”. Anche in questo caso - come per l’art. 25 Cost. - occorre stabilire se i due attributi abbiano significati distinti o se compongano, piuttosto, un’endiadi; se esprimano, cioè, concetti diversi oppure se alludano allo stesso fenomeno. Dal punto di vista sintattico, l’impiego della congiunzione “e” quale elemento di coordinamento tra i due predicati consente di escludere eventuali tesi disgiuntive, dovendosi in-

⁶ Si pensi all’istituto della rimessione del processo che al fine di salvaguardare terzietà e imparzialità, sacrifica il principio di naturalità. Sul tema v. CONSO, *La rimessione dei procedimenti riguardanti magistrati e la garanzia del giudice precostituito per legge*, in *Giur. cost.*, 1963, 860 ss., DINACCI, *Le modifiche alla competenza tra tempus regit actum e precostituzione del giudice*, in *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, Padova, 1996, 119 ss.

⁷ Così è stato statuito anche da Corte cost., sent. n., 168 del 1976, secondo cui: «*lo spostamento di competenza non è demandato all’insindacabile discrezionalità di un organo giudiziario, ma dipende necessariamente dall’accertamento obiettivo dei fatti ipotizzati dalla legge*». Questo, secondo la Corte, mirerebbe a «*tutelare l’indipendenza e l’imparzialità del giudizio*».

vece accogliere la tesi della autonomia dei due principi, idonei a scolpire un duplice orizzonte di garanzia: in questo senso l'imparzialità concernerebbe «la funzione esercitata nel processo», nel senso che «il giudice non deve convertirsi in accusatore, ad esempio, indagando o esercitando l'azione penale», mentre la terzietà riguarderebbe «lo *status*, ossia il piano ordinamentale»⁸.

In altre parole, l'imparzialità del giudice - operante in relazione al singolo processo - si riferisce alla funzione svolta, per cui sono indispensabili l'assenza di legami con le parti, l'indifferenza rispetto agli interessi in conflitto e al risultato della disputa e la mancanza di pregiudizi sul *thema decidendum*. La terzietà, invece, postula una posizione *super partes* del giudice nell'ambito della struttura processuale⁹.

Pertanto, la figura del giudice, per essere compatibile con la costituzione, deve caratterizzarsi per una alterità fisica rispetto alle parti e deve essere da esse equidistante non solo in astratto ma anche in concreto, richiedendosi una valutazione caso per caso della presenza di un pregiudizio attuale all'imparzialità¹⁰.

Nel senso di una tutela diretta si è orientata anche la Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹ che - facendo riferimento al contenuto precettivo dell'imparzialità del giudice recepito nell'art. 6 C.E.D.U.¹² - ha riconosciuto

⁸ Atti parlamentari, XII Legislatura, Senato della Repubblica, Commissione Affari Costituzionali, 550° seduta, resoconto stenografico, 24 ss.

⁹ DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, Torino, 2000, 60., sul tema anche FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2001, 51 ss., che evidenzia come i vocaboli "terzo" e "imparziale" denunciassero la "malizia dell'endiadi".

¹⁰ Sul punto in dottrina v. ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale italiano*, in *Politica del diritto*, 1999, 308 ss., UBERTIS, *Verità e dibattito*, Napoli, 2020, 51 ss., GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 730 ss., FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'articolo 111 della Costituzione*, cit., 51 ss., FERRAJOLI, *Diritto e ragione, teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 592 ss.

¹¹ Sul tema, DANELIUS, *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.

¹² A differenza che nel nostro ordinamento, l'imparzialità quale indefettibile caratteristica del giudice è da sempre prevista dalle fonti internazionali: l'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 prevede che «*everyone is entitled in a full equality to a fair and*

come tale caratteristica debba essere esaminata sulla base di una valutazione soggettiva atta a determinare la convinzione ed il comportamento personale del giudice in tale occasione, nonché sulla base di una valutazione oggettiva volta ad assicurare delle garanzie sufficienti ad escludere a tal riguardo qualsiasi legittimo dubbio; è necessario – in altre parole – che siano tutelate tutte quelle situazioni che, anche se non codificate, attentano concretamente all'imparzialità del giudice.

Invero, se non esiste un giusto processo senza giurisdizione e se quest'ultima è rinvenibile solo a fronte di un giudice terzo e 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 nemmeno consentito dalle “fonti prevalenti”.

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'uomo: il giudice deve essere un soggetto naturale, precostituito, terzo ed imparziale; caratteristiche che non sono svincolate tra loro ma che si pongono alla base di un riformato modello di giustizia teso alla parificazione della legislazione nazionale con quella sovranazionale¹³.

2. L'interpretazione convenzionalmente orientata e l'apparenza di imparzialità. Significativi moniti o, quantomeno, indicazioni giungono pure dal contesto sovranazionale dove è principio consolidato che l'imparzialità rilevi non solo in funzione dell'essere ma anche dell'apparire: non basta, in altri termini,

public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him»; l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1996 statuisce che «in the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law», analogamente si rinviene nell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

¹³ *Ante alium* cfr. 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*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di CERQUETTI, FLORIO, Torino, 2002, 108 ss.

che il giudice sia imparziale, occorrendo altresì che egli appaia oggettivamente tale agli occhi della collettività, nel cui nome amministra la giustizia¹⁴.

Nel *common law* questo è un tratto essenziale della *natural justice*: «*Not only must justice be done; it must also be seen to be done*»¹⁵, sostenevano già nel 1924 i giudici della Corte Suprema del Regno Unito¹⁶, intendendo proteggere la fiducia e l'affidamento che l'amministrazione della giustizia deve ingenerare nel pubblico a presidio della legittimazione democratica della funzione¹⁷.

È proprio grazie al formante giurisprudenziale europeo che l'imparzialità ha guadagnato una veste differente e più ampia, posto che l'art. 6 della C.E.D.U. è stato interpretato nel senso di richiedere la sostituzione del magistrato giudicante a fronte di ogni circostanza potenzialmente in grado di minare la fiducia dei consociati nei confronti dell'indifferenza del giudice rispetto all'esito della controversia¹⁸.

In questo senso, si intrecciano due principi regolatori del giusto processo convenzionale, cioè il diritto ad un tribunale indipendente di cui all'art. 6, par. 1 C.E.D.U., il quale sancisce sia il divieto per il giudice di riversare eventuali convinzioni private sul caso specifico che l'obbligo di accertare se l'organo chiamato alla decisione offra garanzie adeguate e sufficienti ad esclu-

¹⁴ Sul tema, Corte EDU, 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*».

¹⁵ L'affermazione appartiene a Lord Hewart, Lord Chief Justice of England nel caso *Rex v. Sussex, ex parte McCarthy*, 1924, 1 KB 256, 1923, All ER Rep 233.

¹⁶ Il brocardo è stato poi ripreso anche dalla Corte Alsaziana, v. ad esempio, Corte E.D.U., 26 ottobre 1984, *De Cubber c. Belgio*.

¹⁷ Sul punto, CIACCIA, *Ricusa e giudizio di legittimità: la Cassazione esclude la possibilità di un'altra pronuncia additiva*, in *questa Rivista*, 2021, 7 ss., In dottrina v. GAITO, *La crisi della giustizia penale e le remore a riformare l'Ordinamento Giudiziario*, in *questa Rivista*, 2019, 2: «*la gente ha il diritto di rivendicare fiducia nella magistratura. E i magistrati non devono solo rispettare le regole, ma anche palesare di rispettarle*». Nella giurisprudenza europea v. Corte EDU, 16 ottobre 2018, *Daineliene c. Lituania*; Id., 31 ottobre 2017, *Kamenos c. Cipro*; Id., 25 febbraio 1997, *Findlay c. Regno Unito*; Id., 28 aprile 2009, *Savino e altri c. Italia*.

¹⁸ Come osserva GAETA, *Da ramo secco dell'ordinamento a problema attuale: l'incompatibilità dei giudici di cassazione*, in *questa Rivista*, 2021, 5 ss.

dere ogni legittimo dubbio sulla sua imparzialità¹⁹, e il principio della presunzione di innocenza²⁰ di cui al successivo par. 2., secondo cui nessuno può essere considerato colpevole fino a che la sua responsabilità penale non sia stata provata secondo la legge.

Nello specifico, nella sua dimensione procedurale la garanzia della presunzione di innocenza impone il rispetto di talune regole tra le quali rientra il divieto di ogni manifestazione *ante* tempo, da parte dei giudicanti, della colpevolezza dell'imputato, di talché - secondo il diritto europeo - la garanzia in parola sarebbe violata da qualunque decisione del giudice che riflette l'opinione della colpevolezza del destinatario prima che questa sia stata provata nei modi di legge, con inevitabile infrazione della regola della presunzione²¹.

L'esigenza di promuovere una interpretazione estensiva e antiformalistica dei casi in cui il giudice risulta imparziale si scontra, a ben vedere, con la logica adottata dal codice di rito legata, invece, ad una tutela solo preventiva che appare insufficiente a tutelare la fiducia e l'affidamento che il pubblico deve poter conservare nei confronti dell'organo giudicante.

3. La tutela preventiva dell'imparzialità: l'incompatibilità endoprocessuale. L'inerzia della giurisprudenza domestica priva di risvolti pratici l'orientamento alsaziano rendendo necessario indagare se, almeno sul versante legislativo, la tutela del principio di imparzialità sia tale da consentire la celebrazione di un processo attraverso un giudice dotato di quei requisiti mini-

¹⁹ Corte EDU, Gr. Cam., 15 dicembre 2005, Kyprianou c. Cipro; Id., Gr. Cam., 15 ottobre 2009, Micallef c. Malta; Id., Gr. Cam., 6 novembre 2018, Ramos Nunes De Carvalho e Sá c. Portogallo.

²⁰ Sulla presunzione di innocenza v. MAZZA, *La presunzione di innocenza messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 10 ss., 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 ss., DE CARO, *Presunzione d'innocenza, oneri probatori e regole di giudizio*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 404.

²¹ Sul rapporto tra presunzione di innocenza e imparzialità: Corte EDU, 6 dicembre 1988, Barberà, Messegué, Jabardo c. Spagna; Id., Gr. Cam., 12 luglio 2013, Allen c. Regno Unito; Id., 27 febbraio 2007, Nestak c. Slovacchia; Id., 14 aprile 2009, Didu c. Romania; Id., 31 ottobre 2013, Perica Oreb c. Croazia. In dottrina v. GAETA, *Da ramo secco dell'ordinamento a problema attuale: l'incompatibilità dei giudici di cassazione*, cit., 10 ss.

mi di validità imposti dai “piani alti” per l’esercizio di una corretta giurisdizione.

In questo senso, il nostro ordinamento pone a tutela della garanzia in esame gli istituti dell’incompatibilità, dell’astensione e della ricusazione: è su questi, quindi, che occorre riflettere per valutare l’adeguamento del sistema interno ai principi costituzionali ed europei.

Alla base delle fattispecie di incompatibilità²² vi è l’esigenza che il giudice «giudichi le parti, cioè altro da sé e non sé medesimo, il che accade ogni qualvolta un giudice sia chiamato a giudicare nuovamente intorno a un’imputazione sulla quale abbia già giudicato»²³.

È in questo che consiste il *pre-iudicium* quale causa efficiente dell’incompatibilità endoprocessuale: nell’aver il giudice in precedenza giudicato sul medesimo *thema decidendum*, il che potrà dirsi – secondo la giurisprudenza prevalente – solo ove la precedente deliberazione abbia investito il merito dell’ipotesi accusatoria, sì da avere già esposto l’organo decidente ad una valutazione contenutistica del tema storico idonea a proiettare sul prosieguo della sequenza procedimentale l’ombra del pregiudizio.

In linea con tale impostazione, la Corte costituzionale proprio con riferimento all’art. 34 c.p.p.²⁴ ha progressivamente ampliato l’ambito applicativo delle ipotesi di incompatibilità endoprocessuale fino a ricomprendere svariate ipotesi non contemplate *expressis verbis* dalla norma.

Già all’indomani dell’entrata in vigore del codice del 1988 la Corte fu chiamata a verificare la compatibilità dell’art. 34, comma 2, c.p.p., con riguardo alla previa conoscenza del *dossier* cautelare da parte del medesimo giudice deputato in seguito a conoscere, nel merito della causa, la stessa regiudicanda.

In questa sede²⁵, il Giudice della legge ha dichiarato l’illegittimità incostituzionale dell’art. 34, comma 2, c.p.p., «nella parte in cui non prevede che non

²² Le riflessioni che seguono traggono ispirazione da: DI CHIARA, *L’incompatibilità endoprocessuale del giudice*, cit., 9 ss. Sull’art. 34 c.p.p., v. RAFARACI, *Sub art. 34 c.p.p.*, in *Commento al codice di procedura penale*, Primo aggiornamento, a cura di CHIAVARIO, Torino, 1993, 23 ss.

²³ CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1947, 264 ss.

²⁴ Sul tema v. GIARDA, *L’inventario delle incompatibilità del giudice si amplia*, in *Praxis criminalis. Cronache di anni inquieti*, Milano, 1994, 383., POTETTI, *Le tappe della giurisprudenza costituzionale verso la terzietà ed imparzialità del giudice, dal sistema delle incompatibilità a quello dell’astensione e ricusazione*, in *Cass. pen.*, 2001, 1109.

²⁵ Corte cost., sent. 26 ottobre 1990, n. 496, in *Giur. cost.*, 1990, 2887 ss.

possa partecipare al successivo giudizio abbreviato il G.i.p. presso la pretura che abbia emesso l'ordinanza di imputazione coatta». E ciò in quanto la valutazione compiuta dal giudice per le indagini preliminari con questo provvedimento non è meramente formale, concernendo le condizioni necessarie per assoggettare l'imputato al giudizio di merito. Non è la previa conoscenza degli atti delle indagini preliminari ad avere rilievo ai fini dell'incompatibilità ma la circostanza che il giudice abbia in ordine agli stessi fatti effettuato una valutazione di contenuto tale da pregiudicare, per le successive fasi del procedimento, la sua imparzialità.

La pronuncia *de qua* non è rimasta un caso isolato. Sotto l'egida del giusto processo si inserisce, infatti, anche la sentenza n. 371/1996 relativa alla posizione del magistrato che ha già giudicato, in un separato processo, persone concorrenti nel reato, con la quale sembrava che la Corte avesse abbandonato quella logica formalistica – adottata in passato dalla giurisprudenza di legittimità e contraddetta anche dai giudici di Strasburgo²⁶ – secondo cui presupposto di ogni incompatibilità endoprocessuale dovrebbe essere la preesistenza di valutazioni che cadono sulla medesima regiudicanda.

Quest'ultimo approccio veniva utilizzato in particolare per escludere l'applicabilità dell'art. 34 c.p.p., nelle ipotesi di concorso di persone nel reato, fattispecie in cui non sussisterebbe il requisito del “medesimo procedimento”. Questa tesi si rivelava, però, inappagante: il giudice, a ben vedere – specialmente con riguardo alle fattispecie a concorso necessario – ha già espresso un giudizio in senso stretto almeno sul fatto nella sua oggettività, giudizio che inevitabilmente si riflette sulla sua imparzialità dal momento che si tratta di deliberare, in sede di successivo processo, su condotte soggettivamente differenziate ma oggettivamente identiche a quelle già in precedenza oggetto della sua valutazione²⁷.

²⁶ Sul ragionamento della Corte EDU nel richiedere che il diritto fondamentale al giudice terzo e imparziale non dipenda da formalismi, si rimanda al par. 2 del presente scritto, nonché alle riflessioni di GAETA, *Da ramo secco dell'ordinamento a problema attuale: l'incompatibilità dei giudici di cassazione*, cit., 11 ss.

²⁷ Sul tema v. DI CHIARA, *Spunti in tema di incompatibilità endoprocessuale allargata: spunti su Corte cost. 371/96*, in *Foro it.*, 1997, 18 ss., SPANGHER, *Giudizio sulla responsabilità del terzo estraneo nel procedimento separato: incompatibilità del giudice*, in *Corr. Giur.*, 1997, 28 ss., RIVELLO, *Quando l'aver pronunciato sentenza nei confronti di altri coimputati rende il giudice incompatibile*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 45 ss., DE FALCO, *Reati concorsuali ed incompatibilità del giudice. Un nuovo intervento della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*,

Alla sentenza n. 371/1996²⁸, quindi, il merito di aver superato questa logica dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p., «nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti, nella quale la posizione di quello stesso imputato in ordine alla sua responsabilità penale sia stata comunque valutata». La Corte ha così ampliato l'area della medesimezza della regiudicanda sulla base dell'assunto per cui la «forza della prevenzione»²⁹ non può non operare anche ove il giudice abbia dapprima compiuto incursioni di tipo decisorio – pur se *incidenter tantum* – relative alla responsabilità del terzo estraneo, e in seguito, in separata sede, si trovi a partecipare al giudizio nei confronti del medesimo soggetto in veste di imputato.

1997, 1287 ss., CARNEVALE, *Imparzialità del giudice dibattimentale che applica la pena al coimputato: una proposta interpretativa nello scenario dei rimedi contro lo iudex suspectus*, in *Cass. pen.*, 1999, 3495 ss., RIVELLO, *Un nuovo approfondimento giurisprudenziale sulla tematica dell'incompatibilità (a proposito del giudice che abbia precedentemente emesso una sentenza di patteggiamento su richiesta di un coimputato del medesimo reato)*, in *Cass. pen.*, 1999, 1507 ss.

²⁸ La pronuncia della Corte costituzionale origina dalla condanna per reati associativi necessariamente plurisoggettivi, in cui i giudici rimettenti si erano trovati a dover giudicare per tali addebiti altri concorrenti, la cui posizione era stata già valutata nell'ambito del primo processo. In un caso si trattava di un'associazione per delinquere composta da tre sole persone: disposta la separazione dei processi, lo stesso giudice era chiamato a decidere su uno dei partecipanti, allorché nel precedente giudizio ne aveva già valutato la responsabilità in ordine al medesimo reato, in quanto, trattandosi di tre soggetti, non avrebbe potuto giudicarne un numero inferiore senza valutare la posizione degli altri, necessaria ai fini dell'esistenza stessa del reato. Si trattava senza dubbio di una valutazione non formale ma contenutistica, di un vero e proprio giudizio, poiché per conoscere la partecipazione di soli due soggetti al sodalizio criminoso non si poteva prescindere dalla posizione del terzo, sia sotto il profilo del dolo che dell'elemento materiale del reato, pur essendo costui rimasto estraneo al primo processo. Secondo la Corte, in questi casi vi è un concreto rischio che «la valutazione conclusiva di responsabilità sia, o possa apparire, condizionata dalla propensione del giudice a confermare una precedente decisione». L'incompatibilità si ha anche quando nel primo giudizio la posizione del terzo abbia formato oggetto di una valutazione di merito superficiale e sommaria, poiché in questo caso ancora più evidente sarebbe il possibile pregiudizio del giudice.

²⁹ Ossia quella «naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti del medesimo procedimento» (Corte cost., sent., n. 371 del 1996).

L'entusiasmo scaturito da questa dirimente decisione però ha avuto vita breve e la Corte costituzionale - con l'obiettivo di ridimensionare gli scenari operativi schiusi dalla sentenza n. 371 del 1996 - è tornata sul tema con un triplice intervento chiarificatore³⁰, precisando come la nuova ipotesi di incompatibilità non scardinasse la tradizionale vocazione dell'istituto di cui all'art. 34 c.p.p. quale rimedio volto a fronteggiare unicamente i condizionamenti legati a decisioni prese nell'ambito del medesimo procedimento: la sentenza n. 371 del 1996 andava interpretata nel senso che la diversità formale tra i procedimenti non può considerarsi da ostacolo all'operatività dell'art. 34 c.p.p. solo laddove ad essa faccia da contraltare l'esistenza di una vicenda sostanzialmente unitaria³¹. Ma al di fuori di questo caso il compito di assicurare l'imparzialità del giudice viene attratto nella sfera di influenza dell'astensione e della riconsuazione.

Questa affermazione ha trovato sbocco anche nella successiva giurisprudenza costituzionale determinando una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 37 c.p.p. nella parte in cui «non prevede che possa essere riconsuato dalle parti il giudice che, chiamato a decidere sulla responsabilità di un imputato, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto»³², nonché nella precedente sen-

³⁰ Si tratta delle sentenze Corte cost., n. 306, n. 307, n. 308 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, 2875 ss. In argomento v. DI CHIARA, *Più che all'incompatibilità si guardi adesso alle cause di astensione e riconsuazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 237 ss., BRICCHETTI, *La Consulta contempera «il giusto processo» con le esigenze della giustizia penale*, in *Guida dir.*, 1997, 75., RIVELLO, *Tre concomitanti pronunce di inammissibilità della Corte costituzionale: l'astensione e la riconsuazione come alternativa alla incompatibilità*, in *Giur. cost.*, 1997, 2882.

³¹ Sul significato da attribuirsi al concetto di «unitarietà sostanziale dei procedimenti», secondo un'impostazione che si rintraccia in alcune pronunce della Corte costituzionale, la vicenda processuale può ritenersi unitaria solo in due casi: nella fattispecie concreta presa in esame dalla sentenza della Consulta n. 371 del 1996 e nel caso di concorso formale di reati. In realtà, però, la dottrina ha ritenuto che nel concetto di «vicenda processuale sostanzialmente unitaria» possano essere fatte ricadere anche altre fattispecie che condividano la medesima ratio e cioè una compenetrazione tale da far ritenere che il giudizio formulato in relazione ad uno dei soggetti non poteva non riverberarsi anche nei confronti di soggetti formalmente non imputati. Sul punto v. POTETTI, *Appunti in tema di imparzialità del giudice penale «per invasione» e previa manifestazione «non indebita» di convincimento sui fatti di causa*, in *Cass. pen.*, 2001, 1120 ss.

³² Corte cost., sent. n. 283 del 2000, con le osservazioni di MASTROMARINO, *Astensione e riconsuazione del giudice: ancora il giusto processo (Corte cost. 14 luglio 2000 n. 283)* e DI

tenza n. 113 del 2000 nella quale la Consulta, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 36 c.p.p., aveva affermato che nel concetto di «altre gravi ragioni di convenienza» rientrano anche le ipotesi di pregiudizio all'imparzialità derivante da valutazioni espresse sulla posizione dell'imputato nell'ambito di un procedimento pendente a carico di altri soggetti.

Ciò consente di rilevare come gran parte delle fattispecie che in base a quella prima sentenza ricadevano nell'ambito applicativo dell'art. 34 c.p.p., risultano adesso inglobate nel perimetro operativo del binomio astensione-ricusazione; istituti diretti anch'essi ad assicurare la genuinità e correttezza del percorso formativo del convincimento del giudice³³.

4. Segue: L'astensione e la ricusazione. Sin qui è emerso che l'incompatibilità del giudice può essere fatta valere dalle parti solo attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione, non importando alcuna conseguenza la nuda omessa osservanza delle regole in termini di incompatibilità endoprocedurale³⁴.

Se però da questo dovrebbe discendere una totale simmetria tra le fattispecie di incompatibilità e le cause di astensione e ricusazione, la realtà dei fatti appare diversa essendo le prime contraddistinte da un *quid pluris* rispetto alle altre fattispecie di astensione e ricusazione³⁵.

Vi è di più, sproporzionate appaiono anche le fattispecie di astensione rispetto a quelle di ricusazione: al catalogo delle cause in presenza delle quali il giudice è tenuto ad astenersi non sembra corrispondere un compiuto catalogo di cause di ricusazione tramite le quali le parti possono far valere il loro diritto all'imparzialità, dal momento che solo la ricusazione «si offre alla parte

CHIARA, *Giurisprudenza manipolativa della Corte costituzionale e tutela dell'imparzialità del giudice: appunti in tema di rapporti tra astensione e ricusazione dello iudex suspectus (Corte cost. 14 luglio 2000 n. 283 e 26 luglio 2000 n. 367)*, in *Giur. cost.*, 2000, 3385 ss.

³³ In questi termini LUDOVICI, *Ancora disorientamenti e criticità in tema di incompatibilità del giudice per valutazioni espresse in altro procedimento*, in questa *Rivista*, 2014, 7 ss.

³⁴ Cass., Sez. VI, 9 febbraio 2016, Balducci e altri, in *Mass. Uff.*, n. 266990; Cass., sez. VI, 4 giugno 2013, Shkurko, *ivi*, n. 257003., Cass., Sez. VI, 14 maggio 1997, Egidi, *ivi*, n. 209753; Cass., Sez. un., D'Avino, 17 aprile 1996, *ivi*, n. 204464.

³⁵ DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 23 ss.

come strumento processuale diretto a far valere e a far riconoscere l'esistenza di una causa di incompatibilità e di alcune cause di astensione»³⁶.

In tale contesto, anzi, la ricusazione svolge il ruolo di «garanzia finale»³⁷ per la tutela dell'imparzialità del giudicante; di conseguenza – in una analisi diretta a saggiare il grado di resistenza dei meccanismi di controllo sul rispetto dei caratteri costituzionali della giurisdizione – deve prendersi come punto di riferimento proprio tale istituto.

Quest'ultimo, però, risulta caratterizzato da uno spettro di operatività più limitato rispetto ai casi contemplati per la dichiarazione di astensione; ed infatti mentre per questi ultimi assumono valore anche le «gravi ragioni di convenienza», non accade la stessa cosa con riferimento all'istituto della ricusazione nonostante i diversi interventi della Corte costituzionale.

Il riferimento è all'art. 37, comma 1, lett. b), c.p.p. ai sensi del quale il giudice può essere ricusato se «nell'esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata sentenza ha manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione».

L'avverbio “indebitamente” indica che la fattispecie di ricusazione si applica solo qualora il giudice abbia manifestato anticipatamente un'opinione sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato «senza che ne esista necessità e fuori da ogni collegamento o legame con l'esercizio delle funzioni giurisdizionali inerenti al fatto esaminato, in modo da anticipare in tutto o in parte gli esiti della decisione finale di merito»³⁸.

³⁶ Sul tema v., DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento “presupposto” del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 12 ss., DI CHIARA, *Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale in tema di imparzialità del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 85 ss., RIVELLO, *Il principio dell'imparzialità del giudice nella giurisprudenza costituzionale e negli interventi del legislatore*, in *Cass. pen.*, 1999, 3030 ss., SATTA, *Astensione e ricusazione del giudice*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 947 ss.

³⁷ In prospettiva critica DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento “presupposto” del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 11 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., RIVELLO, *Sui rapporti tra l'incompatibilità e l'astensione o la ricusazione di un giudice*, in *Giur. Cost.*, 1997, 3357., SATTA, *Astensione e ricusazione del giudice*, cit., 947 ss.

³⁸ In questo senso si orienta sia giurisprudenza recente: Cass., Sez. III, 9 marzo 2021, Agostini, in *Mass. Uff.*, n. 281591., Id., Sez. I, 6 aprile 2005, Pagano, *ivi*, n. 231566., sia giurisprudenza più remota: Cass., Sez. II, 2 dicembre 1993, Montagner, in *Mass. Uff.*, n. 195184.

Sul punto sia la giurisprudenza di legittimità³⁹ che la Corte costituzionale⁴⁰ hanno precisato che non vi è alcuna distinzione tra manifestazione indebita all'interno dello stesso procedimento e stessa manifestazione espressa in diverso procedimento essendo identiche le ragioni del pregiudizio: in entrambe le situazioni rappresentate, infatti, l'esercizio delle funzioni giurisdizionali diventa un'occasione per anticipare arbitrariamente il proprio convincimento sulla responsabilità dell'imputato⁴¹.

La Corte non è però intervenuta in relazione alla *summa divisio* tra cause di incompatibilità e fattispecie di astensione e ricusazione con la conseguenza che le singole ipotesi idonee a dar luogo alla ricusazione sono rimesse tutt'ora all'elaborazione giurisprudenziale⁴².

È questo il nodo gordiano: riconoscere la possibilità di richiedere un intervento di costituzionalità ogni volta che si presentino in concreto situazioni non sussumibili negli schemi dell'astensione e della ricusazione appare una soluzione incapace di tutelare adeguatamente i caratteri minimi della giurisdizione, restando la tutela dell'imparzialità del giudice subordinata da un lato all'iniziativa delle parti, e dall'altro, alla rigidità dei termini di presentazione dell'istanza di ricusazione fissati a pena di decadenza⁴³.

Il quadro appena delineato non sembra rispettare i requisiti imposti dalla Costituzione e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che considerano l'imparzialità alla stregua di un «canone oggettivo indeclinabile per la disciplina della funzione giurisdizionale»⁴⁴.

³⁹ Da ultimo, Cass., Sez. III, 9 marzo 2021, Agostini, in *Mass. Uff.*, n. 281591., Cass., Sez. II, 24 luglio 2020, Cittadini, *ivi*, n. 279649., nello stesso senso già Cass., Sez. VI, 19 maggio 2004, Giaccone, *ivi*, n. 230461.

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 283 del 2000.

⁴¹ Così CIACCIA, *Ricusazione e giudizio di legittimità: la Cassazione esclude la possibilità di un'altra pronuncia additiva*, cit., 14.

⁴² In effetti la Corte costituzionale con le sentenze n. 306, 307 e 308 del 1997 (c.d. "trilogia d'ottobre") ha affermato che: «laddove il pregiudizio per l'imparzialità del giudice non sia riconducibile ad alcuna delle ipotesi di astensione e ricusazione già previste dall'ordinamento, la tutela del giusto processo potrà essere assicurata sollecitando un intervento volto ad ampliare l'ambito di applicazione di tali istituti».

⁴³ Su questo tema, GAITO, *Udienza pomeridiana e contumacia pregressa come fatti preclusivi della ricusazione: un approccio incostituzionale*, in *Giur. it.*, 1997, 409 ss.

⁴⁴ UBERTIS, *Verso un "giusto processo" penale*, Milano, 1997, 61.

5. *La tutela sul piano sanzionatorio: il difetto di imparzialità come causa di nullità.* I principi disciplinati sul piano astratto sembrano non trovare una tutela concreta a causa dell'inerzia congiunta del legislatore e della giurisprudenza che, animati da un inspiegabile istinto di conservazione⁴⁵, permettono la celebrazione del processo da parte del giudicante raggiunto dalla c.d. "forza della prevenzione".

Resta da capire, allora, fino a che punto l'ordinamento possa ammettere una condizione di parzialità del giudice senza che questo comporti l'annientamento della specifica funzione del diritto e della sua fisionomia identificativa⁴⁶.

Il discorso si sposta automaticamente sulle conseguenze derivanti dalla omessa operatività di quei rimedi processuali diretti a tutelare il diritto al giudice terzo e imparziale. È necessario, infatti, che l'ordinamento fornisca una risposta anche nelle situazioni non contemplate tramite presidi che non siano rimessi solo alla disponibilità delle parti⁴⁷.

In questa prospettiva, non si spiega l'ostinazione di quella parte della giurisprudenza⁴⁸ che nega 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. vada inteso quale «mancanza dei requisiti occorrenti per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali e non come difetto delle condizioni specifiche per l'esercizio di tali funzioni in un determinato procedimento»⁴⁹. Di qui l'individuazione del vizio nelle sole ipotesi afferenti alla capacità generica⁵⁰.

⁴⁵ DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento presupposto del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 28.

⁴⁶ ARDIZZONE, *Certezza del diritto e imparzialità del giudice*, *Atti del convegno organizzato a Palermo dal "Centro siciliano di studi sulla giustizia"*, 23 e 24 marzo 2007, 53 ss.

⁴⁷ Ciò è vero soprattutto a fronte della più limitata previsione dei casi di ricusazione rispetto a quelli contemplati per l'astensione.

⁴⁸ In tal senso, tra gli arresti più recenti: Cass., Sez. III, 17 gennaio 2019, Spada, in *Mass. Uff.*, n. 275868; Cass., Sez. V, 22 giugno 2012, Garino e altri, *ivi*, n. 254318., Cass., Sez. V, 17 settembre 2008, Ciurea, *ivi*, n. 241931.

⁴⁹ Così già Cass., Sez. un., 17 aprile 1996, D'Avino, in *Mass. Uff.*, n. 204464.

⁵⁰ Una postilla di ripasso può essere utile: giurisprudenza e dottrina tradizionalmente distinguono nell'ambito della capacità del giudice una «capacità di acquisto» e una «capacità di esercizio» della funzione giurisdizionale. La prima attiene al possesso di tutti i requisiti necessari per l'assunzione della qualità di giudice; la seconda riguarda l'esistenza delle condizioni richieste per il valido esercizio del potere giurisdizionale. In modo concorde dottrina e giuri-

Di conseguenza, la nullità *ex art.* 178, comma 1, lett. a), c.p.p., dipenderebbe solo dalle norme di ordinamento giudiziario che regolano l'immissione in ruolo del magistrato e la qualifica richiesta per le funzioni esercitate, nonché dalle previsioni, sempre contenute nell'ordinamento giudiziario, in tema di composizione numerica dei collegi, risultando invece escluse sia le norme che presiedono alla regolare costituzione dell'organo giudicante nell'ambito del singolo processo, sia le regole poste a tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice.

L'argomentazione giurisprudenziale, però, appare priva di agganci normativi. Gli articoli 178 e 179 c.p.p. sanzionano con la nullità l'inosservanza delle disposizioni concernenti «le condizioni di capacità del giudice» *lato sensu* considerata, senza distinguere tra capacità generica e capacità specifica; pertanto, l'orientamento giurisprudenziale che si fonda su tale distinzione ragiona intorno ad una norma che non esiste, intaccando così anche le esigenze di certezza del diritto⁵¹.

Occorre, allora, fornire una lettura costituzionalmente orientata⁵² 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".

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 assoluta⁵³.

sprudenza hanno rilevato che la capacità di esercizio, a sua volta, si distingue in capacità generica, la quale si acquista con la nomina e con l'ammissione alle funzioni e capacità specifica, che si riferisce alla regolare costituzione del giudice nell'ambito di quel determinato processo. V. LATTANZI-LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Torino, 2020, 264 ss., sul tema anche BACCARI, *sub art. 33*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA, SPANGHER, Milano, 2017, 228.

⁵¹ Così rileva DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 48 ss., secondo il quale ancorare la ricorrenza del vizio alla sola ipotesi di uno scarseggiare dei «requisiti occorrenti per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali» configurerebbe un'operazione di «ortopedia legislativa».

⁵² Corte cost., n. 241 del 1999; n. 290 del 1998; nn. 31 e 346 del 1997; nn. 13, 155 e 371 del 1996.

⁵³ 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

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 esercizio⁵⁴. Quanto detto contrasta con l'orientamento giurisprudenziale che tende ad individuare i limiti del vizio di capacità solo con riferimento alle ipotesi di capacità generica.

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, si provocherebbe una violazione del regime di tassatività che informa le nullità processuali⁵⁵.

senso anche Cass., Sez. un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, in *Mass. Uff.*, n. 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 nomofilattiche: Cass., Sez. I, 12 gennaio 2017, Castriotta, in *Mass. Uff.*, n. 270297; Id., Sez. II, 27 settembre 2016, De Leonardo, *ivi*, n. 268449; Id., sez. V, 23 novembre 2015, S., *ivi*, n. 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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Sul tema si rimanda alle illustri osservazioni di DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 44.

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 incapacità⁵⁶.

Né questa conclusione pare essere ostacolata dall'art. 7-*bis* r.d. n. 12/41⁵⁷, che esclude la nullità in presenza di una violazione dei criteri per l'assegnazione degli affari⁵⁸: ciò non può influire su quelle situazioni in cui il giudice è carente dei requisiti minimi della giurisdizione⁵⁹. 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.

L'esegesi sembra trovare conferma anche in quelle decisioni della Corte di cassazione dove si riconosce la sussistenza di una nullità assoluta, per vizio di capacità, negli atti adottati dal giudice successivamente all'accoglimento della dichiarazione di ricusazione interposta nei suoi confronti⁶⁰; sanzione processuale questa che deriva dalla accertata inidoneità del giudice al corretto esercizio della funzione giurisdizionale in relazione ad uno specifico procedimento e atiene perciò non all'attribuzione in astratto della potestà giurisdizionale ma ai modi e ai limiti del potere esercitabile in un determinato giudizio. Non

⁵⁶ Sul tema, GAITO-ASTARITA, *Competenza e incompetenza del giudice penale*, in *Dig. Pen., Agg.*, III, 2005, 180 ss., DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 11 ss.

⁵⁷ Come riformato dalla l. n. 19 del 2007.

⁵⁸ 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., 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 ss., DE LUCA, *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.

⁵⁹ Tra gli altri, DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 15., DE LUCA, *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.

⁶⁰ Così, recentemente, Cass., Sez. un., 16 luglio 2020, Gerbino, in *Mass. Uff.*, n. 280116; Id., sez. VI, 22 maggio 2014, C., *ivi*, n. 259900; Id., Sez. un., 27 gennaio 2011, Tanzi, *ivi*, n. 249733.

si comprende, quindi, la ragione per cui una medesima situazione giuridica integrante lo schema legale dell'art. 178, comma 1, lett. a), c.p.p., venga considerata diversamente a seconda che si sia pervenuti o meno ad una decisione sulla ricusazione.

Tuttavia, anche a voler ritenere che il vizio di capacità sia rilevabile solo a fronte di una carenza dei requisiti generici di esercizio delle funzioni giurisdizionali⁶¹, deve evidenziarsi come tale evenienza ricorra nelle ipotesi di difetto di terzietà e imparzialità dell'organo giudicante. La Costituzione, infatti, individua un rapporto di strumentalità tra la giurisdizione e il giusto processo⁶² e dal momento che non può darsi giurisdizione senza un giudice terzo e imparziale, tali requisiti assurgono ad elementi presupposto per la realizzazione dello stesso.

Di conseguenza, se si pervenisse ad una soluzione diversa si rischierebbe di porre nel nulla i valori stabiliti dalle fonti prevalenti⁶³, essendo invece necessario che l'ordinamento fornisca una risposta concreta ed effettiva diretta a tutelare tutti i casi in cui il giudice risulti attinto dalla c.d. "forza della prevenzione"⁶⁴.

⁶¹ Cfr. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 54 ss.

⁶² GAITO, *La neutralità del Giudice tra cadute di legalità e ipotesi di tentata giustizia*, cit., 110. Anche la Corte cost., sent. n. 308 del 1997 ha stabilito che «nell'ambito del principio del giusto processo posto centrale occupa l'imparzialità-neutralità del giudice, in carenza della quale, tutte le altre regole e garanzie processuali perderebbero di concreto significato».

⁶³ Occorre sottolineare che i parametri dell'art. 111 Cost. si pongono rispetto alla legge ordinaria non solo «come parametri di legittimità, ma prima ancora, come essenziali punti di riferimento dell'interpretazione conforme a costituzione», sicché non può dubitarsi dell'immediata precettività dell'art. 111, comma 2, cost., laddove pretende un giudice terzo e imparziale. Così Corte cost., sent. n. 440 del 2000. Inoltre, si evidenzia che i principi dell'art. 111 Cost. sono immediatamente applicabili ai procedimenti in corso e tale immediata applicabilità, ricavata dall'art. 1 d.l. 7 gennaio 2000, conv. in l. 25 febbraio 2000, n. 35, conduce ad una disapplicazione di tutte le disposizioni in contrasto con quei principi. Anche le fonti convenzionali e pattizie sono insuscettibili di abrogazioni e di modificazioni da parte di disposizioni di legge ordinaria e dunque prevalgono su quest'ultima in caso di contrasto.

⁶⁴ In tale contesto, quindi, si giustifica l'invalidità processuale della nullità assoluta, occorrendo uno strumento caratterizzato da una non limitata rilevabilità. Tra i sostenitori del "vizio", ASTARITA-GAITO, *Competenza e incompetenza del giudice penale*, cit., 194; DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo, verso nuovi equilibri*, cit., 73; FOSCHINI, *Il principio di tassatività delle cause di incompatibilità e le ipotesi "sopravvenute"*, in *Cass. pen.*, 1990, 1233.

6. *La prassi interna: l'applicazione extra ordinem del giudice.* L'attuale assetto codicistico - aggrappandosi a fantomatiche esigenze efficientistiche⁶⁵ - attribuisce scarso rilievo all'esigenza di riconoscere nelle disposizioni che determinano la capacità del giudice l'attuazione della garanzia costituzionale del giudice naturale. Lo fa non solo espungendo dall'ambito della capacità le norme che si riferiscono all'incompatibilità e immutabilità del giudice ma anche disegnando una posizione di estraneità processuale per le disposizioni riguardanti la destinazione del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni, la formazione dei collegi e l'assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici. A venire in rilievo è l'intrinseca fragilità di un sistema che sembra fallire nei propri scopi nella fase attuativa, con il rischio di spinte organizzative del tutto autonome e contingenti.

La questione si pone con riferimento all'art. 4, comma 19, l. 30 luglio 2007, n. 111, che ha aggiunto al comma 1 dell'art. 7-*bis* r.d. n. 12/41, l'inciso secondo cui: «la violazione dei criteri per l'assegnazione degli affari, salvo il possibile rilievo disciplinare, non determina in nessun caso la nullità dei provvedimenti adottati».

Ove si tenga presente che l'art. 7-*ter* r.d. n. 12/41 dispone che l'assegnazione alle singole sezioni, ai collegi e ai giudici è effettuata rispettivamente dal dirigente dell'ufficio e dal presidente della sezione o dal magistrato che la dirige, secondo criteri obiettivi e predeterminati, viene da chiedersi se sia costituzionalmente legittimo - in riferimento all'art. 25 Cost. - l'inserimento di una norma - l'art. 7-*bis* - che rende del tutto irrilevante nel processo la violazione dei criteri di assegnazione degli affari ai magistrati e, prevedendo solo una possibile sanzione disciplinare per l'inosservanza di detti criteri, di fatto lascia ai titolari degli uffici giudiziari libertà di scelta nella designazione del giudice per un dato processo.

⁶⁵ La giurisprudenza tende a far risaltare la finalità repressiva del processo penale più che quella cognitiva, per cui tutto ciò che rende più difficile la "punizione" viene considerato di intralcio all'efficienza. Così facendo, però, le esigenze di speditezza processuale finiscono con il prevaricare le ben più importanti prerogative a tutela dell'imputato. Sul tema v. FERRUÀ, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. giust.* AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 797 ss., MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *questa Rivista*, 2019, 1 ss., GIUNCHEDI, *L'insostenibile conciliabilità tra "smart" process e due process of law (riflessioni minime sul d.d.l. per la riforma del processo penale)*, in *questa Rivista*, 2020, 2 ss.

Sul tema è recente una sentenza della Suprema Corte⁶⁶ secondo cui non integra una nullità di ordine generale l'inosservanza delle norme in tema di destinazione dei magistrati alle Corti di 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, nonché della sostituzione di un giudice con altri dello stesso ufficio giudiziario con modalità diverse da quelle consentite⁶⁷. Questa posizione, come anticipato, 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 europea⁶⁸ che sposa una concezione ancora più ampia del significato di tribunale precostituito

⁶⁶ Cass., Sez. I, 6 maggio 2021, Vaccaro, in *Mass. Uff.*, n. 282005.

⁶⁷ Una breve esposizione della vicenda è utile a comprendere i successivi rilievi.

Nel giudizio di Appello era emersa la lesione dell'art. 6, par. 1 C.E.D.U., nonché dell'art. 111 della Costituzione laddove entrambi prescrivono il diritto dell'imputato ad essere giudicato da un tribunale precostituito per legge, oltre che imparziale, evidenziando l'illegittimità della composizione del collegio giudicante di appello rispetto all'investitura del presidente e del giudice a latere, dunque dell'intera componente togata dell'assise. È stato rappresentato che, in violazione delle regole di costituzione *secundum legem* dell'organo giudicante, la funzione di presidente del collegio veniva assegnata ad un presidente diverso dal presidente titolare di sezione, mentre diventava consigliere a latere un magistrato che non figurava nel ruolo dei consigli della Corte di assise di appello. Nella vicenda di specie, venivano emanati due provvedimenti del presidente della Corte di appello che disponevano variazioni tabellari: col primo decreto, rilevata l'incompatibilità del presidente titolare della Corte di assise di appello alla celebrazione del procedimento - in quanto questi era stato in precedenza l'estensore dell'ordinanza di riesame ex art. 309 c.p.p., sulla medesima vicenda - si disponeva non la sostituzione del presidente ma l'affiancamento allo stesso di un magistrato supplente, sulla base del criterio tabellare. Dopo di che interveniva un successivo decreto sostitutivo del magistrato supplente per analoghe ragioni organizzative. La difesa aveva allora osservato che la sostituzione avvenuta tramite i suddetti decreti era da ritenersi illegittima in quanto poteva essere effettuata, di norma, solo nel caso in cui nello stesso distretto non ci fosse stato un presidente della Corte di appello in ruolo. In aggiunta pare che il giudice a latere non rivestisse al momento della designazione il ruolo di consigliere della Corte di assise di appello. Posto che per lo svolgimento delle funzioni di magistrato nelle corti di assise e nelle corti di assise di appello è necessaria una nomina specifica, la difesa ha rilevato l'assenza di un atto del genere nel caso concreto, con la conseguenza che il processo di secondo grado, in assenza del presidente titolare della Corte di assise di appello e di un legittimo sostituto, è incorso nella violazione della legale costituzione del giudice, con l'infrazione dell'art. 6 C.E.D.U.

⁶⁸ Corte E.D.U., 1° dicembre 2020, Guomundur Andri Astraosson c. Islanda, n. 26374/18, par. 211 ss.

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 europea 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 giudiziario⁶⁹. Ancora, rientrano nel concetto di legge le disposizioni che prevedono l'indipendenza dei membri di un tribunale, la durata del loro mandato e la relativa imparzialità⁷⁰. 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 che non soddisfa i requisiti di indipendenza e imparzialità non può nemmeno essere qualificato come tribunale.

Un diverso approccio annichirebbe quei 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 magistrati⁷¹.

Per contro, anche la più recente giurisprudenza di legittimità – confermando un granitico orientamento che si è formato sotto il vigore del precedente codice di rito⁷² – ha mantenuto ferma la graduazione di valore nell'ambito delle illegittimità in fase di composizione del collegio.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Corte E.D.U., 11 luglio 2006, Gurov c. Moldavia, n. 36455/02, par. 36; 5 ottobre 2010, DMD GROUP c. Slovacchia, n. 19334/03, par. 59; 12 gennaio 2016, Miracle Europe Kft c. Ungheria, n. 57774/13, par. 48.

⁷¹ Proprio la vicenda di Cass., Sez. I, 6 maggio 2021, Vaccaro, in *Mass. Uff.*, n. 282005., ma non solo: una simile vicenda si ebbe anche in Cass., Sez. I, 7 maggio 2003, P.g. in proc. Solito e altri., che era però giunta a conclusioni differenti e più al passo con la Costituzione e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Sul punto v. l'illuminante commento di GAITO, GIUNCHEDI, *Il giudice più idoneo tra prospettive sovranazionali e giustizia interna*, cit., 10 ss.

⁷² Ci si riferisce al vecchio processo pretorile in cui la giurisdizione era attivata *ex officio iudicis* con ciò che ne consegue sul piano dell'equidistanza del giudice dalle parti. Sul tema, tra gli altri, CARNELUTTI, *Mettere il pubblico ministero al suo posto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 289 ss., DOMINIONI, *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, cit.,

Il problema è quanto mai attuale e tangibile: 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 giudice⁷³.

7. *Conclusioni: aspettando Godot*⁷⁴. Volendo svolgere alcune considerazioni conclusive sul ruolo svolto dal principio di imparzialità, è evidente come attualmente il problema sia quello di dare effettività alla garanzia: l'ordinamento si dimostra incapace di tutelare il cittadino da tutte quelle ipotesi in cui un giudice eserciti le proprie funzioni in una situazione di parzialità sfuggendo alla tipizzazione dei presupposti per la sostituzione del magistrato.

La difficoltà deriva soprattutto dalla disciplina positiva dettata in ordine all'astensione e alla riconsunzione: si pensi ai complessi oneri formali e cronologici⁷⁵ che la parte deve osservare e all'asimmetria tra i casi di astensione e quelli di riconsunzione generatrice di inevitabili vuoti di tutela⁷⁶.

Nemmeno la giurisprudenza nazionale sembra essere di aiuto non allineandosi a quell'orientamento dottrinale⁷⁷ che propone una esegesi dell'art. 178, comma 1, lett. a), c.p.p. volta a rendere effettiva la garanzia dell'imparzialità del giudice.

32 ss., FOSCHINI, *Cenni sul pubblico ministero e sul pretore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1949, 98 ss., ILLUMINATI, *Diritto all'imparzialità del giudice in relazione al processo pretorile*, in *Giur. merito*, 1970, 294 ss.

⁷³ L'esatta portata del c.d. "sistema tabellare" è offerta da FOSCHINI, *Giudici in nome del popolo, non già commissari del capo della corte*, in *Foro. It.*, 1963, 168 ss. Sul punto anche GAITO, GIUNCHEDI, *Il giudice più idoneo*, cit., 5 ss.

⁷⁴ L'espressione è tratta dal titolo dell'opera teatrale di BECKETT, *En attendant Godot*, Éditions de Minuit, Paris, 1952. Nella cultura popolare "Aspettando *Godot*" è divenuto sinonimo di una situazione in cui si aspetta un avvenimento che dà l'apparenza di essere imminente, ma che nella realtà non accade mai.

⁷⁵ Sul punto, GAITO, *Udienza pomeridiana e contumacia pregressa come fatti preclusivi della riconsunzione: un approccio incostituzionale*, in *Giur. it.*, 1997, 409.

⁷⁶ Sul tema, RIVELLO, *Sui rapporti tra l'incompatibilità e l'astensione o la riconsunzione di un giudice*, in *Giur. cost.*, 1997, 3357.

⁷⁷ Cfr. DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 25.

È allora necessario trovare strumenti ulteriori che siano in grado di realizzare il risultato di tutela imposto dall'art. 25 della Costituzione e dall'art. 6 della C.E.D.U., consentendo il recupero di legalità costituzionale in punto di imparzialità.

Che non si possa prescindere dal dovere di escludere ogni fattore di condizionamento alla libera valutazione dei magistrati emerge dal concetto – coniato dalla giurisprudenza europea⁷⁸ – di “apparenza di imparzialità”: l'art. 6 della C.E.D.U. mira, infatti, a proteggere e conservare la fiducia che il cittadino deve nutrire nelle istituzioni chiamate alla realizzazione dello Stato di diritto, essendo sufficiente l'adozione di una condotta che metta in crisi l'apparenza di imparzialità per concretizzare una diminuzione di tutela.

Dal rigore delle sentenze della Corte costituzionale e dalle statuizioni dei giudici di Strasburgo discende che non sono accettabili soluzioni di compromesso giustificate dall'esigenza di efficienza processuale; è indubbio, infatti, che questa debba cedere il passo di fronte al diritto dell'imputato ad un giudice terzo e imparziale, costituendo tali requisiti l'essenza stessa della giurisdizione e, conseguentemente, l'essenza stessa del giusto processo.

A fronte di una situazione di tal genere, riscontrata l'insufficienza della tutela codicistica e l'inerzia della giurisprudenza di legittimità che non sembra muoversi verso orizzonti più garantisti, soluzioni effettive e concrete possono rintracciarsi solo nella costruzione di un efficiente sistema di tutela sanzionatorio capace di garantire il passaggio «dall'astratta enunciazione del principio del giusto processo all'effettiva celebrazione di un processo giusto»⁷⁹.

⁷⁸ Tra le tante, Corte EDU, 28 aprile 2009, Savino e altri c. Italia.

⁷⁹ In questi termini DINACCI, *op. ult. cit.*, 29.