

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

6/2022

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighi, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Giulia Mentasti, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

P. BECCARI, <i>Le prime difficoltà applicative della nuova fattispecie di “revenge porn” in caso di diffusione del materiale da parte di soggetti estranei al rapporto sessuale.....</i>	5
I. ERCOLE, <i>Falsi d’arte e confisca in assenza di condanna, tra tentativi definitivi e prassi applicativa.....</i>	25
F. LAZZARINI, <i>L’appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento: dagli Stati Uniti un modello per l’Italia?.....</i>	45
F. DELLA CASA, <i>I rimedi preventivi a tutela dei diritti e della dignità del detenuto. Parallelismi tra l’evoluzione normativa italiana e quella francese.....</i>	91
L. BUSCEMA, <i>Giustizia riparativa e negazionismo: ricordare, rimediare e riflettere per riconciliare.....</i>	111
G. ACCINNI, <i>L’utilizzo criminogeno della blockchain: gli smart contract</i>	133
A. FALCONE, <i>Indipendenza e imparzialità del giudice quali presupposti per un’effettiva tutela del principio della presunzione di innocenza.....</i>	149

INDIPENDENZA E IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE QUALI PRESUPPOSTI PER UN'EFFETTIVA TUTELA DEL PRINCIPIO DELLA PRESUNZIONE DI INNOCENZA

Nota alla sentenza

*Corte di giustizia UE, 16 novembre 2021, cause riunite da C-748/19 a C-754/19,
Procedimenti penali a carico di WB e altri*

di Antonella Falcone

Abstract. *Con una pronuncia del 16 novembre 2021, la Corte di giustizia, nel pronunciarsi sulla normativa polacca in materia di distacco dei giudici, ha fissato per la prima volta il principio secondo cui l'indipendenza e l'imparzialità del giudice chiamato ad accertare la responsabilità penale sono necessarie affinché la presunzione di innocenza sia effettivamente garantita. La sentenza ribadisce, inoltre, la precarietà dello Stato di diritto in Polonia, in cui il potere giudiziario rischia costantemente manipolazioni da parte del potere politico.*

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. I precedenti giurisprudenziali. – 3. Lo stretto legame tra indipendenza, imparzialità e presunzione di innocenza. 4. L'estensione della Direttiva 2016/343 al procedimento cautelare e il giudizio sull'apparenza del reato. – 5. Conclusioni.

1. Il caso.

Con la sentenza depositata lo scorso 16 novembre 2021 la Grande Sezione della Corte di giustizia, nel pronunciarsi sulla normativa polacca in materia di distacco dei giudici, ha colto l'occasione per occuparsi di alcuni aspetti inerenti alla presunzione di innocenza di cui alla Direttiva 2016/343. Di particolare rilievo è l'aver fissato il principio secondo cui l'indipendenza e l'imparzialità del giudice chiamato ad accertare la responsabilità penale sono necessarie affinché la presunzione di innocenza sia effettivamente garantita.

Il caso al vaglio della Corte dell'UE trae origine dai dubbi che il Tribunale di Varsavia, giudice del rinvio, nutre sulla conformità della composizione dei collegi giudicanti chiamati ad accertare la responsabilità penale con l'articolo 19, paragrafo 1, TUE secondo comma, in combinato disposto con l'art. 2 TUE e sulla questione se le norme sull'ordinamento giudiziario polacco violino la presunzione di innocenza di cui all'art. 6, paragrafi 1 e 2, letto alla luce del *considerando* n. 22 della Direttiva 2016/343.

La normativa polacca, infatti, consente al Ministro della Giustizia «sulla base di criteri che non sono pubblici, da un lato, di trasferire un giudice presso un organo giurisdizionale penale di grado superiore per un periodo di tempo determinato o indeterminato e, dall'altro lato, in qualsiasi momento e con decisione priva di motivazione, di revocarne il distacco, indipendentemente dalla durata determinata o indeterminata di quest'ultimo»¹.

Il Tribunale di Varsavia teme che in un sistema così strutturato i giudici si sentano in dovere di rispondere alle aspettative del Ministro della Giustizia circa il modo di giudicare in futuro. Il distacco potrebbe difatti costituire un surrogato di promozione presso un organo giurisdizionale di grado superiore per il caso in cui il giudice ordinario si conformi alle indicazioni del Ministro o, al contrario, una sorta di "sanzione" nell'ipotesi in cui il trasferimento presso un Tribunale di grado inferiore consegua all'emissione di una o più decisioni che non incontrano l'approvazione politica.

Ciò che desta ancora più preoccupazione per il giudice polacco è che in Polonia il Ministro della Giustizia ricopre la posizione di Procuratore generale, finendo per disporre in tal modo di un potere non solo sui giudici distaccati ma anche sui Procuratori ordinari nell'ambito di un determinato procedimento penale. Peraltro, gli stessi giudici trasferiti potrebbero contestualmente assumere il ruolo di sostituti del delegato alla disciplina degli organi giurisdizionali ordinari, anch'essi nominati dal Ministro della Giustizia, facendo così sorgere, a detta dell'Avvocato generale, «dubbi legittimi nei singoli in merito all'impermeabilità degli altri membri dei collegi giudicanti di cui trattasi nei confronti di elementi esterni»².

Il Tribunale del rinvio chiede, inoltre, ai giudici dell'UE se l'indipendenza e la presunzione di innocenza siano disattese per il fatto che le impugnazioni avverso le emanate sentenze nei procedimenti principali dinanzi alla Corte suprema possano essere assegnate a un giudice nominato su proposta dal Consiglio Nazionale della Magistratura polacco, organo i cui componenti sono eletti da una Camera del Parlamento. Altre due questioni pregiudiziali vengono invero sollevate. Con la terza il Tribunale polacco si interroga «sugli effetti giuridici delle sentenze adottate da un collegio giudicante costituito da uno o più giudici distaccati dal Ministro della Giustizia e, in caso di impugnazione, sugli effetti giuridici di una decisione della Corte suprema adottata con la partecipazione di un giudice nominato su proposta del Consiglio Nazionale stesso»³. La quarta questione, infine, è strettamente collegata alla precedente e verte sulle conseguenze che la decisione del giudice che si pronuncia in senso favorevole o sfavorevole all'imputato può avere sulla risoluzione del terzo dubbio interpretativo.

¹ Corte giust UE, 16 novembre 2021, cause riunite da C-748/19 a C-754/19, Procedimenti penali a carico di WB e altri, punti 17 e 95. Cfr. *Ustawa Prawo o ustroju sądów powszechnych* (legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali ordinari), del 27 luglio 2001, nella versione applicabile alle controversie principali (Dz. U. del 2019, posizione 52).

² *IB.*, punto 71.

³ *IB.*, punti 2-3.

I giudici di Lussemburgo dichiarano ricevibile solo il primo dei quesiti pregiudiziali, ritenendo gli altri quattro puramente ipotetici, in quanto presuppongono una futura ed imprevedibile impugnazione avverso le emanande sentenze nei procedimenti principali. Essi evidenziano altresì che il Tribunale del rinvio ha ommesso di precisare l'eventuale pertinenza delle risposte ai quesiti rigettati ai fini delle decisioni che esso deve adottare nei procedimenti principali⁴.

Con riguardo alla questione accolta, il Governo polacco intervenuto nella causa sottolinea che «il collegamento con il diritto dell'Unione stabilito dal giudice del rinvio e che risulterebbe, ad avviso del medesimo, dall'esame dei procedimenti penali stessi» e dalla necessità di assicurare i diritti della difesa di ciascun imputato, soprattutto in forza della Direttiva 2016/343, «non sarebbe sufficientemente reale da far ritenere che, per dirimere le controversie di cui detto giudice è investito, sia necessario rispondere alla prima questione pregiudiziale formulata»⁵.

Ebbene, la Corte di giustizia disattende tale osservazione e, in via preliminare, rileva che i giudici polacchi sono parte di un sistema volto ad assicurare efficaci rimedi giurisdizionali nei «settori disciplinati dal diritto dell'Unione» ai sensi del citato articolo 19 TUE, a patto che gli stessi soddisfino le garanzie di indipendenza e imparzialità.

Queste ultime, alla luce di una valutazione complessiva di tutti gli elementi prospettati dal Tribunale del rinvio, risultano fortemente compromesse. Per la Grande sezione, il fatto che la legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali ordinari preveda il consenso da parte dei giudici destinatari del trasferimento costituisce solo apparentemente una garanzia a loro favore. La possibilità di contrastare gli effetti pregiudizievoli che potrebbero derivare da un eventuale dissenso al trasferimento richiederebbe infatti un sindacato di natura giurisdizionale sulla decisione sfavorevole del Ministro, circostanza esclusa dalla normativa polacca, la quale finisce per non accordare alcun rimedio impugnatorio alla persona trasferita, privandola al contempo del diritto di difesa.

Ne consegue che un contesto di tal tipo mette seriamente a rischio la presunzione di innocenza la quale, ai sensi del *considerando* n. 22 e dell'art. 6 della Direttiva 2016, presuppone un giudice indipendente nel valutare la colpevolezza.

Pertanto, conclude la Corte, la previsione di cui all'art. 19 TUE, letta alla luce dell'articolo 2 TUE che concretizza il valore dello Stato di diritto, e l'art. 6 della Direttiva 2016/343, in combinato con il *considerando* n. 22, ostano all'introduzione di una normativa che non rende noti *ex ante* e sindacabili *ex post* i criteri che governano il distacco degli organi giurisdizionali ordinari nei singoli procedimenti penali e le motivazioni in caso di revoca di tale distacco.

⁴ Ib., punti 95-96.

⁵ Ib., punto 46.

2. I precedenti giurisprudenziali.

L'indipendenza, l'imparzialità e la presunzione di innocenza non sono temi certamente nuovi alla Corte di giustizia⁶.

Con riguardo alla presunzione di innocenza, ad esempio, i giudici di Lussemburgo l'hanno inclusa nell'ambito dei diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento eurounitario⁷.

Quanto all'indipendenza e all'imparzialità, la sentenza in rassegna si inserisce nel solco di una nutrita giurisprudenza in materia che, peraltro, ha più volte denunciato le condizioni precarie dello Stato di diritto in Polonia⁸.

Nella decisione sul caso *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, la Corte aveva chiarito che gli Stati membri sono certamente liberi di organizzare i sistemi giudiziari nazionali in piena autonomia, ma devono avere cura di assicurare il rispetto del principio di separazione dei poteri e l'indipendenza del potere giudiziario⁹. La stessa Corte UE in passato ha riconosciuto nel principio di indipendenza delle autorità giudiziarie un valore fondante dell'Unione necessario per garantire una tutela giurisdizionale effettiva (art. 19 TUE) e il rispetto del diritto fondamentale a un giudice indipendente e imparziale di cui all'articolo 47 della Carta di Nizza e per assicurare

⁶ Per un'analisi della tutela dello Stato di diritto come valore fondativo dell'Unione europea e della progressiva costruzione di un quadro comune dei principi di indipendenza e imparzialità della magistratura nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione penale: quadri di un'esposizione in fieri*, in *Sistema penale*, pp. 1-51, reperibile online https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1639342956_deamicis-2021a-stato-di-diritto-garanzie-indipendenza-magistratura-cooperazione-giudiziaria-unione-europea.pdf. Sul punto cfr. A. RUGGERI, *La crisi dello Stato di diritto in Europa e i suoi possibili, temibili sviluppi*, in *www.eublog.eu*, 21 luglio 2021, p. 1 ss.; V. ZAGREBELSKY, *L'Unione Europea e lo Stato di diritto. Fondamento, problemi, crisi*, in *www.giustiziainsieme.it*, 28 maggio 2021, p. 1 ss.; R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI, E. CHERUBINI, F. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO, (eds.), *Dialoghi con Ugo Villani*, Cacucci, Bari, 2017, pp. 605-613.

⁷ Corte giust. UE, 8 luglio 1999, C-235/92, *Montecatini S.p.A.*

⁸ Corte giust. UE, 19 novembre 2019, cause riunite C 585/18, C 624/18 e C 625/18, *A.K.* (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema), ECLI:EU:C:2019:982; Corte giust. UE, 8 aprile 2020, causa C-791/19, *Commissione/Polonia* (Regime disciplinare dei giudici), ECLI:EU:C:2020:277. Si veda, inoltre, l'ultimo Rapporto sullo Stato di diritto in Europa per il 2020, consultabile su https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism/2020-rule-law-report_it. Cfr. N. CANESTRINI e I. IANNELLI, *Mandato di arresto europeo: verifica del principio di proporzionalità da parte dello Stato richiesto e individualizzazione del rischio di lesione del diritto fondamentale ad un processo equo*, in *Giurisprudenza penale*, pp. 4 ss., per una disamina della mancanza di indipendenza del potere giudiziario polacco e delle reazioni dell'Unione Europea, reperibile online https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2022/05/canestrini_gp_2022_5.pdf. Sul punto si legga anche M. ARANCI, *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *European Papers*, 2019, n. 2, pp. 272-283.

⁹ Corte giust. UE, 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117. Per un commento alla sentenza, si legga L. BACHMAIER WINTER, *Judicial independence in the Member States of the Council of Europe and the EU: evaluation and action*, in *ERA Forum* n. 20, 2019, pp. 113-127, reperibile online <https://doi.org/10.1007/s12027-019-00551-3>.

l'operatività del meccanismo del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE)¹⁰. Ancora, i giudici di Lussemburgo hanno riferito la nozione di indipendenza alla terzietà dell'organo giudicante intesa sia quale capacità di resistere a pressioni provenienti da terzi, sia quale imparzialità ed equidistanza dalle parti della controversia¹¹.

Con una pronuncia di poco precedente a quella in commento la Grande sezione aveva constatato che i trasferimenti di un giudice senza il suo effettivo consenso a un altro organo giurisdizionale o da una sezione all'altra di uno stesso organo contrastano con i principi di inamovibilità e di indipendenza dei giudici, rappresentando un mezzo per esercitare un controllo indiretto sul contenuto delle decisioni giudiziarie e per incidere sulla portata delle attribuzioni dei magistrati interessati, sulla trattazione dei casi loro affidati e persino sulla loro vita e carriera¹².

Alla luce di queste osservazioni, la pronuncia qui considerata si segnala per aver individuato una stretta consequenzialità logica tra imparzialità, indipendenza e presunzione di innocenza capace di incidere profondamente sul modo in cui il processo penale viene condotto e, in special modo, sui poteri decisori dei giudici nel singolo procedimento.

3. Lo stretto legame tra indipendenza, imparzialità e presunzione di innocenza.

Una prima lettura del provvedimento suscita anzitutto qualche breve riflessione sul tema della interazione dinamica tra autorità giudiziarie e organi di indirizzo politico, la quale nel settore della giustizia penale rappresenta un punto nevralgico per garantire l'effettività del principio di separazione dei poteri in ogni Stato che voglia definirsi autenticamente democratico. In questo senso l'indipendenza assicura l'equilibrio tra i poteri statuali.

In particolare, essa si configura come una garanzia della giurisdizione a tutela dell'uguaglianza dei consociati dinanzi alla legge. Inoltre, essa mira a scongiurare un'indebita ingerenza che potrebbe provenire da provvedimenti amministrativi e

¹⁰ Corte giust. UE, 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *ASJP*, ECLI:EU:C:2018:117 e Corte giust. UE, 9 luglio 2020, causa C-272/19, *Land Hassen*, ECLI:EU:C:2020:53.

¹¹ Cfr. Corte giust. UE, febbraio 2017, causa C-503/15, *Margarit Panicello*, ECLI:EU:C:2017:126. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, dal canto suo, ha ritenuto necessario sottolineare che «in una società democratica sia i tribunali che le autorità investigative devono rimanere liberi da pressioni politiche». A proposito di imparzialità, essa ne ha riferito la portata su due prospettive, quella del «foro interiore del magistrato», presunto imparziale fino a prova contraria, e quella della fiducia che gli organi giurisdizionali devono suscitare nella collettività e nell'accusato per assicurare una giustizia altrettanto imparziale. Cfr. Corte edu, 24 maggio 1989, *Hauschildt c. Danimarca*, ric. n. 10486/83. Questi risultati ben possono essere estesi anche allo scenario giuridico dell'UE in forza del rinvio operato dalla Carta di Nizza alla CEDU.

Il giudice non deve essere solo soggettivamente imparziale, ma deve apparire anche oggettivamente tale, sì da suscitare fiducia nella collettività. In tal senso si legga, O. MAZZA, voce *Contraddittorio*, in *ED*, Annali, p. 249.

¹² Corte giust. UE, 6 ottobre 2021, causa C-487/19, *W. Ž. e des affaires publiques de la Cour suprême – nomination*, ECLI:EU:C:2021:798.

legislativi o da gruppi di pressione e di interessi politici o economici capaci di ledere la libertà di coscienza e di interpretazione della legge delle autorità giudiziarie¹³.

Oltre all'indipendenza organica esterna (o istituzionale) dai poteri di indirizzo politico va considerata pure quella interna, la quale guarda alle intrusioni sul processo decisionale dei magistrati da parte dei membri dell'Ufficio di appartenenza o di un rappresentante dell'organo di Governo giudiziario, evenienza, questa, tutt'affatto che remota in Polonia.

Il profilo di maggiore risalto, tuttavia, è rappresentato dall'indipendenza c.d. funzionale interna, espressione con la quale si allude al momento di applicazione delle norme penali da parte del giudice al singolo caso senza che questi riceva ordini, suggerimenti o pressioni, dirette o indirette o subisca distacchi e trasferimenti immotivati suscettibili di alterare il sereno esercizio delle funzioni decisorie e lo spirito di imparzialità dello stesso.

Ebbene, nel caso al vaglio della Corte UE, si profila il rischio, anche solo in astratto, che tutti questi aspetti della indipendenza subiscano una compromissione.

Infine, vi è da considerare che l'indipendenza del sistema giudiziario è anche una garanzia individuale; considerazione, questa, avallata dalle più importanti fonti di diritto internazionale e sovranazionale, quali l'art. 6 par. 1 Cedu, l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e l'art. 47 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali dell'Unione europea.

A ben vedere, proprio tale accezione è valorizzata dalla Grande sezione nel compiere il passaggio dal piano della legge sull'organizzazione dell'ordinamento giudiziario a quello dei valori che informano il processo penale: ciò al fine di tutelare un principio di civiltà dal valore giuridico, e prima ancora politico, quale è quello rappresentato dalla presunzione di innocenza.

D'altro canto, quest'ultima riassume tutte le garanzie che veicolano un accertamento penale equo, quali il «diritto alla difesa, il contraddittorio, l'inviolabilità della libertà personale, la riserva di giurisdizione e l'imparzialità del giudice»¹⁴.

Come è noto, la presunzione di innocenza è da sempre al centro di scontri ideologici proprio in merito a «scelte di valore fondamentali»¹⁵ per la democraticità dello

¹³ M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milano 1984, p. 45 ss.

¹⁴ G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Torino, p. 5. L'autore richiama altresì la posizione di Carrara, il quale riferiva alla presunzione di innocenza tutte le condizioni di legittimità del procedimento e del diritto processuale penale. Cfr. F. CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Prato 1881, p. 18.

¹⁵ L'espressione si deve a G. ILLUMINATI, *id.*, p. 12 ss. In passato, l'acceso confronto attorno al principio ha riguardato in particolar modo la dottrina italiana, più esattamente la scuola classica, da un lato, e quella tecnico giuridica, dall'altra. Tra i giuristi della scuola classica si annoverano G. CARMIGNANI secondo cui «spesso avviene che gli uomini si astengano dal delinquere, anziché commettan delitti», in *Elementi del diritto criminali*, vol. I, Malta, 1848, p. 249 e L. LUCCHINI per il quale la presunzione di innocenza si estrinseca nella regola del *in dubio pro reo*, in *Elementi di procedura penale*, in *Riv. Pen.*, vol. XVII, 1803, p. 318 s. Al contrario, per R. GAROFALO, la presunzione di innocenza fino alla sentenza definitiva è «una assurda e vuota frase e molte volte il giudizio è anticipato e la condanna pronunziata dal tribunale della pubblica opinione», *La detenzione preventiva*, in *Scuola pos.*, vol. II, 1892, p. 199. A favore è E. FERRI per il quale nella presunzione di innocenza si ravvisa «un fondo di verità», quantomeno con riguardo ai non recidivi e fino alla condanna di

Stato. Nel tempo ci si è in particolar modo sforzati di individuare i contorni di tale principio nel tentativo di affrancarlo da una originaria scarsa determinatezza della sua definizione, la quale ha prestato il fianco a strumentalizzazioni e interpretazioni poco garantiste. Oggi se ne individua pacificamente un duplice significato, come regola di trattamento e regola di giudizio. Se con la prima espressione si fa generalmente riferimento alla condizione dell'imputato e alla sua libertà personale, con la seconda si è soliti indicare l'acquisizione del materiale probatorio e la sua valutazione.

A livello sovranazionale, la stessa Direttiva 2016/343 invocata dal giudice del rinvio polacco sviluppa il principio *de quo* lungo tre principali direttrici, rispettivamente concernenti il divieto di presentare in pubblico l'indagato o l'imputato come colpevole (artt. 4-5); l'onere della prova (art. 6); e il diritto al silenzio e alla non autoincriminazione (art. 7).

Guardando più da vicino all'*onus probandi*, l'art. 6 precisa che la prova della colpevolezza di indagati e imputati incombe sulla pubblica accusa e che qualsiasi dubbio in merito dovrebbe valere in favore del soggetto sottoposto all'accertamento penale. Ora, tale previsione va letta in combinato con il *considerando* n. 22 che fa salvi i poteri di accertamento esercitati dal giudice e la sua indipendenza nel valutare la colpevolezza dell'indagato o dell'imputato, soprattutto, e a maggior ragione, nel caso di presunzioni di fatto o di diritto o quando circostanze specifiche e legittime giustifichino un'inversione dell'onere probatorio.

4. L'estensione della Direttiva 2016/343 al procedimento cautelare e il giudizio sull'apparenza del reato.

Un profilo non meno significativo da analizzare nella decisione in parola attiene all'ambito applicativo della sentenza in esame, in quanto l'effettività della presunzione di innocenza, rispetto alla quale la Corte postula l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici, è riferita alla fase dell'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, mancando ogni riferimento esplicito ad altre fasi procedurali precedenti nelle quali accade sovente che un mero sospetto nei confronti di indagati e indiziati ceda il passo a fuorvianti pregiudizi.

È facile osservare che il giudice del rinvio ha delimitato il quesito interpretativo relativo alla mancanza di indipendenza e imparzialità dei collegi giudicanti con riguardo alla sola fase dell'accertamento della colpevolezza.

Occorre, tuttavia, constatare che il rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Varsavia verte essenzialmente sull'interpretazione delle previsioni di cui all'art. 6. paragrafi 1 e 2, e al *considerando* 22 della Direttiva 2016/343, le quali si rivolgono indifferentemente ad indagati ed imputati. Per di più, la disciplina europea oggetto di

primo grado, in *Discorso alla Camera* (22 maggio 1912), in *Commento al codice*, vol. III, p. 353. L'attacco più decisivo al principio si riconduce a V. MANZINI che si esprime in termini di principio «paradossale e contraddittorio» poiché per tale autore le norme penali sono rivolte alla repressione dei delitti e la procedura penale è un sistema di difesa sociale, in *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912, p. 53 s.

analisi si applica espressamente a qualsiasi persona fisica indagata o imputata in procedimenti penali e a tutte le fasi del procedimento penale, dal momento in cui è sospettata o accusata di aver commesso un reato e fino alla sentenza conclusiva che statuisce sulla sua colpevolezza (Articolo 2).

È il caso di segnalare che la Corte di giustizia con una decisione del 2019 ha escluso l'estensione della presunzione di innocenza – almeno per quanto attiene ai profili inerenti all'onore probatorio – al procedimento cautelare, giungendo ad affermare che «l'articolo 6 della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali e gli articoli 6 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non sono applicabili a una normativa nazionale che subordina la rimessione in libertà di una persona sottoposta a custodia cautelare alla prova, da parte di tale persona, di nuove circostanze che giustifichino tale rimessione in libertà»¹⁶.

In quell'occasione i giudici hanno giustificato la soluzione a cui sono pervenuti rilevando in via preliminare che la Direttiva persegue un'armonizzazione minima. In secondo ordine, hanno ritenuto che il riferimento alla prova della «colpevolezza», *ex art. 6*, dovesse «essere inteso nel senso che tale disposizione è volta a disciplinare la ripartizione dell'onere della prova solo in sede di adozione di decisioni giudiziarie sulla colpevolezza»; laddove, invece, la decisione sul mantenimento della custodia cautelare non può essere qualificata come tale e accordando, quindi, piena autonomia alle legislazioni nazionali, libere di legittimare un'inversione dell'onere probatorio in materia cautelare¹⁷.

La *ratio* di tale percorso argomentativo sembrerebbe potersi ravvisare, da un lato, nella necessità di salvaguardare i singoli sistemi nazionali nel settore delle cautele e, dall'altro, nella premessa secondo la quale la Direttiva europea «si risolve in un'esortazione a non cadere in imprudenti affermazioni della colpevolezza prima della condanna, proponendo così un tema essenzialmente di educazione linguistica», rispetto al quale il «solo modo per ottemperarvi è di non assumere la colpevolezza come oggetto di prova nei provvedimenti che la precedono»¹⁸.

Senonchè, per quanto la decisione di sottoporre una persona a una restrizione della libertà personale non rappresenti di per sé una pronuncia in senso stretto sulla colpevolezza, essa si fonda comunque sulla dimostrazione dell'esistenza del *fumus* che il destinatario della misura cautelare abbia commesso il reato. Questa valutazione

¹⁶ Corte di giust. UE, 28 novembre 2019, C-653/19, PPU, ECLI:EU:C:2019:1024.

¹⁷ Si legga la nota a sentenza di G. ANGIOLINI, *La Corte di giustizia esclude l'estensione della presunzione di innocenza al procedimento cautelare*, in *Sistema penale online*, in www.sistemapenale.it. Anche la Corte costituzionale italiana ha ritenuto la presunzione di non colpevolezza *ex art. 27 Cost.* un parametro estraneo all'assetto e alla conformazione delle misure restrittive della libertà personale che operano sul piano cautelare, in quanto ambito del tutto distinto da quello concernente la condanna e la pena. Cfr. Corte cost. ordd. n. 339 e 450 del 1995; sentt. n. 342 del 1983, n. 15 del 1982.

¹⁸ P. FERRUA, *La direttiva europea sulla presunzione di innocenza e i provvedimenti cautelari*, in *Il penalista*, reperibile online al <https://ilpenalista.it/articoli/focus/la-direttiva-europea-sulla-presunzione-di-innocenza-e-i-provvedimenti-cautelari>.

presuppone certamente un giudizio che, come sottolineato in dottrina, ha ad oggetto più che «la colpevolezza, la probabile colpevolezza, fermo restando lo *standard* probatorio rappresentato dalla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio»¹⁹ la quale richiede, a sua volta, l'imparzialità e l'indipendenza dell'autorità giurisdizionale deputata al vaglio della legalità della misura, così come richiesto dall'art. 5 della Cedu.

5. Conclusioni.

Tale sintetico *excursus* ci consente di concludere con alcune brevi considerazioni.

La decisione in rassegna rappresenta senz'altro un ulteriore tassello nel percorso giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo a tutela dei principi e dei diritti fondamentali su cui si fonda l'UE. I giudici europei hanno consacrato l'indipendenza e l'imparzialità quali presupposti indefettibili di ogni sistema di giustizia penale per le implicazioni che esse hanno non solo sullo Stato di diritto ma soprattutto sulla neutralità metodologica dei giudici penali e sulla presunzione di innocenza. Quest'ultima, a sua volta, presiede al rispetto delle garanzie partecipative, dei diritti di difesa e della libertà di indagati ed imputati.

Ciò che emerge con tutta evidenza dal caso in oggetto è l'idoneità della disciplina riguardante la promozione e i trasferimenti dei magistrati – ma potremmo annoverare anche le norme relative a mandati, mobilità, reclutamento, formazione e retribuzioni e quelle che riconoscono loro libertà di espressione, di opinione, di associazione e di riunione – ad incentivare oppure arginare il fenomeno delle manipolazioni politiche del potere giudiziario. Al contempo, una normativa come quella polacca ha ricadute sul processo penale e, nella fattispecie, sul modo in cui gli organi giurisdizionali esercitano le proprie funzioni decisorie.

A tal proposito, il rischio incombente in Polonia, in cui è in atto un progressivo smantellamento delle garanzie dei giudici già dal 2015, è che la magistratura penale diventi sempre di più parte della *governance* nazionale e uno strumento nelle mani della politica per controllare fenomeni criminosi, orientare costumi e comportamenti sociali e influire sulla opinione pubblica. Un rischio che deve essere scongiurato.

Dal canto suo, la presunzione di innocenza, lungi dall'essere ormai considerata una «stravaganza» emersa «dai principi della Rivoluzione francese»²⁰ o un ostacolo all'azione della giustizia, continua ad assumere una funzione orientativa, soprattutto, in un momento storico in cui la criminalità pone significativi problemi di ordine pubblico europeo e di repressione dei reati tanto su scala nazionale quanto su quella transnazionale. E ciò al fine di indirizzare l'intervento degli organi politici in materia penale, per dirigere l'operato della magistratura chiamata ad accertare la responsabilità

¹⁹ P. FERRUA, *Id.* Per l'autore, «se si ritiene che qualcosa possa dirsi “provato” anche quando sussistano ragionevoli dubbi, si entra gradualmente, ma inevitabilmente, nella zona delle ipotesi, delle illazioni e dei sospetti».

²⁰ Così si pronunciava la Relazione al progetto preliminare del c.p.p. del 1930, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, vol. VIII, p. 22.

penale e ad incidere su libertà e diritti fondamentali e, soprattutto, per regolare il difficile rapporto tra potere politico e giudiziario.