

# **TI\_GERICHTE 60.2014.6 vom 28. Januar 2014**

TI Tribunale d'appello, 2014-01-28, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_60.2014.6](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_60.2014.6)

FR: TI\_GERICHTE 60.2014.6 du 28 janvier 2014

IT: TI\_GERICHTE 60.2014.6 del 28 gennaio 2014

## **Regeste**

Reclamo del condannato contro la decisione della Commissione per l'esame dei condannati pericolosi in materia di ricusazione di un suo membro (procuratore pubblico)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

si aggrava contro la decisione 20.12.2013 della Commissione che ha respinto la sua istanza di ricusazione nei confronti del procuratore pubblico Chiara Borelli, membro supplente della Commissione. Il reclamo, inoltrato il 7/8.1.2014, è tempestivo (siccome presentato nel termine di dieci giorni di cui all'art. 396 cpv. 1 CPP). IS 1, condannato nei cui confronti è pendente la procedura di rivalutazione della misura d'internamento a' sensi dell'art. 64 cpv. 1 CP, nel cui contesto è stata interpellata la Commissione, è legittimato a reclamare in applicazione dell'art. 382 cpv. 1 CPP avendo un interesse giuridicamente protetto all'annullamento o alla modifica della decisione della Commissione che non ha accolto la sua istanza di ricusazione a carico di un membro che reputa parziale. Le esigenze di forma e motivazione del gravame sono rispettate. Il reclamo è quindi ricevibile in ordine.

### **E. 1.2**

IS

### **E. 2**

. 2.1. Il reclamante invoca anzitutto il caso di ricusazione previsto all'art. 56 lit. b CPP, applicabile a chi ha partecipato alla medesima causa in altra veste, segnatamente come membro di un'autorità, patrocinatore di una parte, perito o testimone. Si ricorda che il procuratore pubblico è parte al procedimento (art. 104 cpv. 1 lit. c CPP) e dirige il procedimento durante l'istruzione (art. 61 lit. a CPP). Il reclamante ritiene che il motivo di ricusa valga non solo per chi è stato delegato ad assumere il caso, ma anche per ogni persona supplente. Il reclamante invoca pure l'art. 56 lit. f CPP, adducendo motivi di prevenzione, oggettivi: il procuratore pubblico che ha concorso alla sua condanna vorrebbe ora far parte della Commissione che deve formulare un preavviso al giudice dei provvedimenti coercitivi relativo alla misura adottata in seguito alla medesima condanna. Dal canto suo il procuratore pubblico di cui è chiesta la ricusazione precisa di essere intervenuto quale sostituto procuratore pubblico, a sostegno del procuratore pubblico, non avendo la competenza per assumere simile procedimento. Ricorda di aver partecipato passivamente, la notte dei fatti, a un verbale del qui reclamante, unitamente al procuratore pubblico, e di aver interrogato tre testimoni il giorno seguente, in quanto il procuratore pubblico titolare dell'inchiesta era impossibilitato. Ritiene di non aver partecipato attivamente all'istruzione del procedimento, di non aver presenziato al dibattimento e di non essere intervenuto attivamente in sostegno del procuratore titolare. La sua

partecipazione sarebbe pertanto stata marginale e non avrebbe in ogni caso sostenuto l'accusa, con riferimento alla giurisprudenza del TF.

### **E. 2.2**

Giusta gli art. 6 n. 1 CEDU e 30 cpv. 1 Cost. nelle cause giudiziarie ognuno ha il diritto di essere giudicato da un tribunale fondato sulla legge, competente nel merito, indipendente e imparziale. La garanzia del diritto ad un giudice imparziale vieta l'influsso sulla decisione di circostanze estranee al processo, che potrebbero privarla della necessaria oggettività a favore o a pregiudizio di una parte (sentenze TF 1B\_305/2010 del 25.10.2010 e 1B\_264/2009 del 18.11.2009; DTF 134 I 238, consid. 2.1; 131 I 24, consid. 1.1; 126 I 68 consid. 3a): a chiunque sia sottoposto a influenze di tal genere non può essere riconosciuta la qualità di “ giusto mediatore ” (DTF 135 Ia 14). Sebbene la semplice affermazione di parzialità basata sui sentimenti soggettivi di una parte non sia sufficiente a fondare un dubbio legittimo, non occorre che il giudice sia effettivamente prevenuto: basta la constatazione oggettiva di circostanze concrete idonee a suscitare l'apparenza di una prevenzione e a far sorgere un rischio di parzialità, per giustificare la sua ricusazione (sentenze TF 1B\_285/2012 del 20.12.2012 consid. 3.1; 4A\_672/2011 del 31.1.2012, parzialmente pubblicata in DTF 138 I 1 consid. 2.2; 6B\_556/2010 del 18.1.2011; 1B\_305/2010 del 25.10.2010 e 1B\_264/2009 del 18.11.2009; DTF 134 IV 289 consid. 6.2.1; sentenza TPF BB.2011.23 del 14.3.2011) . L'imparzialità del giudice è presunta – in modo refragabile – per non rendere illusoria l'organizzazione regolare della competenza dei tribunali e per non svuotare del proprio contenuto la garanzia di un giudice costituzionale (ZK StPO – A. J. KELLER , art. 56 CPP n. 11; Y. DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, art. 34 LTF n. 533-535; N. SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts , p. 192-193 n. 509 ). La ricusazione riveste un carattere eccezionale, per non intralciare l'ordinato e ordinario funzionamento della giustizia: deve essere ammessa solo in presenza di motivi gravi ed oggettivi che permettano di dubitare dell'imparzialità del giudice (Commentario CPP – M. MINI, art. 56 CPP n. 10). Sotto il profilo oggettivo occorre ricercare se il magistrato ricusato offra le necessarie garanzie per escludere ogni legittimo dubbio di parzialità; sono considerati, in tale ambito, anche aspetti di carattere funzionale e organizzativo e viene posto l'accento sull'importanza che possono rivestire le apparenze stesse. Una parte (al procedimento) può personalmente risentire certi atteggiamenti del magistrato come determinati da parzialità ma è decisivo sapere se le sue apprensioni soggettive possano considerarsi oggettivamente giustificate (sentenza TF 1B\_264/2009 del 18.11.2009, consid. 2.3; DTF 134 I 238, consid. 2.1.; 131 I 24 consid. 1.1.; sentenza TPF BB.2011.23 del 14.3.2011). Il principio dell'indipendenza è ripreso dall'art. 4 CPP e concerne tutte le autorità penali di cui agli art. 12 e 13 CPP.

### **E. 2.3**

L'art. 56 CPP – che concretizza i diritti fondamentali di cui agli art. 29 cpv. 1, 30 cpv. 1 Cost e 6 n. 1 CEDU – si applica allo stesso modo sia alle autorità penali giudicanti sia a quelle non giudicanti preposte al procedimento penale. Di principio, non è ammissibile né si giustifica, che gli interessi personali (art. 56 lit. a CPP) oppure il coinvolgimento personale per precedenti attività professionali (art. 56 lit. b CPP) o per vincoli familiari (art. 56 lit. d ed e CPP) non conducano alla ricusazione del magistrato inquirente o del funzionario di polizia al pari del giudice, così che i motivi di cui alle lettere a-e valgono per la polizia, per il pubblico ministero e per l'autorità penale delle contravvenzioni, alla stregua del giudice. Per contro nel caso di una prevenzione fondata sugli “ altri motivi ”, di cui all'art. 56 lit. f

CPP, è necessario operare una distinzione a dipendenza della diversa situazione o del diverso grado di funzione dell'autorità coinvolta. In effetti, la dottrina ritiene che, a dipendenza delle circostanze, non risulta essere appropriato esigere dal funzionario di polizia, nell'ambito dei suoi compiti di indagine, lo stesso riserbo e la stessa equidistanza di quelli richiesti al giudice (ZK StPO – A. J. KELLER, art. 56 CPP n. 3 e 7-8).

#### **E. 2.4**

Il testo dell'art. 56 lit. b CPP fonda, in maniera generale, un motivo di ricusazione allorché il magistrato abbia partecipato alla medesima causa in altra veste, segnatamente come patrocinatore di una parte, oltre che come membro di un'autorità, perito o testimone. Trattasi di un motivo che va oltre le esigenze poste dall'art. 6 n. 1 CEDU, da un lato, perché ha allargato la cerchia di persone che ne sono interessate e, dall'altro lato, perché il fatto stesso di aver partecipato al medesimo procedimento è considerato per sé stesso motivo di parzialità, contrariamente a quanto fin qui ritenuto dalla giurisprudenza europea (CR CPP - J.-M. VERNIORY, art. 56 CPP n. 15). Per partecipazione al medesimo procedimento, ai sensi della norma di cui è parola, è da intendere l'essere intervenuti nello stesso con funzioni diverse. È il caso, fra l'altro, dell'avvocato che accede alla magistratura: egli non può giudicare la causa in cui egli in precedenza ha funto da patrocinatore di una parte (CR CPP - J.-M. VERNIORY, art. 56 CPP n. 19). Per la dottrina, accertata l'identità del procedimento, la ricusazione deve avvenire in modo meccanico senza dar luogo a ulteriori disquisizioni. Il fatto che il magistrato non abbia giocato che un ruolo accessorio o non abbia avuto che pochi contatti con una delle parti o con l'oggetto della causa sono elementi privi di pertinenza (Y. DONZALLAZ, op. cit., art. 34 LTF n. 547).

#### **E. 2.5**

L'art. 56 lit. f CPP - che in quanto clausola generale e indeterminata gioca un ruolo residuo per i motivi di ricusazione non già compresi alle lettere da a ad e (CR CPP - J.-M. VERNIORY, art. 56 CPP n. 27; sentenza TF 1B\_243/2011 dell'8.7.2011 consid. 3.1.) - al pari dell'art. 34 cpv. 1 lit. e LTF, impone a chi opera in seno ad un'autorità penale di ricusarsi se potrebbe avere una prevenzione nella causa per altri motivi, segnatamente a causa di rapporti di amicizia o d'inimicizia con una parte o con il suo patrocinatore. Un rapporto di vicinanza tra colui che opera in seno ad un'autorità penale e una parte (o il di lei patrocinatore), che va oltre la misura usuale su un piano sociale può oggettivamente fondare sospetto di parzialità. Al proposito il testo di legge elenca in modo esemplificativo i rapporti di amicizia o di inimicizia (che devono sussistere nella persona attiva nell'autorità penale, mentre che è ininfluente se gli stessi sentimenti vengono nutriti dalla parte o dal suo patrocinatore). Simpatia (" Zuneigung ") o avversione (" Abneigung ") vengono considerati motivi di ricusazione se rimarchevoli (" ausgeprägt "), ovverossia quando sussistono rilevanti attriti personali o un grave disaccordo, ritenuto che devono essere dei motivi oggettivi a definire una certa intensità del rapporto (BSK StPO - M. BOOG, art. 56 CPP n. 39). In altre parole il sospetto di parzialità e il rischio di prevenzione non devono essere valutati in funzione dei sentimenti personali di una parte bensì devono fondarsi su criteri oggettivi (DTF 127 I 196 consid. 2; F. RIKLIN, StPO Kommentar, art. 56 CPP n. 4). È altresì data prevenzione ai sensi dell'art. 56 lit. f CPP quando il rapporto di colui che opera in seno ad un'autorità penale con l'oggetto della causa è, dal profilo oggettivo, tale che l'esito del procedimento per il membro dell'autorità penale non è più libero (N. SCHMID, Praxiskommentar, art. 56 CPP n. 14).

## **E. 2.6**

Nella sentenza in cui ha ammesso la possibilità della ricusazione dei membri della Commissione per l'esame dei condannati pericolosi (DTF 134 IV 289 ss.), il TF ha avuto modo di stabilire che la presenza, in seno alla Commissione, di un giudice che aveva precedentemente condannato la medesima persona, ma in altri procedimenti sfociati in condanne a pene privative della libertà, non era tale da far sorgere dubbi riguardo alla sua imparzialità nella procedura relativa alla liberazione condizionale. Riguardo al procuratore pubblico, il TF ha per contro ritenuto problematica la presenza nella Commissione di un procuratore pubblico che in precedenza aveva assunto la veste di accusatore pubblico nel medesimo procedimento, in quanto in tale funzione è assunto a vera e propria controparte dell'accusato. È dato motivo di ricusazione qualora il procuratore pubblico, membro della Commissione, abbia sostenuto l'accusa contro il detenuto nei processi sfociati in condanne a pene privative della libertà di cui chiede di esser liberato condizionalmente; non è data ricusazione se il procuratore pubblico ha esercitato l'azione pubblica in altri procedimenti conclusi con un proscioglimento, un abbandono, una condanna a pene ormai scontate, prescritte o non più esecutive per altri motivi. In una successiva sentenza, il TF ha ribadito gli stessi concetti (sentenza 6B\_26/2013 del 14.3.2013 consid. 2.2. e 2.3.).

## **E. 3**

. 3.1. Nel presente caso, abbiamo a che fare con una situazione diversa rispetto a quelle analizzate dal TF nella surriferita decisione.

### **E. 3.2**

L'allora sostituto procuratore pubblico, Chiara Borelli, durante un periodo di picchetto, era intervenuto sul luogo del delitto la sera stessa dei fatti, unitamente al procuratore pubblico responsabile dell'inchiesta, che ha proceduto all'audizione del qui reclamante. Il giorno successivo, l'allora sostituto procuratore pubblico ha interrogato tre persone (parenti prossime del qui reclamante), data l'impossibilità del procuratore pubblico titolare di procedervi direttamente. Per il seguito, non ha potuto (date le limitate competenze a suo tempo riconosciute ai sostituti procuratori pubblici) o dovuto occuparsi del procedimento penale sfociato nella condanna del qui reclamante indicata al punto a. del presente giudizio.

### **E. 3.3**

L'allora sostituto procuratore pubblico, la sera del 16.2.2004 e il giorno successivo, era intervenuto nella medesima causa. Il procedimento penale conseguente a quei fatti è sfociato nel giudizio 7.4.2005 e nell'adozione della misura (internamento) la cui rivalutazione è oggetto della procedura pendente presso il giudice dei provvedimenti coercitivi e nella quale la Commissione è chiamata ad esprimere un proprio parere.

### **E. 3.4**

Il 16.2.2004 e il 17.2.2004 l'allora sostituto procuratore pubblico era intervenuto quale ausiliare del procuratore pubblico Moreno Capella, responsabile del procedimento. Si tratta di un'altra veste rispetto a quella di membro supplente della Commissione.

### **E. 3.5**

Con riferimento alla giurisprudenza del TF citata, si deve constatare che, nel presente caso, Chiara Borelli per un verso non sia intervenuta in altro procedimento a carico del qui reclamante (ciò che escluderebbe la ricusazione) ma nella medesima causa, e per altro verso nella medesima causa non abbia sostenuto l'accusa al dibattimento (ciò che, diversamente,

comporterebbe la ricusazione). Ella si trova in una situazione intermedia: intervenuta nella medesima causa, in altra veste, a sostegno del procuratore pubblico, ma senza sostenere l'accusa al dibattimento.

### **E. 3.6**

Un'interpretazione restrittiva della giurisprudenza del TF esclude la sua ricusazione. Diverso è sostenere l'accusa al dibattimento, più in generale esercitare l'azione pubblica (mansioni queste svolte, in concreto, dal procuratore pubblico Moreno Capella), un'altra cosa è intervenire, all'inizio del procedimento, quale ausiliario del procuratore titolare del procedimento.

### **E. 3.7**

A sostegno della mancata ricusazione milita, in generale, la funzione di pubblico ministero nel CPP, ed in particolare, il testo dell'art. 104 cpv. 1 lit. c CPP.

#### **E. 3.7.1**

Nel corso del procedimento penale il pubblico ministero cambia la propria funzione. Nella procedura preliminare, il pubblico ministero dirige il procedimento ed interviene in posizione sovrana rispetto all'imputato. Nondimeno egli è tenuto al rispetto del principio della verità materiale ancorato all'art.

#### **E. 3.7.2**

Questa diversa funzione è resa in modo plastico dall'art. 104 cpv.1 lit. c CPP, che qualifica il procuratore pubblico di parte solo nella procedura dibattimentale e in quella di ricorso. Solo da quel momento il procuratore pubblico assurge a vera e propria controparte dell'accusato, per riprendere le parole del TF (DTF 134 IV 296).

#### **E. 3.7.3**

Analogo cambiamento di funzione del procuratore pubblico era previsto dal previgente CPP-TI (in vigore al momento dell'intervento dell'allora sostituto procuratore pubblico), che il CPP ha preso quale modello. Come ricorda L. MARAZZI (Il Giar, L'arbitro nel processo penale, Lugano 2001, p. 9), la posizione del procuratore pubblico cambiava dopo l'emanazione dell'atto d'accusa. Il magistrato inquirente durante l'inchiesta deve imparzialmente raccogliere tutte le prove, incluse quelle a favore dell'accusato, mentre in qualità di magistrato requirente rappresenta gli interessi dello Stato ed è allora parte a pieno titolo.

### **E. 3.8**

L'intervento dell'allora sostituto procuratore pubblico, Chiara Borelli, dev'essere qualificato di iniziale, ausiliario, non di parte. Iniziale perché era intervenuto nella fase delle informazioni preliminari e della promozione dell'accusa, in cui abbiamo detto quale fosse (e sia) il ruolo del pubblico ministero. Ausiliario, a sostegno del procuratore pubblico che ha assunto il procedimento e che ha poi sostenuto l'accusa. L'allora sostituto procuratore pubblico non poteva, e neppure avrebbe potuto, assumere, personalmente, la competenza di condurre il procedimento a carico di RE 1. Non di parte, perché, allora (CPP-TI) come ora (CPP), il pubblico ministero assurge al ruolo di parte a tutti gli effetti solo nella fase dibattimentale e in quella di ricorso.

### **E. 3.9**

Per questi motivi, la ricusazione del procuratore pubblico quale membro supplente della Commissione va respinta, sia nell'ottica dell'art. 56 lit. b CPP, sia in quella più generale dell'art. 56 lit. f CPP, in relazione al quale peraltro il reclamo non ha formulato particolari argomentazioni.

### **E. 3.10**

Data la particolarità del caso, si rinuncia alla tassa di giustizia e alle spese. Per questi motivi, richiamati gli art. 56 lit. b e lit. f, 379 ss. e 393 ss. CPP, la legge sull'esecuzione delle pene e delle misure per gli adulti (LEPM) ed ogni altra disposizione applicabile, pronuncia 1. Il reclamo è respinto. 2. Non si prelevano tassa di giustizia e spese. 3. Rimedio di diritto: Contro decisioni finali, contro decisioni parziali, contro decisioni pregiudiziali e incidentali sulla competenza e sulla ricusazione e contro altre decisioni pregiudiziali e incidentali (art. 90 a 93 LTF) è dato, entro trenta giorni dalla notificazione della decisione (art. 100 cpv. 1 LTF), il ricorso in materia penale al Tribunale federale, per i motivi previsti dagli art. 95 a 98 LTF (art. 78 LTF). La legittimazione a ricorrere è disciplinata dall'art. 81 LTF. 4. Intimazione: Per la Corte dei reclami penali Il presidente  
La cancelliera

### **E. 6**

CPP che gli fa obbligo di raccogliere d'ufficio tutte le prove necessarie per il giudizio, sia riguardo al reato sia riguardo all'imputato (cpv. 1), indipendentemente dalle domande o dalle dichiarazioni o dall'atteggiamento passivo dei partecipanti al processo. Ciò comporta per le autorità di perseguimento penale il compito non solo di raccogliere le prove a carico dell'imputato bensì anche quello di verificare con la medesima cura gli elementi a suo discarico (cpv. 2) [Messaggio 21.12.2005, FF 2006 p. 1036; Commentario CPP - P. BERNASCONI, art. 6 CPP n. 1-3; ZK StPO - A. J. KELLER, art. 16 CPP n. 7]. In altre parole, secondo quanto voluto dal legislatore, in questa fase del procedimento, il pubblico ministero deve assumere una posizione neutrale nei confronti dell'imputato e delle altre parti. Ciononostante nella procedura preliminare il procuratore pubblico deve partire da un'ipotesi accusatoria: nel diritto procedurale penale svizzero (sia prima e sia dopo l'entrata in vigore l'1.1.2011 del nuovo Codice di diritto processuale penale svizzero) vige infatti il cosiddetto principio "in dubio pro duriore", secondo cui il magistrato inquirente dispone l'abbandono del procedimento soltanto in caso di evidente impunità rispettivamente di assenza manifesta di un presupposto processuale (sentenze TF 1B\_123/2011 dell'11.7.2011 consid.

### **E. 7**

1B\_46/2011 dell'1.6.2011 consid. 4.; 1B\_1/2011 del 20.4.2011 consid. 4.; ZK StPO - A. J. KELLER, art. 56 CPP n. 36; HAUSER / SCHWERI / HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrechts, 2a. ed., n. 1375). Con la promozione dell'accusa la posizione del procuratore pubblico cambia, segnatamente per rapporto all'imputato. In questa fase il pubblico ministero non è più tenuto a mantenere una posizione neutrale rispetto alle parti. Nondimeno egli rimane sottoposto al principio della correttezza processuale ("Prinzip der Fairness") come pure sottostà al divieto dell'arbitrio ("Willkürverbot") [ZK StPO - A. J. KELLER, art. 16 CPP n. 7-12 e art. 56 CPP n. 36-37].