

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Urbino Carlo Bo

Note e Commenti

IL GIUDICE DEI GIUDICI

CONSIDERAZIONI A MARGINE DELL'ORDINANZA DEL COLLEGIO
GARANTE DELLA COSTITUZIONALITÀ DELLE NORME DI SAN
MARINO DEL 15 APRILE 2019 N. 3

Daniele Granara

Abstract

[The Judge of the judges. Considerations in the margin of the judgment of the Guarantor College of the Constitutionality of the Regulations of San Marino of 15 april 2019 n. 3] The article deals with the problem of the competence to judge disputes (criminal and administrative) involving another judge belonging to the same judicial office, to guarantee the impartiality of the judge and the fair trial, as protected by the San Marino law and, internationally, by the ECHR. The proposed solution was to extend the powers of the Special Judge for civil liability, but the Guarantor Board decided to wait for the intervention of the Legislator, who is responsible for choice, before operating directly in this direction. More than a year after the decision, neither the Legislator nor the Constitutional Judge intervened, with the consequent unconstitutionality of the judicial system.

Key Word:

Liability of the judges, impartiality, fair Trial, Constitutionality

Vol. 7 (2020)





Il giudice dei giudici

Considerazioni a margine dell'ordinanza del Collegio Garante della Costituzionalità delle norme di San Marino del 15 aprile 2019 n. 3

Daniele Granara*

1. La questione all'esame del Collegio Garante

La questione posta al Collegio Garante della Costituzionalità delle Norme della Serenissima Repubblica di San Marino attiene ad una problematica, nota anche ad altri ordinamenti, quello italiano *in primis*¹, che si riassume, in estrema sintesi, nel seguente interrogativo: “Chi giudica i giudici?” Il quesito rievoca il dilemma che già affliggeva gli antichi, da Platone a Giovenale: “*quis custodiet ipsos custodes?*”.

Si chiede, dunque, se un giudice possa giudicare (in un procedimento penale - prima ordinanza di rimessione - o in un procedimento amministrativo - seconda ordinanza -) un altro giudice appartenente allo stesso Ufficio giudiziario, proponendo, in difetto, quale immediata soluzione, l'estensione, per supplenza, delle competenze del Giudice per la responsabilità civile².

Nel caso italiano, il problema si è posto particolarmente in relazione al Giudice Amministrativo, dove il TAR del Lazio in primo grado e il Consiglio di Stato in grado di appello, sono competenti a giudicare, fra gli altri, sui magistrati amministrativi afferenti ai

* Daniele Granara è Professore aggregato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Genova e Professore aggregato di Diritto regionale nell'Università degli Studi di Genova e Carlo Bo di Urbino.
Indirizzo mail: segreteria@studiolegalegranara.com

¹ Molti sono i casi sottoposti alla Corte EDU con riferimento alla violazione da parte dello Stato italiano dell'art. 6, paragrafo 1, CEDU, in relazione alla composizione del collegio giudicante, inadeguata a garantirne l'indipendenza e la - anche apparente - imparzialità. Cfr. in proposito, *Padovani c. Italia*, 26 febbraio 1993, serie A n. 257-B; *Santangelo c. Italia*, 7 agosto 1996, *Recueil* 1996-III; *Predil Anstalt S.A. c. Italia*, n. 31993/96, 8 giugno 1999; *Cianetti c. Italia*, n. 55634/00, 22 aprile 2004; *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia* 27 settembre 2011; *Di Giovanni c. Italia*, 9 luglio 2013; *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014.

² Si tratta di un giudice speciale competente nello Stato sammarinese per le cause di risarcimento del danno derivante da responsabilità civile dei magistrati.

medesimi Uffici giudiziari (ad esempio in relazione alle nomine anche direttive e semi-direttive di questi).

La questione, tuttora irrisolta, ha posto dubbi di costituzionalità, in riferimento agli artt. 3, 24, 108, comma 2, 103, comma 1, 113 Cost. agli artt. 97, 100, commi 1 e 3, 102 e 111 Cost., nonché in relazione all'art. 6, par. 1, CEDU³.

Preliminarmente, è opportuno osservare fin d'ora come quella in esame non sia la prima volta in cui il Giudice costituzionale di San Marino si è occupato della questione⁴.

³ Con riferimento alla norma convenzionale, il problema ha riguardato la sussistenza della giurisdizione del Giudice Amministrativo a statuire sui propri organi, in relazione al quale la Corte EDU, nel pronunciarsi sulla compresenza di funzioni consultive e giurisdizionali in capo ad organi di giustizia amministrativa, ha stabilito da tempo alcuni fondamentali principi.

In questo senso possono citarsi i seguenti arresti CEDU: *Procola v. Luxembourg* del 28.9.1995; *McGonnell v. United Kingdom* del 8.2.2000; *Kleyn and others v. the Netherlands* del 6.05.2003.

La prima sentenza aveva censurato la circostanza che quattro su cinque membri del Collegio del Consiglio di Stato del Lussemburgo chiamato a decidere in sede giurisdizionale si fossero già occupati della medesima questione in sede consultiva. La CEDU si era concentrata sulla concreta coincidenza delle persone fisiche dei magistrati, negando la configurabilità del relativo collegio quale giudice "imparziale", ma aveva aggiunto, sia pure solo incidentalmente, che il fatto che i membri del Consiglio di Stato lussemburghese potessero esercitare le medesime funzioni con riguardo alla stessa questione era tale da ingenerare dubbi circa l'"imparzialità strutturale" dell'istituzione.

Le successive due pronunce "fanno un passo indietro", restringendo il concetto di "medesima questione" giudicata e, quindi, ampliando le possibilità di contaminazione fra funzioni, ma vanno rimarcate le opinioni dissenzienti espresse nella sentenza *Kleyn and others v. the Netherlands* del 6.05.2003, relativa al Consiglio di Stato olandese, che ritengono violato l'art. 6-1 CEDU:

- laddove non esista una chiara separazione di funzioni all'interno dello stesso organismo, occorre effettuare uno scrutinio particolarmente rigoroso circa l'imparzialità obiettiva del Collegio decidente (come è noto, secondo la giurisprudenza della stessa Corte di Strasburgo, è particolarmente importante che il giudice non soltanto sia effettivamente imparziale, ma anche appaia tale) – cfr. l'opinione dei giudici W. Thomassen e V. Zagrebelsky, secondo cui "la Corte ha ripetutamente sottolineato che anche le apparenze possono essere importanti. È una questione di fiducia che i tribunali di una società democratica dovrebbero ispirare ai cittadini, a cominciare dalle parti del procedimento [...] Se è vero che né l'art. 6 né altre disposizioni della Convenzione obbligano gli Stati ad adeguarsi a una particolare nozione costituzionale della separazione dei poteri, è altrettanto vero, come ha osservato la Corte che questa nozione di separazione dei poteri tra gli organi politici dell'esecutivo e la magistratura sta diventando sempre più importante nella giurisprudenza della Corte" la quale "deve esercitare un controllo particolarmente rigoroso sull'obiettività oggettiva del giudice in questione" (sono richiamate la predetta sentenza *Procola* e *Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n. 46295/99, § 78, CEDH 2002-IV);

- per evitare di compromettere l'imparzialità del giudice, si prospetta la riforma dell'Istituto – nel nostro caso il Consiglio di Stato italiano – o nel senso della netta separazione delle funzioni consultive e giurisdizionali, che non possano essere contestualmente esercitate dalle medesime persone fisiche, - "Una separazione rigorosa e visibile tra le autorità legislative e quelle esecutive da un lato e le autorità giudiziarie dall'altra è essenziale per garantire l'indipendenza dei giudici e, di conseguenza, la fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario" - o addirittura istituendo una diversa Autorità giurisdizionale – "Un'altra soluzione, anche migliore, per eliminare ogni possibilità di dubbio, sarebbe evidentemente quella di incorporare integralmente il contenzioso amministrativo nel sistema giurisdizionale ordinario, con la creazione di una camera amministrativa a livello della Corte di Cassazione (ma questa sarebbe una soluzione assai discutibile, inopportuna e, prima ancora, palesemente contrastante con la Costituzione italiana, che stabilisce un chiaro riparto di giurisdizione e con la stessa gloriosa tradizione della giustizia amministrativa come si è venuta delineando a partire dalla famosa Legge 31 marzo 1989, n. 5992, di istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato) o di un'Autorità giurisdizionale amministrativa separata per conoscere i ricorsi di ultima istanza" (cfr. l'opinione dei giudici M. Tsatsa-Nikolovska, V. Straznickà e M. Ugrekheldze).

⁴ Si tratta delle sentenze 29 dicembre 2004 nn. 12 e 13, con le quali aveva individuato il Giudice per la responsabilità civile come "giudice dei giudici" della Repubblica di San Marino.

La circostanza va ricordata, per meglio apprezzare la motivazione dell'ordinanza in commento e le considerazioni che seguono.

Il giudice rimettente ha sollevato, con le due ordinanze richiamate, questione di costituzionalità, in relazione alle seguenti disposizioni legislative:

- a) Art. 1, comma 1, della Legge Qualificata 30 ottobre 2003 n. 145, istitutiva del Tribunale unico,
- b) Artt. 2, commi 5 e 9, delle Legge Costituzionale 30 ottobre 2003 n. 144, sugli organi del potere giudiziario e le loro funzioni,
- c) Artt. 2, 13, 15, 19, 20, 21, 186 del Codice di Procedura Penale,
- d) Art. 2 della Legge 28 giugno 1989 n. 68, che indica gli organi della giurisdizione amministrativa.

Ha prospettato come parametri di riferimento gli artt. 3, comma 16 (indipendenza e imparzialità dei giudici)⁵, 4, comma 1 (principio di uguaglianza)⁶, e 15, commi 1, 2, 3 (diritto di difesa e di azione in giudizio)⁷ della “*Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese*”⁸, nonché l'art. 6, paragrafo 1, CEDU⁹.

Il rimettente ha indicato altresì l'art. 14, comma 1, del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, ma il Collegio Garante ha ritenuto di espungerlo, dichiarando inammissibili le relative questioni, in quanto tale riferimento, benché prospettato nel dispositivo delle ordinanze non troverebbe riscontro nella motivazione¹⁰.

⁵ L'art. 3, commi da 15 a 17, della “*Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese*” sancisce i principi in materia di esercizio delle funzioni giudiziarie, prevedendo che “*gli organi del potere giudiziario sono istituiti per legge costituzionale, la quale ne disciplina anche le responsabilità. Essi sono sottoposti unicamente alla legge. Ad essi è garantita piena indipendenza e libertà di giudizio nell'esercizio delle loro funzioni. Tutte le funzioni giudiziarie sono esercitate dagli organi appartenenti all'ordine giudiziario.*”

Una legge qualificata disciplina le forme di reclutamento, la nomina, le incompatibilità dei magistrati nonché l'organizzazione ed il funzionamento della magistratura”.

⁶ Secondo cui “*tutti sono uguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso, orientamento sessuale, condizioni personali, economiche, sociali, politiche e religiose*”.

⁷ Ai sensi dei quali “*è garantita la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi davanti agli organi della giurisdizione ordinaria, amministrativa e d'innanzi al Collegio Garante della costituzionalità delle norme. Il diritto di difesa è tutelato in ogni fase del procedimento giudiziario.*”

La legge assicura la speditezza, la economicità, la pubblicità e la indipendenza dei giudizi”.

⁸ Il testo vigente è quello coordinato della Legge 8 luglio 1974 n.59 con le modifiche derivanti dalla Legge 19 settembre 2000 n.95, dalla Legge 26 febbraio 2002 n.36, dalla Legge Costituzionale 28 aprile 2005 n.61, dalla Legge di Revisione Costituzionale 14 dicembre 2005 n.182, dalla Legge Costituzionale 22 luglio 2011 n.1 nonché dalla Legge di Revisione Costituzionale 28 marzo 2019 n. 1.

⁹ “*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia*”.

¹⁰ La decisione appare opinabile, ove si consideri il disposto dell'invocato art. 14, che riproduce nei principi gli altri parametri indicati e dunque trova anch'esso riscontro nella motivazione: “*Tutti sono uguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia. Ogni individuo ha diritto ad un'equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge, allorché si tratta di determinare la fondatezza dell'accusa penale che gli venga rivolta, ovvero di accertare i suoi diritti ed obblighi mediante un giudizio civile. Il processo può svolgersi totalmente o parzialmente a porte chiuse, sia per motivi di moralità, di ordine pubblico o di sicurezza nazionale in una società democratica, sia quando lo esiga l'interesse della vita privata delle parti in causa, sia, nella misura ritenuta strettamente necessaria dal*”

In buona sostanza, il giudice *a quo* chiede al Collegio Garante una pronuncia additiva, che estenda le garanzie già previste dall'ordinamento in materia civile, anche ai settori penale e amministrativo.

La soluzione suggerita muove infatti dalla competenza a giudicare della responsabilità civile dei magistrati¹¹ (affidata dall'ordinamento sammarinese allo speciale Giudice per la responsabilità civile), proponendo di assegnare ad esso anche la competenza a giudicare nei processi civili e amministrativi che riguardino magistrati, al fine di evitare la compromissione, da un lato, dei principi di indipendenza e imparzialità del giudice e, dall'altro, del principio del giudice naturale precostituito per legge, nonché un massiccio ricorso ai meccanismi di astensione e ricsuzione, in vero non risolutivo, non disponendo l'ordinamento, date le dimensioni dello Stato e le sue peculiarità, di un numero sufficiente di giudici per sostituire i magistrati astenuti o ricsuti.

Nonostante il Collegio Garante ritenga le ordinanze di rimessione perplesse sotto il profilo motivazionale, la soluzione additiva da queste proposte è in realtà chiara e volta a superare l'inerzia del Legislatore, ammonito dallo stesso Collegio Garante fin dal 2004, senza che questi abbia mai provveduto a disciplinare la materia.

Ad ogni modo, il Collegio Garante estrapola dagli atti di promovimento le seguenti questioni:

A1) la prima ordinanza chiede che siano dichiarate incostituzionali tutte le disposizioni impugnate, nella parte in cui non prevedono che “*siano assegnate funzioni giudiziarie penali al Giudice per la responsabilità civile rispetto ai reati di cui un Magistrato sia imputato, indiziato, persona offesa o danneggiato*”, con riferimento ai parametri sopra indicati, ma essenzialmente per violazione del principio di indipendenza e imparzialità dei giudici;

A2) sottopone al Collegio Garante la censura di incostituzionalità delle disposizioni indicate anche per violazione del principio del diritto al processo;

B1) la seconda ordinanza chiede che siano dichiarate incostituzionali tutte le disposizioni impugnate “*nella parte in cui non prevedono che siano assegnate funzioni giudiziarie amministrative al Giudice per la responsabilità civile rispetto a ricorsi amministrativi proposti da colleghi o comunque aventi ad oggetto deliberazioni alle quali gli stessi colleghi parteciparono*”, con riferimento ai parametri sopra indicati, ma essenzialmente per violazione del principio di indipendenza e imparzialità dei giudici;

B2) sottopone al Collegio Garante (anche qui si ritiene solo nella motivazione e non nel dispositivo) la censura di incostituzionalità delle disposizioni indicate anche per violazione del principio del diritto al processo.

tribunale, quando per circostanze particolari la pubblicità nuocerebbe agli interessi della giustizia; tuttavia, qualsiasi sentenza pronunciata in un giudizio penale o civile dovrà essere resa pubblica, salvo che l'interesse di minori esiga il contrario, ovvero che il processo verta su controversie matrimoniali o sulla tutela dei figli?

¹¹ Il giudice rimettente opera una comparazione con l'ordinamento italiano, dove la competenza a giudicare sulla responsabilità civile dei magistrati è affidata al meccanismo tabellare di cui all'art. 4, comma 1, della Legge 13 aprile 1988 n. 177 (c.d. Legge Vassalli), il quale a sua volta rinvia all'art. 11 c.p.p. e 1 delle norme di attuazione di cui al D.Lgs. 28 luglio 1989, n. 271.

Secondo tale meccanismo, il procedimento penale nel quale è coinvolto un magistrato (quale indagato, imputato o persona offesa), che sarebbe attribuito, secondo le regole ordinarie sulla competenza, ad un ufficio giudiziario compreso nel distretto di Corte d'appello dove il magistrato esercita (o esercitava al momento del fatto) le proprie funzioni, è affidato alla competenza del giudice parimenti competente per materia, che ha sede nel capoluogo del distretto di Corte d'appello predeterminato dalla legge.

Tale legge è stata da ultimo modificata con Legge 27 febbraio 2015 n. 18, la quale, fra l'altro, aumentando il livello di tutela del danneggiato, ha reso obbligatoria l'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato responsabile del danno risarcito (art. 7).

2. Le argomentazioni del Collegio Garante

Il Giudice *ad quem*, essenzialmente trascurando la questione posta, sostiene che il rimettente abbia inteso affermare l'esistenza di un principio costituzionale fondamentale della Repubblica di San Marino, ricavabile dai parametri invocati - Dichiarazione dei diritti e art. 6, par. 1, CEDU - secondo cui i processi nei quali è parte un magistrato debbano essere giudicati da un giudice speciale. Il che, invece, secondo il Collegio Garante, non è, spettando semmai l'eventuale individuazione di un giudice speciale dotato di tale competenza alla discrezionalità del Legislatore.

In ragione della ritenuta inesistenza del principio costituzionale individuato come parametro di giudizio, il Collegio dichiara la questione inammissibile e tale inammissibilità porta con sé anche quella, per mancanza di oggetto, della richiesta estensione al Giudice speciale per la responsabilità civile delle competenze sui giudici penali e amministrativi coinvolgenti i magistrati.

Secondo il Collegio, è “*necessario l'istituto della astensione e ricasazione dei giudici per tutelare l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici, compresa la tutela dell'apparenza di indipendenza e imparzialità*”, ma il *punctum dolens*, che invece sembra sfuggire al Garante, è il seguente: tale istituto, specie nella peculiare realtà sammarinese, è anche sufficiente?

La risposta negativa viene dalle altre esperienze ordinamentali, meno particolari (*in primis*, il caso italiano, che infatti affianca - ed anzi, a ben vedere, sostituisce, fermo restando che il ricorso a detti istituti fondamentali in un ordinamento civile e democratico è sempre possibile, essendo, come riconosciuto dallo stesso Collegio Garante, “*costituzionalmente obbligatorio*” - il meccanismo della Legge Vassalli agli istituti dell'astensione e della ricasazione per le cause che coinvolgano magistrati) ed è comunque affermata e riconosciuta dallo stesso Collegio Garante anche per San Marino.

Infatti, stante la probabile impossibilità di sostituire il giudice astenuto o ricasato, in ragione dell'esiguo numero di organico nella Repubblica di San Marino, e quindi della mancanza non di un giudice speciale ma di un qualunque giudice, sussisterebbe la violazione del diritto di difesa o diritto al processo.

Tuttavia, secondo le eccezioni di inammissibilità formulate alla questione proposta, il giudice rimettente avrebbe dovuto astenersi o quantomeno sollevare questione di costituzionalità anche delle disposizioni su astensione e ricasazione, nella parte in cui non disciplinano la fattispecie, nella quale, però, come rileva il Collegio, tutti i Commissari della Legge dovrebbero astenersi (quanto al processo penale, perché il magistrato imputato era dirigente del tribunale e potrebbe tornare ad esserlo con conseguente rapporto di sovraordinazione organizzativa, rispetto a tutti i magistrati della Repubblica), quanto al processo amministrativo (poiché si impugna una deliberazione del Consiglio Giudiziario, di cui la maggior parte dei magistrati fa parte¹² ed al quale ha partecipato).

Stante quanto sopra, il Collegio ritiene la questione non solo ammissibile ma anche fondata, poiché “*una disposizione espressa che prevenga il risultato, probabile e temuto da decenni, della mancanza di un giudice che sostituisca altri giudici nel caso che tutti quelli competenti si siano legittimamente astenuti o siano stati ricasati o comunque non possano giudicare per essersi già pronunciati, non solo è opportuna ma necessaria*” (si richiamano in proposito, sia la giurisprudenza EDU,

¹² In numero pari a quello dei componenti politici, ossia i componenti della commissione giustizia del Parlamento.

Grande Chambre, 15 ottobre 2009, *Micallef c. Malte*, e quella della Corte Costituzionale italiana, sentenza n. 305 del 2002).

Tuttavia, il Collegio rileva che vi siano più soluzioni possibili e che tale scelta spetti al Legislatore, il quale dovrebbe per di più intervenire con legge costituzionale.

Evidenza, inoltre, l'aggravio di spesa che l'intervento comporta e decide di optare per una intermedia soluzione monitoria (*rectius*, additiva di principio, secondo la tipologia delle decisioni della Corte Costituzionale italiana, con la quale non coincide però pienamente¹³), assegnando al Legislatore un termine di sei mesi per provvedere, decorso

¹³ La Corte Costituzionale italiana utilizza tale tipo di pronuncia nelle ipotesi in cui l'accertamento dell'incostituzionalità si scontra con la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore nell'individuazione di una tra le possibili soluzioni idonee a rendere la disposizione compatibile con la Costituzione. La Corte, a partire dalla seconda metà degli Anni Ottanta, ha fatto talvolta ricorso a tali sentenze, anziché ad un semplice monito, dichiarando l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto del giudizio «nella parte in cui nom» (come nelle additive «classiche»), ma senza procedere ad individuare il frammento normativo mancante, indicando piuttosto il principio generale o fondamentale cui rifarsi nel riempire di contenuti la lacuna riscontrata.

Con la sentenza additiva di principio, la Corte instaura, dunque, un dialogo, non solo con il legislatore, chiamato a colmare il difetto di normazione, ma anche con i giudici, sui quali ricade, nelle more dell'intervento legislativo, il compito di dar seguito, nella concretezza dei rapporti giuridici, al principio enunciato nella decisione di illegittimità costituzionale.

Un esempio è dato dalla sentenza n. 77 del 2007, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della Legge n. 1034 del 1971, nella parte in cui non prevedeva che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta dal giudice privo di giurisdizione si conservassero, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione. La Consulta ha, in questo caso, rilevato come «[n]el rispetto di tali limiti costituzionali, il legislatore ordinario – ferma l'esigenza di disporre che ogni giudice, nel declinare la propria giurisdizione, deve indicare quello che, a suo avviso, ne è munito – è libero di disciplinare nel modo ritenuto più opportuno il meccanismo della riassunzione (forma dell'atto, termine di decadenza, modalità di notifica e/o di deposito, eventuale integrazione del contributo unificato, ecc.) sulla base di una scelta di fondo a lui soltanto demandata: stabilire, cioè, se mantenere in vita il principio per cui ogni giudice è giudice della propria giurisdizione ovvero adottare l'opposto principio seguito dal codice di procedura civile (art. 44) per la competenza».

La Corte Costituzionale italiana ha, poi, sperimentato una variante delle c.d. sentenze additive di principio, ovvero quelle non immediatamente applicabili dal giudice remittente, che dovrà, pertanto, disporre un differimento della causa per un tempo ragionevole, in modo da consentire al Legislatore di intervenire. Ove nel termine fissato per la prosecuzione della causa, il Legislatore non provveda il giudice *a quo* deve sollevare la questione di fronte alla Corte Costituzionale (Cfr. Corte Cost.11 giugno 2014, n. 170; Corte Cost., 18 novembre 2013, n. 278).

Si noti come, nel caso in esame, lo schema della sentenza additiva di principio e, quindi, l'applicazione da parte dei giudici del principio indicato dalla Corte Costituzionale nelle more dell'intervento legislativo, non funzioni, mancando proprio la regola attributiva di competenza, ossia (fisicamente) un giudice imparziale competente a decidere le cause coinvolgenti i magistrati, che non può essere individuato in via di principio autonomamente dai giudici investiti della controversia.

Si veda in proposito, per una sintesi delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale, il QUADERNO PREDISPOSTO IN OCCASIONE DELL'INCONTRO DI STUDIO CON LA CORTE COSTITUZIONALE DI UNGHERIA, Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010, a cura di M. Bellocci e T. Giovannetti, in *www.cortecostituzionale.it*. Cfr. Altresì R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2019, pagg. 486-500; M. MAZZIOTTI DI CELSO, G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2018, pagg. 541-547; A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Il Mulino Manuali, Bologna, 2018, pagg. 454 – 460; A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2017, pagg. 624 – 626; AMOROSO G. PARODI G., *Il giudizio costituzionale – Pratica giuridica, Giurisprudenza e dottrina*, Seconda serie diretta da O. FANELLI, Giuffrè Editore, Milano, 2015, pagg. 331 – 424; G. ROLLA, *Il sistema costituzionale italiano. La giustizia costituzionale*, Vol. IV, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pagg. 457 – 478; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia*

il quale il Collegio potrà riaprire direttamente¹⁴ il procedimento e dettare una norma provvisoria, che ponga rimedio alla rilevata violazione dei principi costituzionali in gioco, ferma restando la possibilità per il Consiglio Grande e Generale di intervenire in qualsiasi momento con una nuova disciplina legislativa.

Si noti che il Collegio rileva, altresì, come tra le molteplici soluzioni possibili vi sia anche l'attribuzione delle competenze sui giudizi coinvolgenti magistrati al Giudice speciale per la responsabilità civile, ossia la soluzione proposta dal rimettente e già individuata dal Collegio Garante nelle pronunce del 2004, che tra le righe della motivazione lascia intendere sarebbe poi la disciplina provvisoria, che intenderebbe adottare, ossia quella “*che l'ordinamento giuridico sammarinese consente per analogia*”.

3. Considerazioni critiche all'ordinanza in commento e “stato dell'arte” ad un anno dalla sua pronuncia

La decisione in esame si presta a molteplici considerazioni critiche, in fatto e in diritto, alcune delle quali sono state già parzialmente anticipate.

I fatti sono essenzialmente due e refluiscano sulla bontà della decisione, che in astratto potrebbe anche essere condivisa.

Il primo è che l'ordinanza in commento interviene a quindici anni da altre due sentenze monitorie di analogo contenuto, con la differenza che, in questa occasione, il monito (che a ben vedere tale non è più, connotandosi piuttosto come ordine, essendo assimilabile, ma solo in parte, alla sentenza additiva di principio conosciuta dall'ordinamento italiano, alla quale sono estranei sia l'assegnazione di un termine definito per l'adempimento sia l'intervento diretto della Corte Costituzionale in caso di inerzia del Legislatore) è accompagnato da un termine di sei mesi per adempiere e dalla conseguenza di una, pur cedevole, disciplina provvisoria da dettarsi dal medesimo Collegio Garante, in caso di inadempimento all'obbligo costituzionale gravante sul Legislatore.

La seconda e più grave circostanza è che, decorso ormai un anno dalla pronuncia, il Legislatore non è intervenuto né è tornato ad esprimersi il Collegio Garante.

Pertanto, da un lato, il Giudice costituzionale stesso ha già reso vano il monito rafforzato indirizzato al Legislatore e, quindi, dopo quindici anni di distanza e di inerzia, nella permanenza di una riconosciuta falla di costituzionalità del sistema giudiziario sammarinese, non ha realmente modificato le proprie originarie statuizioni, arroccandosi in una - opinabile e contrastante nella fattispecie con la sua funzione di garanzia - posizione di *self restraint*.

Dall'altro lato, l'abdicazione del Collegio all'esercizio del potere di statuizione di una disciplina provvisoria della materia, come costituzionalmente obbligatoria, seppur non “a rime obbligate”, ossia con soluzione costituzionalmente definita e vincolata, che lo stesso si è auto attribuito, una volta decorso il termine semestrale assegnato al

costituzionale, Il Mulino, Bologna 2012, pagg. 381 – 405; T. MARTINES, *Diritto costituzionale – Edizione per i corsi universitari di base*, G. SILVESTRI (a cura di), Giuffrè Editore, Milano, 2011, pagg., 333 – 343; T. MARTINES, *Diritto pubblico*, VI Edizione, Riveduta e aggiornata da L. VENTURA, Giuffrè Editore, Milano, 2015, pagg. 392- 399; P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1998, pagg. 362 – 369; G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1991, pagg. 435 – 440.

¹⁴ Tale ipotesi di intervento diretto è esclusa dell'ordinamento italiano, che presuppone invece una nuova sollevazione della questione di fronte alla Corte Costituzionale, per la pronuncia di una sentenza additiva *tout court* o “di regole”, che disponga la diretta manipolazione del testo legislativo, sostituendosi al Legislatore rimasto inerte a seguito della sentenza additiva di principio, non direttamente applicabile dal giudice *a quo*.

Legislatore per provvedere, al fine di ripristinare la legalità costituzionale del sistema, ha determinato una situazione di incostituzionalità permanente, dove, per di più, nelle cause analoghe, i giudici ritardano la sentenza in attesa della novella legislativa, con ulteriore *vulnus* ai principi del giusto processo e della sua ragionevole durata.

Alla luce di quanto sopra - passando alle criticità in diritto - la soluzione additiva, proposta dal rimettente sulla scorta delle sentenze del 2004 del medesimo Collegio Garante, è da rivalutare (e avrebbe dovuto essere più attentamente valutata dal Collegio), restando al momento l'unica possibilità per ripristinare la legalità costituzionale dell'ordinamento sammarinese.

Contrariamente a quanto sostiene il Collegio, non sono solo i diritti di difesa e al processo che vengono pregiudicati dalla attuale situazione, ma anche i principi che presiedono all'esercizio delle funzioni giurisdizionali, *in primis* l'imparzialità del giudice.

Infatti, l'errore in cui il giudicante è incorso è stato quello di ricollegare i predetti principi ad una (ritenuta insussistente) necessità di istituire un giudice speciale competente a giudicare i giudici, passando così dal problema alla possibile soluzione ad esso.

Aggiungasi (ma non ultimo) che l'individuazione di un nuovo giudice da parte del Legislatore comporterebbe per le cause pendenti o comunque per i rapporti giuridici sorti anteriormente, la violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge (c.d. principio della precostituzione legislativa del giudice).

Se si conviene infatti, sulla necessità (ma non sufficienza) degli istituti di astensione e ricusazione per garantire l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici e se ne rileva l'insufficienza proprio nel caso in esame, non si possono escludere dal parametro tali principi di indipendenza e imparzialità, cadendo altrimenti in una inammissibile contraddizione.

In altri e più chiari termini, ciò che manca nell'ordinamento giudiziario sammarinese è un giudice terzo ed imparziale, competente a giudicare le cause che riguardino altri giudici, rivelandosi insufficiente il ricorso agli istituti della astensione e ricusazione (e ciò vale in generale, anche negli altri ordinamenti, come sopra osservato, che affiancano a detti istituti, un meccanismo aggiuntivo capace di garantire indipendenza e imparzialità, evitando astensioni di massa, ingestibili nell'ambito del medesimo distretto giudiziario), né potendosi applicare un meccanismo tabellare analogo a quello italiano, portato ad esempio, esistendo un unico distretto giudiziario.

Indipendenza e imparzialità del giudice da un lato e diritto di difesa e ad un giusto processo di ragionevole durata dall'altro costituiscono pertanto un binomio inscindibile, che il Collegio Garante non avrebbe dovuto considerare separatamente, poiché l'imparzialità del giudice, intesa anche come apparenza di imparzialità, sono garanzie indefettibili perché un processo possa dirsi giusto.

Ove l'imparzialità del giudice o anche solo l'apparenza di essa non possa essere garantita (e si è detto come, nel caso in esame, certamente non sia garantita), il *vulnus* ai principi del giusto processo è certo e intollerabile.

Emblematico in tal senso è il caso richiamato dallo stesso Collegio, di cui alla sentenza della Corte EDU, Grande Chambre, 15 ottobre 2009, *Micallef c. Malte*.

La Corte, premessa la distinzione tra imparzialità soggettiva¹⁵ e oggettiva¹⁶, pone l'accento su quest'ultima, alla quale ha fatto ricorso nella maggior parte dei casi decisi, ed alla sua funzione di garantire non solo l'imparzialità effettiva, ma anche la sua apparenza, poiché l'esigenza principale non è quella di assicurare soltanto la neutralità rispetto ai litiganti, ma anche la neutralità rispetto alla decisione presa (in applicazione delle regole del "giusto processo" garantito anche dalla Dichiarazione sammarinese dei diritti).

Ed infatti, *« en la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance ou, comme le dit un adage anglais, « justice must not only be done, it must also be seen to be done » (il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous) (De Cubber, précité, § 26). Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables. Doit donc se déporter tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité (Castillo Algar c. Espagne, 28 octobre 1998, § 45, Recueil 1998-VIII).*

Pour que les tribunaux inspirent au public la confiance indispensable, il faut de surcroît tenir compte de considérations de caractère organique (Piersack c. Belgique, 1er octobre 1982, § 30 d), série A no 53). L'existence de procédures nationales destinées à garantir l'impartialité, à savoir des règles en matière de déport des juges, est un facteur pertinent. De telles règles expriment le souci du législateur national de supprimer tout doute raisonnable quant à l'impartialité du juge ou de la juridiction concernée

¹⁵ *« L'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris et peut s'apprécier de diverses manières. Selon la jurisprudence constante de la Cour, aux fins de l'article 6 § 1, l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, en tenant compte de la conviction personnelle et du comportement de tel juge, c'est-à-dire du point de savoir si celui-ci a fait preuve de parti pris ou préjugé personnel dans tel cas, et aussi selon une démarche objective consistant à déterminer si le tribunal offrait, notamment à travers sa composition, des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité (voir, entre autres, Fey c. Autriche, 24 février 1993, §§ 27, 28 et 30, série A no 255-A, et Wettstein c. Suisse, no 33958/96, § 42, CEDH 2000-XII).*

Pour ce qui est de la démarche subjective, le principe selon lequel un tribunal doit être présumé exempt de préjugé ou de partialité est depuis longtemps établi dans la jurisprudence de la Cour (voir, par exemple, Kyprianou c. Chypre [GC], no 73797/01, § 119, CEDH 2005-XIII). La Cour a dit que l'impartialité personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à preuve du contraire (Wettstein, précité, § 43). Quant au type de preuve exigé, la Cour s'est par exemple efforcée de vérifier si un juge avait fait montre d'hostilité ou de malveillance pour des raisons personnelles (De Cubber c. Belgique, 26 octobre 1984, § 25, série A no 86).

Dans la très grande majorité des affaires soulevant des questions relatives à l'impartialité, la Cour a eu recours à la démarche objective. La frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est cependant pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective) mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective) (Kyprianou, précité, § 119). Ainsi, dans des cas où il peut être difficile de fournir des preuves permettant de réfuter la présomption d'impartialité subjective du juge, la condition d'impartialité objective fournit une garantie importante de plus (Pullar c. Royaume-Uni, 10 juin 1996, § 32, Recueil 1996-III)» (Punti 93, 94 e 95).

¹⁶ *« Pour ce qui est de l'appréciation objective, elle consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. Il en résulte que, pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter d'un juge ou d'une juridiction collégiale un défaut d'impartialité, l'optique de la personne concernée entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiées (Wettstein, précité, § 44, et Ferrantelli et Santangelo c. Italie, 7 août 1996, § 58, Recueil 1996-III).*

L'appréciation objective porte essentiellement sur les liens hiérarchiques ou autres entre le juge et d'autres acteurs de la procédure (voir les affaires de cours martiales, par exemple Müller et autres c. Royaume-Uni, nos 45825/99, 45826/99 et 45827/99, 26 octobre 2004 ; voir aussi les affaires ayant trait à la double fonction du juge, par exemple Mežnarić c. Croatie, no 71615/01, § 36, 15 juillet 2005, et Wettstein, précité, § 47, où l'avocat qui avait représenté les adversaires du requérant a ensuite jugé l'intéressé dans le cadre respectivement d'une même procédure et de procédures concomitantes) ; pareille situation justifiait objectivement des doutes quant à l'impartialité du tribunal et ne satisfaisait donc pas à la norme de la Convention en matière d'impartialité objective (Kyprianou, précité, § 121). Il faut en conséquence décider dans chaque cas d'espèce si la nature et le degré du lien en question sont tels qu'ils dénotent un manque d'impartialité de la part du tribunal (Pullar, précité, § 38)» (punti 96 e 97).

et constituent une tentative d'assurer l'impartialité en éliminant la cause de préoccupations en la matière. En plus de garantir l'absence de véritable parti pris, elles visent à supprimer toute apparence de partialité et renforcent ainsi la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer au public (Mežnarić, précité, § 27). La Cour prendra ces règles en compte pour apprécier si le tribunal a été impartial et, notamment, si les craintes du requérant peuvent passer pour objectivement justifiées (voir, mutatis mutandis, Pescador Valero c. Espagne, no 62435/00, §§ 24-29, CEDH 2003-VII)" (punti 98 e 99)¹⁷.

Il predetto insegnamento della Corte EDU è stato poi ribadito con la sentenza CEDU del 9 luglio 2013 - Ricorso n.51160/06 - *Di Giovanni c. Italia*, dove, al fine di verificare se il giudice sia «*indipendente*» e «*imparziale*» ai sensi dell'articolo 6 § 1 della Convenzione, si ritiene ancora una volta “*necessario prendere in considerazione, in particolare, le modalità di designazione e la durata del mandato dei suoi componenti, l'esistenza di una tutela contro le pressioni esterne e se vi sia o meno una parvenza d'indipendenza. Quanto al requisito d'«imparzialità», esso riveste due aspetti. Occorre innanzitutto che il tribunale non manifesti soggettivamente alcuna presa di posizione né pregiudizio personale. Il tribunale deve essere poi oggettivamente imparziale, vale a dire offrire garanzie sufficienti ad escludere ogni legittimo dubbio al riguardo (Findlay c. Regno Unito, 25 febbraio 1997, § 73, Recueil 1997-I)*”.

Alla luce delle considerazioni suesposte, sarebbe stato auspicabile un intervento più incisivo del Collegio Garante.

Infatti, se da un lato il *self restraint* nei confronti del Legislatore può ritenersi astrattamente condivisibile¹⁸, in relazione alla fattispecie in esame, assume un inammissibile connotato di *non liquet*, soprattutto alla luce del lungo tempo trascorso dal precedente monito del Garante e della perdurante incostituzionalità del sistema giudiziario con permanente violazione dei sopra illustrati principi, che presiedono al giusto processo e all'esercizio delle funzioni giurisdizionali.

Quantomeno, la decisione in commento, pur non integralmente condivisibile, avrebbe dovuto essere eseguita, *in primis* dal Legislatore (il Consiglio Grande e Generale), con l'approvazione della necessaria disciplina della competenza a giudicare i giudici per le cause penali e amministrative, e comunque dal Collegio Garante stesso che avrebbe dovuto statuire, questa volta con una sentenza additiva *tout court* e non solo di principio a seguito dell'inadempimento del Legislatore, la prospettata disciplina provvisoria, che non può essere che ricavata dai principi costituzionali sammarinesi, applicati all'ordinamento giurisdizionale vigente.

Niente di tutto ciò è avvenuto, aggiungendo incostituzionalità ad incostituzionalità, e l'interrogativo iniziale su chi debba essere il giudice dei giudici della Serenissima Repubblica diventa sempre più pressante e bisognoso di urgente soluzione.

¹⁷ In tal senso, la Corte EDU si era già espressa, ad esempio, nelle sentenze sopra citate *Procola v. Luxembourg* del 28.9.1995 e *Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n. 46295/99, § 78, CEDH 2002-IV.

I principi generali riguardanti il metodo per valutare l'imparzialità di un «tribunale» sono esposti, tra altre, nelle seguenti sentenze: *Padovani c. Italia*, 26 febbraio 1993, § 20, serie A n. 257-B; *Thomann c. Svizzera*, 10 giugno 1996, § 30, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III; *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, 7 agosto 1996, § 58, *Recueil* 1996-III; *Castillo Algar c. Spagna*, 28 ottobre 1998, § 45, *Recueil* 1998-VIII; *Wetstein c. Svizzera*, n. 33958/96, § 44, CEDU 2000 XII; *Morel c. Francia*, n. 34130/96, § 42, CEDU 2000-VI; e *Cianetti c. Italia*, n. 55634/00, § 37, 22 aprile 2004”. Più di recente, cfr. la sentenza CEDU del 4 marzo 2014 - Ricorso n. 18640/10 - *Grande Stevens e altri c. Italia*).

¹⁸ Anche il sistema di giustizia costituzionale italiano preclude alla Corte l'invasione della sfera discrezionale del Legislatore (art. 28 della Legge 11 marzo 1953 n. 87).

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti

Co-direttori: Luigi Mari, Lucio Monaco, Paolo Morozzo Della Rocca.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Jean Andreau, Franco Angeloni, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Francesco Paolo Casavola, Alberto Clini, Maria Grazia Coppetta, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Alberto Fabbri, Carla Faralli, Fatima Farina, Vincenzo Ferrari, Paolo Ferretti, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Peter Gröschler, Guido Guidi, Giovanni Luchetti, Guido Maggioni, Valerio Marotta, Realino Marra, Paolo Pascucci, Susi Pelotti, Aldo Petrucci, Paolo Polidori, Elisabetta Righini, Orlando Roselli, Eduardo Rozo Acuña, Gianni Santucci, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Massimo Rubechi.

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Massimiliano Orazi, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore, Giordano Fabbri Varliero.

Cultura giuridica e diritto vivente è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
