

ANTICIPAZIONI

MENA MINAFRA

L'inefficacia degli atti nell'ottica della tutela della imparzialità e della precostituzione del giudice¹

Una visione più attuale e costituzionalmente orientata che guardi al processo come concatenazione ordinata e strutturata di atti processuali che conduce alla decisione finale, impone di ripensare alla fenomenologia normativa dell'imperfezione degli atti processuali come ad una disciplina che interviene a sanzionare non solo l'inosservanza dello schema legale astratto, ma anche quelle violazioni suscettibili di incidere negativamente sulla funzione/scopo attribuita a ciascun singolo provvedimento di cui si compone la sequenza e che, tuttavia, non appartengono al concetto classico di fattispecie processuale.

The ineffectiveness of the documents with a view to protecting the impartiality and pre-constitution of the judge

A more current and constitutionally oriented vision that looks at the trial as an orderly and structured concatenation of procedural acts that leads to the final decision requires us to rethink the normative phenomenology of the imperfection of procedural acts as a discipline that intervenes to sanction not only non-compliance of the abstract legal scheme, but also those violations likely to negatively impact the function/purpose attributed to each individual provision of which the sequence is composed and which, however, do not belong to the classic concept of procedural case.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'inefficacia degli atti nell'ottica della tutela della imparzialità e della precostituzione del giudice. - 2.1 *Segue:* la rimessione del processo quale itinerario correttivo del vizio di imparzialità. - 3. Gli atti assunti dal giudice incompetente. - 4. La prova raccolta dal giudice incompetente. - 5. Profili sulla fenomenologia dell'imperfezione degli atti processuali.

1. *Introduzione.* Il termine *sanzione* rappresenta, dal punto di vista concettuale², l'effetto di un vizio di un atto e/o di un atteggiamento richiesto per il raggiungimento dello scopo che l'ordinamento affida a quest'atto e/o a questo comportamento.

La sanzione, dunque, si connota per l'ampiezza in quanto comprende tutti gli strumenti previsti dall'ordinamento per favorire l'osservanza delle disposizioni normative. Pertanto, dal punto di vista generale, per sanzione s'intendono tanto le *misure* punitive previste quale effetto della realizzazione di un illecito³, quanto gli *strumenti* con cui il diritto promette e preserva l'adeguamento

¹ Contributo che sarà pubblicato per gli scritti in memoria del Professor Giuseppe Riccio.

² Dal punto di vista etimologico, il termine deriva da *sanctio*, forma astratta di *sanctum*, participio passato del verbo latino *sancire*, che significa *rendere sacro, inviolabile*; e quindi, *confermare* ed estensivamente anche *vietare con legge*.

³ In tal caso la sanzione si qualifica come *pena in senso tecnico*, volta a difendere o a ripristinare la stabilità del sistema e la tutela di beni costituzionalmente protetti.

di comportamenti legali predisposti dallo stesso ordinamento per il raggiungimento di uno scopo⁴.

Epperò, l'uso linguistico prevalente non è particolarmente vincolato a quest'accezione ampia della *sanzione*; nel linguaggio più diffuso, sanzionare equivale a punire e in tal senso i *rimedi* sono generalmente intesi come punizioni da infliggere a chi non si è conformato a una regola⁵.

Si può certamente affermare che tale categoria concettuale è la *reazione dell'ordinamento a un comportamento dell'uomo*⁶, che può essere giuridicamente approvato (sanzioni positive) o disapprovato (sanzioni negative), poiché è risultato da quel gioco dialettico tra regole e azioni, con cui la normazione segna il confine tra libertà e doverosità⁷.

Il presupposto ontologico è semplice.

Quando l'individuo trasgredisce la norma, rompe l'equilibrio del sistema creando una frattura tra richiesto e realizzato. La condotta inosservante, ad esempio, si pone in contrasto con la regola giuridica che entra in contraddizione con se stessa, creando una disarmonia con le altre azioni sociali, contraddicendo l'ordine del sistema. Nello strappo della simmetria si colgono l'origine e la finalità della *sanzione* quale strumento atto a ristabilire l'equilibrio originario⁸. Da questo punto di vista, non è ipotizzabile un sistema

⁴ Così, letteralmente, GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1970, 98.

⁵ Ancora, GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, cit., 98.

⁶ RICCIO, *Introduzione allo studio del sistema sanzionatorio nel processo penale*, in *Quaderni di Scienze Penalistiche*, II ed., ESI, Napoli, 2006, p. 45.

⁷ RICCIO, *Introduzione allo studio del sistema sanzionatorio nel processo penale*, in *Quaderni di Scienze Penalistiche*, cit., 54; analogamente afferma D'AGOSTINO, in *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, 1999, 89 che il tema della sanzione rinvia a quello della libertà, nella forma concreta che essa assume nell'essere dell'uomo, quello della responsabilità; e c'è responsabilità ogni qual volta l'uomo agisce nel mondo, vi interviene cioè seguendo regole e principi, anziché abbandonarsi all'impersonalità dell'accadere naturalistico. Solo dove non vi sia esercizio di libertà, cioè una dialettica tra regole e azioni, solo dove non vi sia l'esperienza della doverosità, ma della mera necessità naturale, diventa impossibile pensare alla sanzione. Un'eccezione a questo discorso sembrerebbe essere costituita dall'inosservanza delle c.d. regole tecniche (v. *infra*). Sulla possibilità di connotare in termini *positivi* la sanzione, cfr. BOBBIO, *Sanzione*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1969, secondo cui la funzione promozionale del diritto consegue all'affermarsi di un modello ideologico-politico di Stato, la cui funzione consiste nel controllo sociale attraverso la bilanciata predisposizione di pene e premi, cioè di sanzioni positive e sanzioni negative. Per questo modello, dunque, «lo Stato non assume unicamente una funzione preventiva e repressiva dei comportamenti socialmente indesiderati, ma stimola attivamente gli individui ad operare per il compimento di atti e comportamenti socialmente desiderabili, avvalendosi di incentivi e premi».

⁸ CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, in «*Opere*», a cura di D'Addio, Vidal, Milano, 1959, vol. II, 288; cfr. anche D'AURIA, *La scienza giuridica come sistema vitale* in Capograssi, Napoli, 2008.

che contrasti, in linea di principio, con la violazione della *coesistenzialità*: se rinunciaste a reagire sancirebbe la propria dissoluzione⁹.

È noto che ciascuna disciplina giuridica si ritaglia una propria nozione di sanzione, modulata sui caratteri specifici. Ed è evidente che ogni struttura ordinamentale stabilisce la sanzione con la quale intende *prevenire e proteggere* la tipicità del proprio modo di produrre gli effetti a essa affidati dall'ordinamento generale¹⁰.

In ambito processualpenalistico, vizi ed errori non possono non ricadere sugli atti, cioè sui *modi* con cui il processo realizza il proprio scopo.

La possibilità di accostare il fenomeno delle imperfezioni degli atti al concetto di sanzione processuale è da sempre controversa, almeno nel senso più specifico di *pena*, termine con cui il legislatore individua l'effetto del vizio e/o dell'errore: *a pena di*.

Nel processo penale, che è la sequenza di atti posti in successione logica e legislativamente ordinata che conduce all'accertamento delle ipotesi accusatorie al fine di garantire la legittimità del potere di punire, è facile intuire che l'eventuale presenza di un atto viziato, cioè compiuto in modo difforme dal modello legale, ha bisogno di essere rimosso da quell'ordinata progressione processuale¹¹; e le regole dell'accertamento sono criteri per definire il sistema in termini inquisitori e/o accusatori, totalitari o democratici, e sono distinte in ragione delle finalità *politiche* del processo e dei modi con cui si perviene all'accertamento¹².

In tale contesto, rilevante importanza riveste la giurisdizione penale, poiché viene affrontato il complesso di istituti e di garanzie che la Costituente ha inteso fondare, avendo come base l'interesse della società.

Sicché funzionale è l'osservanza delle regole del *procedere*, rappresentando il processo non solo lo strumento attraverso cui lo Stato esercita la sua funzione

⁹ D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, cit., il quale afferma altresì che quando la sanzione interviene a correggere la dissimmetria non può non avere un'apparenza *punitiva*, «non solo perché implicherà un giudizio sull'azione di non conformità alla logica globale del vivere sociale [...] ma anche perché sarà ineludibile».

¹⁰ Di tale avviso anche RICCIO, *Introduzione allo studio del sistema sanzionatorio nel processo penale*, cit., 56, secondo il quale «è opportuno circoscrivere l'ambito definitivo del concetto di sanzione in rapporto al processo penale, sì da verificarne la portata e risolvere la questione della riconducibilità o meno ad esso delle specie d'invalidità».

¹¹ IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008.

¹² RICCIO, *L'imparzialità tra situazione soggettiva e paradigma di sistema*, in *Giust. pen.*, 2014, n. 10, 255.

di *iuris dictio*, ma anche e soprattutto il modo con cui è assicurato il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo; per cui, è d'uopo approfondire l'efficacia degli atti del giudice nell'ottica della tutela della imparzialità e della precostituzione dello stesso e delle eventuali sanzioni per i loro vizi.

2. *L'inefficacia degli atti nell'ottica della tutela della imparzialità e della precostituzione del giudice.* La scelta del codice vigente di riservare le disposizioni di apertura alla giurisdizione penale e di seguito ai soggetti processuali riveste un'importanza sistematica rispetto all'obiettivo di recuperare la terzietà, l'imparzialità¹³ e la funzione di garanzia¹⁴ del giudice nei confronti dell'individuo e della collettività¹⁵.

Il collegamento tra l'asserzione secondo cui «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo» (comma 1)¹⁶ e «ogni processo si svolge [...] davanti a giudice terzo e imparziale» (comma 2) valorizza, difatti, le attribuzioni minime di giurisdizione che stabiliscono anche, in un rapporto di necessaria strumentalità¹⁷, le peculiarità del giusto processo¹⁸.

Tuttavia, ancor prima che *terzo ed imparziale*, l'organo giurisdizionale deve essere *naturale e precostituito per legge*¹⁹, quali caratteristiche che rappresen-

¹³ Per RICCIO, *La procedura penale, Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 153 «alla realizzazione dello status di giudice terzo ed imparziale, concorrono, oltre allo statuto della qualità (art. 101 comma 2 Cost.), le norme sull'organizzazione (art. 104 ss. Cost.), i diritti della persona (al giudice naturale precostituito per legge; alla difesa; ecc.), nonché le regole sulla giurisdizione (parità delle armi; contraddittori; ecc.)».

¹⁴ Per una disamina delle fonti consacranti il medesimo principio a livello internazionale e comunitario v. DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in *Arch. pen.*, 2017. Sia consentito il rinvio a MINAFRA, *Accusato e accusatore. Le oscillazioni del diritto al confronto*, Padova, 2023, 120.

¹⁵ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in G.U. 24 ottobre 1988 n. 250, suppl. ordinario n. 2, 1.

¹⁶ MARZADURI, *Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione. Art. 1*, in *Leg. pen.*, 2000, 776.

¹⁷ In argomento, DEAN, in *I principi costituzionali di terzietà ed imparzialità del giudice nella sistematica del processo penale*, in *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, CERQUETTI - FIORIO (a cura di), Padova, 2002.

¹⁸ Cfr. Corte cost., 15 settembre 1995, n. 432; 24 marzo 1996, n. 131; 20 maggio 1996, n. 155, in www.cortecostituzionale.it. Sull'imparzialità quale paradigma di sistema v. RICCIO, *L'imparzialità tra situazione soggettiva e paradigma di sistema*, in *Giust. pen.*, 2014, fasc. 5, 896.

¹⁹ Sul punto, RICCIO - DE CARO - MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991, *passim*.

tano due diversi e distinti valori costituzionali²⁰ (art. 25 comma 1 Cost.)²¹; di qui la predisposizione, da parte del legislatore processuale, di differenti itinerari normativi volti ad assicurare la loro osservanza nella dinamica procedurale²². Le regole sulla competenza (artt. 4 ss.; 21; 24, 26; 27; 28 c.p.p.), difatti, contemplano i mezzi di controllo per preservare la precostituzione (art. 25 comma 1 Cost.); le disposizioni sull'incompatibilità (artt. 34; 36; 37 ss. c.p.p.), di contro, rivelano le ragioni dell'*inadeguatezza* funzionale, fornendo i meccanismi per garantire la naturalità e l'imparzialità del giudice²³. L'autonomia dei percorsi normativi, dunque, evidenzia una connessione strumentale interna alla giurisdizione tra precostituzione e imparzialità, che

²⁰ In tal senso e per un approfondimento v. NOBILI, sub *Art. 25*, cit. Invero, in ossequio ad una certa impostazione, il precetto scolpito all'interno dell'art. 25 Cost. indica, mediante la locuzione *giudice naturale precostituito*, non solo l'ufficio, ma anche la persona del suo titolare. Sul punto v. Corte cost., 26 gennaio 1988, n. 93, in www.cortecostituzionale.it, nonché Corte cost., 03 luglio 1962, n. 88; 27 aprile 1963, n. 50; 07 giugno 1963, n. 110; 08 giugno 1963, n. 122; 04 luglio 1963 n. 130, in www.cortecostituzionale.it. Secondo SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 170, la giurisprudenza costituzionale si dimostra orientata nel senso di ritenere applicabile il principio del giudice naturale solo agli organi giudiziari e non anche alle persone fisiche dei giudici. Circa il rapporto tra il principio di precostituzione del giudice naturale ed il sistema tabellare di assegnazione degli incarichi v., *ex multis*, CONTI, *Il Sistema Tabellare e la precostituzione del Giudice; una disciplina solo apparentemente innocua*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, fasc. 10, 1287; SALMÈ, *Principio di precostituzione del giudice, disciplina tabellare e Corte di Cassazione*, in *Quest. giust.*, 1997, fasc. 4, 684.

²¹ Sottolinea il percorso ermeneutico condotto, nel tempo, circa l'esegesi dell'art. 25 Cost., rivolto nella direzione di valorizzare il principio di precostituzione del giudice naturale ora nel senso della tutela delle parti processuali, ora in vista dell'affermazione delle *guarentigie* della magistratura, NOBILI, *Art. 25*, in *Commentario della Costituzione italiana*, a cura di Branca, Bologna, 1981, 154, il quale, però, evidenzia i possibili risvolti negativi di siffatta impostazione, precisando che nel momento in cui - per la sua pregnanza di contenuti - la garanzia della precostituzione viene spinta ed utilizzata come presidio sussidiario delle cosiddette guarentigie del potere giudiziario, tutte le tensioni sociali che coinvolgono quest'ultimo si ripercuotono anche sull'applicazione della disposizione in esame. E per converso, in una sorta di scambio tra causa ed effetti: una rimarchevole evoluzione della magistratura spinge - come s'accennava - a scavare il terreno dei principi costituzionali e, appunto, a scoprire anche nel canone del giudice naturale precostituito per legge, una forma di tutela non esclusivamente dettata per le parti processuali. Per un approccio teso a ravvisare nei caratteri della naturalità e della precostituzione per legge, in uno con la guarentigia dell'immobilità, un sintomo della rigidità dell'organizzazione del sistema giudiziario, v. SANTALUCIA, *Si del Tar al ricongiungimento familiare - A rischio il principio del giudice naturale*, in *D&G - Dir. e giust.*, 2006, fasc. 5, 54.

²² Sottolinea il *peso sociale* dell'art. 25 comma 1 Cost., NOBILI, *Art. 25*, cit. Per lettura *storica* del tema, RICCIO, *Naturalità e precostituzione del giudice nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di G. Vassalli, Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. 1945-1990*, vol. II, Milano, 1991, 136 e Id, *La procedura penale, Tra storia e politica*, cit., 170.

²³ In dottrina DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, in *Arch. pen.*, 2017. Si veda altresì, Corte cost., 03 aprile 1969, n. 60.

regola l'ordine delle identificazioni: prima vengono applicati i criteri di distribuzione definiti negli artt. 4 ss. c.p.p., e poi si prosegue con l'attribuzione delle attività giudiziarie.

Ne consegue che la competenza funzionale²⁴ non esclude i criteri generali di competenza, ma li presuppone²⁵.

In altri termini, la competenza *per funzione* ipotizza che il giudice sia già stato individuato sulla base dei criteri indicati nel codice di rito ed è idonea a determinare, in un momento immediatamente successivo, quale Ufficio o singolo soggetto giudicante abbia uno specifico compito²⁶.

Tale competenza assume, in senso positivo, il valore di criterio nel riparto delle competenze tra giudici egualmente competenti (per territorio e per materia) in relazione alle diverse fasi e/o gradi del processo, per l'esecuzione di attività funzionali ad esso e ne riflette gli effetti direttamente sulla specifica idoneità del *giudice* all'adozione di un determinato atto²⁷.

L'incompetenza funzionale, invece, è decifrata nei limiti dell'ulteriore concretizzazione della funzione in virtù dell'attività svolta in precedenza nella stessa

²⁴ Nella vigenza del codice Rocco, si è progressivamente ritenuto che la competenza funzionale dovesse essere intesa come competenza determinata in riferimento ad una situazione processuale di rapporto tra organi o di relazione tra attività (RICCIO, *La competenza funzionale del diritto processuale penale*, Torino, 1959); come competenza determinata dalla qualità dell'attività dell'ufficio e come competenza per fasi (CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1930, 221; FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1956, 300); come ripartizione di giurisdizione fra i vari organi in relazione alle diverse fasi di sviluppo del rapporto processuale (LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, 1952, 2); come attribuzione di esercizio di funzioni in determinati momenti del processo (MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, II, Torino, 1941, 98); come attribuzione di poteri ad un determinato organo in esclusiva o prevalente considerazione della qualità della funzione (SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Padova, 1957, 193). Ampiamento in argomento, volendo MINAFRA, *Capacità specifica del giudice e sentenza emessa in violazione dell'art. 37, comma, 2, c.p.p.*, in *Proc. pen. giust.* fasc. 6, 2011, 133.

²⁵ Per approfondimenti, anche storici, sul tema della competenza funzionale, v. RICCIO, *Competenza funzionale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2002. Secondo l'A., «l'osservazione su giurisdizione e modelli processuali costruisce la cornice del ragionamento, oltretutto i suoi punti di riferimento metodologico. E il presupposto concettuale per la ricostruzione dogmatica del concetto di «competenza funzionale». La competenza funzionale, dunque, si muove nell'ambito dei compiti di istituto finalisticamente orientati allo sviluppo del processo quanto a singoli atti, alla fase, al grado. Essa presuppone, perciò, che quel giudice, funzionalmente «delegato all'atto», sia competente per materia e per territorio».

²⁶ Cfr., ROSSI, *L'incompetenza funzionale e le tendenze conservatrici della Cassazione*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 1.

²⁷ Storicamente, Sabatini, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, cit., 139.

fase e/o ad altro grado, al fine di evitare che il giudice di merito si trovi esposto a forze di prevenzione²⁸ che possano compromettere la sua imparzialità.

Questa *assenza* della competenza, anche se non esplicitamente prevista nel codice di rito²⁹ è comunque deducibile dal sistema e assume una consistente rilevanza per la legittimità della decisione, dato che la sua *manca* rende tale atto non conforme ai parametri normativi. Di qui la *codificazione* della competenza funzionale tramite disposizioni che assegnano compiti specifici in base al contesto procedurale e alle norme relative all'atto o a determinate attività del giudice, il cui diversificato insieme si unisce nell'aspetto negativo della sua funzione: l'incompatibilità³⁰.

L'art. 34 c.p.p., in tale contesto, rappresenta l'impegno del legislatore³¹ nel prevedere in anticipo le cause che potrebbero compromettere l'imparzialità del giudice rispetto agli esiti successivi di un particolare caso, alla luce di un'attività o di una posizione funzionale concorrente o pregressa ricoperta dallo stesso organo giudicante. Epperò, la violazione di questo principio, può manifestarsi in modi del tutto inusuali: talvolta con situazioni di pregiudizio che esistono normalmente prima del procedimento oppure che si trovano al di fuori di esso che si traducono nell'effettiva (o apparente) presenza di un interesse del giudice nell'esito del processo in una direzione piuttosto che in un'altra³².

²⁸ L'espressione coniata da CARNELUTTI, in *Lezioni sul processo penale*, cit., 264 è stata ripresa anche dalla Corte cost., 15 settembre 1995, n. 432, in *Foro it.*, 1995, 3068.

²⁹ Poiché intrinseca alle precedenti attribuzioni del giudice e/o allo sviluppo del procedimento penale.

³⁰ Si tratta della disposizione che ha subito più mutazioni *additive* ad opera di sentenze di illegittimità costituzionale. Sul punto, v. Corte cost., 26 ottobre 1990, n. 496; 12 novembre 1991, n. 401; 30 dicembre 1991, n. 502; 25 marzo 1992, n. 152; 22 aprile 1992, n. 182; 26 ottobre 1992, n. 396; 16 dicembre 1993, n. 439; 30 dicembre 1994, n. 453; 30 dicembre 1994, n. 455; 15 settembre 1995, n. 432; 24 aprile 1996, n. 131; 20 maggio 1996, n. 155; 02 novembre 1996, n. 371; 22 ottobre 1997, n. 311; 21 novembre 1997, n. 346; 18 luglio 1998, n. 290; 17 giugno 1999, n. 241; 06 luglio 2001, n. 244; 01 dicembre 2008, n. 400. Per RICCIO, *L'imparzialità tra situazione soggettiva e paradigma di sistema*, in *Giust. pen.*, 2014, questa moltiplicazione era l'effetto della pluralità di compiti funzionali affidati al giudice quale risolto garantista del dominio del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari.

³¹ Cfr., Corte cost., 27 luglio 2023, n. 172, Nello stesso senso, 10 marzo 2022, n. 64, 21 gennaio 2022 n. 16 e 18 gennaio 2022 n. 7, in www.cortecostituzionale.it

³² Ancora RICCIO, in *L'imparzialità tra situazione soggettiva e paradigma di sistema*, cit., afferma che dal punto di vista ontologico, il sospetto di parzialità è caratterizzato dalla particolare successione di atti processuali sull'identico oggetto; ma è anche determinato dal coinvolgimento del giudice nel fatto, lì dove egli perde terzietà, per essere interessato alla vicenda o per essersi pronunciato su di essa in vario modo.

Dall'insolita natura delle circostanze pregiudizievoli legate alla figura del giudice, emerge la difficoltà nel prevedere tutte le situazioni in cui egli potrebbe non essere neutrale riguardo all'esito del processo.

La Corte costituzionale, ad esempio, sollecitata³³ ad individuare un'ulteriore ipotesi di incompatibilità del giudice penale che, in una diversa e precedente fase dello stesso procedimento, si è già espresso nel merito della *res iudicata*, con la condivisibile sentenza n. 93 del 23 maggio 2024, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p.³⁴, in riferimento all'art. 111 comma 2 Cost.

La decisione poggia sul consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, riguardante la qualificazione del fatto particolarmente lieve³⁵ ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.³⁶, ossia un fatto in ogni modo tipico, antiggiuridico e colpevole³⁷, sull'affermazione che al «giudice penale, che intenda prosciogliere per la particolare tenuità del fatto, deve riconoscersi la possibilità di pronunciare anche sulla domanda di risarcimento del danno»³⁸, nonché sul principio che «una pronuncia di non punibilità *ex art. 131-bis* c.p., in qualunque fase procedimentale o processuale sia collocata, presuppone logicamente la valutazione che un reato, completo di tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, sia stato commesso dalla persona sottoposta a indagini o dall'imputato»³⁹.

Nel caso posto all'attenzione del Giudice delle Leggi è stata assunta una prima decisione *pregiudiziale* nella quale, valutate le prove, il giudice ha respinto la richiesta di decreto penale di condanna, ritenendo che il fatto fosse non punibile, ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., per la sua tenuità⁴⁰. Sul punto, sempre secondo la Corte, va ricordato che, nel procedimento per decreto, il giudice, nel valutare la richiesta del pubblico ministero, effettua un esame completo dell'accusa, sotto il profilo oggettivo e soggettivo giacché il controllo delegato al giudice per le indagini preliminari riguarda non solo i presupposti del rito,

³³ Dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Napoli.

³⁴ Disciplinante i casi di *incompatibilità orizzontale*.

³⁵ Cass., Sez. Un., 25/febbraio-06 aprile 2016, n. 13681, in www.cortedicassazione.it.

³⁶ L'art. 1, comma 1, lett. c), n. 2, d.lgs. 150/2022 è intervenuto sull'art. 131-*bis* c.p. In tema, Cass., Sez. III, 04 aprile 2023, n. 18029; Cass., Sez. III, 24 maggio 2023, n. 28031; Cass., Sez. III, 24 maggio 2023, n. 28033. In dottrina, ampiamente cfr., A.A. V.V., *Tenuità del fatto e riti alternativi al dibattimento. I nuovi assetti dopo il d.lgs. n. 150 del 2022*, a cura di Zacchè, Torino, 2024.

³⁷ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2022, n. 18891, in www.cortedicassazione.it.

³⁸ Corte cost., 12 luglio 2022, n. 173.

³⁹ Corte cost., 13 giugno 2023, n. 116.

⁴⁰ Corte cost., 24 maggio 2024, n. 93, §6.1 del Considerato in diritto.

ma anche la fondatezza dell'ipotesi accusatoria, postulando una verifica del fatto storico e della responsabilità dell'imputato⁴¹. Con la restituzione degli atti al pubblico ministero, inoltre, si determina la regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, ricorrendo, così, la condizione della diversità della fase processuale⁴².

In conclusione, secondo la Consulta, occorre verificare se il momento decisionale, che il giudice rimettente ritiene *pregiudicato* dalla formazione della precedente decisione, possa essere qualificato anche come valutazione sulla responsabilità penale dell'imputato. Per la Corte, nel caso di opposizione all'archiviazione per la particolare tenuità del fatto, la risposta è positiva poiché, sebbene l'archiviazione sia un procedimento dall'agile struttura, il provvedimento del giudice motivato dalla particolare tenuità del fatto è preceduto da compiute valutazioni che riguardano il merito dell'accusa⁴³. Anche la Suprema Corte⁴⁴ esprimendosi in tema ha ritenuto che la suddetta ordinanza ha carattere decisorio su situazioni di diritto soggettivo⁴⁵, precisando, altresì, che «il provvedimento di archiviazione per particolare tenuità del fatto deve essere iscritto nel casellario giudiziale⁴⁶, producendo così effetti diretti nella sfera soggettiva della persona indagata: ai fini della valutazione della non abitudine del comportamento (elemento, questo, che deve sussistere affinché si possa dichiarare la particolare tenuità del fatto); è infatti necessario che vi sia *memoria* di altri eventuali reati commessi dal medesimo autore, già ritenuti non punibili ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.»⁴⁷.

La Consulta, per queste ragioni, ha concluso ritenendo che il giudice si trova a dover valutare due volte lo stesso fatto, dapprima nella fase di richiesta di decreto penale di condanna e successivamente in caso di opposizione all'archiviazione per la particolare tenuità del fatto, cosicché può essere condizionato dalla decisione assunta in precedenza, in contrasto con l'art. 111,

⁴¹ Ancora, Corte cost., 24 maggio 2024, n. 93, §6.1 del Considerato in diritto con richiamo alle sentenze nn. 16 del 2022 e 346 del 1997.

⁴² Sempre Corte cost., 24 maggio 2024, n. 93, §6.2 del Considerato in diritto con richiamo a Corte cost., 20 aprile 2022, n. 16 e 24 gennaio 2017, n. 18.

⁴³ Corte cost., 24 maggio 2024, n. 93, §6.3 del Considerato in diritto.

⁴⁴ Cass., Sez. V, 31 agosto 2023, n. 36468.

⁴⁵ Ancora, Corte cost., 24 maggio 2024, n. 93, §6.3 del Considerato in diritto.

⁴⁶ Volendo, in tema, MINAFRA, *Commento artt. 15-20 del d.r. n. 313/2002, Codice di procedura penale commentato*, VI ed., Milano, 2023.

⁴⁷ Cass., Sez. un., 24 settembre 2019, n. 38954, in www.cortedicassazione.it.

comma 2, Cost., secondo il quale il processo si deve svolgere dinanzi a un organo giurisdizionale terzo e imparziale.

È evidente, dunque, che di là di quanto previsto dalla legge, in caso di una situazione (legale o fattuale) che minacci la sua neutralità e l'imparzialità, il sistema giuridico non può restare indifferente⁴⁸.

Ed è chiaro anche che, se a volte la compromissione del principio di imparzialità può emergere solo in situazioni specifiche, la sua salvaguardia avviene principalmente tramite i meccanismi di astensione e ricazione, regolati rispettivamente dagli artt. 36 e 37 c.p.p. Tali disposizioni identificano cause di pregiudizio che non sono strutturalmente legate all'organizzazione del processo e che tipicamente si manifestano in situazioni concrete, coinvolgendo una valutazione pratica della rilevanza delle attività svolte dalla giurisdizione sia al di fuori del contesto giudiziario sia in relazione ad altri procedimenti⁴⁹, tratteggiando, così, una diversa operatività degli schemi dell'incompatibilità da un lato e dell'astensione-ricusazione dall'altro. La differenza sta nel fatto che questi ultimi due concetti sono caratterizzati da una modalità di funzionamento concreta, non astratta: in un sistema rigido e predefinito, come quello delle incompatibilità, non è possibile considerare le situazioni che solo la dinamica concreta del processo può rivelare come capaci di compromettere l'imparzialità del giudice, tutelabili attraverso i meccanismi più flessibili di astensione e ricazione. Emerge, pertanto, la riedificazione di un sistema che desidera la predisposizione della necessaria tutela al principio del giusto processo in tutti i casi, anche atipici e imprevedibili, in cui possa risultare pregiudicato l'equilibrio dell'organo giurisdizionale⁵⁰.

Di qui la necessità di tracciare un *confine operativo* tra l'astensione e la ricazione e l'incompatibilità, posto che, se al legislatore venisse imposto l'onere di individuare a priori tutte le situazioni di quest'ultima, «l'intera materia, di-

⁴⁸ Inevitabile, pertanto, l'*apertura* dell'art. 37, comma 1, lett. b) c.p.p., caricando così la giurisdizione della indispensabile opera concretizzabile che il legislatore non poteva neanche immaginare. Sul punto, Corte cost., 06 luglio 2000, n. 283, in *www.cortecostituzionale.it*. In dottrina, volendo, MINAFRA, *Capacità specifica del giudice e sentenza emessa in violazione dell'art. 37, comma, 2, c.p.p.*, in *Proc. pen. gust.*, cit., 136.

⁴⁹ In tema, DINACCI, *Giudice terzo e imparziale quale elemento "presupposto" del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali*, cit., 54.

⁵⁰ Tra le recenti pronunce, cfr. Corte cost., 27 luglio 2023, n. 172. Nello stesso senso, n. 16 e 18 gennaio 2022 n. 7, cit.

spersa in una casistica senza fine, diverrebbe refrattaria a qualsiasi tentativo di amministrazione mediante atto di organizzazione preventiva»⁵¹.

Incompatibilità, astensione e ricsuzione sono, dunque, «una forma di progressione relativa alle modalità d'attuazione dell'imparzialità del giudice»⁵²; la ricsuzione, inoltre, funge da *garanzia finale* per la tutela dell'imparzialità del giudicante, attraverso la *rimozione* di quel giudice così «deontologicamente sordo da restare al banco anche in pendenza di situazioni che impongono un dovere di astensione»⁵³.

Il collegamento intrinseco tra il singolo giudice e l'atto, che caratterizza l'incompetenza funzionale, chiarisce perché la *lacuna* riguardi la capacità specifica di esercitare la funzione giurisdizionale e non la capacità generica *ex art.* 178, comma 1, lettera a), c.p.p., che osserva l'idoneità attribuita con l'investitura e la funzione, a prescindere da una situazione giudiziaria specifica⁵⁴.

Deve ribadirsi, allora, che mentre la disciplina sulla competenza per materia e per territorio inerisce alla tutela del principio della precostituzione, a tutela dell'imparzialità troviamo la competenza funzionale.

Ciò mette in evidenza non solo la distinzione ontologica tra l'incompetenza funzionale e la capacità generica disciplinata dall'art. 178, comma 1, lettera a), c.p.p., ma la esclude completamente dai criteri di competenza nel *sensu tecnico* del termine.⁵⁵

⁵¹ Così, Corte cost., 01 novembre 1997, n. 307; 01 novembre 1997, n. 308; 14 novembre 1994, n.301; 14 luglio 2000, n. 283; 08 luglio 2010, n. 247; 14 maggio 2013, n. 86..

⁵² Per RICCIO, *L'imparzialità tra situazione soggettiva e paradigma di sistema*, cit., 58, «l'imparzialità si presenta come *elemento di struttura del processo democratico*, che condiziona l'interpretazione delle fattispecie genericamente descritte negli artt. 34-37 c.p.p.: disposizioni che descrivono le situazioni ed il procedimento *invalidanti* il giudizio, talvolta con linguaggio non sovrapponibile, che dovrebbero essere lette in modo da convalidare il suo principio fondante, quello del pregiudizio naturalmente derivante *dal precedentemente conosciuto*, non solo del *precedentemente valutato*».

⁵³ In tal senso, DINACCI, *Giudice terzo e imparziale*, cit., 36.

⁵⁴ In tema, ampiamente, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 98; Zappalà, sub *art. 33*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Torino, 1989, 184. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. VI, 2 dicembre 2004, Von Pinoci, in *Cass. pen.*, 2006, 2202, con nota di ERCOLE, *Valutazione dei gravi indizi nell'extradizione passiva e condanna alle spese in caso di rigetto del ricorso per cassazione*.

⁵⁵ In dottrina, IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Bologna, 2008 e ID, *La nullità nel processo partecipato, ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, in *Riv. ital. Dir. proc. pen.*, 2011, 189.

L'incompetenza specifica, di contro, non influisce sulla conformità degli atti allo schema legale ma riguarda il singolo organo giudicante.

Quando l'incompetenza funzionale viene equiparata all'incompetenza materiale risolvendosi con nullità assoluta, si perde, invece, l'autonoma distinzione tra i valori sottesi. In tal modo si confonde il processo concernente la precostituzione del giudice con la regolamentazione delle sue competenze, ed entrambi con la carenza del giudice di capacità generica, *ex art. 178, comma 1, lettera a), c.p.p.*⁵⁶

Non solo.

Una coesistenza tra vizi, in particolare, tra causa di nullità e vizio di inefficacia, può di certo sussistere nel processo ma, conseguente all'applicazione della *propria* sanzione, è inevitabile l'assoggettamento di ciascuna *imperfezione* al regime di trattamento degli effetti.

L'inefficacia proietta l'atto in una dimensione - di giudizio, di qualificazione - diversa dalla distinzione validità/invalidità, risolvendosi in un regime nemmeno in parte assimilabile a quello della invalidità.

Il sistema dell'inefficacia opera *ex lege* all'atto dell'insorgere del vizio, viceversa la nullità necessita della dichiarazione giudiziale e, in via preliminare, di un soggetto che la rilevi, compreso il giudice ove sia rilevabile d'ufficio; sicché, nel caso in cui la nullità non sia sollevata o scadano infruttuosamente i termini per la sua rilevazione, l'atto - ancorché viziato - produce gli effetti normativamente ad esso riconnessi.

Dal punto di vista effettuale, mentre l'inefficacia determina, *ipso iure*, la disattivazione degli effetti dell'atto ponendolo nel *nulla giuridico*, le nullità, fatta eccezione per quelle assolute, pretendono che, a determinate condizioni, l'atto conservi e stabilizzi i propri effetti, potendo ancora risultare idoneo al raggiungimento del suo scopo.

L'incompetenza funzionale, in pratica, si manifesta attraverso regole di assegnazione di determinate attività o poteri al singolo magistrato o al collegio.

Per tale fattispecie l'ordinamento privilegia il principio della conservazione degli atti, utilizzando solo in via estrema la sanzione dell'inefficacia degli stessi (artt. 27 e 42, comma 2, c.p.p.); mentre, l'essenza negativa di impedimento

⁵⁶ Cfr., Cass., Sez. un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, in *Cass. pen.*, 1994, 495; Cass., Sez. I, 24 ottobre 1995, Bianco, in *Cass. pen.*, 1998, 2734; Cass., Sez. III, 28 ottobre 1999, Dell'Utri, in *Cass. pen.*, 2000, 1641.

all'esercizio ulteriore della funzione porta all'abnormità⁵⁷ degli atti eventualmente emessi, poiché derivano da un giudice che, nella pratica, non ha potere.

Le cause di incompatibilità, dunque, non avendo impatto sulla capacità del giudice, non determinano la nullità dei provvedimenti eventualmente adottati. Il difetto di competenza funzionale può essere contestato, come detto in precedenza, attraverso strumenti come la ricsuzione o il ricorso per cassazione per irregolarità dell'atto emesso in assenza di potere. Tali dispositivi procedurali con limiti temporali e il loro mancato *utilizzo*, entro i termini previsti, producono un comportamento di acquiescenza, il quale consolida gli effetti del provvedimento del giudice competente sia in senso astratto e generale, sia per materia e territorio⁵⁸.

In riferimento al principio della conservazione degli atti, partendo dal senso letterale della previsione di cui all' art. 27 c.p.p.⁵⁹, emerge evidente come la dichiarazione di incompetenza del giudice non incida sulla validità strutturale del provvedimento privativo della libertà, ma sulla sua efficacia che, nel caso specifico, assume il carattere della interinalità. E ciò al fine di consentire «la *manutenzione* della misura adottata, proiettando la di lei efficacia anche nella ulteriore fase del passaggio di consegne del procedimento da un giudice all'altro⁶⁰ e caratterizzando tale vigenza con un termine (quello dei venti giorni

⁵⁷ Le Sezioni unite della Corte di Cassazione, che hanno tracciato le caratteristiche della categoria dell'abnormità, in particolare: Sez. un., 18 giugno 1993, Garonzi; Sez. un., 24 marzo 1995, Cirulli; Sez. Un. 09 luglio 1997, Balzan; Sez. un. 09 luglio 1997, Quarantelli; Sez. un. 10 dicembre 1997, Battista; Sez. Un., 24 novembre 1999, Magnani; Sez. un., 31 gennaio 2001, Romano; Sez. Un., 11 novembre 2001, Chirico; Sez. Un., 29 maggio 2002, Manca; Sez. un., 25 febbraio 2004, Lustri; Sez. Un., 20 dicembre 2007, Battistella; Sez. Un., 26 marzo 2009, n. 25957. In dottrina, MARANDOLA, *Impugnazioni, Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, Milano, 2009, 10; DEAN, *Gli atti, Procedura penale*, Torino, 2010, 227.

⁵⁸ In tal senso, IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit. In argomento cfr., Cass., Sez. I, 12 aprile 2023, n. 20612; Cass., Sez. I, 13 aprile 2023, n. 29891; Cass., Sez. I, 02 maggio 2023, n. 26553; Cass., I, 03 maggio 2023, n. 31919; Cass., Sez. I, 03 maggio 2023, n. 22326; Cass., Sez. I, 23 maggio 2023, n. 22319; Cass., Sez. II, 20 giugno 2023, n. 28560; Cass., Sez. II, 22 giugno 2023, n. 27136; Cass., Sez. II, 03 luglio 2023, n. 28561; Cass., Sez. II, 13 luglio 2023, n. 30721; Cass., Sez. II, 18 luglio 2023, n. 36768. In argomento, ampiamente, Aa. Vv. *La riforma Cartabia*, a cura di Spangher, Pisa, 2022, 584 nonché, volendo, MINAFRA, *Accusato e accusatore. Le oscillazioni del diritto al confronto*, cit., 65.

⁵⁹ Si v. anche l'art. 7, comma 10-*quater*, d.lgs. n. 159 del 2011.

⁶⁰ Sul punto, Corte cost., 12 giugno 1991, n. 262. Conforme, in sede di legittimità, Cass., Sez. II, 17 aprile 2015, n. 16056.

di cui al comma 2 della disposizione in questione), destinato ad evitare situazioni di illegittime proroghe implicite *ad libitum*»⁶¹.

La temporanea efficacia dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare⁶², difatti, resta valida anche se l'organo giurisdizionale che l'ha emessa è ritenuto incompetente e l'impugnazione dell'ordinanza è proposta ad un diverso giudice.⁶³ Questo perché è solo la situazione scaturente dalla dichiarazione d'incompetenza in sé a giustificare la temporanea applicazione retroattiva del provvedimento cautelare, indipendentemente dalla fase del procedimento in cui il vizio sia stato riconosciuto e dichiarato⁶⁴.

L'interesse dell'indagato al riconoscimento dell'incompetenza del giudice che abbia disposto una misura cautelare, in tal modo è tutelato dall'inesistenza di una causa di nullità dell'ordinanza. Del resto, esistendo l'inefficacia differita dell'atto di cui all'art. 27 c.p.p., il detto interesse potrà essere valutato in sede di controllo,⁶⁵ con l'effetto, da un lato, dell'applicazione della detta sanzione processuale sulla misura o, dall'altro, dell'ottenimento dal giudice competente di una rinnovata ed autonoma valutazione in ordine ai presupposti della misura stessa⁶⁶.

Si noti che il termine di venti giorni disposto dall'art. 27 c.p.p., raffigura il limite temporale per l'efficacia della misura cautelare disposta dal giudice in-

⁶¹ V. Cass., Sez. un., 05 aprile 2001, n. 3, Buffoli nonché Cass., Sez. un., 02 aprile 2010, n. 12823, in www.cortedicassazione.it

⁶² GRIFANTINI, *Misure cautelari e incompetenza del giudice nella fase delle indagini preliminari: quali rimedi dopo la sentenza delle S.U.?*, in *Cass. pen.*, 1994, 2955.

⁶³ In argomento, Cass., Sez. un., 12 aprile 1996, n. 1, in www.cortedicassazione.it. Conformi: Cass., Sez. III, 26 giugno 2014, n. 27701; Cass, Sez. IV, 25 marzo 2014, n. 14015 e Cass., Sez. I, 13 gennaio 2015, n. 87.

⁶⁴ Così, Cass., Sez. I, 05 gennaio 1994, n. 14, in www.cortedicassazione.it Deve, inoltre, rilevarsi come per costante giurisprudenza l'art. 27 c.p.p. non trovi applicazione con riguardo all'ordinanza cautelare emessa da un giudice originariamente competente, ma divenuto successivamente incompetente per forza dell'istituzione di nuovi uffici giudiziari. Qui il provvedimento mantiene la propria efficacia, anche una volta che il giudice sia stato spogliato della competenza (v. ad es. Cass., Sez. I, 23 febbraio 1996, Bocolato, Rv, n. 204194). Lo stesso dicasi per le ipotesi in cui il giudice che ha emesso la misura si sia dichiarato erroneamente incompetente, ingenerando un conflitto di competenza, che la Corte di Cassazione abbia risolto nel senso di dichiarare la competenza del primo giudice (Cass., Sez. fer., 29 luglio 1997, n. 96, in *Giur. it.*, 1999, 604).

⁶⁵ Sul punto, Cass., Sez. V, 01 dicembre 2017, n. 54330. In precedenza, Cass., Sez. V, 19 novembre 2008, n. 43281; Cass., Sez. III, 09 febbraio 2010, n. 5836; Cass., Sez. I, 15 febbraio 2012, n. 5896; Cass., Sez. II, 25 gennaio 2013, n. 4045.

⁶⁶ Cass., Sez. V, 01 dicembre 2017, n. 54330. In precedenza, Cass., Sez. V, 19 novembre 2008, n. 43281; Cass., Sez. III, 09 febbraio 2010, n. 5836; Cass., Sez. I, 15 febbraio 2012, n. 5896; Cass., Sez. II, 25 gennaio 2013, n. 4045.

competente. Epperò, trascorso il tempo previsto, nulla impedisce al giudice *capace* di provvedere successivamente con un provvedimento applicativo di detta misura, anche se basato sugli stessi presupposti e sulle stesse necessità cautelari, qualora queste persistano⁶⁷.

In tema di provvedimenti precautelari è noto che essi si connotano per essere adottati in situazioni di urgenza da parte di soggetti detentori di un potere coercitivo provvisorio⁶⁸ consumato il quale la misura diviene immediatamente inefficace, a prescindere dal fatto che il giudice abbia o meno proceduto alla sua convalida.

Il giudice per le indagini preliminari procede alla convalida e, ove il pubblico ministero ne faccia richiesta e ricorrano le condizioni imposte dalla legge, dispone con ordinanza la misura cautelare custodiale trasmettendo gli atti al giudice competente che, entro venti giorni dalla emissione dell'ordinanza, a pena di inefficacia del provvedimento adottato del giudice per le indagini (art. 307, comma 5, c.p.p.), deve decidere sulla riattivazione della misura.

Nell'ipotesi in cui il luogo dell'arresto o del fermo sia diverso da quello di commissione del reato il giudice della convalida *ex art. 391 c.p.p.*, sarà diverso da quello predeterminato ai sensi degli artt. 4 ss. c.p.p. L'art. 307, comma 5, c.p.p., dunque, non fa che riproporre la regola processuale di cui all'art. 27 c.p.p. anche nei casi di *ripristino* del titolo custodiale.

Epperò, in tale ultima disposizione, la dichiarazione di incompetenza, costituisce l'elemento chiave per il legislatore affinché possa scattare il meccanismo idoneo a determinare un'efficacia interinale della misura. Ne consegue che la stabilizzazione di tale misura dipenderà dal giudice competente che ritenga di *confermarla*, previa valutazione dei presupposti di applicazione e dell'idoneità funzionale della precautela, sotto il profilo della sua strumentalità processuale.

Nel caso dell'art. 307, comma 5, c.p.p., di contro, esiste un giudice la cui giurisdizione cautelare è già stata predefinita, svolta e consolidata; ne consegue che non va dichiarata l'incompetenza del giudice che ha predisposto il fermo

⁶⁷ Cass., Sez. un., 29 luglio 1993, n. 15. Conforme: Cass., Sez. VI, 09 gennaio 2013, n. 1056. Sulla legittimità della motivazione *per relationem* con riferimento all'ordinanza emessa dal giudice dichiaratosi incompetente v. Cass., Sez. III, 20 febbraio 2017, n. 7975 e Cass., Sez. II, 02 febbraio 2016, Di Pietro ed altri, Rv, n. 98725. Da notare, infine, come l'ordinanza con la quale il giudice competente applica la misura *ex artt. 27 e 292 c.p.p.* è soggetta a richiesta di riesame *ex art. 309 c.p.p.*

⁶⁸ Esse sono, infatti, disciplinate e previste come misure destinate a perseguire una funzione *sostitutiva* alle misure adottabili dal giudice, cui è di regola attribuito il potere in situazioni ordinarie.

e la perdita dell'efficacia del provvedimento si ha solo se entro venti giorni dalla sua applicazione il giudice competente non ne dispone la conferma⁶⁹.

La citata disposizione codicistica⁷⁰, inoltre, è silente con riguardo al caso in cui, piuttosto che di incompetenza, debba parlarsi di un difetto di giurisdizione in capo al giudice che abbia emesso la misura. La dottrina concordando sul fatto che l'art. 27 c.p.p. non sia applicabile in ossequio all'art. 13 Cost. che assoggetta la materia al principio di stretta legalità, ritiene che la misura emessa dal giudice che si dichiara privo di giurisdizione perda automaticamente efficacia a seguito di detta pronuncia.

Di tenore opposto al principio di conservazione degli atti che si è visto operante rispetto all'art.27 c.p.p., risuona l'art. 42 c.p.p. il quale dispone, al comma 1, che l'accoglimento della dichiarazione di astensione o ricusazione del giudice comporti il divieto per il medesimo di compiere qualsiasi atto del procedimento privandolo del potere di esercitare qualunque potestà giurisdizionale.

Ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p.p., in pendenza di un'istanza di ricusazione ammissibile, l'organo della procedura, individuato ex artt. 36, comma 3, e 40 c.p.p., può, poi, disporre, con atto motivato, che il giudice sospenda temporaneamente le attività processuali o si limiti al compimento di atti indifferibili. Mancando tale provvedimento, il giudice può continuare ad esercitare le sue funzioni, ad esclusione della pronuncia della sentenza ex art. 37 c.p.p.⁷¹

Fin dal momento in cui sorge una causa di astensione, anche se le parti non propongono la dichiarazione di ricusazione, il giudice ha comunque l'obbligo di astenersi e perciò di non compiere alcun atto processuale.

Il primo atto del procedimento che l'organo giurisdizionale compie dopo l'insorgere del fatto pregiudicante risulterà affetto da *error in procedendo*. Quando si applica tardivamente il rimedio, non si tratta di invalidare gli atti fino a quel momento legittimamente compiuti, bensì di accertare l'inefficacia di provvedimenti prodotti da chi aveva l'obbligo di non compierli⁷².

⁶⁹ In tal senso, Cass., Sez. un., 2 aprile 2010, n. 12823, in *Foro it.*, n. 7, 2010, 56.

⁷⁰ Analoga questione si è posta con riguardo all'art. 26 c.p.p. (v. *infra*).

⁷¹ Per quanto concerne la sentenza eventualmente pronunciata dal giudice ricusato, la giurisprudenza è orientata nel senso di ritenerla affetta da una validità o invalidità *secundum eventum*, ossia a seconda che l'istanza di ricusazione sia successivamente accolta o rigettata. Sul punto, Cass., Sez. un., 27 gennaio 2011, Tanzi, in *Cass. pen.*, 2011, 4210.

⁷² CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., 89.

Sempre in riferimento al principio della conservazione degli atti, l'art. 42 al comma 2 c.p.p., prevede che il giudice dell'astensione o della ricusazione, in accoglimento della relativa istanza, «dichiara se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente [...] conservano efficacia»⁷³.

Con questa disposizione il legislatore ha inteso conciliare, da un lato l'esigenza della concreta imparzialità del giudice e dall'altro il fatto di evitare il peso di attività processuali talvolta irripetibili nonché l'utilizzo dilatorio dell'istituto della ricusazione⁷⁴.

L'organo giurisdizionale del procedimento incidentale, nel determinare l'esito degli atti formati dal giudice che è stato ricusato o si è astenuto, ha un ruolo fondamentale; tuttavia, può accadere che non adotti una decisione in proposito sollevando, così, incertezze sul valore del suo silenzio⁷⁵.

La Suprema Corte⁷⁶, interrogata al riguardo, ha affermato che l'art. 42, comma 2, c.p.p., dispone che gli atti processuali compiuti dallo *iudex suspectus* prima di accogliere la dichiarazione di astensione o la richiesta di ricusazione sono *ex se* inefficaci, consentendo, in via eccezionale, al giudice procedente di adottare un provvedimento di segno opposto.

La norma crea una presunzione di inefficacia degli atti compiuti dallo *iudex suspectus* che può essere superata solo attraverso un provvedimento conservativo⁷⁷.

La conclusione, che qui si condivide, è logico-sistematica⁷⁸: attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione, l'ordinamento prevede un controllo giurisdizionale, teso alla tutela dell'imparzialità del giudice⁷⁹, per verificare se la *riconosciuta* situazione *di dubbio* abbia intaccato l'affidabilità dell'operato processuale svolto in precedenza dal giudice.

L'accertamento riguarda l'intero *iter* processuale svolto dal giudice, sia esso direttamente coinvolto o solo partecipe, fino alla pronuncia del provvedimento

⁷³ Quanto agli effetti della declaratoria in esame, a seguito di ricusazione, si v. Cass., Sez. un., 16 dicembre 2010, Digiacoantonio, Rv, n. 249300, nella quale si è precisato che le questioni sollevate da una parte, inerenti all'incompatibilità funzionale del giudicante, hanno natura oggettiva e pertanto la declaratoria di cui all'art. 42, comma 2, c.p.p., si estende a tutti i coimputati.

⁷⁴ In questi termini BACCARI, *Astensione del giudice e utilizzabilità delle prove già assunte*, cit., 89.

⁷⁵ Cfr., Cass., Sez. VI, 18 marzo 2003, Matteucci, Rv, n. 225756.

⁷⁶ Ancora, Cass., Sez. un., 16 dicembre 2010, Digiacoantonio, cit.

⁷⁷ In argomento, DINACCI - GIUNCHEDI, in *I soggetti pubblici*, in *Procedura penale*, a cura di Gaito, Milanofiori Assago, 2015, 121.

⁷⁸ In questi termini Cass., Sez. I, 05 maggio 1991, De Tommasi, Rv, n. 186849.

⁷⁹ Ancora, Cass., Sez. I, 05 maggio 1991, De Tommasi, cit.

to ai sensi dell'art. 42, comma 2, c.p.p., inclusi gli atti urgenti consentiti in base al primo comma dell'art. 41 c.p.p.

Il giudice incaricato deve valutare la fondatezza dell'astensione o della ricasazione attraverso un riesame di ciascun atto: ciò al fine di determinare se tali provvedimenti possano essere recuperati, verificando che siano stati formati in condizioni psicologiche da garantirne l'integrità. In tema, la disciplina è lacunosa, tanto che la mancanza di linee guida e criteri chiari, tende a sfociare al limite nell'arbitrarietà⁸⁰.

Epperò si rileva che la decisione sui provvedimenti da *recuperare* del giudice sospetto è assunta dall'organo giurisdizionale del procedimento incidentale *de plano*, senza consultare le parti. Per queste ultime, quindi, si porrebbe anche il problema dell'eventuale declaratoria di inefficacia degli atti⁸¹.

Il Supremo Collegio⁸², nel tentativo di fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 42, comma 2, c.p.p., attraverso la distinzione tra efficacia dell'atto e sua utilizzabilità⁸³ e in ossequio al principio dell'immutabilità del giudice *ex art. 525, comma 2, c.p.p.*⁸⁴, ritiene necessaria la rinnovazione del dibattimento salva l'opposizione delle parti alla lettura dei verbali riguardanti le prove precedentemente acquisite⁸⁵.

La pronuncia, senza dubbio alcuno, ha il merito di aver sollevato gli inadeguati profili del procedimento delineato nell'art. 42, comma 2, c.p.p.

Per la dottrina⁸⁶, tuttavia, la soluzione individuata non convince, poiché l'identificazione degli atti che conservano efficacia appartiene alla competenza

⁸⁰ PATANE, *Accoglimento del ricorso avverso l'ordinanza di rigetto della dichiarazione di ricasazione e nullità della sentenza pronunciata "medio tempore" dal giudice ricasato*, in *Cass. pen.*, 1998, 863.

⁸¹ Secondo DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 250, il provvedimento richiamato dall'art. 42, comma 2, c.p.p., è di natura ordinatoria e, quindi, implica l'esistenza di una motivazione; già tale considerazione non consente di escludere l'impugnabilità del provvedimento unitamente alla sentenza, ai sensi dell'art. 586 c.p.p.

⁸² Ancora, Cass., Sez. un., 16 dicembre 2010, cit.

⁸³ Volendo, in argomento, MINAFRA, *L'inefficacia degli atti. Ontologia della sanzione*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, a cura di Giarda, Spangher, Tonini, Padova, 2020, 250.

⁸⁴ Per una ricostruzione del tema dalla radice al d.lgs. n. 150 del 10 ottobre 2022, sia consentito il rinvio a MINAFRA, *Accusato e accusatore. Le oscillazioni del diritto al confronto*, cit., 450.

⁸⁵ Cfr. BACCARI, *Astensione del giudice e utilizzabilità delle prove già assunte*, in *Arch. pen.*, 2011, fasc. 1. Sullo stesso tema MONTAGNA, *Le Sezioni Unite sul tema dell'efficacia ed utilizzabilità delle attività processuali già compiute dal giudice ricasato o astenutosi*, nel *Quotidiano giuridico*, 21 aprile 2011.

⁸⁶ LA REGINA, *L'inefficacia*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di Marandola, Torino, 2015, 283.

funzionale esclusiva del giudice cui spetta decidere sull'astensione o sulla ricusazione.

Seguendo il punto di vista adottato dalle Sezioni Unite, la questione dell'efficacia degli atti compiuti da un giudice *sospetto* non sarebbe più limitata agli stretti confini del procedimento incidentale previsto dal codice⁸⁷.

La pronuncia appare ignorare anche la pregiudizialità discrezionale degli atti posti in essere dallo *iudex suspectus* rispetto al loro eventuale utilizzo in dibattimento; il giudice del dibattimento, pertanto, non può acquisire alcuno tra gli atti precedentemente compiuti dal giudice sospetto, se non siano stati individuati tra quelli che conservano efficacia.

La dottrina ritiene che la sentenza non distingua tra i casi in cui vi è stata una decisione sulla conservazione, totale o parziale, dell'efficacia, e quelli in cui non è stata prevista alcuna previsione per il futuro di atti pregressi; né tiene conto del pregiudizio che deriverebbe alle strategie probatorie delle parti, ove fosse escluso dal fascicolo del dibattimento un atto probatorio dichiarato efficace⁸⁸.

Ne consegue che alla violazione del principio dell'imparzialità, considerato presupposto indefettibile del giusto processo e della giurisdizione, soccorre la presunzione di inefficacia di tutti gli atti compiuti dallo *iudex suspectus*, che sia stato ricusato o si sia astenuto (art. 42 c.p.p.), sulla condivisibile logica che tali atti sono stati assunti da un giudice il cui potere appare viziato, nel suo concreto esercizio, dal suddetto vizio. L'incompetenza, anche funzionale, come abbiamo visto, incide, per volere legislativo, sull'efficacia della misura cautelare eventualmente disposta che, per l'effetto della dichiarazione del difetto, si trasforma in un'efficacia *a tempo* (art. 27 c.p.p.).

Epperò, la violazione delle norme sulla competenza non comporta anche la nullità degli atti compiuti o l'inefficacia delle prove già raccolte dal giudice incompetente (art. 26, comma 1, c.p.p.), poiché non c'è in radice una causa di invalidità, ovvero non sussiste una *deviazione* dell'atto dalla fattispecie legale. Per quanto riguarda la possibilità di coesistenza di un vizio di inefficacia con un vizio inerente all'atto probatorio (= inutilizzabilità), (artt. 26 e 42 c.p.p.), è opportuno chiarire che tanto il principio espresso all'art. 26 comma 1, c.p.p., quanto la dichiarazione di efficacia degli atti compiuti dallo *iudex suspectus ex*

⁸⁷ MACCHIA, *Il vero punto dolente dell'automatismo è la decadenza delle misure cautelari*, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 18, 66.

⁸⁸ Cfr., LA REGINA, *L'inefficacia*, in *Le invalidità processuali*, cit., 292.

art. 42, comma 2, c.p.p., non rendono utilizzabile la prova che era tale per il giudice incompetente. La prova, inoltre, se assunta in violazione di una regola sull'*an* o sul *quomodo*, non è utilizzabile nemmeno per il nuovo *decidente*. Ne consegue che effettuata la *traslatio iudicii*, non è precluso alle parti di eccepire l'inutilizzabilità di uno o più atti di prova innanzi al nuovo giudice.

Si tratta, come sempre, di due dimensioni di giudizio differenti.

Nel caso inverso, e cioè di atto probatorio considerato inefficace per legge (perché si tratta di una prova dichiarativa *ex art. 26 c.p.p.*, o perché il giudice della procedura di astensione/ricusazione ritenga che non possa, nel caso specifico, ritenersi superata la presunzione di inefficacia fissata nell'art. 42 c.p.p.) pare arduo pensare che al medesimo, ancorché fosse affetto da una causa di inutilizzabilità, possa applicarsi il tipico regime di invalidità che il legislatore ha pensato per questa particolare tipologia di atto processuale.

L'inutilizzabilità, difatti, si traduce nella privazione dell'efficacia probatoria dell'atto, precludendo al giudice il potere di farne utilizzo giudiziale (*rectius*: a fini decisorii).

Sicché un atto probatorio sanzionato con l'inefficacia non può successivamente essere dichiarato utilizzabile, cessando di produrre gli effetti tipici ad esso riconnessi e venendo a mancare proprio il presupposto per l'applicazione del regime in discorso. L'esistenza di un atto di prova efficace su cui intervenire, in definitiva, pone un divieto di utilizzo per il giudicante.

Parimenti, anche nel caso di atto affetto da una causa di inammissibilità (diversa dalla decadenza⁸⁹), sembra problematico concepire che, ove intervenga l'inefficacia/sanzione debba, successivamente, interpersi la declaratoria del vizio invalidante con applicazione del relativo regime di trattamento.

L'inammissibilità consiste, in realtà, nella preclusione del potere del giudicante di prendere cognizione e decidere sull'oggetto della domanda contenuta nell'atto di parte. In tal modo si estingue l'eventuale o incidentale procedimento alla cui instaurazione tendeva l'atto affetto da inammissibilità.

⁸⁹ Si incorre nella decadenza dal potere di compiere un determinato atto, allorquando non siano stati rispettati i termini (ovviamente *perentori*) entro i quali doveva essere compiuto a norma di legge. Sicché rispetto all'inefficacia, è impensabile accostare una situazione di decadenza, presupponendo, quella, un atto compiuto che si cada, che quindi perde i suoi effetti, mentre si evoca la decadenza quando l'atto non è ancora compiuto e quindi non ha generato effetti.

Alla stessa conseguenza estintiva si perviene anche nel caso in cui l'atto introduttivo, prima ancora di essere dichiarato inammissibile, incorra in un vizio funzionale e sanzionato con l'inefficacia⁹⁰.

Diverrebbe superfluo dichiarare l'inammissibilità di un atto che ha già perduto la propria efficacia *ex lege*. Di qui la convinzione che il trattamento predisposto per l'inammissibilità non debba seguire alla caducazione dell'atto previamente avvenuta *ope legis*.

2.1 *Segue: la rimessione del processo quale itinerario correttivo del vizio di imparzialità.* Anche la remissione del processo di cui agli artt. 45 ss. c.p.p., si pone a tutela dell'imparzialità del giudice. L'istituto che ha carattere eccezionale, trova fondamento in un pregiudizio idoneo a compromettere l'*equilibrio* dell'organo giudicante nella sua complessità di ufficio giudiziario, e non quella del singolo *iudex* in ragione delle funzioni precedentemente svolte o dei suoi rapporti o condizioni personali dove sono previsti i rimedi processuali dell'astensione o della ricsuzione⁹¹.

La disciplina dettata in materia di rimessione del processo è rivolta, infatti, a preservare la libera attività interpretativa dell'organo giudicante quando patologiche situazioni, di natura ambientale ed esterne al processo⁹², si insinuano nella serenità del giudizio, influenzando i comportamenti di tutte le persone

⁹⁰ Si pensi alla fattispecie prevista all'art. 99, comma 2, c.p.p., la quale riconosce all'imputato il potere di «togliere effetto, con espressa dichiarazione contraria, all'atto compiuto dal difensore». Nel caso in cui il difensore abbia presentato atto di appello, questo potrebbe essere viziato da una causa di inammissibilità (es. genericità dei motivi); ma se prima che il giudicante eserciti il potere di esprimersi su di esso rilevandone il vizio, l'atto medesimo perde efficacia ai sensi dell'art. 99, comma 2, c.p.p., è evidente che una successiva declaratoria di inammissibilità - su un atto già caducato *ex lege* - si tradurrebbe nell'applicazione di un trattamento *inutiliter data*.

⁹¹ Abbondanti le pronunce sul punto: v. Cass., Sez. I, 15 febbraio 1993, n. 848, Della Corte, in *Cass. pen.*, 1994, 1549; Cass., Sez. I, 16 luglio 1993, n. 3397, Baietta, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 98; Cass., Sez. I, 7 luglio 1994, n. 340, Campello, in *Cass. pen.* 1995, 2932; Cass., Sez. I, 19 giugno 1995, n. 3669, Gatta, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, 630; Cass., Sez. I, 30 gennaio 1996, n. 634, Tetamo, Rv, n. 19978; Cass., Sez. I, 10 marzo 1997, n. 1952, Pomicino, *ivi* n. 208880; Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2008, n. 45267, Marinozzi, *ivi* n. 242398; Cass., Sez. VI, 26 maggio 2015, Marino, n. 22077, *ivi* n. 263559.

⁹² È noto che l'istituto della rimessione deroga al principio del giudice precostituito per legge, atteso che la *translatio iudicii* comporta l'attribuzione della cognizione del processo ad un organo giurisdizionale diverso da quello territorialmente competente *ex art. 8 c.p.p.* In tal senso TRANCHINA, *Rimessione del processo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2007, 1, nonché MAZZA, *Indipendenza e imparzialità del giudice*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, I, *Protagonisti e comprimari del processo penale*, diretta da Chiavario, Marzaduri, Torino, 1995, 75.

che vi partecipano⁹³: per *grave situazione locale*⁹⁴ dovrà intendersi esclusivamente quel fenomeno, «esterno alla dialettica processuale e riguardante l'ambiente territoriale nel quale il processo si svolge», che risulti «connotato da tale abnormità e consistenza da non poter essere interpretato se non nel senso di un pericolo concreto per la non imparzialità del giudice o di un pregiudizio alla libertà di determinazione delle persone che partecipano al processo medesimo»⁹⁵. Essa, inoltre, «deve risultare *non altrimenti eliminabile*, dovendo la rimessione essere intesa come l'*extrema ratio* cui ricorrere in presenza di circostanze ambientali idonee a turbare il sereno e regolare svolgersi del processo e alle quali non è possibile far fronte se non attraverso la *translatio iudicii*»⁹⁶.

Ulteriore peculiarità è la scelta legislativa di rimettere direttamente alla Corte di cassazione la valutazione circa la rilevanza dei fattori esterni che determinano il trasferimento ad un organo giurisdizionale diverso da quello originariamente competente, nonché il potere di disporre la sospensione del processo (art. 47, comma 1, c.p.p.) nelle more del procedimento incidentale.

Va notato come l'art. 48, comma 5, c.p.p.⁹⁷ preveda che a seguito di accoglimento dell'istanza di rimessione e «fermo quanto disposto dall'art. 190-bis, c.p.p., il giudice designato dalla Corte di cassazione proceda alla rinnovazione degli atti compiuti anteriormente al provvedimento che ha accolto la richiesta di rimessione quando ne è richiesto da una delle parti e non si tratta di atti di cui è divenuta impossibile la ripetizione».

⁹³ In argomento, ampiamente in AA. VV. *Informazione e Giustizia penale. Dalla cronaca giudiziaria al processo mediatico*, TRIGGIANI, (a cura di), in Collana *Giustizia penale della postmodernità*, diretta da Scalfati, Bene, De Caro, Di Chiara, Garuti, Lorusso, Menna, Triggiani, Vigoni, Bari, 2022.

⁹⁴ Da rilevare che le Sezioni Unite, 29 maggio 2002, Berlusconi, in *Cass. pen.*, 2002, 3007, con nota di GREVI, *Un sorprendente dubbio delle Sezioni unite in tema di rimessione del processo: incostituzionale l'art. 45 c.p.p. per "difetto di delega" rispetto alla previsione del "legittimo sospetto"?*, hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 45 c.p.p. contestando la mancata coincidenza fra quanto enunciato nella direttiva 17 della legge-delega e la *libertà di determinazione delle persone che partecipano al processo*, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost. La questione fu dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza da Corte cost., 19 novembre 2002, n. 465, in www.cortecostituzionale.it

⁹⁵ Così, Cass., Sez. un., 26 marzo 2003, n. 13687 in www.cortedicassazione.it

⁹⁶ Ancora, Cass., Sez. un., 26 marzo 2003, n. 13687, cit.

⁹⁷ Riformato a seguito della legge 7 novembre 2002, n. 248 (c.d. legge Cirami). Per un approfondimento sul punto, cfr. GREVI, *La remissione per ragioni troppo vaghe non assicura la precostituzione del giudice*, in *Guida dir.*, 2002, 17.

In altri termini, il legislatore ritiene che gli atti posti in essere da un giudice pur riconosciuto *suspectus* sono assistiti da una presunzione di efficacia⁹⁸. Cioè da una validità generale, a meno che il *nuovo* giudice non sia tenuto a rinnovarli su richiesta di una delle parti e non si tratti di atti la cui ripetizione sia divenuta impossibile o che rientrino tra quelli richiamati nell'art. 190-*bis* c.p.p.⁹⁹.

Laddove le parti non richiedano la rinnovazione degli atti il giudice designato potrà legittimamente fondare la propria decisione anche soltanto sulla base degli elementi anteriormente assunti, dopo aver disposto la lettura dei relativi verbali, come accade per qualunque atto già inserito nel fascicolo dibattimentale.

Epperò, l'art. 48, comma 5, c.p.p. necessita di un adeguamento normativo volto a ricondurre la norma in uno schema, oltre che di compatibilità con la Costituzione¹⁰⁰, anche di razionalità logico-sistemica.

Se la rimessione del processo, al pari degli istituti dell'astensione e della ricusazione, è rivolta ad assicurare l'imparzialità del giudicante, non si comprende la ragione per la quale, in quest'ultimo caso, sia previsto un controllo giurisdizionale sugli atti compiuti dallo *iudex suspectus* per accertare se siano o meno stati contaminati dalla sua sospetta parzialità; nell'altro, in cui il sospetto circa il turbamento della serenità di giudizio involga addirittura un intero ufficio giudiziario, l'efficacia degli atti precedentemente compiuti è presunta.

Anche qui, il vizio si annida nella funzione, svelando un'incapacità specifica di esercizio del *dovere* giudiziale, riferito però - lo si ribadisce - non al singolo giudice persona fisica, ma all'ufficio giudiziario complessivamente considerato, competente a prendere cognizione della *regiudicanda*.

3. Gli atti assunti dal giudice incompetente. Quanto agli atti assunti dal giudice incompetente, astenutosi o ricusato, abbiamo detto che la disfunzione attiene alla efficacia degli atti, ossia alla loro idoneità a produrre gli effetti giuridici previsti dall'ordinamento, atteso che è l'ordinamento ad imporre

⁹⁸ TRANCHINA, *I soggetti*, in *Diritto processuale penale*, I ed., a cura di Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, Milano, 2011, 79.

⁹⁹ In tale direzione, DINACCI, *L'art. 190-bis c.p.p.: «controriforma» del diritto probatorio*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 3.

¹⁰⁰ La disciplina dell'art. 48, comma 5, c.p.p., parrebbe consentire, come si è detto, l'utilizzazione degli atti compiuti dal giudice sostituito se non vi sia la richiesta di una parte.

l'imparzialità del giudicante come presupposto per il corretto esercizio della giurisdizione stessa.

Per questo motivo l'imparzialità del giudice costituisce anche un diritto individuale dell'imputato.

Ne consegue che alla violazione delle situazioni soggettive attinte nella sequenza del mancato rispetto delle caratteristiche essenziali della giurisdizione, non può soccorrere alcuna invalidità. Il vizio è troppo grave per discorrere di legittimazione soggettiva, termini, sanatorie e altri rimedi.

Accertato che l'atto è assunto in contraddizione con i presupposti della giurisdizione, questo dovrebbe, *ipso iure*, divenire inidoneo a produrre gli effetti ad esso normativamente ricollegati.

Il contenuto dell'art. 48, comma 5, c.p.p. mostra, viceversa, come il legislatore abbia a monte ritenuto l'efficacia di tali atti, lasciando alle parti la possibilità di richiedere la rinnovazione, ed attribuendo il potere - in caso contrario - al nuovo giudicante di procedere alla lettura degli atti precedenti assunti dallo *iudex suspectus*, per la loro concreta utilizzabilità nel nuovo giudizio. Tale scelta, si presta a ben vedere ad appagare il solo principio della durata ragionevole del processo, ponendosi - invece - in evidente e stridente conflitto con il disposto costituzionale di cui all'art. 111 comma 2 Cost.

Una interpretazione che vada oltre il testo dell'art. 48, comma 3, c.p.p. imporrebbe di ritenere che il secondo giudice debba egualmente sviluppare tutte quelle argomentazioni che, come avveniva in passato ed accade tuttora nei casi di astensione/ricusazione, conducano a confermare o negare l'efficacia degli atti compiuti dall'organo giurisdizionale sostituito, dovendosi verificare la genuinità del materiale probatorio proveniente da quella fase processuale in cui si sono registrati fenomeni di turbativa ambientale¹⁰¹.

Senza l'imparzialità non può esserci un esercizio corretto della giurisdizione, cioè un processo equo.

Un approccio alternativo, tenuto conto delle esigenze di efficienza processuale o di conservazione degli atti, non sembra accettabile per la sua apparente contraddizione con un'interpretazione costituzionalmente orientata degli strumenti volti a salvaguardare tale principio.

¹⁰¹ MARZADURI, *La rinnovazione degli atti compiuti davanti al giudice sospetto*, in *La nuova disciplina della rimessione del processo*, a cura di Caprioli, Torino, 2003, 222.

4. *La prova raccolta dal giudice incompetente.* In ambito probatorio, abbiamo visto che la regola generale posta all'art. 26, comma 1, c.p.p. propende per l'efficacia delle prove già acquisite dal giudice incompetente e, per l'effetto, per la loro eventuale utilizzabilità dal *corretto* organo giurisdizionale¹⁰². Viceversa, al comma 2, vi è una deroga secondo la quale il giudice competente non può *usare* nella decisione le dichiarazioni precedentemente assunte dal giudice incompetente, ove queste siano ripetibili.

Si tratta di una regola decisoria volta, con ogni evidenza, a garantire il principio di oralità¹⁰³-immediatezza¹⁰⁴, attraverso una limitazione *parziale* di efficacia della prova. Secondo il legislatore, il giudice non è tenuto a *trascurare* completamente la prova ma può utilizzarla in udienza preliminare (*rectius*, per il rinvio a giudizio) e per la soluzione delle controversie *ex artt.* 500 e 503 c.p.p.¹⁰⁵

Ne consegue che l'art. 26 c.p.p., oltre a prevedere una regola decisoria, pone anche un *legalismo probatorio negativo*¹⁰⁶, in quanto interviene sull'efficacia della potenzialità probatoria del dato istruttorio, limitandola.

La peculiarità distintiva di tali formalismi giuridici, difatti, risiede principalmente nel fatto che permettono l'utilizzo dei mezzi di prova ad efficacia limitata: possono essere utilizzati per l'assoluzione e non per la condanna; per

¹⁰² L'art. 26 c.p.p., è espressione del principio di conservazione degli atti e di economia processuale. Da notare come la norma si occupi delle *prove già acquisite*, ossia delle prove assunte nell'ambito di un giudizio in tutto o in parte già svoltosi o in incidente probatorio. Ne consegue che gli atti di indagine, quale che sia l'ufficio della Procura che ha provveduto al loro espletamento, restano efficaci. Il principio di conservazione opera sia per le prove *atipiche* *ex art.* 189 c.p.p., che per i mezzi di ricerca la prova (cfr. Cass., Sez. III, 20 ottobre 2003, Biolchini, in *Cass. pen.*, 2005, 488). Norma dal tenore analogo è prevista dall'art. 7 d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, comma 10-*ter*. Sulla ricostruzione del concetto di prova, MENNA, *Logica e fenomenologia della prova*, Napoli, 1992, 98, e, *de iure condendo*, sul rapporto tra giudice e prova, Id., *La "giuria elettiva di esperti" nel processo penale*, Torino, 2017, 150.

¹⁰³ CARNELUTTI, voce *Oralità nel processo*, in *Nuovo Dig. It.*, IX, Torino, 1939, 179.

¹⁰⁴ In tema, RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, cit., 190 «[...] l'immediatezza apparterebbe al metodo conoscitivo e mostrerebbe l'insieme dei rapporti tra elementi di prova, parti e giudice idonei all'esercizio dei poteri dialettici per il disvelamento degli elementi di convinzione a favore della propria pretesa (= parti), alla percezione delle prove per la formazione del libero convincimento (= il giudice), al diretto controllo su una attività (= la giurisdizione), amministrata in nome del popolo (= il pubblico). [...] l'oralità è considerata la forma naturale dell'immediatezza; tuttavia, i due concetti restano idealmente separati quando si interrompe il contratto tra giudice e formazione della prova».

¹⁰⁵ In tema, MENNA, *Formazione e previsione degli argomenti giustificativi della decisione*, in *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, *passim*, Id., *Il ragionamento probabilistico dei contendenti e non del giudice dibattimentale*, in *Arch. pen.*, 1, 2022, 4 e volendo, MINAFRA, *Accusato e accusatore. Le oscillazioni del diritto al confronto*, cit., 489.

¹⁰⁶ Letteralmente, APRATI, *Prove contraddittorie e testimonianza indiretta*, Padova, 2007, 91.

rafforzare un'evidenza ma non per dimostrare un fatto; possono essere applicati alle parti coinvolte ma non a tutte; possono essere favorevoli a una parte ma non sfavorevoli¹⁰⁷.

La validità e la rispettiva utilizzabilità degli atti assunti rimangono, di contro, condizionate dal rispetto delle regole proprie di ciascun atto: il principio espresso all'art. 26, comma 1, c.p.p., non rende utilizzabile la prova che tale non era per il giudice incompetente, limitandosi esclusivamente a stabilire che l'incompetenza non travolge l'efficacia, se esistente, delle prove già acquisite.

La disposizione al comma 2, c.p.p., poi, attiene solo all'incompetenza per materia (assimilabile a quella per funzione¹⁰⁸), senza peraltro distinguere tra le diverse ipotesi di incompetenza per eccesso o per difetto¹⁰⁹, e non anche al caso di difetto territoriale¹¹⁰.

Per quest'ultimo tipo di incompetenza non si comprendono le ragioni per le quali il legislatore non abbia ravvisato un'identica esigenza di tutela dell'oralità-immediatezza, poiché anch'essa comporta una *traslatio iudicii*.

L'art. 26 c.p.p., inoltre, non si occupa degli effetti derivanti dal riconosciuto difetto di giurisdizione a differenza di quanto previsto dall'art. 27 c.p.p.

¹⁰⁷ APRATI, *Prove contraddittorie e testimonianza indiretta*, cit., 98.

¹⁰⁸ Con riguardo alle ipotesi di incompetenza funzionale, può venire in rilievo la competenza del Collegio di cui all'art. 7 legge costituzionale n. 1 del 1989 in tema di reati ministeriali (c.d. Tribunale dei Ministri), o quella del giudice competente secondo il sistema tabellare di cui all'art. 11 c.p.p. e del Giudice per le indagini preliminari/Giudice dell'udienza preliminare competente ai sensi dell'art. 328, comma 1-bis e 1 quater, c.p.p. Tali situazioni sono state, tutte, qualificate dalla giurisprudenza come ipotesi di competenza per funzione, da cui deriva l'applicabilità dell'art. 26 c.p.p., cui deve riconoscersi il valore di norma speciale della materia (cfr. Cass., Sez. un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, in *Cass. pen.*, 1994, 2945).

¹⁰⁹ Sul punto, alcuni autori hanno ritenuto che la fattispecie di cui all'art. 26, comma 2, c.p.p., riguardi tutti i casi di incompetenza per materia, compresi i casi di incompetenza per eccesso e di incompetenza per materia dovuta a ragioni di connessione. Tra questi, PIGNATELLI, *Art. 26 c.p.p.*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, vol. I, 1991, Torino, 157. Altri autori, invece, partendo dal rilievo che il legislatore ha differenziato il regime di rilevanza della competenza per materia quando si tratti di incompetenza per eccesso e di incompetenza basata su ragioni di connessione ex artt. 23, comma 2, e 21, comma 3, c.p.p., reputano che l'incompetenza per materia che produce gli effetti di cui all'art. 26, comma 2, c.p.p. sia solo quella per difetto rilevabile ex art. 21, comma 1, c.p.p.; cfr. MACCHIA, *Art. 26 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo Codice di procedura penale*, vol. I, a cura di Amodio, Dominioni, Milano, 1989, 155.

¹¹⁰ In virtù dell'espressa previsione contenuta nell'art. 48 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, i limiti di cui all'art. 26, comma 2, c.p.p., non operano nel procedimento innanzi al giudice di pace; sicché le prove assunte ed acquisite dal giudice incompetente sono pienamente utilizzabili nel processo davanti a questo giudice.

A tal proposito, la dottrina si divide tra quanti ritengono che l'art. 26 c.p.p. trovi applicazione in via analogica anche nell'ipotesi di difetto di giurisdizione¹¹¹, e quanti, *a contrario*, affermano che tale difetto rappresenta una situazione di carenza di potere grave tale da non consentire la conservazione di alcun atto posto dal giudice carente di giurisdizione.

All'interno di questa seconda posizione, sono state avanzate perplessità con riferimento ai casi in cui ad essersi dichiarato privo della giurisdizione fosse stato il giudice speciale a favore di quello ordinario. Il codice di rito nulla disciplina in merito, potendosi così profilare più soluzioni interpretative, dalla più rigorosa alla più ampia, tutte sostenibili in base al sistema¹¹². Per la risoluzione della questione, pare allora doversi guardare al concreto rispetto dei principi costituzionali dettati in materia di giurisdizione e *giusto processo*¹¹³, ritenendo inefficaci quelle prove assunte in violazione degli stessi.

5. Profili sulla fenomenologia dell'imperfezione degli atti processuali. Una visione più attuale e costituzionalmente orientata che guardi al processo come concatenazione ordinata e strutturata di atti processuali che conduce alla decisione finale¹¹⁴, impone di ripensare alla fenomenologia normativa

¹¹¹ In questo senso MOLINARI, *I soggetti*, in *Manuale di procedura penale*, Bologna, 2008, 148.

¹¹² Basandosi sul regime di utilizzabilità degli atti compiuti dall'autorità straniera, data l'analogia di situazioni, si è sostenuto che la questione potrebbe essere risolta applicando l'art. 238 c.p.p. Di tale avviso, v. MACCHIA, *Art. 26 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo Codice di procedura penale*, o cit. Altro approccio muove dall'applicabilità delle norme processuali comuni, in quanto compatibili, anche ai procedimenti penali speciali, sicché l'art. 26 c.p.p., potrebbe applicarsi anche alle prove assunte dal giudice speciale; cfr. sul punto, CORDERO, *Procedura penale*, 168. In giurisprudenza Cass., Sez. V, 16 aprile 2004, Jovanovic ed altri, *Cass.* 2004, 3651.

¹¹³ RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, cit., 100: «il giusto processo è il risvolto giurisdizionale del *Preambolo penalistico della Costituzione*, che ha trovato un felice elemento di chiusura nell'art. 111 Cost. [...] prodotto in risposta istituzionale alla crisi di sistema determinata dalla "caduta inquisitoria" della giurisprudenza costituzionale del 1992 e del 1998». Ancora, RICCIO, *Per un nuovo progetto di giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1193: «Nel *Preambolo penalistico della Costituzione*, sin dai primi anni di emersione della sua funzione di sintesi dell'impegno del Costituente sui temi della procedura penale, risultò evidente che esso manifesta una netta predilezione per il processo accusatorio contro quello inquisitorio allora in vigore; che privilegia il processo partecipato contro il processo monologico del giudice; che predispone il metodo dialogico non quello monologico e che, quindi, il contraddittorio è (= deve essere) metodo cognitivo irrinunciabile nella e per la giurisdizione; che le garanzie della persona sono (= devono essere) la premessa del processo e l'obiettivo per il legislatore».

¹¹⁴ Dal punto di vista funzionale, in MINAFRA, *L'inefficacia degli atti. Ontologia della sanzione*, cit., 190, il processo penale si è qualificato come una sequenza progressiva di garanzie il cui rispetto è *conditio sine qua non* della trasformazione dell'accusa in condanna: «una sorta di statuto della libertà del cittadi-

dell'imperfezione degli atti processuali come ad una disciplina che interviene a sanzionare non solo l'inosservanza dello schema legale astratto, ma anche quelle violazioni suscettibili di incidere negativamente sulla funzione/scopo attribuita a ciascun singolo provvedimento di cui si compone la sequenza e che, tuttavia, non appartengono al concetto *classico* di fattispecie processuale. È noto che il legislatore del 1988, nonostante il passaggio da una logica processuale inquisitoria ad una tendenzialmente accusatoria, non si sia profuso in una riforma del sistema sanzionatorio delle patologie processuali¹¹⁵ (forse per una ritenuta assenza di approfondimento dogmatico), avendo mantenuto sostanzialmente inalterate le regole previste dal vecchio codice abrogato, dove il ruolo preminente assunto dalla nullità rispetto alle altre specie di invalidità appariva giustificato dalla funzione del giudice. Abbandonato il vecchio modello, residua invece un sistema sanzionatorio che - seppure *aggiornato* con l'introduzione della categoria di inutilizzabilità - mal si adatta al sistema processuale vigente, nel quale i poteri processuali non sono più, come in passato, concentrati tutti nella giurisdizione.

Nel modello attuale, alle parti è talvolta riconosciuta la *disponibilità*¹¹⁶ del processo, ossia il potere di concorrere al suo sviluppo, fornendo l'impulso e/o la direzione alla progressione procedimentale in modo funzionale alla tutela dei propri interessi e diritti soggettivi; in tal caso al giudice è attribuito il ruolo di garante della legalità del procedere¹¹⁷.

no contro le pretese punitive arbitrarie dell'autorità». Letteralmente, MARANDOLA, *Il modello nazionale tra vecchio e nuovo sistema processuale*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Id. (a cura di), Torino, 2015, 5-6.

¹¹⁵ Di qui le problematiche esegetiche relative all'art. 606, comma 1, lett. c) c.p.p., laddove annovera tra i motivi di ricorso l'inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di *decadenza* (che sanzione non è) e non anche di quelle poste a pena di inefficacia. Volendo, MINAFRA, *L'inefficacia degli atti. Ontologia della sanzione*, cit., 190.

¹¹⁶ Si ribadisce, al fine di non creare malintesi, che la giurisdizione non costituisce di certo un valore disponibile per le parti private, pur potendo essa essere *condizionata* dalla iniziativa delle stesse. Utile, per chiarezza, allora distinguere tra dispositività dei mezzi processuali e indisponibilità della funzione: pur a fronte di meccanismi capaci di condizionare la statuizione giudiziale, il giudizio non può né potrà mai essere sottratto alla potestà del giudice, cfr. TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989.

¹¹⁷ Sul punto, MARANDOLA, *Il modello nazionale tra vecchio e nuovo sistema processuale*, in *Le invalidità*, cit., 12.

È un dato di fatto di cui è facile trovare riscontro¹¹⁸ che l'attenzione degli studiosi si è per troppo tempo concentrata esclusivamente sullo studio del binomio validità/invalidità. Come è noto che l'esistenza di fattispecie normative per cui determinati atti vengono sanzionati con l'inefficacia, seppur formalmente validi per osservanza delle forme, anziché condurre allo studio di quale sia l'imperfezione, *rectius* il vizio, si è adagiata sulle storiche soluzioni dottrinali, che hanno inquadrano tale problematica nel fenomeno delle fattispecie complesse a formazione progressiva¹¹⁹.

Eppure, si è visto in altra sede¹²⁰ come tale soluzione non sia (sempre) sostenibile.

Nella maggior parte delle fattispecie codicistiche, infatti, il ricorso al concetto di atto complesso appare in molti casi riduttivo, o comunque distonico rispetto alla disciplina processuale degli atti su cui interviene, in termini sanzionatori, l'inefficacia. Fissare la fenomenologia in discorso su un piano meramente formale/strutturale implica la confusione dei valori di giudizio - tutela delle forme e tutela della funzione dinamica/garantista degli atti - che, per quanto tutti riconducibili alla preminente esigenza di legalità processuale, hanno una propria autonoma identità e uno specifico regime di trattamento.

In un sistema ideale, estremamente lineare e coerente, i giudizi di conformità strutturale e funzionale dovrebbero coincidere, nel senso in cui una carenza strutturale dovrebbe riflettere un vizio funzionale e viceversa.

Ma la scienza giuridica è complessa.

In base all'attuale sistema, nella disciplina delle dinamiche processuali, occorre tener conto di plurimi interessi e valori che vengono a innestarsi nella progressione, autonomi tra loro e pertanto suscettibili di entrare in conflitto, tali per cui si richiede una costante opera di bilanciamento. Di qui la possibilità di imbattersi in atti conformi allo schema legale, e pertanto astrattamente idonei al raggiungimento dello scopo, e che divengono inefficaci nel prosieguo della

¹¹⁸ ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1932, 210; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, CONSO - PISAPIA (a cura di), vol. III, Torino, 1970, 118.

¹¹⁹ CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, secondo cui la perfezione soltanto di uno degli atti che appartengono a una fattispecie complessa non è sufficiente per il verificarsi delle conseguenze previste dall'ordinamento. Tale atto, essendo in sé perfetto, non può dunque essere considerato invalido ma, d'altra parte, finché non sopravvengono gli ulteriori elementi risulta improduttivo di effetti.

¹²⁰ Ampiamente in tema, MINAFRA, *L'inefficacia degli atti. Ontologia della sanzione*, cit., 250.

sequenza, per la successiva omissione o sopravvenienza di altro comportamento giuridico idoneo a incidere, dinamicamente, sulla funzione perseguita. L'interprete non può prescindere dall'analisi dell'impatto dell'intero ordinamento giuridico, per valutare l'efficacia e la perfezione degli atti, che comprende disposizioni che incidono direttamente o indirettamente sulla portata e sul significato delle norme processuali.

L'efficacia dell'atto processuale, sia che coinvolga soggetti privati sia enti pubblici del processo, in definitiva coadiuva l'esercizio della giurisdizione, ossia la scelta della progressione del giudizio.

L'utilità di questo esercizio risiede nella sua capacità di produrre i risultati sperati e di assicurare la sua corretta integrazione nel processo complessivo. E tale giudizio di opportunità/congruità non può che considerare, in via preliminare, la funzione di garanzia che il processo assume nei confronti dell'individuo.

La necessità che il legislatore ripensi al sistema sanzionatorio processuale, adattandolo alle più moderne istanze garantiste, è evidente. Ciò si rileva sul piano generale-sistemico, senza guardare specificamente ai singoli rimedi che oggi vengono predisposti per questo o quell'altro vizio della fattispecie processuale (es. artt. 26, 37, 48 c.p.p.).

Una tale opera riformista del sistema sanzionatorio processuale rileverebbe anche per contrastare la dilagante diffusione¹²¹ di criteri interpretativi di natura sostanziale, volti a ridurre il raggio di operatività delle nullità (specie di quelle assolute). Lo spazio di validità della nullità, per questa parte della dottrina, è ritenuto eccessivo, sacrifica il principio della legalità processuale in nome dell'*efficientismo garantista* preteso dal canone della ragionevole durata del processo. Un tale approccio antiformalistico, orientato alla verifica circa le conseguenze in concreto prodotte dal vizio, non può di certo condividersi, ma si dimostra come un indicatore sulla non adeguatezza del sistema sanzionatorio attuale alla luce delle citate evoluzioni giuridico-sociali.

La pedissequa riproposizione del vecchio sistema sanzionatorio nel nuovo codice, unita alla necessità di assicurare la salvaguardia dei valori costituzionali anche da vizi differenti da quelli prettamente strutturali, dà conto della frammentarietà dell'attuale disciplina codicistica.

¹²¹Per un approfondimento sull'argomento, SPAGNOLO, *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?* in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, MARANDOLA (a cura di), Torino, 2015.

La perfezione di un atto processuale, difatti, si traduce in un trattamento giuridico unitario (=l'atto è perfetto, valido ed efficace), la valutazione di disvalore dell'imperfezione ha impegnato il legislatore nella classificazione del vizio, disseminando nel codice diversi itinerari correttivi¹²², a seconda che esso inerisca alla struttura tipica, al potere esercitato o allo scopo dell'atto, nonché nel vaglio della sua gravità e della differente incidenza che i singoli atti rivestono nella sequenza procedimentale (se si tratta cioè di atti necessari o eventuali, propulsivi o non propulsivi).

Ne risulta un sistema normativo in cui i vizi vengono presentati disgiuntamente l'uno dall'altro, rendendo non facilmente praticabile l'elaborazione di una teoria che dia conto in modo organico dei vizi che possono afferire, *ab origine* o nel concreto dipanarsi della dinamica, al comportamento processuale, determinandone l'imperfezione.

In conclusione, si auspica un approccio alla tematica che sia scevro da (pre)condizionamenti culturali e/o dottrinali che guardi al concetto di sanzione processuale come alla reazione - interna al sistema - predisposta dal codice per la violazione di quei comportamenti necessari per la produzione degli effetti. In tal modo si rompe la tradizionale identificazione con la *pena* rintracciandone il presupposto ontologico nel ferimento dei valori tutelati dalle singole fattispecie processuali, costruite secondo il modello logico funzionale *potere-atto-scopo*.

¹²²Il riferimento è a Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, n. 5307, in *Cass. pen.*, 2009, 632, con nota di LOMBARDO, *Genericità dell'imputazione e poteri del giudice dell'udienza preliminare*.