



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. II

(ESTRATTO)

STEFANO ROVELLI

**AZIONABILITÀ DEL DIRITTO AL GIUDICE NATURALE,
RULE OF LAW E DIGNITÀ DELL'ORDINE GIUDIZIARIO**

12 MAGGIO 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Stefano Rovelli

Azionabilità del diritto al giudice naturale, *rule of law* e dignità dell'ordine giudiziario*

ABSTRACT: *The right to a natural judge previously established by law is currently recognised as one of the cornerstones of the rule of law in Europe. In the light of a number of judgments pronounced on the subject by supranational courts, the essay examines the paradox of the Italian situation in which, in the face of the formal recognition of the strong conception of this right and of its decisive role in the construction of the democratic judicial system, domestic case law has denied a specific and effective jurisdictional remedy for its protection to the person party to the judicial proceedings. In particular, the essay aims to lay the groundwork for overcoming this paradox on the basis of the rediscovery of the foundation of the right under consideration on that value of the dignity of the judicial order which, in its being a direct emanation of the rule of law, makes it possible to define a new model of the right to the natural judge previously established by law which is indispensable to ensure the trust that people must be able to place in the judicial system in a democratic society.*

SOMMARIO: 1. Premessa: l'attuale rilevanza strategica del diritto al giudice naturale a livello europeo e il paradosso del caso italiano; 2. Le cause della negata azionabilità della concezione forte del diritto al giudice naturale nell'ordinamento italiano; 3. Il caso paradigmatico della negata azionabilità del diritto al giudice naturale nel processo penale italiano: il combinato disposto degli articoli 33 e 178 c.p.p. e la capacità del giudice; 4. Le novità introdotte dalla più recente giurisprudenza europea in materia di *rule of law*; 5. Conclusioni: un nuovo modello di diritto al giudice naturale precostituito per legge e di capacità del giudice, la sua tutela giurisdizionale e la dignità dell'ordine giudiziario.

1. *Premessa: l'attuale rilevanza strategica del diritto al giudice naturale a livello europeo e il paradosso del caso italiano.*

Il principio del giudice naturale precostituito per legge riveste una importanza essenziale nella storia del costituzionalismo moderno europeo non solo perché nel passato la sua affermazione è avvenuta contemporaneamente alle prime e più importanti dichiarazioni dei diritti¹, ma anche e soprattutto per la sua attuale rilevanza strategica nel sistema multilivello di protezione degli stessi².



¹ Le radici delle questioni teoriche e dei problemi pratici sorti in relazione al principio del giudice naturale sono invero profonde e secondo alcuni studiosi risalirebbero fino all'antichità (si veda M. D'AMICO, G. ARCONZO, *Art. 25, 1° co.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *La Costituzione italiana. Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini. Commento agli artt. 1-54*, Utet, Torino, 2007, 527 e M. NOBILI, *Art. 25, 1° comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981, 135-136). Eppure è soltanto con la modernità giuridica e con il movimento storico che ha condotto alla Rivoluzione inglese prima e a quella francese poi che tale principio ha assunto la forma e il significato attuali: è infatti in tale contesto, e in particolare in quei *cahiers de doléances* che posero le basi per i fatti del 1789, che l'espressione *juge naturel* (con i valori ad essa sottesi) è diventata la parola d'ordine per la rivendicazione di una radicale ristrutturazione dell'organizzazione giudiziaria e di conseguenza per un diverso equilibrio nei rapporti tra i poteri dello Stato e tra questi ultimi e le persone. Anche per questo la prima formalizzazione del principio è stata storicamente individuata nel celebre art. 17 del Titolo II del *Décret sur l'organisation judiciaire* del 16-24 agosto 1790, il cui testo, come è noto, recitava: "*l'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels, par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations qui seront déterminées par la loi*". Come tanti altri principi proclamati nel corso della Rivoluzione francese, anche quello del giudice naturale fu recepito da diverse delle costituzioni liberali che si susseguirono in Europa dalla Restaurazione in poi, ma la fase di diffusione più importante ai fini odierni è quella realizzatasi all'indomani della Seconda guerra mondiale grazie all'approvazione di nuove costituzioni da una parte e alle carte internazionali dei diritti dall'altra. In questa prospettiva, particolarmente rilevanti per il livello di complessità del sistema in cui producono i propri effetti sono indubbiamente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, che lo affermano ai rispettivi articoli 6 e 47. Per la ricostruzione delle origini della storia del principio si rinvia, per quanto concerne il contesto italiano e quello francese, a R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 365 ss.; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall'ancien*

Se è vero, infatti, che una delle peculiarità del costituzionalismo democratico novecentesco consiste nella nuova centralità della funzione giurisdizionale esercitata tanto dai giudici comuni quanto da quelli sovranazionali e costituzionali³, è evidente la necessità di assicurare che le persone che quotidianamente provvedono alla “affermazione dell’ordinamento nel caso concreto”⁴ incarnino tutti quei valori su cui si fonda la legittimità dell’amministrazione della giustizia negli ordinamenti democratici, a cominciare da quelli sottesi a quel principio del giudice naturale la cui difesa ha rappresentato una delle prime affermazioni nella storia moderna della esigenza di indipendenza e imparzialità dei giudici.

È in questo quadro che si inserisce il paradosso del caso italiano.

Infatti, a fronte del “ruolo decisivo” e peculiare che questo principio ha rivestito nella costruzione del modello di ordinamento giudiziario democratico⁵ e in particolare di quel sistema tabellare che ha reso quella repubblicana una delle esperienze più rilevanti al fine della riflessione

régime alla restaurazione, Viella, Roma, 1999; ID., *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Giappichelli, Torino, 2012; E. SOMMA, *Juge naturel e ordinamento giudiziario francese 1790-1795*, in *Quaderni di storia del pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 2013; per quanto concerne il contesto inglese a L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 603 ss.

² È possibile affermare che i riconoscimenti nello spazio giuridico europeo, tanto a livello nazionale quanto a livello sovranazionale, per costanza nel tempo e diffusione geografica valgono a ricomprendere il diritto al giudice naturale, se non all’interno di quelle “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri” dell’Unione la cui definizione resta ancora da “approfondire” nonostante siano state consacrate dall’art. 52, paragrafo 4, CDFUE. e dall’art. 6 del Trattato sull’Unione Europea, almeno in quella “eredità costituzionale condivisa” che caratterizza tale spazio. Per tali concetti si rimanda a M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, nel [sito della Corte costituzionale](#), 2017, 5-6. Per una elencazione delle norme costituzionali che riconoscono il principio del giudice naturale a livello europeo (e mondiale) si rinvia a M. D’AMICO, G. ARCONZO, *Art. 25, 1° co.*, cit., 526; per una ricostruzione più specifica della disciplina negli ordinamenti dell’Europa occidentale si vedano invece: M. HARTWIG, *Il Gesetzliche richter di cui all’art. 101, 1° comma, 2a proposizione, del Grundgesetz*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, 82 e ss.; I. DIEZ-PICAZO, *Il juez ordinario predeterminado por la ley di cui all’art. 24, comma 2, della costituzione spagnola*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, 104 e ss.; T. RENOUX, *Il principio del giudice naturale nel diritto costituzionale francese*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, 158 e ss.

³ Si veda M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Carocci, Roma, 2018, 78 in cui si afferma: “Il dato davvero rilevante è la rinascita del diritto giurisprudenziale. La “grande trasformazione” è tutta lì: sta nel nuovo [...] ruolo dei giudici rispetto alla posizione che avevano acquisito nello Stato di diritto ottocentesco. Allora essi conoscevano solo la legge, e non vedevano direttamente la Costituzione. Ora invece, non solo per l’opera delle nuove Corti costituzionali, ma proprio per l’esercizio quotidiano della giurisdizione, i giudici tengono sul loro tavolo certamente i Codici, ma accanto alla Costituzione. E tramite la Costituzione spesso si trovano ad operare con altre ulteriori fonti, che provengono dal diritto sovranazionale”. Per una panoramica più ampia si veda, inoltre, M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Giappichelli, Torino, 2014, 163 in cui, nell’analizzare i tre elementi qualificanti lo Stato costituzionale (“l’invulnerabilità dei diritti fondamentali della persona, con l’affermazione del principio di rigidità della costituzione e del controllo di costituzionalità; una certa concezione del principio di uguaglianza, riferita alla concreta posizione della persona nella società, con la connessa problematica dei diritti sociali; una certa concezione del principio democratico, nel senso della democrazia costituzionale, e del conseguente necessario bilanciamento tra i poteri pubblici”), l’Autore aggiunge, da una parte, che con lo Stato costituzionale “i protagonisti del bilanciamento” sono diventati i “poteri d’indirizzo”, che “operano con lo strumento della legge”, e i “poteri di garanzia” che “si esercitano principalmente per il tramite della giurisdizione”, e, dall’altra, che “lo Stato costituzionale non è lo Stato entro cui si realizza il tanto temuto “governo dei giudici”” poiché esso “non ha tolto il potere “sovrano” al legislatore per consegnarlo ai giudici, ma per aprire il campo ad una costituzione che conosce solo poteri limitati e bilanciati”.

⁴ “Affermazione dell’ordinamento nel caso concreto” è la definizione di funzione giurisdizionale proposta in S. SATTA, *Giurisdizione*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, 228.

⁵ A conferma di tale importanza si vedano rispettivamente R. ROMBOLI, S. PANIZZA, *Ordinamento giudiziario*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Vol. X, Utet, Torino, 1995, 371 e R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 369; questi contributi riprendono e valorizzano la riflessione di Alessandro Pizzorusso, il quale già nel 1975 individuava tra i “criteri differenziali” del “modello italiano di ordinamento giudiziario”, oltre al Consiglio Superiore della Magistratura, “il pluralismo nella magistratura e il principio del giudice naturale” (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 495 ss.).

su una attuazione piena del principio del giudice naturale in tutta la sua spinta garantistica⁶, esso appare oggi come il più classico esempio di “diritto di carta”⁷ in quanto risulta ancora irrisolto il principale problema che ha caratterizzato la storia del diritto di cui all’art. 25 della Costituzione del 1948⁸: quello della negata azionabilità della sua concezione “forte”⁹ ad opera della persona parte del procedimento giurisdizionale in cui esso è invocato¹⁰.

2. Le cause della negata azionabilità della concezione forte del diritto al giudice naturale nell’ordinamento italiano.

La negata azionabilità della concezione forte del diritto al giudice naturale precostituito per legge nell’ordinamento italiano è dipesa da due cause principali.

2.1. La prima è di ordine teorico e può essere individuata nell’intreccio di altre due questioni che hanno interessato l’art. 25 Cost.: quella della identità di significato tra le espressioni “naturale” e

⁶ Con l’espressione “sistema tabellare” si intende il “complesso insieme di regole” (che ha ottenuto la necessaria copertura legislativa con i nuovi articoli 7-bis e 7-ter del r.d. 30 gennaio 1941 n. 12) con cui, da una parte, “si definiscono l’eventuale ripartizione dell’ufficio giudiziario in sezioni, la destinazione dei magistrati in ciascuna sezione e l’assegnazione delle specifiche funzioni ai singoli magistrati (art. 7-bis cit.)” e, dall’altra, si “stabiliscono i criteri per l’assegnazione degli affari giudiziari alle singole sezioni, ai singoli collegi e ai singoli giudici e i criteri per la sostituzione dei giudici astenuti, ruscusi o impediti (art. 7 ter cit.)”, N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2019, 232. Per una ricostruzione della storia del sistema tabellare si veda F. GENOVESE, *Orientamento giudiziario e diritto tabellare*, in *Questione Giustizia*, n. 2/2003, il quale a pagina 255 evidenzia come sia proprio nel sistema tabellare che si realizza quella dialettica tra “gli organi democratici di amministrazione della giurisdizione (Csm e Consigli giudiziari) [...] con quelli che restano i poteri autocratici di cui sono titolari i capi degli uffici giudiziari” così importante nelle democrazie costituzionali contemporanee.

⁷ Come ricostruito in G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2017, 63, l’espressione è stata introdotta nel dibattito italiano da R. GUASTINI, *Diritti*, in ID., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, 142, ma risale a K. N. LLEWELLYN, *A Realistic Jurisprudence – The Next Step*, in *Columbia Law Review*, 1930. È importante esplicitare fin da ora che al fine del presente lavoro si utilizzerà come modello di diritto fondamentale proprio quello elaborato da Giorgio Pino nell’opera testé citata.

⁸ Per quanto concerne l’origine di questa disposizione la dottrina è divisa sulla profondità e sull’importanza del dibattito in Assemblea costituente. Chi ha valorizzato di più le discussioni tenutesi in tale sede in merito al principio del giudice naturale è M. D’AMICO, G. ARCONZO, *Art. 25, I° co.*, cit., 528-529, dal cui contributo si evincono due coordinate storiche particolarmente importanti ai fini del presente scritto. La prima è che uno dei principali artefici dell’art. 25 fu Piero Calamandrei, il quale, avendo individuato il fine generale della norma nel duplice divieto “che si creino delle magistrature ordinarie che giudichino per reati avvenuti prima” da una parte e “che si creino magistrature straordinarie” dall’altra (seduta 14 dicembre 1946), fu anche colui che volle “introdurre per la prima volta il concetto di precostituzione, da intendere come preventiva esistenza del giudice alla causa da giudicare”, come risulta dalla relazione da lui effettuata nella I Sottocommissione della Commissione Forti. La seconda coordinata è invece rappresentata dall’intervento di un altro illustre costituente, Giuseppe Dossetti, il quale, oltre a difendere la riserva di legge da rinvii più generici, si schierò apertamente a favore della riferibilità del principio al giudice persona fisica, riconoscendo l’identità del “concetto di giudice precostituito” con quello “della persona componente l’organo giudicante”.

⁹ La concezione “forte” del principio del giudice naturale è quella che intende il termine “giudice” come riferito alla persona fisica del singolo magistrato e la locuzione “naturale precostituito per legge” come finalizzata ad assicurare una “automaticità assoluta” in materia di composizione dei collegi e di distribuzione degli affari e dei giudici rispetto alle singole regiodicande. Si vedano in tal senso R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 379 e A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 600.

¹⁰ Sul punto deve essere menzionato il più importante lavoro dedicato specificamente a questo tema: R. ROMBOLI, *La azionabilità del diritto al giudice naturale*, in *Studi in onore di V. Palazzolo*, Giuffrè, Milano, 1986, che l’Autore conclude indicando nel rapporto tra art. 24 e art. 25 Cost. la materia da indagare (vedi pagina 747). Diverso è il discorso relativo alla azionabilità del diritto da parte del singolo magistrato, il quale dispone di numerosi rimedi per evitare che gli sia sottratta la propria causa. Per un’analisi completa di questo discorso (che amplifica il carattere paradossale della posizione della persona parte del procedimento giurisdizionale) si rinvia a N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 242 e ss.

“precostituito per legge”¹¹ e, soprattutto, quella della riferibilità del principio al giudice come persona fisica o come organo.

Se la prima questione è stata pacificamente risolta dalla Consulta fin dagli anni cinquanta (in quanto il Giudice delle leggi ha riconosciuto che le espressioni “naturale” e “precostituito” rappresentano una endiadi¹²), la seconda invece deve essere ancora considerata aperta. Anzi, il conflitto che essa ha determinato tra dottrina (tendente in modo condivisibile verso la soluzione della persona fisica¹³) e giurisprudenza (ferma nella sua contrarietà a tale opzione¹⁴) è stato talmente intenso che, non solo ha determinato la riproposizione ciclica della prima questione nel tentativo di restituire dinamicità al dibattito sul principio di cui all’art. 25 Cost., ma ha soprattutto compromesso in modo fino ad oggi insuperabile la questione relativa alla azionabilità del diritto al giudice naturale. Se è vero, infatti, quanto affermato in [Corte cost. sent. n. 26 del 1999](#) in merito alla strumentalità della tutela giurisdizionale rispetto alle singole “posizioni giuridiche di diritto sostanziale”¹⁵, è evidente che il diritto al giudice naturale non potrà essere garantito nella sua

¹¹ Sul punto si veda A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 611 ss. in cui l’Autore, in uno scritto del 1975, affronta e supera la “critica dell’identificazione dei due attributi” all’epoca “assai diffusa soprattutto fra i processualpenalisti”.

¹² Si veda [Corte cost. sent. n. 29 del 1958](#) in cui si afferma che “la locuzione “giudice naturale” è dallo stesso art. 25 definita come corrispondente a quella di “giudice precostituito per legge”, il quale è, come fu osservato nei lavori preparatori della Costituzione, il giudice istituito in base a criteri generali fissati in anticipo e non in vista di determinate controversie”.

¹³ Celebre è la riflessione secondo cui “impedire che un dato processo possa esser 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”, proposta in G. FOSCHINI, *Giudici in nome del popolo, non già commissari del capo della corte*, in *Foro it.*, 1963, 168. Il senso di queste parole fu condiviso e affermato in termini più espliciti da Alessandro Pizzorusso, che nel 1970 scrisse: “L’interpretazione finalistica dell’art. 25, comma 1, Cost. conduce invece a prendere partito, a nostro avviso senza possibilità di dubbi, per la tesi di coloro che leggono «giudice» come «magistrato». Se infatti la funzione di questo precetto è quella di impedire che un certo affare giudiziario possa essere sottoposto alla decisione di un giudice diverso da quello che risulta dall’applicazione automatica di criteri precostituiti al fine di ottenere un esito della causa almeno ipoteticamente diverso da quello che si sarebbe avuto attraverso l’opera del giudice naturale, sembra evidente che ciò che si vuole impedire è la sostituzione delle persone fisiche dei magistrati che debbono giudicare e non già dell’ufficio giudiziario cui appartengono” (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 595). Sulle medesime posizioni si è schierata autorevole dottrina: Roberto Romboli, Massimo Nobili, Salvatore Senese per citare i più illustri. Più scettico appare Nicolò Zanon che scrive: “Si potrebbe allora concludere ritenendo che le incertezze della giurisprudenza costituzionale sono dovute alla consapevolezza che solo accogliendo l’interpretazione più garantistica della norma costituzionale relativa al giudice naturale se ne salvaguarda in pieno il significato. Ciò, tuttavia, contrasta con le numerose oggettive difficoltà di tradurre concretamente il principio del giudice naturale così interpretato in disposizioni normative. [...] Da ciò deriva la costante affermazione che il principio del giudice naturale non costituisce, come del resto quasi tutti i principi costituzionali, un valore assoluto, dovendosi ammettere un bilanciamento” (N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 231-232).

¹⁴ Basti citare in ambito penalistico F. ZACCHÈ, *Art. 25 Costituzione*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, 44 ss. e in ambito costituzionalistico il contributo organico più recente in materia: F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Giappichelli, Torino, 2020, 88. In particolare, quest’ultimo scrive: “Non sono affatto mancate posizioni contrarie. In primo luogo, quella della Corte di cassazione che, ancora una volta per ragioni pratiche – in una situazione di frequente carenza di organico la necessità di supplenze e di sostituzioni è molto frequente – in più di un’occasione ha individuato nell’ufficio l’esclusivo ambito di applicazione del principio [...]. Più incerto, invece, l’indirizzo della Corte costituzionale, che invero ha mostrato una certa oscillazione sul punto: soprattutto in una prima fase [...] ha mostrato implicitamente di accogliere la tesi in base alla quale per giudice naturale doveva intendersi il singolo magistrato (sentt. nn. [146 del 1969](#), [71 del 1975](#) e [217 del 1993](#), n.d.r.); in altre occasioni, invece, essa ha accolto esplicitamente l’indirizzo opposto ([sent. n. 156 del 1985](#) e [ord. n. 271 del 1989](#), n.d.r.)”.

¹⁵ In questa sentenza (Relatore G. Zagrebelsky) la Consulta ha infatti affermato quanto segue: “Al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Il principio dell’assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere”. Tale posizione, espressione del principio *ubi ius ibi remedium*, è stata espressa in dottrina anche da G. PINO, *Il costituzionalismo*, cit., 103 (l’Autore ha osservato che se il

interpretazione forte fino a quando la sua identificabilità con la persona fisica del singolo magistrato non sarà certa anche per la giurisprudenza, dimostrando così il carattere inscindibile della connessione tra le controversie indicate.

2.2. La seconda causa è invece di ordine pratico e deve essere ricercata nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di art. 25 Cost.¹⁶.

Dopo aver negato il carattere assoluto del diritto al giudice naturale¹⁷, infatti, la Consulta ha legittimato il bilanciamento di quest'ultimo con esigenze che, nonostante la divergenza tra giurisprudenza¹⁸ e dottrina¹⁹ (soltanto parzialmente giustificabile in base alle difficoltà di

diritto non fosse la “ragione per introdurre le forme di tutela giurisdizionale necessarie [...] una norma come quella espressa dall’art. 24 Cost. sarebbe priva di senso [...] a meno di considerarla superflua e tautologica” e che per questo esso deve essere considerato un diritto “di secondo grado [...] un diritto che verte su altri diritti”), R. GUASTINI, *Filosofia del diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2017, 83 (l’Autore ha parlato in proposito di “metadiritto”) e I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, X, Giuffrè, Milano, 2017, 360 che cita a sua volta V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, 1954, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 7 (qui si definisce l’art. 24 Cost. una “norma in bianco la quale «aderisce a tutte le norme sostanziali» che attribuiscono situazioni soggettive”, cosicché “quelle norme, anche se nulla dispongono sulla tutela giurisdizionale, funzionano [...] come fattispecie rispetto al primo comma dell’art. 24, che mettono automaticamente in moto tutte le volte che vi sia il riconoscimento della rilevanza dell’interesse giuridico”).

¹⁶ Il Giudice delle leggi non ha mai affrontato la questione del diritto al giudice naturale con un approccio sistematico aperto, secondo la tecnica del *definitional balancing*, e si è invece rifugiato, come da esso stesso riconosciuto nella [sent. n. 272 del 1998](#), in un approccio casistico, tipico dell’*ad hoc balancing* (si veda in particolare il punto 4.2 della sentenza citata in cui la Consulta ha affermato che: “Il rimettente [...] pone una questione [...] che la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di considerare, con riferimento - occorre precisare - alle diverse fattispecie su cui di volta in volta è stata chiamata a pronunciarsi”). Questa tecnica motivazionale ha permesso alla Corte costituzionale di non esprimersi in modo chiaro e definitivo né sulla identificabilità del giudice con la persona fisica del magistrato né tantomeno sulla questione della sua tutela. Anche per questa ragione la dottrina non ha riconosciuto particolare pregio a questa giurisprudenza. Il più severo è stato sicuramente M. NOBILI, *Art. 25, 1° comma*, cit., 162, che ne ha denunciato la “grossolanità”. Il giudizio da parte degli altri studiosi dell’art. 25 Cost. ha invece focalizzato l’attenzione sul suo carattere oscillante e incerto in relazione alla riferibilità del diritto al giudice come persona fisica o come organo. In tal senso si vedano sia R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 375 che N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 231 e F. DAL CANTO, *Lezioni*, cit., 88.

¹⁷ La relatività del principio di cui all’art. 25 Cost. è stata affermata esplicitamente per la prima volta in [Corte cost. sent. n. 109 del 1963](#). Nella pronuncia citata, in materia di rimessione dei processi, si legge: “al divieto sancito nel primo comma dell’art. 25 della Costituzione non può attribuirsi valore assoluto”. È importante evidenziare l’istituto processuale oggetto del giudizio costituzionale perché esso chiarisce che la deroga alla assolutezza del diritto fu originariamente affermata esclusivamente in relazione all’esigenza di assicurare quella imparzialità del giudice che lo stesso art. 25 mirava a tutelare.

¹⁸ La Consulta ha sempre riconosciuto la finalizzazione del principio di cui all’art. 25 Cost. alla esigenza di tutela della imparzialità del giudice (*ex multis* [Corte cost. sent. n. 127 del 1979](#), [sent. n. 460 del 1994](#) e meno esplicitamente [sent. n. 257 del 2017](#)), ma, al contempo e con altrettanta costanza, essa ha affermato la necessità di un temperamento di tale esigenza con quelle di continuità e prontezza delle “funzioni giurisdizionali”, come emerge esplicitamente in [Corte cost. sent. n. 146 del 1969](#) (e in [Corte cost. sent. n. 272 del 1998](#)) in cui il Giudice delle leggi ha affermato che è necessario “contemperare l’obiettività ed imparzialità dei giudizi con le esigenze della continuità e prontezza delle funzioni giurisdizionali”. Come emerge dalla lettura di questo passaggio, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente riferito “continuità e prontezza” direttamente alla funzione giurisdizionale. Se, però, in [Corte cost. sent. n. 146 del 1969](#) questa formula poteva apparire come la massima espressione del necessario fondamento del valore dell’imparzialità sull’art. 97 Cost. (che prima del 1999 rappresentava l’unica disposizione costituzionale a riconoscerlo espressamente), nel caso di [Corte cost. sent. n. 272 del 1998](#) essa sembra essere utilizzata invece in modo più consapevole nel tentativo di evitare un contrasto macroscopico con le sentenze pronunciate pochi anni prima in materia di buon andamento dell’amministrazione della giustizia. In tali pronunce, infatti, la Corte costituzionale aveva sostenuto che, se è vero che “l’amministrazione della giustizia” è un “servizio pubblico essenziale” ([Corte cost. sent. n. 171 del 1996](#)) e che quindi “sarebbe paradossale voler esentare l’organizzazione degli uffici giudiziari da ogni esigenza di buon andamento” ([Corte cost. sent. n. 86 del 1982](#)), è altrettanto vero che un conto è “l’ordinamento degli uffici giudiziari e il loro funzionamento sotto l’aspetto amministrativo”, un altro, “del tutto diverso, ed estraneo per definizione alla tematica del buon andamento dell’amministrazione, è l’esercizio della funzione giurisdizionale” ([Corte cost. sent. n. 376 del 1993](#) confermata *in toto* da [Corte cost. ord. n. 44 del 2006](#)). Al fine di evitare questo ostacolo, il Giudice delle leggi

distinguere tra esercizio della funzione giurisdizionale e esercizio di funzioni meramente amministrative di organizzazione degli uffici giudiziari²⁰), risultano certamente riferibili al buon andamento dell'amministrazione della giustizia, realizzando una ponderazione tra interessi in gioco la cui regola del conflitto può essere descritta come una triplice impossibilità: 1) in primo luogo, l'impossibilità di garantire con la certezza della legge l'automatica assegnazione dei giudici e degli affari rispetto alle singole regiodicande, perché dove c'è un *quid* di discrezionalità dei capi degli uffici (leva "necessaria" in quanto atta "ad assicurare l'efficienza della funzione giurisdizionale"²¹) non può esserci vera e propria precostituzione²²; 2) in secondo luogo, la conseguente impossibilità

aveva recepito questa giurisprudenza costante al punto 3.1 di [Corte cost. sent. n. 272 del 1998](#) per poi ribadire, al punto 4.3, che "la Corte è dell'avviso che [...] il problema sia pur sempre quello di temperare obiettività ed imparzialità con continuità e prontezza delle funzioni". Da questa pronuncia emerge la seguente contraddizione: o il buon andamento dell'amministrazione della giustizia non ricomprende la continuità e la prontezza della funzione giurisdizionale e allora, però, si deve spiegare qual è il fondamento costituzionale di questi valori, oppure, come in verità appare (e come sostenuto dalla autorevole dottrina che sarà citata), continuità e prontezza rientrano nel buon andamento tutelato dall'art. 97 Cost. e la Corte costituzionale è stata costretta a considerarli parte del bilanciamento relativo all'art. 25 Cost. nonostante l'irrelevanza a cui li condannerebbe la sua stessa giurisprudenza, perché altrimenti avrebbe dovuto negare la legittimità della ponderazione che essa stessa aveva storicamente avallato nonché, di conseguenza, il potere discrezionale di cui sono titolari i capi degli uffici giudiziari.

¹⁹ A differenza della giurisprudenza costituzionale, la dottrina ha sempre riconosciuto il bilanciamento operato dalla Consulta come una ponderazione tra il valore della precostituzione e quello del buon andamento all'amministrazione della giustizia. In tal senso è sufficiente citare E. BINDI, *La giurisprudenza costituzionale in materia di buon andamento della giustizia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/1996, 2787 (in tale contributo è stato affermato che "Altre volte, è stato invece il principio della precostituzione del giudice ad essere stemperato nella sua assolutezza in nome delle esigenze funzionali dell'organizzazione giudiziaria"), M. NOBILI, *Art. 25, 1° comma*, cit., 148 – 176, (nella prima parte del suo scritto l'Autore ha, innanzitutto, riconosciuto in modo esplicito la decisività del bilanciamento proposto dalla Consulta - "il concetto-scopo di «buon andamento», applicato all'amministrazione della giustizia ed affiancato al principio di precostituzione, finisce per assumere un ruolo portante decisivo; dà infatti dignità costituzionale a quell'accennata serie di esigenze che, per solito, vengono erroneamente qualificate come mere "necessità pratiche" e presentate come *alternative* rispetto alla legale precostituzione. Ricondurle sul piano della disciplina costituzionale ripulisce, per così dire, il discorso da molte ambiguità e da frequenti imbarazzi; soprattutto indirizza la discussione sul piano di un corretto bilanciamento tra valori fissati da norme di pari rango" – per poi concludere denunciando la "pretestuosità dell'operazione che postula il sacrificio della precostituzione sull'altare della buona organizzazione") e R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 379 (l'Autore ha evidenziato che coloro che vorrebbero negare la tesi della identificabilità del giudice naturale con la persona fisica richiamano "altri principi e valori costituzionali, ritenuti prevalenti, i quali sarebbero sacrificati dal riferimento del principio alla persona e da un sistema di assegnazione automatica degli affari. I valori cui si fa riferimento sono essenzialmente quelli dell'efficienza della giustizia, della funzionalità, delle obiettive esigenze di servizio [...]. Detto questo, [...] i valori invocati non sono tali da potersi ritenere prevalenti su quello espresso dal principio della precostituzione del giudice, il quale si pone in stretto collegamento con la realizzazione della indipendenza interna del giudice (art. 107 cost.) e di un certo modello di ordinamento giudiziario") e da ultimo N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 232 (quest'ultimo Autore ha definito quella in materia di giudice naturale la giurisprudenza che, "più di tutte, si preoccupa [...] dell'efficienza dell'organizzazione della giustizia"). L'Autore che, invece, ha affrontato in modo più diretto il tema del ruolo del comune fondamento di imparzialità e buon andamento nell'art. 97 Cost. è sicuramente M. NOBILI *Art. 25, 1° comma*, cit., 147-149 il quale ha parlato in modo esplicito di "bilanciamento delle esigenze alla luce dell'art. 97 1° comma" e ha specificato che tale tema rappresenta un "passaggio ineludibile del dibattito attuale".

²⁰ Alessandro Pizzorusso ha coniato a tal proposito l'espressione "funzioni di «amministrazione della giurisdizione»" la cui peculiarità consiste nel loro essere "strumentali rispetto all'esercizio di funzioni giurisdizionali, cosicché il loro affidamento ad organi giudiziari si risolve in un'importante garanzia di indipendenza di questi ultimi" (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 358). Tra queste funzioni, "assai strettamente collegate" con quelle giurisdizionali, egli ricomprendeva espressamente "quelle relative all'assegnazione degli affari ai singoli magistrati operanti come giudici singoli o alle varie sezioni o turni in cui gli uffici eventualmente si articolano e quelle relative alla composizione degli organi collegiali giudiziari (soggette alla riserva di legge *ex art. 25, 1° comma, Cost.*, in applicazione del quale è stato ora legislativamente disciplinato il sistema di formazione delle «tabelle» degli uffici giudiziari)" (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 2019, 765).

²¹ Si veda sempre [Corte cost. sent. n. 146 del 1969](#).

²² In questo senso chiarissima resta [Corte cost. sent. n. 88 del 1962](#) nella parte in cui afferma che "precostituzione del giudice e discrezionalità nella sua concreta designazione sono criteri tra i quali non si ravvisa possibile una

di riconoscere espressamente la identificazione del giudice naturale con il magistrato persona fisica, perché dove non c'è precostituzione piena non può esserci neanche, di fatto, certezza sullo svolgimento di una determinata causa da parte di un determinato giudice; 3) in terzo luogo, infine, la impossibilità di riconoscere una tutela piena della interpretazione forte del diritto di cui all'art. 25 Cost., perché se non c'è certezza sulla identificabilità tra giudice naturale e persona fisica non può esserci neanche la conseguente protezione giurisdizionale²³.

Acclarata sinteticamente la complessità di questo implicito triplice bilanciamento²⁴, è evidente, sulla base della lezione ermeneutica del più autorevole studioso della materia, Alessandro Pizzorusso²⁵, che soltanto un'interpretazione di ordine sistematico può assicurare gli argomenti necessari per superare le cause pratiche e teoriche della negata azionabilità della concezione forte del diritto al giudice naturale precostituito per legge.

È per questa ragione, corroborata dalla consapevolezza dei limiti del sistema costituzionale in cui doveva essere interpretato originariamente l'art. 25 Cost.²⁶ e dalle opportunità rivelate da quello

conciliazione". Tale sentenza merita di essere citata per la sua importanza, universalmente riconosciuta dalla dottrina: già nel 1970 Alessandro Pizzorusso la definiva come un "punto fisso" con valore di "precedente" (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 587 ss.); nel 1998 Roberto Romboli la indicava come uno snodo "irrinunciabile per la ricostruzione del significato e della portata del principio del giudice naturale" in quanto essa affermava "con estrema chiarezza" che "la precostituzione del giudice per legge consiste nella «previa determinazione della competenza, con riferimento a fattispecie astratte realizzabili in futuro, non già, *a posteriori*, in relazione, come si dice, a una regiodicanda già insorta», «una competenza [cioè] fissata, senza alternative, immediatamente ed esclusivamente dalla legge», escludendo la possibilità di una «alternativa fra un giudice e un altro, preveduta dalla legge, ma risolubile *a posteriori*, con provvedimento singolo, in relazione a un dato procedimento», dal momento che «precostituzione del giudice e discrezionalità nella sua concreta designazione sono criteri tra i quali non si ravvisa possibile una conciliazione» (R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 368); più recentemente Nicolò Zanon ha invece osservato che "con questa decisione la Corte costituzionale individua [...] le garanzie sottese al principio del giudice naturale: a) una riserva di legge in materia di competenza giurisdizionale; b) il fatto che l'indicazione del giudice competente debba avvenire *pro futuro*", così risultando "ancora più chiara la distinzione tra l'ambito di applicazione dell'art. 102 Cost. e quello dell'art. 25 Cost., pur esistendo una loro sfera comune: come l'art. 102 Cost. vieta l'istituzione di giudici straordinari, così l'art. 25 Cost. vieta la sottrazione di funzioni al giudice naturale, con successiva attribuzione delle medesime funzioni, in via straordinaria, ad altri giudici già istituiti" (N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 227).

²³ Quest'ultima impossibilità è dovuta essenzialmente a quella strumentalità della tutela giurisdizionale rispetto alle singole posizioni giuridiche protette che è stata riconosciuta nella già citata [Corte cost. sent. n. 26 del 1999](#) e dalla successiva giurisprudenza costituzionale ad essa conforme.

²⁴ Il bilanciamento in esame appare strutturato su tre livelli in quanto al temperamento tra i principi di imparzialità ed efficienza - buon andamento corrisponde, in primo luogo, quello tra il valore della precostituzione del giudice in senso stretto e la necessità della discrezionalità delle decisioni dei capi degli uffici, nonché, in secondo luogo, quello tra il principio di legalità e il principio di opportunità.

²⁵ Alessandro Pizzorusso osservava già nel 1975 come né gli "argomenti letterali" né gli "argomenti fondati sui precedenti" storici potessero assumere una "funzione preminente" dinnanzi a "un'elaborazione giurisprudenziale ormai così cospicua". Egli considerava "decisivo", invece, "il complesso di ragionamenti che, muovendo dal testo dell'art. 25, comma 1°, cost., possono farsi per coordinare la relativa statuizione con le altre contenute nel testo costituzionale e che nel loro complesso danno luogo ad un argomento di carattere sistematico". Vedi A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 612 ss.

²⁶ Il sistema costituzionale originario aveva almeno tre direttrici interpretative: la prima era quella che conduceva al parallelo tra l'art. 25 Cost. e l'art. 102 Cost. (che esplicita nel Titolo IV della Parte seconda della Carta il divieto di istituire giudici straordinari), che ha avuto come momento di sintesi la [sent. n. 88 del 1962 della Corte costituzionale](#); la seconda era quella che, intrecciandosi con l'art. 108 Cost. e con la VII disposizione transitoria e finale e disegnando così di fatto un'unica riserva di legge organica in materia di ordinamento giudiziario democratico, ha portato al riconoscimento della precostituzione come valore su cui tale sistema è stato e deve essere imperniato; la terza e più importante, infine, era quella che, muovendo dalla necessità di stabilire l'esatta portata del principio di cui all'art. 25 Cost., ha cercato di individuare il valore costituzionale ultimo da esso protetto passando dall'analisi del nesso tra la norma in esame, la soggezione dei giudici alla sola legge (art. 101, comma 2, Cost.; art. 107, comma 3, Cost.) e il principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla stessa nella sua applicazione giurisprudenziale (art. 3 Cost.), per fondare quindi il principio del giudice naturale precostituito per legge su quel valore dell'imparzialità che fino al 1999 era sancito espressamente dal solo art. 97 Cost. Come implicitamente affermato nel testo, quest'ultima direttrice

attuale²⁷, che, sebbene sussistano solidi argomenti per sostenere, non solo l'eccentricità, ma l'illegittimità stessa del contemperamento operato dal Giudice delle leggi²⁸, al fine di risolvere il paradosso del caso italiano è necessario procedere attraverso un'analisi della storia recente del diritto al giudice naturale precostituito per legge muovendo dalla prospettiva che è sempre risultata decisiva per le sue sorti: quella della giustizia penale.

3. *Il caso paradigmatico della negata azionabilità del diritto al giudice naturale nel processo penale italiano: il combinato disposto degli articoli 33 e 178 c.p.p. e la capacità del giudice.*

La giustizia penale ha sempre rappresentato il più significativo “banco di prova”²⁹ della tutela del diritto della persona parte di un procedimento al proprio giudice naturale precostituito per legge. Se, però, in epoca repubblicana questa rilevanza si giustificava principalmente sulla base dell'importanza astratta dei beni costituzionali che essa involge e dell'attenzione che in concreto

interpretativa è stata per mezzo secolo di storia costituzionale quella sulla quale si è consolidata la causa di ordine pratico che ha impedito di risolvere le diverse questioni relative all'art. 25 Cost. Infatti, se l'ancoraggio al principio di imparzialità ha assicurato una forza formidabile all'orientamento ermeneutico che propugnava la necessità di identificare il giudice precostituito per legge con il magistrato persona fisica, esso ha finito però per legare in modo implicito ma inscindibile l'art. 25 Cost. all'art. 97 Cost. esponendo così il diritto della persona al giudice naturale al pericolo che si sarebbe rivelato letale: quello del bilanciamento legittimato dalla Corte costituzionale. Questa direttrice interpretativa è stata efficacemente descritta in R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 368-369 in cui l'Autore ha affermato quanto segue: “Circa la *ratio* del principio della precostituzione del giudice ed il valore da esso garantito, essi sono stati individuati nella tutela della imparzialità del giudice. [...] La nostra Costituzione non prevede espressamente il principio di imparzialità con riguardo all'attività giurisdizionale, ma ne parla solo con riguardo alla pubblica amministrazione in una accezione e significato ovviamente diverso, stante la diversa posizione che nella nostra Costituzione vengono ad assumere la pubblica amministrazione e la magistratura. Nonostante ciò può senz'altro ritenersi che il valore dell'imparzialità del giudice discenda direttamente dal principio di uguaglianza, nonché dal suo stretto collegamento con la garanzia della indipendenza del giudice. [...] In particolare attraverso l'affermazione della indipendenza interna o funzionale del giudice - espressa dall'art. 107 comma 3 cost. che fissa il principio secondo cui i magistrati si distinguono tra di loro soltanto per diversità di funzioni - viene superata la concezione gerarchica dell'organizzazione giudiziaria ed affermato al contrario il carattere diffuso del potere giudiziario, che trova una conferma nel riconoscimento della legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità di una legge a qualsiasi autorità giudiziaria nel corso di un giudizio e nella giurisprudenza costituzionale la quale, in tema di conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, ha da tempo qualificato il singolo giudice come potere dello Stato, legittimandolo quindi a sollevare ed a resistere in sede di conflitto. Questa connotazione è tale da caratterizzare in maniera assolutamente particolare il nostro modello di ordinamento giudiziario rispetto agli altri conosciuti, quello inglese, francese e sovietico. L'evoluzione e la effettiva realizzazione di quel modello credo dipenda in buona parte anche dal modo come si intende e soprattutto viene applicato il principio della precostituzione del giudice”.

²⁷ Rispetto alle più significative pronunce della Consulta in materia di diritto al giudice naturale precostituito per legge, come è noto, l'attuale sistema costituzionale è stato integrato: 1) dalla riforma dell'art. 111 Cost. (avvenuta attraverso la l. cost. 23 novembre 1999 n. 2), che ha costituzionalizzato il principio del giusto processo; 2) dalla riforma dell'art. 117 Cost. (avvenuta attraverso la l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3), che, costituzionalizzando i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, ha posto le basi per le sentenze gemelle [n. 348 del 2007](#) e [n. 349 del 2007](#) della Consulta che hanno innalzato la C.E.D.U. a parametro interposto di legittimità costituzionale delle norme interne; 3) dal Trattato di Lisbona del 2009, che, rafforzando ulteriormente il processo dell'integrazione europea, ha a sua volta posto le basi per i più recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di Stato di diritto. Tali integrazioni risultano particolarmente importanti perché hanno inciso profondamente anche sulla struttura del diritto al giudice naturale precostituito per legge, come si vedrà nel corso dell'odierno lavoro.

²⁸ Nello specifico, se, come si è detto, non è ragionevolmente contestabile la riferibilità delle esigenze di “continuità e prontezza” dell'amministrazione della giustizia all'art. 97 Cost., risulta evidente che il presupposto del contemperamento proposto dalla Consulta, il conflitto intervaloriale tra imparzialità della funzione giurisdizionale ed efficienza dell'organizzazione giudiziaria, è del tutto privo di fondamento rispetto al sistema costituzionale anche precedente al 1999, in quanto i due beni in contrasto, per stessa costante affermazione del Giudice delle leggi, non erano e non sono tra loro bilanciabili.

²⁹ Così, su tutti, G. LATTANZI, *Il principio di precostituzione del giudice nella giurisprudenza penale della Corte di cassazione*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, 206.

essa suscita presso l'opinione pubblica, negli ultimi trent'anni la ragione della centralità del processo penale nel dibattito sul diritto di cui all'art. 25 Cost. deve essere ricondotta al fatto che proprio in questo settore dell'ordinamento tale norma costituzionale e il sistema tabellare funzionale alla sua piena attuazione hanno conosciuto la loro più esplicita negazione, tanto a livello giurisprudenziale quanto a livello legislativo.

3.1. Per quanto concerne in particolare quest'ultimo, è necessario concentrarsi sul codice di procedura penale del 1988 e sui suoi articoli 33 e 178, dedicati rispettivamente alla "capacità del giudice"³⁰ e alle "nullità di ordine generale"³¹.

Al fine di cogliere la portata innovativa di queste disposizioni è innanzitutto indispensabile comprendere che esse hanno recepito una tradizione giuridica risalente al codice di rito del 1930, che al suo art. 185³² aveva stabilito una correlazione sistematica tra questi due istituti di diritto processuale senza però definire formalmente la nozione di capacità del giudice. Se la dottrina aveva sopperito a tale mancanza precisando in modo convenzionale, da una parte, che tale concetto ricomprende tanto la "capacità d'acquisto" della funzione giurisdizionale che la "capacità di esercizio" della stessa e, dall'altra, che quest'ultima deve essere oggetto di un'ulteriore distinzione tra capacità di esercizio generica e capacità di esercizio specifica relativa alla costituzione nel singolo procedimento³³, i giudici avevano rimediato alla vaghezza del codice sanzionando con la nullità assoluta diverse violazioni delle leggi di ordinamento giudiziario idonee a ledere il principio di cui all'art. 25 Cost.³⁴ che si erano verificate anche in alcuni casi di grande rilievo mediatico dinanzi alle Corti d'assise³⁵.

³⁰ L'art. 33 c.p.p. oggi recita così: "1. Le condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi sono stabiliti dalle leggi di ordinamento giudiziario. 2. Non si considerano attinenti alla capacità del giudice le disposizioni sulla destinazione del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni, sulla formazione dei collegi e sulla assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici. 3. Non si considerano altresì attinenti alla capacità del giudice né al numero dei giudici necessario per costituire l'organo giudicante le disposizioni sull'attribuzione degli affari penali al tribunale collegiale o monocratico".

³¹ L'art. 178, comma 1, lett. a) c.p.p. oggi recita così: "1. È sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti: a) le condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi di ordinamento giudiziario".

³² L'art. 185 del codice di rito del 1930 affermava: "si intende sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti: 1) la nomina e le altre condizioni di capacità del giudice stabilite dalle leggi d'ordinamento giudiziario, e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi giudicanti".

³³ La capacità di acquisto della funzione giurisdizionale "concerne il possesso di tutti i requisiti necessari alla assunzione della qualità di giudice" (cittadinanza, età, esercizio dei diritti civili, condotta civile e morale, laurea e idoneità nel concorso). La capacità di esercizio riguarda "l'esistenza delle condizioni richieste per il valido esercizio del potere giurisdizionale". Rispetto a quest'ultima è possibile affermare che, mentre la capacità di esercizio generica "si acquista con la nomina e con l'ammissione alle funzioni a seguito del superamento del concorso e del necessario periodo di tirocinio", la capacità di esercizio specifica attiene "alla regolare costituzione del giudice nell'ambito di un determinato processo prendendo in considerazione le disposizioni in tema di competenza e le previsioni di carattere ordinamentale che consentono, in un determinato ufficio giudiziario, l'assegnazione di ogni singolo affare a una determinata sezione". Le definizioni sono tratte da P. DELL'ANNO, *Giudice (Capacità del)*, in *Digesto delle discipline penalistiche, VII Aggiornamento*, Utet, Torino, 2013, 249 ss. ma si ritrovano sostanzialmente equivalenti anche in A. GALATI, *(Diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, 909 ss., che rinvia a V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, VI ed., vol. II, 1968, 184 e a G. CONSO, *Capacità processuale (Diritto processuale penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1960, 134, che nel suo contributo sulla capacità processuale, pur distinguendo tra capacità di acquisto e capacità di esercizio in generale nel processo penale, aveva trattato l'argomento della capacità del giudice solo incidentalmente, usando l'art. 185 del vecchio codice come spunto di diritto positivo da cui muovere per concentrarsi sull'oggetto che aveva individuato per il suo lavoro: la "capacità in senso tecnico", ovvero sia la capacità delle parti private. La giurisprudenza ha recepito l'impostazione dottrinale fin dagli anni Ottanta come testimonia Cass. pen., sent. 13 dicembre 1983, Curaba citata in A. IACOBONI, *Precostituzione e capacità del giudice*, Giuffrè, Milano, 2005, 88.

³⁴ Per alcuni esempi si veda G. LATTANZI, *Il principio*, cit., 212 che riporta di nullità rilevate: "nel caso di un collegio composto con più di un supplente estraneo, in violazione dell'art. 97 ord. giud (n.d.r., Cass., Sez. II, 7 ottobre

Chiarito questo, la novità del codice del 1988 sta nel fatto che, rovesciando in corsa³⁶ l'impostazione proposta nel progetto riformatore del 1978 che mirava a stabilizzare un più elevato livello di tutela ricomprendente la capacità specifica del giudice³⁷, l'art. 33, comma 2, c.p.p. ha sancito in modo netto la totale irrilevanza processuale di questo tipo di violazioni e quindi di tutto il sistema tabellare con un paradossale peggioramento della tutela del diritto al giudice naturale rispetto al codice fascista del 1930 proprio nel momento in cui il legislatore aveva deciso di attuare la Costituzione in materia processuale penale e di riconoscere il sistema tabellare in materia di ordinamento giudiziario attraverso il d.p.r. 22 settembre 1988 n. 449.

Guardando al passato, è utile ricordare come questa irrilevanza sia stata il risultato di una modifica del progetto iniziale del codice di rito determinata dalla ferma opposizione proprio della Commissione per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario, la cui ragione sarebbe consistita "essenzialmente nel fatto che il giudizio relativo alla integrazione di una nullità processuale rimanda a norme definite nei confini e prive di rilevanti momenti di discrezionalità", il che implicherebbe una "stretta automaticità" che "è certo esclusa in tema di assegnazione dei giudici agli uffici giudiziari, di competenza del Consiglio Superiore della Magistratura, ma che non è realizzabile – se non a prezzo di rilevanti sacrifici sul piano della funzionalità e del buon andamento degli uffici (art. 97 Cost.) – nemmeno nella formazione delle c.d. tabelle degli uffici e nella determinazione dei criteri di formazione dei collegi e di assegnazione degli affari"³⁸.

1981, Fiorito, in *Cass. pen.*, 1983, p. 395, n. 320; Sez. VI, 10 gennaio 1977, Boscolo, *ivi*, 1978, p. 751, n. 745); nel caso di un collegio di corte di appello composto con un pretore, per la considerazione che la facoltà di provvedere alle supplenze anche con magistrati di grado inferiore, ai sensi dell'art. 2 d. lg. lt. 3 maggio 1945, n. 232 dovesse intendersi limitata ai magistrati che esercitano le funzioni immediatamente inferiori (n.d.r., *Cass.*, Sez. III, 23 gennaio 1979, Giarretta, in *Cass. pen.*, 1980, p. 1223, n. 1184; Sez. I, 31 marzo 1978, Formiliari, *ivi*, 1979, p. 893, n. 926); nel caso di un collegio di tribunale composto da tre magistrati provenienti da preture del distretto, irregolare sotto un duplice profilo: perché una delle applicazioni provvisorie era stata disposta dal presidente del tribunale, anziché dal presidente della corte di appello, e perché del collegio facevano parte tre pretori del distretto, quando invece questi avrebbero potuto essere al massimo due (n.d.r., *Cass. Sez. VI*, 25 febbraio 1970, Saitta, in *Cass. Pen.*, 1971, p. 1166, n. 1696)". A pagina 211 il Presidente emerito della Corte costituzionale osserva invece come nel sistema del codice del 1930 "era il giudice che secondo alcuni parametri elaborati dalla dottrina e recepiti dalla giurisprudenza valutava l'inosservanza [nel caso concreto, n.d.r.] per stabilire se fosse o meno ravvisabile la nullità".

³⁵ Per una ricostruzione di quei casi si vedano G. LATTANZI, *Il principio*, cit., 214 ss. (che definiva tale fenomeno una "vicenda che aveva messo in evidenza nello stesso tempo una diffusa prassi di inosservanza delle norme sulla costituzione delle corti di assise e l'eccessiva rigidità della sanzione di nullità assoluta stabilita dall'art. 185 c.p.p.") e A. IACOBONI, *Precostituzione*, cit., 108 ss. (che individuava tale "situazione di emergenza" come una delle "ragioni storiche che [...] hanno giuocato un qualche ruolo nella peculiare disciplina della capacità del giudice in ambito penale").

³⁶ Come emerge dalla relazione al progetto del 1978, la Commissione redigente aveva previsto la nullità degli "atti compiuti da un giudice che non risulti destinato all'ufficio o alla sezione in base alle tabelle di composizione degli uffici giudiziari [...] ovvero che sia stato designato a conoscere di un processo in violazione delle disposizioni" relative alla designazione dei giudici, dei collegi e delle sezioni.

³⁷ A tal proposito, dalla relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale si apprende: in primo luogo che, dopo avere "a lungo dibattuto il problema se tra le condizioni di capacità del giudice dovessero essere fatte rientrare [...] anche quelle riguardanti la destinazione del giudice ai singoli uffici giudiziari e alle sezioni, la formazione dei collegi e l'assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici", benché "in un primo tempo [fosse] stata prevista la sanzione della nullità – sia pure di specie diversa rispetto a quella assoluta – [...] poi però all'esito di un approfondito dibattito si è concluso che le norme [in questione] non dovessero farsi incidere sulla capacità del giudice"; nonché, in secondo luogo, che la "disposizione chiarificatrice" introdotta al fine di evitare "equivoci interpretativi" è il risultato dell'uniformazione "ai rilievi espressi dalla Commissione per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario [...] per la quale una previsione di nullità (non importa di quale specie) per la violazione delle norme riguardanti le disposizioni da ultimo accennate si sarebbe negativamente riflettuta su delicate questioni di ordinamento giudiziario [...] senza parlare poi delle interrelazioni che si potrebbero determinare tra procedure amministrative, eventuale contenzioso e questioni di nullità del processo penale".

³⁸ È comunque rilevante osservare come la medesima relazione preliminare della Commissione per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario riconoscesse la rilevanza di particolari violazioni del sistema tabellare. Essa, infatti, prosegue affermando che: "Questo quadro di esigenza non esclude che una rilevanza processuale possa essere prevista

Guardando anche al presente e al futuro, invece, è opportuno rimarcare come la scelta di prevedere la sanzione della nullità assoluta in relazione alle sole violazioni della capacità di esercizio generica del giudice e di ridurre l'inosservanza delle norme relative alla capacità di esercizio specifica (e quindi al sistema tabellare) a mere irregolarità aventi rilevanza esclusivamente interna, organizzativa, in sostanza amministrativa e non processuale³⁹, si sia fondata soltanto sulla volontà del legislatore del 1988, che ha tagliato con l'accetta questioni estremamente complesse e dense di implicazioni che interessano anche il tema dell'esistenza degli atti giuridici e la definizione di "giudice"⁴⁰. Per questa ragione non può stupire il fatto che il combinato disposto degli articoli 33 e 178 c.p.p. sia stato percepito fin dal principio come l'espressione di una concezione del diritto al giudice naturale "la più debole fra le deboli"⁴¹.

3.2. Per quanto concerne invece il livello giurisprudenziale, la Corte di cassazione ha applicato il dettato dell'art. 33, comma 2, c.p.p. nel modo più rigoroso possibile limitando il principio di cui all'art. 25 Cost. al discorso sulla competenza⁴² e senza mai riconoscere espressamente la identificabilità del giudice naturale con la persona fisica del singolo magistrato⁴³.

In particolare, per quanto concerne l'applicazione nei primi e turbolenti anni di vigenza del nuovo codice di rito⁴⁴, per comprendere con quale nettezza la Corte di cassazione avesse aderito alla

per il caso in cui risulti che nella assegnazione dei giudici e degli affari si siano adottate soluzioni determinate dallo scopo di eludere o violare il precetto costituzionale sulla precostituzione del giudice. Ma in ogni altro caso si è ritenuto che l'esigenza sopra richiamata di precostituzione del giudice possa essere soddisfatta attraverso la predeterminazione di criteri obiettivi, la cui definizione va rinviata al Consiglio Superiore della Magistratura. [...] L'ipotesi di violazione di quanto disposto nelle tabelle o dei criteri di assegnazione degli affari rimane senza rilievo processuale, ma implica la messa in opera delle procedure amministrative proprie del Consiglio Superiore della Magistratura, oltre che, eventualmente della iniziativa disciplinare". Rispetto a quanto qui affermato è utile ricordare che, come specificato nella relazione al progetto definitivo del codice, anche il "trapianto" della nuova norma dall'art. 178 sulle nullità all'attuale art. 33 è avvenuto "per ragioni di ordine sistematico, al fine di chiarire che la materia in esso considerata non rientra nelle condizioni di capacità del giudice, la cui assenza dà luogo a nullità assoluta". La stessa relazione da ultimo citata rinvia poi alle disposizioni di attuazione "per stabilirsi se e in quali limiti l'inosservanza delle norme indicate nel comma 2 dell'art. 33 potrà assumere rilevanza disciplinare". Tale modifica sistematica veniva infine definita "una modifica di ordine puramente formale, volta, fra l'altro, a fugare ogni perplessità circa il fondamento esclusivamente normativo delle condizioni di capacità del giudice".

³⁹ Per l'analisi di questa esclusione si vedano O. DOMINIONI, *Art. 33*, in E. Amodio E., O. Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1989, 215 ss.; E. ZAPPALÀ, *Art. 33*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1989, 179 ss.; C. CONTI, *Sistema tabellare e precostituzione del giudice: una disciplina solo apparentemente innocua*, in *Diritto penale e processo n. 10/1999*, 1999, 1286 ss.; M. BACCARI, *Art. 33*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, 459 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2017, 96 ss.

⁴⁰ In particolare, si veda A. GALATI, *Nullità*, cit., 923, il quale evidenziava la prossimità dei problemi relativi a *iudex incapax* e *non iudex* specificando che può succedere che il vizio di nomina sia tale da configurare una figura di *non iudex* e che "in tal caso [...] non più di nullità bisognerà parlare, ma di inesistenza del provvedimento reso a *non iudice*".

⁴¹ G. CONSO, *Relazione introduttiva*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, 19. In senso contrario, guardava con speranza alla riforma M. ALFIERI, *Giudice naturale*, in *Digesto delle discipline penali*, Vol. V, Utet, Torino, 1991, 460 che rispetto ad essa affermava: "Non si tratta, questa volta, dei soliti e superficiali ritocchi, ma di un'iniziativa encomiabile e coraggiosa, che sfida abitudini e mentalità perverse, incoraggiate da decenni di complicità e silenzi".

⁴² Si veda Cass. pen., sent. 15 ottobre 1998, Mercadante citata in A. IACOBONI, *Precostituzione*, cit., 142.

⁴³ Essa ha sostenuto, al contrario, che "per giudice naturale deve intendersi l'organo giudiziario e non il singolo componente dell'organo stesso". Si veda in tal senso la celebre Cass. pen., Sez. I, sent. 22 novembre 1983, n. 161727, ma anche più recentemente Cass. pen., Sez. IV, sent. 16 luglio 2009, n. 35024.

⁴⁴ Si vedano *ex multis* i casi decisi nelle sentenze: Cass. pen., Sez. V, sent. 9 gennaio 1990, n. 184529; Cass. pen., sent. 7 febbraio 1991, Barbieri; Cass. pen., sent. 15 gennaio 1992, Unzamo; Cass. pen., sent. 17 ottobre 1994, Prigitano; Cass. pen., S.U., sent. 17 aprile 1996, D'Avino; Cass. pen., sent. 15 ottobre 1998, Mercadante; Cass. pen., Sez. I, sent.

impostazione data dal legislatore e con quale fermezza rigettasse le eccezioni avanzate dagli studiosi più garantisti, è sufficiente leggere un passaggio di Cass. pen., Sez. I, sent. 7 marzo 1994, Toso in cui si afferma categoricamente che «causa di nullità assoluta e insanabile del processo penale è il difetto di capacità generica all'esercizio del potere giurisdizionale, e non la mancanza di condizioni specifiche di esercizio della funzione giudicante, mancanza che non elimina nel giudice la sua capacità di organo giudiziario; con la conseguenza che per "incapacità del giudice" deve intendersi la mancanza dei requisiti occorrenti per l'esercizio di determinate funzioni, mentre non attengono alla capacità del giudice le disposizioni sulla destinazione del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni e sulla formazione dei collegi».

3.3. Proprio per questa opposizione frontale tra dottrina e giurisprudenza destò notevole interesse una questione di legittimità costituzionale del 1998 che censurava l'art. 33, comma 2, c.p.p. nella parte in cui "consentirebbe l'applicazione di criteri discrezionali e personalistici di distribuzione degli affari e non impedirebbe che la scelta del magistrato possa essere determinata dalle parti, senza che operi la nullità assoluta [...] prevista per l'inosservanza delle condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessari per costituire i collegi"⁴⁵. Tale questione venne decisa dalla Corte costituzionale con la [sent. n. 419 del 1998](#).

Ai fini del discorso sulla azionabilità del diritto al giudice naturale, la decisione in esame è particolarmente importante non tanto per le dichiarazioni di principio contenute nella prima parte del suo *considerato in diritto*⁴⁶, ma soprattutto per le sue prese di posizione in merito al tema della capacità del giudice e dei rimedi da riconoscere in caso di violazioni del diritto tabellare. A tal proposito, infatti, la motivazione, ponendosi "in consapevole contrasto con la teoria prevalente in dottrina"⁴⁷, ha affermato nettamente che l'art. 33, comma 1, c.p.p. ha posto su due piani distinti il discorso sulla titolarità della funzione giurisdizionale in capo a un organo giudiziario e quello relativo alla assegnazione degli affari nell'ambito della organizzazione della giurisdizione. In questo modo la decisione ha reso palese, in primo luogo, che le nozioni di capacità generica e capacità specifica del giudice, che ad esse corrispondono, non si troverebbero nel rapporto di *genus* e *species*, bensì in quello di autonomia reciproca e ancor più precisamente di separatezza, nonché, in secondo luogo, data la interrelazione sistematica tra capacità del giudice e nullità processuale, l'impossibilità di considerare costituzionalmente illegittima la mancata previsione della sanzione della nullità in caso di violazione del diritto tabellare, fermo restando che questa esclusione non implicherebbe 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", conformemente a quanto sostenuto dalla stessa Avvocatura dello Stato⁴⁸.

11 giugno 1999, Manno; Cass. pen., Sez. VI, sent. 10 maggio 2001, n. 24077. Per una ricostruzione nel dettaglio delle pronunce di questo periodo si veda A. IACOBONI, *Precostituzione*, cit., 139 ss.

⁴⁵ La questione di legittimità costituzionale in esame traeva origine da un provvedimento del Presidente del Tribunale di Torino che, in forza di una prassi seguita presso tale foro (già oggetto di segnalazioni davanti al C.S.M.), aveva disposto l'assegnazione di un processo alla seconda Sezione del medesimo Tribunale in violazione dei criteri tabellari vigenti e sulla base di una regola concordata con il Procuratore della Repubblica secondo cui i giudici dovevano trattare i casi portati dai sostituti procuratori assegnati a quella specifica Sezione.

⁴⁶ La Corte, ad esempio, afferma: "Se il giudizio non può essere sottratto alla cognizione del giudice naturale, individuato secondo regole generali prefissate dal legislatore, ancor prima il medesimo giudizio non può essere attribuito alla cognizione di un giudice costituito o designato in relazione ad una determinata controversia"; oppure ancora: "L'individuazione dell'organo giudicante deve, dunque, rispondere a regole e criteri che escludano la possibilità di arbitrio anche nella specificazione dell'articolazione interna dell'ufficio cui sia rimesso il giudizio, giacché pure nell'organizzazione della giurisdizione deve essere manifesta la garanzia di imparzialità".

⁴⁷ A. IACOBONI, *Precostituzione*, cit., 97.

⁴⁸ Svolgendo un'efficace sintesi del dibattito in materia di art. 25 Cost., l'Avvocatura dello Stato aveva affermato che "La norma denunciata [...] esclude che eventuali violazioni determinino una nullità assoluta, così evitando che vicende amministrative ed irregolarità formali incidano, in modo spesso imprevedibile, sulla validità dei processi. Ciò non significa che non debbano essere preordinate le tabelle per la ripartizione in sezioni degli uffici giudiziari, per la

Questo riferimento conclusivo dimostra tutta la ambiguità della sentenza in esame. Si deve infatti condividere quanto osservato da uno dei più autorevoli commentatori di questa decisione della Consulta⁴⁹, il quale ha riconosciuto che attraverso questo richiamo alla posizione dell'Avvocatura dello Stato (in verità soltanto parziale) la Corte costituzionale, da una parte, sembra ricollegarsi a quella dottrina che aveva sostenuto che l'art. 33, comma 2, c.p.p. andasse interpretato in modo da riconoscere la nullità assoluta soltanto nel caso in cui la violazione delle regole del diritto tabellare si rivelasse direttamente in contrasto con l'art. 25 Cost.⁵⁰ (sulla scorta di quanto già affermato nelle relazioni ai progetti del codice di rito), ma dall'altra incorre in un grave "paradosso" in quanto, mentre "da un punto di vista teorico il principio di precostituzione sembra progressivamente consolidare il suo ruolo di norma attributiva di un diritto costituzionale garantito a tutti i cittadini che siano parti in un processo", "da un punto di vista pratico", invece, "esso finisce di fatto per esprimere nulla più che una norma organizzativa priva di sanzione" cedendo così ancora una volta il passo "alle presunte esigenze di efficienza e buon andamento" in omaggio alle quali l'art. 33, comma 2, c.p.p. era stato previsto dal legislatore, ma la cui prevalenza determina ineluttabilmente delle indubbie "battute di arresto [...] verso una completa attuazione dell'art. 25 Cost."⁵¹.

3.4. Nonostante le notevoli criticità, questa sentenza interpretativa di rigetto della Consulta, unitamente alla costituzionalizzazione del principio del giusto processo nel nuovo art. 111 Cost., ha rappresentato un punto di riferimento utile da cui muovere per proporre una nuova interpretazione del combinato disposto degli articoli 33, comma 2, e 178 c.p.p. più adeguata al dettato costituzionale⁵². Tale occasione è stata colta in Cass. pen., Sez. I, sent. 7 maggio 2003, n. 27055, Solito.

formazione dei collegi giudicanti e per l'assegnazione degli affari penali, così come dispongono gli artt. 7-bis e 7-ter dell'ordinamento giudiziario [...]. Queste attività non assumono, tuttavia, diretto rilievo processuale, giacché la sanzione della nullità è riservata all'inosservanza delle disposizioni che dettano discipline prive di rilevanti momenti di discrezionalità. Tuttavia, se si verificano irregolarità formali che fanno escludere, in concreto, la precostituzione del giudice o che sono sintomo di una composizione dell'organo giudicante mirata in relazione ad un particolare processo, opererebbe direttamente l'art. 25, primo comma, della Costituzione. Difatti, ad avviso dell'Avvocatura, il concetto di capacità potrebbe essere ricostruito, ai fini della nullità prevista dall'art. 178 cod. proc. pen., comprendendo in esso il requisito della precostituzione del giudice, imposto dalla norma costituzionale. Se in concreto viene meno la precostituzione del giudice, sarebbe violata la garanzia dell'imparzialità e, mancando una delle condizioni di capacità del giudice, non troverebbe più applicazione l'art. 33, comma 2, cod. proc. pen."

⁴⁹ F. DAL CANTO, *Il principio di precostituzione del giudice: un diritto affermato ma non garantito*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/1998, 3608 ss.

⁵⁰ Per apprezzare la coincidenza tra la posizione dell'Avvocatura dello Stato e quella della dottrina a cui fa riferimento l'Autore (che rappresenta la fonte di fatto di tutta la giurisprudenza di legittimità successiva in materia) è sufficiente citare G. LATTANZI, *Il principio*, cit., 219: "Forse non è un male che nel nuovo codice i casi di nullità per i vizi di costituzione del giudice siano stati contenuti per evitare che vicende amministrative e irregolarità formali incidano, in modo molto spesso imprevedibile, sulla validità dei processi, ma proprio per questa ragione può diventare necessario individuare una nuova sfera di operatività diretta dell'art. 25 comma 1 Cost. per quei casi in cui le irregolarità fanno escludere la precostituzione o quanto meno costituiscono il sintomo che si è voluta realizzare una composizione personale dell'organo giudicante mirata in relazione ad un particolare processo. Il concetto di capacità del giudice ai fini dell'art. 178 lett. a) c.p.p. ben può essere ricostruito comprendendo in esso il requisito della precostituzione imposto dalla norma costituzionale, di modo che sia possibile ravvisare una nullità assoluta tutte le volte in cui attraverso la violazione delle disposizioni sulla destinazione dei giudici, la formazione dei collegi o l'assegnazione dei processi quel requisito venga meno. In un caso del genere non dovrebbe operare la regola di esclusione dell'art. 33 comma 2 c.p.p. perché la violazione delle disposizioni previste da tale comma assumerebbe rilevanza come causa di incapacità del giudice non di per sé ma per il tramite della norma costituzionale". In senso analogo si veda L. SALVATO, *L'organizzazione degli uffici giudiziari: «il sistema tabellare»*, in *Cassazione penale*, n. 3/1999, 1066.

⁵¹ F. DAL CANTO, *Il principio*, cit., 3618.

⁵² Un altro caso da segnalare è Cass. pen., Sez. I, sent. 11 giugno 1999, Manno commentata in C. CONTI, *Sistema tabellare*, cit., 1286 ss. in cui, al fine di evitare il nodo della interrelazione sistematica tra capacità del giudice e nullità processuali e quindi il combinato disposto degli articoli 33 e 178 c.p.p., la Corte di cassazione ha prospettato la

Il caso presentatosi davanti al Giudice della nomofilachia era il seguente: il Tribunale di Catanzaro aveva revocato alcune misure cautelari personali disposte da parte del Giudice per le indagini preliminari di Cosenza. Avverso le singole ordinanze proponeva ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Cosenza deducendo, per quanto qui interessa, la violazione degli articoli 178 lett. a) c.p.p. e 25 Cost. in quanto le decisioni in questione erano state assunte da un collegio giudicante appositamente costituito, previa adozione, da parte del Presidente della prima Sezione penale del Tribunale di Catanzaro, di un provvedimento al quale erano estranei tutti i giudici appositamente assegnati con specifica destinazione tabellare, nessuno dei quali risultava mancante o impedito, e previa fissazione di un'udienza straordinaria soltanto per l'esame delle predette richieste. In particolare “erano stati «applicati» al collegio il Presidente medesimo ed altri due giudici, non assegnati tabellarmente alle funzioni di riesame, [...] assegnazione motivata sul presupposto del «notevole carico di lavoro del collegio del riesame»”⁵³.

La motivazione della sentenza ha individuato immediatamente il proprio oggetto essenziale (“valutare se le specifiche censure mosse dal ricorrente si possono ricondurre nell'ambito degli articoli 178 lettera a) e 179 comma 1 c.p.p. – così come dedotto – ovverosia rientrano sempre in mere violazioni degli articoli 7-bis e 7-ter dell'ordinamento giudiziario, rispetto alle quali non si considerano attinenti alle capacità del giudice – e non sono pertanto suscettibili di essere sanzionate da nullità assolute -”) per poi affrontare, forte del nuovo secondo comma dell'art. 111 Cost. e delle “garanzie primarie ed insostituibili” di imparzialità e precostituzione del giudice da esso assicurate alle parti, la questione dello “sbarramento operato dal legislatore ordinario” attraverso l'art. 33, comma 2, c.p.p. Proprio in questo passaggio, dopo aver ricordato come l'origine della norma fosse legata al bilanciamento con gli interessi relativi alla efficienza e alla funzionalità della giustizia, il Giudice di nomofilachia ha evidenziato come la [sent. n. 419 del 1998](#) della Consulta non avesse escluso la possibilità di rimedi per le violazioni del sistema tabellare e come da ciò discendesse la necessità di capire quali violazioni di tale specifica manifestazione del diritto di cui all'art. 25 Cost. fossero idonee a causare la nullità e quali no, posto che “attribuire valore assorbente, in ogni caso, alla previsione di cui all'art. 33, comma 2, c.p.p.” sarebbe stato “in contrasto con gli stessi principi costituzionali sopra richiamati”.

Questo argomento rappresenta la premessa della conclusione della decisione, secondo la quale, in casi come quello alla attenzione della Corte, in cui si realizza la “costituzione di un giudice *ad hoc* per decidere su una determinata controversia”, si realizza quella che “deve ritenersi [...] una vera e propria lesione della condizione di capacità del giudice ravvisabile nella “imparzialità” degli organi giudiziari”. Infatti, aggiungeva la Corte al termine della sua motivazione, “se è vero che le violazioni poste in essere in materia “tabellare” non possono essere ricondotte nell'alveo delle nullità assolute – giusto lo specifico dettato dell'art. 33, comma 2, c.p.p. – è altrettanto vero che esistono e possono esistere atti e/o provvedimenti che solo formalmente sono riconducibili allo schema ora citato, ma che, invece, proprio perché realizzati al di fuori dello stesso, vanno qualificati come posti in essere *extra ordinem*, e, in quanto tali, rientranti nel novero di quelle nullità previste dagli articoli 178 n. 1 lettera a) e 179 comma 1 c.p.p. siccome in irriducibile contrasto con i precetti costituzionali in argomento” che essi “vulnerano [...] stravolgendo le regole di ordinamento giudiziario”.

Questo è il principio di diritto che, rompendo con la precedente granitica giurisprudenza di legittimità in materia grazie a una corretta valorizzazione del dettato costituzionale novellato, ha reso questa decisione l'oggetto di un importante dibattito giuridico.

“opportunità di applicare le norme riguardanti l'incompatibilità (art. 34), l'astensione (art. 36) e la ricusazione (art. 37)”. Per un approfondimento di questa apertura rimasta isolata si veda A. IACOBONI, *Prestituzione*, cit., 155 ss.

⁵³ A. MARI, *L'applicazione di magistrati può compromettere il processo. La violazione dei criteri tabellari quale causa di nullità*, in *Diritto e giustizia*, 2003, n. 28, 8 ss.

In particolare, sono state mosse due critiche fondamentali alla sentenza in esame: la prima è quella di aver rotto “l’assetto sistematico del codice e il suo collegamento funzionale tra sanzione processuale e capacità del giudice”; la seconda è quella di non aver configurato e delineato “con certezza il quadro di riferimento cui ancorare la sanzione della nullità”⁵⁴ (il che contrasterebbe in modo intollerabile con quel principio di tassatività che regola questa sanzione e realizzerebbe il pericolo denunciato dalle relazioni precedenti al codice di rito⁵⁵). A queste contestazioni si è però replicato prontamente.

Per quanto concerne la prima critica, infatti, è stato osservato (con una efficacia che merita un richiamo per esteso) che essa rischia “di compromettere una importantissima evoluzione della giurisprudenza, attenta come raramente in precedenza accaduto ad un profilo di *garanzia* connessa al principio costituzionale del giudice naturale inteso come *persona fisica* e non ufficio giudiziario, appiattendo così ancora una volta l’interprete su una interpretazione ossificata della scelta fatta nel 1988 con l’art. 33 cpv cpp, come relativa a qualsiasi violazione concernente l’organizzazione tabellare degli uffici giudicanti”. Sempre in questa direzione è stato poi aggiunto che, pur essendo i pericoli prospettati “sicuramente reali”, sussistono “altrettanto gravi pericoli che si annidano in una valutazione delle violazioni della tabella tutta inscritta nella logica degli *interna corporis*, come *cosa dei giudici e basta*, che può condurre ad avallare manipolazioni di ogni tipo degli organi giudicanti (e se nessun giudice protesta....nulla succede), sottovalutando in tal modo il profondo attentato alle garanzie di parti e imputati che si possono così perpetrare e l’effetto di corrompimento generale che si crea (tanto in chi viene prescelto *ad hoc* quanto in chi subisce la sostituzione), le derive sostanzialiste che si potrebbero sviluppare nelle prassi degli uffici, e così via”⁵⁶.

Per quanto concerne la seconda critica, invece, è stato proposto di riconoscere rilevanza *ex art.* 178 c.p.p. esclusivamente alla violazione di “disposizioni che dettano discipline prive di rilevanti momenti di discrezionalità”, in quanto questo criterio avrebbe consentito nel caso concreto di sanzionare “il vero motivo giuridico per poter dire che il provvedimento era fuori dalla procedura tabellare”: l’aver post-costituito “un collegio *ad hoc* composto da tre supplenti [...] in aperta violazione dell’art. 97, co. 4, ordinamento giudiziario e 25 Costituzione”⁵⁷.

Questi discorsi, però, non esplicitano e non valorizzano quella che è la vera rivoluzione di paradigma in materia di azionabilità del diritto al giudice naturale compiuta da questa sentenza. Essa, infatti, ponendo rimedio al grave errore metodologico compiuto dalla Corte costituzionale nella [sent. n. 419 del 1998](#) (che aveva rovesciato il meccanismo dell’interpretazione conforme, adeguando l’art. 25 Cost. al dettato codicistico e non viceversa⁵⁸), grazie al nuovo disposto dell’art. 111 Cost. ha chiaramente definito un nuovo modello costituzionale di capacità del giudice in cui l’imparzialità del medesimo (inteso come singolo magistrato) viene ricompresa a pieno titolo nella capacità di esercizio processualmente rilevante con tutto ciò che ne consegue in termini di

⁵⁴ G. DIOTALLEVI, *Quale sanzione per le violazioni del sistema tabellare?*, in [Questione Giustizia](#), n. 5/2003, 1086-1087.

⁵⁵ In senso analogo si veda A. MARI, *L’applicazione*, cit., 8 ss. che conclude il proprio commento evidenziando che “l’individuazione della linea di confine tra questi provvedimenti, in realtà, appare estremamente difficile. In effetti, la violazione dei criteri tabellari in materia di assegnazione degli affari viene sempre a produrre, come conseguenza, che un determinato procedimento venga conosciuto da un organo differente rispetto a quello che avrebbe dovuto trattare l’affare a seguito della corretta applicazione delle regole interne”.

⁵⁶ C. VIAZZI, *Ancora sul problema della sanzione processuale in caso di violazioni tabellari*, in [Questione Giustizia](#), n. 4/2004, 612.

⁵⁷ C. VIAZZI, *Ancora sul problema*, cit. 618. Questo criterio ha il merito di affrontare il problema che le relazioni precedenti alla riforma del 1988 avevano individuato come centrale per la materia in esame.

⁵⁸ Tale errore emerge al punto 5 del *considerato in diritto* della [sent. n. 419 del 1998](#) della Corte costituzionale da quella che può essere definita la frase-manifesto della decisione: “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”.

sanzionabilità *ex art. 178 c.p.p.* Enucleato questo concetto chiave, è necessario aggiungere che, se all'indomani della sentenza in esame sono rimaste delle incertezze in merito alla linea di confine che separa le violazioni del diritto tabellare processualmente rilevanti da quelle irrilevanti, queste possono riguardare esclusivamente le manifestazioni della capacità specifica del giudice diverse da quella decisa nel caso di specie in relazione alla formazione dei collegi (e quindi la destinazione dei giudici agli uffici e la assegnazione degli affari). Per quanto concerne tale tema, infatti, il significato del concetto di provvedimento "*extra ordinem*" che realizza uno "stravolgimento delle regole di ordinamento giudiziario" in "irriducibile contrasto con i precetti costituzionali in argomento" è assolutamente palese rispetto alla questione giuridica trattata dalla Corte di cassazione. L'applicazione realizzata nel caso in esame, invero, non solo non è conforme a quella prevista dall'art. 110 r.d. 30 gennaio 1941 n. 12, che disciplina l'istituto dell'applicazione agli uffici, ma rappresenta un'applicazione *ad processum* che, in quanto tale, realizza una lesione diretta dell'art. 25 Cost. per almeno due motivi autoevidenti: innanzitutto perché, determinando la costituzione - formazione *ex post* di un collegio *ad hoc* per uno o più affari determinati, essa rovescia la logica di un ordinamento in cui, come confermato proprio dall'art. 33, comma 2, c.p.p., sono gli affari che vengono assegnati a collegi precostituiti secondo la legge e non viceversa, come invece avviene nel caso di specie e in tutti i casi di applicazioni *ad processum*; ma soprattutto perché il provvedimento in esame soltanto in una prospettiva nominalista e formalista può essere definito una "applicazione" *ex art. 110*, ma in sostanza esso si traduce in un "commissariamento" del singolo affare da parte del dirigente dell'ufficio giudiziario che è talmente anomalo e abnorme rispetto al significato dell'art. 25 Cost. da non potersi considerare giustificabile, nell'ordinamento costituzionale odierno, da nessuna autorità e da nessuna motivazione⁵⁹ cosicché esso deve essere considerato "al di fuori" del sistema tabellare stesso.

3.5. Nonostante il momento di rottura rappresentato dalla sentenza n. 27055/2003 della Corte di cassazione e l'indicazione da parte sua tanto di un nuovo modello costituzionale di capacità del giudice quanto di una forma tipica di violazione del precetto di cui all'art. 25 Cost., questa importante apertura in favore di una interpretazione forte del diritto al giudice naturale e della sua azionabilità è stata vanificata dalla giurisprudenza di legittimità successiva che non solo non ha recepito o approfondito le novità della decisione esaminata, ma, al contrario, ha arginato la sua spinta garantistica erigendole intorno un muro insuperabile di sentenze di rigetto e di inammissibilità.

Il consolidamento di questa giurisprudenza può essere suddiviso in due fasi.

La prima fase, immediatamente successiva all'*affaire* Solito, è quella che, nonostante il numero limitato di casi trattati, ha posto le basi del diritto vivente successivo. Le sentenze che si sono succedute nel corso di questo periodo, invero, hanno immediatamente colto e affrontato il problema,

⁵⁹ In questa prospettiva il carattere *extra ordinem* della violazione della norma sembra essere il risultato di una lacuna del diritto positivo, che ricomprende all'interno di un'unica disposizione, l'art. 110, due istituti che, per la propria posizione rispetto all'art. 25 Cost., dovrebbero essere disciplinati in due articoli distinti. La possibilità di una applicazione *ad processum*, desumibile soltanto con importanti forzature dall'eccezione prevista dall'ultimo comma dell'art. 110, ha causato in questo senso problemi notevoli. Fortunatamente, proprio l'attività paranormativa del C.S.M. ha posto rimedio all'incertezza causata dalla lacuna citata. Oggi, infatti, l'unica ipotesi in cui questo atto è considerato legittimo all'interno dell'ordinamento è quella, recentemente disciplinata dalla circolare 20 giugno 2018 n. 1135 in materia di "supplenze, assegnazioni, applicazioni e magistrati distrettuali per assicurare il regolare svolgimento della funzione giurisdizionale in presenza di difficoltà organizzative", relativa a procedimenti in avanzato stato di istruttoria dibattimentale che devono essere portati a termine a seguito di trasferimento ad altro ufficio o ad altra posizione tabellare del magistrato competente. In questi casi, non infrequenti nella prassi, proprio per salvaguardare il principio del giudice naturale di cui all'art. 25 Cost. e quello di immediatezza di cui all'art. 6 C.E.D.U. (nonché per evitare il rischio di rinnovazioni dell'istruttoria dibattimentale *ex art. 525 c.p.p.*) si è deciso di ammettere l'utilizzabilità di tale istituto, ma è evidente che qualunque deviazione sarebbe soggetta alle criticità evidenziate a alla conseguente dichiarazione di nullità.

segnalato dalla dottrina già analizzata, relativo alla individuazione dei criteri utili a stabilire la soglia della rilevanza processuale delle violazioni in materia di capacità specifica del giudice e di sistema tabellare. A tal proposito è possibile affermare che dalla giurisprudenza di legittimità sono emersi essenzialmente due criteri, uno oggettivo e uno soggettivo.

Il primo criterio discrimina sulla base della natura della norma violata⁶⁰ e stabilisce che solo “la violazione di norme di legge, che dettano le fondamentali regole di vita e di funzionamento dell'ordinamento giudiziario”, nega la capacità del giudice in quanto si configura tale “da stravolgere principi e canoni essenziali” di tale sistema normativo, mentre la irregolarità amministrativa è in sé “inidonea ad incidere” in tal senso in quanto “non determina una fuoriuscita dal quadro ordinamentale tracciato dal legislatore” dal momento che le suddette disposizioni regolano gli “aspetti più minuti e particolari dell'ordinamento stesso”⁶¹. Rispetto a tale criterio deve peraltro essere evidenziato come non sia chiara la sua vincolatività: diverse decisioni successive, infatti, valorizzando l'impostazione sostanziale del caso Solito, lasciano intendere implicitamente che anche le disposizioni amministrative potrebbero configurare un vizio analogo quando integranti “situazioni *extra ordinem*, caratterizzate dall'arbitrio nella designazione del giudice e realizzate al di fuori di ogni previsione tabellare, proprio per costituire un giudice *ad hoc* [...] dinanzi alle quali non può più affermarsi che la decisione della regiducanda è stata emessa da un giudice precostituito per legge”⁶².

Il criterio soggettivo, invece, riprendendo quanto affermato nella relazione al progetto preliminare delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario, stabilisce che le

⁶⁰ Tale criterio è stato sviluppato per la prima volta in Cass. pen., Sez. VI, sent. 14 luglio 2005, n. 27856. Il caso di specie riguardava una eccezione di nullità relativa a una ordinanza cautelare. In particolare, essa si fondava sul rilievo che tale ordinanza “era stata emessa dal Presidente della Sezione GIP dott. B., nonostante che la titolarità del procedimento appartenesse alla dott.ssa F. C., in evidente violazione delle norme tabellari che prevedevano come legittimi sostituti del suddetto giudice la dott.ssa M. ed in seconda istanza la dott.ssa T. escludendo la capacità sostitutiva del Presidente della Sezione GIP”. Essa, inoltre, nel rinviare alla sentenza del caso Solito, rilevava che il Tribunale del riesame aveva “rigettato l'eccezione senza motivazione alcuna, negando l'esistenza di elementi da cui desumere una volontà di sottrazione del procedimento al giudice titolare, ignorando che tale volontà”, aggiungeva però il ricorrente, si sarebbe espressa “nella effettiva sottrazione del procedimento in contrasto con le disposizioni tabellari e richiamando impropriamente il periodo feriale”. È interessante osservare come nel *considerato in diritto* la motivazione dia atto della replica del Presidente della Sezione GIP: “a questa Corte è stato trasmesso il decreto 7 agosto 2004 del Presidente della Sezione GIP con il quale questi ha provveduto all'assegnazione a se medesimo del procedimento nei confronti del C., in sostituzione della dott.ssa C., motivando tale sua determinazione con la considerazione che la titolare “è impossibilitata a far fronte alla richiesta (di misura cautelare n.d.e.) in quanto da tempo impegnata nella tenuta di udienze preliminari con aggravio di sentenze da depositare in termine” e che “nel corrente periodo feriale la turnazione dei giudici con cadenza settimanale preclude altra sostituzione, tanto più che il giudice è destinato alla trattazione degli affari urgenti sopravvenienti sicché è impossibile assicurare in altro modo l'urgente deposito dei provvedimenti cautelari”. In senso analogo si veda Cass. pen., Sez. III, sent. 18 luglio 2012, n. 4841, che riguarda l'ennesimo tipico caso di applicazione *ad processum* finalizzato a consentire la conclusione di un dibattimento da parte di un giudice, il Presidente del collegio (redattore della sentenza), *medio tempore* trasferito presso il Tribunale di Rieti.

⁶¹ La motivazione evidenzia come “la violazione di disposizioni amministrative possa avere effetti dannosi sul corretto funzionamento dei delicati meccanismi ordinamentali ed assumere rilievo sotto più aspetti, compreso quello disciplinare, ma non possa sortire l'effetto di stravolgere le regole basilari dell'ordinamento dettate dalla legge”.

⁶² Questa differente visione emerge per la prima volta in Cass. pen., Sez. VI, sent. 4 maggio 2006, n. 33519 in relazione a un caso in cui un provvedimento di stralcio, successivo alla richiesta di giudizio abbreviato, avrebbe trasmesso gli atti a un collegio determinato. In base alla stringata ricostruzione del fatto operata nella sentenza, il ricorrente avrebbe eccepito in particolare la “inoppugnabilità” del suddetto provvedimento senza esprimersi in merito al rispetto del sistema tabellare. Il passaggio dal quale si evince la differenza evidenziata nel testo è in particolare quello in cui si afferma che “l'inosservanza delle disposizioni riguardanti la destinazione interna dei giudici e la distribuzione degli affari, può incidere sulla costituzione e sulle condizioni di capacità del giudice, determinando la nullità di cui all'art. 33 c.p.p., comma 1, non in caso di semplice inosservanza di disposizioni amministrative richiamate dall'art. 7 ter dell'ordinamento giudiziario in tema di assegnazioni o di sostituzioni, ma solo quando si determini uno stravolgimento dei principi e canoni essenziali dell'ordinamento giudiziario”. A prescindere dall'inciso sulle “semplici inosservanze”, infatti, l'utilizzo iniziale di un concetto neutro come quello di “disposizioni” sembra deporre a favore di un ambito di rilevanza delle violazioni tabellari più ampio rispetto a quello delle sole norme di legge.

irregolarità in materia tabellare “incidono sulla capacità del giudice [...] solo quando commesse allo scopo di eludere o violare il principio del giudice naturale precostituito per legge”. Se tale principio sembra invero risentire molto del caso concreto dal quale è emerso (una tipica ipotesi di applicazione *ad processum* finalizzata a consentire la conclusione del dibattimento iniziato dal giudice naturale⁶³ e quindi esattamente opposta rispetto al caso Solito, che ha imposto questa specificazione proprio per evitare che un approccio formalista potesse condurre fino al paradosso la lettera del principio affermato nella sentenza 7 maggio 2003 n. 27055), esso deve essere così esplicitato a causa della generalizzazione che ha conosciuto in quella seconda fase della giurisprudenza di legittimità in materia di capacità specifica del giudice che giunge sino ad oggi.

Come emerge dalle decisioni pronunciate durante quest'ultimo gradino dell'evoluzione del diritto vivente⁶⁴, infatti, il Giudice di nomofilachia ha cercato di sommare questi criteri al fine di trarne un unico e complessivo modello di violazione del diritto tabellare processualmente rilevante idoneo a essere applicato in via generale a tutte le manifestazioni della capacità specifica di cui all'art. 33, comma 2, c.p.p.

Dopo un primo tentativo in questo senso in Cass. pen., Sez. V, sent. 14 maggio 2015, n. 47190⁶⁵, il Giudice di nomofilachia è giunto da ultimo a una sintesi sufficientemente ordinata nella recentissima ed estremamente importante pronuncia relativa al disastro ferroviario di Viareggio:

⁶³ La sentenza in questione è Cass. pen., Sez. I, sent. 5 aprile 2006, n. 16214. Il caso è quello di una Corte d'assise d'appello che aveva dichiarato la nullità della sentenza di primo grado a causa della doppia applicazione del Presidente e del giudice *a latere* in quanto il contrasto con l'art. 110, comma 7, dell'ordinamento giudiziario (che “prevede espressamente che “non può far parte di un collegio giudicante più di un magistrato applicato”) avrebbe impedito la regolare composizione del collegio ai sensi dell'art. 33, comma 1, c.p.p.

⁶⁴ Senza pretese di completezza (che è praticamente impossibile garantire a causa della estrema genericità con cui le questioni processuali in esame sono state ricostruite nelle rispettive pronunce), si rinvia alle seguenti decisioni: Cass. pen., Sez. VI, sent. 15 novembre 2012, n. 46244 (il caso riguarda quella che viene descritta come una generica violazione tabellare, relativa alla “assegnazione” di un magistrato da parte di un Presidente facente funzioni); Cass. pen., Sez. VI, sent. 14 gennaio 2013, n. 727 (il caso riguarda la proroga del trattenimento di un migrante presso il locale centro di identificazione ed espulsione disposta da un giudice onorario e non da un giudice professionale con conseguente violazione del D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51 e della circolare del Consiglio Superiore della Magistratura 26 luglio 2008, relativa alle tabelle 2009-2011, che espressamente esclude l'attribuibilità ai g.o.t. di affari in materia di immigrazione); Cass. pen., Sez. Fer., sent. 1-29 agosto 2013, n. 35279 (il caso riguarda l'applicazione del Presidente di un Tribunale collegiale oltre i termini massimi stabiliti dalle tabelle del C.S.M. per i casi di trasferimento presso altro ufficio al di fuori del distretto di provenienza); Cass. pen., Sez. VI, sent. 4 luglio 2013, n. 39239 (il caso, in cui non si contesta la violazione dell'art. 33 ma in cui vengono richiamati i relativi principi, riguarda una dichiarazione di astensione non trasmessa al Presidente della Corte d'appello); Cass. pen., Sez. VI, sent. 12 marzo 2015, n. 13833 (il caso riguarda un provvedimento di “riassegnazione” di un procedimento adottato dal Presidente dell'Ufficio GIP-GUP nei confronti del magistrato assegnatario ad altro ufficio giudiziario a seguito del suo trasferimento); Cass. pen., Sez. IV, sent. 12 maggio 2017, n. 35585 (in questo caso, relativo al naufragio della Costa Concordia, il ricorrente “lamenta che il processo a suo carico è stato celebrato da una Sezione della Corte d'appello [...] diversa da quella tabellarmente competente” nonché “da un collegio costituito *ad hoc* [...] senza ragioni eccezionali tali da giustificare la deroga”); Cass. pen., Sez. II, sent. 22 gennaio 2018, n. 9051 (il caso riguarda la scelta “non casuale” di affidare un processo ad un determinato Presidente di collegio); Cassazione penale, Sezione quinta, sentenza 11 gennaio 2018, n. 10100 (il caso riguarda l'applicazione *ad processum* di un magistrato che aveva seguito l'istruttoria dibattimentale fino al momento della sua assegnazione a funzioni civili, applicazione che era stata disposta dopo il mancato consenso della difesa alla rinnovazione degli atti mediante lettura, il quale era stato manifestato solo dopo che era stata modificata la composizione del collegio); Cass. pen., Sez. VI, sent. 15 maggio 2019, n. 43548 (il caso riguarda la designazione di un Presidente di collegio motivata dal Presidente del Tribunale con il fine di evitare future incompatibilità del giudice che sarebbe stato competente, ma che rivestiva anche il ruolo di Presidente della Sezione delle misure di prevenzione); Cass. pen., Sez. VI, sent. 18 luglio 2019, n. 51126 (il caso riguarda l'applicazione di due giudici protrattasi oltre il termine stabilito senza alcun provvedimento di rinnovo); Cass. pen., Sez. II, sent. 13 settembre 2019, n. 51197 (il caso riguarda una asserita violazione del combinato disposto dell'art. 5, comma 4, d. lgs. n. 159/2011 e dell'art. 7-bis, comma 2-sexies, r.d. 30 gennaio 1941 n. 12).

⁶⁵ La sentenza in questione riguarda il caso di un collegio il cui Presidente, una volta trasferito ad altro ufficio, è stato sostituito da un giudice onorario, che avrebbe assunto la funzione di giudice *a latere* al di fuori di ogni criterio tabellare.

Cass. pen., Sez. IV, sent. 8 gennaio 2021 (dep. 6 settembre 2021), n. 32899. Depurando tale arresto dalle particolarità del caso concreto, essa può essere così riportata: le irregolarità in tema di destinazione dei giudici agli uffici giudiziari e alle sezioni, di formazione dei collegi e di assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici “incidono sulla capacità del giudice, con conseguente nullità ex art. 178 c.p.p., lett. a), solo quando hanno per scopo l'elusione o la violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge [...], ossia quando risultino o siano comprovate situazioni *extra ordinem*, caratterizzate dall'arbitrio nella designazione del giudice e prodottesi al di fuori di ogni previsione tabellare, proprio per costituire un giudice “*ad hoc*”, situazioni dinanzi alle quali non può più affermarsi che la decisione della regiudicanda è stata emessa da un giudice precostituito per legge [...]. Occorre, pertanto, che si determini uno stravolgimento dei principii 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”. Rispetto a questo punto, inoltre, la motivazione ha specificato che in merito al significato del concetto di stravolgimento “non deve trattarsi dell'ordinario esercizio sia pure erroneo - dei poteri che la legge riconosce ai dirigenti, ma del perseguimento di finalità estranee agli scopi per i quali sono attribuiti quei poteri, al quale viene asservito il loro cattivo esercizio”, il che, “volendo mutuare categorie usuali al diritto amministrativo”, significa “parlare di sviamento di potere, giacché il potere organizzativo viene esercitato per scopi diversi da quelli che gli sono tipici”⁶⁶.

Pertanto, ammettendo esclusivamente a fini di chiarezza esplicativa che tutti i momenti di attuazione della capacità specifica del giudice possano sottostare a questo regime uniformante⁶⁷, è possibile affermare che, affinché possa dichiararsi una nullità ex art. 178, comma 1, lett. a) c.p.p. per violazione diretta dell'art. 25 Cost., risulta necessario provare la configurazione dei criteri emersi già durante la prima fase di sviluppo della giurisprudenza di legittimità in materia, integrati, da una parte, dalla tipizzazione di alcune violazioni che si presumono rilevanti (come quelle relative alla titolarità del potere di assegnazione degli affari in capo ai dirigenti degli uffici e all'obbligo di motivazione dei provvedimenti) e, dall'altra, dalla previsione dello sviamento di potere quale modello teorico utile a definire lo “stravolgimento dei principi e dei canoni essenziali dell'ordinamento giudiziario”, la cui esplicitazione costituisce la grande novità della decisione del 2021 da ultimo citata.

Ricostruito il modello elaborato dalla giurisprudenza di legittimità, sarebbe agevole criticarlo innanzitutto segnalandone la totale disorganicità in astratto, che rende difficile la stessa distinzione tra requisito oggettivo e soggettivo, ma soprattutto evidenziando che la diretta conseguenza di questo disordine è, in concreto, l'impossibilità conclamata della prova della nullità⁶⁸, determinata

⁶⁶ Il caso concreto dal quale muove Cass. pen., Sez. IV, sent. 8 gennaio 2021, n. 32899 è complesso ed è legato alla riorganizzazione degli uffici giudiziari disposta con il d.lgs. n. 155/2012. In sintesi, esso verte intorno a un decreto adottato dal Presidente della Sezione penale del Tribunale di Lucca attraverso il quale quest'ultimo si è discostato, senza rispettare le procedure stabilite, da quanto previsto da un precedente decreto di variazione tabellare del Presidente del medesimo Tribunale (il n. 15 del 5 aprile 2013) determinando così l'assegnazione dell'affare in esame ad un nuovo collegio, istituito a seguito della riorganizzazione degli uffici già citata, anziché a quello originariamente competente. La Corte, pur riconoscendo la sussistenza di inosservanze del diritto tabellare, le ha definite “minime deviazioni”.

⁶⁷ L'opinione di chi scrive è che sarebbe necessario tipizzare le violazioni dei diversi momenti di attuazione della capacità specifica del giudice previsti dall'art. 33, comma 2, c.p.p., come avvenuto nella sentenza n. 27055/2003. Tuttavia, la tendenza riscontrabile nella giurisprudenza di legittimità è quella esattamente opposta consistente nella generalizzazione delle formule elaborate in quella decisione a tutti i casi sottoposti all'attenzione della Corte di cassazione, con tutto ciò che ne consegue in termini di possibili sovrapposizioni e confusione.

⁶⁸ In relazione a questo punto è evidente come il nesso inscindibile tra il diritto alla tutela giurisdizionale in senso stretto e il diritto di difesa inteso come “difesa delle proprie ragioni” (così come declinato in [Corte cost. sent. n. 125 del 1979](#), secondo cui la “essenziale finalità” del “testo complessivo dell'art. 24 Cost., nella successione dei vari commi, [...] è quella di garantire a tutti la possibilità di tutelare in giudizio le proprie ragioni”) avrebbe dovuto suscitare dubbi di legittimità costituzionale rispetto a questa materia in forza di quel principio affermato dalla Consulta secondo cui la azionabilità dei diritti fondamentali non deve essere mai resa tanto difficile da vanificarne la previsione. In tal senso si

tanto dall'indeterminatezza del primo requisito quanto dalla diabolicità del secondo, dato che, all'indomani dell'introduzione del discorso sullo sviamento di potere, esso costringe di fatto la parte che voglia censurare la violazione del proprio diritto al giudice naturale, non solo a eccepire la volontà del dirigente di eludere il principio costituzionale (e quindi la sua parzialità), ma a sfiorare i confini della contestazione degli elementi tipici del delitto di abuso d'ufficio⁶⁹. Tutti questi ragionamenti cedono però il passo di fronte a un argomento di prioritaria importanza che è stato introdotto proprio dall'ultima sentenza relativa al disastro ferroviario di Viareggio: la doverosa comparazione con gli ultimi approdi della giurisprudenza europea in materia, rispetto ai quali, asserisce il Giudice della nomofilachia, la giurisprudenza di legittimità italiana "appare in linea".

4. Le novità introdotte dalla più recente giurisprudenza europea in materia di rule of law.

È opportuno impostare l'analisi della giurisprudenza sovranazionale cominciando dal diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in quanto è proprio in questo livello del sistema europeo che è stato pronunciato il maggior numero di decisioni in materia di giudice naturale.

4.1. Nel dicembre 2020, inoltre, la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha colto l'occasione rappresentata dal caso *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*⁷⁰ (sentenza del primo dicembre 2020 definita "storica" dallo stesso Presidente della Corte europea⁷¹) per riordinare la propria

veda, *ex multis*, [Corte cost. sent. n. 142 del 2009](#) nella parte in cui afferma: "L'effettività dei diritti fondamentali, tra i quali va certamente annoverato il diritto di difesa di cui all'art. 24, secondo comma, Cost., viene meno non soltanto se le norme vigenti consentono che sia radicalmente impedito il loro esercizio, pur formalmente riconosciuto, ma anche se è possibile che si creino, senza la previsione di adeguati rimedi, situazioni tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio stesso. Solo in assenza di tali efficaci rimedi, desumibili dal sistema processuale vigente, questa Corte dovrebbe intervenire per ripristinare, anche con una pronuncia additiva, la tutela del diritto illegittimamente compresso". Tale orientamento riecheggia chiaramente il principio tipico dei sistemi di *common law* per cui "*there is no right without an effective remedy*".

⁶⁹ Sulla discussa rilevanza penale dello sviamento di potere (e in particolare sull'importanza dei margini di discrezionalità del pubblico ufficiale) si veda M. BENUSI, *Art. 323*, in E. Dolcini, G. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, Milano, Tomo II, 2021, 948 ss.

⁷⁰ Il caso del ricorrente (d'ora in poi G.A.A.) è in sé abbastanza banale (trae origine da una violazione del codice della strada) ma si colloca all'interno della ben più complessa cornice del sistema giudiziario islandese, che ha conosciuto negli ultimi decenni una notevole evoluzione per la ricostruzione nel dettaglio della quale si rinvia alla sentenza nonché a N. PENATI, *L'independent and impartial tribunal established by law: una nuova portata precettiva per l'art. 6 CEDU (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, ric. n. 26374/2018, 1° dicembre 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland)*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2021, che ne ha ricostruito il significato a livello europeo. Per quello che qui interessa la doglianza relativa alla violazione del diritto al *tribunal established by law* riguarda l'*appointment* di uno dei giudici (A.E.) che hanno condannato il ricorrente dinnanzi alla neoistituita Corte d'appello islandese. Nonostante "*appointment*" si traduca letteralmente "nomina", sembra possibile ricomprendere l'atto oggetto della decisione della Corte di Strasburgo nella nozione di "destinazione agli uffici" di cui all'art. 33, comma 2, c.p.p. in quanto la persona che ha partecipato alla procedura per diventare membro nel nuovo ufficio era già un giudice di professione (§§ 182 - 294) e disponeva quindi di quella che nell'ordinamento italiano si definisce la capacità di esercizio generica della funzione giurisdizionale. Inoltre, se anche si reputasse questa analogia non valida, sarebbe possibile evidenziare che è la sentenza stessa al § 234 a specificare che le garanzie che devono proteggere il diritto al giudice naturale valgono tanto per la fase della nomina quanto per l'esercizio della funzione. Su tale punto si tornerà però nelle conclusioni.

⁷¹ R. SPANO, *The rule of law as the lodestar of the European Convention of Human Rights: the Strasbourg Court and the independence of the judiciary*, in *European Law Journal*, 2021, pagina 7 della versione tradotta da M. Durante, in [Giustizia Insieme](#), 23 marzo 2021. A conferma dell'importanza del cambiamento determinato dalla sentenza in esame si veda anche M. LELOUP, *Who Safeguards the Guardians? A Subjective Right of Judges to their Independence under Article 6(1) ECHR*, in *European Constitutional Law Review*, Cambridge University Press, 27.

giurisprudenza in materia di “*tribunal established by law*”⁷² nonché per introdurre alcune novità essenziali per stabilirne il significato esatto. Pertanto, pur con tutta la dovuta prudenza legata alle peculiari caratteristiche delle decisioni di Strasburgo, questa pronuncia rappresenta la prospettiva ideale per realizzare quella comparazione che la Corte di cassazione italiana ha proposto nella sua ultima decisione facendo riferimento esplicito proprio al caso islandese qui in commento.

La prima parte del *Court’s assessment* si è caratterizzata per una ricostruzione generale del diritto in esame in chiara continuità rispetto alla propria giurisprudenza passata.

Prima di tutto, la sentenza ha specificato che la nozione autonoma di “*tribunal*” è caratterizzata, nel suo senso sostanziale, dall’esercizio della funzione giurisdizionale, consistente nel decidere questioni di sua competenza sulla base di norme giuridiche e al termine di procedimenti condotti nel modo prescritto soddisfacendo ulteriori requisiti quali l’indipendenza, l’imparzialità e altri. Dopodiché la sentenza ha riaffermato che, in materia di “*tribunal established by law*”, la “legge” di cui all’articolo 6 § 1 C.E.D.U. non involge soltanto la base legale dell’esistenza del tribunale ma anche la composizione di ciascun collegio per ogni procedimento, con la conseguenza per cui esso non riguarda soltanto l’istituzione e la competenza degli organi giudiziari ma anche e con uguale forza tutte le altre disposizioni di diritto interno la cui inosservanza rende irregolare la partecipazione di uno o più magistrati all’esame di un determinato affare (§223)⁷³. In questo senso, a differenza di quanto sostenuto dal Governo islandese, essa ha chiarito con notevole fermezza che il principio in esame deve essere interpretato come se la Convenzione proteggesse un “*tribunal in accordance with the law*” dal momento che tale esegesi è coerente con l’oggetto e la finalità della disposizione e delle altre esigenze di ordine istituzionale che devono essere rispettate dal *tribunal* e dalle quali non vi è ragione di discostarsi (§229). Infine la decisione ha ribadito che il “*tribunal established by law*” riflette il principio della *rule of law* e intende pertanto proteggere la magistratura contro illegittime influenze esterne, in particolare dell’esecutivo, ma che possono provenire anche dal potere legislativo nonché dallo stesso potere giudiziario (§226)⁷⁴, ipotesi, quest’ultima, su cui la Corte di Strasburgo non si è soffermata a causa delle peculiarità del caso concreto in esame, ma che in passato aveva approfondito specificando che nei sistemi di civil law il principio del giudice naturale è finalizzato ad assicurare che l’organizzazione del sistema giudiziario non possa essere lasciata né nel presente né nel futuro alla discrezionalità delle autorità giudiziarie⁷⁵.

La seconda parte del *Court’s assessment*, invece, addentrandosi progressivamente nelle particolarità del caso concreto, si è caratterizzata per l’introduzione di significative novità finalizzate a realizzare la *mission* che il Giudice di Strasburgo si è dato con questo *leading case*: determinare quando le irregolarità relative all’*appointment* di un giudice, allegare in relazione a un affare determinato, sono di tale gravità da privare la parte del proprio diritto al *tribunal established by law* (§ 235).

Dopo aver esordito interrogandosi sulla opportunità di sanzionare con un automatismo qualunque irregolarità in materia, la Corte ha risposto negativamente in forza della constatazione

⁷² Per la ricostruzione del suo significato da parte della dottrina si vedano J. P. COSTA, *Qu’est-ce qu’un tribunal établi par la loi?*, in *Fair Trial: Regional and International Perspectives, Liber Amicorum Linos-Alexandre Sicilianos*, Anthemis, 2020, 101 ss.; V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2019, 219 ss; P. CONCOLINO, *Art. 6*, in F. Viganò, G. Uberris (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, 138 ss.

⁷³ La Corte ha così confermato quanto precedentemente sostenuto nei casi Lavents c. Lettonia, 2003 § 114, Richert c. Polonia, 2012 § 41, Posokhov c. Russia, 2003 § 39, Fatullayev c. Azerbaijan, 2010 § 144, Kontalexis c. Grecia, 2011 § 42, Buscarini c. San Marino 2000 nonché in Pandjikidzé e altri c. Georgia, 2010 § 104 e Gorguiladzé c. Georgia, § 68.

⁷⁴ La Corte ha così confermato quanto affermato nei casi Richert c. Polonia, 2012, § 42 e Coëme e altri c. Belgio, 2000, § 98 in cui si aggiungeva che il principio assicura anche che il sistema giudiziario sia regolato dalla legge approvata dal Parlamento.

⁷⁵ Si vedano i casi Gorguiladze c. Georgia, 2010 § 69; Coëme e altri c. Belgio, 2000 §§ 98 - 107; Savino e altri c. Italia, 2009 § 94.

per cui il principio della *rule of law*, di cui il diritto al giudice precostituito per legge costituisce espressione, ricomprende al suo interno altri importanti principi che possono essere, sì complementari rispetto a quello in esame, ma che possono al contempo risultare con esso in conflitto e quindi oggetto di bilanciamento (significativo rispetto alla prospettiva italiana è che tale ponderazione sia stata prospettata soltanto in relazione a beni che vengono tassativamente indicati e considerati di pari rango: la certezza del diritto e l'inamovibilità dei giudici - §236 -).

Il Giudice di Strasburgo ha ritenuto opportuno, pertanto, predisporre un test che costituisca la solida base per guidare la Corte stessa e i giudici nazionali nella valutazione innanzitutto su quali irregolarità verificatesi in un caso determinato siano di sufficiente gravità da comportare una violazione del diritto al *tribunal established by law*, ma anche nel giudizio sulla equità e sulla proporzionalità del bilanciamento tra i suddetti diversi principi realizzato dalle autorità degli Stati membri (§243). Esso si articola in tre passaggi: I) il primo consiste nella verifica formale del carattere manifesto della violazione del diritto nazionale, che deve quindi essere oggettivamente e genuinamente individuabile come tale (§244)⁷⁶; II) il secondo consiste nella verifica sostanziale della offensività della violazione rispetto all'oggetto e allo scopo del diritto al giudice naturale, ragione per cui non è sufficiente una irregolarità di natura puramente tecnica, essendo invece necessaria, per superare la soglia della rilevanza, una violazione che si traduca in una totale inosservanza delle regole fondamentali in materia o che indebolisca il fine e gli effetti del principio (e quindi la sua capacità di assicurare al giudice le condizioni per svolgere i suoi doveri libero da influenze indebite in modo da preservare la *rule of law* e la separazione dei poteri dello Stato) (§246); III) il terzo ed ultimo consiste infine nella verifica del controllo esercitato dai giudici nazionali, che si traduce anche nell'accertamento ad opera della Corte dell'adeguata valutazione degli standard della Convenzione da parte delle corti interne (§248 ss.).

In forza di questo test la Grande Camera ha riconosciuto all'unanimità che nel caso concreto vi è stata una violazione dell'art. 6 § 1 C.E.D.U.⁷⁷. Tuttavia, come emerge dal dispositivo, una questione di ordine generale ha diviso i giudici di Strasburgo: la questione dell'autonomia del diritto al giudice naturale precostituito per legge. La Corte ha infatti riconosciuto espressamente che, pur esistendo una relazione estremamente stretta tra precostituzione, indipendenza e imparzialità dei giudici (§231) giustificata dal comune obiettivo di sostenere i principi fondamentali della *rule of law* e della separazione dei poteri in modo da preservare la fiducia del pubblico nel sistema giudiziario e di salvaguardare la sua indipendenza (§233)⁷⁸, tale connessione non oscura la specifica funzione di ciascun diritto, ma serve soltanto a rafforzarli reciprocamente, cosicché è possibile definire il diritto al giudice naturale come un "*stand-alone right*" (§231 ss.). Eppure, se è vero che questo argomento decisivo è stato condiviso dalla maggioranza dei giudici di Strasburgo⁷⁹

⁷⁶ È però la stessa Corte a specificare nel paragrafo successivo che la mancanza di tale carattere manifesto non pregiudica definitivamente la configurabilità di una violazione del diritto *al tribunal established by law*.

⁷⁷ In particolare, la Corte di Strasburgo ha rilevato che, pur avendo il Ministro della Giustizia il potere di discostarsi dalle indicazioni del Comitato di valutazione dei candidati alla nuova Corte d'appello islandese, egli non ha rispettato la regola procedurale fondamentale che lo obbliga a fondare le proprie decisioni su valutazioni e accertamenti sufficienti, prevista al fine di non ledere l'indipendenza e la legittimazione dell'ufficio giudiziario neoistituito (§288).

⁷⁸ Per una panoramica della giurisprudenza in materia di indipendenza delle corti si veda G. RAIMONDI, *L'indipendenza delle corti nel diritto costituzionale, comparato ed europeo: la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, M. Bassini (a cura di), *Corti europee e democrazia*, Bocconi, Milano, 2019, 77 ss.

⁷⁹ Si veda R. SPANO, *The rule of law*, cit., 14-15 nella parte in cui definisce quello di cui all'art. 6 § 1 C.E.D.U. come un "diritto autonomo [...] premessa strutturale per il godimento del generale diritto ad un equo processo" che, proprio in quanto "autonomo e componente fondamentale del *rule of law*, crea una incontestabile presunzione di ingiustizia di quei procedimenti giudiziari in cui ha preso parte il giudice nominato illegittimamente" limitando ai casi di "conflitto sostanziale" con i principi della certezza del diritto e dell'inamovibilità dei giudici l'operatività della seconda fase del test. In una prospettiva parzialmente analoga si veda anche J. P. COSTA, *Qu'est-ce qu'un tribunal*, cit., 105-106 in cui il Presidente emerito della Corte di Strasburgo afferma che le tre garanzie previste all'inizio dell'art. 6 sono "*distinctes et complémentaires*".

consentendo così alla Corte di non pronunciarsi tanto sulle doglianze relative alla indipendenza e all'imparzialità quanto sulla complessiva equità del procedimento in esame (§295), una parte di questi ha invece negato tale natura di requisito autonomo che potrebbe attribuirgli di fatto un carattere assoluto ignoto alla giurisprudenza della Corte E.D.U. in materia di giusto processo (§21). In questa prospettiva, i magistrati dissenzienti hanno rilevato in particolare l'incompatibilità di tali caratteri con la previsione di un test finalizzato a distinguere le violazioni rilevanti da quelle irrilevanti, che proprio nel suo secondo step, secondo la loro ricostruzione, sembra alludere alla necessità di far valere il legame con i requisiti dell'indipendenza e dell'imparzialità (§23)⁸⁰.

Secondo questi giudici, invero, tale contestazione troverebbe sostegno nella sentenza del 26 marzo 2020 pronunciata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in relazione al caso E. Simpson c. Consiglio dell'Unione europea che rappresenta l'ultima evoluzione di una giurisprudenza che la custode della legalità eurounitaria ha sviluppato nella direzione della difesa di quel valore fondativo dell'Unione che è, *ex art. 2 T.U.E.*, lo Stato di diritto e di quella che viene ormai definita la costruzione dei "caratteri comuni dell'ordinamento giudiziario europeo"⁸¹, la cui importanza ai fini del discorso sulla tutela giurisdizionale del diritto al giudice naturale nell'ordinamento italiano è tale da meritare di essere sinteticamente ripresa.

4.2. Come è noto, questa giurisprudenza si è sviluppata a partire dalla sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea il 27 febbraio 2018 in merito al caso Associação Sindical dos Juizes Portugueses contro Tribunal de Contas. In tale decisione è stato infatti affermato per la prima volta il principio di diritto secondo cui lo Stato membro "deve garantire" che il giudice che può pronunciarsi su questioni riguardanti l'applicazione o l'interpretazione del diritto dell'Unione "soddisfi i requisiti inerenti a una tutela giurisdizionale effettiva, conformemente all'articolo 19, paragrafo 1, comma 2, T.U.E." e quindi, di conseguenza, "l'indipendenza di detto organo", la quale, essendo una garanzia "intrinseca alla funzione giurisdizionale", "si impone non soltanto a livello dell'Unione [...] ma anche a livello degli Stati membri, per i giudici nazionali" in quanto primi custodi del diritto dell'Unione attraverso quel meccanismo di cooperazione giudiziaria che è il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 T.F.U.E.*, il cui "buon funzionamento" si realizza soltanto se esso "può essere attivato [...] da un organo [...] che soddisfi, segnatamente, tale criterio di indipendenza".

Una volta enucleati questi principi di diritto, nonostante i rischi potenzialmente derivanti per lo *status quo* europeo dall'introduzione di quello che era apparso immediatamente come un "*federal standard*"⁸² in una materia, quale l'organizzazione giudiziaria, tradizionalmente riservata alla competenza degli Stati, la custode della legalità eurounitaria ha provveduto a consolidarne le fondamenta più delicate per la sua valorizzazione: la questione dell'ambito applicativo dell'art. 19 T.U.E. e quella della definizione del modello europeo di indipendenza dei giudici.

⁸⁰ Gli ultimi due paragrafi citati riguardano la *dissenting opinion* dei giudici O'Leary, Ravarani, Kucsko-Stadlmayer And Ilievski a pagina 127 della sentenza. In senso opposto si connotano, invece, le opinioni concorrenti del giudice Pinto De Albuquerque, che spinge sul carattere assoluto del diritto e delle sue violazioni evocando la teoria dei frutti dell'albero avvelenato (in forza della quale sarebbero viziati tutti gli atti compiuti dal giudice illegittimamente nominato), e quella del giudice Serghides, che invoca addirittura l'inesistenza dei suddetti atti in quanto posti in essere da un non giudice (ragione questa che avrebbe dovuto indurre la Corte a dichiarare la questione relativa all'indipendenza e all'imparzialità semplicemente inammissibile).

⁸¹ Si veda C. MICHELINI, *La Corte di Giustizia Ue costruisce i caratteri comuni dell'ordinamento giudiziario europeo*, in [Questione Giustizia](#), 8 gennaio 2020.

⁸² In tal senso si veda L. D. SPIEKER, *From Moral Values to Legal Obligations – On How to Activate the Union's Common Values in the EU Rule of Law Crisis*, 2018, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2018-24*, 12.

Per quanto concerne il primo punto, fin dalle sentenze del 24 giugno e del 5 novembre del 2020⁸³, la Corte di Giustizia ha affermato un principio di autonomia dell'ambito di applicazione dell'art. 19 T.U.E. In particolare, valorizzando il suo rapporto diretto con l'art. 2 T.U.E., in quanto esso "concretizza il valore dello Stato di diritto" (§47), ed emancipandolo dagli articoli 47 e 51 C.D.F.U.E., in quanto esso "riguarda i «settori disciplinati dal diritto dell'Unione», indipendentemente dalla situazione in cui gli Stati membri attuano tale diritto" (§50), i giudici del Lussemburgo hanno stabilito che esso opera ogniqualvolta un organo nazionale è "idoneo a pronunciarsi, in qualità di organo giurisdizionale, su questioni riguardanti l'applicazione o l'interpretazione del diritto dell'Unione e rientranti dunque in settori disciplinati da tale diritto" (§ 51), obbligando gli Stati membri anche quando questi ultimi esercitano le proprie competenze, come nel caso dell'organizzazione della giustizia (§52). Questo è il passaggio cruciale di tutta la giurisprudenza eurounitaria in esame in quanto, superando il confine rappresentato dalle situazioni puramente interne ai singoli Stati, ha segnato il punto in cui la Corte di Giustizia ha optato per una interpretazione non formale dell'art. 19 T.U.E. e della nozione di "settori disciplinati dal diritto dell'Unione" che le ha consentito, da una parte, di affermare la suddetta autonoma applicabilità di tale disposizione e, dall'altra, grazie alla valorizzazione dell'art. 2 T.U.E.⁸⁴, di attrarre al suo interno il principio dell'indipendenza dei giudici⁸⁵, ponendo così le basi per la giustiziabilità da parte sua di un modello europeo sostanziale di Stato di diritto che essa stessa si è incaricata di definire (e che spinge in particolare "la procedura di infrazione verso un sindacato "costituzionale" delle legislazioni statali"⁸⁶).

Per quanto concerne il secondo punto, invece, lo schema di riferimento può essere tratto dalla prima auspicata⁸⁷ e poi criticata⁸⁸ sentenza del 19 dicembre 2019 che la Corte di Giustizia ha pronunciato nel caso A.K. contro Krajowa Rada Sądownictwa in relazione ad alcuni rinvii pregiudiziali sollevati da giudici polacchi. Questa decisione, infatti, come emerge dal suo dispositivo, si è contraddistinta per aver innalzato il requisito della indipendenza dei giudici a questione di prioritaria importanza, che i giudici del Lussemburgo devono risolvere autonomamente rispetto alle altre che le sono sottoposte, tanto è vero che la dottrina europea ha iniziato da allora a parlare di "A.K. test". Chiarito questo, la sentenza, dopo aver ribadito il legame di tale requisito con il diritto fondamentale a un equo processo e l'importanza della C.E.D.U. e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha definito il modello eurounitario di indipendenza dei giudici sia a livello sostanziale che formale.

In relazione al primo livello, in particolare, la sentenza in esame ha richiamato la tradizionale distinzione tra l'aspetto esterno dell'indipendenza (che "richiede che l'organo interessato eserciti le sue funzioni in piena autonomia, senza essere soggetto ad alcun vincolo gerarchico o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte, con la conseguenza di essere quindi tutelato dagli interventi o dalle pressioni esterni idonei a

⁸³ Entrambe le sentenze sono state pronunciate a seguito di ricorsi per inadempimento *ex art.* 258 T.F.U.E. proposti dalla Commissione europea contro la Repubblica di Polonia. I paragrafi citati nel proseguo del testo si riferiscono alla prima decisione del 24 giugno 2020.

⁸⁴ Si è molto vicini a quella diretta applicabilità dei valori di cui all'art. 2 T.U.E. di cui parla A. VON BOGDANDY, *Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law Research Paper No. 2019-14*, 24.

⁸⁵ Si veda G. PITRUZZELLA, *Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, M. Bassini (a cura di), *Corti europee e democrazia*, Bocconi, Milano, 2019, 11.

⁸⁶ M. CARTA, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito all'inadempimento agli obblighi previsti dagli articoli 2 e 19 TUE: evolutionary or revolutionary road per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea?*, in *Eurojus*, 2020, 20.

⁸⁷ Si veda M. KRAJEWSKI, *The AG Opinion in the Celmer Case: Why the Test for the Appearance of Independence is Needed*, in [Verfassungsblog](#), 5 luglio 2018.

⁸⁸ Si veda P. FILIPEK, *Only a Court Established by Law Can Be an Independent Court*, in [Verfassungsblog](#), 23 gennaio 2020.

compromettere l'indipendenza di giudizio dei suoi membri e a influenzare le loro decisioni", § 121) e l'aspetto interno della stessa (che "si ricollega alla nozione di imparzialità e riguarda l'equidistanza dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi riguardo all'oggetto di quest'ultima" e "impone il rispetto dell'obiettività e l'assenza di qualsivoglia interesse nella soluzione da dare alla controversia all'infuori della stretta applicazione della norma giuridica", § 122).

In relazione al secondo livello, invece, la decisione ha ricordato che le garanzie di indipendenza e di imparzialità "presuppongono l'esistenza di regole, relative in particolare alla composizione dell'organo, alla nomina, alla durata delle funzioni nonché alle cause di astensione, di ricusazione e di revoca dei suoi membri, che consentano di fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità di detto organo rispetto a elementi esterni e alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti" (§123).

È a questo punto dell'evoluzione della giurisprudenza eurounitaria che è intervenuta la sentenza del caso E. Simpson c. Consiglio dell'Unione europea⁸⁹, prima decisione della Corte di Giustizia relativa al diritto della persona a un giudice precostituito per legge ad avere riflessi in materia penale e costituzionale⁹⁰. Essa, collocandosi nel solco delle decisioni appena analizzate e attingendo alla giurisprudenza di Strasburgo in materia di giudice naturale (in particolare la prima sentenza del caso G.A.A.), ha affermato il principio per cui "un'irregolarità commessa in occasione della nomina dei giudici in seno al sistema giudiziario di cui trattasi comporta una violazione dell'articolo 47, secondo comma, prima frase, della Carta, in particolare quando tale irregolarità sia di natura e gravità tali da generare un rischio reale che altri rami del potere, in particolare l'esecutivo, possano esercitare un potere discrezionale indebito tale da mettere in pericolo l'integrità del risultato al quale conduce il processo di nomina, così suscitando un dubbio legittimo nei singoli quanto all'indipendenza e all'imparzialità dei giudici interessati, il che avviene qualora vengano in rilievo norme fondamentali che costituiscono parte integrante dell'istituzione e del funzionamento di detto sistema giudiziario".

Se tale riferimento a indipendenza e imparzialità è stato utilizzato dai giudici dissenzienti del caso G.A.A. per insinuare dubbi su ipotetiche zone d'ombra della sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo, esso deve essere considerato esclusivamente come un tentativo di opporsi alla nuova impostazione proposta dalla decisione della Grande Camera. In questo senso, però, esso risulta non soltanto destituito di ogni fondamento (come conferma il suo essere stato immediatamente smentito nella recentissima sentenza del caso Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia del 7 maggio 2021), ma anche non pertinente nel riferimento alla sentenza Simpson se è vero, come è vero, che la giurisprudenza della Corte E.D.U. in materia di giusto processo rappresenta per la custode della legalità eurounitaria il *minimum standard* che essa ha l'obbligo giuridico di non conculcare (si veda da ultimo § 118, sentenza A.K.).

Di conseguenza, l'unica certezza emergente tanto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo quanto da quella di Lussemburgo è che esse hanno affermato in modo inequivocabile la propria idoneità a pronunciarsi ogniqualvolta si configuri una violazione del diritto al giudice naturale precostituito per legge nei singoli ordinamenti nazionali nella sua configurazione minima elaborata dalla Grande Camera nel caso Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda assicurando così una gamma di nuovi e importanti rimedi alla persona parte di un procedimento penale italiano, quali il ricorso diretto alla Corte di Strasburgo e la questione pregiudiziale *ex art. 267 T.F.U.E.*

⁸⁹ La sentenza è stata commentata da M. LELOUP, *The appointment of judges and the right to a tribunal established by law: The ECJ tightens its grip on issues of domestic judicial organization: Review Simpson*, in *Common Market Law Review*, Wolters Kluwer, 2020.

⁹⁰ Tale conclusione è confermata dalla rilevazione della mancanza di "precedenti specifici in sede penale" effettuata in V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino, 2020, 226.

5. *Conclusioni: un nuovo modello di diritto al giudice naturale precostituito per legge e di capacità del giudice, la sua tutela giurisdizionale e la dignità dell'ordine giudiziario.*

Alla luce della ricostruzione delle interpretazioni del principio del giudice naturale nel sistema giuspolitico europeo del 2021 dovrebbe essere emerso chiaramente che sarebbe sufficiente una comparazione tra la giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo così come recepita anche dai giudici del Lussemburgo e quella della Corte di cassazione penale italiana per riconoscere il contrasto insanabile tra i dogmi professati da quest'ultima e i principi esplicitati dalla prima, in particolare per quanto concerne la riferibilità del diritto di cui all'art. 25 Cost. al singolo magistrato persona fisica. Tuttavia, al fine del definitivo superamento delle “disastrose conseguenze” che l'art. 33, comma 2, c.p.p. ha determinato “per il principio di legalità nella costituzione degli organi giurisdizionali”⁹¹ dell'ordinamento repubblicano italiano, è necessario concentrarsi sulle ragioni originali di questo abuso della funzione nomofilattica e dell'ultima parola a esclusivo vantaggio dei capi degli uffici giudiziari.

In tale prospettiva, risulta decisiva la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso G.A.A. Questo arresto della Grande Camera, infatti, lungi dall'apparire “in linea” con la giurisprudenza di legittimità, contiene delle considerazioni di ordine sistematico che sono idonee non solo a demolire le colonne portanti dell'impostazione del codice di rito italiano difese dal Giudice di nomofilachia e legittimate dalla Consulta, ma soprattutto ad assicurare una rifondazione del discorso repubblicano sul giudice naturale e quindi sull'ordinamento giudiziario democratico.

Invero, se a livello interno il diritto vivente ha imposto una concezione del valore di cui art. 25 Cost. debole, in quanto generica⁹² e relativa⁹³, e quindi regressiva e mortificante, la decisione della Corte di Strasburgo ha definito un nuovo modello minimo, costituzionale ed europeo di capacità del giudice fondata prioritariamente su una nuova visione proprio della precostituzione, che è stata finalmente consacrata come un valore autonomo e prevalente rispetto agli altri requisiti della nozione di *tribunal*, dotato di immediata e specifica rilevanza processuale a prescindere dalla fase in cui esso esprime la sua spinta garantista, sia essa la nomina del giudice o l'esercizio in concreto da parte sua della funzione giurisdizionale quando è parte di un collegio determinato per un determinato affare (§234).

Questa rivoluzione copernicana di paradigma realizzata dalla sentenza della Corte di Strasburgo, se in astratto consente di qualificare la precostituzione come una forma tipica, autonoma e prevalente di indipendenza oggettiva del giudice⁹⁴, in concreto trova una immediata traduzione nel discorso sulla azionabilità del diritto al giudice naturale.

Affinché questa innovazione possa produrre tutti i propri effetti in tale ambito è però necessario precisare che il riconoscimento di questa natura del principio in esame è a sua volta il risultato del fondamento del diritto di cui all'art. 25 Cost., non sul bene dell'imparzialità, che, come aveva

⁹¹ M. SCAPARONE, *Procedura penale*, Giappichelli, Vol. I, Torino, 104.

⁹² La concezione è generica poiché basata sulla rilevanza della titolarità della funzione giurisdizionale e sulla irrilevanza della costituzione del giudice nel singolo procedimento in base alle regole del sistema tabellare.

⁹³ La concezione è relativa perché dipendente tanto dall'interesse al buon andamento dell'amministrazione della giustizia quanto da quello all'imparzialità dell'organo giudicante complessivamente inteso, rispetto ai quali è di fatto subordinata.

⁹⁴ Questa nuova natura emerge in particolare dai paragrafi 233 e 234 della sentenza. In quest'ultimo la Corte di Strasburgo ha affermato, da una parte, che il giudizio relativo a una violazione del diritto al *tribunal established by law* deve indagare sistematicamente se l'irregolarità eccepita in un determinato caso sia di gravità tale da ledere i principi fondamentali della *rule of law* e della separazione dei poteri e da compromettere di conseguenza l'indipendenza della Corte in questione, e, dall'altra, che quest'ultima, nel suo essere un prerequisito dell'imparzialità, deve essere intesa innanzitutto in senso personale, come impermeabilità alle pressioni esterne, ma anche soprattutto in senso istituzionale come un insieme di disposizioni istituzionali e operative che devono assicurare una salvaguardia contro l'influenza indebita e/o la discrezionalità illimitata degli altri poteri statali tanto nella fase iniziale della nomina di un giudice quanto durante l'esercizio delle sue funzioni.

intuito [Corte cost. sent. n. 100 del 1981](#)⁹⁵, non è in grado di autogiustificarsi, bensì direttamente sul valore superprimario della *rule of law* e sulla sua immediata emanazione: quella dignità dell'ordine giudiziario che, vista dalla prospettiva particolare della magistratura, si manifesta come la “credibilità” o il “prestigio” della stessa⁹⁶, ma, vista dalla prospettiva generale dell'ordinamento repubblicano, si manifesta come la fiducia che il sistema giudiziario deve ispirare nei cittadini⁹⁷.

Questo fondamento, invero, è fonte di due indicazioni essenziali al fine di assicurare la massima espansione necessaria del diritto al giudice naturale e della sua azionabilità. La prima attiene al discorso sul bilanciamento in astratto del valore della precostituzione e rivela che esso può essere contemperato soltanto con beni che siano a loro volta estrinsecazione della *rule of law* quali certezza del diritto e inamovibilità dei giudici, con la conseguenza per cui deve ritenersi definitivamente dimostrata la totale e manifesta illegittimità del contemperamento operato dalla Corte costituzionale con l'interesse al buon andamento dell'amministrazione della giustizia, che anche nel più recente passato aveva trovato applicazione decisiva nelle più imprudenti pronunce della Corte di cassazione⁹⁸. La seconda, invece, attiene alla verifica della violazione della

⁹⁵ Si veda in particolare il punto 7 del *considerato in diritto* in cui si afferma: “I magistrati, per dettato costituzionale (artt. 101, comma secondo, e 104, comma primo, Cost.), debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità: nell'adempimento del loro compito. I principi anzidetti sono quindi volti a tutelare anche la considerazione di cui il magistrato deve godere presso la pubblica opinione; assicurano, nel contempo, quella dignità dell'intero ordine giudiziario, che la norma denunciata qualifica prestigio e che si concreta nella fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa”.

⁹⁶ Tale manifestazione rappresenta quella che può essere definita la dimensione aristocratica della dignità dell'ordine giudiziario e costituisce espressione dell'art. 104, comma 1, Cost.

⁹⁷ Tale manifestazione rappresenta quella che può essere definita la dimensione democratica della dignità dell'ordine giudiziario e costituisce espressione dell'art. 101 Cost. (e in particolare del suo troppo spesso sottovalutato primo comma). Deve essere inoltre precisato che la distinzione tra queste dimensioni rappresenta la rielaborazione della distinzione operata da Norberto Bobbio sulla base dei “principi di legittimazione del potere”. Il filosofo del diritto torinese distingue infatti tra principio autocratico e principio democratico, evidenziando che quest'ultimo è “quello per cui è legittimo il potere che riposa sul consenso in ultima istanza di coloro cui si rivolge”, mentre il primo è “quello per cui è legittimo il potere che deriva dalla superiorità [...] di colui che lo detiene”. Si veda P. Polito (a cura di), *Norberto Bobbio, Elementi di politica, Antologia*, Einaudi, Torino, 2010, 102.

⁹⁸ Il riferimento è alle più delicate decisioni del Giudice di nomofilachia in materia di capacità specifica del giudice: quelle relative al naufragio della Costa Concordia e al disastro ferroviario di Viareggio (che proprio in ragione della loro portata mediatica avrebbero richiesto la massima garanzia di indipendenza e imparzialità dei rispettivi giudici). In queste sentenze, infatti, la Corte di cassazione ha affermato l'irrelevanza processuale delle violazioni del diritto tabellare verificatesi (che essa stessa ha dovuto riconoscere) in forza dell'applicazione diretta dell'argomento della tutela del buon andamento dell'amministrazione della giustizia. In particolare: nel caso deciso nella sentenza n. 32899/2021 la Corte ha affermato che “le minime deviazioni” rispetto al sistema tabellare dovevano ritenersi giustificate “dall'intento di meglio perseguire il buon andamento del servizio”; nel caso deciso dalla sentenza n. 35585/2017, invece, essa ha affermato che la natura *extra ordinem* del provvedimento di assegnazione doveva considerarsi esclusa perché, nonostante il suo carattere “derogatorio”, esso avrebbe risposto alla “necessità organizzativa di comporre un collegio fisso per la trattazione (articolata attraverso più udienze) del processo di notevole importanza senza nocimento e ritardo nella celebrazione delle udienze ordinarie”. Proprio quest'ultima decisione rappresenta la manifestazione più nitida del carattere regressivo della concezione debole del diritto al giudice precostituito per legge: nella successiva sentenza n. 51197/2019, infatti, essa è stata citata come la prova in forza della quale deve escludersi la configurabilità della sanzione della nullità anche nel caso di un “collegio costituito *ad hoc* per assicurare la definizione del giudizio in un tempo ragionevole”, sancendo così espressamente la definitiva soppressione della spinta garantistica determinata dalla sentenza n. 27055/2003 (il cui passaggio più inequivocabile era sicuramente quello in cui si affermava, sulla scia di passaggi analoghi della giurisprudenza costituzionale, che la “costituzione di un giudice *ad hoc* per decidere su una determinata vicenda processuale” deve considerarsi indubitabilmente rilevante). Affinché si comprenda quale spirito e quale cultura della precostituzione hanno reso possibile la motivazione di quest'ultima decisione, deve essere segnalato che nel medesimo caso la Corte di cassazione ha giustificato il rigetto delle richieste delle parti volte ad ottenere i provvedimenti adottati in relazione alla composizione dei collegi “poiché le istanze non riguardavano atti di natura processuale e non erano inerenti alle questioni dibattute nel processo”, realizzando così il clamoroso paradosso per cui

concezione forte e specifica della precostituzione del giudice nel singolo procedimento e rivela che, essendo incontestabile che il sistema tabellare non solo non confligge, ma al contrario rafforza tanto la certezza del diritto quanto l'inarovibilità dei magistrati⁹⁹, il test trifasico elaborato nella decisione della Grande Camera troverà piena applicazione anche nell'ordinamento italiano con la conseguenza per cui, da una parte, saranno rilevanti le semplici violazioni manifeste del diritto interno in materia di giudice naturale (compreso quello tabellare e senza necessità di fare riferimento al valore dell'imparzialità) e, dall'altra, la Corte di Strasburgo potrà esercitare un controllo penetrante sulla motivazione dei giudici interni in merito alle eccezioni proposte dalle parti in materia.

Queste indicazioni sono importanti non solo perché consentono di superare quelle impossibili (e quindi odiose) prove di parzialità del capo dell'ufficio giudiziario e di sistematicità degli stravolgimenti realizzati dai suoi provvedimenti, ma soprattutto perché esse rivelano che la concezione forte e specifica del diritto al giudice naturale lo configura, nel momento in cui trova attuazione attraverso il sistema tabellare, come un diritto tendenzialmente assoluto¹⁰⁰, non soltanto in forza delle caratteristiche già descritte, ma anche poiché solo tale tratto distintivo può sostenere in astratto quella "incontestabile presunzione di ingiustizia" in concreto di cui ha parlato il Presidente della Corte di Strasburgo¹⁰¹, che nell'ordinamento italiano era già stata teorizzata trent'anni fa dalla dottrina più garantista¹⁰² e che può essere qui ridefinita, alla luce del discorso proposto, come una presunzione di incapacità che opera automaticamente anche in caso di una semplice apparenza che giustifichi il legittimo dubbio in merito alle condizioni del nuovo modello costituzionale ed europeo sopra descritto, in quanto l'inosservanza di quest'ultimo non ha portata limitata al caso concreto ma ha una rilevanza necessariamente generale¹⁰³ dettata dalla sua capacità di incrinare la fiducia che i consociati devono poter riporre nel sistema giudiziario.

da una parte si ammette in astratto la rilevanza processuale di provvedimenti compiuti al di fuori del sistema tabellare al fine di costituire un giudice *ad hoc* e dall'altra si negano gli strumenti difensivi per provare tale situazione.

⁹⁹ Il diritto tabellare assicura infatti la certezza della costituzione del giudice nel singolo procedimento evitando che il singolo magistrato possa essere rimosso dalla posizione che gli garantisce la conoscenza di uno specifico affare.

¹⁰⁰ Nella consapevolezza della difficoltà di una simile affermazione in un ordinamento costituzionale come quello italiano in cui, come affermato da [Corte cost. sent. n. 85 del 2013](#), nessun diritto è "tiranno", chi scrive ritiene possibile e utile citare a proprio sostegno una riflessione dell'illustre Redattore di tale fondamentale decisione. È stato infatti lo stesso Gaetano Silvestri ad affermare in materia di dignità umana che essa "non è suscettibile di riduzioni per effetto di bilanciamento in quanto è la bilancia medesima, il criterio di misura di tutti i principi e di tutti i diritti" (G. SILVESTRI, *La dignità umana dietro le mura del carcere*, in [Diritto penitenziario e Costituzione](#), 2014, 1) rendendo così evidente la prudenza con la quale deve essere letto il principio di diritto autorevolmente proclamato tanto a livello dottrinale quanto a livello giurisprudenziale nel precedente citato (basti pensare alle deroghe di fatto affermate, ad esempio, dall'art. 15 C.E.D.U. o dalla giurisprudenza costituzionale in materia di segreto di Stato per quanto concerne il valore superprimario della sicurezza). Per questo, riprendendo la metafora del Presidente emerito della Corte costituzionale, sembra possibile affermare che, se la dignità umana rappresenta effettivamente l'unità di misura utile per pesare interessi e valori negli ordinamenti occidentali, la bilancia (non bilanciabile) che in concreto rende possibile questa operazione è rappresentata dalle istituzioni che operano i contemperamenti nella realtà quotidiana, a cominciare da quell'ordine giudiziario, da quei giudici comuni indipendenti, imparziali e prima ancora precostituiti per legge, che rappresentano i primi custodi della legalità costituzionale e i primi controllori della ragionevolezza delle leggi, attraverso l'accesso ai quali si realizza quel diritto alla tutela giurisdizionale che identifica gli Stati costituzionali di diritto e che, non a caso, è stato a sua volta considerato assoluto (si veda in particolare la già citata [Corte cost. sent. n. 26 del 1999](#), nella parte in cui parla di "principio dell'assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale").

¹⁰¹ R. SPANO, *The rule of law*, cit., pagina 11 della versione tradotta da M. Durante, in [Giustizia insieme](#), 23 marzo 2021.

¹⁰² Si veda R. ROMBOLI, *Teoria e prassi del principio di precostituzione del giudice*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 3245 che già allora parlava di "presunzione assoluta di parzialità". Si vedano altresì F. DAL CANTO, *Il principio*, cit., 3610-3611 e A. PIZZORUSSO, *Presentazione*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66, 1993, 8.

¹⁰³ Questa prospettiva (evidenziata al §283 della sentenza della Grande Camera) giustifica il carattere assoluto della nullità, che non a caso è stato indirettamente sostenuto nella opinione parzialmente concorrente e parzialmente

Alla luce di tutto ciò, è possibile trarre due conclusioni.

La prima consiste nel necessario riconoscimento della struttura duale¹⁰⁴ del nuovo modello del diritto affermato dall'art. 25 Cost. così come definitivamente rivelato dall'attuale sistema costituzionale. Quest'ultimo, infatti, consente, da una parte, di prescindere totalmente da quell'endiadi "naturale" e "precostituito per legge" su cui la maggior parte della dottrina si è storicamente concentrata¹⁰⁵ e dall'altra, inoltre, di focalizzare l'attenzione, non sugli attributi del

dissenziente del giudice Pinto De Albuquerque e che, soprattutto, risulta confermato da un'analisi storica di tale sanzione processuale. Esso, infatti, si giustifica essenzialmente in quanto le nullità interessano "l'universalità degli individui che ubbidiscono al codice emanato" ed è per questo che, "nel silenzio stesso della parte, e del pubblico ministero, i giudici debbono dichiararle, e pronunciare in conseguenza ciò che è di ragione" poiché "niuna rinuncia è valida a nome della società" (E. DEZZA, «Justice n'est proprement autre chose que formalité». *La «selva delle nullità» dal codice Romagnosi al codice Rocco*, in L. Garlati (a cura di), *L'inconscio inquisitorio*, Giuffrè, Milano, 2010, 185-186). Questa è anche la ragione per cui l'argomento dell'*horror regressionis* (che era stato invocato al momento dell'approvazione del codice per giustificare l'art. 33 c.p.p. e per scongiurare pronunce della Corte di cassazione come quelle relative ai processi di Corte d'assise di cui si è scritto) non risulta spendibile in materia (per il concetto di *horror regressionis* si veda O. MAZZA, *Tradimenti di un codice*, Giappichelli, Torino, 2020, 96-104).

¹⁰⁴ Questa natura è riconosciuta, benché con significative differenze, da tutta la dottrina più autorevole che ha scritto in materia di giudice naturale: Alessandro Pizzorusso distingueva tra una "norma «sostanziale», che impone la precostituzione del giudice", e una "regola «formale», istitutiva di una riserva assoluta di legge in materia di competenza giudiziaria dalla quale deriva che il legislatore ed esso solo deve dettare i criteri in base ai quali stabilire quale giudice abbia ad occuparsi di ciascun affare" (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 585); inoltre, nel commentare una questione di legittimità costituzionale "esauriente e perspicua", egli ripropose anche una distinzione basata "sulla contrapposizione di un «contenuto positivo» del principio, «rappresentato dall'esigenza di predeterminazione dell'organo competente a conoscere tutta una serie di fattispecie astratte», e di un «contenuto negativo», conseguente al «divieto che l'ufficio competente sia individuato discrezionalmente a posteriori in relazione alla concreta regiudicanda»" (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 608-609); Roberto Bin ha sottolineato che "la dottrina e buona parte della giurisprudenza ordinaria hanno accreditato una lettura intransigente dell'art. 25 co. 1°, volta a valorizzarne la doppia valenza garantistica: anzitutto nei confronti delle parti processuali [...] ma poi anche nei confronti dello stesso giudice (R. BIN, *Art. 25*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, 179); Roberto Romboli ha parlato di "due diverse anime che il principio in esame ha mostrato fin dalle discussioni svoltesi all'Assemblea costituente: l'una rivolta verso il cittadino e tesa a garantirgli la certezza del giudice che lo dovrà giudicare (*rectius* la certezza che a giudicarlo non sarà un giudice della cui imparzialità, per il modo come è stato indicato, si può dubitare), l'altra relativa invece al giudice ed all'organizzazione giudiziaria" (R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, cit., 380); Nicolò Zanon ha scritto che "l'art. 25, comma 1, Cost. contiene a ben vedere due distinti concetti: da un lato esso identifica il c.d. giudice "naturale", dall'altro stabilisce che nessuno può essere sottratto alla competenza di tale giudice" (N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 222); Francesco Dal Canto ha invece individuato nel principio una "duplice valenza: da una parte, e principalmente, esso si sostanzia nella garanzia del cittadino ad avere un giudice individuato con modalità tali da assicurarne in linea di principio l'imparzialità; dall'altra, esso si traduce in una regola di natura organizzativa tesa a definire le procedure attraverso le quali si determinano e si compongono gli uffici giudicanti" (F. DAL CANTO, *Lezioni*, cit., 86). L'approfondimento più interessante in merito alla struttura duale del principio di cui all'art. 25 Cost. è però quella di Massimo Nobili che ha esplicitamente riconosciuto la "duplice natura che caratterizza l'art. 25" (il quale tutela un "duplice oggetto": "assicurare le parti dall'arbitrio e la magistratura da violazioni concrete della propria indipendenza interna" - M. NOBILI, *Art. 25, 1° comma*, cit., 156-157) osservando in particolare che esso contiene "due distinti comandi: infatti il participio passato («precostituito») rinchiede esso stesso un precetto. Chi eserciterà la funzione giudiziaria in rapporto ad ogni procedimento dev'essere sempre individuato dalla legge e, perciò, in via generale e astratta. È inoltre vietato distogliere le parti dall'organo così determinato" (M. NOBILI, *Art. 25, 1° comma*, cit., 136-137).

¹⁰⁵ La dottrina che ha analizzato questo principio ha privilegiato l'interpretazione che attribuisce a questo comando negativo la "funzione [...] di impedire che un certo affare giudiziario possa essere sottoposto alla decisione di un giudice diverso da quello che risulta dall'applicazione automatica di criteri precostituiti" (A. PIZZORUSSO, *Ordinamento giudiziario*, cit., 595-596), cioè una esegesi che focalizza ancora una volta la propria attenzione esclusivamente sul significato organizzativo del diritto, come dimostra il riferimento agli "affari" quale soggetto della subordinata. In questo modo però è stato trascurato il fatto che il divieto di distogliere deve essere inteso prima di tutto come diritto fondamentale dell'individuo parte del procedimento, il quale ha la pretesa negativa a non essere distolto dal suo giudice naturale precostituito per legge e quindi a non essere giudicato da un giudice diverso, costituito *ad hoc* e *post factum*, rispetto al quale sussisterebbe un legittimo dubbio di inadeguatezza.

sostantivo “giudice”, ma su quella dicotomia di predicati che la disposizione ha sempre contenuto, ma che oggi, grazie agli occhiali europei, può essere finalmente interpretata in modo nuovo.

Questa dicotomia invero, nel suo essere espressione del carattere complesso della identità sopraccitata¹⁰⁶, rivela ora in modo definitivo che il nucleo di tale diritto fondamentale è composto, non soltanto da quella pretesa positiva della persona parte del procedimento a che il proprio giudice sia “precostituito per legge”, che esprime quel “significato organizzativo”¹⁰⁷ del principio che ha trovato attuazione nel sistema tabellare, ma anche e soprattutto da una pretesa negativa dello stesso individuo a non “essere distolto” dal medesimo giudice che rappresenta invece l’espressione del significato eminentemente giurisdizionale, processuale, difensivo e quindi di parte del diritto sancito dall’art. 25 Cost. senza il quale ogni legge sull’ordinamento giudiziario ispirata al valore della precostituzione si dimostra, se non inutile, manifestamente inadeguata rispetto alla tutela dell’interesse-valore che la norma costituzionale intende proteggere.

Da tale struttura odierna del diritto di cui all’art. 25 Cost. discende quindi ineludibile, in forza della giurisprudenza delle Corti europee e della giurisprudenza della Corte costituzionale relativa al principio supremo dell’ordinamento di cui all’art. 24 Cost.¹⁰⁸, la necessità assoluta¹⁰⁹, da una parte, di superare la negata azionabilità di questo caposaldo della democrazia costituzionale e, dall’altra, quella di garantire una tutela giurisdizionale specifica ed effettiva¹¹⁰ del diritto al giudice naturale precostituito per legge di cui è titolare la persona parte di ogni procedimento giurisdizionale.

La seconda conclusione è quella che passa invece dal riconoscimento del dato di fatto per cui la rilevanza strategica del diritto al giudice naturale e della sua azionabilità non riguarda soltanto il sistema multilivello europeo di protezione dei diritti, ma anche l’ordinamento italiano nel suo complesso in cui, come è noto, la magistratura attraversa oggi la fase più delicata della sua storia repubblicana a causa di alcune vicende, rivelate da altrettante inchieste giudiziarie, che, per usare le parole del Presidente della Repubblica in veste di Presidente del C.S.M., “hanno gravemente minato il prestigio e l’autorevolezza dell’intero Ordine giudiziario”¹¹¹. Se le parole del capo dello Stato non

¹⁰⁶ Attraverso il riferimento alla identità complessa dell’endiadi sopraccitata si intende evidenziare che, se il giudice naturale è certamente solo quello precostituito per legge, lo sdoppiamento di questo unico concetto da parte della disposizione costituzionale è utile a distinguere le due proposizioni e quindi le due prescrizioni che compongono la norma e definiscono i diritti atomici da essa riconosciuti e protetti.

¹⁰⁷ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale*, cit., 222. Per un approfondimento sul carattere deleterio di una visione della magistratura come mera pubblica amministrazione burocratizzata e gerarchizzata si rinvia a G. NEPPI MODONA, *Quali giudici per quale giustizia nel ventennio fascista*, in L. Garlati (a cura di), *L’inconscio inquisitorio*, Giuffrè, Milano, 2010, 216.

¹⁰⁸ Per quanto attinente al diritto alla tutela giurisdizionale in senso stretto, sembra particolarmente importante riprendere il passaggio di [Corte cost. sent. n. 18 del 1982](#) in cui esso è stato ascritto “tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l’assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio”.

¹⁰⁹ Il riferimento è alla già citata [Corte cost. sent. n. 26 del 1999](#).

¹¹⁰ L’espressione è qui utilizzata nel senso emergente da L. COMOGLIO, *Art. 24, 1° comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981, 6 ss. nella parte in cui egli afferma che: “Al di là di ogni diatriba teorica, il problema cruciale dell’accesso alla giustizia sta, in ultima analisi, nell’«effettività» della tutela giudiziaria. Non basta riconoscere, in astratto, la «libertà di agire» e garantire a «tutti», almeno formalmente, l’occasione di esercitarla, proponendo al giudice la domanda di tutela. [...] Occorre, dunque, assicurare a qualsiasi individuo [...] la possibilità, seria e reale, di ottenere adeguata tutela dall’organo giurisdizionale adito”. Per una ricostruzione dell’affermazione del principio di effettività fino al secondo dopoguerra si veda P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1965, 420 ss. Importante è non confondere il discorso sulla effettività della tutela con quella della sua efficienza. In tal senso si veda M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Editoriale scientifica*, Napoli, 2014, 436 laddove l’Autore afferma che destano “perplexità quei passaggi [...] nei quali effettività e efficienza sembrano subire processi di sovrapposizione e di confusione”.

¹¹¹ Si veda *L’intervento del Presidente della Repubblica in occasione della cerimonia commemorativa del quarantesimo anniversario dell’uccisione di Nicola Giacumbi, Girolamo Minervini, Guido Galli, Mario Amato e Gaetano Costa e del trentennale dell’omicidio di Rosario Livatino*, in [Giurisprudenza penale](#), 18 giugno 2020.

consentono di sottovalutare l'importanza del momento né per quanto concerne la gravità della crisi di credibilità della magistratura né per quanto concerne la gravità dei dubbi che avvolgono il futuro delle garanzie di indipendenza e autonomia previste dalla Carta del 1948, diventa fondamentale impostare correttamente l'odierna questione giustizia da un punto di vista costituzionale e, in questo senso, il discorso sulla azionabilità del diritto al giudice naturale appare una chiave di lettura essenziale.

Invero, se è corretto quanto emerge dai principi affermati dalla giurisprudenza europea (ma anche dalle parole del Presidente della Repubblica¹¹²), e cioè che la questione della fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario è inscindibilmente legata alla capacità dei magistrati di garantire il giusto processo previsto dalla Costituzione nell'esercizio quotidiano della funzione giurisdizionale¹¹³, ciò significa che la credibilità dell'ordine giudiziario non è stata messa in dubbio in modo estemporaneo a causa di un fatto di cronaca giudiziaria, ma perché esso è intervenuto su una situazione in cui negli ultimi trent'anni, come dimostrato dalla storia della giurisprudenza in materia di art. 25 Cost., si è concretizzato quel pericolo di trasformazione dei giudici da garanti dei diritti a “padroni del diritto” che un Presidente emerito della Consulta aveva stigmatizzato come incompatibile con lo Stato costituzionale di diritto¹¹⁴.

Riconosciuta questa dimensione giurisdizionale, processuale e quindi eminentemente giuridica del discorso sulla fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario, risulta evidente che non solo in un ordinamento democratico contemporaneo quest'ultima non può essere ridotta a una questione di puro fideismo, a un *credere ut intelligere*, ma, al contrario, che tanto la lotta per la difesa della magistratura dalle minacce interne e da quelle esterne quanto quella per una concezione forte del diritto al giudice naturale convergono verso un unico rimedio, rappresentato da una inversione di rotta nella cultura della giurisdizione che emerga in modo apprezzabile dalle motivazioni delle sentenze (*intelligere ut credere*), come confermato anche da quella autorevole dottrina che ha recentemente ricordato che “contro le tentazioni involutive che sempre minacciano la figura del magistrato [...] il principale antidoto alla percezione della magistratura come una corporazione di potere, compattamente impegnata nella difesa dei suoi componenti e dei suoi privilegi”, è ancora rappresentato dalla “pratica della critica dei provvedimenti”¹¹⁵.

¹¹² Si legga in tal senso il messaggio del Presidente della Repubblica alle Camere tenuto in occasione della sua rielezione, in cui è stato affermato: “In sede di Consiglio Superiore ho sottolineato, a suo tempo, che indipendenza e autonomia sono principi preziosi e basilari della Costituzione ma che il loro presidio risiede nella coscienza dei cittadini: questo sentimento è fortemente indebolito e va ritrovato con urgenza. I cittadini devono poter nutrire convintamente fiducia e non diffidenza verso la giustizia e l'Ordine giudiziario” (si veda *Il messaggio del Presidente Mattarella alla nazione*, in [Questione Giustizia](#), 3 febbraio 2022).

¹¹³ Tale principio è confermato in M. N. PIKRAMENOS, *Public Confidence and the Judiciary in a Democratic Society*, in *Fair Trial: Regional and International Perspectives*, Liber Amicorum Linos-Alexandre Sicilianos, Anthemis, 2020, 422 che cita i risultati di uno studio realizzato dal *National Centre for State Courts* degli Stati Uniti per identificare i fattori che influenzano nel modo più diretto la fiducia del pubblico nelle corti. Questo studio ha accertato che tale grado di fiducia dipende più dalla equità della giurisdizione (“*judicial fairness*”) che da qualunque altro aspetto della performance dei tribunali. In particolare, esso ha sottolineato che, mentre la visione di giudici e avvocati dipende più dalla percezione della *fairness* dei risultati delle corti, la visione delle parti e del pubblico dipende dalla *fairness* della procedura giudiziaria, valore che il sondaggio definiva attraverso quattro criteri di cui il primo era rappresentato proprio dalla imparzialità delle corti stesse.

¹¹⁴ Si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1997, 208 ss.

¹¹⁵ L. FERRAJOLI, *Magistratura e democrazia*, in [Questione Giustizia](#), 28 luglio 2021. In senso analogo si veda anche M. N. PIKRAMENOS, *Public Confidence*, cit., 425-426 nella parte in cui cita il Report 2017-2018 dell'*European Network of Councils for the Judiciary* dedicato a “*Public Confidence and the Image of Justice*” in cui si afferma che “*Trust [...] must be earned in the way the Judiciary functions together with all other participants in the process*”. Da ultimo questo passaggio è stato citato anche in C. RIZCALLAH, V. DAVIO, *The Requirement that Tribunals be Established by Law: A Valuable Principle Safeguarding the Rule of Law and The Separation of Powers in a Context of Trust*, in *European Constitutional Law Review*, Cambridge University Press, 2022, 25 in cui si afferma che il principio del giudice naturale precostituito per legge “*has the potential to constitute the bedrock of this trust*”.

Pertanto, con la sentenza della Grande Camera di Strasburgo e con la giurisprudenza eurounitaria analizzate la lotta comune per la fiducia dei cittadini nella *rule of law* non ha trovato soltanto un punto di riferimento, ma un nuovo modello minimo, costituzionale ed europeo di diritto al giudice naturale precostituito per legge e di capacità del giudice. Di fronte ad esso la Corte di cassazione penale italiana ha, da una parte, la possibilità di cogliere tale opportunità quantomeno sollevando in modo rigoroso la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 33, comma 2, c.p.p., dall'altra, la possibilità di trincerarsi ancora una volta dietro il proprio potere e il proprio diritto mortificante. La grande novità odierna è data dal fatto che, però, se essa deciderà di non optare per la parola più ragionevole, dovrà, volente o nolente, sottostare all'ultima parola dei giudici europei con tutto ciò che potrebbe seguirne per la sua credibilità e per quella dell'intero ordine giudiziario in caso di condanna della Repubblica italiana per violazione del diritto al *tribunal established by law* e quindi dello stesso Stato di diritto.