



REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE PENALI

23122/11 n. racc. gen.

Composta da:

Giuseppe Maria Cosentino	- Presidente -	Sentenza n.sez.3/11
Nicola Milo		CC 27/01/2011
Gennaro Marasca		R.G.N. 6829/2010
Alfredo Maria Lombardi		
Ruggero Galbiati		
Gian Giacomo Sandrelli		
Franco Fiandanese		
Maria Stefania Di Tomassi	- Relatore -	
Margherita Cassano		

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

Tanzi Francesca, nata a Parma il 5 giugno 1967,

avverso l'ordinanza del 21/01/2010 del Tribunale di sorveglianza di Bologna;

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

sentita la relazione svolta dal consigliere Maria Stefania Di Tomassi;

lette le richieste del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Giovanni Galati, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Oggetto di ricorso sono le ordinanze adottate dal Tribunale di sorveglianza di Bologna, che ha revocato la misura alternativa dell'affidamento in prova concessa a Francesca Tanzi.

1.1. L'antefatto è costituito dalla sentenza pronunciata in data 19 aprile 2007, ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Parma, che aveva applicato a Francesca Tanzi la pena di tre anni e cinque mesi di reclusione per i reati di associazione per delinquere e varie ipotesi di truffa, falso, bancarotta fraudolenta, reati tutti collegati al dissesto delle società del gruppo Parmalat e della famiglia Tanzi. Al momento del passaggio in giudicato della pronuncia, il 29 aprile 2008, a Francesca Tanzi restavano da espiare, detratta la custodia cautelare e la pena condonata per effetto dell'indulto concesso con legge n. 241 del 2006, quattro mesi e nove giorni di reclusione.

Notificato il 10 giugno 2008 ordine di esecuzione sospeso ai sensi dell'art. 656 cod. proc. pen., la Tanzi avanzava richiesta di affidamento in prova al servizio sociale ai sensi dell'art. 47 legge 26 luglio 1975, n. 354 (d'ora in avanti ord. pen.), che le veniva concesso con ordinanza del 13 ottobre 2009. L'esecuzione della misura alternativa aveva inizio il 10 novembre 2009.

1.2. Il 24 dicembre 2009 il Magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia, nella persona della dottoressa Nadia Buttelli, sospendeva la misura in via cautelare, ex art. 51-ter ord. pen., e trasmetteva gli atti al Tribunale di sorveglianza, che fissava per il giorno 21 gennaio 2010 la decisione sulla revoca dell'affidamento in prova, ai sensi dell'art. 47, comma 11, Ord. Pen.

1.3. In apertura di udienza (stando al verbale iniziata alle ore 9,30), il difensore della Tanzi informava oralmente il Tribunale della presentazione di dichiarazione di ricsuzione nei confronti della dottoressa Nadia Buttelli, componente del Collegio, per avere la stessa, quale Magistrato di sorveglianza, già espresso il proprio convincimento sulla regiodicanda con l'ordinanza di sospensione del 24 dicembre 2009.

Con ordinanza resa a verbale il Tribunale, in via preliminare: dichiarava inammissibile la dichiarazione di ricsuzione «non essendo stata la stessa presentata tempestivamente nella cancelleria del Tribunale»; respingeva l'eccezione di incompetenza territoriale del Magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia pure prospettata dalla difesa; dichiarava manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3, 24, 27, 101 e 102 Cost., dell'art. 70, comma 6, Ord. Pen., nella parte in cui non prevede che il magistrato di sorveglianza che ha deciso in via cautelare sulla sospensione

della misura non possa far parte del collegio del tribunale chiamato a decidere sulla revoca della stessa.

Decidendo nel merito, con separata ordinanza in pari data, il Tribunale ratificava la sospensione cautelare e revocava la misura alternativa dell'affidamento in prova.

1.3. Il 28 gennaio 2010 la Corte di appello di Bologna dichiarava a propria volta inammissibile la dichiarazione di ricsuzione, perché presentata senza l'osservanza delle forme di legge prescritte dall'art. 38, comma 3, cod. proc. pen. La difesa della Tanzi proponeva ricorso, che veniva poi rigettato dalla Quinta Sezione della Corte di cassazione con sentenza n. 42889 del 21 ottobre 2010, depositata il 2 dicembre 2010.

2. Nel frattempo, con atto del 5 febbraio 2010, Francesca Tanzi proponeva ricorso – che è oggetto di esame in questa sede – avverso entrambe le ordinanze emesse il 21 gennaio 2010 dal Tribunale di sorveglianza: l'una, incidentale, di inammissibilità della dichiarazione di ricsuzione; l'altra, nel merito, di revoca della misura alternativa, chiedendone l'annullamento.

2.1. Con il primo motivo denuncia l'abnormità del provvedimento con cui il Tribunale di sorveglianza aveva dichiarato inammissibile la dichiarazione di ricsuzione.

Premette che la dichiarazione di ricsuzione era stata puntualmente depositata sia presso la cancelleria della Corte di appello di Bologna sia presso la cancelleria del Tribunale di sorveglianza «nel termine previsto, ovvero entro la fine dell'udienza», oltre che presentata *brevi manu* al cancelliere d'udienza, e che avverso la dichiarazione di inammissibilità poi pronunciata dalla Corte di appello era stato proposto ricorso (poi come detto rigettato con la sentenza 21 ottobre 2010 della Corte di cassazione).

Rileva quindi che non poteva in alcun modo ammettersi che il giudice ricsuito deliberasse sulla ammissibilità della ricsuzione, in patente violazione del principio *nemo iudex in causa propria*.

2.2. Con il secondo motivo denuncia la violazione dell'art. 37, comma 2, cod. proc. pen. e la conseguente nullità della decisione di revoca della misura alternativa, assunta dal Tribunale di sorveglianza successivamente all'abnorme dichiarazione di inammissibilità della ricsuzione.

Osserva che, se è vero che la dichiarazione di ricsuzione non comporta l'automatica sospensione del procedimento, deve in ogni caso ritenersi che resta in pendenza di essa impedito al giudice di pronunciare sentenza o comunque di decidere in merito alla regiodicanda a lui sottoposta, a norma dell'art. 37, comma 2, cod. proc. pen. L'ordinanza con cui era stata disposta in via definitiva

la revoca della misura era stata dunque assunta in violazione della disposizione citata, ed era affetta da nullità assoluta ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., concernendo la disposizione violata una condizione di capacità del giudice.

Neppure la declaratoria di inammissibilità della ricusazione nel frattempo (in data 28 gennaio 2010) pronunciata dalla Corte di appello poteva condurre a diverso risultato, trattandosi di decisione scaturita (laddove aveva ritenuto non presentata la copia della dichiarazione di ricusazione nella cancelleria del Tribunale) da un macroscopico difetto del Tribunale di sorveglianza nella trasmissione degli atti della ricusazione al giudice *ad quem*.

3. Il Procuratore generale, con requisitoria in data 6 maggio 2010, chiedeva il rigetto del ricorso, osservando, nel merito, che non sussiste alcuna incompatibilità del magistrato di sorveglianza che ha disposto la provvisoria sospensione di una misura alternativa a partecipare al giudizio sulla revoca di detta misura (cita Sez. 1, sent. n. 2002 del 14/03/1997, Morleo, Rv. 207738, e sent. n. 21276 del 9/04/2002, Giudice, Rv. 222443).

4. Con ordinanza del 21 ottobre 2010, la Prima Sezione penale, alla quale il ricorso era stato assegnato *ratione materiae*, ne ha rimesso – ex art. 618 cod. proc. pen. – la decisione alle Sezioni Unite, rilevando che, attesa l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale, occorreva determinare la «*esatta interpretazione da dare al divieto di cui all'art. 37, comma 2, cod. proc. pen., alla stregua del quale "il giudice ricusato non può pronunciare né concorrere a pronunciare sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione" se cioè trattasi di divieto di carattere assoluto e tale da far luogo ad una nullità ai sensi dell'articolo 178, comma 1, lett. a) del codice di rito, ovvero se trattasi di carattere solo relativo ed alternativo, da ritenere cioè sussistente solo in caso di eventuale rigetto o di declaratoria d'inammissibilità della dichiarazione di ricusazione*».

Sul punto controverso l'ordinanza di rimessione richiama:
- da un lato le sentenze secondo cui la decisione emessa in violazione del divieto di partecipazione al giudizio del giudice ricusato fino a che la dichiarazione di ricusazione non è dichiarata inammissibile ovvero rigettata, deve ritenersi nulla ex art. 37, comma 2, cod. proc. pen., solo se la dichiarazione di ricusazione è accolta, conservando al contrario validità quando la dichiarazione di ricusazione è, come nel caso in esame, dichiarata inammissibile ovvero rigettata (Sez. 6, sent. n. 275 del 18/01/2000, Anello, Rv. 215592; Sez. 4, sent. n. 1019 del 22/10/2002, Magri, Rv. 223415; Sez. 2, sent. n. 7220 del 21/12/2006, Cantoni,

Rv. 235862; Sez. 1, sent. n. 14852 del 31/01/07, Piras, Rv. 237358; moventi dall'analogo presupposto che il divieto dà luogo soltanto a un difetto temporaneo e condizionato del potere giurisdizionale);

- dall'altro le sentenze secondo cui, invece, il divieto posto dall'art. 37 cod. proc. pen. è da considerare tassativo e impone di attendere l'esito del giudizio incidentale di ricusazione, la sua violazione comportando una nullità assoluta rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, ex art. 178, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., (Sez. 1, sent. n. 7082 del 01/06/1998, Gallo, Rv. 210726, relativa ad annullamento senza rinvio da parte della Cassazione dell'ordinanza con cui la Corte di appello aveva respinto la dichiarazione di ricusazione), o addirittura, in caso d'inammissibilità dichiarata *de plano*, di attendere l'esito dell'eventuale ricorso per cassazione (Sez. 3, sent. n. 40511 del 04/10/2001, Martinenghi, Rv. 220303, facente leva sul principio generale dell'effetto sospensivo dell'impugnazione, ex art. 588, comma 1, cod. proc. pen., derogabile solo nel caso di provvedimenti in materia di libertà personale e di provvedimenti adottati in camera di consiglio, secondo lo schema procedimentale disegnato dall'art. 127, comma 8, cod. proc. pen., non riferibile dunque alle pronunce di inammissibilità).

5. Il Primo presidente, con decreto del 18 novembre 2010, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza camerale.

6. Il Procuratore generale ha depositato memoria integrativa, con la quale insiste nella richiesta di rigetto del ricorso.

Osserva – in adesione all'orientamento consolidato, autorevolmente avallato, seppure in materia di rimessione, da Sez. U, sent. n. 6925 del 12/05/1995, Romanelli – che la decisione emessa in violazione del divieto di partecipazione al giudizio del giudice ruscato fino a quando la dichiarazione di ruscazione non sia dichiarata infondata o inammissibile, è nulla solo ove la decisione sia accolta, il divieto integrando un difetto di potere giurisdizionale temporaneo, limitato e condizionato dall'evento.

A tale indirizzo si contrapporrebbe in realtà soltanto la sentenza Sez. 3, sent. n. 40511 del 04/10/2001, Martinenghi. Difatti, Sez. 1, sent. n. 7082 del 01/06/1998, Gallo, che aveva riconosciuto effetto sostanzialmente retroattivo alla pronuncia di annullamento senza rinvio della ordinanza reiettiva della dichiarazione di ruscazione, aveva espressamente precisato che non si intendeva dire che l'art. 37, comma 2, cod. proc. pen. andasse interpretato nel senso che il giudice ruscato, prima di pronunciare sentenza dovesse necessariamente attendere l'esito finale della dichiarazione di ruscazione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso, come si è detto in *fatto*, concerne i provvedimenti con cui il Tribunale di sorveglianza, composto dal magistrato ricusato, ha dapprima dichiarato inammissibile la dichiarazione di ricusazione; ha quindi revocato *ex tunc* la misura alternativa dell'affidamento in prova ai servizi sociali, concessa a Francesca Tanzi.

I provvedimenti denunciati sono stati assunti prima e a prescindere dalla decisione della Corte di appello competente sulla ricusazione ai sensi dell'art. 40 cod. proc. pen. Alla data in cui il ricorso è stato proposto la Corte di appello aveva invece già dichiarato inammissibile la dichiarazione di ricusazione, ma la decisione era stata impugnata e non era ancora intervenuta la sentenza della Corte di cassazione che ha poi reso definitiva detta decisione.

Ciò spiega perché i motivi articolati nel ricorso si limitavano a denunciare: da un lato l'abnormità del provvedimento del Tribunale che aveva dichiarato esso stesso inammissibile la ricusazione; dall'altro la nullità per vizio di capacità del giudice della decisione sul merito, emessa in violazione del divieto di provvedere in pendenza del giudizio di ricusazione.

A seguito della pronuncia della Corte di cassazione che ha reso definitiva la declaratoria d'inammissibilità della ricusazione, ha assunto invece rilievo il quesito relativo al carattere del divieto di cui all'art. 37, comma 2, cod. proc. pen. prospettato dalla Sezione rimettente, che chiede per tale ragione alle Sezioni Unite di chiarire se esso sia da considerare «assoluto e tale da far luogo ad una nullità ai sensi dell'articolo 178, comma 1, lett. a) del codice di rito, ovvero [...] relativo ed alternativo, da ritenere cioè sussistente solo in caso di eventuale rigetto o di declaratoria d'inammissibilità della dichiarazione di ricusazione».

Il punto di diritto di cui sono investite le Sezioni Unite si riferisce in altri termini a situazione in cui il giudice ha deciso nel merito nonostante fosse stata avanzata nei suoi confronti dichiarazione di ricusazione, successivamente dichiarata inammissibile con provvedimento definitivo.

2. L'art. 37, comma 2, cod. proc. pen., dispone che «il giudice ricusato non può pronunciare né concorrere a pronunciare sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione».

Essendo pacifico che la violazione del divieto istituito dal comma 2 dell'art. 37 cod. proc. pen. non è accompagnata da alcuna sanzione espressa di nullità, il problema da affrontare è se una sanzione discenda in via sistematica dalla disciplina delle nullità di ordine generale o comunque da principi sovraordinati, e,

posta la natura di detta nullità, se essa possa ritenersi dipendente dalla semplice violazione di detto divieto o è invece condizionata all'accoglimento della dichiarazione di ricusazione e all'accertamento, dunque, della esistenza di una delle situazioni per la cui rimozione è prevista, ai sensi del comma 1 del medesimo art. 37, la dichiarazione di ricusazione.

Il quesito può dunque essere ricondotto al seguente: *«se è affetta da nullità la decisione che definisce il procedimento assunta dal giudice ricusato prima che la dichiarazione di ricusazione sia dichiarata inammissibile o infondata dall'organo competente».*

Poiché la soluzione investe i poteri del giudice ricusato una volta presentata la dichiarazione di ricusazione, da essa discende la risposta ad entrambi i motivi di ricorso.

3. L'ordinanza di rimessione evidenzia che nel senso che la violazione del divieto di cui si discute comporta la nullità assoluta della decisione assunta, quale che sia l'esito definitivo del procedimento incidentale di ricusazione, parrebbero orientate due sole pronunce: Sez. 1, sent. n. 7082 del 01/06/1998, Gallo, Rv. 210726, e Sez. 3, sent. n. 40511 del 04/10/2001, Martinenghi, Rv. 220303.

Anche se parte della dottrina sostiene tale tesi, non se ne rinvencono altre e le due decisioni neppure sono pienamente conformi.

3.1. La situazione considerata nella sentenza Gallo del 1998 concerneva una dichiarazione di ricusazione che era stata rigettata dalla corte di appello con decisione poi annullata senza rinvio dalla Cassazione, a cagione della sopravvenuta declaratoria di parziale incostituzionalità dell'art. 34 cod. proc. pen., per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 1996.

La sentenza muove dalla premessa che quell'annullamento «pur non potendo valere, a rigore, come provvedimento decisorio sul merito della dichiarazione di ricusazione (essendo un tale provvedimento riservato alla esclusiva competenza funzionale degli organi indicati nell'art. 41 cod. proc. pen. e, quindi, nel caso di specie, alla corte d'appello), non poteva tuttavia rimanere privo di effetto, una volta che comunque si fosse ritenuto di disporlo senza rinvio». In tale situazione, la previsione dell'art. 37, comma 2, cod. proc. pen., «pur se a suo tempo formalmente osservata (atteso che la sentenza di merito era stata in effetti pronunciata dopo che la corte d'appello aveva respinto in richiesta di ricusazione)», doveva considerarsi, «*ex post*, in conseguenza della sopravvenuta sentenza di annullamento [...] come sostanzialmente violata». Con ciò non voleva dirsi – avverte la sentenza Gallo – «che l'art. 37, comma 2, cod. proc. pen., vada interpretato nel senso che il giudice ricusato, prima di

pronunciare sentenza deve necessariamente attendere che il provvedimento di inammissibilità o di rigetto della dichiarazione di ricusazione sia divenuto irrevocabile», tale preclusione non apparendo giustificata né da principi generali né dal letterale tenore della disposizione in questione, «posto che la decisione sulla ricusazione è adottata, per espressa disposizione di legge, con “ordinanza”, e le ordinanze, a differenza delle sentenze [...], sono per loro natura immediatamente esecutive, salvo che sia espressamente disposto altrimenti». Sembra giungere quindi alla conclusione: che il divieto di pronunciare sentenza previsto dall’art. 37, comma 2, cod. proc. pen. opera sin tanto che non si sia verificata la condizione ivi prevista; che tale divieto è da ritenere assistito dalla previsione della nullità generale di cui all’art. 178, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., concernente le condizioni di capacità del giudice, da qualificarsi, ai sensi del successivo art. 179, come assoluta e rilevabile, anche d’ufficio, in ogni stato e grado del procedimento; che dopo la pronuncia del giudice di merito competente sulla ricusazione il giudice ricusato non è tenuto ad attendere la sentenza della Cassazione investita di eventuale ricorso, ma la sua decisione *medio tempore* emessa resta «sottoposta al rischio di un suo successivo annullamento»; che detto rischio è «connaturato alla struttura stessa della disciplina [...] in materia di astensione e ricusazione», non differenziandosi, se non per la diversità dell’oggetto, da quello al quale sono sottoposti gli “atti” che comunque il giudice ricusato può e deve compiere in pendenza della dichiarazione di astensione o ricusazione.

3.2. La sentenza Martinenghi del 2001, va oltre, e – in relazione a situazione in cui la corte territoriale, ritenendo manifestamente infondate le ragioni dell’istante, aveva dichiarato la ricusazione inammissibile con provvedimento *de plano*, adottato ai sensi dell’art. 41, comma 1, cod. proc. pen. – afferma che il divieto di pronunciare sentenza opera sino a che siffatta decisione di inammissibilità della dichiarazione di ricusazione non sia divenuta definitiva. La decisione muove dal rilievo che l’art. 41, comma 1, citato non contiene alcun richiamo al regime d’eccezione, disegnato con l’art. 127, comma 8, cod. proc. pen., alla regola generale dell’art. 588, comma 1, cod. proc. pen. circa la efficacia sospensiva dell’impugnazione. Sostiene dunque che a fronte di una decisione di manifesta infondatezza della ricusazione sarebbe precluso al giudice ricusato di pronunciare sentenza prima della pronuncia del giudice di legittimità sul ricorso dell’imputato avverso detta decisione.

In relazione alla peculiare impostazione della sentenza Martinenghi, si deve tuttavia sin d’ora rilevare che una evidente particolarità di tale decisione consiste nel fatto che essa è stata assunta non nel giudizio di impugnazione instaurato

avverso la decisione presa dal giudice ricusato, ma nell'ambito del giudizio di ricusazione, e dopo che la stessa Corte di cassazione aveva riconosciuto infondate tutte le altre ragioni poste dal ricorrente a fondamento della ricusa del giudice. La decisione di manifesta infondatezza della ricusazione è stata dunque annullata con rinvio non per un vizio concernente l'esame delle ragioni poste a fondamento della ricusazione, ma esclusivamente a causa della circostanza, sopravvenuta, che il giudice ricusato aveva nel frattempo pronunciato sentenza.

Correttamente, perciò, Sez. 4, sent. n. 29952 del 15/02/2006, Ismaili, ha osservato in relazione a caso analogo che l'eventuale errore ascrivibile ai giudici ricusati, per non avere applicato il disposto dell'art. 37, comma 2, cod. proc. pen. in un contesto nel quale la dichiarazione di ricusazione era stata dichiarata inammissibile con provvedimento emesso ai sensi dell'art. 41, comma 1, cod. proc. pen., può semmai integrare una violazione di legge, con riflessi sulla sentenza emessa, non già anche un ulteriore motivo di ricusazione.

4. L'indirizzo nettamente prevalente individua invece nell'esito del giudizio sulla dichiarazione di ricusazione una causa di validità o nullità *secundum eventum* della decisione irritualmente adottata in pendenza della ricusazione medesima: l'inammissibilità o il rigetto la rendono valida; l'accoglimento invalida.

Si rifanno a tale indirizzo: Sez. 6, sent. n. 275 del 18/01/2000, Anello, Rv. 215592; Sez. 4, sent. n. 1019 del 22/10/2002, Magri, Rv. 223425; Sez. 2, sent. n. 7220 del 21/12/2006. dep. 2007, Cantoni, Rv. 235862; Sez. 4, sent. n. 14852 del 31/01/2007, Piras, Rv. 237358; Sez. 5, sent. n. 23712 del 31/03/2010, Ragosta, Rv. 247505, cui possono aggiungersi, tra le molte conformi non massimate: Sez. 6, sent. n. 25564 del 02/05/2001, Palau Giovannetti; Sez. 4, sent. n. 29952 del 15/02/2006, Ismaili.

A sostegno vengono evocate, sin da Sez. 6, Anello, le considerazioni svolte dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 6925 del 12/05/1995, Romanelli, con riguardo alla analoga previsione del divieto di pronuncia del giudice investito da richiesta di rimessione.

5. Il Collegio condivide la soluzione raggiunta dall'orientamento maggioritario e il rinvio fatto alla sentenza delle Sezioni unite Romanelli.

Le osservazioni che sostengono tale indirizzo ruotano attorno alla considerazione che se, in mancanza di una esplicita sanzione, si ritiene che l'invalidità dell'atto decisorio risiede nell'assenza di terzietà e imparzialità che incide sulla capacità del giudice per e nel singolo processo, deve riconoscersi che la incapacità del giudice non può dipendere dalla mera esistenza di una denuncia di parte ma richiede un accertamento *ab externo*.

In relazione alla ipotesi di imparzialità denunciata da una delle parti, tale accertamento è affidato nel sistema del codice di procedura penale all'instaurazione di una procedura incidentale costituita dal sub-procedimento di riconsuazione, assistito da garanzie giurisdizionali pari a quelle del procedimento principale. E come non può il giudice, a torto o a ragione sospettato, decidere sulla sua riconsuazione, nello stesso modo non possono le parti che lo sospettano determinare la sua sostituzione mediante la mera esternazione delle proprie ragioni: giacché in entrambe le ipotesi verrebbe paradossalmente elusa proprio la terzietà (requisito immanente, come si dirà meglio avanti, alla struttura triadica che connota ogni accertamento giurisdizionale) della valutazione sulla riconsuazione, arbitrariamente anticipandosene gli effetti sulla base delle opinioni degli interessati.

Che la denuncia di parte non possa di per sé determinare la sostituzione del giudice non costituisce d'altra parte criterio opinabile, ma rappresenta necessità sistematica del processo penale, non potendo rimettersi a iniziative dell'imputato, o di altra parte, che si rivelino pretestuose la scelta del giudice chiamato a decidere sulla sua posizione.

6. Tali considerazioni resistono agli argomenti addotti a sostegno degli orientamenti minoritari, che riconducono la sanzione di nullità per la violazione del divieto istituito dall'art. 37, comma 2, cod. proc. pen. alla previsione concernente l'incapacità del giudice.

Mancando l'espressa previsione di una sanzione, l'argomento forte – evocato implicitamente dalla giurisprudenza citata ed esplicitamente dalla dottrina che la sostiene – consiste nella ragione di tutela dalla possibile parzialità del giudice che costituisce il fondamento dell'istituto della riconsuazione.

7. Le premesse sulla *ratio* di garanzia sono pienamente condivisibili, ma non possono condurre al risultato indicato.

Le norme sulla incompatibilità, astensione e riconsuazione del giudice sono certamente funzionali al principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione, pur non essendo le sole, nel sistema codicistico, che svolgono funzione servente a tale principio.

Come è stato osservato, per effetto della riforma recata dalla legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999 che si è ispirata ai principi elaborati dalla Corte EDU nell'interpretare l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in tema di giusto processo (tra moltissime, in ordine alla necessità di indipendenza e imparzialità dell'organo giudicante, v., da ultimo, Corte EDU, 02/03/2010, Adamkiewicz c. Polonia; 05/02/2009, Olujic c. Croazia), il principio

d'imparzialità trova ora espressa menzione nell'art. 111, comma secondo, Cost.

Indubbio è però che le connotazioni della imparzialità e terzietà del giudice, quali requisiti connaturati all'essenza della giurisdizione, che per definizione richiede che la funzione del giudicare sia assegnata a un soggetto terzo, scevro di interessi propri e di timori, sgombro da convinzioni precostituite in ordine alla materia da decidere, appartengono alla risalente tradizione dell'ordinamento processuale italiano ed erano state già da tempo enucleate dalla Corte costituzionale nell'ambito dei principi garantiti dalla interazione di molti precetti costituzionali.

Così, fra molte, Corte cost., sent. n. 131 del 1996, evidenziava come per il giudizio penale il "giusto processo" è formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta negli artt. 3, 24, secondo comma, e 27, secondo comma, Cost., e come esso «comprenda l'esigenza di imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di "terzietà" che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice [...] e condiziona l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio».

Ancor prima, Corte cost., sent. n. 124 del 1992, rilevava che «i principi della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101) e della sua precostituzione rispetto all'oggetto del giudizio (art. 25), garantendo l'indipendenza del giudice e la sua necessaria estraneità rispetto agli interessi ed ai soggetti coinvolti nel processo ed escludendo che la sua designazione e la determinazione delle sue competenze possano essere condizionate da fattori esterni, rappresentano i presidi fondamentali dell'imparzialità e ne definiscono il contenuto ineliminabile di connotato intrinseco dell'attività del giudice in quanto non finalizzata al perseguimento di alcun interesse precostituito».

La imparzialità, insomma, è da intendersi connessa dal lato oggettivo all'indipendenza esterna e interna garantita al giudice e comporta sotto il profilo soggettivo assenza di condizionamenti e pregiudizi. Essa implica inoltre la necessità che il giudice sia anche riconoscibile, e appaia dunque, come imparziale (tra molte Corte cost., sent. n. 283 del 2000; sent. n. 131 del 2006), tale obiettiva apparenza essendo condizione di quella fiducia nella giustizia da cui dipende un ordinato vivere civile.

In conclusione, all'imparzialità-terzietà, in senso oggettivo e soggettivo, e come apparenza altresì di imparzialità, quale requisito essenziale dell'esercizio della funzione giurisdizionale implicito nel sistema delle garanzie costituzionali, deve sin dall'origine intendersi ispirato il codice di rito del 1988 nel delineare tra l'altro gli istituti in esame.

Ciò nonostante, non può dirsi che la formale evocazione del principio di

imparzialità e terzietà del giudice nell'ambito di una norma costituzionale nulla muti, neppure sul piano esegetico. La «sanzione costituzionale formale» (Corte cost., sent. n. 134 del 2002) di tale principio nel nuovo testo dell'art. 111, comma secondo, Cost. – la collocazione della imparzialità–terzietà tra i requisiti fondanti la nozione di giusto processo – comporta quantomeno la necessità di riconoscere che le norme codicistiche deputate a dare in via di normalità attuazione a codesto principio generale e fondamentale non possono ricondursi, con la semplicità di catalogazione che ha sinora contraddistinto le enunciazioni giurisprudenziali, alla categoria delle disposizioni “eccezionali”. Non si intende ovviamente contestare che alcuni istituti – come la rimessione – per l'assoluta peculiarità delle situazioni che li giustificano e per gli effetti del tutto atipici che determinano, siano effettivamente da considerare eccezionali. Neppure si vuole negare che l'incidenza che altri istituti – come la rikusazione – comunque hanno su regole volte ad assicurare garanzie di pari valore, quali quella del giudice naturale precostituito per legge, imponga di considerare insuscettibili di integrazione analogica le norme che li regolano, non potendo l'interprete sostituirsi direttamente al legislatore nell'opera di bilanciamento di valori a questo affidata. È però ragionevole ritenere che anche a livello applicativo debba considerarsi il valore costituzionale degli interessi in gioco e che nell'opera di interpretazione conforme vada perciò verificata ogni possibilità di lettura, anche estensiva, se quella strettamente testuale risulta in contrasto con lo scopo di garanzia che il sistema dovrebbe assicurare.

8. La disciplina della rikusazione, in quanto serve ad assicurare il rispetto della imparzialità-terzietà del giudice, come prima definita, ha dunque immediato rilievo costituzionale e dall'assetto costituzionale mutua valore e forza cogente.

Proprio tenendo conto di tale rilievo e del significato delle garanzie che rappresentano ragione e scopo delle disposizioni che regolano gli istituti della incompatibilità-astensione-rikusazione, una invalidità per incapacità da carenza di potere dei provvedimenti decisorii assunti dal giudice rikusato, non può che dipendere dalla circostanza che dell'imparzialità – essenziale al giusto processo o al corretto esercizio del potere giurisdizionale in concreto – sia effettivamente accertato il difetto.

Fare derivare, invece, la incapacità del giudice e, per conseguenza, il necessario annullamento della sua decisione con rinvio ad altro giudice, dalla mera esistenza di una rikusazione di parte interessata, pur quando questa sia dichiarata inammissibile o infondata, finirebbe per determinare invece un non giustificato sacrificio dell'ordinato svolgimento del processo e della sua ragionevole durata, oltre che l'irrazionale conseguenza che con la sua sola

denuncia la parte incida sulla individuazione del giudice.

Anche in questo caso, difatti, alla scelta processuale di parte sarebbe, in definitiva, rimessa la permanenza della titolarità del giudizio in capo al giudice che ne è investito. Esito, questo, non solo irragionevole, ma anche in contrasto con il principio del giudice naturale precostituito per legge, dal quale la parte verrebbe o potrebbe chiedere di essere distolta (cfr., per tale accezione della naturalità del giudice: Corte cost., sent. n. 51 del 1997, in relazione alla assenza di incompatibilità con le funzioni del giudizio del giudice che abbia adottato, in dibattimento, una misura cautelare; nello stesso senso ordinanze n. 206 del 1998 e n. 232 del 1999).

La nozione di giudice naturale precostituito per legge non può, invero, ritenersi cristallizzata nella determinazione legislativa di una competenza generale, formandosi invece anche di tutte le disposizioni le quali derogano a tale competenza o alla attribuzione della controversia ad un determinato giudice sulla base di criteri che razionalmente valutano, bilanciandoli, i disparati interessi posti in giuoco dal processo. Sicché l'illegittima sottrazione della regiodicanda al giudice naturale può verificarsi *a posteriori* anche se si riconosce ai soggetti, ai quali il legislatore attribuisce in astratto tale potere, di determinare in concreto il risultato della designazione del giudice in via di eccezione mediante atti compiuti al di là dei limiti che la legge impone e in vista di interessi particolari.

Non si discute in questo caso della eventualità che l'imputato o altra parte possa, di fatto, col suo comportamento contribuire alla individuazione del giudice, come avviene, secondo la disciplina posta dal codice di procedura penale, in tutti i casi, ad esempio, di determinazione della competenza in base al reato commesso. In questi casi l'influenza della volontà della parte costituisce mera circostanza di fatto precedente il processo e rappresenta mezzo indiretto per l'individuazione del giudice secondo i criteri fissati preventivamente dalla legge e dall'ordinamento e in vista di interessi particolari.

Nella rikusazione viene in rilievo una iniziativa processuale, a giudizio iniziato, che va vagliata nella sede propria e che solo se fondata ha motivo di produrre la sostituzione del magistrato che dovrebbe decidere.

9. D'altronde, poiché, come s'è anticipato, le disposizioni in tema di incompatibilità, astensione e rikusazione non sono le uniche funzionali ad assicurare l'imparzialità del giudice, è dalla stessa natura di tale valore che discende la necessità di dare alla disciplina del divieto per il giudice sospettato di pronunciare sentenza, una lettura, per quanto possibile, coerente all'interno dell'ordinamento.

In quest'ottica, giustamente le sentenze dell'indirizzo maggioritario hanno

fatto riferimento agli argomenti sviluppati da Sezione unite Romanelli, a proposito dell'analogo divieto di pronuncia del giudice investito da richiesta di rimessione del processo.

L'istituto della rimessione, pur segnato da profonde diversità e non riguardante direttamente la persona del giudice bensì l'ufficio giudiziario in collegamento con la cognizione di un determinato reato, è tuttavia analogamente sorretto da ragioni ispirate alla necessità di prevenire il rischio di condizionamenti, effettivi o anche solo obiettivamente apparenti. Come dice la Corte costituzionale, la rimessione costituisce presidio, per quanto eccezionale, pur sempre volto a soddisfare e bilanciare «da un lato, il divieto di distogliere chiunque dal giudice naturale precostituito per legge; dall'altro, valori anch'essi costituzionalmente rilevanti, quali l'indipendenza e, quindi, la imparzialità dell'organo giudicante e la tutela del diritto di difesa» (v. Corte cost., ord. n. 168 del 2006; sentenze n. 50 del 1963 e n. 82 del 1971).

Consolidato è perciò il principio che la rimessione in tanto può ritenersi compatibile con l'art. 25 Cost., in quanto la *translatio iudicii* sia fatta dipendere dalla esistenza di gravi situazioni locali idonee a pregiudicare, oggettivamente e concretamente, l'imparzialità del giudice (Corte cost., sent. n. 50 del 1963; ord. n. 465 del 2002; Sez. U, sent. n. 13687 del 26/03/2003, Berlusconi).

Testualmente, poi, la formulazione dell'art. 37, comma 2, cod. proc. pen. all'inizio riportata, tanto più se collegata alla previsione dell'art. 41, comma 2, («Fuori dei casi di inammissibilità [...] la corte può disporre, con ordinanza, che il giudice sospenda temporaneamente ogni attività processuale o si limiti al compimento degli atti urgenti.»), è assolutamente simile al testo dell'art. 47 cod. proc. pen., che disciplinava gli effetti della richiesta di rimessione, prima delle modifiche recate dalla legge 7 novembre 2002, n. 248 e all'epoca della sentenza citata («1. La richiesta di rimessione non sospende il processo ma il giudice non può pronunciare sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la richiesta. 2. La Corte di cassazione può disporre la sospensione del processo. La sospensione non impedisce il compimento degli atti urgenti.»).

Si attagliano di conseguenza per ogni verso, sistematico e letterale, alla disciplina della ricusazione le conclusioni raggiunte da Sezioni unite Romanelli, allorché osserva che il divieto di pronuncia «integra un difetto temporaneo di potere giurisdizionale» limitato alla pronuncia della sentenza e condizionato dalla decisione che dichiara la sussistenza o meno delle condizioni che giustificano lo spostamento del processo; con la conseguenza che se la richiesta è dichiarata inammissibile (anche per motivi formali) o rigettata, deve ritenersi la validità

della sentenza pronunciata dal giudice naturale, come precostituito; in caso contrario, e cioè di accoglimento della richiesta, la nullità della sentenza: così verificandosi una «tipica valutazione (di validità o nullità) *secundum eventum*». Ed evidenza che tale interpretazione è la sola che consenta di escludere il risultato, privo di razionalità, che porterebbe, pur essendo stata riconosciuta la manifesta infondatezza o l'inammissibilità della richiesta di mutamento del giudice (in tal modo confermandosi la competenza e la idoneità al giudizio di quello *a quo*), a doversi egualmente dichiarare la nullità della sentenza con rinvio ad altro giudice per un nuovo giudizio.

10. Ancora più stringente, attesa la riferibilità allo stesso istituto della ricusazione e la matrice unitaria della patologia, è quindi l'esigenza di individuare in senso uniforme la portata degli effetti dell'accoglimento della ricusazione rispetto alla decisione assunta dal giudice ricusato.

Dopo l'accoglimento della ricusazione la regola è, ai sensi dell'art. 42, comma 1, cod. proc. pen., che il giudice «non può compiere alcun atto del procedimento». Benché null'altro si aggiunga nella norma, sul significato di tale disposizione dottrina e giurisprudenza sostanzialmente convergono: l'accoglimento della ricusazione rende il giudice incapace ad ogni effetto in quel procedimento.

Se il giudice pronuncia addirittura sentenza, Sez. 1, sent. n. 5293 del 15/10/1996, Priebke, afferma che essa è «affetta da nullità radicale»; di nullità assoluta ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., parlano Sez. 1, sent. n. 1109 del 14/02/1997, Grillo, Rv. 207052; Sez. 1, sent. n. 3500 del 15/06/1998, Airò, Rv. 211035; Sez. 1, sent. n. 3872 del 29/05/2000, Santini, Rv. 216165.

Ora, per chiarire la natura della nullità così individuata, occorre ricordare che nel sistema del codice di procedura penale né le incompatibilità predefinite dal legislatore nell'art. 34 cod. proc. pen. né, tantomeno, i motivi di astensione che possono dar luogo a ricusazione e quelli ulteriormente previsti in via autonoma per la ricusazione, costituiscono mai, di per sé, cause dirette di nullità della pronuncia del giudice che si trovi in una delle situazioni descritte, potendo le parti farle valere esclusivamente mediante la tempestiva instaurazione della procedura degli artt. 37 e seguenti del codice di rito (tra moltissime: Sez. U, n. 23 del 24/11/1999, Scudato). E detta disciplina è stata più volte ritenuta indenne da vizi di legittimità costituzionale (Corte cost., sent. n. 473 del 1993; ordinanze n. 36 del 1999 e n. 346 del 2000) sul rilievo che il legislatore ben può ritenere più appropriati, per evitare il protrarsi di situazioni di incertezza, gli strumenti dell'astensione e della ricusazione del giudice che versi in situazione di

incompatibilità, «sempreché ponga la parte interessata in condizione di dedurla»; l'incompatibilità inficiando «l'idoneità al corretto esercizio delle funzioni giurisdizionali solo in relazione ad uno specifico procedimento» e potendo perciò essere ragionevolmente differenziata da quelle situazioni «che ostano in via generale alla capacità di esercizio di tali funzioni».

Neppure la previsione dell'art. 33, comma 2, cod. proc. pen., viene d'altra parte in considerazione, perché il vizio, non collegabile a una incapacità generale, neanche può ritenersi direttamente discendere dalla violazione di norme o disposizioni sulla destinazione o designazione del giudice e sulla assegnazione dei processi, ma consiste nel difetto di imparzialità – reale o apparente – in relazione ad un certo processo, accertato in concreto attraverso forme vincolate a seguito della specifica procedura incidentale a ciò dedicata.

Ove il giudice nei cui confronti è stata proposta dichiarazione di ricusazione accolta, decida, ciò nonostante, sulla regudicanda a lui originariamente assegnata, il vizio dipende in conclusione esclusivamente dalla accertata sua inidoneità al corretto esercizio della funzione giurisdizionale in relazione ad uno specifico procedimento, e attiene perciò non all'attribuzione in astratto di potestà giurisdizionale bensì ai modi e limiti del potere esercitabile in un determinato giudizio.

Ricondotta l'imparzialità a requisito essenziale della funzione giurisdizionale, siffatta inidoneità in concreto derivante da difetto d'imparzialità altro non è però che un difetto di capacità particolare a giudicare, che esigenze sistematiche impongono di ricondurre alla previsione dell'art. 178, comma 1, lett. a), cod. proc. pen.

L'opinione comune, secondo cui detta norma rinvia sostanzialmente all'art. 33 cod. proc. pen. (corroborata dal rilievo che nella stesura originaria del Progetto preliminare la disposizione ora recata dal comma 2 dell'art. 33 era allocata nel comma 2 dell'art. 178), non costituisce invero ragione sufficiente per escludere che ad essa vadano ricondotti anche quei difetti di capacità del giudice che, non riferibili alla violazione delle leggi sull'ordinamento giudiziario, dipendano dall'assenza di requisiti posti dalla Costituzione stessa come coesenziali per l'esercizio della funzione giudicante.

Le decisioni invalide (perché non rispondenti allo schema legale) non si prestano d'altro canto ad essere nel sistema positivo considerate "inefficaci" (come gli atti propulsivi o i negozi processuali o le prove malamente acquisite); per esse, non essendo superabile la regola che divengono definitive se non impugnate, la categoria della inidoneità a produrre effetti riconducibile nella genesi storica delle invalidità alla nozione di atto nullo (*quod nullum est nullum*

producit effectum), tramuta in ogni caso in annullabilità, ovverosia nella categorie delle nullità codicistiche che costituiscono condizioni per l'annullabilità, mentre la radicalità del vizio può incidere unicamente ai fini della assenza di preclusioni alla rilevabilità in ogni stato e grado del processo: ferma la forza del giudicato.

Deve convenirsi, pertanto, che la previsione «se la dichiarazione [...] è accolta il giudice non può compiere alcun atto del procedimento», contenuta nell'art. 42, comma 1, individua un difetto di capacità che rende nulle ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., le decisioni del giudice ricusato, mentre consente di ritenere semplicemente priva di efficacia ogni altra attività processuale dallo stesso compiuta.

11. La definizione in termini analoghi del vizio che affligge la decisione nel caso in cui il giudice l'abbia assunta pendendo l'incidente della ricusazione e una volta che questa sia accolta, pare a questo punto obbligata.

Appurata la mancanza della precondizione dell'imparzialità e terzietà, fondante il legittimo esercizio del potere di giudicare, la pronuncia che definisce il giudizio eventualmente emessa dal giudice fondatamente ricusato è da considerare viziata dalla carenza in concreto del potere di decidere sulla regiudicanda. A parità di difetto e di divieto, il vizio non può che avere identica natura vuoi nel caso in cui la pronuncia che rappresenta la manifestazione definitiva dell'esercizio della potestà giurisdizionale nel processo sia stata resa dopo che la decisione che ha accolto la ricusazione è divenuta definitiva, vuoi nel caso in cui sia stata assunta nelle more del procedimento di ricusazione risoltosi poi con l'accertamento della fondatezza della ricusa e il riconoscimento del difetto.

Mentre analoghe ragioni per ritenere tale incapacità particolare non ricorrono se il divieto di astenersi dal pronunciare sentenza pendendo la ricusazione è stato violato, ma la ricusazione è dichiarata inammissibile o rigettata.

Né, se la ricusazione è stata dichiarata inammissibile o riconosciuta infondata, la sanzione di nullità assoluta rilevabile in ogni stato e grado, che secondo l'indirizzo minoritario da detta incapacità dovrebbe discendere ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., può trovare giustificazione nella lesione di altro diritto o interesse processuale o legittima aspettativa della parte ricusante.

12. Conferma le conclusioni raggiunte l'aspetto, strettamente connesso, dell'esonero dal divieto per il caso di ricusazione sostanzialmente ripetitiva di

altra già respinta.

Circa l'origine e l'estensione della deroga, è sufficiente ricordare che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 10 del 1997, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 37, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui – qualora sia riproposta dichiarazione fondata sui medesimi elementi – fa divieto al giudice di pronunciare o concorrere a pronunciare la sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione. Successivamente è stata la stessa Corte costituzionale a precisare che in base a detta pronuncia «non si fa più divieto al giudice di pronunciare la sentenza [...] ove l'istanza venga riproposta sulla base degli stessi elementi intesi sia in senso formale che materiale (vale a dire, con l'utilizzazione di argomenti speciosi che, privi di serio raccordo con la realtà fattuale, dimostrino la loro totale inconsistenza e vacuità)» (Corte cost. ord. n. 466 del 1998, e, ivi richiamate ordinanze n. 366 del 1999 e n. 285 del 2002).

Ribadito però che il giudice ricusato non ha alcun potere di decidere sulla fondatezza della ricusazione che lo riguarda, e tanto è privo di attribuzioni in relazione ad essa che neppure è abilitato a disporre la sospensione del processo principale, riservata al giudice competente dopo la valutazione in sede propria dell'ammissibilità dell'atto di ricusazione (Corte cost., sent. n. 138 del 1983, ordin. n. 204 del 1999; Cass. Sez. U, sent. n. 31421 del 20/09/2002, Conti), deve rilevarsi che l'eventuale apprezzamento in ordine alla sostanziale ripetitività, e dunque pretestuosità, della ricusa, da parte del giudice ricusato non può che consistere in una delibazione preventiva sommaria affatto priva di stabilità, inidonea a condizionare sia lo sviluppo sia il risultato del giudizio affidato all'organo competente ai sensi dell'art. 40 cod. proc. pen.

Se dunque il giudice ricusato può in linea teorica liberarsi dal divieto di pronunciare sentenza sulla base di un apprezzamento privo di valore nel giudizio di ricusazione e suscettibile d'essere ribaltato in quella sede, la legittimità della pronuncia non potrà, però, certamente dipendere dalla mera esistenza di tale predelibazione, che se smentita non sminuirà certamente le ragioni della sua inidoneità a giudicare nel caso concreto.

Anche l'eccezione alla regola del divieto istituita dalla Corte costituzionale, seppur limitata alle ipotesi di ricusazione ripetuta, dimostra dunque che la disciplina ha tenuta razionale soltanto se la validità della sentenza è collegata all'esito della ricusazione e la sanzione viene costruita *secundum eventum*.

13. Milita infine a sostegno della lettura propugnata la durata del divieto istituito dall'art. 37, comma 2, cod. proc. pen., riferibile alla sola fase di merito del giudizio sulla ricusazione.

A tale proposito va anzitutto chiarito che sono da respingere le considerazioni della sentenza Sez. 3, n. 40511 del 04/10/2001, Martinenghi, secondo cui quando la ricusazione è dichiarata inammissibile *de plano*, il divieto di pronunciare sentenza opererebbe sino a che siffatta decisione di inammissibilità non sia divenuta definitiva, sull'assunto (prima illustrato) che la generale regola degli effetti sospensivi dell'impugnazione non sarebbe espressamente derogata dalla disposizione in esame.

Come osservano Sez. 2, n. 7220 del 2007, Cantoni, e Sez. 4, n. 29952 del 2006, Ismaili, la differenza di regime che, stando alla sentenza Martinenghi, dovrebbe applicarsi a seconda che la decisione del giudice investito della ricusazione sia stata adottata *de plano* o a seguito di contraddittorio, sarebbe davvero irragionevole: l'argomento del richiamo all'art. 127 cod. proc. pen. nell'ambito del solo comma 3 dell'art. 41 cod. proc. pen. e della generale disciplina dell'art. 588 stesso codice, condurrebbe difatti alla conseguenza paradossale che quanto più infondata si prospetti la dichiarazione di ricusazione, o più evidente appaia il difetto di legittimazione del ricusante o dei requisiti formali della dichiarazione, tanto più ampio sarebbe l'effetto di ritardare la decisione che ne discenderebbe.

In assenza di diverse ragioni, appare inoltre insuperabile il riferimento testuale alla «ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione» che compare nel comma 2 dell'art. 37. Non soltanto perché dovrebbe presumersi che il legislatore non ignorasse che la Cassazione investita da un ricorso pronuncia sentenza, salvo i casi ora previsti dall'art. 610, comma 1, cod. proc. pen., di ricorsi assegnati alla sezione che decide in caso di patente inammissibilità (v. Sez. U, ord. n. 5466 del 28/01/2004, Gallo), e in pochi altri (di conversione o qualificazione dell'impugnazione), ma perché l'eventuale sentenza della Cassazione sui ricorsi avverso le ordinanze dei giudici di merito che hanno dichiarato inammissibile o infondata la dichiarazione di ricusazione avrebbe ad oggetto la decisione sulla ricusazione, non la ricusazione stessa.

Il divieto del giudice ricusato di pronunciare sentenza opera pertanto sino, e non oltre, alla pronuncia dell'organo competente a decidere sulla ricusazione a norma dell'art. 40 cod. proc. pen. (sullo specifico punto, conviene, oltre all'orientamento maggioritario, anche Sez. 1, sent. n. 7082 del 01/06/1998, Gallo, prima indicata).

Così limitato il divieto, affermare che la sua violazione sia sanzionata da nullità assoluta postulerebbe però ammettere, del tutto irrazionalmente, che la imparzialità del giudice e la sua conseguente inidoneità a decidere della stessa reg Giudicanda e in relazione alle stesse parti, si presta, oltre che ad essere

condizionata da una mera denuncia, ad essere addirittura considerata a intermittenza.

La prescrizione dell'art. 37, comma 2, cod. proc. pen., imponendo che, se la ricusazione non appare evidentemente ripetitiva, venga attesa quantomeno la valutazione di merito di un giudice terzo, può considerarsi invece ragionevole se la si considera espressione di un provvisorio bilanciamento tra la necessità di un controllo esterno sulla fondatezza della ricusazione e l'esigenza di evitare sospensioni eccessivamente lunghe dell'attività decisionale (in assenza di un *fumus* di fondatezza).

Incoerente con le premesse che riconducono il vizio al difetto della preconditione dell'imparzialità, sarebbe d'altro canto ritenere che la sanzione di nullità assoluta, discendendo dal tenore della previsione del comma 2 dell'art. 37 cod. proc. pen., debba essere riferita alla sentenza pronunciata prima della decisione di merito sulla ricusazione, ma non già a quella eventualmente intervenuta dopo, neanche quando la dichiarazione di ricusazione fosse poi riconosciuta fondata nello stesso giudizio di legittimità.

Le osservazioni svolte circa la possibilità di una interpretazione conforme, anche estensiva, delle regole che servono a dare attuazione alla garanzia dell'imparzialità, consentono invece di affermare che deve ritenersi comunque nulla per difetto di capacità relativamente al singolo processo la sentenza (o la decisione finale, qualunque forma essa assuma) assunta dal giudice ricusato dopo che l'organo competente a sindacarla nel merito ha dichiarato inammissibile o rigettato la dichiarazione di ricusazione, se tale pronuncia viene annullata e il difetto di imparzialità-terzietà risulta dichiarato in un eventuale giudizio di rinvio o in quello di legittimità.

Quanto alla concreta possibilità di tale seconda evenienza, non è affatto esatto che il giudizio sulla fondatezza della ricusazione sia appannaggio di valutazioni riservate al giudice di merito (come sembra ritenere la sentenza Gallo). Mediante il rinvio contenuto nell'art. 37, comma 1, lett. a), all'art. 36, comma 1, lett. g), e da questo agli artt. 34 e 35 cod. proc. pen. la ricusazione può trovare fondamento nelle situazioni processuali pregiudicanti tipicamente e preventivamente individuate dal legislatore nell'ambito, ad esempio, dei molti casi enumerati dall'art. 34, commi 1 e 2, sulla base della presunzione che essi determinino di per sé incompatibilità ad esercitare ulteriori funzioni giurisdizionali nel medesimo procedimento (Corte cost., sentenze n. 306, n. 307 e n. 308 del 1997). Sicché in relazione a tali situazioni processuali predeterminate di incompatibilità, l'apprezzamento ben può essere di puro diritto.

14. Le considerazioni che precedono non escludono, ovviamente, che il

rispetto del divieto istituito dall'art. 37, comma 2, cod. proc. pen. costituisca un preciso dovere deontologico (*ex art. 124 cod. proc. pen.*) del magistrato ricusato.

Occorre tuttavia considerare che dottrina e giurisprudenza non mostrano dubbi sull'estensione della sua previsione, oltre che alla sentenza, come espressamente previsto, ad ogni tipo di provvedimento idoneo a definire la regiudicanda cui si riferisce la dichiarazione di ricusazione. Il caso in esame concerne appunto un provvedimento decisorio diverso dalla sentenza; dell'estensione fanno implicitamente conto, tra molte, Sez. 6, sent. n. 275 del 2000, Anello *cit.*; Sez. 6, sent. n. 39859 dell' 11/07/2005, Cantaro, Rv. 232760; Corte cost., sent. n. 61 del 2007.

Poiché la *ratio* sta nella garanzia che a decidere sia un giudice imparziale, non può dubitarsi che tale garanzia sia dovuta per ogni tipo di provvedimento giurisdizionale.

Tuttavia, per molte decisioni diverse dalla sentenza sono scanditi termini la cui inosservanza determina automaticamente effetti caducatori non evitabili: ciò vale, senza pretesa di completezza, per i provvedimenti di convalida dell'arresto e per quelli di riesame incidentali al procedimento di merito, pena la perdita di efficacia della misura precautelare o cautelare; per le decisioni sulla consegna in materia di mandato d'arresto europeo, che se prese oltre sessanta giorni comportano la cessazione degli effetti della misura cautelare; per i provvedimenti (tra i quali è annoverabile quello in esame) che il Tribunale di sorveglianza deve assumere entro trenta giorni ai sensi dell'art. 51-*ter* ord. pen., ai fini del mantenimento di efficacia della provvisoria sospensione della misura.

In tutti questi casi, e negli altri eventualmente simili, la dichiarazione di ricusazione presentata a ridosso della deliberazione, e in prossimità della scadenza di termini perentori per questa assegnati, può porre obiettivamente un problema di contemperamento di opposte esigenze: quelle ad esempio collegate alla privazione della libertà personale dell'imputato in antitesi a quelle sottese alla ricusazione. Sussistendo un conflitto di tale genere, la rigorosa doverosità del rispetto del divieto di cui si discute potrebbe dunque ritenersi ragionevole solamente nei limiti in cui si riconoscesse praticabile una linea interpretativa analoga a quella seguita da Sezione unite Conti, in tema di necessaria sospensione dei termini a fronte del verificarsi, per il disposto dell'art. 37, comma 2, cod. proc. pen., di «una immediata sospensione *ex lege* del processo». Mentre ove tale soluzione risultasse non percorribile (si pensi all'ipotesi della convalida d'arresto, i cui i termini discendono direttamente dalla Costituzione), difficilmente potrebbe considerarsi ingiustificata la risoluzione del

giudice ricusato di adottare comunque la decisione conclusiva, a rischio, ovviamente, della sua nullità ove la ricusazione venisse poi accolta.

Mentre l'adesione alla tesi della nullità assoluta del provvedimento emesso in violazione del divieto anche quando la dichiarazione sia dichiarata inammissibile o infondata, determinerebbe in codesti casi un effetto di paralisi per attività processuali urgenti e doverose, oltre che il probabile rischio del proliferare di ricuse pretestuose.

15. In conclusione, occorre ribadire che al divieto posto dall'art. 37, comma 2, cod. proc. pen. corrisponde un generale dovere del magistrato investito da ricusa (Sez. un. Conti, cit.): a livello deontologico tanto più rigoroso quanto minori siano i pericoli di prescrizione o di effetti caducatori legati al differimento della decisione. La sanzione processuale che può investire la pronuncia che definisce la regiudicanda emessa in costanza di tale divieto non dipende però dalla sola constatazione della formale sua violazione, non assistita di per sé da alcuna sanzione processuale, ma discende da ragioni sistematiche legate alla *ratio* di garanzia cui tende l'istituto della ricusazione, e non può perciò che essere condizionata alla fondatezza delle ragioni del ricusante, ovverosia all'accertamento *ab externo* della denunciata mancanza di imparzialità-terzietà.

I principi di diritto da offrire a soluzione del quesito posto a queste Sezioni Unite possono per conseguenza così riassumersi, a norma dell'art. 173, comma 3, disp. att. cod. proc. pen.:

a) la decisione che definisce il procedimento, assunta dal giudice nei cui confronti è stata proposta ricusazione in violazione del divieto istituito dall'art. 37, comma 2, cod. proc. pen. conserva validità se la ricusazione è dichiarata inammissibile o infondata dall'organo competente *ex art. 40* cod. proc. pen.;

b) la decisione che definisce il procedimento, assunta dal giudice nei cui confronti è stata proposta ricusazione è viziata invece da nullità assoluta nel caso in cui la ricusazione sia accolta, e ciò indipendentemente dalla circostanza che essa sia intervenuta in pendenza della procedura incidentale di ricusazione o dopo il suo accoglimento.

16. Ciò posto, devono essere esaminati i motivi del ricorso.

16.1. Il primo motivo concerne il provvedimento con il quale il giudice ricusato ha formalmente e separatamente, rispetto alla decisione di merito, dichiarato inammissibile la dichiarazione di ricusazione proposta nei suoi confronti.

Le censure muovono da assunti esatti ma non sono rilevanti.

Si è già detto che il giudice ricusato non ha mai il potere di decidere sulla

sua ricusa, neppure al fine di dichiararne l'inammissibilità sotto il profilo formale.

Può, secondo quanto riconosciuto da Corte cost., sent. n. 10 del 1997 e dalla successiva giurisprudenza costituzionale, effettuare una deliberazione preliminare di corrispondenza al tipo della dichiarazione di rikusazione, limitatamente alle ipotesi che essa costituisca reiterazione di altra precedente e al solo fine di giustificare la sua esenzione dall'obbligo di non pronunciare nel merito, ma neppure in questo caso gli è consentito assumere provvedimenti con i quali dichiara l'inammissibilità della rikusazione.

L'ordinanza di inammissibilità autonomamente adottata nel caso in esame dal Tribunale di sorveglianza rappresenta dunque un provvedimento abnorme.

Esso tuttavia è tanto estraneo al sistema da risultare privo di qualsivoglia valore ed effetto processuale, mentre l'anomala autonomia mediante la quale è stata esternata la valutazione circa la inammissibilità della dichiarazione di rikusazione non è in alcun modo idonea a condizionare la decisione di merito del giudice rikusato, la cui validità resta ancorata, per le ragioni prima illustrate, esclusivamente all'esito definitivo della procedura di sindacato sulla dichiarazione di rikusazione svolta in sede propria.

16.2. Con il secondo motivo si denuncia la nullità della decisione con la quale il Tribunale di sorveglianza ha definitivamente revocato la misura alternativa nei confronti della Tanzi, sotto il profilo della violazione dell'art. 37, comma 2, cod. proc. pen.

Da quanto sinora osservato discende l'infondatezza di tale assunto, attesa la inammissibilità della rikusazione dichiarata in via definitiva.

16.3. Per la verità la ricorrente fa anche questione della incidenza che avrebbe avuto sulla declaratoria di inammissibilità il «macroscopico [...] errore dell'organo di sorveglianza nel trasmettere il dossier relativo all'istanza di rikusazione».

A tale osservazione ha già risposto la Quinta Sezione di questa Corte nella sentenza con la quale ha rigettato il ricorso avverso la declaratoria d'inammissibilità della Corte di appello, rilevando che compete al rikusante depositare presso la Corte di merito competente gli atti a corredo della sua istanza e curare che questa abbia altresì prova del regolare e formale deposito della copia della rikusazione presso il giudice rikusato.

Può solo aggiungersi, per chiarezza, che la disciplina della rikusazione, a differenza di quella della rimessione, non pone a carico del giudice rikusato alcun onere di trasmissione degli atti. È vero piuttosto che, ove le ragioni della rikusazione emergano soltanto nel corso dell'udienza, alla parte deve riconoscersi il diritto ad avere il tempo sufficiente per adempiere agli oneri di deposito e di

produzione (ivi compresa la produzione dell'attestazione dell'avvenuto deposito di copia della dichiarazione presso il giudice ricusato) richiesti dall'art. 38 cod. proc. pen. Ma non risulta alcuna doglianza relativa all'ingiustificato rigetto di una istanza in tal senso.

16.4. Il ricorso deve per tali ragioni essere rigettato e la ricorrente condannata al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso il 27 gennaio 2011

Il Componente estensore

M. Stefania Di Tomassi

Il Presidente

Giuseppe Maria Cosentino

depositata in **data 9 giugno 2011**