

ATTI DEL GIUDICE

Astensione del giudice e utilizzabilità delle prove già assunte

Gian Marco Baccari

La decisione

Giudice astenuto - Atti compiuti in precedenza - Inefficacia - Sindacabilità da parte del giudice del dibattimento (C.p.p. artt. 36, 37, 42, 511 e 525).

In assenza di una espressa dichiarazione di efficacia da parte del giudice chiamato a decidere sull'astensione o sulla ricusazione, gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato debbono considerarsi inefficaci.

L'inefficacia degli atti a contenuto probatorio compiuti dallo iudex suspectus prima dell'accoglimento della dichiarazione di astensione o dell'istanza di ricusazione può essere sindacata, nel contraddittorio tra le parti, dal giudice del dibattimento, con conseguente eventuale utilizzazione degli atti medesimi ai fini della decisione.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 5 aprile 2011 (ud. 16 dicembre 2010) - LUPO, *Presidente* - MARASCA, *Relatore* - CIANI, *P.M.* (conf.) - Digiacomo, *ricorrente*

Il commento

La motivazione della sentenza che si annota appare divisa essenzialmente in due parti.

In una prima parte viene affrontato il problema relativo alle conseguenze dell'omessa dichiarazione di conservazione di efficacia degli atti compiuti dal giudice che si è astenuto o che è stato ricusato¹. In una seconda parte la sentenza tratta la spinosa questione inerente alla sindacabilità della suddetta dichiarazione di efficacia nel procedimento principale.

Sotto il primo profilo viene in rilievo la disciplina prevista dall'art. 42 comma 2 del codice di rito². In base a tale norma il provvedimento che accoglie la

¹ La sentenza in commento trae origine da una vicenda in cui il Presidente del Tribunale di Locri aveva accolto la dichiarazione di astensione di alcuni dei componenti del collegio dibattimentale, senza tuttavia indicare quali atti processuali già compiuti dal giudice che si era astenuto conservassero efficacia, come impone l'art. 42 comma 2 c.p.p. Durante l'iter successivo del processo, il collegio giudicante, nella nuova composizione, previo accordo delle parti, aveva dichiarato utilizzabili gli atti probatori assunti in precedenza e ne aveva dato lettura ai sensi dell'art. 511 c.p.p. Ad avviso della difesa dell'imputato, la sentenza era affetta da nullità, poiché la mancata dichiarazione di efficacia impediva di utilizzare ai fini della decisione gli atti probatori compiuti dal giudice che si era astenuto.

² La pronuncia in esame non concerne il primo comma dell'art. 42 c.p.p. in base al quale «se la dichiarazione di astensione o di ricusazione è accolta, il giudice non può compiere alcun atto del procedimento». Pertanto, non ci soffermeremo su tale disposizione nel presente lavoro. Sugli effetti della violazione del divieto di compiere ulteriori atti del procedimento si veda G. GARUTI, sub *art. 42*, in A. Giarda- G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Milano, 2010, p. 617 ss.; G. MA-

dichiarazione di astensione o di ricsuzione stabilisce «se e in quale parte» conservano efficacia gli atti compiuti precedentemente dal giudice che si è astenuto o è stato ricsuato. Il controllo investe l'intera attività processuale svolta dal giudice "sospetto" sino all'emissione del provvedimento ex art. 42 comma 2 c.p.p., ivi compresi gli atti urgenti eventualmente autorizzati in virtù del primo comma dell'art. 41 c.p.p.³

La disposizione trova applicazione, quindi, in caso di accoglimento sia dell'astensione sia della ricsuzione, nonostante le profonde differenze esistenti tra questi due istituti processuali⁴. Con essa il legislatore ha inteso contemperare le opposte esigenze di garantire, da un lato, l'effettività dell'imparzialità del giudice e, dall'altro lato, di evitare lo spreco di attività processuali che a volte non sono più ripetibili nonché l'uso dilatorio dell'istituto della ricsuzione.

Come è stato osservato in dottrina, la disciplina in esame appare lacunosa. Invero, il giudice chiamato a pronunciarsi sulla fondatezza dell'astensione o della ricsuzione deve compiere «un riesame selettivo [...] incentrato su ogni singolo atto, al fine di stabilire se ne sia possibile il recupero, accertando che la loro formazione sia avvenuta in condizioni psicologiche idonee ad impedirne l'alterazione»⁵: mancano, tuttavia, precisi criteri direttivi, per cui tale operazione rischia di «correre sempre sul filo dell'arbitrarietà»⁶.

GLOCCA, sub art. 42, in A Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale*, I, Milano, 2006, p. 189 ss.

³ È controverso se tra gli atti suscettibili di controllo vada ricompresa anche la sentenza che definisce il giudizio, emessa dal giudice astenutosi o ricsuato, quando l'accoglimento dell'astensione o della ricsuzione avvenga dopo la pronuncia della sentenza stessa. Sulla questione si veda S. CHIMICHI, *Inammissibilità dell'istanza di ricsuzione: impugnazione dell'ordinanza e poteri del giudice ricsuato*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1350 ss. In ordine al tema del regime sanzionatorio degli atti posti in essere dal giudice astenuto cfr. D. CURTOTTI NAPPI, *Sulla capacità del giudice astenuto*, in *Giur. it.*, 2000, p. 595.

⁴ Al riguardo cfr. M. COLAMUSSI, *Astensione e ricsuzione del giudice: in comune solo la ratio*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 540; M. DANIELE, *L'imparzialità del giudice tra dovere di astensione e potere di ricsuzione*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1282; C. FIORIO, *Il diritto ad un giudice terzo e imparziale*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1882; P. P. RIVELLO, *Incompatibilità, astensione e ricsuzione nel processo penale: delimitazione delle fattispecie; nuove norme in tema di giudice unico: effetti processuali derivanti dalla violazione della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1359; M. TIBERI, *In tema di effetti della decisione di ricsuzione*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2148; E. ZAPPALA, *Astensione e ricsuzione del giudice* (diritto processuale penale), in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, p. 4; ID., *La ricsuzione del giudice penale*, Milano, 1989, p. 100.

⁵ In tal senso T. TREVISSON LUPACCHINI, *La ricsuzione del giudice nel processo penale*, Milano, 1996, p. 265. Secondo F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 186, il riesame degli atti compiuti dal giudice incompatibile sarebbe superfluo, in quanto tali atti risultano inficiati da nullità assoluta derivante da una situazione di incapacità. L'Autore stesso ritiene improbabile che questa interpretazione attecchisca, stando all'orientamento ormai consolidato che esclude le situazioni di incompatibilità dai

QUESTIONI APERTE

La presa di posizione del giudice del procedimento incidentale⁷ sulla sorte degli atti compiuti dal giudice che si è astenuto o è stato ricusato è senza dubbio doverosa⁸. Tuttavia, nella prassi giudiziaria capita con una certa frequenza che il giudice dell'astensione o della ricusazione ometta di provvedere in proposito. In questi casi si pone, quindi, il problema del valore da attribuire al silenzio del giudice del procedimento incidentale.

Sulla questione è sorto un contrasto giurisprudenziale.

Una parte della giurisprudenza ha affermato che sono da considerarsi validi gli atti compiuti anteriormente all'accoglimento della dichiarazione di astensione o di ricusazione, se non è diversamente stabilito nel provvedimento adottato ai sensi dell'art. 42 comma 2 c.p.p.⁹. Alla base di questo indirizzo giurisprudenziale vi è la convinzione che l'intera materia sia retta dal principio di conservazione degli atti¹⁰. Tale indirizzo è condiviso da alcuni studiosi, i quali

requisiti di capacità del giudice. Nello stesso senso v. A. D. FORTUNA, *Astensione e ricusazione*, in G. Dean (a cura di), *Soggetti e atti, Trattato di procedura penale* diretto da G. Spangher, Milano, 2009, p. 328-329; N. GALANTINI, *Principio di conservazione degli atti e incompatibilità del giudice*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 586.

⁸ Così, con riferimento al codice di rito abrogato, G. PAOLOZZI, *I limiti di attività del giudice ricusato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 546. Le medesime perplessità sono state avanzate in ordine alla disciplina vigente da V. PATANÈ, *Accoglimento del ricorso avverso l'ordinanza di rigetto della dichiarazione di ricusazione e nullità della sentenza pronunciata "medio tempore" dal giudice ricusato*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 863.

⁷ Per la natura incidentale del procedimento di ricusazione si veda il classico studio di GIUS. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, p. 193 ss.

⁹ In tal senso v. anche Cass., sez. I, 16 aprile 1997, Zuccotti, in *Foro it.*, 1998, II, c. 329. La declaratoria di cui all'art. 42 comma 2 c.p.p. deve essere scritta (così A. D. FORTUNA, *Astensione e ricusazione*, cit., p. 311) e potrebbe avere un contenuto negativo, indicando cioè gli atti inefficaci, o più preferibilmente un contenuto positivo, specificando gli atti efficaci (così M. C. RUSSO, sub art. 42, *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. Conso e V. Grevi, Padova, 2005, p. 136). Il provvedimento che dichiara se e in quale parte gli atti compiuti dal giudice astenutosi conservino efficacia non deve essere necessariamente contestuale all'accoglimento della dichiarazione di astensione; l'art. 42 comma 2 c.p.p. «concerne una decisione intrinsecamente unitaria e coerente che ben può essere, quindi, adottata anche in sequenza ravvicinata, ove questa sia giustificata da diversi tempi di ponderazione»: così Cass., sez. VI, 18 marzo 2003, Matteucci, in *Ced.*, n. 225756; nello stesso senso Cass., sez. VI, 18 marzo 2003, Marchisella, *ivi*, n. 227381.

⁹ In tal senso Cass., sez. I, 16 luglio 1997, Barreca, in *Giust. pen.*, 1998, c. 428, che ha fondato la decisione sui principi di conservazione degli atti e dell'economia processuale «particolarmente sentiti in processi di notevole complessità, in cui sarebbe troppo macchinoso elencare le attività processuali ritenute ancora valide». Tale interpretazione era già stata affermata nel vigore del codice di rito abrogato da Cass., sez. I, 4 aprile 1978, Governatori, in *Giust. pen.*, 1979, III, p. 667. La stessa interpretazione è sostenuta da G. PICA, *Ricusazione e astensione del giudice*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Torino, 1997, p. 239.

¹⁰ È la stessa Relazione al Progetto preliminare ad affermare che «il principio sottostante alla disposizione del comma 2 è quello di conservazione degli atti»: cfr. *Relazione al progetto preliminare, G.U.* 24

osservano che il legislatore del 1988 ha voluto favorire la stabilità della funzione dell'organo giudicante investito dall'*exceptio suspecti iudicis*, sino al punto di affidare al giudice della procedura incidentale la decisione di sospendere temporaneamente ogni attività processuale del giudice ricusato (art. 41, comma 2 c.p.p.)¹¹.

All'opposto, con un'interpretazione più aderente al dato letterale, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza, avallato dalla dottrina prevalente, afferma che gli atti compiuti dallo *iudex suspectus* sono efficaci soltanto nei limiti stabiliti dal giudice del procedimento incidentale: ne consegue che, qualora il giudice *de abstensione* o *de recusatione* non provveda, gli atti già compiuti sono inefficaci¹².

Chiamate a risolvere il contrasto interpretativo, le Sezioni Unite della cassazione con la sentenza *de qua* hanno accolto quest'ultimo orientamento sulla base di alcune considerazioni assai persuasive.

In primo luogo, l'inefficacia delle attività processuali compiute dallo *iudex suspectus* prima dell'accoglimento della dichiarazione di astensione o dell'istanza di ricusazione viene fatta discendere dall'interpretazione letterale dell'art. 42 comma 2 c.p.p., che ad avviso della Suprema corte «non lascia adito a dubbi»: il codice del 1988 ha continuato a configurare come ipotetica

ottobre 1988 n. 250, Serie generale, suppl. ord. n. 2, p. 20. Sul principio di conservazione degli atti si veda N. GALANTINI, *Principio di conservazione degli atti e incompatibilità del giudice*, cit., p. 584 ss.

¹¹ Sul punto cfr. O. DOMINIONI, *Commento al capo VII (titolo I libro I)*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio e O. Dominioni, I, Milano, 1989, p. 220-222.

¹² Cass., sez. I, 30 agosto 2005, Di Mauro, in *Ced*, n. 231889; Cass., sez. I, 16 aprile 1997, Zuccotti, in *Foro it.*, 1998, II, c. 329; Cass., sez. I, 16 aprile 1997, Berlusconi, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1369. Nello stesso senso, in dottrina, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2009, p. 56; A. MOLARI, *Il giudice*, in M. Pisani - A. Molari - V. Perchinunno - P. Corso, *Manuale di procedura penale*, Bologna, 2002, p. 55; G. PIERRO, *Efficacia ed utilizzabilità degli atti compiuti dal giudice astenuto*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1379; T. RAFARACI, sub art. 42, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, I, Torino, 1989, p. 223; G. TRANCHINA, *Il giudice*, in D. Siracusa - A. Galati - G. Tranchina - E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2011, p. 70. La questione era già stata dibattuta con riferimento al codice di rito abrogato: sul punto si veda G. PAOLOZZI, *I limiti di attività del giudice ricusato*, cit., p. 536 ss., secondo il quale «l'assenza di una espressa pronuncia sulla sorte degli atti non può che sottintendere la loro invalidazione [...] susciterebbe sconcerto il pensare che restino validi atti presumibilmente alterati per la riconosciuta non imparzialità di chi li ha assunti»; in precedenza, in senso analogo, I. REINA, *Invalidità degli atti compiuti dallo «iudex suspectus»*, in *Arch. pen.*, 1967, II, p. 113. Merita di essere segnalata Cass., sez. VI, 16 maggio 2007, Arnone e altri, in *Ced*, n. 238026, secondo la quale «i documenti entrati a far parte del fascicolo del dibattimento integrano prove precostituite e ben possono essere utilizzati indipendentemente dalla mancata adozione di un formale provvedimento di rinnovazione del dibattimento da parte del giudice che ha sostituito quello astenuto».

QUESTIONI APERTE

la “conservazione” degli atti già espletati¹³; se la conservazione degli atti del giudice astenutosi o ricusato fosse la regola e non l’eccezione, il legislatore avrebbe adottato una formulazione diversa, del tipo «se e in quale parte gli atti già compiuti *per dono* efficacia»¹⁴. Secondo le Sezioni Unite «vi è, quindi, una sorta di presunzione di inefficacia degli atti posti in essere» dal giudice sospetto, che è superabile esclusivamente attraverso un provvedimento conservativo.

La conclusione risulta confermata dall’interpretazione logico-sistematica. Gli istituti dell’astensione e della ricusazione sono posti a tutela del principio di imparzialità del giudice, «coesistente alla funzione dello *ius dicere* ed alla attuazione del giusto processo richiesto dalla Costituzione»¹⁵. In ossequio a tale principio è previsto un controllo giurisdizionale volto a verificare se la situazione di sospetto che ha provocato l’accoglimento dell’astensione o della ricusazione ha compromesso l’attendibilità dell’attività processuale già compiuta. In assenza di un controllo di questo tipo, una lettura ispirata alla tutela dell’imparzialità del giudice impone di considerare come improduttiva di effetti l’attività dello *iudex suspectus*.

Infine, nella sentenza annotata si afferma che il legislatore, quando ha voluto conservare *ipso iure* l’efficacia degli atti del giudice sospetto, ha previsto una esplicita deroga. Il riferimento è alla disciplina transitoria di cui all’art. 1, comma 2 del d.l. 23 ottobre 1996, n. 553, convertito nella legge 23 dicembre 1996, n. 652, che fu adottato dal Governo dell’epoca per “disinnescare” le conseguenze derivanti da una sentenza additiva della Corte costituzionale¹⁶ con la quale il Giudice delle leggi aveva ampliato le situazioni di incompatibilità previste dall’art. 34 c.p.p.

Come abbiamo accennato sopra, nella seconda parte la sentenza annotata affronta la diversa questione relativa alla possibilità di rimettere in discussione nel corso del dibattimento il tema dell’efficacia degli atti probatori assunti dal giudice “sospetto”. Le Sezioni Unite osservano che quando viene autorizzata l’astensione o viene accolta l’istanza di ricusazione si assiste necessariamente

¹³ G. PIERRO, *Efficacia ed utilizzabilità degli atti compiuti dal giudice astenuto*, cit., p. 1381, individua nel meccanismo delineato dall’art. 42 comma 2 c.p.p. i lineamenti di una fattispecie complessa a formazione concomitante, secondo la classificazione formulata da G. CONSO, *I fatti giuridici processuali*, Milano, 1955, p. 115-116.

¹⁴ Tale considerazione, formulata da T. TREVISSON LUPACCHINI, *La ricusazione del giudice nel processo penale*, cit., p. 259, è stata puntualmente ripresa nella motivazione della sentenza qui annotata.

¹⁵ Sul punto, si veda Corte cost., sent. 20 maggio 1996 n. 155, in *Foro. it.*, 1996, I, c. 1898, secondo la quale in carenza dell’imparzialità del giudice si svuoterebbero di significato tutte le altre regole e garanzie processuali.

¹⁶ Corte cost., sent. 2 febbraio 1996 n. 371, in *Cass. pen.*, 1996, p. 943.

ad un mutamento dell'organo giudicante, con la conseguenza che il dibattimento deve essere rinnovato e deve essere riproposta tutta la sequenza procedimentale prevista, a meno che le parti non consentano, o meglio non si oppongano alla lettura dei verbali relativi alle prove in precedenza acquisite¹⁷.

La vasta gamma di profili problematici coinvolti da tale questione non può essere trattata diffusamente in questa sede. I limiti intrinseci del presente studio permettono soltanto alcune sintetiche osservazioni.

Ebbene, ci sembra che la pronuncia in commento abbia senza dubbio il merito di evidenziare determinati profili di inadeguatezza della disciplina contenuta nell'art. 42 comma 2 c.p.p. rispetto ad alcuni principi costituzionali. In primo luogo, la decisione sugli atti dello *iudex suspectus* da "salvare" è presa dal giudice della procedura incidentale *de plano*, senza interpellare le parti. Peraltro, le parti non hanno la possibilità di impugnare l'eventuale declaratoria di inefficacia degli atti¹⁸.

Tuttavia, non si può negare che l'operazione ermeneutica condotta dalle Sezioni Unite presta il fianco ad alcune obiezioni tutt'altro che trascurabili.

Secondo l'opinione tradizionale assolutamente dominante, rientra nella competenza funzionale dell'organo giurisdizionale, chiamato a pronunciarsi sull'astensione o sulla ricusazione, l'individuazione degli atti che conservano efficacia mediante una valutazione insindacabile¹⁹.

La giurisprudenza di legittimità aveva precisato, inoltre, che la selezione degli atti posti in essere dallo *iudex suspectus* è necessariamente pregiudiziale rispetto alla loro eventuale utilizzazione dibattimentale ai sensi dell'art. 511

¹⁷ Per un primo commento alla pronuncia qui annotata cfr. A. MONTAGNA, *Le Sezioni Unite sul tema dell'efficacia ed utilizzabilità delle attività processuali già compiute dal giudice ricusato o astenutosi*, in *Il Quotidiano giuridico* del 21 aprile 2011.

¹⁸ Sul punto, in giurisprudenza, v. Cass., sez. VI, 26 ottobre 2006, Cremonesi, in *Ced*, n. 235728; Cass., sez. II, 28 maggio 2004, Contaldo, *ivi*, n. 229029. Tuttavia F. R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, p. 250, osserva «che il problema può trovare diversa soluzione alla luce di un'interpretazione sistematica. Basti considerare che 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.».

¹⁹ Cfr. G. BARONE, sub *artt. 42-43*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 261; con riferimento al codice di rito del 1930, cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1969, II, p. 223. Secondo Cass., sez. I, 16 aprile 1997, Berlusconi, cit., «appartiene alla competenza funzionale esclusiva del presidente del tribunale la pronuncia relativa alla conservazione di efficacia degli atti compiuti dal giudice astenutosi, anche quando il collegio giudicante sia mutato per il trasferimento di altro componente nei ruoli della magistratura amministrativa». Nello stesso senso, più di recente, cfr. K. LA REGINA, *Astensione e ricusazione*, *Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Trecami*, I, Roma, 2006, p. 4.

QUESTIONI APERTE

c.p.p.: di conseguenza, il giudice del dibattimento non potrebbe «provvedere ad alcuna acquisizione degli atti precedentemente compiuti se il giudice dell'astensione o della ricusazione non abbia già individuato quali di essi conservino efficacia»²⁰.

Discostandosi da questo orientamento, le Sezioni Unite si sono pronunciate in favore di un riesame *ex novo* da parte del giudice del dibattimento, in contraddittorio con le parti, avente ad oggetto soltanto le prove già acquisite dal giudice sospetto, anche in assenza dell'indicazione degli atti efficaci.

Il ragionamento condotto dalle Sezioni Unite prende le mosse dal significato attribuito al termine "inefficacia"²¹. Secondo il supremo consesso è efficace l'atto probatorio che può essere legittimamente mantenuto nel fascicolo per il dibattimento: l'inserimento in esso rappresenta «il presupposto logico per una successiva, ed eventuale, utilizzazione dello stesso per il dibattimento». Dal momento che le parti hanno il diritto di interloquire in merito al contenuto del fascicolo per il dibattimento, in attuazione di principi anche di rango costituzionale, tra i quali il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il principio del contraddittorio (art. 111 Cost.), le Sezioni Unite tentano di arginare, in tal modo, l'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 2 c.p.p. nella parte in cui non consente alle parti di attivare un qualche controllo sulla declaratoria (esplicita o implicita) di inefficacia degli atti.

Pertanto, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 42 c.p.p., le Sezioni Unite giungono a ritenere possibile un nuovo vaglio circa l'inefficacia degli atti *a contenuto probatorio* compiuti dinanzi al giudice sospetto, in analogia del resto con quanto affermato dalla stessa giurisprudenza di legittimità con riferimento ai provvedimenti in tema di astensione e di ricusazione adottati nel processo civile²². In modo apodittico, si afferma che «il

²⁰ Cass., sez. I, 16 aprile 1997, Berlusconi, cit., p. 1369, che ha considerato ammissibile, quale conflitto analogo *ex art.* 28 comma 2 c.p.p., il conflitto di competenza tra giudice del dibattimento e presidente del tribunale in ordine alla declaratoria di conservazione degli atti.

²¹ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 79, individua nell'art. 42 comma 2 c.p.p. un'ipotesi di inutilizzabilità speciale, «insofferente rispetto alle velleità classificatorie», rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice. Per un approfondimento della distinzione tra efficacia ed utilizzabilità degli atti processuali si veda G. PIERRO, *Efficacia ed utilizzabilità degli atti compiuti dal giudice astenuto*, cit., p. 1381.

²² Nella motivazione della sentenza annotata si fa riferimento a Cass., sez. un., 20 novembre 2003, n. 17636, in *Guida dir.*, 2003, n. 50, p. 20, che ha dichiarato manifestamente infondata, in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 53, comma 2, c.p.c., nella parte in cui non prevede l'impugnabilità con il ricorso per cassazione dell'ordinanza che decide sulla ricusazione, diversamente da quanto previsto dall'art. 41 c.p.p. Viene richiamata anche Cass., sez. I, 23 aprile 2005, n. 8569, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 423, secondo la quale «è inammissibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., avverso l'ordinanza che decide sulla ricusazione del giudice,

giudice del dibattimento ha una competenza generale in ordine alla valutazione di ammissibilità delle prove ed alla assunzione delle stesse e sarà, pertanto, tale giudice a verificare in ultima analisi anche la efficacia o meno degli atti a contenuto probatorio compiuti dallo *iudex suspectus* prima della autorizzazione alla astensione ed a determinare la definitiva inclusione o esclusione di tali atti dal fascicolo per il dibattimento, attività che deve necessariamente precedere la valutazione di utilizzabilità o meno delle prove».

Appare evidente che la pronuncia in esame stravolge completamente il meccanismo delineato dal legislatore processuale del 1988. Seguendo la prospettiva accolta dalle Sezioni Unite, la questione dell'efficacia degli atti compiuti dal giudice sospetto, devoluta alla competenza funzionale di un organo giurisdizionale diverso da quello deputato alla cognizione della *res iudicanda*, non rimarrebbe più confinata negli stretti spazi del procedimento incidentale *ad hoc*. Il provvedimento adottato al termine della procedura incidentale verrebbe ad assumere carattere meramente «dichiarativo e una portata del tutto interinale»²³.

Pertanto, è da osservare che la soluzione accolta dalle Sezioni Unite si pone in contrasto con la volontà del legislatore del 1988 di concludere in tempi brevi e con una decisione definitiva la questione degli effetti derivanti dall'accoglimento dell'astensione o della ricusazione.

Il punto più debole del percorso argomentativo svolto nella pronuncia in commento sembra essere proprio la nozione di «efficacia» accolta dalle Sezioni Unite.

L'inefficacia è una categoria concettuale «a sé stante tra quelle predicabili per gli atti giuridici»²⁴. Autorevole dottrina ha definito l'inefficacia come «un modo di essere dell'atto, consistente nell'improduttività degli effetti [...] per causa indipendente dalla validità dell'atto stesso»²⁵.

Il legislatore processuale ha previsto drasticamente l'inefficacia di un atto quando ha voluto tutelare interessi «superiori», spesso di rango costituziona-

giacché, pur trattandosi di un provvedimento avente natura decisoria, esso difetta del requisito della definitività: la non impugnabilità di tale ordinanza non esclude, infatti, che il suo contenuto sia suscettibile di essere riesaminato nel corso dello stesso processo, attraverso il controllo sulla pronuncia resa con il concorso dello *iudex suspectus*, convertendosi l'eventuale vizio causato dall'incompatibilità del giudice invano ricusato in motivo di nullità, e quindi di impugnazione, della sentenza da lui emessa».

²³ Così A. MACCHIA, *Il vero punto dolente dell'automatismo è la decadenza delle misure cautelari*, in *Guida dir.*, n. 18, 2011, p. 66.

²⁴ Così M. S. GIANNINI, *Inefficacia*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 377

²⁵ M. S. GIANNINI, *Inefficacia*, cit., p. 378.

QUESTIONI APERTE

le, quale la libertà personale (si vedano, tra le tante norme quelle di cui agli artt. 306 e 308 c.p.p.) ovvero, come nel caso che ci occupa, l'imparzialità del giudice.

Come noto, il codice di rito del 1930 considerava invalidi gli atti compiuti dal giudice sospetto (art. 70 comma 2 c.p.p. 1930): le incertezze riguardavano l'individuazione della *species* di invalidità che veniva in rilievo. Il codice di rito del 1988, viceversa, ha previsto l'inefficacia quale conseguenza dell'accoglimento dell'astensione o della ricusazione in coerenza con gli insegnamenti della migliore dottrina in materia²⁶. Trattandosi di "inefficacia" e non di "invalidità", sembra da escludere la possibilità di una forma di "acquiescenza" delle parti volta a sanare il vizio che inficia gli atti compiuti dallo *iudex suspectus*. Ciò in quanto le norme in tema di astensione e di ricusazione sono volte a tutelare il principio costituzionale dell'imparzialità del giudice (art. 111, comma 2 Cost.). L'imparzialità non è soltanto un diritto soggettivo delle parti, ma è un requisito «connaturato, per definizione, alla stessa qualità di giudice»²⁷ davanti al quale si intende celebrare un "giusto processo". Siamo, quindi, al cospetto di un interesse di rilievo pubblico, sottratto alla disponibilità delle parti, e che si ricollega ad un'opzione di fondo del legislatore costituzionale (art. 111 Cost.).

Merita ancora evidenziare che la pronuncia in esame non opera alcuna distinzione a seconda che vi sia stata una dichiarazione di conservazione, totale o parziale, di efficacia degli atti del giudice "sospetto" oppure non vi sia stato alcun provvedimento in merito alla sorte degli atti pregressi. Sembra di capire, allora, che dinanzi al "nuovo" giudice del dibattimento potrebbero essere anche escluse dal fascicolo prove già dichiarate efficaci, con conseguenze assai pregiudizievoli sulle strategie probatorie delle parti²⁸.

Infine, va sottolineato che la portata della soluzione indicata dalle sezioni Unite è limitata esclusivamente agli atti probatori compiuti dal giudice "sospetto" e non investe gli atti di altra natura, come ad esempio le misure cautelari personali e reali. Eppure, sono proprio questi gli atti che potrebbero essere maggiormente compromessi dalla mancanza di imparzialità del giudice che li ha adottati²⁹.

²⁶ Si veda G. CONSO, *Il concetto e la specie di invalidità*, Milano, 1955, p. 16

²⁷ Così G. D. PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, Padova, 1988, p. 64.

²⁸ Per questo rilievo si veda A. MACCHIA, *Il vero punto dolente dell'automatismo è la decadenza delle misure cautelari*, cit., p. 66.

²⁹ In tal senso ancora A. MACCHIA, *Il vero punto dolente dell'automatismo è la decadenza delle misure cautelari*, cit., p. 6

ARCHIVIO PENALE 2011, n. 2

In conclusione, la pronuncia annotata è apprezzabile per il tentativo di avvicinare in via interpretativa la disciplina codicistica al dettato costituzionale, ma i problemi ancora aperti inducono ad auspicare un intervento di razionalizzazione della materia da parte del legislatore.