

QUESTIONI APERTE

Ricusazione

La decisione

Ricusazione – Giudice – Decreto di rinvio a giudizio – Atti di natura interlocutoria – Nullità (Cost., artt. 25, 24, 111; C.p.p., artt. 178, co. 1; 37, co. 2; 42). *È rimesso alle Sezioni unite il quesito: se, in caso di accoglimento della istanza di ricusazione del G.U.P., il decreto che dispone il giudizio - emesso in pendenza della decisione definitiva sulla domanda di ricusazione - possa o meno mantenere efficacia.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI PRIMA, 30 marzo 2020 (ud. 26 febbraio 2020), - IASILLO, *Presidente* - MAGI, *Relatore* - TAMPIERI, *P.G.*, (*Diff.*) - Gerbino ed altri, *ricorrente*.

**Imparzialità e terzietà del giudice:
l'incerto destino del decreto che dispone
il giudizio emesso dallo *iudex suspectus***

Lo scritto analizza l'ordinanza di remissione alle Sezioni unite sul delicato tema dell'efficacia degli atti emessi dal giudice ricusato.

Impartiality and impartiality of the judge: the uncertain fate of the decree it disposes of the judgment issued by the iudex suspectus

The paper analyzes the order for remittance to the joint Sections on the delicate issue of the effectiveness of the acts issued by the refused judge.

SOMMARIO: 1. La questione al vaglio delle Sezioni unite. - 2. La *Ratio* e gli effetti della ricusazione. - 3. La natura del decreto che dispone il giudizio. - 4. La salvaguardia dell'imparzialità e terzietà del giudice: soluzioni auspicabili.

1. *La questione al vaglio delle Sezioni unite.* La prima Sezione della Corte di Cassazione è tornata a chiedere alle Sezioni unite chiarimenti sul tema degli effetti della ricusazione intervenuta in seguito all'accoglimento del ricorso per cassazione contro il provvedimento di inammissibilità dell'istanza originaria. Nel caso di specie, alcuni imputati hanno proposto istanza di ricusazione contro il G.U.P. che di fatto aveva anticipato il giudizio sull'imputazione in un diverso procedimento.

Delibata l'ammissibilità del ricorso, la I Sezione è stata investita della problematica circa l'efficacia del rinvio a giudizio pronunciato dal G.U.P. ricusato in pendenza della decisione di accoglimento o meno dell'istanza di ricusazione¹.

¹ Nell'ordinanza si legge infatti che, in pendenza della procedura incidentale di ricusazione, non solo il GUP ha emesso il decreto di rinvio a giudizio per tutti i capi imputati, ma la Corte d'Appello ha altresì omesso qualsiasi indicazione circa l'efficacia degli atti posti in essere dal giudice ricusato.

Dopo aver ricostruito i più recenti arresti giurisprudenziali sul punto, la prima Sezione ha sottolineato l'esistenza di un contrasto interpretativo², bisognoso della risoluzione da parte delle Sezioni unite, malgrado l'esistenza di altre pronunce della Corte nella sua massima composizione.

Nello specifico, secondo un primo approdo³ che ha preso in esame la disciplina legale prevista dall'art. 42 c.p.p., nel caso in cui la decisione di accoglimento della riconsiderazione non abbia indicato gli atti compiuti nel procedimento principale utilizzabili o efficaci, sussisterebbe una sorta di presunzione di inefficacia di questi ultimi, emessi dallo *iudex suspectus* prima dell'accoglimento della dichiarazione di astensione o della riconsiderazione; tale declaratoria di inefficacia potrebbe essere rimossa esclusivamente dal giudice della riconsiderazione, l'unico in grado di verificare se, malgrado la riconosciuta carenza di imparzialità, vi sono atti di cui è possibile la conservazione. Le Sezioni unite "Digiacomantonio" hanno parlato poi di obbligatorietà per il giudice che accoglie la domanda di riconsiderazione di effettuare un controllo dell'efficacia degli atti compiuti dal giudice astenutosi o riconsiderato, individuando in tale controllo un'ineliminabile garanzia sul contenuto dell'atto non pregiudicato dalla situazione di sospetto.

Un'altra pronuncia⁴, invece, ha stabilito che la "decisione" emessa dal giudice fondatamente riconsiderato (la cui condizione sia stata accertata con accoglimento della domanda) sarebbe nulla (per difetto di capacità particolare ai sensi dell'art. 178, co. 1, lett. a c.p.p.), mentre gli altri atti processuali emessi dal giudice dovrebbero essere qualificati come inefficaci.

Dunque, da una parte vigerebbe il principio in base al quale – in caso di riconsiderazione accolta – l'assenza di indicazione ad opera della Corte di Appello renderebbe inefficaci tutti gli atti compiuti nelle more nel procedimento principale; dall'altra sarebbe invece possibile recuperare l'efficacia di tali atti proprio in virtù della sindacabilità da parte del giudice del processo del provvedimento emesso ex art. 42, co. 2, c.p.p. (e ciò sia per atti a contenuto probatorio dichiarati erroneamente inefficaci, sia per quelli ritenuti tali per mancata pronuncia da parte del giudice dell'astensione e/o della riconsiderazione).

Nonostante le letture fornite, gli arresti giurisprudenziali successivi non hanno intrapreso una direzione univoca: le tesi delle Sezioni unite sono applicate ai

² Circa l'accoglimento delle istanze di riconsiderazione del GUP avvenuto quando il procedimento principale era in fase di avanzata trattazione dibattimentale e anche relativamente alla sorte che spetta al decreto che dispone il giudizio, ai sensi dell'art. 42, co. 2, c.p.p.

³ Cass., Sez. un., Digiacomantonio, 5 aprile 2011, in *Mass. Uff.*, n. 13626.

⁴ Cass., Sez. un., Tanzi, 9 giugno 2011, in *Mass. Uff.*, n. 23122.

soli atti aventi natura probatoria, con la conseguenza di ritenere dotati di efficacia - pure in assenza di indicazione espressa *ex art. 42 c.p.p.* - altri atti giurisdizionali parimenti emessi dal giudice ricusato⁵. In motivazione, le sentenze successive⁶ hanno riconosciuto la mancata previsione di una nullità nell'art. 42, co. 2, c.p.p., limitandosi a ricordare che spetterebbe al provvedimento che accoglie l'astensione o la ricusazione dichiarare «se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi o ricusato conservano efficacia». L'espressione «conservano efficacia» - si legge in sentenza⁸ - limiterebbe l'inefficacia agli atti compiuti al momento dell'emissione del provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione in poi; in particolare, gli atti a contenuto probatorio⁹.

Neanche in questo caso però, come sottolinea l'ordinanza in commento, si è assistito ad una lettura univoca. Secondo un diverso e contrario arresto giurisprudenziale, infatti, in assenza di una espressa dichiarazione di conservazione di efficacia degli atti nel provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione, gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato devono considerarsi inefficaci¹⁰.

L'ordinanza ha così registrato la situazione di incertezza interpretativa, ritenendo che il contrasto verta in particolare su alcuni aspetti essenziali relativi alla ricognizione - ferma restando la cornice normativa di cui agli artt. 42 e 37 c.p.p. - del rapporto che intercorre tra i poteri della Corte di Appello (che abbia accolto la domanda di ricusazione) e quelli del giudice (diverso da quello ricusato) innanzi a cui risulti pendente - e davanti a cui debba proseguire - il procedimento principale¹¹.

⁵ Tale soluzione risulta di recente espressa da due sentenze del 2019: Cass., Sez. V, 9 maggio 2019, n. 44120, in *Mass. Uff.*, n. 277848; Id., Sez. III, n. 35205, 16 luglio 2019, *ivz*, n. 277501.

⁶ Cass., Sez. V, 9 maggio 2019, n. 44120, in *Mass. Uff.*, n. 277848; Id., Sez. III, n. 35205, 16 luglio 2019, *ivz*, n. 277501.

⁷ Cass., Sez. V, 9 maggio 2019, n. 44120, cit.

⁸ Cass., Sez. V, 9 maggio 2019, n. 44120, cit.

⁹ Cass., Sez. V, 9 maggio 2019, n. 44120, in *Mass. Uff.*, n. 277848; Id., Sez. III, n. 35205, 16 luglio 2019, *ivz*, n. 277501.

¹⁰ Cass., Sez. VI, n. 10160, 18 febbraio 2015, in *Mass. Uff.*, n. 262804.

¹¹ Nel caso posto all'attenzione della Corte di cassazione, l'atto di cui si discute era poi un atto del procedimento posto in essere dal GUP - il decreto che dispone il giudizio, compiuto in pendenza della procedura incidentale e non indicato come efficace nella decisione di accoglimento della ricusazione, ma ritenuto espressamente valido da entrambe le sentenze di merito - atto che da un lato risulta ontologicamente diverso dalla sentenza (posto che non ha attitudine a definire il merito), ma dall'altro presuppone una valutazione circa l'assenza delle condizioni cui la legge ricollega la necessaria emissione della sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 425 c.p.p.

2. *La ratio e gli effetti della ricusazione.* La questione posta al vaglio delle Sezioni unite dovrebbe preliminarmente prendere in considerazione la *ratio* che ha spinto il legislatore ad inserire nell'assetto codicista l'istituto in argomento. La ricusazione, ex art. 37¹² c.p.p., viene regolamentata al fine di attuare i principi di indipendenza, imparzialità e terzietà del giudice¹³. Si tratta di uno strumento processuale che l'ordinamento pone a disposizione del giudice e delle parti per garantire in concreto terzietà ed imparzialità¹⁴ nella singola vicenda processuale¹⁵. È necessario, dunque, assicurare che l'organo chiamato a decidere della colpevolezza o meno dell'imputato sia sempre scevro da condizionamenti che possano in qualunque modo influenzare la sua valutazione¹⁶. Invero, l'imparzialità del giudice¹⁷ non solo rappresenta un presupposto logico-giuridico di ogni giustizia che possa dirsi tale, ma è anche un fondamentale principio di garanzia nei confronti del singolo individuo¹⁸: è insomma un principio irrinunciabile di civiltà¹⁹. La realtà del processo come momento antagonistico di composizione della lite che ha come presupposto che la stessa sia decisa da un giudice terzo ed imparziale²⁰ era già stata accolta nelle fonti

¹² Su l'istituto si veda CERASA GASTALDO, *Dichiarazione di ricusazione, sospensione del processo ex art. 37, co. 2, c.p.p. ed effetto sospensivo sui termini di custodia cautelare: una importante sentenza chiarificatrice delle Sezioni unite (con una distrazione finale?)*, in *Cass. pen.*, 2003, 435 ss.; PICA, *Ricusazione e astensione del giudice*, in *Dig. Pen.*, XIII, Torino, 1997, 227; RAFARACI, art. 37, in *Comm. Chiavario*, I, Torino, 1989, 207; TREVISSON LUPACCHINI, *La ricusazione del giudice nel processo penale*, Milano 1996; ZAPPALÀ, *La ricusazione del giudice penale*, Milano, 1989, 116, 151.

¹³ MAZZA, *I protagonisti del processo*, in *Procedura penale*, di Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Galantini, Filippi, Garuti, Mazza, Varraso, Vigoni, Torino, 2019, 76 ss.

¹⁴ FIORIO, *Il diritto ad un giudice terzo ed imparziale*, in *Giur. cost.*, 2000, 1882; SANTORIELLO, *Ricusabilità per valutazioni espresse in un altro procedimento*, in *Giur. it.*, 2000, 1890.

¹⁵ PICA, voce *Ricusazione e astensione del giudice*, cit., 546 ss.

¹⁶ CAPRIOLI, *Precostituzione, naturalità e imparzialità del giudice nella disciplina della rimessione dei processi, Brevi note su una proposta inaccettabile di modifica dell'art. 45 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2002, 2598.

¹⁷ CAPRIOLI, *Precostituzione, naturalità e imparzialità del giudice nella disciplina della rimessione dei processi, Brevi note su una proposta inaccettabile di modifica dell'art. 45 c.p.p.*, cit., 2598.

¹⁸ Cfr. ad es. l'art. 6, co. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4-11-1950, che afferma il diritto di ciascun individuo ad avere giustizia da un «Tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge».

¹⁹ Il requisito dell'imparzialità del giudice è stato definito come un presupposto implicito della funzione giurisdizionale ZAPPALÀ, *La ricusazione del giudice penale*, Milano, 1979, 90.

²⁰ Sul punto di veda F. R. DINACCI, *Giudice terzo ed imparziale quale elemento "presupposto" al giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra corti*, a cura di Giunchedi, Pisa, 2018, 203 ss.; CHIAVARIO, *Processo e garanzia della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, 43 ss.; UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2000, 23 ss.; GIUNCHEDI, *Cultura dell'"equo" processo europeo e giustizia interna*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti, Fiorio, Padova, 2002, 77.

internazionali²¹. Terzietà ed imparzialità del giudice, difatti, vivono come elementi irrinunciabili alla realizzazione dell'equo processo tra le righe della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²². Dunque, anche le fonti europee hanno trattato l'argomento in maniera così uniforme da permettere l'affermazione che l'imparzialità e la terzietà del giudice²³, individuanti la funzione giurisdizionale, costituissero principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto²⁴.

I requisiti della giurisdizione sono stati presidiati dall'evoluzione del diritto dell'Unione europea. Infatti, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha stabilito il diritto all'esame della causa da parte di un giudice "indipendente e imparziale, preconstituito per legge". Oltre alla messa a punto del corredo di garanzie del giudice mediante il richiamo alla precostituzione²⁵, l'art. 52 ha inoltre previsto che "eventuali limitazioni dell'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previsti dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà". In tal modo viene introdotto un "nocciolo duro"²⁶ inattaccabile e resistente ad ogni eventuale deroga normativa, la quale potrà essere apportata solo se strettamente necessario e se effettivamente rispondente alle esigenze e finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o dall'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui²⁷. È questo il quadro normativo delineato con l'intento di blindare le caratteristiche minime della giurisdizione²⁸.

La veicolazione interna del comando giuridico sovranazionale viene riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale²⁹, la quale ha ribadito il carattere vincolante dei principi condivisi sia dalla fonte nazionale che da quella europea³⁰.

²¹ Art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, sin dal 1948; Art. 14, par. 1, Patto internazionale sui diritti civili e politici 1996, Art. 6, par. 1, CEDU 1950.

²² BUZZELLI, *Giusto processo*, in *Dig. Pen.*, 2004.

²³ CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 41.

²⁴ Così F. R. DINACCI, *Giudice terzo ed imparziale quale elemento "presupposto" al giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 203 ss.

²⁵ Elemento di cui non v'è traccia nelle precedenti norme pattizie e convenzionali.

²⁶ L'espressione è di F. R. DINACCI, *Giudice terzo ed imparziale quale elemento "presupposto" al giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit. 204 ss.

²⁷ Si legge nella Carta del 12 dicembre 2007, pubblicata in GUUE il 14 dicembre 2007.

²⁸ F. R. DINACCI, *Giudice terzo ed imparziale quale elemento "presupposto" al giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 203 ss.

²⁹ Corte cost., n. 28 del 2010; Id., n. 210 del 2013.

³⁰ Per un approfondimento si veda diffusamente F. R. DINACCI, *Interpretazione europeisticamente orientata tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 57 ss.

L'intento è quello di creare un rapporto di "strumentalità essenziale" tra giurisdizione e giusto processo³¹: "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale"³².

Dunque, l'aspirazione, coltivata dal codice "era quella di polarizzare il micro-sistema normativo delineato dagli art. 33-44 c.p.p. attorno al principio-giuda che orientasse senza incertezze anzitutto la diagnostica, e conseguentemente la terapeutica del multiforme fenomeno dello *iudex suspectus*"³³.

Inizialmente, non vi era in Costituzione³⁴ un articolo specifico dedicato all'imparzialità, principio desunto sia dal fondamento di precostituzione del giudice, di cui all'art. 25, co. 1, Cost.³⁵, sia da quello di indipendenza dell'attività giurisdizionale e della magistratura, (artt. 101, co. 2, e 104, co. 1, Cost.)³⁶.

Oggi, la garanzia dell'imparzialità, unitamente a quella della terzietà, trova invece esplicito riconoscimento nell'art. 111, co. 2, Cost.³⁷ quale condizione di legalità del processo³⁸.

Si tratta di concetti trattati erroneamente come sinonimi³⁹, che hanno invece ambiti diversi di operatività. L'imparzialità attiene all'ambito della funzione

³¹ Si veda BUZZELLI, *Giusto processo*, in *Dig. Pen.*, 2004.

³² Art. 111, co. 2, Cost.; in argomento si veda diffusamente DEAN, *I principi costituzionali di terzietà ed imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti, Fiorio, Padova, 2002, 3 ss.; PISANI, *Giurisdizione penale*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 383 ss.; FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 Cost.*, in *Quest. giust.*, 2000, 51.

³³ DEAN, *I principi costituzionali di terzietà ed imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale*, cit., 8 ss.; si veda inoltre RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1996, 1; DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, Torino, 2000, 9 ss.

³⁴ Sul tema si veda PIZZORUSSO, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 9 («posto che l'esistenza di giudici di diverso orientamento è inevitabile e tutt'altro che inopportuna, la garanzia minima da attuare a tutela dell'esigenza alla certezza dei rapporti giuridici consiste nell'impedire che il giudice possa essere designato con riferimento a fattispecie già verificatesi»).

³⁵ NOBILI, *Commento all'art. 25, co. 1, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Milano, 1981, 163 ss.

³⁶ Sull'argomento si veda, DEAN, *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007; Chiavario, *Processo e garanzia della persona*, I, II, Milano, 1982, 1984; FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005; RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma del processo penale*.

³⁷ DOMINIONI, art. 33, in *Commentario nuov. C.p.p.*, diretto da Amodio, Dominioni, Milano, I, 1989, 221; DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, Torino, 2000, 13; F. R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Milano, 2003, 9 ss.

³⁸ CORVI, *La tutela processuale dell'imparzialità e terzietà del giudice: si può fare di più?*, in *iusexplorer.it*.

³⁹ GAITO, *Introduzione allo studio del diritto processuale penale alla luce dei principi costituzionali*, in *Procedura penale*, Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Galantini, Filippi, Garuti, Mazza, Varraso, Vigoni, Torino, 2019, 8 ss.

giurisdizionale e comporta che nel concreto esercizio del suo potere il giudice sia estraneo alle parti e agli interessi che entrano in gioco nel processo: il giudice deve essere immune da ogni tipo di condizionamento volto a pregiudicare la sua autonomia nel giudizio⁴⁰. La terzietà attiene invece all'ambito istituzionale della funzione giurisdizionale: il giudice, soggetto solo alla legge, è indipendente dal potere politico ed è atro rispetto alle parti.

Terzietà e l'imparzialità sono pertanto tra loro strettamente connesse e necessarie a garantire non solo che l'organo giudicante sia distinto dalle parti, ma anche da esse equidistante per l'intera durata del processo⁴¹.

All'imparzialità del giudice sono preordinate diverse disposizioni sia della legge processuale, sia dell'ordinamento giudiziario⁴².

Dunque, alla figura del giudice delineata dalla Carta costituzionale è connotata una posizione di equidistanza rispetto alle parti e di estraneità riguardo agli interessi coinvolti nella *res iudicanda*.

A presidio dei principi di imparzialità e terzietà del giudice sono poste innanzitutto le norme in materia di incompatibilità⁴³, astensione e riconsuazione⁴⁴.

Nello specifico, facendo riferimento al dettato normativo dell'art. 37⁴⁵, co. 2, c.p.p., nelle more del procedimento di riconsuazione è vietato al giudice di emettere sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara l'inammissibilità o il rigetto dell'istanza di riconsuazione. Altro riscontro si ha nell'art. 42⁴⁶, co. 2, c.p.p., ove è previsto che in caso di accoglimento della

⁴⁰ DEAN, *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 167; DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, cit., 13; F. R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 9 ss.; FERRUA, *Il giusto processo*, Torino, 51 ss.

⁴¹ CORVI, *La tutela processuale dell'imparzialità e terzietà del giudice: si può fare di più?*, cit., 814 ss.; DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, cit., 13; F. R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 9 ss.

⁴² BORGHESE, «Astensione e riconsuazione del giudice (*dir. proc. pen.*)», in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 952; CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, 1947, 256-257; LEONE, *Diritto processuale penale*, Napoli, 1986, 176.

⁴³ Sul punto si veda SABATINI GIUS., *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 173 e 175-177.

⁴⁴ DANIELE, *L'imparzialità del giudice tra dovere di astensione e potere di riconsuazione*, in *Giur. it.*, 1999, 1282; GAITO, *quali conseguenze per l'incompetenza a decidere sull'astensione del presidente della Corte d'assise?*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 923; MAZZA, *Indipendenza ed imparzialità del giudice*, in *Protagonisti e comprimari del processo penale*, a cura di Chiavario, Marzaduri, Torino, 1995, 63.

⁴⁵ CORDERO, Sub artt. 36 e 37 c.p.p., in *Comm. Cordero*, Torino, 1991, 141; DEAN, *Sugli effetti dell'incompatibilità del giudice*, in *Materiali d'esercitazione per un corso di procedura penale*, a cura di Gaito, Padova, 1995, 11 ss.

⁴⁶ CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, 16; ID., *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959; CORDERO, *Procedura penale*, I, Milano, 1991; DI CHIARA, *Astensione e riconsuazione del giudice: il regime degli atti precedentemente compiuti tra "vecchio" e "nuovo" codice*, in *Giur. mer.*, 1991, 589 ss.

istanza di riconsuazione o astensione il giudice non può compiere alcun atto del procedimento. L'intento è quello di negare al giudice ritenuto o riconosciuto *suspectus* il potere di emettere provvedimenti decisori, poichè la sua mancanza di terzietà, anche solo in astratto, dispiegherebbe effetti nocivi sul processo, che perderebbe il grado di obiettività voluto dal costituente⁴⁷.

Il sistema processuale non rende chiare le conseguenze che potrebbero derivare dall'inosservanza di tali divieti.

E il problema oggetto dell'ordinanza concerne proprio gli incerti effetti derivanti dalla mancanza di imparzialità e terzietà nel giudice.

In particolare, per quel che qui interessa, l'attenzione deve essere posta sul problema degli effetti derivanti dall'esercizio delle funzioni da parte del giudice che versi in una delle circostanze descritte dall'art. 37, co. 1, c.p.p. e dunque nel caso in cui esso venga riconsuato ma emetta comunque un provvedimento di tipo decisorio⁴⁸. La questione assume tratti differenti a seconda che il provvedimento decisorio sia stato emesso dal giudice riconsuato in pendenza del procedimento incidentale di riconsuazione, o a seguito dell'accoglimento dell'istanza di riconsuazione⁴⁹.

Partendo dall'inosservanza del divieto sancito dall'art. 37, co. 2, c.p.p., si apprende che la sorte dell'atto compiuto dal giudice sospetto di parzialità corrisponde a quella in cui l'atto stesso promani dal giudice riconsuato in pendenza del giudizio incidentale sulla riconsuazione. Dunque, il giudice che emette una sentenza senza attendere l'esito della dichiarazione di riconsuazione viola senz'altro il divieto previsto dalla norma⁵⁰.

Se però la condotta resta sanzionabile, non è assolutamente chiaro con quale tipo di invalidità. Negli anni sono state avanzate diverse soluzioni: se da una parte si sono schierati i sostenitori della teoria della nullità della sentenza emessa in tale circostanza⁵¹, di contro, proprio a causa della indeterminatezza codicistica, si è parlato di mera irregolarità dell'atto, ai sensi dell'art. 124 c.p.p., giustificando l'assunto sulla scorta del principio di tassatività⁵².

⁴⁷ GAITO, *Ci sono ostacoli all'effetto estensivo delle decisioni sulla riconsuazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 887.

⁴⁸ GAITO, *Ci sono ostacoli all'effetto estensivo delle decisioni sulla riconsuazione?*, in *Dir. pen. proc.*, cit., 887 ss.; CORVI, *La tutela processuale dell'imparzialità e terzietà del giudice: si può fare di più?*, cit. 816 ss.

⁴⁹ CORVI, *La tutela processuale dell'imparzialità e terzietà del giudice: si può fare di più?*, cit. 816 ss.

⁵⁰ RIVELLO, *Incompatibilità, astensione e riconsuazione nel processo penale: delimitazione della fattispecie; nuove norme in tema di giudice unico; effetti processuali derivante dalla violazione della disciplina*, in *Riv. ita. dir. pen. proc.*, 1999, 1359 ss.

⁵¹ TREVISSON LUPACCHINI, *La riconsuazione del giudice nel processo penale*, cit. 151 ss.

⁵² ZAPPALÀ, *La riconsuazione del giudice penale*, cit. 159 ss.

Sul punto, non solo la dottrina⁵³, ma anche la giurisprudenza, come è stato evidenziato anche dall'ordinanza in commento, ha assunto posizioni contrastanti: da una parte, secondo l'indirizzo prevalente, la sentenza pronunciata dal giudice ricusato in pendenza del procedimento di ricusazione è nulla solo nel caso in cui la dichiarazione di ricusazione venga accolta, mentre resta valida nel caso in cui l'istanza venga dichiarata inammissibile⁵⁴. In questi casi si verserebbe in una sorta di nullità condizionata. Altro orientamento, minoritario ma forse maggiormente ossequioso dei principi costituzionali, considera nulla la sentenza emessa dal giudice ricusato, sia nella circostanza dell'accoglimento che del rigetto dell'istanza di ricusazione⁵⁵. Questo contrasto è stato successivamente risolto dalle Sezioni unite che, *apertis verbis*, hanno ritenuto che l'invalidità della sentenza non è automatica, bensì condizionata dalla decisione sulla ricusazione. Solo una volta accolta l'istanza si può parlare di mancanza di terzietà ed imparzialità del giudice⁵⁶.

Oltre ai casi disciplinati dall'art. 37, co. 2, c.p.p., l'art. 42 c.p.p. prevede l'ipotesi di provvedimento emesso dal giudice ricusato in seguito ad accoglimento della richiesta di ricusazione. In questa ipotesi, il dato è per il divieto di compiere qualsiasi attività procedimentale, a pena di nullità assoluta ex art. 178 lett. a) c.p.p.⁵⁷: la natura del vizio è identica tanto nel caso in cui la pronuncia sia emessa a seguito dell'accoglimento dell'istanza di ricusazione, quanto nel caso in cui intervenga in attesa del procedimento di ricusazione⁵⁸.

Si tratta di un orientamento da approvare sul piano positivo: il difetto di imparzialità implica un vizio di capacità nel giudice, i cui poteri dovrebbero essere limitati *a priori* e non *a posteriori* con una declaratoria di nullità⁵⁹.

⁵³ CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, 41 ss.; MAZZA, *La proliferazione delle incompatibilità è giunta al capolinea?*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 980; DANIELE, *Procedimento di ricusazione e incompatibilità sopravvenuta*, *Giur. it.*, 1999, 1710; TRANCHINA, *I soggetti*, in *Diritto processuale penale*, Milano, I, 2001, 69; UBERTIS, *L'incompatibilità del giudice ha pure risvolti "europei"*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 1520.

⁵⁴ Cass., Sez. VI, 18 gennaio 2020, Anello, in *Mass. Uff.*, n. 215592; Id., Sez. IV, 22 ottobre 2002, Magri, in *Mass. Uff.*, n. 223415.

⁵⁵ Cass., Sez. I, 1° giugno 1998, Gallo, in *Giur. it.*, 1999, 1705; Id., Sez. III, 4 ottobre 2001, M., in *Giust. pen.*, 2003, III, 206.

⁵⁶ Cass., Sez. un., 9 giugno 2011, cit.

⁵⁷ PATANÈ, *Accoglimento del ricorso avverso l'ordinanza di rigetto della dichiarazione di ricusazione e nullità della sentenza pronunciata medio tempore dal giudice ricusato*, in *Cass. pen.*, 1998, 863 ss.; CORVI, *La tutela processuale dell'imparzialità e terzietà del giudice: si può fare di più?*, cit. 816 ss.

⁵⁸ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 184 ss.; RAFARACI, sub art. 42 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, diretto da Chiavario, vol. I, Torino, 1989, 222; TREVISSON LUPACCHINI, *La ricusazione del giudice nel processo penale*, cit. 154 ss.

⁵⁹ CORVI, *La tutela processuale dell'imparzialità e terzietà del giudice: si può fare di più?*, cit. 816 ss.

3. *La natura del decreto che dispone il giudizio.* Il quesito sul quale le Sezioni unite dovranno ragionare è peculiare a causa della tipologia dell'atto da sottoporre a sanzione per l'acclarata parzialità del giudice che lo ha emesso. Trattandosi del decreto che dispone il giudizio⁶⁰, ritenuto meramente interlocutorio, sembra utile analizzarne le caratteristiche prima di esprimere qualsiasi opzione preferibile o anche solo auspicabile.

Il decreto che dispone il giudizio⁶¹ rappresenta l'atto mediante il quale il giudice devolve la *regiudicanda* alla cognizione del giudice del dibattimento⁶², previa valutazione in contraddittorio dei risultati delle indagini preliminari compiute dal P.M. Esso si pone quindi come alternativa alla sentenza di non luogo a procedere allo stato degli atti⁶³. Si tratta di atto a natura giurisdizionale, posto in essere a garanzia dell'imputato, per il quale un ingiustificato rinvio alla pubblica udienza rappresenterebbe certamente un serio pregiudizio.

Il criterio decisorio che presiede l'emissione del decreto in parola implica perciò che il G.U.P. entri nel merito del capo di imputazione, alla luce di quanto acquisito in udienza, nello svolgimento del suo compito di garanzia circa la fondatezza dell'ipotesi accusatoria.

Poiché sentenza di non luogo a procedere e decreto che dispone il giudizio sono in rapporto di mutua esclusione, è difficile ritenere che il decreto che dispone il giudizio rappresenti un atto puramente interlocutorio⁶⁴: esso presuppone non solo la valutazione da parte del giudice che lo emette, ma altresì il contraddittorio tra le parti necessarie ai sensi dell'art. 420, co. 1, c.p.p. Il giudice che si esprime mediante il decreto *de quo* non interloquisce sempli-

⁶⁰ BASSI, *Il giudice dell'udienza preliminare e il potere di modifica dell'imputazione*, in *Cass. pen.*, 1997, 1463; DOTTA, sub *art. 429*, in *Comm. Chiavario*, IV, Torino, 1990; GARUTI, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, Padova, 1996; GROSSO, *L'udienza preliminare*, Milano, 1991; FERRUA, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, in *Studi sul processo penale*, I, 1989, Torino, 1990, 63 ss.; MOLARI, *Lineamenti e problemi dell'udienza preliminare*, in *Ind. pen.*, 1988, 487 ss.; NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 131; PISAPIA, *Riflessioni sull'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, 481; RANALDI, *Udienza preliminare ed incompatibilità a' la carte*, in *Giur. cost.*, 2002, 3307 ss.; SCALFATI, *L'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, 2813 ss.; CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Ubertis, Voena, Milano, 271 ss.

⁶¹ NORMANDO, *Il decreto che dispone il giudizio*, in *Le recenti modifiche del codice di procedura penale*, I, Roma, 2000, 477 ss.

⁶² PIGNATELLI, *Decreto che dispone il giudizio*, in *Dig. Pen.*, 1997, 456 ss.

⁶³ Si veda DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino, 2000, 179 ss.

⁶⁴ GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., 244; NEPPI MODONA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 1996, 395.

cemente con il giudice della fase successiva. Già nella Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale⁶⁵, si sottolineava la duplice funzione del decreto che dispone il giudizio: atto che attesta l'avvenuta verifica dei risultati delle indagini preliminari e citazione che introduce l'ulteriore fase processuale⁶⁶.

La forma di decreto assunta dal provvedimento è stata oggetto di un importante dibattito dottrinale, soprattutto in relazione al fatto che la sua pronunzia costituisce l'esito di una fase processuale caratterizzata dal contraddittorio tra le parti.

La scelta non è casuale, poiché esprime la volontà di attribuire a tale provvedimento la funzione di non pregiudicare il convincimento del giudice del dibattimento⁶⁷. Un processo di stampo accusatorio non potrebbe sopportare un provvedimento motivato nel merito, che inevitabilmente andrebbe a creare, seppur in forma contratta, quel pregiudizio che il sistema tende ad evitare. Dunque, la scelta di utilizzare il decreto sarebbe obbligata dall'esigenza di consentire che il dibattimento possa svolgersi senza risentire delle valutazioni espresse da un organo giurisdizionale esterno⁶⁸. La forma del decreto potrebbe suggerire, è vero, un'attività a scarso contenuto giurisdizionale. Ma dalla forma non è dato desumere con certezza deduttiva qualcosa circa il suo contenuto.

Non a caso, la valutazione da parte del giudice, di un provvedimento emesso a conclusione di una fase processuale che prevede il contraddittorio tra le parti dopo l'esercizio dell'azione ha indotto, sia pure in via isolata, a ritenere che sarebbe stata più conforme al sistema l'adozione, all'esito dell'udienza preliminare, di un provvedimento nella forma dell'ordinanza anche per disporre il giudizio⁶⁹. Dovrebbe essere questa la direzione utile ad orientare le Sezioni unite nella risoluzione del contrasto: il discrimine tra decreto e ordinanza sta proprio nelle esigenze sottese all'esclusione della motivazione del decreto che

⁶⁵ Relazione progetto preliminare, in *Gaz. Uff.*, 1998, n. 250, S.O., n. 103.

⁶⁶ Fra i molti contributi, BERNARDI, *Le attività di indagine*, in *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 207 ss.; CAMON, *Impressioni sulla riforma delle indagini difensive*, in *Crit. dir.*, 2000, 424 ss.; DI CHIARA, *Le linee prospettiche del "difendersi ricercando": luci ed ombre delle "nuove" investigazioni difensive (l. 7.12.2000 n. 397)*, in *Leg. pen.*, 2002, spec. 6 ss.; FILIPPI, *Indagini preliminari e investigazioni difensive*, in *La procedura penale*, a cura di Riccio, Spangher, Napoli, 2002, 350 ss.; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 363 ss.; SCAPARONE, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, cit., 251 ss.

⁶⁷ NEPI-MODONA, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 1996, 395 ss.

⁶⁸ GROSSO, *L'udienza preliminare*, Milano, 1991, 244.

⁶⁹ CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, 514 ss.

dispone il giudizio, che sarebbero vanificate da una indicazione dei fatti e delle prove tale da orientare le future valutazioni del giudice del dibattimento. Al contrario, il legislatore del 1988, ho voluto in ogni modo evitare che il giudizio potesse appiattirsi esclusivamente sui risultati emergenti dalla fase istruttoria, così come veniva fatto sotto la vigenza del codice Rocco, con l'idea di salvaguardare con tali accorgimenti la peculiarità stessa dell'udienza preliminare, quale filtro per le imputazioni azzardate non meritevoli di alcun approfondimento dibattimentale⁷⁰. Dovendo il G.U.P. sciogliere l'alternativa tra sostenibilità dell'accusa in giudizio o meno, le due alternative provvedimenti possono dirsi equivalenti nella sostanza, seppur non nella forma.

Non dovrebbe avallarsi allora la teoria di chi ritiene che il decreto che dispone il giudizio, rientri nell'ambito delle «pronunce di rito»⁷¹ solo perché esplica un'efficacia propulsiva, «determinando il passaggio del processo ad una fase successiva»⁷².

Per tali ragioni, così com'è stato affermato per la sentenza di non luogo a procedere, anche il decreto di rinvio a giudizio è atto tipo valutativo/decisorio emesso da un giudice sulla base delle risorse cognitive tipiche della fase, con connotazione funzionale assimilabile alla sentenza per la sua vocazione definitiva della regudicanda preliminare all'instaurazione del dibattimento.

4. *La salvaguardia dell'imparzialità e terzietà del giudice: soluzioni auspicabili.*

L'esito del ragionamento prospettato conduce verso una direzione univoca, e cioè verso l'inefficacia degli atti emessi dallo *iudex suspectus*. Dunque, malgrado parte della giurisprudenza⁷³ abbia ritenuto che la previsione del divieto di pronunciare sentenza per il giudice recusato non possa avere un'ampiezza operativa maggiore di quella che il testuale riferimento alla sentenza consente (sì da inglobare il decreto che dispone il giudizio che "al di fuori di ogni valutazione di merito sull'attendibilità delle ragioni d'accusa, si limita la sussisten-

⁷⁰ ASTARITA, *Art. 429*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Milano, 2008, 2290 ss.; in giurisprudenza di veda Trib., Bologna, 15 giugno 1993, Caprara, in *Foro it.*, 1995, II, 167, con nota di CAMON, *La motivazione del rinvio a giudizio*.

⁷¹ DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 73; GROSSO, *L'udienza preliminare*, cit., 112; VINCIGUERRA, *Il giudice dell'udienza preliminare*, cit., 276. Cfr. anche PISTORELLI, voce *Udienza preliminare*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 2001, 12-13; Cass., Sez. V, 15 dicembre 1998, Masala, cit., 3540.

⁷² DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, cit., 28.

⁷³ Cass., Sez. V, 31 marzo 2010, Rigosta, in *Mass. Uff.*, n. 247505; in dottrina si veda SANTALUCIA, SANTALUCIA, *nota a Cass., Sez. un., 27 gennaio, 2011*, in *Cass. pen.*, 2012, 12, 4221 ss.

⁷⁴ Cass., Sez. un., 12 maggio 1995, Romanelli, con nota di

za di elementi idonei a consentire la celebrazione del dibattimento⁷⁴”), non può d’altro canto dubitarsi che l’interpretazione serve a comporre la norma e che il contenuto della stessa prenda vita proprio attraverso l’interpretazione che ne viene data⁷⁵. Infatti, se ci si affida alla stretta lettura del termine sentenza che forma l’oggetto dell’attività vietata al giudice ruscato, si potrebbe correre il rischio non solo di comprimere le garanzie del giusto processo, ma anche di compromettere il bilanciamento tra l’interesse all’imparzialità - che sarebbe soddisfatto solo dalla previsione della nullità della sentenza in caso di accoglimento la domanda di ruscazione - e quello all’efficacia del sistema.

L’accoglimento dell’istanza di ruscazione priva il giudice della capacità di decidere, sì che la sentenza e gli altri provvedimenti emessi⁷⁶ sono da considerarsi nulli.

Atteso che tra i caratteri essenziali della giurisdizione vi è quello per cui il giudice deve essere terzo ed imparziale, è necessario trovare un sistema che tuteli non solo le situazioni codificate, ma anche quelle che pur non previste, collidano con l’imparzialità del giudice⁷⁷.

Ripartendo dall’indicata chiave di lettura fornita dalle fonti sovranazionali e dalla riforma dell’art. 111 Cost., che hanno codificato espressamente i caratteri della terzietà ed imparzialità del giudice, si può tracciare il presupposto della giurisdizione rispetto al processo. Le caratteristiche della giurisdizione, così come individuate dall’art. 111 Cost., involgono anche profili ordinamentali che vanno ad influire sulla “posizione” del giudice rispetto al caso sottopostogli in grado di incidere sulla sua stessa imparzialità⁷⁸. Infatti, non si deve dimenticare che l’imparzialità e la terzietà del giudice possono essere violate anche a fronte di una corretta applicazione delle regole processuali ed ordinamentali.

È per tale ragione che i requisiti di imparzialità e terzietà del giudice vengono

⁷⁴ Cass., Sez. V, 31 marzo 2010, Rigosta, cit.

⁷⁵ Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, Beschi, con nota di RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea al vaglio delle Sezioni unite. Un tema ancora aperto*; SANTALUCIA, *nota a Cass., Sez. un., 27 gennaio, 2011*, in *Cass. pen.*, 2012, 12, 4221 ss.

⁷⁶ Cass., Sez. un., 12 maggio 1995, Romanelli, con nota di GIULIANI, *La disciplina della rimessione di fronte alle Sezioni unite: inammissibilità della richiesta e divieto di pronunciare sentenza ex art. 47, co. 1, c.p.p.*, in *Cass., pen.*, 1996.

⁷⁷ CORVI, *La tutela processuale dell’imparzialità e terzietà del giudice: si può fare di più?*, cit. 816 ss.; F. R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 33; RUGGIERI, *Legittimo sospetto: le modifiche introdotte dalla legge “Cirami”*. *Novità in temi di profili procedurali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 158.

⁷⁸ Così afferma F. R. DINACCI, *Giudice terzo ed imparziale quale elemento “presupposto” al giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 209; sul punto si veda in giurisprudenza Corte EDU, 24 febbraio 1993, Fey c. Austria; Id., 16 dicembre 1992, Saint-Marie c. Francia.

esplicitati espressamente dalla Carta costituzionale e dalle norme sovranazionali: deve essere garantita “l’esclusione di ogni pericolo di parzialità onde assicurare al giudice una posizione assolutamente *super partes*”⁷⁹. In caso contrario “tutte le altre regole e garanzie processuali perderebbero di significato”⁸⁰.

Da tale consapevolezza si deve mirare ad una nuova prospettiva metodologica: ciò che deve essere tutelato non è l’astratta configurabilità dei presidi di tutela delle caratteristiche giurisdizionali, ma il loro “farsi concrete” nell’ordinamento⁸¹. È una prospettiva che trova riscontro anche nella giurisprudenza europea che, in tema di imparzialità derivante dal pregresso esercizio di funzioni nell’ambito del procedimento, ha chiarito come quel che rilevi “è la portata così come la natura di tali decisioni”⁸², precisando ulteriormente che, nelle ipotesi in cui qualsiasi tipo di pronuncia implichi una valutazione sul tema della responsabilità dell’indagato, l’imparzialità può apparire dubbia⁸³.

Pertanto, nel caso in cui si crei, oltre la previsione normativa, una situazione giuridica o di fatto capace di minare la neutralità del giudice, l’ordinamento non può restare inerte. Sostanzialmente, anche dinanzi ad un caso concreto che non rientri tra le ipotesi normative volte a tutelare la terzietà ed imparzialità del giudice, non si può rimanere indifferenti. Ciò non solo in riferimento agli obblighi di natura costituzionale, ma anche in ragione dell’obbligo precettivo derivante dalla fonte sovranazionale che impone un giudice terzo ed imparziale⁸⁴. Infatti, più volte la giurisprudenza europea, scontrandosi con questa impostazione codicistica, ha posto in evidenza come l’effettiva terzietà ed imparzialità siano da considerare “alla stregua di un canone oggettivo indeclinabile per la disciplina della funzione giurisdizionale”⁸⁵.

L’imparzialità del giudice assume rilevanza da un punto di vista oggettivo essendo funzionale alla piena attuazione del contraddittorio, è un diritto-dovere del giudice a vedere assicurata la sua posizione di terzietà, quale modo

⁷⁹ Corte cost., n. 60 del 1969..

⁸⁰ Corte cost., n. 306 del 1997; Id., n. 241 del 1999.

⁸¹ Così F. R. DINACCI, *Giudice terzo ed imparziale quale elemento “presupposto” al giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 209.

⁸² Corte EDU, 24 febbraio 1993, Fey c. Austria.

⁸³ Corte EDU, 24 maggio 1989, Hauschildt c. Danimarca.

⁸⁴ F. R. DINACCI, *Giudice terzo ed imparziale quale elemento “presupposto” al giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 212; sul punto si veda UBERTIS, *L’incompatibilità del giudice ha pure risvolti europei*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1520; PATANÈ, *Nuovi orientamenti sulla capacità del giudice*, in *Giust. pen.*, 1997, III, 497.

⁸⁵ Corte EDU, 24 maggio 1989, Hauschildt c. Danimarca.

d'essere della giurisdizione. Per tale ragione, pur attribuendo alle parti poteri volti ad affrontare le situazioni in cui l'imparzialità risulta compromessa, la garanzia dei principi che costituiscono indefettibili requisiti del giusto processo non può essere rimessa esclusivamente a queste ultime con il costante rischio che la lesione del canone possa rimanere esente da conseguenze⁸⁶.

E non è un caso che la stessa giurisprudenza costituzionale, affiancata da quella europea, abbia ritenuto giudice non idoneo il soggetto che versi in quelle situazioni le quali ancorché non disciplinate, risultino caratterizzate dalla "forza della prevenzione" che fa venir meno i requisiti funzionali di imparzialità e terzietà⁸⁷. Il monito della giurisprudenza sembra chiaro: la non idoneità del giudice non può essere un fatto neutro per l'ordinamento. Devono potersi rinvenire strumenti idonei all'osservanza di quello che oramai è, per volere costituzionale e convenzionale, un presupposto del processo⁸⁸. Tali meccanismi, proprio per la natura indisponibile dei valori tutelati, non possono essere sottratti al sistema di garanzia sanzionatorio delle invalidità processuali.

Pertanto, il rilievo di tali principi sul piano oggettivo rende possibile che la violazione degli stessi possa essere eccepita o rilevata dal giudice d'ufficio e, se accertata, possa essere sanzionata dall'invalidità più grave: la nullità⁸⁹. Non solo la sentenza, ma ogni atto, emesso da un giudice riconosciuto *suspectus* non può non essere ritenuto viziato poichè posto in essere da un soggetto privo del potere di compierlo⁹⁰.

La "forma di invalidità che colpisce l'atto emesso dal giudice parziale trova origine non in riferimento a quanto stabilito dall'art. 37 o dall'art. 42 c.p.p., bensì nell'art. 178, lett. a c.p.p. Il difetto in questi casi sanzionato è quello della mancanza di capacità del giudice⁹¹. L'art. 178 c.p.p. non distingue tra capacità generica e capacità specifica, bensì si riferisce al difetto di capacità del

⁸⁶ CORVI, *La tutela processuale dell'imparzialità e terzietà del giudice: si può fare di più?*, cit. 816 ss.

⁸⁷ Corte EDU, 24 febbraio 1993, Fey c. Austria.

⁸⁸ Così F. R. DINACCI, *Giudice terzo ed imparziale quale elemento "presupposto" al giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 217.

⁸⁹ DEAN, *Fisionomia costituzionale del processo penale*, cit. 170; CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, cit., 41 ss. Sul tema si veda anche Corte cost., n. 306 del 1997.

⁹⁰ CHIMICI, *Inammissibilità dell'istanza di ricusazione: impugnazione dell'ordinanza e poteri del giudice ricusato*, in *Dir. proc. pen.*, 2007, 1354; F. R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 73; TREVVISON LUPACCHINI, *Riflessioni dell'incompatibilità del giudice sulla validità degli atti processuali*, cit., 387.

⁹¹ CORVI, *La tutela processuale dell'imparzialità e terzietà del giudice: si può fare di più?*, cit. 816 ss. DEAN, *Fisionomia costituzionale del processo penale*, cit. 170; CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, cit., 41 ss. Sul tema si veda anche Corte cost., n. 306 del 1997.

giudice⁹². E “i requisiti della capacità devono essere ricercati non solo *extra codicem*, ma anche nel sistema processuale senza limiti di sorta”⁹³. In tale ottica, l'imparzialità e la terzietà ben possono essere inquadrati come elementi costitutivi della capacità del giudice⁹⁴. Invero, non si può non riconoscere rilevanza anche ai difetti di capacità del giudice che discendano “dall'assenza di requisiti posti dalla Costituzione come coessenziali per l'esercizio della funzione giudicante”⁹⁵. Ciò che rileva e andrebbe a giustificare la sanzione di nullità del provvedimento non è il difetto del potere di decidere derivante dal divieto imposto dalla norma, bensì il difetto di capacità dovuto alla carenza dei requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività giurisdizionale. Perciò la nullità dovrà colpire l'atto ogni volta in cui verrà accertata la lesione della norma posta a tutela dell'imparzialità e terzietà del giudice⁹⁶. In tal modo, se la carenza di imparzialità corrisponde ad un difetto di capacità di giudicare, *ex art. 178 c.p.p.*, non può non concludersi affermando che tale invalidità possa essere rilevata o eccepita in ogni stato e grado del processo anche in caso di provvedimento emesso dal giudice sospetto⁹⁷, malgrado la soluzione⁹⁸ possa presentarsi dispendiosa ma al tempo stesso conforme al principio di legalità processuale di cui l'imparzialità e la terzietà del giudice costituiscono naturale esplicazione.

⁹² CORVI, *La tutela processuale dell'imparzialità e terzietà del giudice: si può fare di più?*, cit. 816 ss.

⁹³ CORVI, *La tutela processuale dell'imparzialità e terzietà del giudice: si può fare di più?*, cit. 816 ss.

⁹⁴ DI CHIARA, *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretto da Chiavario, Marzaduri, Torino, 1996, 205 ss.; PATANÈ, *Accoglimento del ricorso avverso l'ordinanza di rigetto della dichiarazione di ricusazione e nullità*, cit. 868 ss.; F. R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 50 ss.

⁹⁵ CORVI, *La tutela processuale dell'imparzialità e terzietà del giudice: si può fare di più?*, cit. 833 ss.; in giurisprudenza Cass., Sez. un., 9 giugno 2011, cit. 4217.

⁹⁶ SANTALUCIA, *nota a Cass., Sez. un., 27 gennaio, 2011*, cit., 4226 ss.; CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, cit. 42 ss.; DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, cit., 77 ss.; in proposito si veda anche CONTI, *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, 1651 ss.

⁹⁷ CHIMICI, *Inammissibilità dell'istanza di ricusazione: impugnazione dell'ordinanza e poteri del giudice ricusato*, in *Dir. proc. pen.*, 2007, 1354; F. R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 73; TREVVISON LUPACCHINI, *Riflessioni dell'incompatibilità del giudice sulla validità degli atti processuali*, cit., 387.

⁹⁸ CORVI, *La tutela processuale dell'imparzialità e terzietà del giudice: si può fare di più?*, cit. 816 ss.

⁹⁹ DI CHIARA, *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretto da Chiavario, Marzaduri, Torino, 1996, 205 ss.;

In tale prospettiva la questione rimessa alle Sezioni unite dovrebbe riconsiderare i suggerimenti offerti dai precedenti arresti giurisprudenziali secondo cui “in assenza di una espressa dichiarazione di conservazione di efficacia degli atti nel provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o ricusazione, gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato debbano considerarsi inefficaci” e tra questi non può che rientrare anche il decreto che dispone il giudizio.

ARCHIVIO PENALE 2020, n. 2

D. NAIKE CASCINI