

QUESITI

FRANCESCO MARIA DAMOSSO

Il difetto di imparzialità tra incapacità del giudice e inesistenza dell'atto

L'autore punta a una rimeditazione dei presidi codicistici a tutela dell'imparzialità del giudice – dalla nozione di capacità ai sensi degli artt. 33 e 178, co. 1, lett. a) c.p.p., agli istituti dell'astensione e della recusazione, senza trascurare la rimessione del processo – mostrando la loro scarsa attitudine a dare effettiva copertura a un valore che la Costituzione, la C.E.D.U. e il diritto U.E. configurano come elemento costitutivo della giurisdizione. A tal fine, si prendono in esame le nozioni di capacità generica e specifica, il loro rapporto con la competenza funzionale e con l'incompatibilità ex artt. 34-35 c.p.p., nonché la linea di confine tra invalidità e inesistenza dell'atto processuale penale. In conclusione, si giunge a una (ritenuta) migliore interpretazione del diritto vigente e, *pro futuro*, a formulare un'ipotesi di modifica legislativa atta a porre adeguatamente rimedio al difetto di imparzialità.

Lack of Impartiality Between Judicial Incapacity and the Non-Existence of the Procedural Act

Code-based safeguards protecting judicial impartiality are reconsidered – from the notion of judicial capacity, as set out in Articles 33 and 178(1)(a) of the Code of Criminal Procedure, to the rules regarding abstention and recusal, and also trial transfer – showing their limited ability to effectively protect a value that the Constitution, the ECHR and EU law conceive as a constitutive element of jurisdiction. The notions of general and specific judicial capacity, their relationship with functional competence and judicial incompatibility ex Articles 34–35 of the Code of Criminal Procedure, are analysed, as well as the boundary between invalidity and non-existence of procedural acts in the context under consideration. In conclusion, the author presents what is, in his view, the most convincing interpretation of the current legal framework and puts forward a proposal for a future legislative amendment designed to provide an acceptable solution to the lack of judicial impartiality.

SOMMARIO: 1. Per una rimeditazione dei presidi a tutela dell'imparzialità: rilievi introduttivi. – 2. Nozione codicistica di capacità del giudice e difficoltà di includervi la capacità c.d. generica. – 3. Capacità c.d. specifica e sua analogia con la competenza funzionale. – 4. Portata del rinvio ex art. 33, co. 1 c.p.p. e collocazione dell'incompatibilità nell'incapacità. – 5. Lineamenti di teoria dell'inesistenza nel contesto del presente lavoro. – 6. L'imparzialità al crocevia tra presupposti dell'atto processuale ed elementi essenziali della giurisdizione. – 7. La parzialità al crocevia tra cause di incapacità e cause di inesistenza. – 8. Necessitate implicazioni di disciplina in prospettiva *de iure condito* e *de iure condendo*.

1. Per una rimeditazione dei presidi a tutela dell'imparzialità: rilievi introduttivi. Riflettere sull'imparzialità del giudice, nell'ottica del processualista, oggi non può prescindere da una profonda rimeditazione dei presidi che il codice di rito pone a sua tutela. L'esigenza – lo si vedrà nel corso del presente studio – si impone guardando alle pertinenti fonti sovraordinate e registrando la scarsa attitudine di questi presidi all'assolvimento della loro funzione primaria.

La disciplina della capacità, dell'astensione e della ricusazione del giudice, nonché della rimessione del processo dovrebbero infatti essere diversamente congegnate a monte o, almeno in alcuni casi, diversamente interpretate a valle.

Si tratta di una conclusione discendente da un dato forse scontato, e però troppo spesso non colto nella radicalità da dovergli riconoscere. Che discorrendo di imparzialità si discorre della «istituzione stessa del giudice»¹, di un fattore assiologicamente e giuridicamente inscindibile non solo dalla possibilità di esercitare il relativo potere, ma proprio di considerare giudice il soggetto chiamato a decidere il caso pendente.

Il nostro quadro costituzionale ed europeo contempla la dimensione diciamo costitutiva del principio, dunque ne richiede modalità di salvaguardia adatte allo scopo: tanto ai sensi dell'art. 111, co. 2 Cost. come riformato dalla L. cost. 23 novembre 1999, n. 2; quanto ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo circa l'art. 6(1) C.E.D.U.; quanto ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea circa gli artt. 19(1)(2) T.U.E. e 47(2) C.D.F.U.E.

Inconcepibile un giudice parziale poiché «oggetto di» irrimediabile «contraddizione»², anche dalle corti di Strasburgo e Lussemburgo l'indicazione piuttosto netta è di ritenere quella persona fisica, in evenienze così patologiche, un non-giudice. Di talché, se già da tempi risalenti resta fuori discussione che l'imparzialità (al pari della terzietà) è «un modo d'essere della giurisdizione»³, nel contesto attuale si dovrebbe dichiarare che essa rappresenta, direttamente, l'essere della *iurisdictio*: in mancanza, non vi è solo un processo ingiusto, ma un processo che semplicemente non è tale.

L'imparzialità, conviene ricordarlo, è concettualmente autonoma rispetto alla terzietà⁴. Giudice terzo è quello istituzionalmente e letteralmente terzo, ossia

¹ SATTÀ, voce *Astensione e ricusazione del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, 1958, 947; GIARDA, *Imparzialità del giudice e difficoltà operative derivanti dall'incompatibilità*, in *Il giusto processo*, Atti del Convegno di Salerno, Milano, 1998, 46.

² SATTÀ, voce *Astensione e ricusazione del giudice (dir. proc. civ.)*, cit., 947.

³ Corte cost., 17 giugno 1999, n. 241, § 3, *in diritto*.

⁴ Distinzione recentemente evidenziata da Corte cost., 9 maggio 2023, n. 91; rifacendosi a Corte cost., 24 aprile 2002, n. 134.

estraneo alle parti in causa. La terzietà può allora dirsi necessaria ma non sufficiente ad assicurare l'imparzialità, che invece tocca «i rapporti del giudice con la serie indeterminata dei soggetti ed oggetti delle possibili controversie di sua competenza»⁵, attiene all'esercizio concreto della funzione⁶ e riguarda l'inderogabile equidistanza dalla posizione dell'accusa e della difesa, cioè che il giudice non compia la propria attività condizionato da interessi particolari o pre-giudizi⁷. La terzietà, insomma, serve a distanziare il giudice rispetto alle parti; l'imparzialità, nei limiti dell'umano⁸, a «distanziare il giudice da se stesso»⁹. Inoltre, l'assegnazione di un giudice imparziale a livello soggettivo e oggettivo¹⁰ vale come incompressibile garanzia¹¹ che concorre all'attuazione del principio c.d. di giurisdizionalità¹² (*nulla poena sine iudicio*), sotteso agli artt. 111, co. 1-

⁵ FERRUA, *Indipendenza del giudice e unicità della giurisdizione (ovvero la fine della giurisdizione penale del comandante di porto)*, in *Giur. cost.*, 1970, 1524.

⁶ DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 27; cfr. DEAN, *I requisiti di terzietà ed imparzialità del giudice*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Id., Torino, 2007, 168.

⁷ Di «indifferenza» rispetto alle tesi e agli interessi delle parti, parla FERRAJOLI, *Dieci regole di deontologia giudiziaria, conseguenti alla natura cognitiva della giurisdizione*, in *Il procedimento disciplinare dei magistrati*, a cura di Calcagno-Ciriello-Grasso-Campanelli, Quaderni S.s.m., 2022, 88, ricordando il Beccaria e il Muratori là dove guardavano al processo come all'«indifferente ricerca del vero».

⁸ Cfr. Corte cost., 20 maggio 1996, n. 155, § 3.1, *in diritto*.

⁹ Così, reimpiegando la metafora del Camelutti, DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, Torino, 2000, 68.

¹⁰ Secondo la giurisprudenza della Corte EDU in relazione all'art. 6(1) C.E.D.U., bisogna attribuire rilevanza sia al foro interiore del magistrato in base al suo atteggiamento nell'ambito della vicenda processuale, sia ad elementi materialmente verificabili che agli occhi di un osservatore esterno appaiano idonei a giustificare il dubbio di un difetto di imparzialità. In argomento, PRESSACCO, sub art. 6, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*², a cura di Ubertis-Viganò, Torino, 2022, 178; CANESCHI, *L'imparzialità del giudice nel prisma della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e le ricadute sull'ordinamento interno*, in *Arch pen.*, 2022, 5-6. Certo, essere e apparire imparziali sono cose diverse e rispecchiano, in definitiva, l'affermazione di diversi valori. Rispettivamente, la giustizia della singola decisione e la collettiva «fiducia» del popolo nel come la giustizia venga amministrata, discendente dall'art. 101, co. 1 Cost.: cfr. GIOSTRA, *Essere e apparire imparziali: garanzia di valori diversi*, in *Quest. giust.*, 5 dicembre 2024.

¹¹ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*³, Bari-Roma, 2000, 548.

¹² FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*⁴, Napoli, 2016, 129 ss., che distingue tra giurisdizionalità in senso lato e in senso stretto a seconda che si discuta di ogni procedimento o solo di quello penale.

2 Cost. e 1 c.p.p. Garanzia senza la quale le regole processuali risulterebbero prive di reale valore¹³.

Una premessa del genere si pone in sostanziale frizione con i summenzionati istituti codicistici, i quali – in termini ora assai sintetici – mancano di dare adeguata copertura al valore dell'imparzialità, pure per conseguenza di un diritto vivente che ne riduce indebitamente la portata. Il ripensamento di determinati profili di disciplina appare perciò doveroso non solo in forza della pacifica immediata precettività della Costituzione¹⁴ e del c.d. obbligo di interpretazione conforme, ove possibile e sufficiente, della legislazione ordinaria. Ma altresì in forza dell'incidenza della C.E.D.U. attraverso l'art. 117, co. 1 Cost., ovvero sia del noto ruolo di parametri interposti di legittimità costituzionale assolto dalle disposizioni convenzionali, inclusivo di un analogo obbligo di interpretazione conforme delle norme interne¹⁵. In eguale direzione spinge il formante eurounitario: qui in particolare contano le fonti di rango primario nel significato assegnato dalla CGUE, le quali implicano a loro volta un obbligo di interpretazione conforme delle norme interne; nonché, a seconda dei casi, l'eccezionale disapplicazione delle stesse¹⁶ ex artt. 11 e 117, co. 1 Cost., se repute inconciliabili con le previsioni U.E.¹⁷.

¹³ Corte cost., 1° novembre 1997, n. 306, § 2.1, *in diritto*. Sull'imparzialità «come valore-fine» del sistema, DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in *Arch. pen.*, 2017, 6.

¹⁴ Cfr., se fosse necessario, Corte cost., 25 ottobre 2000, n. 439.

¹⁵ A partire dalle pronunce c.d. gemelle di Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348-349. Nel tempo il Giudice delle leggi ha circoscritto la vincolatività dei *dicta* della Corte EDU alla «giurisprudenza consolidata» e alle sentenze c.d. pilota: Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49. Sulla doverosità di esegesi convenzionalmente orientate, affermata dal medesimo giudice di Strasburgo, v. *ex multis* Corte EDU, sez. V, 15 giugno 2006, *Lacárcel Menéndez c. Spagna*.

¹⁶ Fermi, suona oramai scontato, i c.d. controlimiti. Il diritto eurounitario non prevale, cioè, sui principi supremi e i diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento italiano. Nella sua formulazione iniziale, la teoria dei controlimiti si trova articolata già in Corte cost., 27 dicembre 1965, n. 98. Pur non facendone diretta applicazione, si sono fatti potenzialmente valere i controlimiti nella nota vicenda Taricco: v. Corte cost., 23 novembre 2016, n. 24.

¹⁷ La disapplicazione si fa derivare, per esplicitare un'altra ovvietà, dal principio del primato del diritto U.E. sul diritto nazionale difforme: v. anzitutto CGUE, 15 luglio 1964, *Costa c. ENEL*; CGUE, 9 marzo 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal SpA*; cui ha fatto seguito Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170. Perché la disapplicazione possa aver luogo, le disposizioni eurounitarie devono

Il richiamo alla vincolatività del formante eurounitario va peraltro preso con i dovuti accorgimenti. Sulla scorta dei principi di attribuzione e sussidiarietà di cui all'art. 5 T.U.E. da rapportare all'art. 19 T.U.E., l'art. 51 C.D.F.U.E. limita l'ambito di operatività della Carta, quindi dei diritti ivi sanciti, all'«attuazione del diritto dell'Unione». Sicché, potrebbero porsi dubbi sull'applicazione dell'imparzialità *ex* art. 47(2) C.D.F.U.E. nell'esegesi della CGUE: non in tutti i procedimenti penali si fa applicazione del diritto dell'Unione. Ma a ben vedere lo *standard* europeo di imparzialità ha portata generale, se è vero che, fin dall'origine di ogni fase procedimentale dinanzi a un giudice, ogni giudice dev'essere imparziale e ogni giudice «può essere chiamato a pronunciarsi su questioni legate all'applicazione o all'interpretazione del diritto dell'Unione»¹⁸. Ora, nel sistema italiano – dove le disposizioni U.E. permeano settori vastissimi compreso quello penale e processuale penale – praticamente non esiste giudice che non sia, almeno in potenza, un giudice dell'Unione. Vale a dire un giudice che anche occasionalmente deve dare tutela a posizioni soggettive di matrice eurounitaria. Ne deriva che al detto *standard* dovrebbe adeguarsi l'intera giurisdizione, ordinaria e amministrativa.

Se poi non si reputi convincente la tesi appena illustrata, rimane comunque difficile negare che una differente impostazione si tradurrebbe in un'interpretazione irragionevole alla luce del parametro di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. Sarebbe davvero ingiustificato assicurare, sul piano nazionale, l'art. 47(2) C.D.F.U.E. ad esempio ai soli giudizi civili o amministrativi nei quali

tuttavia essere immediatamente applicabili, vale a dire sufficientemente precise e incondizionate: CGUE, 19 novembre 1991, *cause riunite Francovich c. Italia e Bonifaci et al. c. Italia*; CGUE, 19 gennaio 1982, *Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*.

¹⁸ Di recente, lo suggerisce pure CGUE, sez. IV, 4 settembre 2025, *«R» S.A. c. AW «T» sp. z o.o.*, premettendo appunto che «[n]el caso di specie, per quanto riguarda l'art. 47 della Carta, il giudice del rinvio non ha fornito alcuna indicazione secondo cui il procedimento principale riguarderebbe l'interpretazione o l'applicazione di una norma del diritto dell'Unione che sia attuata a livello nazionale». Dunque, in base al citato art. 51, l'art. 47 «non è», di per sé, «applicabile a tale procedimento». Poiché, tuttavia, l'art. 19(1)(2) T.U.E. «impone a tutti gli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare, nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, una tutela giurisdizionale effettiva ai sensi, in particolare, dell'art. 47 della Carta, quest'ultimo articolo dev'essere preso in debita considerazione ai fini dell'interpretazione» dell'art. 19(1)(2) T.U.E. Qualche cenno alla questione in KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Cambridge, 2021, 351.

si faccia senz'altro applicazione delle norme U.E., ovvero a taluni procedimenti penali provvisti di un immediato aggancio con le norme in discorso, escludendo invece gli altri procedimenti penali. Una simile differenziazione finirebbe, da un lato, per frammentare il livello di garanzie all'interno del medesimo circuito procedimentale penale, in cui le parti versano in una situazione del tutto omogenea quanto al bisogno di un giudice imparziale. E, dall'altro, per concedere un presidio paradossalmente più forte di imparzialità a soggetti coinvolti in controversie non penali ma legate alla disciplina U.E., rispetto ai soggetti coinvolti nei procedimenti penali a rilevanza interamente nazionale. Dimenticando che, nel procedimento penale, la pretesa di imparzialità del giudice si fa massimamente pregnante in ragione dell'impatto del giudizio sui diritti fondamentali della persona.

2. Nozione codicistica di capacità del giudice e difficoltà di includervi la capacità c.d. generica. Il discorso appena avviato deve giocoforza coordinarsi, lo s'iniziava a dire, con lo studio della capacità del giudice.

A livello teorico generale, chiunque può dirsi capace, nell'ambito del processo, in quanto possa rivestire una certa posizione o compiere una certa attività¹⁹. Per il giudice, monocratico o collegiale che sia²⁰, conta più precisamente il possesso della capacità di diritto pubblico: l'attitudine a divenire titolare di una pubblica funzione e a esercitarla²¹. In questi termini, la capacità si riferisce non solo alla capacità di agire nel processo, ma anche alla capacità di essere soggetto del processo²².

Dal canto suo, l'art. 33 c.p.p., interpretato nel modo preferibile, si ritaglia uno spazio più limitato rispetto alla descritta ricostruzione dogmatica.

¹⁹ CONSO, voce *Capacità processuale penale*, in *Enc. dir.*, 1960, 138.

²⁰ Cfr. su questo DOMINIONI, sub *art. 33*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio-Dominioni, Milano, 1989, 217, ove distingue tra capacità del «giudice-persona» e del «giudice-organo», precisando che l'incapacità della prima si riflette inevitabilmente su quella del secondo.

²¹ Cfr. RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano, 1996, 466.

²² RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, cit., 468.

Partendo dalla formulazione del co. 1, «[l]e condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi sono stabiliti dalle leggi di ordinamento giudiziario».

La legge non definisce la capacità del giudice penale, è vero, ma nel nominarla fa eloquentemente cenno a requisiti di capacità di un «giudice», vale a dire di un soggetto già munito della capacità di essere tale. Pare attribuirsi rilievo solo ai requisiti necessari per agire come giudice, non anche a quelli necessari per diventarlo. Le norme codicistiche sull'incapacità, in sostanza, dovrebbero riguardare sempre una persona già abilitata a svolgere attività giurisdizionale in virtù dell'appartenenza all'organizzazione giudiziaria statale²³.

Per ciò in dottrina si è avvertita l'esigenza di circoscrivere l'analisi del menzionato co. 1 agli atti compiuti dal magistrato dopo la regolare ammissione alle funzioni, che prima non siamo dinanzi a uno *judex incapax*, ma piuttosto a un *non judex*²⁴.

Così delineata, la disciplina apparirebbe pure coerente con le conseguenze che, di solito, si fanno derivare dall'ipotesi del non-giudice in confronto a quelle derivanti dal giudice incapace²⁵: atto inesistente, nel primo caso; atto affetto da nullità assoluta ex art. 179, co. 1 c.p.p., nel secondo.

Ragionamento simile, ma non uguale, andrebbe condotto quando un giudice operi sebbene sprovvisto della c.d. capacità di acquisto. Alla luce di quanto spiegato sopra, infatti, se la nomina interviene nonostante la mancanza degli elementi stabiliti dall'art. 2 d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160 per accedere al concorso²⁶, quel giudice non potrebbe reputarsi incapace ex art. 33, co. 1 c.p.p.²⁷; né lo si potrebbe considerare in automatico un non-giudice affermando

²³ Cfr. SPAGNA MUSSO, voce *Giudice (nozione e profili costituzionali)*, in *Enc. dir.*, 1969, 933, cui si rinvia non per l'affermazione in tema di capacità ma per la definizione di giudice.

²⁴ DOMINIONI, sub *art. 33*, cit., 217-218, compresa la nota 7.

²⁵ In dottrina v., tra i molti, LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, I, 1961, 745 ss.; in giurisprudenza, più di recente, Cass., sez. I, 12 dicembre 2024, n. 9882.

²⁶ Cittadinanza italiana, godimento dei diritti civili, condotta incensurabile, *etc.* È la definizione corrente di capacità di acquisto nell'ambito di interesse: cfr. ZAPPALÀ, sub *art. 33*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. I, Torino, 1989, 179.

²⁷ A tal fine, i requisiti di ammissione rappresentano «pseudorequisiti»: CORDERO, *Procedura penale*⁸, Milano, 2012, 176.

l'inesistenza degli atti da lui compiuti²⁸. Per negargli la qualità di giudice, bisognerebbe invero che il competente organo amministrativo annulli o dichiari nullo il provvedimento di nomina; o almeno che il giudice dell'esecuzione penale lo disapplichi incidentalmente, esercitando il potere di cui all'art. 5 l.a.c. (L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. e), in sede di accertamento della «mancanza» in senso giuridico del titolo esecutivo *ex art.* 670, co. 1 c.p.p.²⁹.

Sennonché, la linearità dell'impianto finisce per incrinarsi nella misura in cui la giurisprudenza dominante sovrappone il piano del non-giudice con quello del giudice incapace.

Asserendo che l'art. 33, co. 1 c.p.p. richiama la sola capacità di esercizio c.d. generica, per un verso viene infondatamente ridotta l'operatività della norma e insieme della nullità assoluta. Per un altro, sfuma la delimitazione tra atto invalido e atto inesistente, posto che la capacità di esercizio generica indicherebbe l'insieme dei requisiti per esercitare il potere giurisdizionale³⁰; sussisterebbe con il conferimento delle funzioni; si perderebbe con le dimissioni, la destituzione, *etc.*³¹.

In realtà, la deficienza di questi ultimi requisiti comporta una forma di incapacità assoluta, ossia incapacità di essere giudice in qualunque procedimento, pertanto la persona che vi versa non può in radice definirsi giudice.

Ancora, la focalizzazione in via esclusiva sulla capacità generica equivale a disconoscere la rilevanza della capacità di esercizio c.d. specifica, integrata a seguito della regolare costituzione del giudice in un determinato procedimento³². La costituzione irregolare, come si comprende, dà luogo a un'incapacità

²⁸ Analogamente, CORDERO, *Procedura penale*⁹, cit., 177. Diversamente, CURTOTTI NAPPI, *Sulla capacità del giudice astenuto*, in *Giur. it.*, 2000, 3, § 3. Secondo ZAPPALÀ, sub *art.* 33, cit., 184, invece, l'ipotesi rientrerebbe nell'incapacità rilevante *ex art.* 33, co. 1 c.p.p.

²⁹ Lo scenario è raffigurato a titolo esemplificativo e, *va da sé*, implica una sentenza di condanna irrevocabile.

³⁰ La capacità di esercizio, quindi, presuppone la capacità d'acquisto: MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*¹², Padova, 1960, 114.

³¹ *Ex multis*, presso la giurisprudenza costituzionale, Corte cost., 23 dicembre 1998, n. 419. Presso la giurisprudenza ordinaria, Cass., sez. un., 17 aprile 1996, n. 5; più di recente, Cass., sez. VI, 18 luglio 2019, n. 51126.

³² Cfr. ZAPPALÀ, sub *art.* 33, cit., 179 ss.; CURTOTTI NAPPI, *Sulla capacità del giudice astenuto*, cit., § 3.

limitata – per un orientamento da spiegare come «inidoneità» in concreto al corretto esercizio delle funzioni³³ –, relativa a uno o più procedimenti³⁴.

3. *Capacità c.d. specifica e sua analogia con la competenza funzionale.* La distinzione tra capacità generica e specifica, elaborata già sotto il c.p.p. 1930, implica effetti piuttosto gravi.

Non soltanto perché, stando al diritto vivente, tutto ciò che si fa rientrare nella capacità specifica non rileva affatto sul piano della capacità e *a fortiori* non rileva su quello dell'inesistenza. Ma soprattutto perché, capovolgendo la prospettiva in virtù delle argomentazioni già anticipate e che si articoleranno³⁵, l'incapacità specifica è l'unica forma di incapacità che ai sensi dell'art. 33, co. 1 c.p.p. dovrebbe valere.

È allora molto importante accordarsi su cosa essa significhi e a ciò saranno dedicate le pagine a seguire; potendosi già far presente, sulla scorta delle tradizionali categorie, che in tema viene in soccorso il concetto di competenza funzionale latamente inteso. Il quale si ricava dalla differenza tra «funzione in astratto e funzione in concreto», costituendo la «concretizzazione della funzione astratta» in relazione ai singoli organi giurisdizionali. Ebbene, «la funzione consiste nell'esercizio di un certo numero di poteri», pertanto «la competenza funzionale altro non è che la legittimazione dell'organo all'esercizio concreto dei poteri direttamente derivantigli dalla funzione astrattamente considerata»³⁶.

Tra capacità specifica e competenza funzionale sembra dunque intercorrere una relazione biunivoca, cui si aggiungerebbe il beneficio di ricondurre, attraverso gli artt. 33, co. 1 e 179, co. 1 c.p.p., l'incompetenza funzionale al sistema dei vizi espressamente contemplati, ché altrimenti continuerebbe a essere sanzionata in assenza di un adeguato aggancio normativo.

³³ Cfr. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, 1953, Torino, 181; G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*², I, Milano, 1965, 343; Corte cost., 30 dicembre 1993, n. 473, § 4, *in diritto*.

³⁴ Cfr. CONSO, voce *Capacità processuale penale*, cit., 138.

³⁵ *Infra*, soprattutto §§ 4 e 6.

³⁶ SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., 139.

Il terreno è già preparato dal consolidato indirizzo della Cassazione che al ricorrere dell'incompetenza funzionale invoca la nullità assoluta, giustificando la soluzione in base al difetto di «idoneità specifica dell'organo all'adozione di un determinato provvedimento»³⁷. Soluzione corretta nel risultato³⁸ ma contraddittoria nell'*iter* che lo sorregge, a fronte del fatto che la stessa Cassazione, come visto poc'anzi, limita l'art. 33, co. 1 c.p.p. – e quindi l'art. 179, co. 1 c.p.p. – alla capacità generica. Delle due, insomma, l'una: o davvero la capacità generica è l'unica a contare, e però dinanzi all'incompetenza funzionale non si può arrivare alla nullità assoluta, pena la violazione della tassatività imposta dall'art. 177 c.p.p.³⁹; oppure la capacità specifica conta⁴⁰, e quindi la sua familiarità con l'incompetenza funzionale va riconosciuta.

Sulla scorta di ciò, si afferra meglio l'approdo di quella dottrina che per definire la capacità ha insistito possesso della «qualifica richiesta dalle funzioni» di giudice di primo grado, di secondo grado, di legittimità, *etc.*⁴¹. Sicché, in materia paiono assumere anzitutto importanza – senza pretesa di esaustività – i provvedimenti di promozione che attribuiscono le dette qualifiche⁴².

Rimane nel contempo agevole constatare come, per il medesimo art. 33, alcuni elementi di capacità specifica esulano dal proprio spettro applicativo⁴³. A mente del co. 2, «[n]on si considerano attinenti alla capacità del giudice le disposizioni

³⁷ V., per esempio, Cass., sez. un., 20 luglio 1994, n. 14, in *CED Cass.*, n. 198219-01; da ultimo, Cass., sez. II, 24 settembre 2025, n. 34174.

³⁸ In dottrina, sposano la tesi della nullità assoluta dell'atto se sussiste incompatibilità funzionale, tra gli altri, LAVARINI, *Qualche riflessione sul ruolo e sui confini dell'inesistenza giuridica nell'attuale sistema processuale penale*, cit., 2024, 220; RAFARACI, voce *Nullità (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, agg. II, 1998, 601. In favore dell'abnormità, MINAFRA, *Capacità specifica del giudice e sentenza emessa in violazione dell'art. 37, comma 2, c.p.p.*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, 6, 140-141.

³⁹ Sulla tassatività in esame, di recente, LA ROCCA, *La tassatività delle nullità negli itinerari mutevoli della giurisprudenza*, in *Arch. pen.*, 2017, 1 ss.

⁴⁰ Evidenzia la contraddizione interna alla giurisprudenza, compreso il riferimento alla tassatività delle nullità, DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 17.

⁴¹ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 177.

⁴² DOMINIONI, sub *art. 33*, cit., 218.

⁴³ In giurisprudenza v., fra le varie, Cass., sez. I, 14 aprile 1994, in *Cass. pen.*, 1995, 2282.

sulla destinazione del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni, sulla formazione dei collegi e sulla assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici»⁴⁴. A mezzo di una ulteriore delimitazione⁴⁵ della nozione di capacità⁴⁶, si è perciò voluto lasciare interamente alla regolazione amministrativa gli indicati aspetti organizzativi interni⁴⁷. Una scelta⁴⁸ nel cui solco si colloca pure l'art. 7-*bis* ord. giud.⁴⁹, stabilendo che «la violazione dei criteri per l'assegnazione degli affari, salvo il possibile rilievo disciplinare, non determina in ogni caso la nullità dei provvedimenti adottati».

⁴⁴ Non si fa menzione dell'art. 33, co. 3 c.p.p. poiché, al più, esso rimane utile a fugare dubbi sull'applicabilità dell'art. 48, co. 3 ord. giud. in relazione all'art. 33, co. 1 c.p.p., ove richiama il «numero dei giudici necessario per costituire i collegi»: v. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*³⁰, Milano, 2007, 60.

⁴⁵ «Ulteriore» poiché si tiene conto della delimitazione già introdotta attraverso l'art. 33, co. 1 c.p.p.: la nozione codicistica di incapacità è più ristretta di quella valida sul piano dogmatico. V. *supra*, § 2.

⁴⁶ Che pertanto è stata definita una nozione normativa: cfr., tra gli altri, CARCANO, *Capacità del giudice: imparzialità e garanzia di precostituzione*, in *Cass. pen.*, 1994, 361; DI CHIARA, *Le nullità*, in *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, coordinato da Marzaduri, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretto da Chiavario-Marzaduri, Torino, 1996, 205.

⁴⁷ Cfr. *Rel. prog. prel. c.p.p. 1988*, 56-57.

⁴⁸ La quale non è andata esente dalle critiche di una parte della dottrina. Sul rilievo che escludere dalla capacità processualmente rilevante quanto indicato nell'art. 33, co. 2 c.p.p. minerebbe l'effettività del principio di naturalità e precostituzione del giudice, se la disposizione non fosse interpretata restrittivamente, DOMINIONI, sub *art. 33*, cit., 219. Cfr. Altresì GAITO-GIUNCHEDI, *La decadenza per via giurisprudenziale dal diritto costituzionale al giudice naturale*, in *Giur. cost.*, 2002, 3373 ss.; LAVARINI, *Qualche riflessione sul ruolo e sui confini dell'inesistenza giuridica nell'attuale sistema processuale penale*, in *Annali di Arc. pen. Ricordando Giovanni Conso*, Pisa, 2024, 220. Di diverso avviso si è mostrata Corte cost., 23 dicembre 1998, cit., §§ 4-5, *in diritto*, che non ha palesato criticità di sorta in merito alle previsioni codicistiche. A ogni modo, per un indirizzo della Cassazione la violazione delle regole in tema di formazione dei collegi può pesare sulla capacità quando risulti la preordinazione di detta violazione a eludere il principio di cui all'art. 25, co. 1 Cost. «attraverso assegnazioni "extra ordinem" perché del tutto al di fuori di ogni criterio tabellare»: Cass., sez. VI, 4 luglio 2013, n. 39239; Cass., sez. III, 10 dicembre 2024, n. 8901. Ai fini che qui più premono, il principio del giudice naturale e precostituito per legge assume rilievo per la sua strumentalità rispetto alla garanzia dell'imparzialità. Ciò del resto non toglie la consapevolezza che naturalità e precostituzione non formano un'endiadi (UBERTIS, «Naturalità» del giudice e valori socio-culturali nella giurisdizione, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, 1061 ss.; RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, cit., 56 ss.) e che non sono sufficienti a garantire massimamente la presenza di un giudice terzo e imparziale: DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 11 ss.

⁴⁹ Cfr. DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 18.

Dev'essere nondimeno ribadito che il perimetro dell'art. 33, co. 2 c.p.p. non coincide del tutto con quello della capacità specifica. Giacché, appunto, essa va sempre colta in una portata di maggiore estensione, cioè come potere di esercitare in concreto la funzione conferita in astratto.

Necessitato corollario di quanto precede: la previsione detiene valore costitutivo, posto che se non fosse prevista i relativi contenuti confluirebbero nella capacità specifica ai sensi dell'art. 33, co. 1 c.p.p.

Né sembra consentito impiegare il co. 2, come talvolta si legge nella giurisprudenza, per provare che la capacità di cui al co. 1 è unicamente quella generica. Oltre alle riflessioni già sviluppate, a tale conclusione potrebbe pervenirsi se il co. 2 fosse applicazione di un principio più ampio da cui dedurre l'irrilevanza, almeno nel codice di rito, dell'incapacità specifica: ma indicatori di questo tipo non si ravvisano. Al co. 2 andrebbe quindi data un'interpretazione restrittiva, in virtù della sua natura eccezionale⁵⁰, confinandolo alle «violazioni di disposizioni concernenti i provvedimenti specificamente diretti a destinare il giudice ad un ufficio»⁵¹.

Il che, sia detto *per incidens*, non autorizza ad affermare che tutte le ipotesi di incapacità specifica ricevano o debbano ricevere lo stesso trattamento. Regole apposite in ordine ai termini di rilevabilità e alla sorte degli atti irritualmente compiuti⁵², d'altra parte, sono stabilite per l'incompetenza per materia, per territorio o derivante da connessione *ex artt.* 21 ss. c.p.p., che parimenti colpiscono il magistrato sul piano dell'idoneità concreta a svolgere il ruolo conferito in astratto.

4. *Portata del rinvio ex art. 33, co. 1 c.p.p. e collocazione dell'incompatibilità nell'incapacità.* Ammettendo il rilievo della capacità specifica ai sensi dell'art.

⁵⁰ Sulla base di differenti rilievi, alla medesima conclusione giunge SPANGHER, *Soggetti*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, Padova, 1996, 3.

⁵¹ ZAPPALÀ, *sub art. 33*, cit., 190; DOMINIONI, *sub art. 33*, cit., 219.

⁵² Si è concentrato sull'inquadramento sistematico e sulla portata di dette regole, tra gli altri, GAITO, *Competenza ed incompetenza e relative declaratorie. I conflitti*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 375 ss.

33, co. 1 c.p.p., non si può nemmeno trascurare il rapporto fra incapacità e incompatibilità.

Per un orientamento, prevalente in sede di legittimità dalla vigenza del c.p.p. 1930⁵³, avallato dalla Corte costituzionale⁵⁴ e autorevolmente sostenuto in dottrina, l'incompatibile non potrebbe dirsi anche incapace.

Le situazioni descritte dagli artt. 34-35 c.p.p. non intaccano, si suole dire, la capacità generica del soggetto che vi ricada⁵⁵. Inoltre, il rinvio alle «leggi di ordinamento giudiziario» operato dall'art. 33, co. 1 c.p.p. sarebbe esclusivo⁵⁶, limitandosi a richiamare disposizioni extracodicistiche collocate nelle fonti a ciò preposte, come il r.d. 30 gennaio 1941, n. 12.

L'indirizzo poggia sulla palese volontà del legislatore storico, emergente tanto dalla relazione al progetto preliminare del c.p.p. 1988⁵⁷, quanto dal confronto tra le norme attuali e quelle contenute nel progetto preliminare del c.p.p. 1978, in cui l'incompatibilità veniva inserita nell'area della capacità e presidiata in modo espresso con la nullità assoluta (cfr. gli artt. 37-42 mai promulgati)⁵⁸.

Secondo l'orientamento in esame, gli atti compiuti dal giudice incompatibile non sono automaticamente invalidi: perché il combinato disposto degli artt. 33,

⁵³ Tra le ultime pronunce antecedenti alla promulgazione del c.p.p. 1988, cfr. Cass., sez. VI, 9 ottobre 1985, in *Giur. it.*, 1986, II, 305 ss.

⁵⁴ Cfr. Corte cost., 30 dicembre 1993, n. 473, § 4, *in diritto*.

⁵⁵ Una parte della dottrina ha invece affermato il difetto di capacità generica nelle ipotesi di cui agli artt. 18-19 ord. giud.: v., per esempio, ZAPPALÀ, *La ricusazione del giudice penale*, Milano, 1989, 118. Le quali sono intese da MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, cit., 114, come incompatibilità c.d. generiche, in quanto da riferire a ogni procedimento; distinguendosi dalle incompatibilità c.d. specifiche, quelle codicistiche, che interessano un procedimento particolare. Ma da CORDERO, *Procedura penale*², cit., 175 è stata messa in luce la complessiva irragionevolezza dell'operazione, dato che per tale via si arriverebbe a ritenere capace il giudice nonostante una situazione indicata dagli artt. 34-35 c.p.p., potenzialmente più critica di quelle previste nella legge sull'ordinamento giudiziario. Inoltre, le incompatibilità ex artt. 35 c.p.p. e 19, co. 3 ord. giud. potrebbero venire a sovrapporsi: cfr. RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, cit., 504.

⁵⁶ Tra gli altri, PATANÈ, *Accoglimento del ricorso avverso l'ordinanza di rigetto della dichiarazione di ricusazione e nullità della sentenza pronunciata medio tempore dal giudice ricusato*, in *Cass. pen.*, 1998, 868.

⁵⁷ Cfr. *Rel. prog. prel. c.p.p. 1988*, 25.

⁵⁸ V. la ricostruzione di TREVISSON LUPACCHINI, *La ricusazione del giudice nel processo penale*, cit., 94-95.

co. 1 e 179, co. 1 c.p.p. non potrebbe operare, trovando invece spazio le norme sull'astensione e la ricusazione del giudice (in particolare, l'art. 36, co. 1, lett. *g* e l'art. 37, co. 1, lett. *a* c.p.p.⁵⁹), con le peculiari conseguenze che ne derivano⁶⁰. Gli atti dovrebbero allora rimanere validi, se – pur sussistendone virtualmente gli estremi – il giudice non si astiene o non viene ricusato⁶¹. Detto altrimenti, le cause di incompatibilità varrebbero «in astratto» e non già «in concreto», sì da poter essere evitate soltanto *ex ante* «attraverso idonei atti di organizzazione dello svolgimento del processo, come la formazione dei collegi giudicanti e l'assegnazione delle cause» ovvero *ex post* «trasformandosi in motivi di astensione o ricusazione»⁶². Talvolta, peraltro, la giurisprudenza si è rifiutata di giungere a un risultato simile, da un lato continuando a far esaurire la capacità dell'art. 33, co. 1 c.p.p. nella capacità generica, quindi negando la nullità assoluta; ma dall'altro, a costo di qualche forzatura, invocando la nullità relativa ovvero a regime intermedio *ex art.* 178, co. 1, lett. *c* c.p.p.⁶³. A fronte di questa indubbia minimizzazione degli effetti degli artt. 34-35 c.p.p.⁶⁴, si contrappone una tesi di segno opposto, condivisibilmente volta a inquadrare

⁵⁹ Le cause di incompatibilità, come noto, si possono tradurre in motivi di astensione (art. 36, co. 1 lett. *g*) ovvero in motivi di ricusazione (art. 37, co. 1 lett. *a*), qualora il giudice non si astenga autonomamente. Ciò, è altrettanto noto, non vuol dire che per ogni motivo di astensione le parti possano attivarsi con la ricusazione (v. ancora l'art. 37, co. 1 lett. *a*, ma in rapporto all'art. 36, co. 1 lett. *h*).

⁶⁰ Così, per tutti, DOMINIONI, sub *art. 33*, cit., 216; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*¹³, Torino, 2018, 51; NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, 1989, Roma, ed. 2025, 315; RAFARACI, sub *artt. 34-35*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. I, Torino, 1989, 192; ZAPPALÀ, sub *art. 33*, cit., 182. In giurisprudenza, Cass., sez. un., 24 novembre 1999, n. 23, in *Riv. pen.*, 2000, 133 ss. Sugli effetti dell'incompatibilità in punto di validità degli atti, si è soffermato organicamente RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, cit., 465 ss.

⁶¹ Cfr. MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, cit., 115.

⁶² Testualmente così Corte cost., 1° novembre 1997, n. 306, § 2.2, *in diritto*, richiamando Corte cost., 1° novembre 1997, n. 307, la quale in altro passaggio motivazionale (§ 2.2, *in diritto*) afferma conseguenzialmente che «collocare le varie fattispecie soltanto nell'area dei casi di astensione o di ricusazione ovvero anche nell'ambito delle situazioni di incompatibilità non è del tutto indifferente: in questa scelta si riflette una diversa articolazione della tutela del principio del giusto processo». Sulla stessa linea, Corte cost., 1° novembre 1997, n. 308.

⁶³ V., rispettivamente, Cass., 21 novembre 1995, n. 12755, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, 454 ss., nonché in *CED Cass.*, n. 203339; Cass., sez. III, 15 novembre 1995, n. 12467.

⁶⁴ Cfr. GIARDA, *Imparzialità del giudice e difficoltà operative derivanti dall'incompatibilità*, cit., 44.

l'incompatibilità tra le cause di incapacità del magistrato⁶⁵ e che logicamente va insieme all'idea per cui, su di un piano più generale, l'incapacità specifica rileva⁶⁶.

Chiaro che, se così è, bisogna ritenere affetti da nullità assoluta gli atti eventualmente compiuti dall'incompatibile a prescindere dall'astensione o ricsusazione di costui, come pure in caso di violazione del divieto *ex art.* 42, co. 1 c.p.p. Sul tema, *de iure condito* e *de iure condendo*, si dirà più approfonditamente a tempo debito⁶⁷. Sufficiente osservare, per ora, che l'impostazione troverebbe riscontro in quegli enunciati della Cassazione che, ponendosi in contrasto con i propri precedenti⁶⁸ anche sotto un tale aspetto⁶⁹, arrivano alla nullità assoluta a presidio dell'art. 42, co. 1 c.p.p., apertamente⁷⁰ o tacitamente⁷¹ attribuendo rilevanza a un difetto di capacità specifica.

⁶⁵ È la posizione di CORDERO, *Procedura penale*³, cit., 173; DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 33 ss.; M.V. FOSCHINI, *Il principio di tassatività delle cause di incompatibilità e le ipotesi «sopravvenute»*, in *Cass. pen.*, 1990, I, 1233; TRANCHINA, *I soggetti*, in *Diritto processuale penale*², Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, I, Milano, 2011, 61.

⁶⁶ Accolta, tra gli altri, da CORDERO, *Procedura penale*³, cit., 174; CORVI, *La tutela processuale della terzietà e imparzialità del giudice: si può fare di più?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 831; CURTOTTI NAPPI, *Sulla capacità del giudice astenuto*, cit., § 4; DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 16-17; KALB, *Incompatibilità tra giudici per ragioni di parentela: i limiti della ricsusazione*, in *Giur. it.*, 1981, II, 220; MORELLI, *Il mutamento del giudice nell'attuale disciplina del rito abbreviato: tra principio d'immediatezza e requisiti di capacità*, in *Cass. pen.*, 2008, 1264; RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, cit., 475; SANTORIELLO, *La capacità del giudice penale tra mutamento di funzioni e trasferimento presso un ufficio di procura*, in *Giur. it.*, 2004, 6, § 2.

⁶⁷ *Infra*, § 8.

⁶⁸ Cfr. nuovamente DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 19.

⁶⁹ Il riferimento è alla giurisprudenza consolidata sull'esegesi dell'art. 33, co. 1 c.p.p., là dove fa coincidere la «capacità» con la capacità generica. Inoltre, si delinea un profilo di incoerenza «anche sotto un tale aspetto» perché *supra*, § 2, si è avuto modo di evidenziare un'analogia discordanza in tema di incompetenza funzionale.

⁷⁰ Cass., sez. un., 27 gennaio 2011, n. 23122, in *Cass. pen.*, 2011, 4210 ss.

⁷¹ Cass., sez. un., 16 dicembre 2010, n. 13626, in *CED Cass.*, n. 249299, nonché in *Arch. pen.*, 2011, 2, 1 ss., con nota di BACCARI; Cass., sez. un., 16 luglio 2020, n. 37207, in *Cass. pen.*, 2021, 806 ss., nonché in *Sist. Pen.*, 11 gennaio 2021, con nota di ALMA, *Gli effetti processuali dell'accoglimento della dichiarazione di ricsusazione del giudice dell'udienza preliminare: la sentenza delle Sezioni unite*.

La teorizzazione dell'assenza di incompatibilità quale requisito negativo di capacità affonda le proprie radici nelle elaborazioni proposte sotto il c.p.p. 1913⁷², ma soprattutto si presenta coerente con la *ratio* primaria dell'istituto.

L'incompatibilità è difatti prevista a tutela del valore dell'imparzialità del giudice⁷³. E l'imparzialità – lo si sta per evidenziare – per un verso si trova sancita o riconosciuta in norme c.d. di struttura, aventi quindi natura non processuale bensì ordinamentale (di ordinamento giudiziario). Per un altro, non tocca la capacità del giudice in assoluto, in ogni procedimento, ma la sua capacità specifica⁷⁴, ossia l'idoneità a esercitare in concreto il relativo potere nell'ambito di uno o più procedimenti. Il cerchio si chiude rammentando che il soggetto incompatibile, cioè non imparziale, può essere qualificato anche come soggetto sprovvisto di competenza funzionale⁷⁵.

Ancora, dal *case-law* della Corte EDU emerge nitidamente la non disponibilità per le parti dell'imparzialità del giudice⁷⁶, che l'imputato non può rinunciarvi⁷⁷ e che la sua violazione dovrebbe essere dichiarabile in ogni stato e grado del giudizio⁷⁸, in quanto «canone oggettivo indeclinabile per la disciplina della funzione giurisdizionale»⁷⁹. *Ergo*, sottrarre dall'alveo della nullità assoluta il difetto

⁷² Le quali, allora, formavano l'orientamento maggioritario: v. la ricognizione di TREVISSON LUPACCHINI, *La riconsuazione del giudice nel processo penale*, Milano, 1996, 88.

⁷³ Vi si soffermano, tra i vari, RAFARACI, sub *artt.* 34-35, cit., 192; RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, cit., 13.

⁷⁴ V. già CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*², vol. II, Napoli, 1960, 208.

⁷⁵ V. quanto evidenzia, sulla scorta del pensiero del Carnelutti e del Satta, RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, cit., 475, nota 25. Anche una parte della giurisprudenza ha ricondotto l'incompatibilità all'incompetenza funzionale: cfr. Cass., sez. I, 15 gennaio 1998, n. 1997.

⁷⁶ In dottrina, lo avevano già rilevato MAZZA, *La proliferazione delle incompatibilità è giunta al capolinea?*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 980-981; UBERTIS, *L'incompatibilità del giudice ha pure risvolti europei*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1520.

⁷⁷ Corte EDU, 22 febbraio 1996, *Bulut c. Austria*, § 30.

⁷⁸ Corte EDU, 28 ottobre 1998, *Castillo Algar c. Spagna*, §§ 34-35.

⁷⁹ UBERTIS, *L'incompatibilità del giudice ha pure risvolti europei*, cit., 1520.

di imparzialità per incompatibilità⁸⁰, rischia di porsi in serio contrasto con il livello convenzionale della garanzia⁸¹.

Non si vede, poi, il motivo per restringere l'art. 33, co. 1 c.p.p. entro gli angusti confini della *sedes materiae* recante il titolo di "legge sull'ordinamento giudiziario"⁸² o equivalenti⁸³: l'intenzione del legislatore, ammesso che abbia un valore di per sé, conserva un peso marginale e comunque recessivo rispetto ad altri criteri esegetici. E sul piano letterale, lungi dal riferirsi a un testo normativo preciso, la disposizione parla di leggi «di» ordinamento giudiziario anziché «della» legge sull'ordinamento giudiziario.

Dal canto loro, le norme che sanciscono l'imparzialità, «definendo il giudice»⁸⁴ non prescrivono comportamenti ma vanno collocate tra le norme di struttura degli organi magistratuali⁸⁵. Il che non deve peraltro ingenerare l'equivoco che una previsione, per detenere carattere ordinamentale, debba per forza operare nell'intero sistema; ve ne sono infatti alcune operanti solo nel sistema processuale penale che nondimeno si presentano «di struttura». In maniera analoga, il novero delle previsioni «di comportamento» non si esaurisce nelle previsioni processuali penali in senso stretto.

L'imparzialità, del resto, consiste in un attributo; non indica condotte: come si farebbe a comandare di non avere interesse nell'esito della decisione o di non essere inquinati da qualsivoglia *praeiudicium* rilevante? Specifiche condotte o situazioni personali, al più, assumono peso in quanto indicatori di presenza o

⁸⁰ Sul rapporto tra incompatibilità e giurisprudenza convenzionale, v. altresì RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, cit., 85 ss.

⁸¹ DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 14; PRESSACCO, sub art. 6, cit., 182; UBERTIS, *L'incompatibilità del giudice ha pure risvolti europei*, cit., 1520. In questa direzione, anche CANESCHI, *L'imparzialità del giudice nel prisma della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e le ricadute sull'ordinamento interno*, in *Arch pen.*, 2022, 10.

⁸² Cfr. DI CHIARA, *Le nullità*, cit., 205-206; DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 50 ss.; DOMINIONI, sub art. 33, cit., 217.

⁸³ Si pensi, ad esempio, alla disciplina sulle «gluarentigie della magistratura» di cui al r.d.l.g. 31 maggio 1946, n. 511.

⁸⁴ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 549.

⁸⁵ Ciò che implica l'accoglimento della tesi per cui risultano «di comportamento» le norme processuali e «di struttura» quelle ordinamentali: cfr. DOMINIONI, sub art. 33, cit., 217.

assenza dell'attributo in parola, come per esempio accade in forza degli artt. 34, 35, 36, co. 1, lett. *a-h*⁸⁶ e 37, co. 1 c.p.p.

Il piano letterale, tuttavia, non sembra poter assurgere ad argomento convincente quando, sempre per giungere all'inclusione dell'incompatibilità nell'incapacità, si punti sugli artt. 34, 35, 37, co. 2 e 42, co. 1 c.p.p. nella parte in cui prescrivono che il giudice «non può...»⁸⁷ o impiegano locuzioni di pari tenore. In breve: la ragione da cui direttamente desumere l'incapacità del giudice incompatibile si rinviene nel difetto di imparzialità di cui egli soffre, non dalla circostanza che le norme poc'anzi citate richiamano un "non potere".

L'incapacità attiene allo stato del magistrato ed è dall'incapacità che discendono certi effetti, non il contrario. Di talché, il dedurre "non può farlo, quindi è incapace" appare metodologicamente e sostanzialmente scorretto, dovendosi piuttosto accertare l'incapacità e poi concludere: "è incapace, quindi non può farlo". Egualmente scorretto sarebbe indurre in automatico l'incapacità dal "non può farlo", altrimenti ad essa si assegnerebbe un perimetro eccessivamente esteso, o meglio si trascurerebbe il suo imprescindibile termine di relazione, costituito dalle già menzionate disposizioni di carattere ordinamentale ex art. 33, co. 1 c.p.p.

Senza questa precisazione si correrebbe il pericolo di un fraintendimento, che un giudice possa essere reputato tecnicamente incapace ogni volta che non possa esercitare il suo potere in un dato frangente o a dati fini. Ogni volta, insomma, che non possa fare qualcosa in forza di una regola processuale anche implicita, di cui sia destinatario⁸⁸. Assecondare un simile slittamento

⁸⁶ Il riferimento è da limitare alle lett. *a-h* perché l'*incipit* del co. 1 dell'art. 36, invece, prescrive senz'altro un comportamento al giudice, ossia l'obbligo di astenersi.

⁸⁷ Richiama il testo dell'art. 34 c.p.p. in relazione all'incompetenza funzionale (prima dell'introduzione del co. 2-bis ad opera del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51), GAITO, *Tribunale dei ministri e udienza preliminare: un'ipotesi di incompetenza funzionale*, in *Giur. it.*, 1998, 512 ss. V. anche ID., *Nei processi per reati ministeriali, qual è il giudice per l'udienza preliminare?*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 853 ss.; PANSINI, *Incompatibilità del collegio per i reati ministeriali e udienza preliminare*, in *Ind. pen.*, 2000, 207 ss.

⁸⁸ Gli esempi di disposizioni dirette al giudice potrebbero essere innumerevoli, al punto da far concludere a GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*³, Milano, 1952, 96, che «se ben si considera, tutte le norme processuali [...] non fanno che porre doveri per il giudice».

concettuale significherebbe rinunciare a distinguere tra incapacità e mera preclusione⁸⁹, la quale integra ipotesi di frequente verifica nel codice e che non presuppone sempre l'incapacità⁹⁰.

Preferibile, se mai, riconoscere la derivazione, dall'incompatibilità, di un effetto preclusivo all'ulteriore attività processuale: a patto di concepirla come una *species* qualificata di preclusione, poiché dipendente da incapacità.

5. Lineamenti di teoria dell'inesistenza nel contesto del presente lavoro. Ferma la sostenibilità della costruzione dell'imparzialità come requisito di capacità nel sistema codicistico, già in sede introduttiva ha avuto modo di emergere un altro punto nodale del problema. L'imparzialità deve essere indagata nella sua dimensione denominata costitutiva. Il che, inevitabilmente, conduce la trattazione verso l'analisi delle fonti sovraordinate alla legge e a interrogare più da vicino la teoria dell'inesistenza dell'atto processuale.

In merito, corre subito l'obbligo di esplicitare che l'inesistenza verrà intesa, va da sé, alla stregua di un «segno qualificativo» e non di un «indicatore storico»⁹¹. Vale a dire in senso giuridico e non materiale⁹²: forse, anzi, si dovrebbe parlare

⁸⁹ Preclusione in senso c.d. oggettivo, cioè «dal punto di vista “oggettivo” dell'atto il cui compimento risulta impedito» (CONTI, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, 60), quindi pure in relazione a ciò che il giudice – non solo le parti – non può fare.

⁹⁰ Rinvia, su di un piano più generale, alla trattazione di CONTI, *La preclusione nel processo penale*, cit., 69 ss.

⁹¹ CORDERO, *Procedura penale*⁹, cit., 1177. Ma v. senz'altro pure MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, cit., 149, il quale collegava l'esistenza al suo aspetto «materiale»: atti materialmente inesistenti sarebbero quelli «supposti» o quelli «contenut[i] in una scrittura [...] manca[n]te dei requisiti giuridici del documento». CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. III, Roma, 1949, 146, lo si vedrà anche più oltre, intendeva l'inesistenza come «mancanza totale dei requisiti dell'atto», affermando che così «l'atto è veramente un non atto». Dipende dall'angolo visuale prescelto: se non si vuol scorgere uno scarto tra nostra realtà fenomenica e realtà giuridica, l'inesistenza può esser presa solo in termini di «segno qualificativo». Se invece questo scarto lo si vuole riconoscere, come del resto quando fanno ingresso le finzioni nell'ordinamento, allora nella realtà giuridica, in assenza di ogni requisito dell'atto, esso non esiste e l'inesistenza può essere invocata anche come «indicatore storico». Chi l'ha compiuto non ha compiuto un atto ma qualcosa di radicalmente altro, cioè una condotta commissiva da eventualmente qualificare in modo diverso.

⁹² Cfr., fra gli altri, GALANTINI, voce *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, 1999, 364.

di inesistenza solo giuridica al netto di un'esistenza materiale⁹³, poiché l'inesistenza materiale sembra far venire meno lo stesso oggetto dello studio del fenomeno⁹⁴.

Quello dell'inesistenza (così intesa) è un fenomeno non disconoscibile, in quanto connaturato al funzionamento dell'ordinamento generale e ineliminabile dall'ordine logico degli elementi della realtà⁹⁵: «nessuna norma», giuridica o non, «potrà mai impedire che da una nozione si derivi la negazione di essa»⁹⁶. Ciò consente, altresì, di comprendere che teoricamente l'inesistenza non può spingere a pensare a vizi dell'atto talmente macroscopici e gravi da imporre una disciplina più severa di quella delle nullità *ex artt.* 177 ss. c.p.p. Non può, cioè, evocare e legittimare una zona franca di invalidità “fuori scala”, innominate⁹⁷ e atipiche, che in forza di esigenze di giustizia sostanziale sfuggono al principio di tassatività vigente in materia⁹⁸. Il principio risulta rapportabile soltanto all'area del processualmente rilevante (atto esistente, benché imperfetto e invalido) e non all'area del processualmente irrilevante (atto inesistente⁹⁹).

Alla luce dell'assetto attuale, infatti, non si ravvisano le predette esigenze di giustizia sostanziale¹⁰⁰ che storicamente hanno indotto l'introduzione, in ambito

⁹³ Cfr. PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, cit., 268. Lo stesso parrebbe affermare Cass., sez. III, 2 marzo 2017, n. 20233, là dove parla di atto che «pur essendo una realtà di fatto, non è realtà giuridica»: § 5, *in diritto*.

⁹⁴ PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, cit., 264. Diversamente, CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, cit., 134.

⁹⁵ Cfr. PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, cit., 271.

⁹⁶ LEONE, *La sentenza penale inesistente*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 25.

⁹⁷ Almeno parzialmente innominate: v. quanto si è rilevato (*supra*, § 2) e si sta per rilevare circa l'art. 670 c.p.p.

⁹⁸ Vigente senz'altro in materia di nullità. Circa l'inaffidabilità, per esempio, non si registra uniformità di vedute: v. FONTI, voce *Inaffidabilità*, in *Dig. disc. pen.*, agg. V, 2010, 441-442; PANZAVOLTA, *Inaffidabilità*, in *Studi Urbinate*, 2005, 222 ss.; PILLITTERI, *Le nuove cause di inaffidabilità*, in *La nuova fisionomia delle impugnazioni*, a cura di Parlato, Torino, 2024, 13.

⁹⁹ Una simile «forzatura semantica» (CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, cit., 133) continuerà a essere impiegata, nel prosieguo, per convenzione e per rendere più agevole l'esposizione.

¹⁰⁰ Esigenze su cui v. CATALANO, *Giurisprudenza creativa nel processo penale e nella common law: abnormità, inesistenza e plain error rule*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 305.

processualpenalistico, del concetto di inesistenza. Il quale è stato mutuato da altri settori del diritto e usato, con l'entrata in vigore del c.p.p. 1930, come rimedio alla soppressione delle nullità assolute¹⁰¹. A partire dalla riforma del 1955 - con cui le nullità assolute erano state ripristinate¹⁰² - non appare però più scientificamente sostenibile ancorare l'inesistenza a preoccupazioni equitative, dovendo piuttosto discuterne, se del caso, in virtù della dignità della materia sul piano dogmatico.

Ebbene, scegliendo qui di far coincidere l'area del processualmente rilevante con quella degli atti processuali produttivi di effetti (pure precari), è evidente il *discrimen* tra atto inesistente e atto imperfetto ma meramente irregolare, poiché quest'ultimo esplica pienamente effetti, non denotando un'imperfezione tanto grave da giungere a essere invalido (nullo, inammissibile, inutilizzabile). Gli atti invalidi, a loro volta, generano effetti precari - come si usa dire¹⁰³ - fino all'eventuale dichiarazione del relativo vizio da parte del giudice; dichiarazione nondimeno preclusa, dopo la formazione del giudicato¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cfr. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, cit., 130.

¹⁰² L'art. 5 L. 18 giugno 1955, n. 517 aveva sostituito l'originario art. 185 c.p.p. 1930, introducendo le «nullità d'ordine generale», indicate espressamente come insanabili e rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento.

¹⁰³ Sulla negazione dell'inesistenza al ricorrere dell'invalidità, CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1972, 97; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 741-742. Parla in tal senso di un «limite negativo invalicabile», C. IASEVOLI, voce *Inesistenza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, 2008, 5; antecedentemente, ex multis, MANCINELLI, *Inesistenza degli atti processuali penali*, in *Nss.D.I.*, 1957, 639; PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, vol. I, Milano, 1965, 82.

¹⁰⁴ Fra i molti che, in questo senso, guardano al giudicato come a una sanatoria, PEYRON, voce *Invalidità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1972, 615.

L'atto inesistente, oltre a non poter concorrere con l'irregolarità e le invalidità¹⁰⁵, resta invece insensibile al giudicato, impedendone il sorgere¹⁰⁶; non contemplando effetti nemmeno precari¹⁰⁷. Lo dimostra anche l'art. 670 c.p.p., in cui è rinvenibile un riconoscimento implicito della categoria, facendosi riferimento alla mancanza – da interpretarsi come materiale o giuridica – del titolo esecutivo¹⁰⁸.

Uno spazio ancora diverso va assegnato a quei gravi vizi non ostativi all'efficacia precaria di un ipotetico giudicato ma che non si sanano con esso, legittimando a mettere in discussione il provvedimento definitivo¹⁰⁹. Oggi questo può accadere sperando l'impugnazione straordinaria di cui all'art. 629-*bis* c.p.p.¹¹⁰.

¹⁰⁵ L'inesistenza non deve nemmeno confondersi (né può concorrere) con l'abnormità: secondo CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, cit., 234, l'apporto delle categorie del diritto amministrativo consente di precisare che l'atto abnorme resta pur sempre riconducibile all'area della giurisdizione, perché presuppone un potere astrattamente attribuito al suo autore e la sua legittima investitura, capacità e competenza. Ciò che lo commota patologicamente non sarebbe dunque un difetto originario di potere o un'usurpazione di funzioni, ma il modo in cui il potere viene esercitato, «eccedendo i limiti [...] entro i quali esso può manifestarsi». Secondo CATALANO, *Giurisprudenza creativa nel processo penale e nella common law: abnormità, inesistenza e plain error rule*, cit., 306, la distinzione si basa su quella tra forma e contenuto dell'atto, perché se il carattere macroscopico del vizio riguarda il contenuto anziché la forma, l'atto dovrebbe considerarsi abnorme. Questa seconda ricostruzione rimane non del tutto consonante con quanto affermeremo più oltre nel testo, in relazione al difetto di imparzialità del giudice. Sul rapporto tra inesistenza e abnormità, v. altresì GALANTINI, voce *Vizi degli atti processuali penali*, cit., 367.

¹⁰⁶ Si riferisce, in proposito, a un giudicato «apparente», DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, Napoli, 1966, 161. Tradizionalmente l'inesistenza si lega proprio a siffatta indifferenza nei confronti del giudicato eventualmente formatosi, allo scopo di sottrarre alla relativa sanatoria – ammesso che tecnicamente possa parlarsi di sanatoria in senso stretto – i vizi dell'atto più intollerabilmente gravi: PEYRON, voce *Invalidità (dir. proc. pen.)*, cit., 615.

¹⁰⁷ Cfr., tra i vari, PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, cit., 87.

¹⁰⁸ In dottrina, per tutti, cfr. LAVARINI, *Qualche riflessione sul ruolo e sui confini dell'inesistenza giuridica nell'attuale sistema processuale penale*, cit., 216-217. Presso la giurisprudenza, v. Corte cost., 13 gennaio 2022, n. 2, §§ 4.4, *in diritto*.

¹⁰⁹ Cfr. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 98.

¹¹⁰ Cfr. LAVARINI, *Qualche riflessione sul ruolo e sui confini dell'inesistenza giuridica nell'attuale sistema processuale penale*, cit., 218; SPAGNOLO, *Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea e rescissione del giudicato*, in *L'ennesima riforma delle impugnazioni fra aspettative deluse e profili controversi*, a cura di Bargis-Belluta, Torino, 2023, 231.

Le considerazioni appena offerte, beninteso, non devono essere lette come se le difficoltà insite nel tentativo di definire ciò che giuridicamente “non è” – dunque nel lavorare su una «realità di inqualificazione normativa»¹¹¹ – si risolvano nell’idea per cui dell’inesistenza possono descriversi solo le conseguenze. Scontata piuttosto l’inevitabile incompletezza degli approdi dottrinali in tema¹¹², il baricentro dell’analisi dovrebbe spostarsi sull’individuazione del nucleo strutturale minimo dell’atto processuale¹¹³.

Una risposta compiuta al quesito richiederebbe un’indagine autonoma e sistematica, esulante dalle finalità di chi scrive. Nondimeno, ci si può muovere entro alcune linee direttrici utili a orientarsi maggiormente, riducibili a due.

Primo, l’atto inesistente è per certo il non-atto¹¹⁴, in quanto carente di tutti i requisiti da soddisfare secondo la teoria generale¹¹⁵ («presupposti», «elementi», «circostanze» di tempo e di luogo¹¹⁶). Secondo, all’evenienza limite del non-atto va equiparata, per insopprimibili esigenze razionali, la presenza di vizi – diversi e più gravi da quelli già trattati dalle invalidità codificate – semanticamente e funzionalmente incompatibili con il relativo schema legale al punto da negarlo. Così, da un canto, si giustificano gli orientamenti in virtù dei quali l’inesistenza può discendere dalla mancanza di un elemento fondamentale dell’atto¹¹⁷ (una decisione non volontaria, per esempio, non è una decisione¹¹⁸); dall’altro, si

¹¹¹ AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, 36.

¹¹² V., al riguardo, le ricostruzioni di CAPONE, *L’invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012, 180 ss.

¹¹³ Cfr. DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento “presupposto” del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 26.

¹¹⁴ L’inesistenza è stata elaborata, secondo un’opinione, per non attribuire riconoscimento alcuno al «non atto», ossia al «*quid facti o iuris*» assolutamente inidoneo a produrre effetti non già «per un vizio che a tanto è di ostacolo», ma per non essere «quell’atto, da cui dovrebbero scaturire quegli effetti»: PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, cit., 261.

¹¹⁵ CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., 146.

¹¹⁶ CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., 58.

¹¹⁷ In dottrina, per tutti, LEONE, *La sentenza penale inesistente*, cit., 30; MANCINELLI, *Inesistenza degli atti processuali penali*, cit., 639. In giurisprudenza, Cass., sez. III, 6 maggio 1971, in *Giust. pen.*, 1972, III, 437 ss.; più di recente, Cass., sez. III, 2 marzo 2017, n. 20233, cit.

¹¹⁸ Ravvisa inesistenza se mancano «impulsi coscienti e volontari», CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1180; del medesimo avviso, tra gli altri, GALANTINI, voce *Vizi degli atti processuali penali*, cit., 364.

Sarebbe il caso del sonnambulo o della persona sotto effetto di droghe o fisicamente costretta all'atto: cfr., a proposito della costrizione, già LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 707, secondo il criterio della rilevanza dei vizi della volontà nei negozi di diritto privato, trattandosi di violenza fisica produttiva di nullità sul piano civilistico, equiparabile all'inesistenza dell'atto processuale penale. Esclude l'esistenza dell'atto compiuto dal soggetto non in grado di intendere e di volere *in toto*, tra gli altri, PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, cit., 354. Venendo in rilievo un concetto vicino a quello della capacità naturale, CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., 68 ss., ha invece negato l'inesistenza in quanto essa richiederebbe la carenza di tutti i requisiti dell'atto (lo si è appena visto più sopra), mentre l'incapacità naturale inciderebbe sul solo elemento dell'«intenzione».

Il punto non è pacifico, perché secondo un indirizzo si potrebbe distinguere anche nel procedimento penale – in virtù delle consuete categorie del diritto privato – tra atto (giuridico) processuale in senso stretto e negozio (giuridico) processuale a seconda del ruolo da riconoscere all'elemento soggettivo. V., tra gli altri, LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 595 ss. Sull'atto come «fatto giuridico volontario», CASTELLUCCI, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, in *Gli atti*, a cura di Dean, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, Torino, 2008, 1-2; CONSO, voce *Atti processuali (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1959, 141 ss. Per un'altra parte della dottrina, invece, la volontà – su questo tema «volontà» e «intenzione» si trovano usati come vocaboli intercambiabili – non sarebbe un elemento dell'atto, data l'insostenibilità di non poter considerare atti una notifica, una perquisizione, etc. eseguite dall'incapace naturale. V., tra gli altri, GALATI, *Atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, 1987, 358; MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 13. Per ulteriori profili critici e ulteriori specificazioni delle tesi in campo, v. la ricognizione di CHIONNA, *Le nullità processuali penali fra tassatività e giurisprudenza creativa*, tesi di dottorato, 2025, consultabile su www.iris.univr.it.

Benché debbano probabilmente ammettersi atti giuridici processuali non volontari, la sentenza resta un atto necessariamente volontario, anzi un atto in cui la volontà si eleva a requisito di esistenza. Stando all'ordinamento vigente, l'alternativa sarebbe peraltro la mera irregolarità. Ugualmente sotto il c.p.p. 1930; infatti, negando l'inesistenza, LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 712, concludeva: «a che cosa potrebbe condurre se non alla ingiustizia della sentenza», la «mancanza della volontà» del giudice nell'emetterla «?». La sentenza è però un atto di volontà (anche) del giudice, salvo concepire l'interpretazione come operazione priva di ogni apporto individuale del magistrato alla concretizzazione della volontà della legge (sul tema v. BETTI-PERGOLA, voce *Cosa giudicata*, in *Enc. it.*, 1931, consultabile su *Treccani.it*; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 711-713). Riconoscendo invece una certa misura di indefettibile soggettività in ogni interpretazione, nella scelta di una tra più interpretazioni possibili, la piena volontà del giudice concorre alla determinazione del contenuto dell'atto giurisdizionale ed è una componente ontologicamente immanicabile di esso. Ciò, si badi, senza bisogno di prediligere una teoria creativa anziché ricognitiva dell'interpretazione: senza la volontà del giudice (nello sciogliere in un senso o in un altro una o più alternative esegetiche) la volontà della legge non potrebbe esprimersi. Se poi non si vuole parlare di volontà in senso stretto, almeno dovrebbe parlarsi di un'operazione soggettiva «intellettiva» (CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, rist. 1980, Napoli, 296-297) che in assenza di capacità naturale, o in ipotesi di capacità naturale diminuita, risulta insuscettibile di compimento. Condivisibilmente, la giurisprudenza civile ha affermato l'inesistenza di un lodo arbitrale in mancanza di *animus decidendi*, ossia di consapevolezza di decidere la causa in qualità di organo giudicante: sulla questione, in ambito processualcivilistico, si è soffermato AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, cit., 290. Il principio, *a fortiori*, dovrebbe reputarsi esteso alla sentenza emessa dal giudice incapace d'intendere e di volere. Senza pronunciarsi sulla volontarietà della sentenza, ancora in ambito processualcivilistico DENTI, voce *Inesistenza degli atti processuali civili*, in *Nss.D.I.*, 1957, 636, ha

illumina il percorso attraverso il quale dal *non iudex* si arriva all'inesistenza¹¹⁹: l'atto del non-giudice non è un atto giurisdizionale.

6. *L'imparzialità al crocevia tra presupposti dell'atto processuale ed elementi essenziali della giurisdizione.* Le coordinate di cui s'è dato conto or ora dovrebbero servire ad aumentare la messa a fuoco del problema sul quale, adesso, si può tornare. Oramai si è afferrato: in tema di imparzialità bisogna misurarsi con una dialettica implicita tra invalidità e inesistenza.

Un terreno di osservazione privilegiato – della dialettica implicita in esame – è quello dei presupposti.

Anche nella procedura penale il presupposto, in quanto *prae positum*, funge da elemento di fatto o di diritto che deve preesistere agli elementi della fattispecie, che sta prima e fuori della stessa¹²⁰. Guardando alla fattispecie processuale, non pare dubitabile la collocazione della capacità del giudice fra i presupposti di ogni atto¹²¹ al quale costui partecipa¹²². D'altronde, se si prende l'atto processuale come l'intervento di un soggetto su di un determinato oggetto, perché l'atto possa dirsi compiuto è indispensabile un autore in grado di agire, l'effettiva possibilità di intervento e un oggetto su cui l'intervento possa incidere¹²³.

Si è già avuto modo di vedere che, malgrado il diffuso convincimento di segno opposto, l'incapacità di acquisto e l'incapacità di esercizio generica dovrebbero

argomentato a sostegno della possibilità di riflettere giuridicamente sull'inesistenza solo in relazione ai provvedimenti decisorii.

¹¹⁹ V. *supra*, § 1 e *infra*, § 7.

¹²⁰ PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, cit., 363; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 166.

¹²¹ V. ancora l'impianto di CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., 60. Cfr., altresì, CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, cit., 223.

¹²² Più rigorosamente, ci si dovrebbe esprimere in termini di idoneità a porre in essere l'atto in virtù della legittimazione del soggetto che lo compie: cfr. DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, cit., 124-125. Per non rischiare di ingenerare equivoci, nell'ambito della trattazione ci si continuerà a riferire alla capacità.

¹²³ Pressoché testualmente, CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., 59.

comportare l'inesistenza dell'attività svolta, mentre l'incapacità di esercizio specifica dovrebbe provocare la nullità assoluta.

Si è pure già chiarito che, nell'economia del codice di rito, l'imparzialità dovrebbe essere annoverata tra i fattori concorrenti a integrare la capacità specifica. E che il difetto di imparzialità è destinatario di un trattamento processuale *ad hoc* – si considerino *in primis* le norme sull'incompatibilità, l'astensione e la ricusazione – inclusivo appunto della sanzione *ex artt.* 33, co. 1 e 179, co. 1 c.p.p. in caso di inosservanza.

Di primo acchito, l'impostazione vanterebbe una sicura coerenza con la tesi per cui l'imperfezione attinente (solo) a uno dei presupposti dell'atto comporta la sua invalidità (non l'inesistenza)¹²⁴; e con la tesi per cui la capacità del giudice rientrerebbe nei requisiti di (mera) validità del processo¹²⁵.

La verità però – ecco il versante critico della questione – è che, all'interno dei fattori di capacità specifica, l'imparzialità occupa un posto tutto peculiare. Difatti, se «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo» (art. 111, co. 1 Cost.) e se «ogni processo si svolge davanti a un giudice terzo e imparziale» (art. 111, co. 2 Cost.), allora non può darsi giurisdizione senza imparzialità¹²⁶. Un processo è «giusto» solo se celebrato dinanzi a un giudice imparziale e ciascun processo dev'essere giusto, non riuscendo a immaginarsi un processo ingiusto come esito di qualsivoglia bilanciamento. Il contrario equivarrebbe a una macroscopicamente patologica forma di «inattuazione» della giurisdizione.

In questo senso, la giurisdizione implica l'imparzialità¹²⁷, mentre non sarebbe corretto dichiarare il contrario: non ogni esercizio imparziale di un potere pubblico può qualificarsi come giurisdizionale (cfr. art. 97, co. 2 Cost.).

¹²⁴ CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., 146.

¹²⁵ Cfr. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 244; MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, cit., 149; PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, cit., 359.

¹²⁶ Sulla scia di un analogo percorso argomentativo, DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 5-6, definisce i contenuti dell'art. 111, co. 2 Cost. come i «requisiti minimi» della giurisdizione.

¹²⁷ E il Giudice delle leggi, con sentenza del 20 maggio 1996, n. 155, non ha potuto che evidenziare l'irrinunciabilità dei «requisiti costituzionali» dei giudici: § 3.1.1, *in diritto*. Cfr. GATTO, *Competenza ed incompetenza e relative declaratorie. I conflitti*, cit., 379. Significativo, come ricorda DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, cit., 10, che prima dell'entrata in vigore della L. cost.

La dimensione costitutiva dell'imparzialità¹²⁸ trova ulteriore corrispondenza nei *dicta* della Corte EDU e della CGUE.

Rispettivamente, la grande camera ha ritenuto inscindibile, ai sensi dell'art. 6(1) C.E.D.U., il «tribunale istituito per legge» dalla sua imparzialità¹²⁹, poiché essa – con l'indipendenza – rappresenta l'«oggetto» e lo «scopo» del primo¹³⁰. Il passaggio successivo, nell'ottica della Corte, è che «l'esame [...] del requisito del «tribunale istituito per legge» deve» essere volto a «verificare sistematicamente se l'irregolarità dedotta in un caso concreto sia di tale gravità da compromettere i suddetti principi fondamentali»¹³¹. Dunque, la violazione di una norma interna stabilita a tutela dell'imparzialità vale come una violazione della garanzia del «tribunale istituito per legge»¹³².

Il passaggio ancora successivo, stavolta secondo la CGUE in occasione di una recente pronuncia resa in sede di rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 T.F.U.E., concerne l'attitudine a produrre effetti della decisione emessa da un organo non imparziale. Di essa va affermata la radicale «inesistenza»¹³³, perché quell'organo – o meglio il collegio di quell'organo, che ha emesso il provvedimento – «non costituisce una giurisdizione» ai sensi del diritto eurounitario¹³⁴.

Non offrendo rilievi argomentativi precisi a sostegno del principio sancito, il giudice di Lussemburgo ha dato l'impressione di radicarsi tacitamente sulla consapevolezza per cui l'imparzialità è tanto intimamente connessa alla

n. 2/1999, per una linea di pensiero l'imparzialità fosse garantita dalla Costituzione perché in Costituzione è garantita la funzione giurisdizionale. Con varietà di sfumature, *ante* 1999 l'imparzialità veniva ricavata dagli artt. 3, 24, 25, co. 1, 101 co. 2, 76-77, 97, 98 co. 1 e 3 Cost: più nel dettaglio, v., tra le altre, la disamina di RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, cit., 55 ss. Pure sostenuta – da GIARDA, *Imparzialità del giudice e difficoltà operative derivanti dall'incompatibilità*, cit., 35 – la tesi della mancanza di un referente esplicito come dimostrazione della forza del principio, un principio pregiudiziale o almeno preesistente alla Costituzione.

¹²⁸ Nei termini anticipati in apertura, § 1.

¹²⁹ Corte EDU, Grande Camera, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, 1° dicembre 2020, §§ 231-234.

¹³⁰ Corte EDU, Grande Camera, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, cit., §§ 244-245.

¹³¹ Corte EDU, Grande Camera, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, cit., §§ 231-234.

¹³² Corte EDU, Grande Camera, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, cit., §§ 248 e 250.

¹³³ CGUE, sez. IV, «R» S.A. c. AW «T» sp. z o.o., cit., § 68.

¹³⁴ CGUE, sez. IV, «R» S.A. c. AW «T» sp. z o.o., cit., § 70.

giurisdizione da assicurare a componente indefettibile di essa, affinché «si abbia un giudice»¹³⁵, cioè «esist[a]» quell'imprescindibile «*praeformata tutela*» intesa come «predisposizione da parte dello Stato dei mezzi pratici idonei a far rispettare il diritto»¹³⁶.

Inoltre, la soluzione dell'inesistenza è stata ritenuta «indispensabile», in base alle norme processuali dello stato membro coinvolto nella vicenda scrutinata, per assicurare il primato U.E. sulla disciplina nazionale difforme¹³⁷.

Uno snodo logicamente preliminare sembra questo, che l'ordinamento dell'Unione esige che ogni giudice possa accertare – con riguardo alla propria composizione e a quella di altri giudici – il rispetto degli attributi europolitici di indipendenza, imparzialità e precostituzione per legge. Non sono quindi consentite, ai sensi degli artt. 19(1)(2) T.U.E. e 47(2) C.D.F.U.E., discipline interne che vietino tale controllo. Appurandosi, pertanto, l'illegittimità delle disposizioni in vigore nella Repubblica di Polonia, là dove precludono ciò ai giudici addirittura sotto minaccia di sanzioni disciplinari¹³⁸.

Al totale *deficit* di strumenti per mettere in discussione la regolarità del giudice andrebbe peraltro equiparata l'ipotesi dello strumento previsto ma concretamente privo dell'attitudine ad assicurare la garanzia. Al riguardo si è più volte spesa la Corte EDU, scorrendo di mezzo processuale in pratica inidoneo a impedire una violazione della Convenzione¹³⁹.

Lo snodo logicamente consecutivo tocca, infine, la pregnanza dell'imparzialità rispetto a diversi valori senz'altro meritevoli di essere promossi, giacché per giustificare la rilevanza del difetto di imparzialità pure dopo il passaggio in

¹³⁵ CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Roma, 2019, 639.

¹³⁶ Rifacendosi alla formula di Giambattista Vico, CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, vol. IV, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 47.

¹³⁷ CGUE, sez. IV, «R» S.A. c. AW «T» sp. z o.o., cit., § 68.

¹³⁸ Divieti discendenti dall'art. 42(a) della *ustawa Prawo o ustroju sądów powszechnych* (legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali ordinari) del 27 luglio 2001, come modificato dalla legge del 20 dicembre 2019 (in vigore dal 14 febbraio 2020); nonché dall'art. 107(1) della medesima legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali ordinari.

¹³⁹ Corte EDU, sez. I, 12 febbraio 2004, *Casati c. Italia*, § 2. In precedenza, Corte EDU, *Cardot c. Francia*, 19 marzo 1991, § 34; Corte EDU, *Akdivar e altri c. Turchia*, 16 settembre 1996, § 66.

giudicato della sentenza inquinata, si è sancita la prevalenza della prima rispetto alla certezza del diritto¹⁴⁰.

7. *La parzialità al crocevia tra cause di incapacità e cause di inesistenza.* Su uno sfondo nel quale l'imparzialità sembra destinata a porsi in posizione preminente rispetto alla stabilità del provvedimento definitivo, si può riprendere il nostro angolo visuale nazionale per concludere quanto segue. Che la capacità del giudice è sì presupposto di ogni atto processuale, ma se l'incapacità dipende da un difetto di imparzialità, il difetto rileva – meglio, dovrebbe rilevare – ancor prima e più gravemente come mancanza di un elemento essenziale della giurisdizione.

Nella dogmatica, la mancanza di un elemento essenziale della giurisdizione può spiegarsi come mancanza di uno dei «presupposti processuali». Essi, nonostante la somiglianza lessicale con i presupposti dell'atto processuale, indicano cosa diversa: alludendo, già in base al loro tenore testuale, a fattori «senza cui non ci sarebbe processo»¹⁴¹. In dottrina non si è mai registrata unanimità di vedute in proposito (quali e quanti sono? qual è il criterio per individuarli?)¹⁴², ma la relativa nozione ben può venire in aiuto in epoca contemporanea, anche non aderendo più alla teoria del c.d. rapporto processuale¹⁴³.

¹⁴⁰ CGUE, sez. IV, «R» S.A. c. AW «T» sp. z o.o., cit., § 68.

¹⁴¹ CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, cit., 171.

¹⁴² In tema, CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, cit., 223; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, cit., 167 ss.; DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, cit., 1966, 158 ss.; DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 20; GAITO, voce *Procedibilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1986, 806-807; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 238 ss.; MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, cit., 15 ss.; MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, vol. II, Napoli, 1934, 564-565; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1964, 75 ss. V., altresì, l'accezione al plurale che ne dava CARNELUTTI, *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, diretto da Id., Napoli, 1958, 36.

¹⁴³ I presupposti processuali non indicano necessariamente elementi presupposti al rapporto processuale: CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, vol. IV, cit., 189. Sul procedimento come «seriazione causale degli atti» e dei loro effetti, che conducono a un effetto conclusivo, di recente, DINACCI, *L'essere ed il dover essere dell'inammissibilità delle impugnazioni tra dato positivo, costituzione ed azione giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2020, 1, 15 e nota 58. Nella seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso, il concetto di rapporto processuale poteva risultare, almeno per certi versi, «logor[ò] e inadatt[ò] a spiegare il

Non casualmente, a prescindere dalla ricordata riforma costituzionale del 1999¹⁴⁴ – e perfino dall’entrata in vigore della Costituzione¹⁴⁵ – fra i presupposti processuali si è da sempre annoverata la terzietà, intesa come traduzione del principio *nemo iudex in causa propria*; e poiché oggi la carta fondamentale (art. 111, co. 2) pone terzietà e imparzialità sullo stesso piano, resta difficile negare a entrambe il medesimo inquadramento.

I tre corollari desumibili da un discorso del genere paiono questi.

Primo, la qualificazione dell’imparzialità come presupposto processuale implica che, se il presupposto non sussiste, gli atti eventualmente compiuti dovrebbero reputarsi inesistenti¹⁴⁶. Secondo, la giustificazione teorica dell’inesistenza in caso di mancanza del presupposto non è autoevidente, ma deriva da quanto esposto sopra: se il presupposto qui coincide con l’imparzialità, e se senza imparzialità non c’è giurisdizione, i relativi atti sono formati con la partecipazione di un non-giudice, pertanto¹⁴⁷ non dovrebbero produrre alcun effetto¹⁴⁸. Terzo, il non-giudice come situazione di fatto non riguarderebbe solo il *quisque de populo* sprovvisto di capacità di acquisto o di capacità di esercizio generica. Ma includerebbe altresì il giudice parziale, ossia un soggetto

procedimento», ossia il susseguirsi degli atti che lo compongono: S. PALAZZOLO, voce *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, 1987, 310. Antecedentemente, MANCINELLI, *Inesistenza degli atti processuali penali*, cit., 639, riconduceva il rapporto processuale entro lo schema del procedimento come «fattispecie complessa a sviluppo successivo». Sulla transizione di una parte della scienza processuale (dapprima civilistica) dall’idea di processo come rapporto giuridico all’idea di processo come situazione giuridica, nel segno degli studi di James Goldschmidt, v. CONTI, *La preclusione nel processo penale*, cit., 7 ss.; nonché naturalmente GOLDSCHMIDT, *Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale*, vol. I, trad. it. di M. Marinelli, Torino, 2019.

¹⁴⁴ V. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 244. Ma v., altresì, la ricostruzione di PANSINI, *Terzietà e imparzialità: da attributi della funzione di giudizio a presupposti processuali*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 55 ss.

¹⁴⁵ V. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, cit., 565.

¹⁴⁶ Così, DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento “presupposto” del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 25.

¹⁴⁷ V., soprattutto, *supra*, § 5.

¹⁴⁸ V., su quest’ultimo punto, anche PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, cit., 388: in caso di difetto di terzietà, manca il giudice. L’A. sosteneva l’inesistenza della decisione resa in difetto di terzietà (386), pur non includendo la terzietà tra i presupposti processuali; analogamente, MANCINELLI, *Inesistenza degli atti processuali penali*, cit., 640.

sprovvisto di capacità specifica¹⁴⁹, da reputare non-giudice limitatamente al procedimento in cui la parzialità emerge.

Sennonché, ai sensi delle attuali disposizioni ordinarie la via per l'inesistenza sembrerebbe sbarrata, dato che l'imparzialità (secondo l'opinione preferibile) è disciplinata come un requisito di capacità del magistrato, quindi presidiata dalla nullità assoluta. Per il tramite della fonte codicistica, il legislatore insomma sottrae il difetto di imparzialità dall'area dell'inesistenza: stabilisce la degradazione di un presupposto di esistenza a semplice presupposto di validità¹⁵⁰, dovendosi constatare che la mancanza di un presupposto di esistenza viene assorbita in un vizio dell'atto processuale produttivo di un'invalidità¹⁵¹.

Quello in discorso, peraltro, non risulta un fenomeno isolato. Anche alcune ipotesi di non-giudice per c.d. difetto di giurisdizione vengono sottratte all'inesistenza; e anche lì, si veda l'art. 20, co. 1 c.p.p., il vizio viene regolato con il medesimo regime di rilevabilità delle nullità assolute¹⁵².

¹⁴⁹ Poco sopra, infatti, si è affermato che la capacità del giudice è presupposto di ogni atto processuale, ma se l'incapacità dipende da un difetto di imparzialità, il difetto dovrebbe rilevare in termini di mancanza di un elemento essenziale della giurisdizione.

¹⁵⁰ Sulla relativa distinzione, LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 239 ss.

¹⁵¹ Il legislatore, lo si desume con sicurezza pure dall'elaborazione di CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, cit., 175 ss., resta libero di differenziare la disciplina dei vari presupposti processuali. Secondo un'opinione consolidata anche in giurisprudenza, per esempio, la competenza (per materia, per territorio e per connessione) funge da presupposto processuale: cfr., tra gli altri, RICCIO, *La competenza funzionale nel diritto processuale penale*, Torino, 1959, 62; SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., 139. Ancora, MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, cit., 149; nonché, PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, cit., 359, qualificavano la capacità del giudice come uno dei presupposti fondamentali del rapporto processuale, benché facessero discendere dal relativo difetto la nullità assoluta ex artt. 185 c.p.p. 1930 e 300 c.p.m.p. 1941. Riflessione diversa concerne l'incidenza anche indiretta delle fonti sovraordinate (carta fondamentale e carte europee) in termini di tutela di un certo presupposto: è, appunto, il caso dell'imparzialità.

¹⁵² L'art. 20, co. 1 c.p.p. si dovrebbe riferire al difetto di giurisdizione in cui versa il giudice ordinario che «giudica la materia spettante a quello speciale (militare e Corte costituzionale per i reati presidenziali) e viceversa»: MAZZA, *I soggetti*, in *Procedura penale*⁰, Dominioni-Corso-Gaito-Spangher-Galantini-Filippi-Garuti-Mazza-Varraso-Dinacci-Mancuso-Iasevoli, Torino, 2025, 110. Se il giudice civile o amministrativo decide in materia spettante al giudice penale, invece, Cass., sez. un., 24 novembre 1999, n. 25, in *CED Cass.*, n. 214694, ha concluso per l'inesistenza. In senso critico rispetto alla soluzione giurisprudenziale, LAVARINI, *Qualche riflessione sul ruolo e sui confini dell'inesistenza giuridica nell'attuale sistema processuale penale*, cit., 219 ss.

8. *Necessitate implicazioni di disciplina in prospettiva* de iure condito e de iure condendo. Stando così le cose, il risultato interpretativo davvero minimo cui pervenire in tema di incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice – istituti sui quali ora si può discorrere con un maggior grado di discernimento – è collocarli nel «sistema delle incapacità»¹⁵³. Il fine, chiaramente, è ricavare il massimo grado di tutela in base alla normativa nazionale attuale e, in ogni caso, di promuovere una lettura funzionale alla *ratio* di detti istituti¹⁵⁴.

Non solo, dunque, si deve definire incapace colui che si trovi in una delle situazioni di incompatibilità. Ma è necessario affermarne l'incapacità in ogni ipotesi di appurato difetto di imparzialità, non vedendosi come poter distinguere, per esempio, tra la situazione di un giudice del dibattimento incompatibile in quanto ha emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare (art. 34, co. 2 c.p.p.) e la situazione di un giudice gravato dall'obbligo di astensione o ricusabile dalle parti per via di un interesse nel procedimento (artt. 36, co. 1, lett. a e 37, co. 1, lett. a c.p.p.).

Né a livello costituzionale-europeo, né a livello legislativo ordinario, né a livello teorico generale si rinvergono indici atti a giustificare, in punto di uguaglianza-ragionevolezza, un assetto che contempra un diverso trattamento per le diverse manifestazioni di parzialità. Senza considerare che, una volta ritenuto incapace l'incompatibile, il diverso trattamento si dovrebbe concretizzare nella nullità assoluta dell'intera attività processuale posta in essere, a fronte di una indefinita inefficacia, totale o parziale, dell'attività svolta dal giudice astenutosi o ricusato per un altro motivo (art. 42, co. 2 c.p.p.). E che in forza di detto disallineamento di disciplina, verrebbero colpiti più severamente gli atti prodotti da un giudice che versa in situazioni potenzialmente meno gravi di quelle che prevederebbero conseguenze meno severe: si compari quanto descritto dagli artt. 34-35 c.p.p. da un lato, e dagli artt. 36-37 c.p.p. dall'altro.

¹⁵³ TREVISSON-LUPACCHINI, *La ricusazione del giudice nel processo penale*, cit., 1996, 107.

¹⁵⁴ Altrimenti, non si potrebbe probabilmente fare a meno di concludere che «*rebus sic stantibus*, nessuna direttiva costituzionale ha [...] una soglia di tutela così bassa come quella attualmente accordata al principio di imparzialità del giudice»: DEAN, *I requisiti di terzietà ed imparzialità del giudice*, cit., 172.

Irragionevole, pertanto, reputare incapace un giudice incompatibile anziché, invece, incapace un giudice astenutosi o ricusato *tout court*. Da ciò discendono determinate implicazioni.

(i) Gli atti compiuti dal giudice a seguito dell'accoglimento della dichiarazione di astensione o ricusazione in violazione dell'art. 42, co. 1 c.p.p. sono affetti da nullità assoluta ex artt. 33, co. 1 e 179, co. 1 c.p.p.

Di questi atti c'è bisogno di precisare la sorte poiché l'art. 42, co. 1 c.p.p. stabilisce che *post* accoglimento il giudice «non può compiere alcun atto del procedimento», ma senza indicare la sanzione in caso di inosservanza.

(ii) Gli atti compiuti dal giudice *ante* accoglimento sono parimenti affetti da nullità assoluta ex artt. 33, co. 1 e 179, co. 1 c.p.p., in quanto – evidentemente – tutti nati sotto un *deficit* di imparzialità¹⁵⁵.

Malgrado le apparenze, un tale assunto non è irrimediabilmente inconciliabile con la formulazione dell'art. 42, co. 2 c.p.p. Certo, abilitando chi decide in senso positivo sull'astensione o la ricusazione a stabilire «se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente [...] conservano efficacia»¹⁵⁶, la legge lascia spazio a una pluralità di significati¹⁵⁷. Ma in chiave costituzionalmente ed europeisticamente orientata, andrebbe prescelta l'interpretazione restrittiva secondo cui può continuare a produrre effetti soltanto l'attività posta in essere prima del sopraggiungere della causa della parzialità. Applicando la norma limitatamente alle evenienze in cui la causa della parzialità si sia verificata dopo la regolare costituzione del giudice nel procedimento, non vi sarebbe ragione per porre nel nulla gli atti di un giudice imparziale, cioè capace.

Insostenibile, d'altronde, riferire l'eventuale efficacia di cui all'art. 42, co. 2 c.p.p. anche agli atti formati da, o dinanzi a, o su impulso di un giudice parziale.

¹⁵⁵ Diversamente, CORDERO, *Procedura penale*, cit., 185, postula un «doppio regime» dei menzionati atti: nulli se l'astensione o la ricusazione deriva da incompatibilità; eventualmente validi ed efficaci se l'astensione o la ricusazione deriva da altra causa.

¹⁵⁶ Sulla pronuncia del giudice dell'astensione o della ricusazione al riguardo, in giurisprudenza, Cass., sez. un., 16 dicembre 2010, n. 13626, in *CED Cass.*, n. 249299, cit.; Cass., sez. un., 16 luglio 2020, n. 37207, cit.

¹⁵⁷ Del resto, si è visto *supra*, § 3, come l'impostazione che si vuole promuovere con il presente lavoro disattende la volontà del legislatore storico, da cui senz'altro dipende la formulazione dell'art. 42, co. 2 c.p.p.

In teoria è vero, alcuni potrebbero non essere toccati dalla parzialità (si pensi, per esempio, alla rinnovazione degli avvisi ordinata *ex art.* 420, co. 2 c.p.p.)¹⁵⁸. Ma se si conviene che opera la nullità assoluta, l'art. 42, co. 2 c.p.p. non potrebbe contemplare implicitamente una sanatoria per raggiungimento dello scopo *ex art.* 183, co. 1, lett. *b* c.p.p.: lo impedisce l'*incipit* dell'art. 179, co. 1 c.p.p.¹⁵⁹.

Se una simile lettura non si ritenesse praticabile, dovrebbe essere sollevato incidente di costituzionalità per violazione dell'art. 111, co. 2 Cost., perché la previsione codicistica consentirebbe che gli atti eseguiti nonostante la parzialità del giudice possano consolidare i propri effetti¹⁶⁰. Accettare questo equivale ad accettare niente meno che un'elusione del valore immediatamente precettivo del disposto costituzionale là dove indica l'imparzialità come elemento costitutivo della giurisdizione.

Con la stessa lente va affrontata la questione in relazione all'utilizzabilità delle risultanze degli atti a contenuto probatorio¹⁶¹, non potendosi legittimamente impiegare ai fini della decisione una prova acquisita nonostante la parzialità del giudice. Il contrario, da un lato, significherebbe ignorare che l'inutilizzabilità si

¹⁵⁸ Cfr. la posizione di CORVI, *La tutela processuale della terzietà e imparzialità del giudice: si può fare di più?*, cit., 834-835.

¹⁵⁹ Di talché, residuerebbe come unica via adottare il c.d. criterio del pregiudizio effettivo (su cui v. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012), a patto di ritenere auspicabile l'impiego nel nostro ordinamento (su di un piano generale, v. PAULESU, *Invalidità processuali penali e scenari in trasformazione: tensioni antiformalistiche, efficienza, garanzie*, in *Arch. pen.*, 2024, 1, 7-8). La gran delicatezza della materia, peraltro, non invoglia ad aprire le porte a valutazioni *case-by-case* sulla c.d. offesa in concreto delle violazioni delle norme processuali in argomento. Anzi, l'imparzialità come elemento essenziale della giurisdizione – anche per la Corte EDU – a tutta prima suggerisce di costruire l'ipotesi, cioè l'invalidità discendente da incapacità per difetto di imparzialità, quale limite all'applicazione della teoria del pregiudizio effettivo.

¹⁶⁰ Qualora non si concordasse sull'attribuire tale portata all'art. 111, co. 2 Cost., dovrebbe comunque sollevarsi incidente per violazione dell'art. 111, co. 1-2 Cost. rispetto all'art. 6(1) C.E.D.U.; nonché per violazione degli artt. 11 e 117, co. 1 Cost. rispetto agli artt. 19 T.U.E. e 47(3) C.D.F.U.E.: v. *supra*, § 1 e 6.

¹⁶¹ Le sezioni unite hanno in più occasioni applicato l'art. 42, co. 2 c.p.p. agli «atti a contenuto probatorio». Da ultimo, opportunamente Cass., sez. un., 16 luglio 2020, n. 37207, cit., ha precisato che la disposizione non si limita a tali atti, ma attiene all'intera attività processuale.

fonda proprio sul «rifiuto del principio di conservazione degli atti imperfetti»¹⁶², dunque su una necessaria insanabilità. Dall'altro, comporterebbe nuovamente un'elusione della carta fondamentale, trattandosi di prova c.d. incostituzionale¹⁶³ poiché ottenuta in contrasto con la garanzia di cui all'art. 111, co. 2 Cost.¹⁶⁴.

(iii) Uniformando il trattamento del giudice incompatibile e di quello astenutosi o recusato per diverso motivo¹⁶⁵, la sussistenza di «altre gravi ragioni di convenienza» ex art. 36, co. 1, lett. h c.p.p. cagionerebbe la nullità assoluta, sì da diminuire la discrasia fra obbligo di astensione e diritto alla recusazione.

Più precisamente, l'ipotesi di cui alla citata lett. h continuerebbe a far sorgere il primo e non anche ad assicurare il secondo¹⁶⁶, ma almeno – se l'obbligo non fosse adempiuto – all'inadempimento potrebbe ancora porsi rimedio facendo dichiarare la nullità, in ipotesi pure su sollecitazione di parte, in ogni stato e grado del procedimento. Per un verso, il meccanismo compenserebbe in certa

¹⁶² DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 87 ss.

¹⁶³ Sulle visioni contrapposte in tema di prova incostituzionale, NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, 641. Sulla relativa nozione, GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, 34; CAMON, *Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, in *Cass. pen.*, 1999, 1205 ss.; CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, 238 ss.; CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 150 ss.; nonché EAD., *Il principio di non sostituibilità: il sistema probatorio tra Costituzione e legge ordinaria*, in *Cass. pen.*, 2024, 454 ss. Presso la giurisprudenza costituzionale, v. anzitutto Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, § 2, *in diritto*, là dove si affermava «il principio secondo il quale attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte [...] a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito».

¹⁶⁴ Cfr., in relazione al giudice incapace, DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento “presupposto” del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 21 ss.

¹⁶⁵ Uniformazione grazie alla quale non serve nemmeno negare la tassatività dei casi di incompatibilità, perché ogni difetto di imparzialità rimarrebbe sanzionato. Per alcuni argomenti a supporto della detta tassatività, M.V. FOSCHINI, *Il principio di tassatività delle cause di incompatibilità e le ipotesi «sopravvenute»*, cit., 1230; GIAMBRUNO, *Davvero regolare il Tribunale della libertà composto col giudice autore del provvedimento da riesaminare?*, in *Cass. pen.*, 1984, 2242; TRANCHINA, *Il tribunale della libertà tra garantismo e demagogia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 577.

¹⁶⁶ Il raggio dell'art. 37 c.p.p. è perciò più ristretto dell'art. 36 c.p.p.: cfr. i rilievi critici di DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento “presupposto” del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 10 ss.

misura l'impossibilità di ricusare il magistrato per gravi ragioni di convenienza¹⁶⁷ con la garanzia del controllo sul vizio ad opera di un diverso giudice¹⁶⁸. Per un altro, la citata lett. *h* si avvicinerebbe di più ad assumere un reale ruolo di «chiusura», predisposto dal sistema a tutela del giusto processo; ruolo riconosciuto dalla Corte costituzionale sul piano declamatorio¹⁶⁹, tuttavia scarsamente ravvisabile in pratica, se perdura il disallineamento – senza la compensazione di cui sopra – tra gli artt. 36 e 37 c.p.p.¹⁷⁰.

Tollerare una limitazione del diritto all'imparzialità in confronto al correlativo dovere¹⁷¹ mal si attaglia, nuovamente, al principio di uguaglianza-ragionevolezza giacché al ricorrere di analoghe esigenze (sostituire il giudice parziale con uno imparziale) continuerebbe a vigere una normativa differenziata non sorretta da adeguata giustificazione. Ma che, piuttosto, rappresenta un'incrostazione di vecchie logiche risalenti almeno al c.p.p. 1913, per le quali, rinnegato l'antico brocardo *judex recusatur ex quacumque causa indifferenter si justa est*, contava di più scongiurare «diffidenz[e] ingiurios[e]» nei confronti della magistratura dell'effettività dei diritti¹⁷².

In mancanza di astensione, la stessa nullità assoluta dovrebbe valere per qualunque forma di parzialità non eccepita altrimenti: l'art. 38, co. 1-2 c.p.p. detta termini per la ricusazione, non già per la rilevabilità d'ufficio del vizio¹⁷³.

(iv) La giurisprudenza¹⁷⁴, ove discorre di giudice incapace in caso di ricusazione fondata, a ben guardare dà conferma della ricostruzione elaborata sin qui.

¹⁶⁷ Sull'ampiezza della formulazione dell'art. 36, co. 1, lett. *h* c.p.p., Corte cost., 20 aprile 2000, n. 113, § 3, *in diritto*.

¹⁶⁸ Avrebbe infatti luogo il controllo del giudice dell'impugnazione, anziché il controllo del giudice della ricusazione a seguito dell'instaurazione del relativo procedimento incidentale (artt. 38 ss. c.p.p.).

¹⁶⁹ V. Corte cost., 14 luglio 2000, n. 283, § 6, *in diritto*.

¹⁷⁰ Cfr. DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 13.

¹⁷¹ Sugli istituti della ricusazione e dell'astensione in termini, rispettivamente, di diritto per le parti e di dovere per il giudice, SATTA, voce *Astensione e ricusazione del giudice (dir. proc. civ.)*, cit., 947.

¹⁷² Cfr. TREVISSON LUPACCHINI, *La ricusazione del giudice nel processo penale*, cit., 79.

¹⁷³ Traendo le massime implicazioni dal pensiero di ZAPPALÀ, *La ricusazione del giudice penale*, cit., 152; ID., sub art. 33, cit., 188. Cfr. altresì SPANGHER, *Soggetti*, cit., 16.

¹⁷⁴ Compresa la sua composizione più autorevole: v. Cass., sez. un., 27 gennaio 2011, n. 23122, cit.; Cass., sez. un., 16 luglio 2020, n. 37207, cit.

La *regula* della nullità *ex* artt. 33, co. 1 e 179, co. 1 c.p.p. della sentenza emessa in violazione del divieto posto dall'art. 37, co. 2 c.p.p., purché a seguito della violazione l'incidente venga deciso in favore della parte richiedente, è infatti consolidata. Nello scenario inverso, vale a dire se il giudice della ricusazione pronunci l'inammissibilità o il rigetto dell'istanza di parte, la sentenza si dice validamente emessa.

Un esito ermeneutico corretto isolatamente considerato, ma poco condivisibile nella premessa dal quale dipende.

La ragione che rende valida o meno la sentenza non sta nell'operare di una nullità *secundum eventum* – come viene detto –, ovvero sia condizionata all'accoglimento della dichiarazione di ricusazione. La legge non prevede nullità *sub condizione* e aggiungere alla fattispecie elementi condizionanti in senso stretto finisce per rivelarsi un'interpretazione arbitraria, non consentita¹⁷⁵.

Neppure è spendibile l'argomento sulle ripercussioni indesiderate dell'abbracciare la tesi contraria, per cui intendendo il giudice immediatamente incapace dopo l'istanza di ricusazione (dunque qualificando nulla la sentenza emessa in contrasto con l'art. 37, co. 2 c.p.p. anche in caso di inammissibilità o rigetto dell'istanza), l'istituto si presterebbe a essere strumentalizzato troppo facilmente¹⁷⁶. *Adducere inconueniens non est solvere argumentum*.

La vera ragione dell'indirizzo delle sezioni unite, da affermare giocoforza oltre l'intenzione delle sezioni unite, è piuttosto da ricercare nella natura dichiarativa della decisione sulla ricusazione. Accertando se l'atto sia stato formato nonostante la parzialità del giudice, si accerta la sua incapacità al momento della formazione di quell'atto. Egli non diviene incapace con l'accoglimento della ricusazione, ma lo è sempre stato. Se invece una tale parzialità non si accerta,

¹⁷⁵ Cfr. DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 19.

¹⁷⁶ L'ha esplicitato Cass., sez. un., 27 gennaio 2011, n. 23122, cit. In tema, v. anche CORVI, *La tutela processuale della terzietà e imparzialità del giudice: si può fare di più?*, cit., 820 ss.

contestualmente si riconosce che il giudice era capace quando ha pronunciato sentenza, che perciò non ha motivo di essere reputata nulla¹⁷⁷.

In virtù di un criterio di economia processuale, il divieto *ex art.* 37, co. 2 c.p.p. mira dunque a massimizzare la tutela dell'imparzialità impedendo precauzionalmente al giudice (sulla cui capacità sono sorti dei dubbi da dipanare) di adottare il provvedimento conclusivo. L'inosservanza comunque serba, lo ricorda l'art. 124 c.p.p., rilievo disciplinare.

(v) Per esigenze sistematiche, dalla riflessione non può escludersi la rimessione del processo, perché da un canto l'art. 47, co. 2 c.p.p. va letto alla luce di quanto espresso *sub (iv)*; dall'altro, l'art. 48, co. 5 c.p.p. va letto alla luce di quanto espresso *sub (iii)*¹⁷⁸.

Le situazioni che vengono in rilievo non sono uguali, dato che la rimessione punta a salvaguardare – fra l'altro – l'imparzialità dell'organo nel suo complesso, mentre incompatibilità, astensione e ricusazione si concentrano sul singolo giudice persona fisica. Ciò non toglie che l'attività svolta in difetto di imparzialità sia da qualificare nulla per incapacità dell'(intero) organo originariamente competente.

Né pare obiettabile che la Cassazione, ai sensi dell'art. 48 c.p.p., non dichiara un'effettiva mancanza di imparzialità. Sì: come condivisibilmente precisato in giurisprudenza, lo spostamento del processo per «legittimo sospetto» *ex art.* 45 c.p.p. ha luogo quando sussiste «il ragionevole dubbio che la gravità della situazione locale possa portare il giudice a non essere [...] imparziale o sereno»¹⁷⁹. Ma la garanzia in discorso, lo si sa, abbraccia i due aspetti dell'essere e

¹⁷⁷ Alla luce della natura dichiarativa della decisione di cui si sta discorrendo, andrebbe risolto anche il caso dell'istanza di ricusazione rigettata dal giudice del merito, cui fa seguito l'annullamento del rigetto da parte della Cassazione, che travolge *ab origine* la sentenza emessa nel rispetto dell'art. 37, co. 2 c.p.p. In proposito, aveva indicato la generalizzata inefficacia di tutti gli atti compiuti dal giudice ricusato, Cass., sez. I, 15 ottobre 1996, n. 5293, in *Cass. pen.*, 1997, 1058 ss. Diversamente, PATANÈ, *Accoglimento del ricorso avverso l'ordinanza di rigetto della dichiarazione di ricusazione e nullità della sentenza pronunciata medio tempore dal giudice ricusato*, cit., 870.

¹⁷⁸ Ossia nel senso, particolarmente restrittivo, che la rinnovazione degli atti prevista dall'art. 48, co. 5 c.p.p. può rimanere subordinata alla richiesta di parte solo se si tratta di atti posti in essere prima del sopraggiungere della causa di parzialità.

¹⁷⁹ Cass., sez. un., 27 gennaio 2003, n. 13687.

dell'apparire¹⁸⁰. E la rimessione estende il proprio raggio anche a tutela dell'apparenza di imparzialità, la quale è da parificare all'imparzialità effettiva, non potendo esserci imparzialità se c'è il dubbio sulla stessa¹⁸¹.

Fissati *de iure condito* i cinque punti che precedono, ci si può volgere alla prospettiva *de iure condendo* in tre passaggi concettualmente progressivi.

L'inquadramento "naturale" del difetto di imparzialità nell'inesistenza, in fondo, è servito proprio a trovarsi nelle condizioni di ragionare su soluzioni normative più adeguate.

(vi) Soprattutto, dunque, alla luce della riforma costituzionale del 1999 e della giurisprudenza europea già esposta, l'imparzialità del giudice non può rimanere nella disponibilità delle parti, neppure in casi limitati¹⁸². Se il magistrato non ottempera all'obbligo di astensione in autonomia, l'alternativa alla mancata riconsuazione non può essere l'indifferenza dell'ordinamento processuale al difetto di imparzialità.

Possibile, peraltro, che la mancata riconsuazione dipenda dal decorrere invano dei termini assai brevi stabiliti dall'art. 38, co. 1-2 c.p.p.: se si vuole continuare con l'apertura di un procedimento incidentale dinanzi a un giudice apposito *ex* artt. 40 ss. c.p.p., quei termini andrebbero prolungati. Quantomeno i tre giorni di cui all'art. 38, co. 2 c.p.p., da ritenere indicati a pena di decadenza, rischiano di vanificare ogni tentativo di rendere effettivo il più volte richiamato art. 111, co. 2 Cost. integrato dagli artt. 6(2) C.E.D.U. e 47(2) C.D.F.U.E.

(vii) La medesima riforma del 1999 e la medesima giurisprudenza europea reclamano il superamento del principio di diritto affermato dal Giudice delle leggi in relazione all'art. 185, co. 1 n. 1 c.p.p. 1930, a mente del quale non sarebbe senz'altro necessario che «l'osservanza delle prescrizioni atte a garantirne l'imparzialità [...] debba essere assicurata con lo strumento della nullità assoluta»¹⁸³. Si è invece tentato dimostrare che, sul piano della validità degli atti,

¹⁸⁰ V. *supra*, nota 10.

¹⁸¹ *Ex multis*, v. Corte EDU, 20 maggio 1998, *Gautrin e altri c. Francia*, § 58.

¹⁸² Un punto condiviso, tra gli altri, da CORVI, *La tutela processuale della terzietà e imparzialità del giudice: si può fare di più?*, cit., 830; ZANON-BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2024, 209.

¹⁸³ Corte cost., 30 dicembre 1993, n. 473, § 4, *in diritto*.

lo strumento della nullità assoluta costituisce il livello minimo di tutela, al di sotto del quale è illegittimo scendere.

(viii) I corollari della riforma del 1999 e della giurisprudenza europea di cui sopra, nonché i portati della categoria dell'inesistenza in ambito processualpenalistico in rapporto al difetto di imparzialità, non sono da considerare irrimediabilmente contrastanti con l'inquadramento codicistico del difetto di imparzialità come causa di incapacità ex art. 33, co. 1 c.p.p.

A patto però di modificarne, ovviamente in via legislativa, il regime di rilevanza.

Fermo il dovere dettato dall'art. 179, co. 1 c.p.p. in ogni stato e grado del procedimento, come pure l'operatività delle procedure di astensione e ricusazione con i correttivi suggeriti, la denuncia di un tale vizio dovrebbe essere consentita anche oltre l'eventuale formazione del giudicato, almeno allorquando la parte non abbia potuto dichiarare la ricusazione in tempo utile o sollecitare il giudice a dichiarare la nullità nel corso del procedimento.

Il modello, già inaugurato a livello positivo proprio con riguardo a ipotesi di nullità, potrebbe rinvenirsi nell'art. 629-*bis* c.p.p.¹⁸⁴. Ossia prevedendo una forma di rescissione del giudicato *ad hoc*, con successiva trasmissione degli atti al giudice della fase o del grado in cui la nullità si è verificata, assegnando rilevanza al momento a partire dal quale l'emersione della parzialità ha luogo.

Una deviazione dallo schema dell'art. 629-*bis* c.p.p., nondimeno, andrebbe introdotta circa i soggetti legittimati alla domanda di rescissione, poiché in virtù dell'illustrata indisponibilità dell'imparzialità apparirebbe distonico restringerli al condannato o al sottoposto a misure di sicurezza.

Una strada, questa, che parrebbe idonea a tenere insieme la collocazione della parzialità fra le cause di incapacità (quindi di nullità assoluta) con l'opportuno

¹⁸⁴ La proposta si pone in termini alternativi a quanto già suggerito da GIZZI, *La prospettiva ripristinatoria del giusto processo a fronte della violazione del principio di imparzialità emersa "post iudicatum"*, in *Cass. pen.*, 2021, 2987, là dove si invocava un intervento additivo del Giudice delle leggi sull'art. 630 c.p.p. «nella parte in cui non prevede tra i casi di revisione la sopravvenuta scoperta di una causa di ricusazione del giudice ai sensi dell'art. 37 c.p.p.». L'A. auspicava una pronuncia in applicazione della medesima logica che sorreggeva Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 113, quando nel codice non era stato ancora inserito il rimedio di cui all'art. 628-*bis*, in occasione della c.d. riforma Cartabia (art. 36 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150).

regime di rilevabilità del vizio (quello dell'inesistenza). Un regime maggiormente consonante con le pertinenti coordinate dogmatiche e soprattutto conforme alla Costituzione e alle fonti europee.