

**La sentenza del giudice ricusato
nelle more della verifica sull'incompatibilità**

Daniela Chinnici

La decisione

La decisione deliberata dal giudice nei cui confronti è stata avanzata dichiarazione di ricusazione, senza avere osservato le forme di cui all'art. 37, co. 2, c.p.p., è da ritenersi valida se la ricusazione è dichiarata inammissibile o infondata dal giudice competente ai sensi dell'art. 40 c.p.p.

La decisione terminativa del procedimento, assunta dal giudice nei cui riguardi è stata proposta ricusazione, è viziata da nullità assoluta se l'istanza di ricusazione venga accolta, non rilevando a ciò che la declaratoria sia intervenuta in pendenza della procedura incidentale di ricusazione ovvero dopo il suo accoglimento.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 9 giugno 2011 (c.c. 27 gennaio 2011) - COSENTINO, *Presidente* - DI TOMASSI, *Relatore* - GALATI, *P.M.* (conf.).- Tanzi, ricorrente.

Il commento

1. La sentenza che si commenta - il cui oggetto di ricorso sono le ordinanze adottate dal tribunale di sorveglianza di Bologna con le quali è stata dichiarata inammissibile la dichiarazione di ricusazione avanzata nei riguardi di un membro del collegio e revocato la misura alternativa dell'affidamento in prova - affronta come questione centrale gli effetti da ricollegare alla decisione di revoca del provvedimento emessa, in violazione del divieto di cui all'art. 37, co. 2, c.p.p., nonostante la dichiarazione di ricusazione di uno dei membri del tribunale di sorveglianza.

Appare opportuno sinteticamente dare contezza degli antefatti e dei fatti come riportati in sentenza: la ricorrente aveva ottenuto - con ordinanza del 13 ottobre 2009 - l'affidamento in prova al servizio sociale, richiesto ex art. 47 l. n. 354 del 1975 (ord. penit.), per la pena, sospesa ai sensi dell'art. 656 c.p.p., che, al momento del passaggio in giudicato della sentenza resa di cui all'art. 444 c.p.p., ammontava a quattro mesi e nove giorni di reclusione.

Successivamente il magistrato di sorveglianza sospendeva la misura in via cautelare, trasmettendo gli atti al tribunale di sorveglianza per la decisione sulla revoca della misura, ai sensi dell'art. 47, co. 11, ord. penit.

Aperta l'udienza il difensore della Tanzi informava oralmente il tribunale di avere presentato dichiarazione di ricusazione nei riguardi di uno dei membri del collegio, in quanto costui aveva già manifestato il proprio convincimento sulla medesima questione come magistrato di sorveglianza, con l'ordinanza di

sospensione dell'affidamento in prova.

Il tribunale, con ordinanza resa a verbale, dichiarava inammissibile l'istanza di ricusazione, «non essendo stata presentata tempestivamente nella cancelleria del tribunale», respingendo, peraltro, l'eccezione di incompetenza territoriale del magistrato di sorveglianza, pure prospettata, e dichiarando manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 70, co. 6, ord. penit. nella parte in cui non prevede che il magistrato di sorveglianza che ha deciso in via cautelare sulla sospensione della misura non possa fare parte del collegio del tribunale chiamato a decidere sulla revoca della stessa.

Peraltro, quanto alla decisione cautelare, il tribunale ratificava, con separata ordinanza, la sospensione, revocando la misura dell'affidamento in prova ai servizi sociali.

Dopo che erano già stati emessi i suddetti provvedimenti, la Corte di appello di Bologna dichiarava inammissibile la dichiarazione di ricusazione, perché presentata senza il rispetto delle forme di cui all'art. 38, co. 3, c.p.p., decisione poi confermata con sentenza della corte di cassazione.

La stessa nel frattempo aveva pure presentato ricorso per cassazione contro le ordinanze emesse dal tribunale di sorveglianza: quella incidentale di inammissibilità della dichiarazione di ricusazione e quella che nel merito nel merito revocava la misura alternativa.

Nel ricorso si denunciava l'abnormità dell'ordinanza che aveva dichiarato inammissibile la dichiarazione di ricusazione per la palese violazione del principio secondo cui *nemo iudex in causa propria*, asserendo la regolarità formale della dichiarazione, in quanto presentata *brevi manu* al cancelliere nei termini, ossia entro la fine dell'udienza: il difetto formale era, quindi, ascrivibile al Tribunale di sorveglianza nella trasmissione degli atti della ricusazione al giudice *ad quem*.

Con il secondo motivo di ricorso si denunciava la nullità della decisione di revoca dell'affidamento in prova emessa dal Tribunale di sorveglianza in pendenza della procedura di ricusazione, violando il disposto di cui all'art. 37, co. 2, c.p.p.: peraltro, il provvedimento di revoca era stato emanato dopo la declaratoria di inammissibilità della dichiarazione di ricusazione ma prima della pronuncia della corte di cassazione cui era stato presentato ricorso avverso la decisione della corte di appello. Si denunciava, specificamente, la nullità assoluta, ex art. 178, co. 1, lett. a, del provvedimento di revoca della misura per violazione di disposizioni inerenti una condizione di capacità del giudice.

Rilevato il contrasto giurisprudenziale circa l'esatta interpretazione da dare al divieto di cui all'art. 37, co. 2, c.p.p., secondo cui «il giudice recusato non può pronunciare né concorrere a pronunciare sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione», la decisione veniva rimessa alle sezioni unite.

Per una verifica circa la bontà o meno della decisione che si analizza, appare opportuno preliminarmente accennare alla *ratio* sottesa alla ricusazione, tratteggiando, secondo direttrici essenziali, il regime dell'istituto, al fine di valutare se, nel caso di specie, possa ritenersi non compromessa l'imparzialità dell'organo giurisdizionale avente tra i suoi componenti un giudice persona fisica già investito della medesima questione, sebbene con funzione cautelare, ovvero se la dichiarazione di ricusazione non sia ammissibile trattandosi di contesto diverso da quello della cognizione di merito, in cui non sarebbe in gioco il bene finale tutelato dal rimedio *de quo*, ossia l'imparzialità del giudice.

2. Come noto, a tutela dell'imparzialità del giudice, inteso come persona fisica e non come organo¹, il legislatore ha ritenuto di apprestare gli istituti di astensione e ricusazione del giudice in funzione di rimedi alle situazioni di incompatibilità in grado di compromettere il canone in questione, riconosciuto come connotativo della giurisdizione.

Valore supremo l'imparzialità - oggi connotativo del giusto processo consacrato nell'art. 111 Cost. - la cui salvaguardia non si è ritenuta di affidare alla sola coscienza (*rectius*: al dovere) del giudice che, trovandosi in una delle situazioni contemplate dalla legge, non possa assicurarla o semplicemente possa fare dubitare della sua sussistenza nel contesto di un'esperienza giudiziaria. E' possibile, infatti, che il giudice non percepisca nel caso concreto la lesione o anche il mero sospetto circa l'effettività del suo «dovere di imparzialità», come pure, percependola, non si astenga, finendo, a causa della permanenza nella funzione, per compromettere il corretto esercizio della giurisdizione proprio per la sussistenza di una delle situazioni che gli imporrebbero di autosollevarsi dal giudizio.

¹In tal senso MAZZA, *Indipendenza e imparzialità del giudice*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale* diretta da CHIAVARIO e MARZADURI, *Protagonisti e comprimari nel processo penale*, Torino, 1995, p. 64; ZAPPALÀ, *Astensione e ricusazione II) Astensione e ricusazione del giudice penale - Dir. proc. pen.*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1994, vol. III, p. 4, nonché, volendo, CHINNICI, *"Il caso Previti". Dalla sentenza della corte costituzionale n. 225 del 2001 alla inammissibilità della ricusazione per "inimicizia grave". L'ennesima tappa del "processo al processo"*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3043.

Così, per «rimuovere la presenza del *judex suspectus*» - assicurando alle parti² la tutela del «diritto all'imparzialità»³ del 'proprio' giudice - si è previsto, come noto, il rimedio della ricusazione nelle stesse situazioni in cui la legge ha connesso l'obbligo del giudice di astenersi⁴. Stesse situazioni, quelle individuate all'art. 37 c.p.p., tranne le «gravi ragioni di convenienza»⁵ che, ai sensi dell'art. 36, co. 1, lett. h, impongono al giudice di astenersi dalla trattazione della causa; esclusione giustificata dalla drasticità del rimedio che, se da un lato, suggerisce una stretta interpretazione dei casi di ricusazione, dall'altro, ha escluso la situazione per così dire 'in bianco' dell'astensione per gravi ragioni convenienza, ché, per la genericità e indeterminatezza del contenuto, rischierebbe di consegnare alle parti uno strumento per sottrarsi al proprio giudice⁶, magari

² Quanto al soggetto legittimato, la disciplina stabilisce (art. 38, co. 4, c.p.p.) che si tratti dell'interessato - che può essere qualsiasi parte - il quale, ove non la presenti personalmente, può proporre domanda «a mezzo del difensore o di un suo procuratore speciale»: la norma, che non eccelle per chiarezza, dovrebbe leggersi nel senso che la dichiarazione può essere proposta in via autonoma anche dal difensore non munito di mandato speciale, ferma restando la possibilità, per l'imputato, di annullarne l'efficacia ai sensi del co. 2 del citato art. 99. Tuttavia, l'orientamento diverso³ ha sostenuto che mentre il procuratore speciale è abilitato a formulare la dichiarazione di ricusazione in luogo dell'interessato, a sua firma, ma in nome e per conto dell'interessato, il difensore può fungere solo da *nuncius*, ossia presentare in cancelleria la dichiarazione di ricusazione formulata e sottoscritta dal suo assistito.

³ SATTA, *Astensione e ricusazione del giudice*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 947.

⁴ Come noto, è stato ritenuto illegittimo l'art. 37 c.p.p. nella parte in cui non prevede che non possa essere ricusato dalle parti il giudice che, chiamato a decidere sulla responsabilità di un imputato, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto (Corte cost., 14 luglio 2000, n. 283, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2442 con nota di DI CHIARA e in *Cass. pen.*, 2000, p. 2959).

⁵ In senso critico, quanto alla più circoscritta operatività dell'istituto della ricusazione rispetto all'astensione, vista la non inclusione delle «gravi ragioni di convenienza», v. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, p. 292 s.

⁶ I riflessi di un uso non rigoroso del rimedio sulla tenuta del principio del giudice naturale precostituito per legge sono evidenti.

Quanto alla connessione tra imparzialità del giudice e principio del giudice naturale v., tra i molti, BELLOCCHI, *I requisiti di naturalità e precostituzione del giudice*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale* a cura di DEAN Torino, 2007, p. 83; DI CHIARA, *Il giudice. Fisionomia istituzionale e garanzie di sistema*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Un'introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 219; GAITO, *La neutralità del giudice tra cadute di legalità ed ipotesi di tentata giustizia*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di Cerquetti e Fiorio, Padova, 2004, p. 107; PISANI, voce *giudice naturale*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 386; SPANGHER, *La rimessione, dei procedimenti. Precedenti storici e profili di legittimità costituzionale*, Milano, 1984, p. 229, TRANCHINA, *I soggetti*, in SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 2011, p. 57.

La letteratura sul principio di cui all'art. 25 Cost. è sterminata: v., almeno, seppure con modulazioni differenti, DI CHIARA, *Il giudice*, cit., p. 217 s.; DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo*, cit., p. 16 s.; RICCIO, *Naturalità e precostituzione del giudice*, in RICCIO-DE CARO-MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991, p. 54 s.

sol perché non gradito. Quindi, situazioni tassative da interpretare in modo letterale, con esclusione di una lettura estensiva come pure analogica, giustificano la richiesta di sostituzione del giudice che non possa garantire, o anche solo far dubitare, dell'imparzialità del giudizio, ossia del giudizio giusto.

Insomma, la ricusazione si pone quale possibile antidoto all'assenza di coscienza della parzialità - se non, in estremo, anche alla mala coscienza - che può indurre il giudice a non autosollevarsi dalla funzione decisionale che gli compete in concreto, come invece dovrebbe.

Le conseguenze di una mancata astensione del giudice, del resto, finiscono per essere irrilevanti, in quanto non si riverberano sulla capacità, né sulla validità degli atti posti in essere nonostante l'assenza (o anche il sospetto di assenza) della necessaria imparzialità, potendo, al più, fare discendere una responsabilità disciplinare in capo al magistrato⁷ che, dovendosi astenere, non lo abbia fatto.

Sebbene non sia questa la sede per ulteriori riflessioni relativamente a questo profilo, non si può non rilevare quanto la tutela dell'imparzialità del giudice - ossia di un canone oggettivo del giusto processo e, per questo, anche di un diritto individuale dell'imputato - risulti oltremodo debole, sia perché è affidata all'autocoscienza del giudice o, in assenza, all'iniziativa di parte, tramite la dichiarazione di ricusazione, sia perché, per tale via, si estenua un (id est: il) profilo oggettivo della giurisdizione a mero diritto soggettivo, la cui profilassi diviene, come tale, rimessa alle opzioni del giudice che si astenga o della parte ricusante, sempre che se ne valuti, nel caso concreto, la compressione o la violazione⁸. Insomma, il valore essenziale della giurisdizione finisce per divenire una variabile dipendente dal giudice o da una delle parti.

Con la ricusazione, quindi, si assicura l'effetto che si sarebbe dovuto conseguire tramite la volontaria astensione del giudice, accordando alle parti la possibilità chiedere la sostituzione del giudice sospetto, che non si è astenuto, con altro giudice⁹.

⁷Ovvero anche di una responsabilità penale, ai sensi dell'art. 323 c.p., se ne ricorrono gli estremi (RAFARACI, *Art. 36*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale* coordinato da CHIAVARIO, Torino, 1989, vol. I, p. 199; MAZZA, *Protagonisti e comprimari*, cit., p. 62).

⁸Per simili sottolineature v. DEAN, *I requisiti di terzietà e imparzialità del giudice*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, cit., p. 172 nonché GAITO, *La neutralità del giudice tra cadute di legalità e ipotesi di tentata giustizia*, cit., p. 105.

⁹La dichiarazione di astensione prevale su quella di ricusazione ex art. 39 c.p.p., tanto che la seconda si deve considerare come non proposta in caso di accoglimento della prima (Cass., sez. VI, 24 settembre 2003, Vitalone, in *Mass. Uff.*, 227665). Pertanto, sottolinea RIVELLO, *Incompatibilità, astensione e ricusazione nel processo penale, delimitazione delle fattispecie: nuove norme in tema di giudice unico; effetti processuali derivanti dalla violazione della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1371,

Come noto, è ricusabile qualsiasi giudice¹⁰, non rilevando, in funzione ostativa del rimedio, la fase, lo stato o il grado del procedimento, tanto è vero che il dato codicistico ne ammette l'esperibilità nell'udienza preliminare, nel giudizio e «in ogni altro caso» prima del compimento dell'atto da parte del giudice, con esclusione del giudice chiamato a decidere sulla domanda di ricusazione, come si desume dall'art. 40, co. 3, c.p.p., come pure del giudice dell'esecuzione¹¹.

Nel caso di specie, quindi, ben può giustificarsi la dichiarazione di ricusazione di un membro del tribunale di sorveglianza che abbia già conosciuto della *quaestio* come magistrato di sorveglianza che ha disposto la sospensione della misura dell'affidamento in prova ai servizi sociali, non soccorrendo il rimedio soltanto per il giudice del merito, nonostante certa giurisprudenza escluda, in detta materia, il profilarsi di incompatibilità¹².

Quanto alla dichiarazione di ricusazione - che è atto personalissimo della parte, da presentare personalmente o per mezzo di procuratore speciale¹³ - occorre sottolineare che mantiene carattere rigorosamente formale, sia per quanto riguarda l'allegazione di prove e documenti, sia per quanto attiene al termine e al modo di presentazione, tanto che ne deve essere dichiarata l'inammissibilità se non siano rispettati i termini e la forma scritta¹⁴.

l'accoglimento della dichiarazione di astensione è causa di improcedibilità nei confronti della ricusazione. Tuttavia, la prevalenza giuridica opera se non sia intervenuta la decisione sulla ricusazione, presupponendo la pendenza di tale procedimento incidentale. Ne consegue che, una volta intervenuta la decisione sulla ricusazione, la dichiarazione di astensione non spiega alcun effetto, neanche se ancora debbano essere assunti, da parte del giudice che ha deciso o di altro giudice, i provvedimenti necessari e accessori che conseguono alla pronuncia di ricusazione (Cass., sez. V, 27 febbraio 2003, Bottini, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 822). In dottrina v. BARONE, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto AMODIO-DOMINIONI, Milano, 1989, vol. I, p. 114; RAFARACI, Art. 37, in *Commentario*, I, cit., p. 214.

¹⁰ E' appena il caso di precisare come sia pacifico in giurisprudenza (per tutte v. Cass., 14 maggio 1992, Cuccurullo, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1285), che non si possa ricusare il pubblico ministero, che è parte e non giudice: l'asserto non è condiviso, in dottrina, da BELLANTONI, *L'astensione e la ricusabilità del pubblico ministero*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, Diritto processuale penale, a cura di CORSO E PERONI, Piacenza 2010, p. 39 s.

¹¹ Cass., sez. I, 3 gennaio 2008, Monini, in *Mass. Uff.*, 239367.

¹² Cass., 9 aprile 2002, Giudice, Rv. 222443; Cass., sez. I, 14 marzo 1997, Morleo, Rv. 207738. Non si può, quindi, condividere la requisitoria del procuratore generale là dove chiedeva il rigetto del ricorso per l'insussistenza di incompatibilità del magistrato di sorveglianza con il giudice persona fisica membro del tribunale di sorveglianza chiamato a decidere sulla revoca della misura dalla stessa disposta in via cautelare.

¹³ Cass., sez. II, 22 febbraio 1991, Lagostena, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2120, n. 1140; nonché analogamente Cass., 17 marzo 2000, Nicoletti, in *Mass. Uff.*, 215922.

¹⁴ Cass., 20 novembre 1996, De Persis, in *Mass. Uff.*, 206345.

Dichiarazione ammissibile, quella dell'imputata, anche quanto al rispetto dei termini visto che, la ricsuzione può essere presentata nell'udienza preliminare, fino a che non siano conclusi gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti; nel giudizio, entro la discussione delle questioni preliminari, e, in ogni altro caso, prima del compimento dell'atto da parte del giudice, fermo restando - secondo quanto previsto dall'art. 38, co. 1, c.p.p. con una disciplina nuova rispetto alla disciplina del codice abrogato - che, qualora la causa di ricsuzione sorga o venga conosciuta dopo la scadenza dei termini, la dichiarazione può essere proposta entro tre giorni o, comunque, se ciò avviene in udienza, prima del termine dell'udienza stessa¹⁵. Si tratta di termini perentori, secondo quanto si desume dal dato di cui all'art. 41, co. 1, che stabilisce l'inammissibilità della domanda presentata oltre i limiti temporali indicati.

Secondo precisazioni della giurisprudenza, il giudice può preliminarmente valutare la ritualità formale della dichiarazione di ricsuzione, al pari di quanto avviene per le doglianze contro i provvedimenti giurisdizionali, le quali, per essere ammissibili, devono esprimersi con i mezzi di impugnazione tassativamente indicati, nelle forme e nei termini prescritti dalla legge. Si tratta di un controllo preliminare che non si limita alla verifica della legittimazione del proponente e del rispetto di termini e forme, ma si estende alla non manifesta infondatezza dei motivi addotti a sostegno della dichiarazione, che - per essere manifesta - non deve apparire alla stregua di semplice probabilità di infondatezza, occorrendo che la *causa petendi* sia *prima facie* falsa¹⁶.

Nel caso di specie, allora, alla luce della disciplina suindicata e tenendo in conto anche gli asserti giurisprudenziali, deve condividersi la qualificazione di abnorme (abnormità lamentata dalla ricorrente nel primo motivo del ricorso) del provvedimento di inammissibilità della dichiarazione di ricsuzione emesso dal tribunale di sorveglianza, in quanto, lungi dal limitarsi ad una deliberazione di corrispondenza al tipo di dichiarazione di ricsuzione - permessa an-

¹⁵ Quanto al termine «udienza», si registrano differenti letture. Dottrina e parte della giurisprudenza intendono per udienza l'unità giornaliera di lavoro (CORDERO, cit., p. 180; VOENA, voce *Udienza*, cit., p. 496, TREVISON LUPACCHINI, *La ricsuzione del giudice nel processo penale*, Milano, 1996, p. 235; cfr. Cass., 26 giugno 1996, De Gradi, in *Mass. Uff.*, 206282; Cass., 14 maggio 1998, Tammaro, in *Mass. Uff.*, 21114; Cass., 24 giugno 1999, Gasperoni, in *Mass. Uff.*, 214658), sicché se il motivo si rende noto nel corso della stessa, la ricsuzione va eccepita prima della conclusione dell'udienza, non rilevando se proposta a decisione deliberata ma non ancora letta al pubblico. Altra parte della giurisprudenza intende il termine come «dibattimento», per cui la ricsuzione può essere eccepita fino alla chiusura del dibattimento, dovendosi ritenere tardiva la presentazione dell'istanza successivamente al ritiro del giudice in camera di consiglio per la deliberazione (Cass., 9 giugno 1997, Tomese, in *Mass. Uff.*, 208407).

¹⁶ CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 181.

che al fine di valutare se si è in presenza di una dichiarazione reiterata, nel qual caso, nelle more della decisione, non vi sarebbe ostacolo alla pronuncia nel merito - il tribunale di sorveglianza, composto tra gli altri dal giudice ricusato¹⁷, arriva a decidere nel merito della dichiarazione, ossia sul sospetto di imparzialità di un proprio componente, escludendolo. Provvedimento abnorme, quindi, in quanto non spetta al giudice ricusato decidere sulla propria imparzialità come anche assumere alcun provvedimento circa l'inammissibilità della ricusazione, in nessun caso.

La riconosciuta abnormità non può che essere condivisa, quindi, atteso che - sulla scia di un orientamento consolidato¹⁸ - appare del tutto incongruo un giudizio da parte del 'giudice sospetto' sulla ammissibilità o meno della procedura incidentale diretta ad accertare la propria idoneità a giudicare con la necessaria imparzialità, traducendosi, in ultimo, in un giudizio su a se stesso.

Tuttavia, l'abnormità della declaratoria, pure riconosciuta dalla corte, è ritenuta priva «di qualsivoglia valore ed effetto processuale», così come «l'anomala autonomia» dell'esternazione della valutazione sull'ammissibilità della dichiarazione di ricusazione «non è in alcun modo idonea a condizionare la decisione nel merito del giudice ricusato, la cui validità resta ancorata [...] esclusivamente all'esito definitivo della procedura di sindacato sulla dichiarazione di ricusazione svolta in sede propria».

E' pertanto da condividere il rigetto del ricorso, su tale motivo, trattandosi di provvedimento, sì abnorme, ma del tutto ininfluenza.

Quanto alla procedura¹⁹: è sagomata come procedura incidentale autonoma²⁰ -

¹⁷ E' certamente previsto un contributo del giudice ricusato nel senso di contribuire alla verifica della consistenza della dichiarazione, tanto che oltre a tutte le parti interessate anche il giudice ricusato - trattandosi di soggetto con una posizione direttamente correlata all'oggetto del procedimento incidentale - possono presentare memorie in cancelleria, dopo avere ricevuto l'avviso di cui all'art. 127, co. 1, c.p.p.

¹⁸ Cfr. Cass., sez. un., 12 maggio 1995, Romanelli, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2855, 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. emessa con riguardo alla analoga previsione del divieto di pronuncia del giudice investito dalla richiesta di rimessione.*

¹⁹ Sul procedimento di ricusazione v. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, p. 426 s.

²⁰ Occorre dar conto dell'opinione, pure suggestiva, che invece ne esclude la natura di procedura incidentale, sulla considerazione che la ricusazione del giudice incide su un profilo essenziale per la definizione del processo - la capacità del giudice - che si porrebbe come questione da accertare eccezionalmente fuori dal procedimento principale, e quindi pregiudiziale rispetto alla decisione finale (GATTO, *Incidenti di esecuzione e procedimenti incidentali*, in *Scritti Lener*, Napoli, 1989, p. 461. *Contra* PICA, voce *Ricusazione e astensione del giudice*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Torino, 1997, p. 238; TREVISSON LUPACCHINI, *La ricusazione*, cit., p. 214; O. MAZZA, *Indipendenza e imparzialità del giudice*, cit., p. 70. Nel senso che si tratti di procedura incidentale si colloca anche la giurisprudenza: per tutte Cass., 11

su iniziativa di parte e avente ad oggetto un *thema* diverso da quello del procedimento principale, inerente alla costituzione del giudice - la cui decisione, un'ordinanza²¹, è affidata a un organo differente da quello competente nel procedimento principale, in ciò differenziandosi non a caso dalla astensione, sulla quale, come noto, decide con decreto, senza formalità, il presidente della corte o del tribunale.

L'autoreferenzialità del procedimento camerale rispetto al procedimento principale incardinato presso il giudice ricusato si evince pure dal relativo carattere indisponibile, dovendosi arrivare all'epilogo anche se la parte revochi la dichiarazione ovvero il giudice ricusato sia stato trasferito in altra sede, visto che occorre valutare quali atti conservino efficacia, ai sensi dell'art. 41.

Il giudice competente deve decidere nel rispetto delle forme di cui all'art. 127, sentendo prima le parti²² comparse ed eventualmente rinviando l'udienza in caso di dedotto impedimento dell'imputato.

E' plausibile ritenere che il giudice debba decidere in possesso di conoscenze in grado di risolvere il dubbio sulla sussistenza di una delle situazioni poste a fondamento della ricazione, sicché ove le parti non abbiano fornito le necessarie informazioni sarà il giudice a doversi attivare.

L'incertezza, in altri termini, non dovrebbe portare allora alla reiezione dell'istanza ma all'acquisizione *ex officio* delle prove necessarie per una decisione nel merito del tutto consapevole, in un senso o nell'altro: il valore in gioco - l'imparzialità del giudice - è, del resto, essenziale per l'esercizio della funzione giurisdizionale, tanto da non essere tollerabile alcun margine di dubbio sulla sua sussistenza.

Quanto al caso *de quo*, il secondo motivo di doglianza attiene alla revoca *ex tunc* della misura di affidamento in prova ai servizi sociali emessa dal tribunale di sorveglianza nelle more della decisione sulla dichiarazione di ricazione di uno dei membri del collegio giudicante, dichiarazione, peraltro, dichiarata inammissibile con provvedimento definitivo²³.

dicembre 1990, De Tommasi, in *Mass. Uff.*, 186848).

²¹ Sulla possibilità di una pronuncia di inammissibilità della richiesta di ricazione *de plano* quando, *prima facie*, si appalesi la manifesta infondatezza dei motivi, v., tra le altre, Cass., 9 aprile 2001, Boanelli, in *Mass. Uff.*, 218937; Cass., 11 ottobre 1999, Pascucci, in *Mass. Uff.*, 216380.

²² Se la dichiarazione non venga emessa *de plano*, perché la dichiarazione non è stata ritenuta inammissibile o *ictu oculi* infondata, si instaura inequivocamente la procedura camerale di cui all'art. 127 c.p.p. Tuttavia, in giurisprudenza si è precisato come le forme camerali di cui all'art. 127 c.p.p. non debbano essere seguite quando l'organo giurisdizionale adotti una declaratoria di inammissibilità della dichiarazione di ricazione, dovendo la decisione essere adottata senza la presenza delle parti: Cass., sez. VI, 1 giugno 2000, Palau, in *Mass. Uff.*, 217635.

²³ Alla data di presentazione del ricorso la corte si era pronunciata nel senso dell'inammissibilità ed era

Il quesito rimesso alle sezioni unite si aggancia a tale doglianza e concerne i dubbi circa gli effetti della ricusazione sulla pronuncia della decisione emessa nel merito da parte del giudice ricusato, in violazione del disposto di cui all'art. 37, co. 2, c.p.p., che vieta al giudice ricusato di pronunciare e concorrere a pronunciare «sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione». Sempre che - quanto al raggio d'azione del divieto - non si tratti di una nuova dichiarazione di ricusazione per gli stessi motivi, dopo il rigetto di una precedente: in tale evenienza, infatti, il giudice non è tenuto ad osservare il divieto di emanare sentenza, dovendo procedere al giudizio²⁴.

Nulla quaestio qualora venga accolta la dichiarazione di ricusazione: in tal caso il giudice ricusato è privato del potere di esercitare qualsiasi potestà giurisdizionale nell'arco dell'intero procedimento; configurandosi un'incapacità del giudice, la decisione emessa è da ritenersi affetta da nullità assoluta, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, ai sensi dell'art. 179, co. 1, c.p.p.²⁵.

Pertanto, è il caso di sottolineare come non sorgano dubbi in relazione alla possibilità di una perdurante attività del giudice ricusato, che, come si desume dalla lettura congiunta degli artt. 37, co. 2, 41, co. 2, e 42 c.p.p., in pendenza della relativa procedura, di regola non incontra limiti. La dichiarazione di ricusazione, infatti, non sospende automaticamente l'attività del giudice ricusato né comporta limitazioni nello svolgimento dei suoi poteri istituzionali, potendo, il giudice, svolgere non solo gli atti urgenti ma anche tutti quelli che considera necessari o opportuni ai fini della decisione, su richiesta del p.m. o delle parti private²⁶.

Semmai, le questioni non pacifiche sono due: una - oggetto del quesito rimesso alle sezioni unite - che attiene alla sorte della sentenza emessa nelle more della procedura di ricusazione, e l'altra - che non riguarda la decisione in oggetto - che concerne gli effetti degli atti compiuti dal giudice ricusato qualora venga accolta la dichiarazione di ricusazione.

Quanto alla seconda delle questioni, il dissidio dottrinale è netto: per un o-

pendente il ricorso per cassazione.

²⁴ La precisazione si deve a Corte cost., 23 febbraio 1997, n. 10, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1304. Nella giurisprudenza di legittimità in tal senso v. Cass., 4 dicembre 2000, Ragusa, in *Mass. Uff.*, n. 219063.

²⁵ Cass., sez. I, 29 maggio 2000, Santini, Rv. 216165; Cass., sez. I, 15 giugno 1998, Airò, Rv. 211035; Cass., 13 luglio 1998, Rollo, in *Giur. it.*, 2000, p. 595 s.

²⁶ Cass., 11 dicembre 1990, De Tommasi, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 615; Cass. 27 febbraio 1997, Gentile, in *Mass. Uff.* n. 207217. In dottrina v. RAFARACI, cit., p. 209.

rientamento minoritario, tutti gli atti del giudice sospetto sono nulli, ai sensi dell'art 178, co. 1, lett. a), perché compiuti da un giudice privo di capacità, in quanto le norme *de quibus* «incidono sull'aspetto strutturale dell'organo giurisdizionale, giacché riguardano la posizione di imparzialità e indipendenza di giudizio che contraddistingue la struttura, anzi, l'essenza stessa della struttura di quell'organo, posto che il giudice è tale solo in quanto rigorosamente imparziale e indipendente»²⁷.

Del resto, a chi oppone che la disposizione di cui all'art. 178 co. 1 lett. a) rinvia sostanzialmente all'art. 33 c.p.p. in tema di capacità del giudice, si può obiettare che l'espressione designa l'insieme dei requisiti necessari per l'esercizio del potere o per l'adempimento del dovere in cui l'atto si risolve, i quali possono variare non solo da soggetto a soggetto ma anche in rapporto alle diverse vicende processuali²⁸.

Si tratta piuttosto di verificare, come prevede l'art. 41 c.p.p., se, in ossequio al principio di conservazione degli atti, ci siano tra gli atti posti in essere dal giudice sollevato dalla causa alcuni che non siano stati inficiati dalla condizione di sospetto in cui pure il giudice ha svolto la sua attività giurisdizionale. Eccezioni, quindi, da potere recuperare all'utilizzabilità per il giudizio a fronte dell'attività che nel suo complesso deve considerarsi travolta, in quanto, come detto, compiuta nell'assenza della precondizione - l'imparzialità - per l'esercizio della funzione giurisdizionale²⁹, ormai canone del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.

Un'ulteriore orientamento ritiene che gli atti del giudice successivi alla ricusa-

²⁷ CONSO-BARGIS, *Glossario*, p. 637; F. CORDERO, cit., p. 150; TRANCHINA, *I soggetti*, cit., p. 105; TREVISON LUPACCHINI, *La ricusazione del giudice nel processo penale*, cit., p. 263: la tesi è stata avallata, peraltro, da Cass., sez. un., 12 maggio 1995, Romanelli, cit. Più di recente, in senso adesivo v. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 131 s.; DIDI, *La rimessione*, p. 271 s.; TRANCHINA-CHINNICI, voce *Rimessione*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2009 vol. XVII, agg., p. 12.

²⁸ TREVISON LUPACCHINI, cit., p. 263.

²⁹ Per questa posizione CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 182; TRANCHINA, *I soggetti*, cit., p. 70; PAOLOZZI, *I limiti di attività del giudice ricusato*, p. 543; RAFARACI, *Art. 42*, in *Commentario*, cit., p. 222; REINA, *Invalidità degli atti compiuti dallo «judex suspectus»*, in *Arch. pen.*, 1967, II, p. p. 113; TREVISON LUPACCHINI, *La ricusazione*, cit., p. 262 e, volendo, CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 134. *Contra*, tra gli altri, DELLA CASA, *Soggetti*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2005, p. 50; DOMINIONI, *Incompatibilità, astensione e ricusazione giudice*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da AMODIO-DOMINIONI, vol. I, Milano, 1989, p. 223; GALANTINI, *Art. 48*, in *Commentario*, p. 283; GIULIANI, *Rimessione del processo e valori costituzionali*, Torino, 2002, p. 349; PIERRO, *Efficacia e utilizzabilità degli atti compiuti dal giudice astenuto*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1373; SPANGHER, *Soggetti*, in G. CONSO-V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, IV ed., 1996, p. 24; ZAPPALÀ, *La ricusazione del giudice penale*, Milano, 1989, p. 92.

Sul procedimento di ricusazione v. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., p. 426 s;

zione siano affetti da incompetenza funzionale, rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, anche di ufficio, mentre le prove siano inutilizzabili.³⁰ In tal modo la sorte della validità degli atti (come anche della sentenza), è sganciata dalla iniziativa della parte ricusante, sfuggendo così al rischio che, nell'inerzia di parte, la sentenza possa essere basata proprio su atti formati in un contesto processuale turbato.

Predomina la lettura estensiva, per la quale tutti gli atti compiuti dal giudice ricusato si devono ritenere produttivi di effetti, a meno di una declaratoria che neghi esplicitamente efficacia a singoli atti.

Il secondo quesito, quello di cui sono state investite le sezioni unite, concerne, come detto, la sorte della sentenza eventualmente emessa da parte del giudice ricusato: in sostanza, *quid iuris* nel caso di sentenza emessa dopo la dichiarazione di ricusazione ma prima dell'esito dell'incidente sulla ricusazione?

Del resto, se l'attività in questione non è certamente ortodossa, atteso il divieto di cui all'art. 37, co. 2, c.p.p., è tuttavia controvertibile la natura del vizio della pronuncia attesa l'assenza di una sanzione espressa di nullità.

Innanzitutto, si tratta di accertare se possa discendere una sanzione «in via sistematica dalla disciplina delle nullità di ordine generale o comunque da principi sovraordinati», e, in secondo luogo, individuata la natura di detta nullità, «se essa possa ritenersi dipendente dalla semplice violazione di detto divieto» ovvero «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 co. 1 del medesimo art. 37, la dichiarazione di ricusazione».

La giurisprudenza, prima della sentenza a sezioni unite, era attestata su due posizioni, entrambe analiticamente ripercorse nella decisione in esame, pur se sostanzialmente prevalente l'indirizzo cui aderiscono con la sentenza odierna. L'una per la quale la sentenza emessa nelle more della procedura di ricusazione, in caso di accoglimento della relativa dichiarazione, è nulla solo se la ricusazione sia stata accertata, mentre è valida ove sia stata dichiarata inammissibile o rigettata³¹.

³⁰ BARONE, Art. 42, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 261.

³¹ Cass., sez. V, 31 marzo 2010, Ragosta, Rv. 247505; Cass., sez. I, 31 gennaio 2007, Piras, Rv. 237358; Cass., sez. II, 21 dicembre 2006, Cantoni, Rv. 235862; Cass., sez. IV, 22 ottobre 2002, Magri, Rv. 223415; Cass., sez. VI, 18 gennaio 2000, Anello, Rv. 215592. La giurisprudenza a sostegno evoca la sentenza a sezioni unite 12 maggio 1995, Romanelli, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2855, con nota di GIULIANI, *La disciplina della rimessione di fronte alle Sezioni unite: inammissibilità della richiesta e divieto di*

L'altra che considera il divieto tassativo, tanto da essere preclusa la possibilità di pronunciare la sentenza prima dell'esito del giudizio incidentale di ricusazione, come pure prima della decisione sull'eventuale ricorso per cassazione in caso di declaratoria di inammissibilità emessa *de plano*, con la conseguenza di ritenere la eventuale sentenza nel merito viziata da nullità assoluta, ex art. 178, co. 1, lett. a)³².

Invero la lettura non è pacifica visto che è stato statuito che l'art. 37, co. 2, c.p.p., che fa divieto al giudice ricusato di decidere prima dell'esito del giudizio incidentale di ricusazione, non va 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»: una simile preclusione non appare giustificata né dai principi generali né dal tenore letterale della disposizione in questione, atteso che la decisione sulla ricusazione ha la forma dell'ordinanza e «le ordinanze, a differenza delle sentenze [...], sono per loro natura immediatamente esecutive, salvo che sia espressamente disposto altrimenti». Pertanto, il divieto di pronunciare sentenza - da ritenere assistito dalla previsione della nullità assoluta - opera sino a che non si sia verificata la condizione prevista nella norma *de qua*, ma non si estende all'eventuale pendenza del ricorso per cassazione, sebbene la decisione emessa nelle more è «sottoposta al rischio di un suo successivo annullamento», peraltro «connaturato alla struttura stessa della disciplina [...] in materia di astensione e ricusazione»³³.

Del resto, tale rischio non si differenzia, 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 e ricusazione³⁴.

La sentenza odierna, nel ridisegnare il profilo degli effetti della sentenza resa *medio tempore*, fa proprio l'orientamento già avallato dalle sezioni unite con la 'sentenza Romanelli', sebbene quest'ultima riferita al divieto per l'organo giurisdizionale di definire il giudizio nella pendenza della procedura di rimes-

pronunciare sentenza ex art. 47 co. 1° c.p.p. emessa con riguardo alla analoga previsione del divieto di pronuncia del giudice investito dalla richiesta di rimessione.

³² Cass., sez. III, 4 ottobre 2001, Martinenghi, Rv. 220303.

³³ E' stato precisato che non è da considerarsi abnorme l'ordinanza con la quale il giudice ricusato rigetti la richiesta di rinvio del procedimento finalizzata ad attendere l'esito dell'impugnazione avverso l'ordinanza di inammissibilità della dichiarazione di ricusazione: Cass., sez., III, 13 dicembre 2001 A-campora, in *Riv. pen.*, 2002, p. 1112

³⁴ Cass., sez. I, 1 giugno 1998, Gallo, Rv. 210726.

sione³⁵: il divieto - si è statuito allora e si ribadisce ora - integra un difetto temporaneo di potere giurisdizionale limitatamente alla pronuncia della sentenza, sicché il *dictum* terminativo del giudizio deve ritenersi valido ove la richiesta di remissione (o di riconsuazione) sia dichiarata inammissibile o rigettata e nullo in caso di accoglimento, con la conseguenza che la decisione sulla validità o meno della sentenza irritualmente emessa deve essere fatta *secundum eventum*³⁶.

E' appena il caso di precisare come il processo deve essere automaticamente sospeso nel caso in cui la dichiarazione di riconsuazione sia avanzata nel momento immediatamente precedente la pronuncia della sentenza, essendo questa logica conseguenza del disposto di cui all'art. 37 co. 2 che fa scattare il divieto di pronunciare sentenza dal deposito della dichiarazione di riconsuazione³⁷.

La tesi risponde all'esigenza di tutelare in modo pregnante, rifuggendo da letture formalistiche, il valore basilare della giurisdizione: nell'assenza di una espressa sanzione, l'invalidità o meno della sentenza emessa da un giudice sospettato di parzialità - carenza che, se accertata, incide sulla capacità del giudice - dipende dalla decisione di un organo giurisdizionale, e non dalla mera iniziativa di parte che, altrimenti, potrebbe, magari pretestuosamente, distogliere il processo dal giudice naturale terzo e imparziale, incidendo così sulla regolarità della giurisdizione, che di certo non può essere appannaggio di parte.

Tra l'altro, accertato che in caso di riconosciuta parzialità la sentenza eventualmente emessa è nulla, si pone la questione sul tipo di nullità: come si è visto, a fronte di chi ritiene che sia la sentenza sia gli altri atti compiuti prima della riconosciuta parzialità, sono nulli, ai sensi dell'art. 178 co. 1 lett. a)

³⁵ La Corte sottolinea nella sentenza come il riferimento fatto dalla giurisprudenza maggioritaria agli argomenti della 'sentenza Romanelli' in tema di remissione si spiega per la previsione dell'analogo divieto di pronuncia del giudice investito da richiesta di remissione, sorretto da ragioni ispirate alla necessità di prevenire il rischio di condizionamenti, effettivi o anche solo obiettivamente apparenti, analoghe a quelle che giustificano il rimedio della riconsuazione del giudice. Di conseguenza - secondo la Corte - si attagliano per ogni verso, sistematico e letterale, alla disciplina della riconsuazione le conclusioni raggiunte da sezioni unite Romanelli, allorché osserva che il divieto di pronuncia integra un difetto temporaneo di potere giurisdizionale.

³⁶ In tal senso v. Cass., sez. I, 31 gennaio 2007, Piras, in *Mass. Uff.* n. 237358; Cass., sez. VI, 18 gennaio 2000, Anello, in *Giust. pen.*, 2001, III, c. 54.

³⁷ Cass., sez. un., 26 giugno 2002, Conti, in *Cass. pen.*, 2003, p. 426. In senso analogo relativamente alla dichiarazione di riconsuazione presentata all'esito dell'udienza preliminare, quando l'unica attività che residua è appunto quella terminativa della fase v. Cass., sez. V, 9 luglio 2009, Iamonte, in *Mass. Uff.* n. 244751.

c.p.p., in quanto il giudice riconosciuto non imparziale è privo della capacità a giudicare, c'è chi ritiene che solo la sentenza sarebbe nulla, mentre gli altri atti conserverebbero efficacia a meno di una declaratoria *ad hoc* che stabilisca diversamente³⁸.

Invero, la consacrazione dell'imparzialità tra le condizioni del giusto processo (*id est*: della regolarità della giurisdizione) conforta la tesi per la quale non solo la sentenza ma anche tutti gli compiuti da un giudice non imparziale saranno nulli, a meno di una decisione che diversamente valuti determinati atti non inficiati dalla condizione di sospetto in cui il giudice versava, in ciò rispettando anche il tenore letterale del disposto di cui all'art. 42 co. 2 c.p.p., per il quale «il provvedimento che accoglie la dichiarazione astensione o di ricusazione dichiara se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenuto o ricusato conservano efficacia».

Senza imparzialità non ci può essere (corretto) esercizio della giurisdizione, ovvero giusto processo.

Una diversa soluzione, in nome di esigenze di economia processuale o di conservazione degli atti, non pare accettabile perché in irriducibile distonia con la dovuta interpretazione costituzionalmente orientata dell'istituto della ricusazione.

³⁸ Per una sintesi delle diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali v., per tutti, GARUTI, *Art. 42*, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di GIARDA e SPANGHER, vol. I, Milano, 2010, p. 617 s. e GIAMBRUNO, *Art. 42*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Tranchina, tomo I, Milano, 2008, p. 422 s.