

QUESTIONI APERTE

Ricusazione/Incompatibilità

La decisione

Ricusazione - Incompatibilità - Imparzialità - Terzietà - Giusto processo (Cost. 111, co. 2; C.E.D.U., art. 6, § 1; C.p.p. artt. 34, 37, co. 1).

In tema di incompatibilità ai sensi dell'art. 34 c.p.p., nel giudizio di cassazione non ricorrono le situazioni di incompatibilità se non nel caso in cui il giudice della Corte di cassazione abbia ricoperto ruolo di giudice o di P.M. nelle fasi di merito relative alla stessa regiudicanda, in quanto la situazione pregiudicante va intesa come valutazione in merito all'accusa e come sede pregiudicata quella giurisdizionale volta a decidere sul merito dell'accusa o di una misura de libertate, mentre il giudizio di legittimità è destinato al controllo di legalità e non a valutazioni di merito.

Le norme in tema di incompatibilità e di ricusazione ex artt. 34 e 37, comma 1, c.p.p. non sono suscettibili di interpretazione estensiva o analogica.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SESTA, 9 marzo 2021 (ud. 3 febbraio 2021) - MOGINI, *Presidente* - RICCIARELLI, *Relatore* - MOLINO, *P.G.* (diff.) - Alampi e altri, ricorrenti.

Ricusazione e giudizio di legittimità: la Cassazione esclude la possibilità di un'altra pronuncia additiva.

Il contributo prende in esame una recente sentenza della Corte di Cassazione, che non rintraccia una situazione pregiudicante ex artt. 34 e 37, co. 1, lett. b) c.p.p. nel precedente esercizio, da parte del giudice, di funzioni di legittimità, sia in una fase diversa dello stesso procedimento, sia in altro procedimento, il cui oggetto presenti delle affinità con l'oggetto del procedimento *de quo*.

Recusal and legitimacy judgment: the Supreme Court excludes the possibility of another additive ruling.

This contribution examines a recent Court of Cassation's sentence, which does not trace a situation prejudicial ex artt. 34 and 37, co. 1, lett. b), c.p.p. in the previous exercise, by the judge, of legitimacy functions, both in a different phase of the same procedure, and in another procedure, the object of which has affinities with the object of the procedure in question.

SOMMARIO: 1. Sulla ricusabilità dei giudici della Cassazione. Il problema al vaglio della Cassazione. - 2. Il principio di imparzialità del giudice secondo la Corte europea: test soggettivo e oggettivo. - 3. L'incompatibilità endoprocessuale dalle sentenze additive della Corte costituzionale all'ultima "frenata" della Cassazione. - 4. I limiti della ricusazione e l'esclusione di un'interpretazione estensiva o analogica. - 5. Sulla *cognitio facti* della cassazione. - 6. Il dominio dell'efficienza e il giudice-legislatore. L'invalidità processuale come rimedio *in extremis*.

1. *Sulla ricusabilità dei giudici della Cassazione. Il problema al vaglio della Cassazione.* La *quaestio iuris* oggetto della pronuncia in epigrafe concerne l'ammissibilità di un'interpretazione estensiva o analogica dell'art. 34 c.p.p. e dell'art. 37, comma 1, c.p.p., in modo da «*ravvisare una situazione pregiudicante in relazione al pregresso esercizio di funzioni di legittimità, sebbene nell'ambito di un medesimo procedimento, in fase diversa*»¹, ovvero una situazione pregiudicante *ab externo* nell'esercizio di funzioni di legittimità da parte dello stesso giudice in altro procedimento a carico di un coimputato nel medesimo reato².

Nel caso di specie, i giudici della Sesta Sezione della S.C. - chiamati a pronunciarsi su un'istanza di ricusazione nei confronti di uno dei componenti del collegio della Seconda Sezione, investita del ricorso - escludono che nel giudizio di legittimità possano configurarsi le situazioni di incompatibilità di cui all'art. 34 c.p.p. - invocate in relazione all'art. 37, comma 1, lett. a) c.p.p. - ovvero la manifestazione indebita del proprio convincimento da parte del giudice, integrante una causa di ricusazione *ex art. 37, comma 1, lett. b)*, fatta eccezione per i casi in cui il giudice della Corte di cassazione abbia assunto il ruolo di giudice o pubblico ministero nelle fasi di merito sulla stessa regiudicanda. Ciò in quanto «*il giudizio di legittimità è destinato al controllo di legalità e non a valutazioni di merito*»³.

La Corte ha ritenuto così infondata l'istanza di ricusazione dei quattro ricorrenti, basata sulla presunta incompatibilità del giudice di cassazione, poiché questi precedentemente aveva fatto parte, in veste di relatore, del collegio pronunciatosi sui ricorsi presentati da tre dei quattro ricorrenti avverso l'ordinanza emessa in sede di riesame, nonché del collegio pronunciatosi sul ricorso presentato da un imputato in altro procedimento e giudicato con rito ordinario - a differenza dei ricorrenti - per la partecipazione alla stessa cosca di 'ndrangheta, dichiarandone l'inammissibilità.

A parere dei ricorrenti ricusanti - il cui difensore prospetta contestualmente questione di legittimità costituzionale relativamente all'art. 117 Cost., e 6 C.E.D.U., per mancato riferimento, nella disciplina codicistica, alla situazione pregiudicante descritta - l'incompatibilità del consigliere deriverebbe dalla circostanza che quest'ultimo avrebbe espresso nello stesso procedimento, come

¹ Punto 9 del *Considerato in diritto*.

² Per un primo commento alla sentenza in esame cfr. GAETA, *Da ramo secco dell'ordinamento a problema attuale: l'incompatibilità dei giudici di cassazione*, nota a Cass., Sez. VI, 9 marzo 2021, Alampi, in *questa Rivista*, 2021, 1, 1 ss.

³ Punto 8.2 del *Considerato in diritto*, che richiama due precedenti conformi: Cass., Sez. III, 8 luglio 2005, Fanale, in *Mass. Uff.*, n. 231936; Id., Sez. II, 4 giugno 1996, Girardi, in *Cass. pen.*, 1998, 2057.

nell'altro dinanzi citato, valutazioni che impingevano nel merito, seppure nell'esercizio di funzioni di legittimità.

I Giudici nomofilattici sostengono, invece, che la posizione del magistrato sia assolutamente neutrale, poiché nell'esercizio delle sue funzioni di legittimità – che «*si distinguono ontologicamente da quelle di merito*» - lo stesso si limita a verificare la «*corretta applicazione delle norme*» e l'«*insussistenza nella motivazione di vizi di contraddittorietà o manifesta illogicità*»⁴, per cui non ricorrerebbero i presupposti per ammettere un'incompatibilità, endoprocessuale, ovvero extraprocessuale, né per accogliere l'istanza di ricsuzione del magistrato in questione.

La partecipazione di uno stesso consigliere della Cassazione a collegi precedentemente investiti del caso a diverso titolo non configurerebbe, dunque, un'ipotesi di incompatibilità sanzionabile secondo quanto previsto dal codice di rito. Inoltre – quantunque si ammettesse la possibilità di configurare una causa di ricsuzione, in presenza di un indebito apprezzamento sulla colpevolezza dell'imputato da parte del giudice di legittimità ai sensi dell'art. 37, comma 1, lett. b), c.p.p.- nella vicenda esaminata non ricorrerebbero, secondo il Giudice di legittimità, gli estremi per ritenere compiuta una valutazione di merito *incidenter tantum* nello stesso procedimento, nonché nell'altro (il cui oggetto risulta connesso a quello del procedimento a carico dei ricsuanti), tale da condizionare la libertà di valutazione del giudice della Cassazione.

2. Il principio di imparzialità del giudice secondo la Corte europea: test soggettivo e oggettivo. Prima di addentrarci nel vivo del problema è utile per il lettore ripercorrere alcuni punti fermi relativamente al principio la cui tutela costituisce il fine ultimo degli istituti dell'incompatibilità e della ricsuzione⁵.

Ci riferiamo al principio di imparzialità, il quale, assieme alla terzietà e al pre-requisito⁶ dell'indipendenza, costituisce “il *proprium* dell'attività di chi è chiamato a rendere giustizia”⁷, come risulta dal testo dell'art. 6, § 1, C.E.D.U.,

⁴ Punto 8.1 del *Considerato in diritto*.

⁵ MAZZA, *I protagonisti del processo*, in *Procedura penale*, a cura di Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Galantini, Filippi, Garuti, Mazza, Varraso, Vigoni, Torino, 2019, 76 ss.

⁶ Sulla configurazione dell'indipendenza come pre-requisito dell'imparzialità v. Corte EDU, 6 maggio 2003, *Kleyn et autres c. Paesi Bassi*, § 193, per cui «*la separazione del potere esecutivo e dell'autorità giudiziaria tende ad acquisire un'importanza crescente nella giurisprudenza della Corte*». In virtù di ciò, la Corte europea generalmente procede a una valutazione congiunta dei due requisiti (cfr. Corte EDU, 25 febbraio 1997, *Findlay c. Regno Unito*, § 73).

⁷ RIVELLO, *Terzietà del giudice penale e sistema delle incompatibilità*, in *Quest. giust.*, 4, 2000, 1. Cfr. sul tema DINACCI, *Giudice terzo ed imparziale quale elemento “presupposto” al giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra corti*, a cura di Giunche-

che, nell'ambito dei principi del giusto processo, sancisce il diritto di ogni persona a ricevere giustizia «*davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge*»⁸.

In tema di incompatibilità, la Corte europea ha da tempo abbandonato soluzioni riduttive⁹, in ossequio ad una nozione lata di imparzialità giurisdizionale, comprensiva anche della “oggettiva” imparzialità dell'organo giudicante¹⁰, al fine di garantire una “impermeabilità” del giudice da interferenze interne ed esterne «*di qualunque provenienza o per qualunque ragione*»¹¹.

Due sono, quindi, i profili che attengono alla neutralità¹² del giudice secondo i Giudici alsaziani: l'uno soggettivo, attinente alla necessità che il giudice non abbia pregiudizi personali o comportamenti discriminatori in relazione a un determinato caso¹³ - che si presume sussistente fino a prova contraria¹⁴ - e l'altro oggettivo, inerente più propriamente alla composizione del collegio

di, Pisa, 2018, 203 ss.; DEAN, *I requisiti di terzietà e imparzialità del giudice*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 172; Come rileva DANELIUS, *L'indipendenza e l'imparzialità della giustizia alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1992, 443 ss., “un processo equo non è affatto possibile davanti ad un tribunale che manca di indipendenza o di imparzialità”.

⁸ Una formulazione simile è rintracciabile anche nell'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nell'art. 14, § 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché nel testo dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

⁹ Tra le prime pronunce in merito al profilo oggettivo dell'imparzialità v. Corte EDU, 24 maggio 1989, Hauschildt c. Danimarca, § 46.

¹⁰ Cfr. Corte EDU, 8 febbraio 2000, McGonnell c. Regno Unito, § 46; Id., 22 dicembre 2009, Parlov-Tkalcic c. Croazia; Id., 28 aprile 2009, Savino e altri c. Italia, § 101; Id., Gr. Ch., 6 novembre 2018, Ramos Nunes De Carvalho e Sà c. Portogallo, § 144; Id., 15 settembre 2015, Tsanova-Gecheva c. Bulgaria, § 106.

¹¹ Raccomandazione Rec(94)12 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sull'indipendenza, l'efficienza e il ruolo dei giudici.

¹² Opera una distinzione tra neutralità e imparzialità BOBBIO, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in *Quale giustizia*, 1971, 272, ove sostiene: “si crede di mantener fede all'ideale dell'imparzialità proclamando la condanna dei due opposti estremismi. Ma qui si confonde l'imparzialità con la neutralità. Quando dichiaro che vi sono due posizioni estreme e decido di non sposarne nessuna delle due, sono neutrale non imparziale. E la mia neutralità può essere parzialissima”. L'imparzialità, in questo senso, presupporrebbe un *quid plus* rispetto alla pura neutralità. Parla di “neutralità cognitiva” BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, 6, definendola “canone sovraordinato nei confronti del quale i criteri epistemologici prescelti dal legislatore dovranno assumere funzione servente e strumentale”.

¹³ *Ex multis*, Corte EDU, 16 settembre 1999, Buscemi c. Italia, § 67 e 68; Id., Gr. Ch., 15 ottobre 2009, Micallef. C. Malta, § 93; Id., 22 gennaio 2000, Wettstein c. Svizzera, § 43; Id., 6 novembre 2003, Zenari c. Italia.

¹⁴ Corte EDU, 26 febbraio 1993, Padovani c. Italia, § 26; Id., 23 giugno 1981, Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio, § 58. Sulla difficoltà di accertamento della violazione dell'art. 6, § 1, C.E.D.U. per parzialità soggettiva cfr. Corte EDU, Gr. Ch., 15 dicembre 2005, Kyprianou c. Cipro.

giudicante¹⁵, sulla considerazione di fatti che possano determinare dubbi sull'imparzialità nella causa¹⁶, a prescindere dalla condotta del giudice.

Di conseguenza, ai sensi dell'art. 6, § 1, C.E.D.U., dovrebbe ricusarsi il giudice di cui si possa legittimamente sospettare anche una minima parzialità, ovvero in tutti i casi in cui il tribunale non predisponga garanzie sufficienti per eliminare qualunque dubbio in merito al suo indebito condizionamento¹⁷.

Nel *common law* questo è un tratto essenziale della *natural justice*: "*Not only must Justice be done; it must also be seen to be done*" sostenevano già nel 1924, in un noto *leading case* in tema di imparzialità¹⁸, i Giudici della Corte Suprema del Regno Unito...brocardo poi ripreso dalla stessa Corte alsaziana in varie pronunce¹⁹.

D'altronde, come ha precisato il Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) nel parere n. 10 del 2007, «*l'indipendenza dei giudici non è una prerogativa o un privilegio concesso nel proprio interesse, ma nell'interesse dello Stato di diritto e di chiunque cerchi e si aspetti giustizia*».

La mancanza di indipendenza, come quella di imparzialità, va a discapito, infatti, non solo delle parti processuali, ma anche dell'intera collettività, che perde così quel sentimento di fiducia nei confronti dell'autorità giudiziaria²⁰.

In quest'ottica, le norme interne sull'incompatibilità, sull'astensione e sulla ricusazione dovrebbero assicurare, oltre alla tutela di un'imparzialità "effettiva", la tutela della mera apparenza di neutralità attraverso «*l'esclusione di ogni pericolo di parzialità onde sia assicurata al giudice una posizione assolutamente super partes*»²¹, tale da preservare la fiducia delle parti processuali nonché della pluralità dei cittadini nella macchina processuale, che costituisce un connotato indispensabile di qualunque società democratica²².

¹⁵ V. Corte EDU, 24 maggio 1989, Hauschildt c. Danimarca, § 46.

¹⁶ Tra le varie Corte EDU, 22 gennaio 2000, Wettstein c. Svizzera, cit., § 44; Id., 6 giugno 2000, Morel c. Francia, § 42; Id., 26 ottobre 1984, De Cubber c. Belgio, § 30; Id., 16 dicembre 2003, Grieves c. Regno Unito, § 69.

¹⁷ Corte EDU, 24 maggio 1989, Hauschildt c. Danimarca, cit., § 48. Cfr. anche Id., 10 giugno 1996, Thamann c. Svizzera, § 30; Id., 20 maggio 1998, Gautrin e altri c. Francia; Id., Gr. Ch., 15 dicembre 2005, Kyprianou c. Cipro, cit., § 118; Id., Gr. Ch., 23 aprile 2015, Morice c. Francia; più di recente Id., 22 ottobre 2019, Deli c. Moldavia.

¹⁸ R v Sussex Justices, ex parte McCarthy ([1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233.

¹⁹ Si segnala Corte EDU, 17 gennaio, 1970, Delcourt c. Belgio, § 31; Id., 22 ottobre 1984, Sramek c. Austria, § 42.

²⁰ Cfr. *ex multis* Corte EDU, 25 ottobre 2002, Perote Pellon c. Spagna, § 45; Id., 25 settembre 2001, Sahiner c. Turchia, § 44.

²¹ Corte cost., n. 60 del 1969.

²² Pertanto, «*anche le apparenze possono avere una certa importanza*». Cfr. di recente, Corte EDU, 16 ottobre 2018, Daineliene c. Lituania; Id., 31 ottobre 2017, Kamenos c. Cipro; In termini simili, Id., 25

Ovvio che l'adozione di un criterio oggettivo comporta un aumento delle violazioni del principio di imparzialità, poiché, oltre al "foro interiore" del magistrato²³, rileva anche la percezione dell'osservatore esterno, per cui diviene necessario verificare la presenza di eventuali dinamiche processuali potenzialmente in grado di compromettere la neutralità del giudice, come il collegamento gerarchico dello stesso con un soggetto coinvolto nel giudizio, o l'esercizio di diverse funzioni da parte dello stesso giudice nel medesimo procedimento o in altro antecedente ad esso connesso, anche qualora il giudizio in questione venga celebrato in osservanza delle cause tassative di incompatibilità e ricusazione previste dalla normativa interna.

A tal proposito, la Corte di Strasburgo ha chiarito più volte che l'adozione di provvedimenti meramente formali o procedurali non è determinante, a differenza dei provvedimenti con cui il giudice abbia in precedenza espresso un'opinione in merito alla responsabilità dell'imputato²⁴, che possono portare a considerare i timori di parzialità come «*objectivement justifiables*»²⁵.

Senza dubbio, connessa al principio di imparzialità è la presunzione di innocenza, tutelata all'art. 6, § 2, C.E.D.U., secondo cui "ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la colpevolezza non sia stata le-

febbraio 1997, Findlay c. Regno Unito, § 73; Id., 28 aprile 2009, Savino e altri c. Italia, § 101; Id., 24 maggio 1989, Hauschildt c. Danimarca, cit., § 48; Id., 22 aprile 2004, Cianetti c. Italia. In dottrina v. GAITO, *La crisi della giustizia penale e le remore a riformare l'Ordinamento Giudiziario*, in *questa Rivista*, 2019, 2, 2: "La gente ha il diritto di rivendicare fiducia nella magistratura. E i magistrati non devono soltanto rispettare le regole, ma anche palesare di rispettarle. Al riguardo non può essere trascurata la più ampia concezione europea della terzietà e dell'imparzialità, che si spinge fino a coprire anche l'apparenza di terzietà ed equidistanza del giudice". Qualche perplessità sul profilo dell'apparenza di imparzialità è stata sollevata da MARTENS, *La tyrannie de l'apparence. Observations. Cour européenne des droits de l'homme. Affair Bulut c. l'Autriche*, 22.2.1996, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 7, 28, 1996, 640 ss.

²³ Corte EDU, 1° ottobre 1982, Piersack c. Belgio, § 30.

²⁴ Corte EDU, 22 luglio 2008, Gómez de Liaño y Botella c. Spagna, §§ 67 ss.

²⁵ Corte EDU, 21 dicembre 2000, Wettstein c. Svizzera, cit., § 44; in termini non dissimili, Id., 20 maggio 1998, Gautrin e altri c. Francia, § 58. Cfr. anche Id., 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, § 58: «...*Per pronunciarsi sull'esistenza, in un dato caso, di un motivo legittimo di temere un difetto di imparzialità di un giudice, il punto di vista dell'accusato è importante ma non decisivo. L'elemento determinante consiste nel sapere se si possono considerare le paure dell'interessato obiettivamente giustificabili*». Spunti decisamente innovativi e inattesi emergono dalle recenti domande rivolte dalla Corte europea al Governo italiano, in data 26 aprile 2021, relativamente al Ricorso n. 8683/14, Berlusconi c. Italia. In particolare, ai numeri 1, 2, e 3 (a pag. 4), la Corte pone, tra gli altri, tali quesiti: se la garanzia della neutralità dell'organo giudicante possa considerarsi rispettata anche se il Presidente del Tribunale ha prestato servizio oltre il termine stabilito dal C.S.M.; se possa essere considerato imparziale il giudice che ha rilasciato dichiarazioni alla stampa poco dopo la lettura del dispositivo della sentenza e prima del deposito in cancelleria delle motivazioni; se il ricorrente avesse a disposizione un effettivo mezzo di ricorso interno, attraverso il quale avrebbe potuto sollevare un reclamo per la violazione del proprio diritto a un tribunale imparziale, conformemente a quanto previsto dall'art. 13 C.E.D.U.

galmente accertata”. Tale garanzia, di tradizione secolare²⁶, impone al giudice di non avere convinzioni precostituite che anticipino la decisione finale.

La congiunzione tra i due principi deriva, appunto, dal presupposto lapalissiano che la presenza di una prematura e indebita opinione sulla colpevolezza dell'imputato viola non solo il canone dell'imparzialità del giudice, ma anche la presunzione di innocenza, come diritto dell'imputato ampiamente valorizzato dalla Corte di Strasburgo²⁷.

Anche la nostra dottrina ha parlato della presunzione di non colpevolezza²⁸, garantita all'art. 27, co. 2, Cost., come “momento davvero unificatore” del diritto di difesa e dei principi del contraddittorio e della terzietà del giudice, elementi fondanti del giusto processo²⁹.

A salvaguardia di tali guarentigie, la Corte europea mira ad assicurare la massima spersonalizzazione della funzione giudicante, secondo un approccio *case by case*, senza distinzione tra giudizio di legittimità o di merito, che inquadra la terzietà e l'imparzialità alla “stregua di un canone oggettivo indeclinabile per la disciplina della funzione giurisdizionale”³⁰, e, per questo, non soggetto alla disponibilità delle parti³¹.

Nel nostro ordinamento, invece, l'imparzialità viene degradata a mero diritto soggettivo, poiché la sua tutela è affidata all'autocoscienza del giudice, ovvero

²⁶ Già BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XVI Tortura (pubblicazione a cura dell'Ufficio Stampa del Comune di Milano, 1981, 37), sosteneva: “Un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violati i patti coi quali le fu accordata”; LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, ottava ed., Napoli, 1973, 185, riportava il proverbio medievale: “*innocens praesumitur cuius innocentia non probatur*”.

²⁷ V. PASTA, *Lo scopo del processo e la tutela dell'innocente: la presunzione di non colpevolezza*, in *questa Rivista*, 2018, 41; Sulla giurisprudenza europea in materia cfr. tra le varie Corte EDU, 6 dicembre 1988, Barberà, Messegué, Jabardo c. Spagna, § 77; Id., Gr. Ch., 12 luglio 2013, Allen c. Regno Unito, § 93 - 94; Id., 27 febbraio 2007, Nestak c. Slovacchia, § 88; Id., 14 aprile 2009, Didu c. Romania, § 41; Id., 31 ottobre 2013, Perica Oreb c. Croazia, §§ 144 - 147.

²⁸ Seppur non totalmente fungibili, le espressioni “presunzione di non colpevolezza” e “presunzione di innocenza” sono dai più equiparate. Cfr. con varietà di accenti DE CARO, *Presunzione d'innocenza, oneri probatori e regole di giudizio*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 404; GAROFOLI, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni. Atti del convegno Foggia Mattinata*, 25 -27 settembre 1998, Milano, 2000, 98.

²⁹ V. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1995, 671. Nella stessa direzione, FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma - Bari, 1989, 83, ed esemplarmente in passato, PISANI, *Sulla presunzione di non colpevolezza*, in *Foro pen.*, 1965, 1 ss.; LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, *passim*.

³⁰ UBERTIS, *Verso un “giusto processo” penale*, Milano, 1997, 61.

³¹ Tra le varie cfr. Corte EDU, 22 febbraio 1996, Bulut c. Austria, § 31.

all’iniziativa della parte, che, attraverso la dichiarazione di ricusazione, chiede la sostituzione del giudice sospetto che si sarebbe dovuto astenere³².

3. *L’incompatibilità endoprocessuale dalle sentenze additive della Corte costituzionale all’ultima “frenata” della Cassazione.* Già prima della consacrazione dei canoni del giusto processo nel testo dell’art. 111 Cost., l’art. 34 c.p.p. è stato oggetto, a partire dall’inizio degli anni ’90³³, di un “record assoluto”³⁴ di pronunce di illegittimità costituzionale, che hanno finalmente colmato non pochi vuoti di tutela, sulla scia dell’insegnamento della Corte alsaziana per diversi anni disatteso dalla giurisprudenza interna.

L’ambito applicativo delle cause tassative di incompatibilità ivi previste è stato così progressivamente esteso, fino a ricomprendere svariate ipotesi non contemplate *expressis verbis* dalla norma, ma assimilabili a quelle disciplinate³⁵.

L’incompatibilità endoprocessuale, ai sensi dell’art. 34 c.p.p., è configurabile nel caso in cui lo stesso magistrato abbia compiuto determinati atti in diversa fase del medesimo procedimento, in cui abbia effettuato valutazioni sulla stessa *res iudicanda* (si parla, a tal proposito di “limite endofasico”³⁶ dell’incompatibilità).

La Corte costituzionale ha, dunque, sempre escluso l’incompatibilità “da prevenzione” nell’ambito di una stessa fase procedimentale, dato che ammettere l’incompatibilità in tale circostanza provocherebbe «*un’assurda frammentazione del procedimento, con l’attribuzione di ciascun segmento di esso ad un giudice diverso*»³⁷.

³² Sulla “tutela debole” del canone dell’imparzialità v. GAITO, *La neutralità del giudice tra cadute di legalità e ipotesi di tentata giustizia*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di Cerquetti - Fiorio, Padova, 2004, 105.

³³ Tra le prime si segnala Corte cost. n. 401 del 1991, in cui la Corte chiarisce come il termine “giudizio”, di cui all’art. 34 c.p.p., sia comprensivo di ogni processo in cui si giunga ad una decisione nel merito, anche di quello che si svolge secondo le forme del rito abbreviato.

³⁴ CONTI, *L’incompatibilità del giudice tra microconflittualità costituzionale e prospettive di riforma ordinamentale*, Milano, 1996.

³⁵ Secondo SPANGHER, *Commento alla sentenza costituzionale n. 371/96*, in *Corriere Giur.*, 1997, 26, “non sembra azzardato sostenere che nel disciplinare le situazioni di “pregiudizio”, al legislatore deve essere sfuggito qualche profilo dei nuovi meccanismi che venivano introdotti con la riforma del 1988”.

³⁶ POTETTI, *Le tappe della giurisprudenza costituzionale verso la terzietà ed imparzialità del giudice, dal sistema delle incompatibilità a quello dell’astensione e ricusazione*, in *Cass. pen.*, 2001, 1109. Il Giudice delle leggi ha, infatti, escluso più volte la sussistenza di ipotesi di incompatibilità «*quando la funzione pregiudicante e la funzione pregiudicata si collocano all’interno della medesima fase del processo*» (Cir. *ex multis*, Corte cost. n. 155 del 1996; Id., n. 51 del 1997; Id., n. 90 del 2004 e, più di recente, Id., n. 153 del 2012).

³⁷ Corte cost. n. 24 del 1996 e n. 177 del 1996. Prima ancora, Id., n. 124 del 1992.

Inoltre, perché il giudice possa considerarsi parziale è necessario che la valutazione sia “di contenuto”, venendo altrimenti ad essere dimenticato il significato stesso di “procedimento” come serie preordinata di atti prodromici rispetto alla decisione finale³⁸.

Ebbene, la sussistenza di una condizione di incompatibilità viene esclusa dalla S.C. nella pronuncia in commento, sia relativamente alla partecipazione del giudice di legittimità alla pronuncia in fase cautelare nell’ambito dello stesso procedimento, sia in relazione alla partecipazione dello stesso giudice al collegio pronunciatosi sul ricorso del coimputato in altro procedimento, sul presupposto che «*nel giudizio di cassazione non ricorrono le situazioni di incompatibilità se non nel caso in cui il giudice della Corte di cassazione abbia ricoperto ruolo di giudice o di P.M. nelle fasi di merito relative alla stessa re-giudicanda*»³⁹, in quanto «*come attività pregiudicante ai fini dell’incompatibilità di cui all’art. 34 cod. proc. pen. va intesa quella che implica una valutazione di merito sull’accusa e come sede pregiudicata quella giurisdizionale diretta a decidere sul merito stesso dell’accusa o di una misura de libertate*»⁴⁰.

Riguardo alla prima ipotesi, la Corte precisa come dal testo dell’art. 34 c.p.p. «*non sia dato desumere alcuna specifica indicazione, che consenta di ravvisare una situazione pregiudicante in relazione al pregresso esercizio di funzioni di legittimità, sebbene nell’ambito di un medesimo procedimento, in fase diversa*»⁴¹.

Non sussisterebbe, quindi, secondo la S.C., alcun effetto pregiudicante derivante dalla circostanza che il magistrato in questione abbia precedentemente preso parte al collegio che ha emesso sentenza avverso le ordinanze emesse in sede di riesame nei confronti degli stessi imputati, in quanto la pronuncia della Corte di Cassazione rientrerebbe nel pieno esercizio di funzioni di legittimità, che non risultano investite dall’istituto dell’incompatibilità.

Riguardo l’ipotesi di incompatibilità derivante dalla precedente adozione di un provvedimento *de libertate*, occorre rammentare che la Corte costituzio-

³⁸ Non è, pertanto, sufficiente la semplice conoscenza di atti anteriori, o il compimento di qualunque valutazione, meramente formale e non a fini decisori, contenuta in atti di natura procedimentale che non entrano nel merito della questione, ma incidono soltanto sullo svolgimento del processo. In questi termini, Cass., Sez. un., 27 settembre 2005, Falzone, in *Mass. Uff.*, n. 232067. In dottrina v. esemplarmente CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Rist., Milano, 1982, 121.

³⁹ Punto 8.2 del *Considerato in diritto*.

⁴⁰ Cass., Sez. III, 20 aprile 2005, Fanale, in *Mass. Uff.*, n. 231936, cit.; Id., Sez. VI, 13 maggio 2016, Pigionanti, in *Mass. Uff.*, n. 266943, e di poco successiva alla pronuncia in esame, v. Id., Sez. V, 17 marzo 2021 n. 10328, Nunziata, non mass.

⁴¹ Punto 9 del *Considerato in diritto*.

nale ha ribaltato il proprio iniziale orientamento⁴², a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 332 del 1995, che ha comportato un apprezzamento giudiziale più incisivo, tale da far assimilare la pronuncia in sede cautelare a una valutazione prognostica sul merito, benché su base indiziaria e allo stato degli atti⁴³.

Il precedente indirizzo⁴⁴, contrario al riconoscimento di effetti pregiudicanti nella decisione cautelare, poggiava sulla considerazione della diversità e autonomia del procedimento cautelare rispetto a quello principale⁴⁵, essendo il primo finalizzato soltanto a garantire il buon funzionamento della giurisdizione, senza dover accertare la responsabilità penale dell'imputato⁴⁶.

Il *revirement* della Corte, nella tendenza di quegli anni ad ampliare il *range* operativo delle cause di incompatibilità *iussu iudicis*, conduce, invece, a individuare la cd. "forza della prevenzione" - intesa come «*naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso e un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento*»⁴⁷ - anche nella previa emissione da parte del giudice di un provvedimento in materia di libertà personale.

Nulla è stato detto, però, sulla posizione del giudice di legittimità chiamato a pronunciarsi sul ricorso avverso la sentenza pronunciata in sede di merito dalla Corte d'Appello che precedentemente, in sede cautelare, abbia deciso sul ricorso presentato dagli stessi imputati contro l'ordinanza emessa dal tribunale del riesame.

⁴² Cfr. Corte cost. n. 432 del 1995, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p. «*nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio dibattimentale il GIP che abbia applicato una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato*».

⁴³ Come descrive ROTUNDO, *La terzietà del giudice penale: incompatibilità, astensione e ricusazione*, in *www.progettoinnocenti.it*. Prima della pronuncia della Corte costituzionale, la giurisprudenza di legittimità era concorde nell'escludere la "forza della prevenzione" in caso di identità tra giudice del dibattimento e giudice *de libertate*, in virtù della diversità di funzioni da questi esercitate. Cfr., tra tutte, Cass., Sez. VI, 22 gennaio 1991, Cavazzini, in *Giur. it.*, 1992, II, 35 ss.

⁴⁴ Corte cost., n. 502 del 1991, in cui il Giudice delle leggi osservava che i provvedimenti sulla libertà personale, caratterizzati da «*diversità di oggetto e di funzione [...] non comportano una valutazione che si traduca [...] in un giudizio sul merito della res judicanda, idoneo a determinare (o far apparire) un 'pregiudizio' che mini l'imparzialità della decisione conclusiva sulla responsabilità dell'imputato*».

⁴⁵ Nella giurisprudenza di legittimità, tende a ridimensionare l'autonomia tra i due procedimenti Cass., Sez. VI, 19 giugno 2008, Scozia, in *Cass. pen.*, 2009, 3928. Per approfondimenti sul tema cfr. PIERRO, *Il giudicato cautelare*, Milano, 2000, 94-95.

⁴⁶ Non manca chi sostiene che tale orientamento sarebbe stato motivato più dal "perenne stato di necessità delle ansimanti strutture giudiziarie" che da effettive considerazioni giuridiche. Così ad esempio GIANNONE, *Misure cautelari personali (Impugnazioni)*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, I agg., Torino, 1993, 566.

⁴⁷ Corte cost. n. 432 del 1995.

Per quanto attiene alla seconda ipotesi - ovvero all'incompatibilità configurabile per pregressa partecipazione non a diversa fase del medesimo procedimento, ma ad altro procedimento a carico del coimputato del reato associativo - la sentenza in esame ricorda, tra le altre pronunce, la "trilogia d'ottobre"⁴⁸ in cui il Giudice delle leggi precisa che, nel caso in cui lo *iudex suspectus* abbia espresso valutazioni sulla responsabilità dell'imputato nell'ambito di un diverso procedimento «*la tutela dell'imparzialità deve essere assicurata mediante gli istituti dell'astensione o della ricusazione*», salva l'ipotesi di cd. "incompatibilità endoprocedurale allargata" (o "extraprocedimentale") introdotta con la sentenza n. 371 del 1996, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 34, comma 2, c.p.p. «*nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti, nella quale la posizione di quello stesso imputato in ordine alla sua responsabilità penale sia già stata comunque valutata*»⁴⁹.

Dunque, alla luce dell'identità di oggetto tra i diversi procedimenti nell'ipotesi di reato plurisoggettivo a concorso necessario, è ammesso il ricorso al rimedio dell'incompatibilità *ex art. 34 c.p.p.*, qualora il giudice si sia formato un convincimento non solo sulla responsabilità degli imputati, ma, seppure incidentalmente, anche sulla posizione del terzo partecipante, giudicato nel diverso e successivo procedimento, e rimasto quindi estraneo al primo⁵⁰.

Al di là dei casi in cui i due giudizi rientrano in una vicenda processuale sostanzialmente unitaria⁵¹, il Supremo consesso ribadisce, nel considerato in di-

⁴⁸ Corte cost., n. 306, 307, 308 del 1997; cfr. sul punto DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocedurale del giudice*, Torino, 2000, secondo il quale il bisogno di imparzialità non può spingersi "fino a polverizzare la sequenza procedimentale, frammentandola in singole slegate monadi prive di afflato unitario perché affidate, ciascuna, alla *cognitio* di un diverso giudice-persona".

⁴⁹ Corte cost. n. 371 del 1996.

⁵⁰ Ipotesi estesa da Cass., Sez. un., 3 settembre 2014, Della Gatta, in *Mass. Uff.*, n. 260096 anche nel caso in cui il giudice del dibattimento abbia, in separato giudizio, pronunciato sentenza di patteggiamento nei confronti di un concorrente necessario nel medesimo reato oggetto del procedimento. V. il commento di LUDOVICI, *Ancora disorientamenti e criticità in tema di incompatibilità del giudice per valutazioni espresse in altro procedimento*, in *questa Rivista*, 2014, 3, 1 ss.; DELLA TORRE, *Per le Sezioni Unite l'incompatibilità extraprocedimentale introdotta dalla sentenza costituzionale n. 371 del 1996 può essere integrata anche da un patteggiamento*, in www.penalecontemporaneo.it; SAU, *Escluso dal giudizio il magistrato che ha applicato il patteggiamento al coimputato*, in *Giur. it.*, 2014, 2311 ss.

⁵¹ L' "unitarietà sostanziale" dei procedimenti sarebbe rintracciabile solo in due ipotesi: quella di concorso necessario, presa in esame dalla sent. n. 371 del 1996, e quella di concorso formale di reati (v. Corte cost. n. 241 del 1999, in cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 34, comma 2, c.p.p. «*nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare sentenza nei confronti di quello stesso imputa-*

ritto, che «quando i due termini della relazione di incompatibilità intercorrono tra procedimenti diversi, sia penali che non penali, si è fuori dal modello di incompatibilità delineato dall'art. 34»⁵².

In queste ipotesi, l'imparzialità del giudice deve essere tutelata mediante gli istituti dell'astensione e della ricusazione, «anch'essi preordinati alla salvaguardia delle esigenze di imparzialità della funzione giudicante, ma secondo una logica a posteriori e in concreto»⁵³.

Mentre, infatti, le cause di incompatibilità sono tipizzate dal legislatore «a prescindere dalle modalità con cui la funzione è stata svolta, ovvero dal contenuto dell'atto», le ipotesi di astensione e ricusazione non sono prevedibili o prevenibili in astratto, ma vengono valutate in concreto sulla base dell'effettiva sussistenza di un pregiudizio in relazione al *thema decidendi*, derivante da determinate modalità di esercizio della funzione e dal contenuto dell'atto pregiudicante⁵⁴.

Non risulterebbe, tuttavia, singolare, come già sostenuto da una parte della dottrina⁵⁵, includere nelle ipotesi di incompatibilità endoprocedurale "allargata" anche il caso in cui sussistano interferenze tra le condotte dei concorrenti di un reato plurisoggettivo non a concorso necessario, qualora il magistrato che abbia operato una determinata ricostruzione fattuale in precedente giudizio abbia espresso, anche inconsciamente, una valutazione di merito sul coimputato poi processato in separata sede, determinando così nelle parti del successivo procedimento legittimi dubbi riguardo la sua imparzialità.

Chiaramente, rilevarebbero a tal scopo soltanto quelle pregresse valutazioni idonee in concreto a pregiudicare l'accertamento della responsabilità del coimputato nel diverso procedimento⁵⁶.

to per il medesimo fatto»), come descrive LUDOVICI, *Ancora disorientamenti e criticità in tema di incompatibilità del giudice per valutazioni espresse in altro procedimento*, cit., 7.

⁵² Punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁵³ Corte cost., n. 367 del 2002 e, più recentemente, Id., n. 86 del 2013.

⁵⁴ Corte cost. n. 308 del 1997, cit.

⁵⁵ POTETTI, *Ancora in tema di imparzialità del giudice penale «per invasione» e previa manifestazione «non indebita» di convincimento sui fatti di causa*, in *Cass. pen.*, 2001, 1120.

⁵⁶ Corte EDU, 7 agosto 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, § 59; Id., 10 agosto 2006, Schwarzenberger c. Germania, § 42. La Corte europea ha precisato come la semplice circostanza che un giudice abbia giudicato un coimputato in separata sede non sia sufficiente a fondare dubbi sull'imparzialità del magistrato in altro giudizio. Cfr. Corte EDU, 14 gennaio 2020, Khodorkovskiy and Lebedev c. Russia, § 544; Id., 23 novembre 2010, Kriegisch c. Germania, § 2: «The Court reiterates that the mere fact that a judge has already ruled on similar but unrelated criminal charges or that he or she has already tried a co-accused in separate criminal proceedings is not in itself sufficient to cast doubt on that judge's impartiality in a subsequent case». Nella stessa direzione della Corte alsaziana, anche il Giudice delle leggi ha chiarito che l'incompatibilità extraprocedimentale non può essere estesa a tutti i casi in cui si procede

4. *I limiti della ricusazione e l'esclusione di un'interpretazione estensiva o analogica.* La Consulta ha definito in passato la ricusazione il rimedio teso a «colmare mediante una dichiarazione di chiusura, la denunciata carenza del principio del giusto processo»⁵⁷.

La ricusazione opera, infatti, come “garanzia finale” a tutela dell'imparzialità dell'organo giudicante⁵⁸, sebbene, ancora ad oggi, la sua disciplina non risulti equiparata *in toto* alla disciplina dell'astensione, neppure a seguito dell'ampliamento dell'area della ricusazione attuato con la sentenza della Corte costituzionale n. 283 del 2000, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 37 c.p.p. «nella parte in cui non prevede che non possa essere ricusato dalle parti il giudice che, chiamato a decidere sulla responsabilità di un imputato, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto», a prescindere dal carattere indebito della valutazione. (situazione già ricondotta, in una pronuncia della stessa Corte di poco antecedente⁵⁹, nella previsione di cui all'art. 36, lett. h) come possibile causa di astensione del giudice).

Nelle istanze presentate, gli imputati ricusanti, oltre all'incompatibilità di cui all'art. 34 c.p.p. - rilevabile come causa di ricusazione *ex art.* 37, comma 1, lett. a) in relazione all'art. 36, comma 1, lett. g) c.p.p. - invocano anche l'art. 37, comma 1, lett. b) c.p.p., ai sensi del quale il giudice può essere ricusato “se nell'esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata sentenza, ha manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione”.

separatamente nei confronti dei concorrenti di un reato, ma è ristretta alle sole ipotesi in cui il giudice compie valutazioni in ordine alla responsabilità penale di un terzo concorrente, pure se *incidenter tantum*. (Corte cost. n. 135 del 1999).

⁵⁷ Corte cost. n. 283 del 2000. V. il commento di POTETTI, *Le tappe della giurisprudenza costituzionale verso la terzietà e imparzialità del giudice, dal sistema delle incompatibilità a quello dell'astensione e ricusazione*, in *Cass. pen.*, 2001, 112.

⁵⁸ L'ambito di applicazione dell'istituto della ricusazione risulta essere però più ristretto rispetto al novero delle cause di astensione del giudice contemplate all'art. 36 c.p.p., in cui sono ricomprese anche le “gravi ragioni di convenienza” (art. 36, comma 1, lett. h). Critico sul punto DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento “presupposto” del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in *questa Rivista.*, 2017, 3, 11. Come scrive l'A., rifacendosi alle espressioni utilizzate da SATTA, *Astensione e ricusazione del giudice*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 947, “occorre prendere atto che la salvaguardia della terzietà e dell'imparzialità del giudice è affidata ad una disciplina che differenzia i casi di tutela del “dovere di imparzialità”, riconducibile alle ipotesi di astensione, da quelli del “diritto all'imparzialità” che si coagulano nelle ipotesi di ricusazione”. Sull'evoluzione dei due istituti cfr. PICA, *Ricusazione e astensione del giudice*, in *Dig. Pen.*, XIII, Torino, 1997, 227.

⁵⁹ Corte cost. n. 113 del 2000.

La disposizione enuclea una clausola di sintesi la cui applicabilità è rimessa al prudente apprezzamento dell'interprete⁶⁰. L'avverbio "indebitamente" indica che la fattispecie di ricusazione si applica solo qualora il giudice abbia manifestato anticipatamente un'opinione sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato «*senza che ne esista necessità e fuori da ogni collegamento o legame con l'esercizio delle funzioni giurisdizionali inerenti al fatto esaminato*»⁶¹, in modo da anticipare in tutto o in parte gli esiti della decisione finale di merito.

Dunque, la valutazione del giudice, per rilevare come motivo di ricusazione, non deve essere né imposta né giustificata dalle sequenze procedurali disciplinate dalla legge, ma risultare del tutto avulsa dalla propria investitura⁶².

Non vi è a tal fine (come sottolineato da consolidata giurisprudenza di legittimità⁶³ e dalla stessa Corte costituzionale⁶⁴) alcuna distinzione tra manifestazione indebita all'interno dello stesso procedimento - attraverso il compimento di un atto o l'esercizio di una funzione definiti preventivamente dal legislatore come pregiudicanti (o che non presuppongono una valutazione di merito) - e stessa manifestazione espressa in diverso procedimento, dato che le ragioni del pregiudizio sono identiche, in entrambe le situazioni rappresentate: l'esercizio delle funzioni giurisdizionali diviene un'occasione per anticipare arbitrariamente il proprio personale e intimo convincimento sulla responsabilità dell'imputato.

Anche sul versante della ricusabilità del giudice *ex art. 37, comma 1, lett. b) c.p.p.*, la S.C. esclude che possa rinvenirsi in concreto una "situazione pregiudicante *ab externo*" nella decisione del giudice della Cassazione ai sensi dell'art. 610, comma 1, c.p.p., sulla inammissibilità del ricorso del coimputato giudicato separatamente con rito ordinario, in quanto la sentenza non avrebbe

⁶⁰ Cass., Sez. VI, 11 aprile 2002, Arnone, in *Giust. pen.*, 2004, III, 366.

⁶¹ Cass., Sez. I, 6 aprile 2005, Pagano, in *Mass. Uff.*, n. 231566; Cfr. Id., Sez. II, 2 dicembre 1993, Montagner, in *Mass. Uff.*, n. 195184. In modo conforme Id., Sez. V, 1° giugno 1995, Ferretti, in *Mass. Uff.*, n. 202213.

⁶² Come rileva BELLUTA, *Giudici, ecco i paletti ai poteri d'ufficio, Le Sezioni unite indicano i confini alle cause di ricusazione*, nota a Cass., Sez. un., 27 settembre 2005, Falzone, in *Dir. e giust.*, 2005, 45, 38, "nessuna attività intermedia - non costituente causa d'incompatibilità *ex articolo 34 Cpp* - prevede che il giudice si soffermi sulla colpevolezza dell'imputato: una tale evenienza, dunque, integra il presupposto sufficiente per ricusare l'organo giudicante." V. anche Cass., Sez. I, 6 ottobre 1993, Favia, in *Mass. Uff.*, n. 196216, in cui viene escluso che possa rintracciarsi indebita manifestazione del proprio convincimento, ai fini della ricusazione del giudice, nella pronuncia incidentale su una questione procedurale da parte del collegio.

⁶³ Tra tutte, Cass., Sez. VI, 19 maggio 2004, Giaccone, in *Mass. Uff.*, n. 230461.

⁶⁴ Corte cost., n. 283 del 2000, cit.

be formulato valutazioni di merito, esercitando sulla motivazione il controllo devoluto dai motivi di ricorso⁶⁵.

Secondo il Supremo collegio, ammettere la presenza di un effetto pregiudicante del ruolo precedentemente assunto dal magistrato in questione significherebbe operare un'interpretazione estensiva o *a fortiori* analogica non ammessa, in quanto «*le norme in materia di incompatibilità e ricusazione non possono che essere intese come eccezionali, in relazione ai limiti da esse posti all'esercizio della giurisdizione [...] e all'incidenza sul rapporto tra Stato e giudice in funzione dell'individuazione del giudice naturale, di per sé sottratto alla disponibilità delle parti*»⁶⁶.

I rilievi adottati non possono, tuttavia, esimerci dal sollevare alcune perplessità sulla ricostruzione della Suprema Corte.

In particolare, viene da chiedersi se un valore fondamentale come quello dell'imparzialità del giudice - tutelato espressamente anche in Costituzione⁶⁷ all'art. 111, comma 2, assieme al principio di terzietà⁶⁸ - possa essere sacrificato per l'assenza di un esplicito riferimento al giudizio di legittimità nella disciplina codicistica dei casi di astensione e ricusazione di cui agli artt. 34 e 37, comma 1, c.p.p, sebbene il *cursus* inaugurato dalla giurisprudenza europea

⁶⁵ Punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁶⁶ Punto 8.3 del *Considerato in diritto*. Sul carattere eccezionale delle norme esaminate cfr. tra le altre anche Cass., Sez. II, 5 giugno 1992, Falbo e altri, in *Mass. Uff.*, n. 190793; Id., Sez. II, 2 dicembre 2008, De Rito, in *Mass. Uff.*, n. 242720, nonché, tra i precedenti citati dalla pronuncia in commento, Id., Sez. VI, 23 marzo 2001, Berlusconi, in *Mass. Uff.*, n. 218669; Id., Sez. VI, 9 marzo 1999, Craxi, in *Mass. Uff.*, n. 213666. In dottrina, tra gli studiosi che hanno espresso riserve sulla tassatività della normativa, e sul ricorso a un'interpretazione esclusivamente letterale, si rimanda a NUZZO, *Conoscenza degli atti delle indagini preliminari e presunte incompatibilità*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, 701; GAITO, *Udienza pomeridiana e contumacia pregressa come fatti preclusivi della ricusazione: un approccio incostituzionale*, in *Giur. it.*, 1997, 409.

⁶⁷ Sulla tutela implicita dei principi di terzietà ed imparzialità, già prima della legge cost. n. 2 del 1999, agli artt. 2, 3, 24, 25, o 101, co. 2, e 104, co. 1, Cost. v. *ex plurimis*, CORVI, *La tutela processuale della terzietà e imparzialità del giudice: si può fare di più?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 813; LICATA, *La terzietà del giudice penale: incompatibilità, astensione, ricusazione*, in www.farlsiabusi.it; Ricomprende l'imparzialità del giudice "tra quei principi non scritti che preesistono addirittura all'esercizio del potere costituente" GIARDA, *Imparzialità del giudice e difficoltà operative derivanti dall'incompatibilità*, in *Il giusto processo, Atti del Convegno di Salerno*, Milano, 1998, 35.

⁶⁸ L'espressione "giudice terzo e imparziale" contenuta all'art. 111, co. 2, Cost., può sembrare un'endiadi, sebbene una parte della dottrina abbia sottolineato la distinzione tra i due concetti e la loro infungibilità, sul presupposto che la terzietà attiene alla posizione istituzionale del giudice, mentre l'imparzialità è connotata delle sue funzioni processuali. V. tra tutti CECCHETTI, *Gli elementi indefettibili del "giusto processo" contraddittorio tra le parti in condizioni di parità, terzietà e imparzialità del giudice, ragionevole durata*, in Tonini, (a cura di), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo, 2001, n. 63)*, Padova, 2001, 80-81.

sia quello dell'abbandono di rigidi formalismi in materia⁶⁹, in modo da ravvisare casi di *iudex suspectus* anche in situazioni non espressamente contemplate, o comunque conformi al sistema di organizzazione giudiziaria interno, ma arrecanti comunque un *vulnus* all'imparzialità.

In ambito processualcivilistico, già Salvatore Satta, nel lontano 1956, faceva notare la "pericolosità" del formalismo nell'interpretazione dei limiti processuali e istituzionali che la legge impone al giudizio, tra cui quello fondato sulla distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto nel ricorso per cassazione⁷⁰.

5. Sulla cognitio facti della cassazione. Il presupposto apodittico su cui poggia l'esegesi della S.C. è la configurazione del Giudice di legittimità come entità assolutamente esente da indebiti condizionamenti conseguenti all'aver già esaminato la vicenda processuale (a meno che egli non abbia ricoperto il ruolo di giudice o di pubblico ministero nelle fasi di merito anteriori dello stesso processo), in quanto «*l'apprezzamento di legittimità si fonda su un approccio che fa leva su schemi astrattamente delineati, che non implicano un mutevole dialogo con il quadro probatorio e non sono destinati a sfociare in una valutazione alternativa*»⁷¹.

La funzione nomofilattica della cassazione è descritta nella sua pienezza all'art. 65 dell'ordinamento giudiziario⁷², in cui si legge che il Supremo consesso "assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge".

Eppure...

La dottrina si è interrogata variamente sull'opportunità di una netta distinzione tra giudizio di legittimità e di merito in cassazione e, *mutatis mutandis*, la

⁶⁹ Come si legge in BARTOLE - CONFORTI - RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 181, sul versante europeo "sarebbe sicuramente inaccettabile l'assolutizzazione - come condizione irrinunciabile di indipendenza e/o di imparzialità del giudice - di sistemi particolari di organizzazione giudiziaria, che pure, in un determinato ordinamento, possano essere concepiti come strettamente funzionali a tali valori".

⁷⁰ "Questa distinzione non ha nulla di razionale, si giustifica o può giustificarsi sul piano dell'opportunità. Ma è evidente che la distinzione è anch'essa una pura forma che la legge offre al massimo giudice perché la riempia della sua discrezione. Se non tiene, proprio qui, presente la grande «riserva di giustizia» il giudizio formale è più che in qualunque altro caso al margine del rifiuto di giudizio". (SATTA, *Manuale di diritto processuale civile, Presentazione alla quinta edizione*, Padova, 1956).

⁷¹ Punto 8.1 del *Considerato in diritto*.

⁷² R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, e mod. succ.

risalente affermazione di Satta⁷³, nel senso di ripudiare tale binomio, appare prodromica e premonitrice. Oggi, infatti, ci troviamo dinanzi a una “nuova Cassazione [...] che abbandona l’anacronistico tabù del merito e che per fronteggiare la colata lavica dei ricorsi cerca barriere selettive più efficaci, come l’interesse, la specificità e decisività dei motivi [...]”⁷⁴.

Non bisognerebbe trascurare, a tal proposito, il dibattito giurisprudenziale e dottrinale, conseguente alle modifiche apportate all’art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p. dalla legge n. 46 del 2006 (cd. “legge Pecorella”), che ha alterato la funzione nomofilattica del giudice di legittimità, la cui cognizione, in aggiunta alle ipotesi di mancanza o manifesta illogicità della motivazione, è stata estesa anche al caso di contraddittorietà della stessa “*quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificatamente indicati nei motivi di gravame*”⁷⁵.

Re melius perpensa, prima della riforma il vizio di contraddittorietà - inteso come totale discordanza tra il ragionamento posto alla base della decisione impugnata e il contenuto vero e proprio dell’atto probatorio specificatamente indicato, da cui risulta il vizio⁷⁶ - già esisteva in quanto ‘inglobato’ nell’area del-

⁷³ *Supra* nota 70. Sulla superfluità della dicotomia tra giudizio di fatto e giudizio di diritto cfr. più di recente ASCARELLI, *Le fait et le droit devant la Cour de cassation italienne*, in *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 113 ss.; Parla di “nesso dialettico” tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 71. Critico sul mito della cassazione come giudice di pura legittimità TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, 45.

⁷⁴ “...Una Cassazione che entra nel fatto, che ragiona con probabilità e ipotesi, che affronta prova scientifica e processo indiziario e che fissa regole logiche di ragionamento e protocolli argomentativi al fine di raggiungere - attraverso la legalità - la giustizia”: così IACOVIELLO, *presentazione de La Cassazione Penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013. Riguardo alla crisi della nomofilachia v. CHIARLONI, *In difesa della nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 123 ss.; CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 febbraio 2017; INSOLERA, *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, in *questa Rivista*, 2018, 1, 707 ss.; LUPO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l’indipendenza funzionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 2020, 924.

⁷⁵ Per una prima analisi sulla novella legislativa v. IACOVIELLO, *A rischio il ruolo di legittimità della Corte*, *Commento all’art. 8 della legge n. 46/2006*, in *Guida al dir.*, 2006, 10, 88. In giurisprudenza è condivisa l’opinione che l’espressione “altri atti del processo specificatamente indicati” determini per il ricorrente una prescrizione aggiuntiva rispetto al canone di specificità ex art. 581, co. 1, lett. c), c.p.p., imponendogli «*un peculiare onere di inequivoca individuazione e di specifica rappresentazione degli atti processuali richiamati*» (In questi termini, tra le tante, Cass., Sez. IV, 16 dicembre 2009, Mutti, in *Mass. Uff.*, n. 246499).

⁷⁶ Cass., Sez. III, 21 novembre 2008, A., in *Mass. Uff.*, n. 243247. Cfr. anche Cass., Sez. VI, 29 marzo 2006, Casula, in *Cass. pen.*, 2006, 2372 ss., in cui la Cassazione ha sottolineato la necessità che «*gli “atti del processo” su cui fa leva il ricorrente per sostenere l’esistenza di un vizio della motivazione siano autonomamente dotati di una forza esplicativa o dimostrativa tale che la loro rappresentazione disarticoli l’intero ragionamento svolto dal giudicante e determini al suo interno radicali incompatibilità così da vanificare o da rendere manifestamente incongrua o contraddittoria la motivazione*». Sarebbero ricon-

la illogicità, ma non come motivo autonomo di ricorso⁷⁷ e, in ogni caso, poteva risultare solo “dal testo del provvedimento impugnato” e non dall’esame dei documenti probatori contenuti nel fascicolo del procedimento.

Tenuto conto, invece, della “etero-integrazione” consentita dalla riformulazione dell’art. 606, lett. e) c.p.p., il vizio *de quo* non è più soggetto al limite di rilevabilità testuale della motivazione del provvedimento impugnato⁷⁸.

La novella legislativa, infatti, oltre a eliminare il limite temporale previsto alla lett. d) dello stesso articolo - in modo da permettere il ricorso in cassazione per mancata assunzione di una prova decisiva quando la parte ne ha fatto richiesta «*anche nel corso dell’istruzione dibattimentale*» - ha introdotto alla lett. e) il cd. vizio del “travisamento della prova”⁷⁹, risultante dalla contraddittorietà “processuale” della motivazione: è il caso del giudice che abbia fondato la decisione su una prova inesistente, o riportato un esito probatorio «*incontrovvertibilmente diverso*» da quello effettivo⁸⁰, ovvero dall’omissione della valutazione di una prova ritenuta decisiva, cioè «*di natura tale da poter determinare una diversa conclusione del processo*»⁸¹.

Secondo l’orientamento prevalente, l’inserimento del vizio di travisamento della prova nell’area del vizio di motivazione ha sì consentito al giudice di legittimità un limitato accesso agli atti processuali (il cui contenuto venga ritenu-

presi in tale accezione, secondo l’orientamento prevalente, anche gli atti di natura probatoria, e non solo gli atti processuali cui il giudice di merito non abbia dato risposta, come invece sostenuto da diversa giurisprudenza ormai superata (Cfr. tra le altre Cass., Sez. V, 9 novembre 2006, Gatti, in *Cass. pen.*, 2007, 2859; Id., 12 aprile 2006, Mangion, in *Foro it.*, 2006, II, 529).

⁷⁷ BARGI, *I nuovi ambiti oggettivi delle impugnazioni*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la “legge Pecorella”*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 166.

⁷⁸ V. *La motivazione della sentenza penale: i vizi di motivazione della sentenza di appello e il sindacato di legittimità*, Atti del Convegno di Studi del Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 15 settembre 2009.

⁷⁹ Come scrive CONTI, *L’autosufficienza del ricorso nel giudizio penale di Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2017, 36, il vizio di “travisamento della prova” “è stato elaborato dalla dottrina con riferimento ai casi in cui il giudice di merito abbia fondato la decisione su una prova inesistente (ad es., il teste o la ricognizione personale o la perizia non esiste) o un risultato della prova smentito da quello effettivo (ad es., il teste o la ricognizione personale non si riferisce a Caio ma a Tizio, o la perizia dà solo per possibile, ma non certo, un determinato accadimento)”. L’orientamento dottrinale è stato variamente accolto dalla giurisprudenza di legittimità. A titolo esemplificativo cfr. Cass., Sez. IV, 6 aprile 2000, Attaguile, in *Mass. Uff.*, n. 216734; Id., Sez. I, 3 dicembre 2003, Polito, in *Mass. Uff.*, n. 227105; Id., 19 aprile 2005, Bianco, in *Mass. Uff.*, n.232439. Più recentemente, Cass., Sez. V, 24 settembre 2014, Biondetti, in *Mass. Uff.*, n. 261438; Id., Sez. V, 13 febbraio 2017, Cadore, in *Mass. Uff.*, n. 269906.

⁸⁰ Cass., Sez. VI, 4 maggio 2006, Battistella, in *Mass. Uff.*, n. 234364.

⁸¹ Cass., Sez. I, 18 aprile 2013, Stasi, in *Mass. Uff.*, n. 258321. Cfr. tra le varie Id., 24 maggio 2006, Saraceno, in *Mass. Uff.*, n. 234163; Id., Sez. II, 9 giugno 2006, Stojanovic, in *Mass. Uff.*, n. 234167; Id., Sez. IV, 10 luglio 2007, Servidei, in *Mass. Uff.*, n. 237652.

to idoneo ad inficiare le conclusioni dei giudici di merito⁸²), ma «*senza con ciò rimodulare l'ambito dello scrutinio rimesso al giudice di legittimità*»⁸³, alla luce del «*divieto di ri-lettura e di re-interpretazione nel merito dell'elemento di prova*»⁸⁴.

Sulla base di tale considerazione, l'orientamento giurisprudenziale prevalente⁸⁵, che insiste sul *discrimen* tra “travisamento della prova” e “travisamento del fatto”, esclude la deducibilità, davanti alla Corte Suprema, del secondo vizio, a differenza del primo, eccetto i casi in cui «*la difformità della realtà storica sia evidente, manifesta, apprezzabile ictu oculi ed assuma anche carattere decisivo in una valutazione globale di tutti gli elementi probatori esaminati dal giudice di merito...*»⁸⁶.

Pertanto, la mancanza, l'illogicità e la contraddittorietà della motivazione devono essere percepibili immediatamente, poiché il sindacato di legittimità resta «*limitato a rilievi di macroscopica evidenza...*»⁸⁷.

L'innovazione normativa di cui all'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p. sembra ricalcare parzialmente il testo dell'art. 129, comma 2, c.p.p. che impone al giudice (e, dunque, anche al giudice di legittimità) di accedere agli atti da cui risulti evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso,

⁸² Secondo CAPONE, *La Corte di cassazione non giudica nel merito. Nuovi sviluppi di un antico adagio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1617, l'accertamento della decisività implicherebbe una valutazione nel merito, poiché il giudice di legittimità, seppur limitatamente, esprime in ogni caso un proprio apprezzamento sulla sufficienza del materiale probatorio risultante al termine del giudizio.

⁸³ Cass., Sez. I, 26 marzo 2013, P.G. in proc. Knox e altro, in *questa Rivista*; In modo conforme Id., Sez. VI, 10 marzo 2015, P.G. c. Berlusconi, nel commento di GATTA, *La sentenza della Cassazione sul caso Berlusconi-Ruby, tra morale e diritto*, in www.penalecontemporaneo.it. Cfr., per una prospettiva “ante-Pecorella” Id., Sez. un., 13 dicembre 1995, Clarke, in *Mass. Uff.*, n. 203428. In riferimento ai limiti del sindacato di legittimità sulla motivazione v. anche Cass., Sez. II, 28 giugno 2016, in *Cass. pen.*, 2017, III, 1021 ss. In dottrina, tra gli altri, si cita IACOVELLO, *La Cassazione penale: fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 410: “il travisamento della prova non pone alcun problema di valutazione. Si tratta di una mera constatazione...”

⁸⁴ *Ex plurimis*, Cass., Sez. I, 15 giugno 2007, in *Cass. pen.*, 2008, 2901; Id., Sez. I, 15 marzo 2006, in *Dir. e giust.*, 2006, 16, 40. L'attività del giudice di legittimità non potrebbe, in tal senso, mai tradursi in una nuova valutazione degli elementi di prova al fine di fornire un'alternativa ipotesi ricostruttiva dei fatti, ma si limiterebbe a verificare la conformità della decisione ai dati probatori – anche alla luce della stretta connessione tra prova e decisione, quale emerge dal testo degli artt. 526 e 546, comma 1, lett. e) c.p.p. - «*per evidenziarne l'eventuale, incontrovertibile e pacifica distorsione del “significante”, ma non anche del “significato”*» (Cass., Sez. I, 20 luglio 2006, Stojanovic Dragan, in www.dirittoegustizia.it).

⁸⁵ Cass., Sez. VI, 14 febbraio 2012, in *Mass. Uff.*, n. 249035; Id., Sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, in *Mass. Uff.*, n. 254440; Id., Sez. I, 20 luglio 2015, n. 31406, in *Dir. e giust.*, 2015; Id., Sez. III, 15 febbraio 2017, in *Mass. Uff.*, n. 269138.

⁸⁶ Cass., Sez. VI, 28 settembre 2006, in *Mass. Uff.*, n. 234622; Id., Sez. V, 25 settembre 2007, in *Mass. Uff.*, n. 238215; Id., Sez. II, 22 aprile 2008, in *Mass. Uff.*, n. 239789.

⁸⁷ «*...restando ininfluenti le minime incongruenze*». (Cass., Sez. II, 28 giugno 2016, Musa, in *Mass. Uff.*, n. 268361).

o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, al fine di rilevare d'ufficio le formule liberatorie ivi previste, in ogni stato e grado del processo⁸⁸.

Come sostiene una parte della dottrina, il testo della norma sembra consentire anche al giudice di Cassazione di rilevare ragioni *pro innocentia rei* dagli atti processuali⁸⁹, qualora l'accertamento della causa di non punibilità non necessiti di un diverso apprezzamento delle prove, ma di una semplice constatazione, anche sul presupposto che limitare la cognizione del giudice di legittimità al testo del provvedimento andrebbe a ledere il principio del *favor innocentiae* che ispira la norma in questione.

Tali conclusioni potrebbero allora valere anche nel caso di valutazione del vizio di travisamento della prova da parte del giudice di legittimità, che invece viene affiancato, perlopiù, ad una valorizzazione dell'obbligo di fedeltà della motivazione agli atti processuali o probatori, nonché dell'onere di "indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta" ai sensi dell'art. 581, lett. c), c.p.p.

In altre parole, anziché interrogarsi sugli effetti derivanti dalla nuova formulazione della lett. e) dell'art. 606 c.p.p., la giurisprudenza penale di legittimità ha teso ad escludere la possibilità di un'incursione diretta del giudice di cassazione negli atti del processo, facendo leva, più che sulla lettera della nuova disposizione, sul tradizionale compito della Suprema corte, "cui spetta (o spetterebbe) di giudicare sulle censure proposte dalle parti sulla base solo del ricorso e dell'atto impugnato"⁹⁰.

In questa direzione, le elaborazioni giurisprudenziali sull'autosufficienza del ricorso, di origine civilistica⁹¹, si sono 'infiltrate' anche nel processo penale, e

⁸⁸ Sul tema però, la S.C. ha precisato che la valutazione di una causa di non punibilità prevista dall'art. 129, comma 2, c.p.p. rientra in «*un apprezzamento di fatto precluso al giudice di legittimità*», che, di conseguenza, può emanare sentenza di assoluzione *ex art. 129 c.p.p.* senza rinvio al giudice di merito soltanto se l'innocenza dell'imputato risulti evidente *ictu oculi* dal testo della sentenza impugnata, e non si renda necessario l'accesso agli atti del processo. Sulla relazione tra l'art. 129 c.p.p. e il giudizio di rinvio v. Busetto, *Annullamento parziale e declaratoria della prescrizione nel giudizio di rinvio*, in *Cass. pen.*, 1997, 2480 ss.

⁸⁹ Cfr. FASSONE, *La declaratoria immediata di cause di non punibilità*, Milano, 1972, 28; LOZZI, *Favor rei e processo penale*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, 39.

⁹⁰ CONTI, *L'autosufficienza del ricorso nel giudizio penale di Cassazione*, Corso di riconversione per i nuovi magistrati della Corte di Cassazione e della Procura generale presso la Corte di cassazione, 14 giugno 2012, 14.

⁹¹ V. Cass. civ., Sez. I, 18 settembre 1986, in *Mass. Uff.*, n. 448138. Il principio di "autosufficienza" del ricorso è stato trasposto in ambito penale, soprattutto a seguito della legge n. 46 del 2006, non a caso di poco successiva al d. lgs. n. 40 del 2 febbraio dello stesso anno, che ha inserito nel primo comma

particolarmente in relazione al suddetto vizio di travisamento della prova, in cui è più concreto il rischio di un coinvolgimento della Corte nel ruolo proprio del giudice di merito, che implica una “rilettura” degli elementi di fatto posti a base della decisione⁹².

Oltre alla precisa indicazione della prova travisata od omessa, viene così richiesta alla parte ricorrente anche la trascrizione integrale e la materiale allegazione del verbale di prova⁹³.

Ciò ha portato a un aumento degli oneri *lato sensu* per le parti, che presentano spesso ricorsi prolissi e di difficile comprensibilità, a scapito dei criteri di specificità e sinteticità⁹⁴. Il voler richiedere, tuttavia, alla parte impugnante la «*prova della verità dell'elemento fattuale o del dato probatorio invocato, nonché dell'effettiva esistenza dell'atto processuale su cui tale prova si fonda*»⁹⁵ risulta, invero, sproporzionato, considerato anche che – come rilevato dinanzi – oggetto del giudizio non è la verità del fatto rappresentato nell'atto indicato o allegato, ma soltanto il suo travisamento o la sua omessa valutazione⁹⁶.

dell'art. 366 c.p.c. sul “contenuto del ricorso” il numero 6, ossia la “specifica indicazione degli atti processuali, dei documenti, dei contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso di fonda”.

⁹² Sull'autosufficienza del ricorso in ambito penale cfr. Cass., Sez. II, 1° marzo 2013, Natale, in *Mass. Uff.*, n. 256723; Id., Sez. V, 22 gennaio 2010, Casucci, in *Mass. Uff.*, n. 246552. In dottrina Cfr. CONTI, *L'autosufficienza del ricorso nel giudizio penale di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2017, 36. Definisce il criterio dell'autosufficienza del ricorso un “pretesto di stracchiate inammissibilità” BELCASTRO, *L'inammissibilità del ricorso per cassazione: sanzione e dellazione tra (in)prevedibilità e diritto vivente*, in *Inammissibilità: sanzione o dellazione?*, *Atti del convegno di Roma*, 19 – 20 maggio 2017, 73.

⁹³ Cfr. Cass., Sez. VI, 8 luglio 2010, Cavanna, in *Mass. Uff.*, n. 248192; Id., Sez. I, 26 ottobre 2006, Alfiero, in *Mass. Uff.*, n. 235515. In termini analoghi, Cass., Sez. VI, 14 giugno 2006, Policella, in *Mass. Uff.*, n. 234914.

⁹⁴ L'ambito di incidenza dei motivi di ricorso è stato progressivamente esteso e ha concorso a determinare un notevole aumento delle dichiarazioni di inammissibilità dei ricorsi in cassazione. Cfr. sul punto FERRUA, *L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Inammissibilità: sanzione o dellazione?*, *Atti del convegno di Roma*, 19 – 20 maggio 2017, 21. Cfr. DE CARO, *Esigenza di trasparenza della magistratura e principio di legalità*, in *questa Rivista*, 2019, 2, 5 ss. Nella “Carta di Napoli” era stato anche suggerito, tra i rimedi all'esubero dei ricorsi in cassazione, “il ritorno al controllo limitato alla mancanza e illogicità manifesta risultanti dal testo del provvedimento impugnato, così come prevedeva la norma originaria del codice”, al fine di snellire il lavoro della Corte e recuperare la sua “istituzionale funzione di legittimità”. (Cfr. *La Carta di Napoli. Per una riforma urgente del giudizio di cassazione*, Relazione al Convegno svolto dall'Associazione tra gli studiosi del processo penale – G. D. Pisapia, Napoli, 18 maggio 2012, Punto 3.2, lett c). In merito, v. anche GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, in *questa Rivista*, 2012, 1.

⁹⁵ Cass., Sez. VI, 2 dicembre 2010, Damiano, in *Mass. Uff.*, n. 249035.

⁹⁶ BARGI, *I nuovi ambiti oggettivi delle impugnazioni*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la “legge Pecorella”*, cit., 173. Precisa l'A. che, in realtà, “la previsione dei nuovi oneri in questione rafforza implicitamente il potere del giudice di legittimità di annullare senza rinvio la sentenza impugnata, laddove il grado di rappresentatività della prova travisata o non valutata si traduca in una contraddizione o illogicità del discorso giustificativo insuperabile nell'eventuale giudizio di rinvio”.

La giurisprudenza ha ribadito che, anche a seguito della riforma legislativa del 2006, sussiste comunque la preclusione, per la S.C., di effettuare una rivalutazione nel merito, che non intaccherebbe il sindacato riguardante la logicità della motivazione, ossia la verifica che «*i criteri di interferenza usati dal giudice del merito possano essere ritenuti plausibili, o se ne siano consentiti di diversi, idonei a fondare soluzioni diverse, parimenti plausibili*»⁹⁷.

Rimane che «*tutte le evidenze disponibili*»⁹⁸, anche se non possono essere diversamente valutate, debbono, in ogni caso, essere prese in esame dal giudice della cassazione nel controllo motivazionale della sentenza, teso a verificare la congruità e la fedeltà della decisione al materiale probatorio acquisito⁹⁹.

Di conseguenza, nel constatare l'esistenza di un vizio di motivazione, il confine tra il sindacato di legittimità e quello di merito appare, in concreto, davvero labile¹⁰⁰.

La legge Pecorella ha introdotto, infatti, una contraddittorietà extratestuale, intesa come discordanza tra le argomentazioni effettuate dal giudice e le informazioni alla base di tali argomentazioni. È evidente che non siamo più, in tal caso, nell'ambito del controllo sulla semplice logicità della motivazione, poiché «la contraddizione non si verifica tra le argomentazioni ma tra le informazioni (non solo di natura probatoria) contenute negli atti del processo»¹⁰¹.

D'altronde, viene da chiedersi come possa effettuarsi una verifica su un assunto senza prendere in esame i presupposti di fatto che hanno portato a quella stessa conclusione.

⁹⁷ Cass., Sez. IV, 12 novembre 2009, Durante, in *Mass. Uff.*, n. 245880.

⁹⁸ Cass., Sez. I, 26 marzo 2013, P.G. in proc. Knox e altro, cit. Cfr. Id., Sez. IV, 9 giugno 2004, Bonazzi, in *Mass. Uff.*, n. 228844.

⁹⁹ DOMINICI, *Legittimità e merito. Un'ambiguità persistente*, in *questa Rivista*, 2013, 2, 13. Ampiamente sui requisiti della motivazione v. GAITO, *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni di libertà*, in *Materiali di esercitazioni per un corso di procedura penale*, Padova, 1995, 160.

¹⁰⁰ LATTANZI, *Cassazione o terza istanza?*, in *Cass. pen.*, 2007, 1369. L'accesso agli atti del processo, ammesso nell'ambito dello scrutinio sull'adeguatezza della motivazione della sentenza, «con la funzione nomofilattica in senso stretto ha in effetti poco a che vedere» (DOMINICI, *Cassazione: un discorso sul discorso*, in *questa Rivista*, 2013, 3, 4), finendo per dissolvere l'effettivo controllo sulla legalità della motivazione, con il rischio di trasformare il giudice di legittimità in giudice di terza istanza. Cfr. SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino, 2008, 155 ss.

¹⁰¹ BRUSCO, *La Corte di cassazione e il sistema delle impugnazioni penali: prospettive di riforma*, in *Quest. giust.*, 2017, 3. Ad opinione di ZACCHE', *Prova travisata e poteri della Corte di cassazione*, nota a sent. Cass., Sez. IV, 9 giugno 2004, Bonazzi, in *Cass. pen.*, 2005, 2572, «pare illusoria la pretesa della Cassazione di mantenere il suo controllo nei confini della «mera» legalità quando verifica il procedimento intellettuale seguito dai giudici di grado inferiore».

Oltretutto, conformemente al modello di giusto processo delineato dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 C.E.D.U., non può non ammettersi il controllo di legittimità sulla correttezza del procedimento probatorio¹⁰², vista la “naturale tensione dei magistrati di Cassazione verso la emissione di una decisione non solo formalmente ma sostanzialmente giusta”¹⁰³, anche alla luce del nuovo art. 533, 1° comma, c.p.p. secondo cui “il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio”.

Nel diritto di difesa è ricompresa indubbiamente anche “la garanzia della risposta razionale del giudice, del rendiconto, del ragionamento e delle connessioni probatorie che il giudice ha individuato e posto a fondamento del suo convincimento e della decisione”¹⁰⁴.

Se allora è ricusabile il giudice che abbia espresso precedentemente valutazioni di indizi o prove inerenti alla colpevolezza dell'imputato, poiché «*il principio del “giusto processo” [...] implica e presuppone che il giudizio si formi in base al razionale apprezzamento delle prove legittimamente raccolte ed acquisite*»¹⁰⁵, senza pregiudizi derivanti dall'aver già esaminato la vicenda nel merito, e se, in virtù dell'ampliamento dei motivi di ricorso ex art. 606 c.p.p., è ammessa la cognizione della Suprema Corte sugli atti probatori e processuali... *per modus ponens*, non sembrerebbe paradossale ammettere la ricusazione anche del giudice di legittimità, in caso di sua pregressa valutazione del materiale probatorio o indiziario nell'ambito di una stessa vicenda processuale.

¹⁰² “...Al fine di verificare se e in che misura un certo procedimento sia stato giusto, oppure no, i giudici di cassazione non possono sottrarsi al compito di verificare se nella prospettazione delle ragioni poste a fondamento della decisione vi siano o meno elementi che non erano scaturiti dallo scontro dialettico tra le parti e se i contributi effettivamente apportati dagli interessati abbiano ricevuto considerazione concreta”. (GAITTO, *Riformiamo le impugnazioni penale senza rinunciare al giusto processo*, cit., 13). Cfr. BARGI, *La “giustizia del metodo” come criterio del controllo di legittimità del vizio di motivazione*, in *questa Rivista*, 2013, 3, 1 ss., che parla di “storicizzazione” delle funzioni di legittimità al fine di adeguarle al giusto processo, come delineato dall'art. 111 Cost.

¹⁰³ CONTI, *Questioni di diritto e giudizio di fatto, Relazione del Corso di introduzione all'esercizio delle funzioni di legittimità*, Roma, 12 novembre 2018.

¹⁰⁴ CANZIO, *Giudizio di cassazione tra verità e dubbio*, in *Il giudizio di cassazione nel processo penale*, Zilletti - Rosso (a cura di), Milano, 2011. V. in giurisprudenza Cass., Sez. I, 18 aprile 2013, Stasi, cit., in cui si legge come «*il diritto delle parti a una valutazione legale, completa e razionale della prova*» sia strettamente correlato «*con le coesistenti garanzie, proprie del processo penale, rappresentate dalla presunzione di innocenza dell'imputato, dall'onere della prova a carico dell'accusa [...] dall'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie della necessaria giustificazione delle stesse*».

¹⁰⁵ Corte cost., n. 177 del 1996.

Non è, tuttavia, di questa opinione la S.C., che ha archiviato *ex abrupto* la questione di legittimità costituzionale degli artt. 34 e 37, comma 1, c.p.p. - prospettata in subordine dalla difesa relativamente all'art. 117 Cost. e all'art. 6 C.E.D.U. - qualificandola sbrigativamente come «*irrilevante*»¹⁰⁶.

6. *Il dominio dell'efficienza e il giudice-legislatore. L'invalidità processuale come rimedio in extremis.* La scelta ermeneutica della Cassazione, contenuta nella pronuncia esaminata, ci porta a riflettere su quel (preoccupante) *trend* involutivo, caratterizzato dalla disintegrazione dei canoni del giusto processo accusatorio nella rincorsa alla fantomatica efficienza processuale¹⁰⁷.

Le esigenze efficientistiche sono correlate alla ricerca di soluzioni per ovviare al noto problema dell'eccessiva durata dei processi penali nel nostro ordinamento, che progressivamente ha compromesso, oltretutto, la credibilità della macchina giudiziaria.

Il principio della ragionevole durata del processo¹⁰⁸, tutelato al comma 2 dell'art. 111 Cost., è diventato così il primo degli *idola fori* del diritto processuale odierno.

In quest'ottica, si tende a far risaltare una finalità punitivo-repressiva, più che cognitiva, del processo penale, per cui “tutto ciò che allontana o rende più difficile la punizione [...] viene considerato d'intralcio all'efficienza”¹⁰⁹, in una continua aspirazione alla convivenza di principi¹¹⁰, che stenta tuttavia a realiz-

¹⁰⁶ Punto 12 del *Considerato in diritto*. La S.C. aggiunge poi: «*non possono in nessun caso formularsi soluzioni totalizzanti in assenza della chiara definizione di presupposti incidenti sulla concreta capacità al giudizio di un intero Collegio, formato nel rispetto dell'ordinamento tabellare vigente*».

¹⁰⁷ Il principio di efficienza processuale ricorda, come sostiene MAZZA, *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it, quello di non dispersione della prova cui faceva riferimento la Corte costituzionale nel 1992 “per scardinare la riforma processuale del 1989”.

¹⁰⁸ Sul dibattito dottrinale tra natura oggettiva e soggettiva del principio di ragionevole durata cfr. *ex multis* BUZZELLI, *Durata ragionevole. Tipologie procedurali e rimedi contro i ritardi ingiustificati*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo, Kostoris, Torino, 2008, 258; FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in www.questionegiustizia.it; AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 797 ss.; NAPPI, *La ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2002, 1543; GREVI, *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia oggettiva del «giusto processo» penale*, in *Cass. pen.*, 2003.

¹⁰⁹ Finalità che, tuttavia, mal si concilia con le garanzie processuali di cui allo stesso art. 111 Cost., e con la presunzione di non colpevolezza enunciata all'art. 27, comma 2, Cost. Cfr. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *questa Rivista*, 2019, 2, 1 ss.; GIUNCHEDI, *L'insostenibile conciliabilità tra “smart” process e due process of law (riflessioni minime sul d.d.l. per la riforma del processo penale)*, in *questa Rivista*, 2020, 1, 2.

¹¹⁰ Descrive questa aspirazione alla convivenza di principi ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 13 ss.

zarsi in concreto, riducendosi ad un'opinabile prevaricazione delle esigenze di speditezza e celerità processuale sulle prerogative a tutela dell'imputato.

Ecco che l'allargamento dell'area dell'incompatibilità e della ricsuzione si scontra, oltre che con la tassatività delle relative cause previste dal codice, anche con la necessità di evitare paralisi procedimentali che compromettano il buon funzionamento degli uffici giudiziari¹¹¹.

Alla luce di quanto precedentemente descritto, è innegabile che gli istituti di natura preventiva dell'incompatibilità, dell'astensione e della ricsuzione, così come codificati e interpretati, risultano non essere più idonei a garantire *in toto* l'imparzialità di colui che decide¹¹². Le lacune codicistiche e l'inerzia del legislatore costituiscono così per il giudice il pretesto per abusare dello strumento interpretativo.

La materia in disamina costituisce solo uno dei vari campi minati da questo fenomeno, che gli studiosi in ambito civilistico riconducono alla cd. "crisi della fattispecie"¹¹³, e che conduce sempre più spesso la Suprema Corte ad auto-attribuirsi il ruolo creativo proprio del legislatore, "abbagliata" da questa efficienza (*rectius*: efficientismo¹¹⁴), che rischia *de facto* di calpestare le garanzie difensive.

Il confine oltre il quale l'interpretazione del giudice diviene "creativa" non è chiaro, ma ciò non significa che non esista, o che, qualora vi sia anche solo un minimo dubbio di contrasto tra una legge e un principio costituzionale, il giu-

¹¹¹ Soltanto qualora sussista il rischio di "una incontrollata proliferazione delle garanzie [...] sino a paralizzare, di fatto, il corso del processo" (FERRUA, *Il giusto processo*, terza ed., Bologna, 2012) potrebbero ammettersi compressioni dei diritti dell'imputato nell'ottica della ragionevole durata del processo come canone oggettivo o garanzia soggettiva della vittima/parte civile.

¹¹² Come, del resto, sosteneva la Corte costituzionale nella sent. n. 308 del 1997, è «impossibile pretendere dal legislatore uno sforzo di astrazione e tipicizzazione idoneo ad individuare a priori tutte le situazioni in cui il giudice, avendo esercitato funzioni giudiziarie in un diverso procedimento, potrebbe poi venire a trovarsi in una situazione di incompatibilità nel successivo procedimento penale».

¹¹³ IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss. Critico sulla discrezionalità del giudice SATTA, *Manuale di diritto processuale civile, Presentazione all'ottava edizione*, Padova, 1973: "Il giudice (molti giudici) ha inteso la teoria come un'autorizzazione a farsi legislatore, e si capisce un legislatore di parte, quale solo può essere il giudice che si libera dalla soggezione alla legge".

¹¹⁴ "Si parla di giurisprudenza creativa, con la quale si modella il procedimento avendo come parametri non già l'efficienza, ma un malinteso efficientismo che ridimensiona le garanzie, nonché la durata del processo usata come criterio di deflazione". (Così SPANGHER, *Una sanzione alla carta*, in *Inammissibilità: sanzione o deflazione?*, cit., 16). Scrive RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2013, 4, 12, "Dove v'è un vuoto di potere - è legge antica quanto il mondo - v'è sempre chi è pronto ad occuparlo: il ruolo sussidiario dei giudici [...] risponde quasi ad una sorta di legge di natura, ad una necessità cui non si saprebbe altrimenti come far fronte".

dice sia esonerato dal dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale, ‘forzando’ la *littera legis* nel senso dell’interpretazione più congeniale al dato storico.

Senza soffermarci troppo sui profili critici in tema di efficienza processuale, e lungi da un’interpretazione eccessivamente manichea del principio di imparzialità del giudice, è innegabile che oggi “la giurisprudenza è in grado di dire e fare qualunque cosa”¹¹⁵, superando anche il limite dell’interpretazione, in una evidente tendenza di evasione del testo in cui è il legislatore ad essere “sempre più suddito del diritto vivente”¹¹⁶.

A risultarne pregiudicata è la certezza del diritto¹¹⁷, che lascia sempre più spazio alla discrezionalità giudiziale e a un diritto soggetto a ‘fluttuazioni’ nella fase della sua creazione e applicazione.

¹¹⁵ GAITO, VALENTINI, *Stato senza diritto e difesa smaterializzata: la sostanziale inutilità del diritto alla prova*, in *questa Rivista*, 2020, 3, 2. Questo ‘straripamento’ della funzione giudiziale rischia pericolosamente di condurre “all’annullamento della separazione dei poteri, al declino del principio di legalità e al ribaltamento in sopra-ordinazione della subordinazione dei giudici alla legge” (Così FERRAIOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, 16). Cfr., tra i tanti, anche MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti, sviluppi*, in *www.sistemapenale.it*, 3, 2020, 142; PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2016, 11; VALENTINI, *Contro l’invenzione del diritto, Piccolo elogio della legalità processuale ricordando Piero Calamandrei*, in *questa Rivista*, 2018, 2, *passim*.

¹¹⁶ FERRUA, *Il sacrificio dell’oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *questa Rivista*, 2019, 3, 7. Il mito illuministico del giudice *bouche de la loi* - (cfr. MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, Genève, 1748, libro VI, cap. 3, Libro IX, cap. 6, per cui i giudici venivano considerati “la bocca che pronuncia le parole della legge, esseri inanimati che non possono moderarne né la forza né il rigore”; Similmente BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § IV *Interpretazione delle leggi*, ed. cit., 21) - è ormai un lontano ricordo, come nota VIOLANTE, *La crisi del giudice “bocca della legge” e l’emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziaria*, in *Anatomia del potere giudiziario*, a cura di Guarnieri - Insolera - Zilletti, Roma, 2016, 15 ss.; CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, *passim*; VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, a cura di Paliero, Napoli, 2006, 254, scrive: “Io credo che il sistema penale italiano abbia bisogno, oggi più che mai, di una dose massiccia di *cultura del precedente*: che è, anche, cultura del *limite* al potere del (singolo) giudice, e argine al rischio che il giudice stesso si percepisca come *onnipotente*”. Parla di “narcisismo giurisprudenziale” che rischia di sfociare in un “pericoloso senso di onnipotenza” anche ZAGREBELSKY, *Nozione e portata dell’indipendenza dell’Ordine giudiziario e dei giudici. Ruolo del Consiglio superiore della magistratura*, in *www.osservatorioaic.it*.

¹¹⁷ “Non si tratta della sfiducia in un dato sistema di leggi... si tratta di una sfiducia molto più torbida e distruttiva, che attacca con lo stesso corrosivo scetticismo, indipendentemente dal contenuto delle leggi, il principio stesso della legalità”. (CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, 1942, in *La certezza del diritto*, di Lopez de Onate, Milano, 1968, 170). Sulla nozione di “certezza del diritto” v. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, 53; CARBONE, *Fatto, valore e disvalore. Frammenti sulla certezza del diritto*, *Sociologia del diritto*, 2006. Cfr. *Certezza del diritto e imparzialità del giudice*, *Atti del convegno organizzato a Palermo dal “Centro siciliano di studi sulla giustizia”*. 23 e 24 marzo 2007, 6.

Rimane da capire, allora, fino a che punto l'ordinamento possa ammettere una condizione di incertezza del diritto e di parzialità del giudice "senza che ne sia distrutta la specifica funzione e la data fisionomia identificativa"¹¹⁸.

Andrebbero escluse, ad avviso di chi scrive, "letture accomodanti che si trincerano dietro l'argine degli istituti di natura preventiva"¹¹⁹, nell'intento di assicurare - attraverso una lettura delle norme codicistiche costituzionalmente e convenzionalmente orientata - il rispetto del principio di imparzialità anche nell'eventualità in cui la situazione che si presume pregiudicante non ricada tra le cause tassative di incompatibilità e ricasazione, ma si dubiti comunque di una soggezione del giudice alla cd. "forza della prevenzione".

Una volta constatata l'inadeguatezza degli strumenti di tutela preventiva, e considerato che la nozione di capacità del giudice di cui all'art. 33 c.p.p. ricomprenderebbe, secondo l'impostazione della dottrina maggioritaria¹²⁰, anche la capacità specifica di esercizio¹²¹, e i connotati dell'indipendenza e dell'imparzialità, potrebbe invocarsi il rimedio *ex post* dell'invalidità processuale *ex art.* 178, lett. a), c.p.p. attinente al vizio di capacità del giudice, malgrado la giurisprudenza di legittimità sia prevalentemente orientata nella direzione di negare la riconducibilità del difetto di terzietà o imparzialità a tale vizio, limitando quest'ultimo alle ipotesi di incapacità generica¹²².

Se l'esistenza di una causa di incompatibilità o ricasazione fosse sanzionata con la nullità assoluta *ex art.* 178, lett. a) c.p.p., a prescindere dal fatto che le parti abbiano proposto istanza di ricasazione o che il giudice si sia astenuto, la situazione pregiudicante rilevarebbe fino alla formazione del giudicato.

¹¹⁸ ARDIZZONE, in *Certezza del diritto e imparzialità del giudice, Atti del convegno organizzato a Palermo dal "Centro siciliano di studi sulla giustizia"*, 23 e 24 marzo 2007, cit., 53.

¹¹⁹ DINACCI, *Giudice terzo ed imparziale quale elemento "presupposto" al giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 29.

¹²⁰ Nel senso di un'interpretazione estensiva degli artt. 33 e 178 lett. a) c.p.p., comprensiva anche delle prerogative di imparzialità e indipendenza, cfr. DINACCI, *ult. op. cit.*, cui si rinvia per gli opportuni approfondimenti sul tema.

¹²¹ Per "capacità generica" si intende la capacità di esercitare le funzioni giurisdizionali, mentre per "capacità specifica" si fa riferimento alla regolare costituzione del giudice nel singolo processo. V. sul punto MAZZA, *I protagonisti del processo*, cit., 101.

¹²² Cfr. Cass., Sez. III, 14 novembre 2003, J., cit.; Id., Sez. III, 20 febbraio 2001, Perfetti, in *Cass. pen.*, 2002, 2443; Id., Sez. un., 24 novembre 1999, Scudato, in *Mass. Uff.*, n. 215097; Negli ultimi anni cfr. *ex plurimis* Id., Sez. VI, 9 settembre 2015, Amato, in *Mass. Uff.*, n. 264637. Il ricorso alle invalidità processuali in situazioni di non contemplate dalla legge è, invece, ammesso dalla Corte di Strasburgo (tra le altre, Corte EDU, 24 febbraio 1993, Fey c. Austria, § 28), e dalla Consulta (Cfr. Corte cost. n. 290 del 1998; Id., n. 31 e n. 346 del 1997; Id., n. 131, n. 155 e n. 371 del 1996; Id., n. 432 del 1995; Id., n. 453 e n. 455 del 1994; Id., n. 439 del 1993; Id., n. 124, n. 186 e n. 399 del 1992).

Ad ogni modo, l'ordinamento non dovrebbe restare inerte in presenza anche solo di un minimo dubbio sull'imparzialità del giudice: del resto, questi "o è integralmente terzo ed imparziale o è incompatibile al giudizio; *tertium non datur*"¹²³.

SIMONA CIACCIA

¹²³ LUDOVICI, *Ancora disorientamenti e criticità in tema di incompatibilità del giudice per valutazioni espresse in altro procedimento*, cit., 9.