



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI BARI  
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI  
DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN ECONOMIC AND  
LEGAL SYSTEMS: SOCIETY, ENVIRONMENT, CULTURES



## ANNALI 2014 – ANNO II

(ESTRATTO)  
ALBERTO VIRGILIO

*L'ambito applicativo dell'art. 37 comma 1 lett. b) c.p.p. alla luce della sentenza n.  
27813/2013*



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO,  
GIUSEPPE LABANCA, FRANCESCO MASTROBERTI,  
NICOLA TRIGGIANI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO,  
ANTONIO FELICE URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI,  
DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE FILIPPI, ARCANGELO FORNARO,  
IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,  
GIUSEPPE LOSAPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI,  
CONCETTA MARIA NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI,  
FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI, LAURA TAFARO,  
SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

STEFANO VINCI (COORDINATORE), AURELIO ARNESE,  
MARIA CASOLA, PATRIZIA MONTEFUSCO, ANGELICA RICCARDI,  
ADRIANA SCHIEDI, GIUSEPPE SANSEVERINO

---

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ,  
AMBIENTE, CULTURE

CONVENTO SAN FRANCESCO, VIA DUOMO, 259 - 74123 TARANTO, ITALY

E-MAIL: [FRANCESCO.MASTROBERTI@UNIBA.IT](mailto:FRANCESCO.MASTROBERTI@UNIBA.IT)

TELEFONO: + 39 099 372382

FAX: + 39 099 7340595

HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG



Alberto Virgilio

L'AMBITO APPLICATIVO DELL'ART. 37 COMMA 1 LETT. B) C.P.P.  
ALLA LUCE DELLA SENTENZA N. 27813/2013\*

<b>ABSTRACT</b>	
La Corte di cassazione, con la sent. n. 27813/2013, ha affrontato, sul piano interpretativo, la questione in merito alle nozioni di “convincimento” (art. 37 comma 1 lett. b) c.p.p.) e “parere” (art. 36 comma 1 lett. c); art. 37 comma 1 lett. a) c.p.p.), tracciando una linea di confine tra le due distinte ipotesi di manifestazione del pensiero ad opera del giudice. In particolare, la Corte ha attribuito al “convincimento” un ambito di operatività più ristretto rispetto al “parere”. Seguendo l’iter argomentativo della Corte di cassazione, il lavoro si prefigge lo scopo di analizzare gli aspetti essenziali posti a fondamento della soluzione adottata.	In judgment n. 27813/2013, the Supreme Court of cassation addressed, in terms of interpretation, the question of the meaning of “belief” (art. 37, sect. 1, par. B, Code of Criminal procedure) and “opinion” (art. 36, sect. 1, par. C, art. 37, sect. 1, par. A, Code of Criminal procedure), drawing a line between the two distinct expressions when used by the Court. In particular, compared to “opinion”, the Court has attributed to “belief” a narrower field of operations. Following the line of argument of the Court of cassation, the work aims to analyze the key issues forming the basis of the adopted solution.
<b>Indipendenza e imparzialità – astensione e ricusazione - nozioni di convincimento e parere</b>	<b>Independence and impartiality – abstention and recusal – notions of belief and opinion</b>

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I requisiti istituzionali del giudice. – 3. Gli istituti processuali deputati a garantire l'imparzialità del giudice. – 4. La prevedibile soluzione della Corte di Cassazione. – 5. Una riflessione conclusiva.

1. - La Corte di cassazione, con una sentenza<sup>1</sup> articolata quanto apprezzabile sotto il profilo argomentativo, ha affermato il rilevante principio di diritto secondo cui, ai fini di una legittima richiesta di ricusazione del giudice, alla base del “convincimento” ex art. 37 comma 1 lettera b) c.p.p. deve esserci una riflessione

\* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

<sup>1</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 11 giugno 2013 (dep. 25 giugno 2013), n. 27813, Pres. A. Esposito, Rel. S. Beltrami.

analitica sui fatti oggetto dell'imputazione. Sul piano interpretativo, dunque, la Suprema Corte ha voluto attribuire al "convincimento" un carattere maggiormente restrittivo rispetto all'ipotesi del "parere" - formulato in ordine all'oggetto del procedimento *ex art. 37 comma 1 lettera a) e 36 comma 1 lettera c) c.p.p.* - che invece presuppone un ragionamento non preceduto da una disamina incentrata sulla conoscenza dei fatti o degli atti specifici del processo. In questo modo la Corte di cassazione ha tracciato una chiara linea di confine tra le due ipotesi di espressione del pensiero ad opera del giudice.

In sostanza, la questione sollevata dalla difesa traeva linfa vitale dal particolare contenuto delle esternazioni del giudice riportate nel libro *Attentato alla Giustizia* e in alcune interviste pubbliche, recepite come "parere" specifico o, addirittura, vero e proprio "convincimento" in ordine ai fatti di cui all'imputazione.

La Suprema Corte, attraverso una diversa linea interpretativa, ha ritenuto che le argomentazioni sostenute dalla difesa in ordine al comportamento sospetto tenuto dal giudice non risultassero rilevanti ai fini della richiesta di ricusa in quanto di natura "eminente soggettiva". In altri termini, la Cassazione ha considerato le affermazioni rilasciate dal magistrato de quo del tutto generiche e prive di riferimento all'esito del processo in corso.

Per una migliore comprensione della soluzione interpretativa emersa dalla pronuncia della Corte di cassazione, appare funzionale allo scopo incentrare la nostra attenzione analitica sul percorso motivazionale tracciato nella sentenza de qua.

2. - Nel nostro sistema giuridico vige un rapporto circolare tra l'idea di giustizia, il principio di imparzialità del giudice e la funzione giurisdizionale. In sostanza, l'imparzialità rappresenta il "cardine" della giustizia<sup>2</sup>; la giustizia sovente viene identificata con l'esercizio della giurisdizione; la giurisdizione infine è contraddistinta dalle attività processuali del giudice che, individuato attraverso parametri tassativi prestabiliti dalla legge e non in base a scelte discrezionali delle parti, deve non solo *essere*, ma soprattutto *apparire* in posizione di estraneità nei confronti dei contendenti e degli interessi in gioco. Ne consegue, anche in virtù del delicato ruolo ricoperto dal giudice, la necessità di predisporre un'adeguata copertura sul piano dell'efficienza e delle garanzie. In tale ottica, si pensi in primis all'art. 25 comma 1 cost. che, alla luce di una ratio di natura preventiva, assolve il compito di individuare ante factum il giudice competente per il giudizio.

Tuttavia, ai fini di un corretto esercizio della funzione giurisdizionale occorrono altresì specifici requisiti affinché, a osservazione esterna, la presenza del giudice in ambito processuale non costituisca un mero dato di facciata<sup>3</sup>. Allo scopo di scongiurare il rischio di incorrere in fonti di distorsione che possano in concreto

<sup>2</sup> Cfr. A. FAZZALARI, *L'imparzialità del giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1972, 200; P.P. Rivello, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 45.

<sup>3</sup> Cfr. M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 33 ss.

condizionare l'attività processuale dell'organo giurisdicente, debbono concorrere anche principi di rango costituzionale come l'*indipendenza* e l'*imparzialità* del giudice<sup>4</sup>. In sostanza, il requisito dell'indipendenza, che opera su un duplice piano esterno e interno, mira, alla luce della tela costituzionale formata dagli artt. 101 comma 1 e 2, nonché 102 comma 2, a preservare il giudice da ogni forma di condizionamento a opera del potere esecutivo o dei magistrati all'interno dell'organizzazione giudiziaria, asservendolo esclusivamente alla legge; l'imparzialità invece si prefigge di tutelare la posizione di equidistanza - astratta, sotto il profilo ordinamentale; concreta, in riferimento alla singola vicenda giudiziaria - del magistrato riguardo alla funzione processuale.

Nella logica indubbiamente garantista in cui si collocano entrambi i principi dianzi richiamati, risalta in particolare un ulteriore aspetto di non poco momento. Va rilevato, infatti, come i requisiti istituzionali dell'indipendenza e dell'imparzialità non debbano essere inquadrati soltanto nell'ottica di garantire la persona che chiede il processo o che nel processo è coinvolta - come potrebbe dedursi a un esame superficiale -, ma anche nella prospettiva di tutelare lo stesso organo giudicante, fornendogli uno status giuridico ottimale ai fini di un esercizio della giurisdizione sereno e scevro da preconcetti e pregiudizi in relazione al *thema decidendi*<sup>5</sup>.

Un processo "giusto" presuppone, inconfutabilmente, un giudice "giusto"<sup>6</sup>. In tal senso, appare comprensibile la scelta del legislatore costituente di inserire specificamente nel corpo della costituzione, all'art. 111 comma 2<sup>7</sup>, tra le garanzie del processo, il principio di imparzialità e terzietà del giudice<sup>8</sup>. La riforma de qua ha, sostanzialmente, il merito di aver fornito una collocazione normativa concreta e ben definita al principio di imparzialità, sebbene parte della dottrina ritenesse tale garanzia comunque ricavabile, anche nel precedente quadro costituzionale, tanto dal principio della soggezione del giudice soltanto alla legge ex art. 101 comma 2, quanto dal principio che sancisce l'autonomia e l'indipendenza della magistratura da ogni altro potere ai sensi dell'art. 104 comma 1.

*Equidistanza* e *alterità* (fisica e operativa) costituiscono il quantum minimo per garantire una buona funzionalità della giurisdizione poiché consentono al giudice di essere arbitro neutrale della controversia. Un modello costituzionale che reclama dunque un organo giudicante in grado di decidere libero da condizionamenti che

<sup>4</sup> *Indipendenza e imparzialità* si contraddistinguono anche per un rapporto di strumentalità determinato dal fatto che i profili dell'indipendenza contribuiscono a rendere particolarmente stabile la piattaforma dell'imparzialità. Cfr. G. DI CHIARA, *Il giudice: fisionomia istituzionale e garanzie di sistema*, in G. FIANDACA-G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale (per una lettura costituzionalmente orientata)*, Napoli, Jovene, 2003, p. 209.

<sup>5</sup> Sul punto vedi CHIAVARIO, *op. cit.*, p. 34.

<sup>6</sup> *Amplius* L. GIULIANI, *Rimessione del processo e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 11.

<sup>7</sup> L. Cost. 23 novembre 1999 n. 2.

<sup>8</sup> In tema, cfr. anche R. CALABRITTO, *Giusto processo*, in *Atlante di filosofia del diritto*, U. POMARICI (a cura di), vol. II, Torino, Giappichelli, 2012, p. 167.

potrebbero indurlo a avvantaggiare gli interessi di una parte rispetto all'altra. In siffatto humus, l'imparzialità diventa sinonimo di giustizia e, ancor prima, di uguaglianza sul piano processuale<sup>9</sup>. In quest'ottica, si può agevolmente cogliere l'ispirazione di fondo di pervenire alla costruzione di un edificio processuale che salvaguardi in pari misura gli interessi delle parti.

Tuttavia, affinché l'imparzialità, come valore strettamente correlato all'idea stessa di giudice, abbia concreta attuazione sul piano processuale e non risulti solo una formula astratta, deve trovare valido supporto tanto nel principio del contraddittorio - quale garanzia metodologica del processo e criterio di legalità di una prova destinata all'attività di conoscenza collettiva -, quanto nella distinzione dei ruoli. *Contraddittorio* e *triadicità*, dunque, rappresentano gli strumenti indispensabili per garantire la presenza di un giudice effettivamente *super partes* e destinatario della forza persuasiva delle parti. In sostanza, il giudice, assumendo un ruolo di *ascoltatore*, renderà possibile il confronto dialettico tra gli antagonisti. Tale impostazione però deve essere percepita non come una riduzione dell'organo giudicante a mero spettatore passivo, ingessato nel suo ruolo istituzionale e insensibile alla vicenda giudiziaria, ma come una naturale conseguenza della scelta attuata dal legislatore nel codice vigente di attribuire l'iniziativa probatoria alle parti, concedendo al giudice solo un potere eventuale *ex officio* nei casi espressamente disciplinati dalla legge.

Il rapporto dialogico tra accusa e difesa, fondato sul presupposto della parità di armi, risulta dunque funzionale alla formazione del convincimento del giudice, espresso poi mediante una decisione equilibrata, in applicazione di norme giuridiche di cui è mediatore nel processo. Nella prospettiva dianzi evidenziata va altresì rilevata l'indubbia valenza che assume, ai fini di una buona amministrazione della giustizia, il comportamento tenuto dai protagonisti dell'*agone*<sup>10</sup>. Infatti, sarebbe opportuno attendersi dalle parti correttezza e lealtà processuale, pur ovviamente nel rispetto della natura del proprio ufficio. Esemplificando, il difensore dovrà individuare la strategia più consona al raggiungimento del bene finale rappresentato dalla formula assolutoria maggiormente favorevole per il proprio assistito, senza, per queste ragioni, alterare fatti e circostanze del reato.

In conclusione, il processo serve strumentalmente ad accertare i fatti attraverso la verifica di contrapposte ipotesi ricostruttive formulate dalle parti a opera di un giudice che costruirà la propria conoscenza sulla base della correttezza delle informazioni ricevute, essenziali per emettere infine un *decisum* che dovrà risultare non solo

<sup>9</sup> Cfr. L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 18 ss.

<sup>10</sup> Orbene, alla luce di quanto affermato, appare comprensibile l'importanza che assume, nel contesto processuale, la collaborazione tra le parti e l'*homo iudicans*. In tale prospettiva, a nostro avviso, particolarmente illuminanti risultano essere le parole di un'illustre dottrina del passato: «Le parti non sono giudicate se non aiutano a giudicare». Così F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 92.



valido, perché corrispondente alle regole processuali e in applicazione della legge penale, ma principalmente “giusto”<sup>11</sup>.

3. - L'imparzialità rappresenta l'essenza della giurisdizione. Per questi motivi il legislatore ha ritenuto opportuno contemplare, nell'impianto del codice, adeguati strumenti a garanzia del diritto riconosciuto alle parti di avere un giudice che, nella forma e nella sostanza, appaia sereno e intellettualmente libero nel valutare gli interessi in gioco. In tal senso, l'obiettivo prefisso è garantito dall'astensione e dalla riconsuazione<sup>12</sup>. Entrambi gli istituti<sup>13</sup>, attraverso l'esclusione del giudice sospetto, soddisfano tanto l'esigenza di preservare la fiducia della collettività nei riguardi della corretta amministrazione della giustizia, quanto l'esigenza di operare un contemperamento tra il valore costituzionale dell'imparzialità e l'efficienza

<sup>11</sup> Vedi anche A. NAPPI, *Libertà e legalità della prova in età moderna e contemporanea*, in *Cass. pen.*, n. 2 (2012), pp. 414 ss.

<sup>12</sup> Un dettagliato quadro delle vicende storiche dell'istituto è stato tracciato da T. TREVISSON LUPACCHINI, *La riconsuazione del giudice nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 5 ss. e 73 ss.

<sup>13</sup> La dichiarazione di astensione o di riconsuazione introduce un meccanismo processuale d'accertamento di natura incidentale rimesso a un organo sovraordinato, la cui pronuncia comporterà come effetto non solo una decisione in merito alla sostituzione del giudice sospetto, ma anche la formulazione di un giudizio sulla validità e dunque sulla conservazione degli atti compiuti antecedentemente al procedimento de quo. A tale proposito, a nostro avviso, sgorga spontaneo interrogarsi, soprattutto alla luce del contenuto dell'art. 42 comma 2 c.p.p., circa le conseguenze che potrebbero scaturire nel caso in cui l'organo sovraordinato non si esprimesse in merito alla questione relativa all'efficacia degli atti. In pratica, si porrebbe il problema del valore da attribuire a un eventuale silenzio. In merito alla questione è sorto un contrasto in giurisprudenza risolto poi dall'intervento delle Sezioni Unite. Le linee interpretative emerse infatti si muovevano in direzione opposta, pur partendo dal dato normativo costituito dall'art. 42 c.p.p. Una parte minoritaria della giurisprudenza, in affermazione del principio di conservazione degli atti, optava per la soluzione di riconoscere validità agli atti compiuti dal giudice astenuto o riconsuato (cfr. per tutti, *Cass. pen.*, sez. I, 16 luglio 1997 n. 4227; *Cass. pen.*, sez. I, 9 luglio 2001 n. 27604). In senso opposto è stato sostenuto che gli atti compiuti nel procedimento principale possono ritenersi efficaci soltanto se espressamente dichiarati tali dal giudice sovraordinato (cfr., in particolare, *Cass. pen.*, sez. I, 26 febbraio 2004 n. 25096; *Cass. pen.*, sez. I, 30 agosto 2005, in *CED Cass.*, n. 231889). Le Sezioni Unite, con sent. 5 aprile 2011 n. 13626, hanno in sostanza avallato il principio di diritto già sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria, affermando la “presunzione di inefficacia” degli atti provenienti dal giudice sospetto, superabile pertanto solo da un provvedimento conservativo a opera dell'organo sovraordinato a decidere. Una naturale ricomposizione del contrasto fondata essenzialmente sulla fedele interpretazione del dato letterale che emerge dal comma 2 dell'art. 42 c.p.p. che, a opinione delle Sezioni Unite della cassazione, evidentemente non lascerebbe alcun dubbio in merito alla questione. A conclusione della problematica dianzi affrontata una nostra osservazione in merito. Premesso che interpretazioni diverse e numerose possono sovente determinare il pericolo di “stressare” il dato normativo, invece di razionalizzarne il contenuto, non possiamo esimerci dal rilevare la superfluità dell'intervento delle Sezioni Unite nell'ipotesi in cui gli orientamenti contrastanti insorti tra le sezioni semplici della Cassazione risultano essere più “apparenti” che “reali”. Tale fenomeno invero si verifica - come nel caso sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite e risolto con la citata sent. n. 13626/2011 - quando a un indirizzo consolidato in giurisprudenza, se ne contrappone un altro decisamente minoritario. Sull'interessante tema, vedi anche G. LATTANZI, *Cassazione o terza istanza?*, in *Cass. pen.* (2007), p. 1371.

processuale.

L'ambito operativo degli istituti de quibus concerne nello specifico il giudice inteso come *persona fisica* e non l'intero *ufficio*. In tale ultima ipotesi, infatti, troverà applicazione l'istituto della rimessione<sup>14</sup> come rimedio nei riguardi di particolari situazioni ambientali in grado di condizionare non solo l'attività del giudice, ma anche gli altri attori coinvolti nella dinamica processuale. Alla luce delle precedenti affermazioni, potremmo ritenere più corretto parlare tecnicamente, nel caso specifico dell'istituto disciplinato all'art. 45 c.p.p., di *iudicium suspectus* in luogo di *iudex suspectus*, più vicino invece ai meccanismi che caratterizzano l'astensione e la ricusazione. A sostegno della direzione indicata potremmo porre in rilievo la scelta del legislatore di collocare la rimessione, sotto il profilo sistematico e a dimostrazione dei diversi obiettivi, in un capo diverso del libro I rispetto agli artt. 36 e 37 c.p.p.<sup>15</sup>.

Per attivare, dunque, il meccanismo previsto all'art. 45 c.p.p. e consentire la celebrazione del processo in altra sede designata in sostituzione dell'originaria, occorre una situazione pregiudicante per il corretto svolgimento delle funzioni giurisdizionali di portata assai più ampia rispetto alla casistica posta a oggetto della ricusazione. In relazione a quanto dianzi osservato, appare rilevante il collegamento con la regola della *ineliminabilità* sancita al comma 1 dell'art. 45. Il requisito de quo, infatti, giustifica la natura di *extrema ratio* della rimessione del processo e, dunque, il ricorso a tale strumento nella sola ipotesi in cui gli artt. 36 e 37 c.p.p. non risultino idonei a eliminare la causa che determina interferenze o pressioni esterne<sup>16</sup>.

Riprendendo poi il filo del discorso in tema di astensione e di ricusazione, è il caso di porre in rilievo un ulteriore aspetto. L'applicazione dell'art. 36 c.p.p. presuppone un *dovere morale* insito nell'organo giurisdicente di valutare la propria autoesclusione qualora rilevi la inidoneità a svolgere serenamente il ruolo che ricopre. In questo caso il legislatore farebbe affidamento sulla scrupolosa, responsabile e preventiva iniziativa personale del giudice di estromettersi dal processo. Nella ricusazione, invece, emerge un chiaro *diritto correttivo* affidato alle parti con lo scopo di porre rimedio alla mancanza di un precedente atto abdicativo del giudice. La fiducia riposta dal legislatore nella scelta in primis del giudice di astenersi, trova conferma, sul piano normativo, nella scelta ex art. 39 c.p.p. di riconoscere una palese prevalenza ex lege alla stessa dichiarazione di astensione rispetto a quella di ricusazione nel caso in cui dovessero concorrere entrambe.

La necessità di operare in piena conformità con la logica del modello accusatorio, nonché di scongiurare il rischio di incorrere nella paralisi della funzione giurisdizionale, ha spinto il legislatore a circoscrivere i confini entro cui possa assumere rilievo giuridico l'elemento del sospetto. Ponendo a confronto l'elenco dei

<sup>14</sup> Per un'accurata ricostruzione storica, vedi A. DIDI, *La rimessione del processo penale*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 1 ss.

<sup>15</sup> Cfr. *amplius* GIULIANI, *op. cit.*, p. 25.

<sup>16</sup> Cfr. DIDI, *op. cit.*, p. 253 ss.

motivi che tipizzano rispettivamente gli artt. 36 e 37 c.p.p., ictu oculi, è riscontrabile maggiore rigore nelle ipotesi specifiche di ricusazione. Infatti, mentre nel citato art. 37 appare evidente la tassatività dei motivi, nell'art. 36 invece possiamo cogliere una “quasi” tassatività a causa del carattere indeterminato, vago e estremamente generico che contraddistingue l'inciso «gravi ragioni di convenienza»<sup>17</sup>, riportato nel corpus della lett. h). Non a caso il legislatore, in fase di costruzione dell'art. 37, nel comma 1 lett. a), non ha richiamato, nell'evocare le ipotesi dell'art. 36 c.p.p., la lett. h) per non compromettere la legittimità dei motivi di ricusazione. La scelta, dunque, appare funzionale all'intento di non legare lo strumento de quo alla discrezionalità e a situazioni incerte e non ben definite in grado di veicolare verso un uso pretestuoso e distorto del meccanismo processuale di cui all'art. 37 c.p.p. Il requisito della tassatività, inoltre, assume non solo un ruolo primario nell'evitare di sconfinare in pericolose forme di interpretazione di natura estensiva o analogica<sup>18</sup>, ma anche nel qualificare l'art. 37 c.p.p. come norma di carattere eccezionale, dal momento che la ricusazione consente, sebbene sotto forma di garanzia, comunque un potere di ingerenza delle parti nella celebrazione del processo<sup>19</sup>.

4. - La *quaestio iuris* sottoposta dal ricorrente all'esame della Suprema Corte ha consentito a quest'ultima di fornire un'equilibrata chiave di lettura degli artt. 36 comma 1 lett. c), 37 comma 1 lett. a) e b), alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali. In fase di motivazione la Corte ha negato la possibilità che la domanda di ricusa possa fondarsi su valutazioni «eminentemente soggettive» ovvero su «generici e superficiali sospetti» in relazione al comportamento del giudice.

A nostro parere, la soluzione a cui è pervenuta la Corte appare ancor più condivisibile nei termini e nei contenuti, soprattutto se si riflette sulle conseguenze che comporta l'accoglimento della richiesta di ricusazione e cioè l'estromissione del giudice originariamente competente dal processo in corso. Tale effetto, poiché determina una deroga al principio dettato dall'art. 25 comma 1 cost., richiede necessariamente una lettura di *stretta interpretazione* dei motivi indicati all'art. 37 c.p.p. Del resto l'istituto della ricusazione deve garantire in ambito processuale il difficile bilanciamento tra i principi di rango costituzionale dell'imparzialità e del giudice naturale.

Altro punto di riflessione può essere la linea di demarcazione tra la formulazione di specifiche affermazioni sull'esito del procedimento e la libertà di manifestare il proprio pensiero con parole, scritti o mezzi di diffusione culturale, garantita dall'art.

<sup>17</sup> In particolare la parola *gravi* indica l'intensità del pericolo di pregiudicare la libera determinazione del giudice.

<sup>18</sup> In tal senso vedi K. LA REGINA, *sub art. 37 c.p.p.*, in A. GIARDA-G. SPANGHER, *C.P.P. commentato*, Milano, Ipsoa, 2010, p. 575. Per quanto concerne invece la giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. I, 24 settembre 2000, n. 42633.

<sup>19</sup> Così in giurisprudenza, Cass. pen., sez. V, 17 luglio 2013 (dep. 31 ottobre 2013) n. 44396.

21 comma 1 cost. e riconosciuta inequivocabilmente a tutti i cittadini. Tale passaggio sposta, inevitabilmente, l'attenzione sulla persona-giudice e, più prettamente, sulla duplice natura in essa racchiusa di *magistrato* e di *uomo*. Nella dimensione giuridica in cui è chiamato a muoversi il giudice, non sempre queste due facce della stessa medaglia riescono a coesistere in maniera equilibrata. Infatti, può accadere che prevalga quella *umana* in quanto, prima di essere *magistrato* - in ragione delle funzioni espletate - l'organo giudicante è innanzitutto un *uomo*, con la propria individualità e unicità. Un *uomo* che, percependo e dunque vivendo le problematiche e le ansie del proprio tempo, potrebbe in buona fede riflettere nella realtà processuale, come uno *specchio deformante*, le sue ideologie, i suoi valori etici-religiosi, i pregiudizi et similia. Del resto la *fragilità* costituisce un dato obiettivo e noto della natura umana, in grado di vanificare anche l'impermeabilità nei confronti dei fattori interni e esterni. In sostanza, la funzione di giudice imporrebbe un ruolo asettico e, per certi versi, innaturale in considerazione appunto della natura umana. Un pesante fardello che spingerebbe l'*uomo* a assumere temporaneamente l'essenza di un'ombra sotto la luce dei riflettori della macchina giudiziaria, per lasciare consistenza e visibilità all'immagine di *magistrato*. In tale prospettiva, potremmo anche cogliere nella toga indossata in aula dal giudice come abito istituzionale, il simbolo della trasmutazione dell'uomo in magistrato, in grado di realizzare in concreto una sorta di "purificazione" dalla condizione di comune mortale<sup>20</sup>. Tuttavia, è comunque ipotizzabile l'evenienza di un assottigliamento del labile confine uomo-magistrato, col rischio di consentire in qualche caso, mediante la prevalenza del lato umano, la contaminazione dello schema mentale. Del resto, nell'atto di giudicare, le maggiori difficoltà per il giudice risiedono nella capacità intellettuale di prendere le distanze dalla propria essenza umana, in modo da poter garantire un lucido equilibrio e dunque resistere a pressioni di ogni genere, senza soccombere<sup>21</sup>.

Un ultimo aspetto di rilievo che affiora dalla motivazione della sentenza in commento riguarda il corretto significato da attribuire alle nozioni di "convincimento" ex art. 37 comma 1 lett. b) e di "parere", specificato alla lett. a) della stessa norma - in richiamo del dettato normativo sancito all'art. 36 comma 1 lett. c) -, onde evitare un uso promiscuo e implicazioni tutt'altro che indolori sul piano processuale. A tal proposito, riteniamo apprezzabile, sotto il profilo logico, il principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione in quanto in linea sia con la scelta del legislatore di prevedere, in ambito di ricusazione, due distinte ipotesi, sia con un filone giurisprudenziale ben consolidato.

<sup>20</sup> «La toga giudiziaria nasconde il corpo, avvolgendolo fin sotto le caviglie. In tal modo, colui che la indossa "cambia pelle" e dà l'illusione, a se stesso e agli altri, di entrare nei panni di qualcun altro...». Cfr. A. GARAPON, *Del giudicare*, Milano, Cortina, 2007, p. 67 ss.

<sup>21</sup> «Si pensi, per esempio, alla sforzo d'equilibrio che è richiesto al giudice affinché possa guardare con distacco all'indagato divenuto, nel corso dell'udienza, un potenziale condannato; il giudice è tenuto, evidentemente, a uno sforzo di astrazione di non poco conto». Ivi, p. 266 ss.

Sotto il profilo tecnico, la Corte ha preliminarmente riconosciuto alla parola “convincimento” una portata più restrittiva poiché essa implica non solo un’articolata attività di analisi, ma anche il compimento dell’intero processo interiore di valutazione critica degli elementi potenzialmente rilevanti ai fini della futura decisione<sup>22</sup>. Pertanto, con l’espressione “manifestare il proprio convincimento”, si vorrebbe alludere al dato oggettivo che il giudice faccia trapelare l’esito del processo in ordine alla responsabilità dell’imputato. Al contrario, il termine “parere” evocerebbe «un’opinione non preceduta necessariamente da un ragionamento fondato sulla conoscenza dei fatti o degli atti processuali» e coprirebbe un’area di comportamenti decisamente più vasta rispetto a quella del “convincimento”<sup>23</sup>.

A completamento del discorso, merita considerazione anche la parola “indebitamente”, inserita, all’art. 37 comma 1 lett. b), come elemento che caratterizza la manifestazione del convincimento. L’avverbio *de quo* indica, sostanzialmente, un’anticipazione della valutazione del giudice a prescindere da una necessità tecnica finalizzata alla decisione e fuori da ogni legame con l’esercizio delle funzioni giurisdizionali inerenti al fatto esaminato<sup>24</sup>. Pertanto, sarà la genesi illecita della manifestazione del giudice a qualificare la plausibilità della richiesta di ricusazione<sup>25</sup>.

5. - Una nota lapidaria a margine della questione dianzi affrontata. A nostro avviso, suscita particolare interesse, come possibile punto di criticità, l’uso della tecnica del “rinvio” al contenuto di un’altra norma a opera del legislatore. Infatti, la scelta di apprestare un frettoloso quanto generico collegamento testuale tra norme, può determinare in certe situazioni, nel passaggio dalla forma alla sostanza, non poche discrepanze sotto il profilo interpretativo.

Nel nostro caso, ad esempio, la lett. a) dell’art. 37 c.p.p. richiama *sic et simpliciter* i motivi di cui all’art. 36 c.p.p. A nostro avviso, ai fini di un inquadramento sistematico più lineare e coerente, sarebbe stato (forse) il caso di prevedere, in fase di costruzione delle disposizioni, lo specifico inserimento della lett.

<sup>22</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, ud. 18 giugno 1996 (dep. 18 luglio 1996) n. 4182; Cass. pen., sez. II, ud. 4 novembre 2005 (dep. 11 gennaio 2006) n. 766.

<sup>23</sup> In senso conforme in dottrina, vedi K. LA REGINA, *sub art. 37 c.p.p., op. cit.*, p. 576. Per incidens, l’art. 37 comma 1 lett. a), in richiamo al testo dell’art. 36 comma 1 lett. c) c.p.p., contempla, accanto alla parola “parere”, anche il termine “consigli” che include «gli avvertimenti, le indicazioni o i suggerimenti dati alle parti, a prescindere dal loro contenuto, sul comportamento da tenere e in generale sulle attività da svolgere nel processo... Devono ritenersi compresi nella norma i consigli dati direttamente a soggetti diversi dalle parti (per esempio al perito d’ufficio)...». Così T. RAFARACI, *sub art. 36 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Torino, Utet, 1989, p. 202.

<sup>24</sup> In tal senso, cfr. Sezioni Unite penali, 27 settembre-15 novembre 2005 n. 41263.

<sup>25</sup> Sulla questione, cfr. in giurisprudenza, Cass. pen., sez. I, 24 giugno 1993, in *Cass. pen.* (1995), p. 1900 ss.; in dottrina, K. LA REGINA, *sub art. 37 c.p.p., op. e loc. cit.*; P.P. RIVELLO, *Quando il giudice... parla troppo: intemperanze verbali e ricusazione*, in *Dir. giust.*, 2003, pp. 23 ss.; B. BRAGHIROLI, *Provvedimento incidentale e indebita manifestazione di convincimento sulla regiudicanda*, in «Indice pen.», (2007), p. 164.

c) - ipotesi relativa alla formula “manifestare pareri” o “dare consigli” - dell’art. 36 c.p.p. direttamente nel corpus dell’art. 37. Il ragionamento si fonda in primis sulla constatazione che, a eccezione delle lett. c) e h), le altre ipotesi riportate all’art. 36, sotto il profilo del contenuto, evidenziano invece forme oggettive e ben definite di condizionamento del giudice. In secondo luogo, sul dato che la lett. c) dell’art. 36, alla stregua della lett. b) dell’art. 37, fa riferimento specifico a situazioni in cui il giudice potrebbe incontrare difficoltà di non poco momento nel valutare esattamente il grado di incidenza negativa delle proprie esternazioni sulla res iudicanda. Apparrebbe, pertanto, logico, anche in questo caso, affidare esclusivamente alle parti il diritto di addurre la sussistenza del carattere indebito della manifestazione del pensiero dell’organo giurisdicente, nonché la portata del pericolo per la serenità del giudizio. Una soluzione che, sostanzialmente, non comprometterebbe lo scudo di garanzia posto a protezione del principio di imparzialità rappresentato dalle norme ordinarie che disciplinano gli istituti dell’astensione e della ricsuzione.