



37207-20

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE PENALI

Composta da

Giacomo Fumu	- Presidente -	Sent. n. sez. 11
Giorgio Fidelbo		U.P. 16/07/2020
Francesco Maria Ciampi		R.G.N. 6740/2020
Carlo Zaza		
Luca Ramacci		
Monica Boni		
Sergio Beltrani		
Gaetano De Amicis	- Relatore -	
Luca Pistorelli		

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi proposti da:

- 1) Gerbino Massimo, nato a Vittoria il 17/03/1979
- 2) Mangiameli Giuseppe Andrea, nato a Lamezia Terme il 24/03/1976
- 3) Schembri Giuseppe, nato a Gela il 13/06/1981

avverso la sentenza del 18/12/2018 della Corte di appello di Caltanissetta

visti gli atti, la sentenza impugnata e i ricorsi;

udita la relazione svolta dal componente Gaetano De Amicis;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato generale Pietro Gaeta, che ha concluso chiedendo l'annullamento senza rinvio delle sentenze di primo e secondo grado nei confronti di Mangiameli, Schembri e Gerbino, per quest'ultimo limitatamente al capo 3, con la restituzione degli atti al G.u.p. del Tribunale di Caltanissetta, nonchè la declaratoria di inammissibilità del ricorso del Gerbino in ordine al capo 2, con la rideterminazione della pena;

udito il difensore, Avv. Flavio Giacomo Salvo Sinatra, che ha concluso per tutti gli imputati, e per il Mangiameli anche in sostituzione dell'Avv. Carmelo Tuccio, insistendo per l'accoglimento dei motivi di ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con la sentenza impugnata la Corte di appello di Caltanissetta ha confermato la decisione di primo grado, che condannava: a) Massimo Gerbino alla pena complessiva di anni ventuno di reclusione per il reato di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti di vario tipo, commesso in Gela dal gennaio 2010 (capo 2), nonché per il reato di illecita detenzione a fini di cessione a terzi di sostanze stupefacenti di vario tipo di cui agli artt. 81 cpv., 110 cod. pen. e 73, commi 1 e 6, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (capo 3), ritenuta la continuazione interna e quella con altro fatto già giudicato; b) Giuseppe Andrea Mangiameli alla pena di anni quindici di reclusione per il reato associativo descritto al capo 2) e per i reati fine di illecita detenzione e cessione di stupefacenti di cui ai capi 3) e 4), riconosciute sia le attenuanti generiche equivalenti alle contestate aggravanti, ad esclusione di quella di cui all'art. 7 della legge 12 luglio 1991, n. 203, sia la continuazione interna tra le diverse violazioni contestate; c) Giuseppe Schembri alla pena di anni quattordici e mesi dieci di reclusione per il reato di partecipazione all'associazione mafiosa denominata "cosa nostra" di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. (capo 1), commesso in Gela dal gennaio 2010, nonché per il reato associativo descritto al capo 2) e per il reato fine di cui al capo 3), concesse le attenuanti generiche equivalenti alle contestate aggravanti, ad esclusione di quella di cui all'art. 7 legge cit., previo riconoscimento della continuazione interna e di quella con altro fatto già giudicato.

1.1. In via preliminare i giudici di merito hanno definito una questione di rito sollevata dalle difese in ordine alla validità del decreto di rinvio a giudizio emesso in data 8 febbraio 2016 dal G.u.p. presso il Tribunale di Caltanissetta, affermando che il successivo accoglimento – in data 5 ottobre 2017 – di un'istanza di ricusazione formulata dagli odierni ricorrenti, già in due occasioni dichiarata inammissibile dalla Corte di appello di Caltanissetta, non aveva determinato alcuna inefficacia o nullità postuma del decreto introduttivo del giudizio. Tale decreto, in particolare, era stato emesso in pendenza della procedura di ricusazione, che era stata a sua volta definita quando il procedimento principale si trovava, all'atto della sentenza della Corte di cassazione, in fase di avanzata trattazione dibattimentale nel giudizio di primo grado.

1.2. Le decisioni di merito hanno ricostruito in maniera conforme l'assetto strutturale e le modalità di funzionamento dell'organizzazione mafiosa denominata "cosa nostra" nel territorio di Gela, in conseguenza del decesso, avvenuto il 3 dicembre 2007, di Emmanuele Daniele, esponente apicale dell'omonimo gruppo familiare.

Ne hanno altresì esaminato le vicende legate al perseguimento, nell'arco temporale ricompreso fra il 2008 e il 2013, degli interessi economici oggetto delle attività delittuose svolte - specie nel settore del traffico di sostanze stupefacenti - dall'altro ramo familiare gelese dei Rinzivillo, gruppo in progressiva ascesa nel controllo di quel territorio, tra le cui fila avevano fatto ingresso alcuni degli imputati.

Sulla base di sentenze definitive utilizzate ai sensi dell'art. 238-*bis* cod. proc. pen. e delle molteplici fonti di prova rappresentate dalle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia facenti parte della medesima organizzazione mafiosa, dagli esiti delle perquisizioni e dei sequestri di droga, nonché dalle intercettazioni di conversazioni relative alle attività di cessione delle sostanze stupefacenti, i giudici di merito hanno ritenuto accertata la responsabilità degli imputati per i reati sopra indicati, individuando, quale figura di spicco all'interno del processo di progressiva riorganizzazione della struttura associativa di "cosa nostra" nel territorio gelese, quella di Massimo Gerbino, già condannato con decisione definitiva per la pregressa appartenenza al sodalizio dei Rinzivillo ed imputato nel presente procedimento per la correlata organizzazione dedita al traffico di sostanze stupefacenti.

2. Avverso la richiamata decisione della Corte di appello hanno proposto ricorso per cassazione i difensori di fiducia dei predetti imputati, sulla base di separati atti d'impugnazione il cui contenuto viene qui di seguito sinteticamente illustrato.

3. Nell'interesse di Massimo Gerbino è stato proposto ricorso dall'Avv. Flavio Sinatra, che ha dedotto i motivi di seguito esposti.

3.1. Con il primo motivo si denunciano violazioni di legge ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. a), 179, comma 1, 42 cod. proc. pen. e vizi della motivazione in ordine alla questione, già prospettata in sede di gravame, della nullità del decreto di rinvio a giudizio emesso in data 8 febbraio 2016 dal G.u.p. presso il Tribunale di Caltanissetta, sull'assunto che l'originaria istanza di ricusazione avanzata nei confronti del G.u.p. era stata accolta dalla Corte di appello in data 5 ottobre 2017, a seguito di due decisioni di annullamento con rinvio da parte della Corte di cassazione.

Si pone in rilievo, al riguardo, che tale evenienza avrebbe dovuto determinare la regressione del procedimento alla fase dell'udienza preliminare, non potendosi ritenere valido l'atto posto in essere *medio tempore* dal giudice destinatario della decisione di accoglimento della domanda di ricusazione.

Si evoca, in tale prospettiva, la categoria giuridica della incompetenza funzionale allo scopo di evidenziare come l'atto in questione sia affetto da nullità assoluta, peraltro sempre eccepita nelle diverse fasi del giudizio di merito, e si contesta l'affermazione per cui tale vizio non colpirebbe il decreto di rinvio a giudizio, atteso che la carenza di potere dovuta all'accoglimento della ricusazione non può non estendersi a tale atto, che non è meramente interlocutorio, potendo in alternativa essere emessa la decisione di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 425 cod. proc. pen.

3.2. Con il secondo motivo si deducono analoghi vizi in relazione al giudizio di secondo grado, evidenziando che all'esito dell'udienza del 18 dicembre 2018 il P.G. non avrebbe rassegnato le conclusioni per la posizione dell'odierno ricorrente, sebbene avesse espresso, in occasione della precedente udienza del 5 dicembre 2018, il consenso all'accordo proposto ex art. 599-*bis* cod. proc. pen. dalla difesa, ritrattandolo tuttavia alla successiva udienza del 13 dicembre 2018.

Siffatta omissione avrebbe determinato la nullità della sentenza, posto che: a) il consenso già manifestato alla proposta di concordato non poteva essere revocato essendosi già perfezionato l'accordo tra le parti; b) il P.G. si è limitato a ritrattare il precedente assenso, ma non ha rassegnato le sue conclusioni in ordine alla posizione del ricorrente.

3.3. Con il terzo motivo si lamentano violazioni di legge e vizi della motivazione in punto di affermazione della penale responsabilità, non essendo stata offerta una corretta lettura delle dichiarazioni rese dal collaboratore Di Stefano Roberto, il cui contenuto è stato travisato là dove ha evocato una rudimentale attività di vendita di droghe leggere, a carattere per lo più familiare e nell'ambito di un rapporto esclusivo con lo Schembri, senza coinvolgere la più ampia compagine associativa dei "Rinzivillo".

Si pone altresì in rilievo che, sebbene la medesima fonte dichiarativa avesse decisamente escluso il coinvolgimento di Emanuele Cascino nel traffico di droga, i rilievi difensivi in ordine alla corretta valutazione delle dichiarazioni da costui rese, là dove avrebbe riferito notizie qualificate asseritamente apprese proprio dal Di Stefano, non avrebbero trovato adeguata risposta nella sentenza.

3.4. Il quarto motivo censura l'erronea applicazione di legge e il vizio della motivazione con riferimento alla esclusione delle meno gravi ipotesi di cui agli artt. 73, comma 5 e 74, comma 6, del d.P.R. n. 309 del 1990, in quanto

avvenuta sulla base di una inadeguata motivazione *per relationem* alla posizione di altri coimputati.

3.5. Con il quinto motivo si censurano l'erronea applicazione di legge ed il vizio di motivazione riguardo alla ritenuta sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 7 della legge 13 luglio 1991, n. 203, sull'assunto che non vi sarebbe stato un adeguato confronto fra le argomentazioni impiegate nella motivazione e le richiamate emergenze processuali, che facevano riferimento, di contro, a condotte di spaccio di droghe cd. "leggere", poste in essere esclusivamente dal duo Schembri-Gerbino, senza il coinvolgimento della consorteria mafiosa dei "Rinzivillo".

4. Nell'interesse di Schembri Giuseppe l'Avv. Flavio Sinatra ha proposto ricorso per cassazione deducendo i motivi appresso indicati.

4.1. Con il primo motivo si censurano violazioni di legge e vizi della motivazione in ordine alla nullità del decreto di rinvio a giudizio emesso in data 8 febbraio 2016, sulla base di argomenti identici a quelli già illustrati nella trattazione del primo motivo del ricorso proposto nell'interesse di Massimo Gerbino.

4.2. Con il secondo motivo si deducono vizi identici a quelli oggetto del secondo motivo del ricorso proposto nell'interesse di Massimo Gerbino.

4.3. Con il terzo motivo si censurano l'erronea applicazione di legge e il vizio di motivazione con riferimento all'affermazione della penale responsabilità per il reato di associazione mafiosa, atteso che la Corte distrettuale avrebbe richiamato il contenuto delle deposizioni rese da Billizzi Massimo Carmelo, Terlati Emanuele, Cascino Emanuele e Nicastro Davide, senza considerare le doglianze dalla difesa articolate in sede di gravame, là dove si obiettava che il Nicastro in realtà non era stato escusso nel giudizio di primo grado e che il Billizzi nulla aveva riferito sul conto dell'imputato, mentre il Terlati aveva iniziato la sua collaborazione nel 2007, ossia tre anni prima dell'inizio - a decorrere dall'anno 2010 - della contestazione temporale mossa nel procedimento *de quo* e senza riferire alcunchè di significativo in merito alla posizione del ricorrente. Si contesta, inoltre, l'attribuzione al ricorrente di un ruolo di "spicco" all'interno dei diversi sodalizi dei quali avrebbe fatto parte (*ex artt. 416-bis cod. pen. e 74 del d.P.R. n. 309/1990*), senza sviluppare al riguardo una motivazione che abbia dato puntualmente conto della specificità delle rispettive, differenti, organizzazioni, ed anzi travisando il contenuto delle richiamate fonti dichiarative.

4.4. Con il quarto motivo si deducono violazioni di legge e vizi della motivazione in relazione all'affermazione della penale responsabilità per i reati di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti (capo 2) e per i reati-scopo

(capo 3), prospettando sul punto argomentazioni analoghe a quelle oggetto del terzo motivo del ricorso proposto da Massimo Gerbino.

4.5. Con il quinto motivo si deducono analoghi vizi con riferimento al diniego delle meno gravi ipotesi di cui agli artt. 73, comma 5 e 74, comma 6, del d.P.R. n. 309 del 1990, sulla base di doglianze del tutto analoghe a quelle del quarto motivo proposto nell'interesse del coimputato Gerbino.

4.6. Il sesto motivo censura i medesimi vizi con riferimento alla ritenuta sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 7 legge cit., per non esservi stato un puntuale confronto con le risultanze processuali, né alcuna personalizzazione del ragionamento giustificativo della decisione.

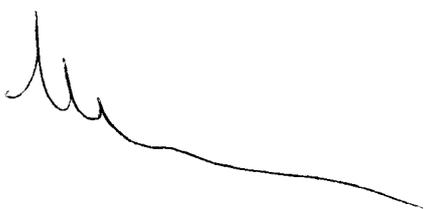
5. Nell'interesse di Mangiameli Giuseppe Andrea sono stati proposti due atti di ricorso, rispettivamente sottoscritti dall'Avv. Flavio Sinatra e dall'Avv. Carmelo Tuccio.

5.1. Nel primo ricorso si deducono, con il primo motivo, violazioni di legge e vizi della motivazione in ordine alla nullità del decreto di rinvio a giudizio emesso in data 8 febbraio 2016, prospettando argomenti identici a quelli già illustrati nella trattazione del primo motivo del ricorso proposto nell'interesse di Massimo Gerbino.

5.2. Con il secondo motivo si censura la presenza di violazioni di legge e vizi della motivazione in relazione all'affermazione della penale responsabilità per il reato associativo di cui al capo 2 e per il reato-fine di cui al capo 3 (art. 73 d.P.R. cit., aggravato ex art. 7 legge cit.).

Al riguardo si lamenta, in particolare, il travisamento del contenuto delle dichiarazioni rese dal collaborante Di Stefano, che non avrebbe incluso in un "gruppo intermedio" dedito allo spaccio il Mangiameli, peraltro assolto dalla imputazione relativa al delitto di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., e si ribadisce la tesi per cui il Mangiameli operava autonomamente come un semplice spacciatore, al di fuori di vincoli associativi.

Si evidenzia, inoltre, che la configurabilità della condotta associativa rilevante ai sensi dell'art. 74 cit. è stata ritenuta sulla base del medesimo compendio probatorio che aveva consentito di escludere in primo grado l'intraneità del ricorrente al gruppo dei "Rinzivillo", sebbene da altra deposizione (resa in sede di gravame dal Maresciallo Claudio Gabrovich) fosse parimenti emersa l'assenza di legami associativi da parte del ricorrente, definito un mero assunto di stupefacenti, che operava al di fuori di qualsiasi struttura organizzata. I contatti intercorsi con Antonio Radicia - che cedeva sostanze stupefacenti al ricorrente - dovevano pertanto inquadrarsi in tale prospettiva e non potevano ritenersi dimostrativi di alcuna continuità di azione, essendosi il



Mangiameli rifornito - come nell'episodio che ha condotto al suo arresto in data 30 marzo 2011 - anche da altri fornitori operanti in diverse zone territoriali.

Non vi sarebbe, in definitiva, alcun elemento indicativo rilevante, sul piano fattuale, circa l'esistenza di un'organizzazione della quale il Mangiameli sia stato consapevole di far parte: aspetti, questi, sui quali la Corte distrettuale ha fornito una risposta illogica e svincolata dalle risultanze processuali.

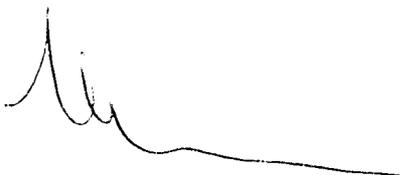
5.3. Con il terzo, il quarto ed il quinto motivo di ricorso, inoltre, si contestano il diniego delle invocate ipotesi attenuate (ex artt. 73, comma 5 e 74, comma 6, d.P.R. cit.), la sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 7 legge cit. e il diniego della continuazione esterna tra i reati oggetto del presente giudizio e quelli, risalenti al 2011, giudicati con le sentenze prodotte ed acquisite al fascicolo dibattimentale. Si rappresenta, anche in tal caso, l'assenza di un puntuale confronto della motivazione con l'esame delle risultanze istruttorie.

5.4. Con il primo motivo del secondo ricorso si deducono violazioni di legge e vizi della motivazione in relazione all'affermazione di penale responsabilità per il reato associativo di cui al capo 2 e per il reato-fine di cui al capo 3, atteso che la Corte d'appello avrebbe realizzato una mera riproduzione, senza alcuna valutazione autonoma, dei contenuti della decisione di primo grado e di quelli di una memoria depositata in udienza dal rappresentante della Procura Generale.

Si ribadisce, sul punto, il profilo del travisamento delle dichiarazioni rese dal Di Stefano, unitamente alle ulteriori doglianze contenute nel primo atto di ricorso, soggiungendo che anche il contenuto dei dialoghi telefonici intervenuti con il Radicia non sarebbero stati correttamente interpretati in merito al ruolo, del tutto autonomo, di acquirente e/o spacciatore assunto dal ricorrente.

5.5. Il secondo motivo censura il travisamento della deposizione del teste Gabrovic e dei contenuti di un titolo cautelare emesso in un diverso procedimento penale (dal quale risultava che il ricorrente era un semplice consumatore che vendeva droga al dettaglio per poterla acquistare a fini personali), insistendo sulla posizione autonoma del Mangiameli rispetto al fornitore di stupefacenti Radicia e all'ipotizzato gruppo associativo, proprio con riferimento alla contestata vicenda dell'acquisto di 500 grammi di cocaina, che sarebbe avvenuta con modalità non correlate al sodalizio contestato nel giudizio *de quo*. La Corte distrettuale, al riguardo, avrebbe sostanzialmente omesso di valutare i contenuti della richiamata ordinanza custodiale e delle prove testimoniali assunte mediante la rinnovazione istruttoria, là dove consentivano di escludere la presenza di un contributo causale dal ricorrente prestato in favore dell'associazione.

5.6. Il terzo ed il quarto motivo di ricorso lamentano l'assenza di qualsiasi motivazione con riferimento alle ragioni di doglianza enucleate nei motivi di



appello concernenti la configurabilità stessa degli elementi costitutivi del delitto di cui al capo 3.

5.7. Con i residui motivi (numerati dal quinto al nono) si deducono violazioni di legge e vizi di motivazione con riferimento alle denegate richieste di esclusione dell'aggravante di cui all'art. 7 legge cit. e di riqualificazione delle condotte ai sensi degli artt. 74, comma 6 e 73 comma 5 d.P.R. cit., alla mancata applicazione del trattamento sanzionatorio previsto per le droghe cd. "leggere" e al denegato riconoscimento della continuazione esterna tra i reati oggetto del presente giudizio e quelli, risalenti al 2011, giudicati con le sentenze prodotte ed acquisite al fascicolo dibattimentale.

6. Con ordinanza n. 10818 del 26 febbraio 2020 la Prima Sezione penale di questa Corte ha rimesso i ricorsi alle Sezioni Unite, prospettando l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale riguardante l'interpretazione del contenuto della sentenza delle Sezioni Unite n. 13626 del 16/12/2010, Digiacomantonio.

Con tale decisione la Corte, come rammenta l'ordinanza di rimessione, è intervenuta sulla disciplina dell'art. 42, comma 2, cod. proc. pen., affermando che, nel caso in cui il provvedimento di accoglimento dell'istanza di astensione o di ricusazione non contenga l'espressa indicazione degli atti i cui effetti vanno conservati, tutti quelli compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato devono considerarsi inefficaci. L'inefficacia può essere sindacata, nel contraddittorio tra le parti, dal giudice della cognizione, con la conseguente eventuale utilizzazione degli atti in precedenza compiuti. In ogni caso, la riconosciuta efficacia degli atti ne comporta l'inserimento nel fascicolo dibattimentale e consente al giudice della cognizione di sindacare, nel contraddittorio delle parti, la valutazione operata sulla conservazione o meno dell'atto in sede di giudizio sull'astensione o sulla ricusazione.

6.1. Rileva al riguardo la Sezione rimettente che il contrasto giurisprudenziale concerne l'ambito di applicazione di tale decisione, poiché alcune pronunce hanno ritenuto che il principio affermato dalle Sezioni Unite relativamente all'inefficacia degli atti compiuti *medio tempore*, derivante dall'assenza di un'espressa indicazione sul punto da parte del giudice della ricusazione, è applicabile solo agli atti aventi natura probatoria, con la conseguenza che gli altri atti emessi dal giudice la cui ricusazione sia stata accolta dovrebbero essere ritenuti sempre efficaci, pur in assenza dell'indicazione cui si riferisce l'art. 42, comma 2, cit., e ferma restando, anche per tali atti, la eventuale successiva valutazione da parte del giudice della cognizione (Sez. 5, n. 34811 del 15/06/2016, Lo Giudice, Rv. 267742; Sez. 5, n. 44120 del

09/05/2019, Di Fratta, Rv. 277848; Sez. 3, n. 35205 del 16/07/2019, Mandalà, Rv. 277501).

6.2. Un diverso orientamento interpretativo, di contro, ha affermato che, in assenza di una espressa dichiarazione di conservazione della efficacia degli atti nel provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione, tutti gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato devono considerarsi inefficaci (Sez. 6, n. 10160 del 18/02/2015, Boschetti, Rv. 262804, pronunciatasi nell'ambito di una vicenda relativa ad una opposizione avverso una richiesta di archiviazione, accolta dal giudice con declaratoria di inammissibilità dell'opposizione della persona offesa, senza aver revocato il provvedimento - adottato dal precedente giudice prima di astenersi - di fissazione dell'udienza camerale a seguito dell'opposizione).

Nel richiamare il contenuto della sentenza Digiacomantonio si rileva, all'interno di tale minoritario indirizzo esegetico, che la pregiudiziale salvezza dei provvedimenti precedentemente assunti si pone in diretta contraddizione con l'accertamento della causa di astensione o di ricusazione, poiché garantirebbe la persistenza di atti emessi da un giudice la cui imparzialità è posta in dubbio, sicché tali provvedimenti, ove non espressamente convalidati dal giudice che valuta la richiesta di astensione, devono considerarsi inefficaci.

6.3. Ciò posto, la Sezione rimettente osserva che il contrasto verte, in particolare, su alcuni aspetti essenziali della ricognizione del rapporto tra i poteri della Corte di appello (che abbia accolto la domanda di ricusazione) e quelli del giudice (diverso da quello ricusato) dinanzi al quale risulti pendente - e davanti al quale debba proseguire - il procedimento principale.

Nel caso di specie, infatti, l'assenza, nella decisione del giudice della ricusazione, di qualsiasi indicazione circa il mantenimento degli effetti del decreto che dispone il giudizio, laddove l'efficacia di tale atto è stata, di converso, espressamente riconosciuta da entrambe le sentenze di merito che hanno giudicato gli odierni ricorrenti, è un aspetto che rende rilevante il contrasto, non potendo esservi dubbi sulla natura non probatoria del provvedimento giurisdizionale che determina l'instaurazione della fase dibattimentale.

6.4. L'ordinanza di rimessione, infine, sollecita le Sezioni Unite ad un nuovo intervento nomofilattico sul tema, sì da risolvere le evidenziate disarmonie anche in ragione della necessità di un raccordo sistematico rispetto alle ulteriori decisioni al riguardo intervenute (Sez. U, n. 23122 del 27/01/2011, Tanzi; Sez. U, n. 31421 del 26/06/2002, Conti).

Muovendo dal rilievo che l'attuale normativa non prevede, in pendenza della decisione sulla fondatezza della domanda di ricusa, alcun automatismo nel limitare i poteri del giudice sospetto al di là della preclusione relativa alla

pronuncia della sentenza, la Sezione rimettente osserva come le precedenti decisioni delle Sezioni Unite pongano in evidenza gli ulteriori profili problematici dello statuto degli atti emessi in pendenza della procedura di ricusazione, quando l'accoglimento dell'istanza intervenga all'esito del relativo procedimento incidentale, e del rapporto che intercorre tra i poteri del giudice della ricusazione che abbia accolto la relativa domanda e quelli del giudice subentrato nel procedimento principale.

Se si aderisce, infatti, alla tesi secondo la quale la sentenza Digiacomantonio riguarda esclusivamente gli atti di rilievo probatorio compiuti innanzi al giudice "sospetto", tutti gli atti del procedimento diversi da quelli di raccolta della prova - pur in assenza di un'espressa declaratoria di efficacia nel provvedimento di accoglimento della ricusazione - potrebbero essere comunque oggetto di autonoma considerazione da parte del giudice subentrato nel procedimento principale, che ben potrebbe confermarne l'efficacia; per converso, ove si ritenga che tale decisione abbia inteso riferirsi a tutti gli atti del procedimento, il giudice subentrato a quello ricusato non potrebbe che prendere atto della loro inefficacia, ove sia mancata una decisione di mantenimento da parte del giudice della ricusazione.

7. Il Presidente aggiunto, con decreto del 4 maggio 2020, ha assegnato i ricorsi alle Sezioni Unite in considerazione della speciale importanza della questione proposta, che potrebbe comunque dar luogo ad un contrasto giurisprudenziale, e ne ha disposto la trattazione all'udienza pubblica del 25 giugno 2020, successivamente rinviata all'odierna udienza con provvedimento emesso in data 22 maggio 2020.

8. Con memoria depositata nella Cancelleria di questa Suprema Corte in data 22 giugno 2020, l'Avv. Flavio Sinatra ha sviluppato ulteriori argomenti a sostegno dei motivi del ricorso proposto nell'interesse di Massimo Gerbino ed ha insistito per il suo accoglimento.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione di diritto per la quale i ricorsi sono stati rimessi alle Sezioni Unite è riassumibile nei termini di seguito indicati: *«se, in caso di accoglimento della istanza di ricusazione del g.u.p., il decreto che dispone il giudizio - emesso in pendenza della decisione definitiva sulla domanda di ricusazione - conservi o meno efficacia».*



2. Ai fini del corretto inquadramento di tale questione è opportuno svolgere, *in limine*, una ricostruzione della sequenza delle attività processuali che l'hanno originata a seguito della presentazione, nel corso dell'udienza preliminare celebrata il 14 dicembre 2015, di un'istanza di ricusazione ex art. 37, lett. b), cod. proc. pen. nei confronti del G.u.p. presso il Tribunale di Caltanissetta, con la quale gli imputati Schembri e Mangiameli rappresentavano che il magistrato, giudicando in un diverso procedimento, aveva di fatto anticipato il giudizio sulla esistenza dei reati di associazione di stampo mafioso e di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, con specifico riferimento a talune condotte delittuose poste in essere dagli stessi ricusanti.

Con ordinanza del 17 dicembre 2015 la Corte di appello di Caltanissetta si pronunciava, quale giudice della procedura incidentale di ricusazione, dichiarando inammissibile l'istanza senza emettere alcun provvedimento di sospensione del processo ed il G.u.p. presso il Tribunale di Caltanissetta emetteva subito dopo, in data 8 febbraio 2016, il decreto che dispone il giudizio.

L'ordinanza di inammissibilità della ricusazione veniva impugnata con ricorso per cassazione ed annullata con rinvio da questa Corte con la sentenza n. 41398 del 15 settembre 2016.

Nel giudizio di rinvio, la Corte di appello di Caltanissetta pronunciava una seconda ordinanza in data 29 novembre 2016, con la quale dichiarava nuovamente inammissibile l'istanza di ricusazione.

Tale ordinanza di inammissibilità veniva anch'essa impugnata con ricorso per cassazione ed annullata con rinvio, una seconda volta, con la sentenza n. 38609 del 4 luglio 2017.

Nuovamente investita quale giudice del rinvio, la Corte di appello di Caltanissetta, con ordinanza del 28 settembre 2017, accoglieva la dichiarazione di ricusazione senza emettere alcuna statuizione in ordine alla conservazione della efficacia degli atti posti in essere dal giudice ricusato, ai sensi dell'art. 42, comma 2, cod. proc. pen.

Con tale ordinanza la Corte distrettuale accoglieva l'istanza di ricusazione proposta dagli imputati Schembri e Mangiameli per i reati ad essi rispettivamente ascritti in relazione al decreto di rinvio a giudizio emesso in data 8 febbraio 2016, mentre nei confronti del coimputato Massimo Gerbino tale decreto ne disponeva il rinvio a giudizio unicamente per il reato fine di cui al capo 3), essendo stato egli rinviato a giudizio per il reato associativo di cui al capo 2) con decreto emesso il 3 febbraio 2016 da altro G.u.p. del medesimo Tribunale.

Nelle more, il processo principale, mai sospeso, proseguiva il suo *iter*, sicchè l'accoglimento in via definitiva dell'istanza di ricusazione sopraggiungeva quando il giudizio di primo grado si trovava in fase di avanzata trattazione.

La decisione di accoglimento della ricusazione non si è pronunciata sull'efficacia del decreto di rinvio a giudizio, la cui validità è stata invece espressamente affermata dalle sentenze di merito sulla base del principio di conservazione degli atti processuali e del duplice riferimento al momento in cui è intervenuta la decisione definitiva del procedimento incidentale (due mesi prima della decisione di primo grado) ed alla natura interlocutoria del decreto, non assimilabile in quanto tale ad una sentenza.

3. Così ricostruita la progressione delle sequenze relative all'incidente di ricusazione, deve preliminarmente rilevarsi che in ordine ad alcune delle tematiche sottese alla richiamata questione di diritto le Sezioni Unite si sono già pronunciate in due occasioni, affrontando sia il problema della sorte processuale degli atti che il giudice abbia adottato in pendenza della procedura incidentale di ricusazione, sia quello relativo alla conservazione o meno della loro efficacia secondo la regola dettata nella disposizione di cui all'art. 42, comma 2, cod. proc. pen., ove si stabilisce che *"Il provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione dichiara se ed in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi o ricusato conservano efficacia"*.

3.1. Con una prima decisione è stata esaminata la disciplina prevista dall'art. 42, comma 2, cit., affrontando i diversi, ma strettamente connessi, profili attinenti, da un lato, alle conseguenze dell'omessa dichiarazione di conservazione dell'efficacia degli atti compiuti dal giudice astenutosi o ricusato, dall'altro lato alla possibilità di rimettere in discussione in sede dibattimentale il tema della efficacia degli atti probatori assunti dal giudice "sospetto". Da tale disposizione, afferma la Corte, si ricava una sorta di presunzione di inefficacia degli atti posti in essere dal *iudex suspectus*, sicchè, in assenza di una espressa dichiarazione di conservazione della efficacia degli atti nel provvedimento che accoglie la dichiarazione di astensione o di ricusazione, gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato devono considerarsi inefficaci (Sez. U., n. 13626 del 16/12/2010, dep. 2011, Digiacomantonio, Rv. 249299).

Si tratta di una regola generale che può essere rimossa solo dalla declaratoria di efficacia di uno o più atti compiuta dal giudice della ricusazione, al quale compete valutare se, malgrado la riconosciuta carenza di parzialità del giudice, talune attività non siano state influenzate da cause di incompatibilità e non abbiano subito alterazione per effetto di quelle, così da poter essere conservate.

Tale valutazione, di efficacia o inefficacia dell'atto, operata dal giudice che decide sull'astensione o sulla ricusazione, pur autonomamente non impugnabile,

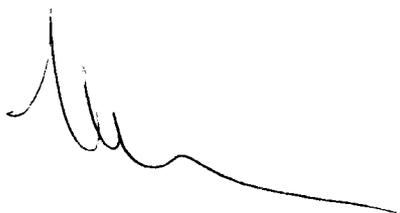
è successivamente sindacabile, nel contraddittorio tra le parti, dal giudice della cognizione.

3.1.1. In relazione all'ambito di applicazione del principio secondo cui gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato devono considerarsi inefficaci in assenza di una espressa dichiarazione che ne conservi l'efficacia nel provvedimento che accoglie la relativa dichiarazione di astensione o di ricusazione, si sono formati due diversi orientamenti giurisprudenziali.

Un primo indirizzo interpretativo ritiene che l'enunciato normativo dell'art. 42, comma 2, cit. è riferibile esclusivamente agli atti giurisdizionali aventi natura probatoria, rimanendo invece dotati di efficacia - pure in mancanza di una espressa indicazione - altri atti parimenti emessi dal giudice la cui ricusazione sia stata in seguito accolta (Sez. 5, n. 34811 del 15/06/2016, Lo Giudice, Rv. 267742; Sez. 5, n. 44120 del 09/05/2019, Di Fatta, Rv. 277848; Sez. 3, n. 35205 del 16/07/2019, Mandalà, Rv. 277501). La richiamata disposizione, pertanto, ha un'operatività circoscritta ai soli atti che afferiscano al *thema probandum*, non essendovi motivo di ritenere che debba essere precluso di dispiegare i propri effetti ad un atto che, non incidendo sul materiale utilizzabile ai fini della decisione (ad es. in relazione alla materia cautelare), giammai potrebbe vincolare il giudice successivo.

3.1.2. Un diverso orientamento, di contro, ritiene che, nell'ipotesi dell'assenza di una espressa dichiarazione di conservazione dell'efficacia degli atti nel provvedimento di accoglimento della dichiarazione di astensione o di ricusazione, tutti gli atti compiuti in precedenza dal giudice astenutosi o ricusato debbono considerarsi inefficaci, senza distinzioni basate sulla loro natura e connotazione funzionale. (Sez. 6 n. 10160 del 18/02/2015, Boschetti, Rv. 262804). Analoga affermazione di principio, in relazione al procedimento di prevenzione, è rinvenibile nella motivazione di altra decisione (Sez. 5, n. 16311 del 14/04/2014, Di Vincenzo, Rv. 259873), pur nel convincimento che la sentenza Digiacomantonio ha inteso limitare l'operatività dell'inefficacia ai soli atti a contenuto probatorio, rispetto ai quali si risolve nell'inutilizzabilità soggetta al regime del rilievo officioso ex art. 191, comma 2, cod. proc. pen., mentre per gli atti a contenuto dispositivo postula un'impugnazione, sia pure differita.

3.2. Successivamente, la Corte è intervenuta per delineare il quadro dei poteri del giudice ricusato con riferimento alle contigue disposizioni di cui agli artt. 37, comma 2, e 42, comma 1, cod. proc. pen., esaminando le diverse situazioni in cui egli abbia deciso nel merito nonostante sia stata avanzata nei suoi confronti una dichiarazione di ricusazione successivamente dichiarata inammissibile con provvedimento definitivo (Sez. U, n. 23122 del 27/01/2011, Tanzi).



Con tale ultima decisione, in particolare, le Sezioni Unite hanno inquadrato sul piano dogmatico la natura del vizio che scaturisce dalla violazione dei divieti stabiliti dal legislatore in materia di rikusazione (artt. 37, comma 2 e 42, comma 1, cit.), affermando che la disciplina di tale istituto, in quanto finalizzata ad assicurare il rispetto dei principi di imparzialità-terzietà del giudice, ha immediato rilievo costituzionale e proprio dall'assetto costituzionale "mutua valore e forza cogente".

La "sanzione costituzionale formale di tale principio" (come afferma la Corte costituzionale nella sentenza n. 134 del 11 aprile 2002) è nell'art. 111, comma 2, Cost. e la collocazione della imparzialità-terzietà tra i requisiti fondanti la nozione di giusto processo impone che, anche sul piano applicativo, il bilanciamento delle concorrenti esigenze e dei disparati interessi posti in giuoco dal processo (ad es., in tema di efficienza e celerità) debba considerare il peso specifico di tale fondamentale paradigma di riferimento.

La Corte ha ritenuto necessario verificare, entro tale prospettiva, ogni possibilità di interpretazione, anche estensiva, se quella strettamente testuale "risulta in contrasto con lo scopo di garanzia che il sistema dovrebbe assicurare".

E' su tale sfondo assiologico, dunque, che la richiamata decisione si è mossa per definire la natura della patologia processuale che consegue alla violazione del divieto di pronunciare sentenza da parte del giudice la cui rikusazione sia stata poi accolta.

Un nodo problematico, questo, che direttamente rileva, come più avanti meglio si vedrà, ai fini della risoluzione della questione qui esaminata, e che la Corte ha sciolto con una risposta inequivoca, stabilendo il principio secondo cui la violazione del divieto, posto dall'art. 42, comma 1, cit., per il giudice la cui rikusazione sia stata accolta, di compiere alcun atto del procedimento «comporta rispettivamente la nullità, ex art. 178, lett. a) cod. proc. pen., delle decisioni ciononostante pronunciate e l'inefficacia di ogni altra attività processuale, mentre la violazione del divieto, ex art. 37, comma secondo, cod. proc. pen., per il giudice rikusato, di pronunciare sentenza, comporta la nullità di quest'ultima solo ove la rikusazione sia successivamente accolta, e non anche quando la rikusazione sia rigettata o dichiarata inammissibile» (Sez. U, n. 23122 del 27/01/2011, Tanzi, Rv. 249734).

Più specificamente, con tale decisione la Corte ha affermato che «il divieto, per il giudice rikusato, di pronunciare sentenza ex art. 37, comma secondo, cod. proc. pen., opera sino alla pronuncia di inammissibilità o di rigetto, anche non definitiva, dell'organo competente a decidere sulla rikusazione, essendo, tuttavia, la successiva decisione del giudice rikusato, affetta da nullità qualora la pronuncia di inammissibilità o di rigetto sia annullata dalla Corte di cassazione e

il difetto di imparzialità accertato dalla stessa Corte o nell'eventuale giudizio di rinvio». (Sez. U, n. 23122 del 27/01/2011, Tanzi, Rv. 249735).

3.3. Il meccanismo delineato dalla sentenza Tanzi, pertanto, è quello della nullità *secundum eventum* o condizionata: se sopravviene la definitività del provvedimento che dichiara fondata la ricusazione, l'eventuale sentenza emessa dal giudice ricusato è affetta da nullità.

L'individuazione di tale sanzione processuale, in assenza di una sua formale comminatoria nella disposizione di cui all'art. 37, comma 2, cit., viene direttamente collegata al difetto di imparzialità del giudice, ossia a "un difetto di capacità particolare a giudicare" che attiene non all'attribuzione in astratto di potestà giurisdizionale, bensì ai modi e limiti del potere esercitabile in un determinato giudizio, refluendo nell'ambito della previsione di cui all'art. 178, comma 1, lett. a), cod. proc. pen.

Si tratta di una nullità assoluta, rilevabile in ogni grado e stato del processo (ferma la forza del giudicato), che colpisce le "decisioni", laddove la sanzione della inefficacia investe "ogni altra attività processuale" (come gli atti propulsivi o i negozi processuali o le prove malamente acquisite).

Una linea di demarcazione, questa, che le Sezioni Unite hanno tracciato sulla base del rilievo che nel sistema positivo le decisioni invalide (perché non rispondenti allo schema legale) non si prestano ad essere considerate inefficaci (come gli atti propulsivi, i negozi processuali ecc.): per esse, infatti, non essendo superabile la regola che divengono definitive se non impugnate, si è affermato che «la categoria della inidoneità a produrre effetti, riconducibile nella genesi storica delle invalidità alla nozione di atto nullo (*quod nullum est nullum producit effectum*), tramuta in ogni caso in annullabilità, ovverosia nella categoria delle nullità codicistiche che costituiscono condizioni per l'annullabilità, mentre la radicalità del vizio può incidere unicamente ai fini della assenza di preclusioni alla rilevabilità in ogni stato e grado del processo: ferma la forza del giudicato.».

Peraltro, non è solo nei confronti dell'atto-sentenza che si è ritenuta l'applicabilità della regola generale posta dall'art. 37, comma 2, cit.

Nella nozione di atto del procedimento, infatti, vanno ricomprese, secondo quanto chiarito nella sentenza Tanzi, non solo le "decisioni" (tra le quali rientra ovviamente la sentenza), ma "ogni altra attività processuale" compiuta dal giudice ricusato, con i rispettivi effetti dianzi precisati.

Ne consegue che l'ambito del divieto di pronunciare sentenza, per il giudice ricusato, è particolarmente ampio, poiché esso copre "ogni tipo di provvedimento" - comunque denominato - che sia "idoneo a definire la regiudicanda cui la dichiarazione di ricusazione si riferisce" (Sez. U, n. 23122 del 27/01/2011, Tanzi, Rv. 249733, in relazione ad una fattispecie avente ad



oggetto un provvedimento decisorio diverso dalla sentenza, come la revoca di una misura alternativa alla detenzione disposta dal Tribunale di sorveglianza).

La garanzia della precondizione della imparzialità del giudice è il fondamento giustificativo di tale estensione ermeneutica, investendo tale *ratio* ogni tipo di provvedimento giurisdizionale con valenza decisoria.

Entro tale impostazione ricostruttiva, incentrata sulla valorizzazione di una invalidità radicale in conseguenza del difetto di potere giurisdizionale esercitabile in relazione ad una determinata regiodicanda, è indifferente, per il procedimento principale, il momento in cui intervenga la decisione definitiva di accoglimento della ricasazione all'esito del relativo procedimento incidentale: il vizio, come affermato nella decisione testè richiamata, non può che avere identica natura, sia nel caso in cui il provvedimento decisorio del *iudex suspectus* sia stato adottato dopo che la decisione di accoglimento della ricasazione è divenuta definitiva, sia in quello in cui sia stato assunto nelle more del procedimento di ricasazione poi risoltosi con l'accertamento della fondatezza della relativa dichiarazione ed il riconoscimento del difetto di capacità a giudicare.

4. Muovendo dal quadro di principi stabiliti con la sentenza Tanzi, la questione rimessa alle Sezioni Unite è agevolmente risolvibile, ove si consideri che nel modello tipico di atto processuale cui il legislatore ha dato veste formale con il decreto che dispone il giudizio – emesso nel caso di specie da un giudice il cui difetto di imparzialità è stato accertato solo all'esito del giudizio di rinvio, quando il processo principale era in fase di avanzata trattazione – sono senza dubbio ravvisabili i connotati strutturali e funzionali propri di un atto del procedimento che “definisce la regiodicanda cui la dichiarazione di ricasazione si riferisce”.

Soprattutto, esso è un provvedimento che “chiude” irreversibilmente una fase, sciogliendo la fondamentale alternativa “decisoria” rispetto alla pronuncia della sentenza di non luogo a procedere e determinando, in tal modo, le condizioni necessarie per il transito del processo verso una nuova e diversa fase.

Analogamente alla sentenza di non luogo a procedere, epilogo rispetto al quale si trova in rapporto di mutua esclusione, il decreto che dispone il giudizio è un atto di tipo valutativo e decisorio emesso da un giudice sulla base delle medesime risorse cognitive proprie della fase, con una connotazione funzionale assimilabile alla sentenza per la sua vocazione definitiva della regiodicanda preliminare all'instaurazione del dibattimento.

Non si limita, dunque, ad esplicitare un'efficacia meramente propulsiva nel determinare il passaggio ad una fase successiva, poiché il criterio che ne sottende l'emissione implica non solo una valutazione del giudice sul merito degli

elementi di prova acquisiti nel corso delle indagini preliminari e, se del caso, in sede di udienza, ma presuppone la pienezza del contraddittorio tra le parti necessarie ai sensi dell'art. 420, comma 1, cod. proc. pen., nello svolgimento del suo compito di garanzia dei diritti e delle facoltà dell'imputato in ordine al vaglio di sostenibilità dell'ipotesi accusatoria.

4.1. Nella medesima prospettiva si è progressivamente consolidata la giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha chiarito – in particolare con le sentenze n. 224 del 4 luglio 2001 e n. 335 del 8 luglio 2002 - le attuali caratteristiche dell'udienza preliminare e ne ha tratto precise conseguenze di ordine sistematico ai fini della valutazione di profili problematici del tutto analoghi a quelli che qui rilevano (l'incompatibilità del giudice ed il 'pregiudizio' processuale che ne deriva), relativamente alla natura dei provvedimenti terminativi di quella fase.

In tali decisioni la Corte ha posto in rilievo come l'udienza preliminare abbia perduto, nella vigente disciplina, la sua iniziale connotazione quale momento processuale fondamentalmente orientato al controllo dell'azione penale promossa dal pubblico ministero, in vista dell'apertura della fase del giudizio. Infatti, «l'alternativa decisoria che si offre al giudice quale epilogo dell'udienza preliminare riposa [...] su una valutazione del merito della accusa [...] non più distinguibile [...] da quella propria di altri momenti» del processo, momenti «già ritenuti non solo 'pregiudicanti', ma anche 'pregiudicabili', ai fini della sussistenza della incompatibilità».

L'udienza preliminare e le decisioni che la concludono si caratterizzano oggi, come sottolineato dalla Corte, per la completezza del quadro probatorio di cui il giudice deve disporre e per il potenziamento dei poteri riconosciuti alle parti in materia di prova, su cui incide anche la facoltà, riconosciuta alla difesa delle parti private dall'art. 391-*octies* del codice, di presentare direttamente al giudice elementi di prova.

Grava sul pubblico ministero, inoltre, l'obbligo di riversare nel procedimento tutti gli elementi provenienti dalle indagini preliminari (art. 416, comma 2, cod. proc. pen.) o comunque acquisiti dopo la richiesta di rinvio a giudizio (art. 419, comma 3, cod. proc. pen.), nell'ambito dell'esigenza di completezza delle indagini preliminari (sentenze n. 115 del 7 maggio 2001 e n. 88 del 28 gennaio 1991).

Oltre all'ampliamento delle garanzie difensive per l'imputato, attraverso la possibilità di rendere dichiarazioni spontanee o di essere sottoposto all'interrogatorio (art. 421, comma 2, cod. proc. pen.), il giudice dell'udienza preliminare può disporre l'integrazione delle indagini (art. 421-*bis* cod. proc.

pen.) e assumere anche d'ufficio le prove che appaiano con evidenza decisive ai fini della sentenza di non luogo a procedere (art. 422 cod. proc. pen.).

All'interno di tale quadro normativo le valutazioni di merito affidate al giudice dell'udienza preliminare sono state private di quei caratteri di sommarietà che, fino alle indicate innovazioni legislative, erano tipici di una decisione orientata soltanto, secondo la sua natura, allo svolgimento (o alla preclusione dello svolgimento) del processo.

Anche i contenuti delle decisioni che concludono l'udienza preliminare hanno assunto, in parallelo a tali modifiche normative, una diversa e maggiore pregnanza, poiché il giudice non è solo chiamato a valutare, ai fini della pronuncia di non luogo a procedere, la eventuale ricorrenza dei presupposti giustificativi dell'ampio ventaglio di possibilità contemplate dall'art. 425, commi 1 e 2, cod. proc. pen., ma deve considerare se gli elementi acquisiti risultino sufficienti, non contraddittori o comunque idonei a sostenere l'accusa nel giudizio (art. 425, comma 3, cod. proc. pen.), dovendosi determinare, in caso negativo, a disporre il non luogo a procedere, in caso positivo, a disporre il giudizio.

L'attuale formulazione dell'art. 425, in questo modo, «chiama il giudice a una valutazione di merito sulla consistenza dell'accusa, consistente in una prognosi sulla sua possibilità di successo nella fase dibattimentale.».

Alla stregua della fisionomia che l'udienza preliminare ha progressivamente assunto, la Corte costituzionale significativamente conclude il suo percorso argomentativo affermando che «le decisioni che ne costituiscono l'esito devono così essere annoverate tra quei «giudizi» idonei a pregiudicarne altri ulteriori e a essere a loro volta pregiudicati da altri anteriori, con la conseguenza che, per assicurare la protezione dell'imparzialità del giudice, l'udienza preliminare deve essere compresa nel raggio d'azione dell'istituto dell'incompatibilità, disciplinato dall'art. 34 cod. proc. pen., anche al di là della limitata previsione del comma 2-bis dell'art. 34 medesimo.».

4.2. Nessun rilievo, inoltre, può assumere, all'interno di tale prospettiva, l'ordinanza n. 61 del 19 febbraio 2007 della Corte costituzionale, che ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 37, comma 2, cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede che il giudice ricusato non possa pronunciare, all'esito dell'udienza preliminare, il decreto che dispone il giudizio (così evocando per il decreto lo stesso trattamento previsto per la sentenza): tale questione – che il giudice delle leggi ha risolto osservando che il giudice *a quo* non aveva fornito, con riferimento alla circostanza che l'istanza di ricusazione era stata rigettata dopo il decreto di rinvio a giudizio, alcuna motivazione circa l'applicabilità o meno, nel caso sottoposto al suo esame, della giurisprudenza di legittimità che ritiene

valido il provvedimento emesso in violazione del divieto di cui all'art. 37, comma 2, cit., se l'istanza di ricusazione sia stata successivamente rigettata - deve ritenersi ormai superata alla luce dei principi affermati nella richiamata sentenza Tanzi, con riferimento alla regola della produzione degli effetti *secundum eventum* ivi enunciata, qualora l'istanza di ricusazione sia stata successivamente rigettata.

5. Logico corollario di tale ricostruzione del sistema normativo è il riconoscimento della piena idoneità del decreto che dispone il giudizio a "pregiudicare" la fase processuale sulla quale esso si innesta, provenendo la sostanza delle valutazioni che ne sottendono l'emissione da un giudice riconosciuto "parziale" rispetto a quello specifico procedimento, con tutti i rischi che ne possono derivare sul piano dei possibili *vulnera* all'esercizio dei diritti della difesa non solo ai fini della ulteriore progressione delle sequenze processuali, ma anche in relazione alla effettività dell'eventuale accesso dell'imputato ai riti alternativi.

Nel momento in cui egli adduce a sospetto di parzialità il giudice dell'udienza preliminare, ogni attività "decisoria" del *iudex suspectus* - e a maggior ragione quella che può esser sollecitata dalla stessa parte ricusante - è necessariamente procrastinata in funzione del vaglio deliberativo sulla dichiarazione di ricusazione, con l'ulteriore conseguenza che una eventuale richiesta di riti alternativi risulterebbe inibita non solo perché il correlato epilogo decisorio non sarebbe comunque ipotizzabile prima della definitività dell'incidente di ricusazione, ma anche per la decisiva ragione che l'imputato ben difficilmente potrebbe confidare nel giudice da lui stesso addotto a sospetto, conferendogli un potere decisorio "finale" sul merito della regiudicanda e, addirittura, più ampio rispetto a quello connaturale alle alternative tipiche della fase processuale.

5.1. Assumendo quale canone di riferimento ermeneutico l'insieme dei principi delineati nella sentenza Tanzi emerge con evidenza che l'accoglimento definitivo dell'istanza di ricusazione rende il decreto pronunciato dal giudice *suspectus* affetto da nullità assoluta ex art. 178, comma 1, lett. a), cit., rilevabile, anche officiosamente, in ogni stato e grado di giudizio, per difetto di potere giurisdizionale rispetto allo specifico giudizio in cui "quel" giudice si è pronunciato, senza che possano rilevare, in questa prospettiva, i possibili "effetti conclusi" o "esauriti" dell'atto all'interno della fase in cui è stato pronunciato e senza che possa profilarsi, al riguardo, una sorta di "sanatoria di rito" per l'avvenuto transito nella fase dibattimentale.

Il decreto che dispone il giudizio definisce la regiudicanda propria di quella fase processuale e consuma in maniera definitiva ed irreversibile il potere

decisorio che il giudice è chiamato ad esercitarvi, a nulla rilevando, sotto tale profilo, che la regiudicanda sia "trasferita" dinanzi ad altro organo giurisdizionale, cui l'ordinamento attribuisce – con presupposti, forme ed oggetto diversi – altro potere decisorio su di essa.

Attraverso l'emissione del decreto che dispone il giudizio, infatti, il giudice dell'udienza preliminare esaurisce, in una delle forme consentite dal sistema, il proprio potere valutativo e decisorio pronunciandosi proprio su quello specifico oggetto procedimentale investito dalla dichiarazione di ricusazione: tratto, questo, che caratterizza in maniera peculiare il suo "agire" processuale, da un lato precludendo per il futuro l'esercizio di analogo potere, dall'altro, rendendolo pienamente assimilabile, quanto agli effetti dell'intervenuta ricusazione, alla pronuncia dell'atto-sentenza.

In altri termini, non è tanto nel carattere valutativo del decreto che deve rilevarsi l'elemento di piena assimilazione, quanto invece nel profilo della irretrattabilità decisoria del provvedimento rispetto al segmento processuale che esso definitivamente conclude. Osservato da tale specifica angolazione, il decreto che dispone il giudizio si distingue non soltanto rispetto all'ampia gamma di atti meramente "interlocutori" e processuali che il giudice poi accertato "sospetto" può compiere, ma anche rispetto agli atti "a contenuto probatorio", che a differenza del decreto in esame non definiscono, neppure parzialmente, la regiudicanda nel senso sopra specificato: per essi, dunque, potrà porsi un problema di "conservazione di efficacia" alla stregua della disposizione di cui all'art. 42, comma 2, cit., ferma restando la loro validità, diversamente dal vizio di nullità radicale che può inficiare i "provvedimenti del giudice" ex art. 424, comma 1, cit., vale a dire il decreto che dispone il giudizio e la sentenza di non luogo a procedere.

5.2. Dal complesso delle su esposte considerazioni discendono logicamente, a mo' di corollario, due conclusioni: a) che il divieto per il giudice ricusato di pronunciare sentenza ai sensi dell'art. 37, comma 2, cod. proc. pen. è riferibile anche al decreto che dispone il giudizio ed opera sino alla pronuncia di inammissibilità o di rigetto, anche non definitiva, dell'organo competente a decidere sulla ricusazione; b) che nell'ipotesi in cui il decreto che dispone il giudizio sia successivamente emesso dal giudice ricusato, lo stesso sarà affetto da nullità qualora la pronuncia di inammissibilità o di rigetto della dichiarazione di ricusazione sia annullata dalla Corte di cassazione e il difetto di imparzialità accertato dalla stessa Corte o nell'eventuale giudizio di rinvio.

6. Ciò posto, irrilevanti devono ritenersi, ai fini della risoluzione della questione posta dall'ordinanza di rimessione, le ragioni rispettivamente addotte a

sostegno dei due indirizzi (v., *supra*, il par. 3.1.) che hanno dato luogo al contrasto giurisprudenziale formatosi in relazione al contenuto di alcuni passaggi enucleati dalla motivazione della sentenza Digiacomantonio, le cui divergenti opzioni esegetiche non ne hanno esplorato le implicazioni sottese alla divaricazione della coppia concettuale invalidità-inefficacia sulla base di un'analisi incrociata con l'insieme dei principi stabiliti dalle Sezioni Unite nella, di poco successiva e quasi coeva, sentenza Tanzi.

Al riguardo assume un decisivo rilievo, come si è osservato, non tanto la natura probatoria o meno dell'atto del procedimento, quanto la valorizzazione dei diversi, seppur connessi, profili inerenti, per un verso, all'ampiezza, anche temporale, dei poteri che il giudice ricusato può esercitare una volta presentata la dichiarazione di ricusazione, per altro verso alla corretta individuazione degli effetti dell'accoglimento della ricusazione rispetto al tipo di attività processuale, decisoria o meno, che egli abbia compiuto.

6.1. Non pertinente, dunque, deve ritenersi, entro tale prospettiva, il richiamo effettuato dall'ordinanza di rimessione ad una decisione della Corte (Sez. 5, n. 23712 del 31/03/2010, Ragosta, Rv. 247505) con la quale si è affermato che non riveste carattere di abnormità il provvedimento con cui il giudice dell'udienza preliminare, preso atto della dichiarazione di ricusazione presentata nei suoi confronti nel corso dell'udienza e prima della chiusura della discussione, disponga procedersi oltre, pronunciando il decreto che dispone il giudizio, giacché trattasi di un provvedimento non avulso dagli ordinari moduli procedurali e costituente, anzi, espressione dei poteri tipici conferiti al giudice di merito. La fattispecie ivi esaminata aveva infatti ad oggetto un caso di denunciata abnormità che la Corte ha escluso sulla base di un presupposto argomentativo poi superato dalla sentenza Tanzi, ossia che l'evocata disposizione di cui all'art. 37, comma 2, cit. facesse riferimento alla sola sentenza, senza alcuna possibilità di ricomprendere nella relativa previsione anche il decreto di rinvio a giudizio.

Nell'arresto ora menzionato si riconosce, peraltro, il contenuto decisorio del decreto che dispone il giudizio, ma se ne esclude la rilevanza al fine qui considerato sull'assunto che esso atterrebbe non all'apprezzamento sulla fondatezza delle prove a carico, ma alla delibazione prognostica circa la sufficienza degli elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio: linea discretiva, questa, che viene tracciata sulla base del diverso rilievo che in concreto dovrebbe attribuirsi al tipo di contenuto decisorio del provvedimento, ma che non trova alcun riscontro nel dato testuale dell'art. 37, comma 2, cit., così come interpretato dalla sentenza Tanzi, là dove si fa rientrare nel divieto legislativo ogni provvedimento comunque denominato e idoneo a definire la regiudicanda.

6.2. Parimenti non pertinente deve ritenersi il riferimento, contenuto in alcune decisioni di legittimità, alla ordinanza della Corte costituzionale n. 205 del 7 giugno 2010 (menzionata anche in un passaggio della sentenza Digiacomantonio), poiché tale decisione ha riguardato un problema del tutto diverso, ossia la legittimità costituzionale dell'art. 525, comma 2, cod. proc. pen. nella parte in cui prevede che «alla deliberazione debbano concorrere a pena di nullità assoluta i medesimi giudici che hanno partecipato al dibattimento», sul rilievo che l'utilizzabilità di atti di natura probatoria formati davanti ad un diverso giudice è prevista da numerose disposizioni del codice di rito, tra le quali v'è anche la disposizione di cui all'art. 42, comma 2, cit.

Problema, questo, che il giudice delle leggi, nell'escludere la fondatezza dell'eccezione di illegittimità, ha risolto limitandosi ad affermare che tale disposizione vale "a delimitare l'area del possibile "recupero" dell'attività istruttoria già espletata", ma non esclude che, entro tale area – assistendosi, di nuovo, ad un mutamento della persona fisica del giudicante – trovino applicazione le regole generali (ad es. l'art. 511 cod. proc. pen.) relative a tale evenienza; e che in seguito questa Corte, con la sentenza Digiacomantonio, ha dovuto parimenti affrontare menzionando quel passaggio motivazionale della predetta ordinanza nella prospettiva, ad essa specificamente devoluta, dell'efficacia, o meglio dell'utilizzabilità, degli atti a contenuto probatorio, il cui recupero in fase dibattimentale – dinanzi al giudice che, per l'appunto, ha sostituito il giudice "sospetto" – può avvenire soltanto se tali atti siano stati inseriti nel fascicolo per il dibattimento.

6.3. Nel percorso argomentativo delineato dalla sentenza Digiacomantonio, infatti, è rinvenibile, da un lato, l'affermazione della regola generale posta dall'art. 42, comma 2, cit. in ordine alle conseguenze dell'omessa dichiarazione di conservazione dell'efficacia degli atti del giudice astenutosi o ricusato, dall'altro lato, l'attenuazione dei suoi possibili effetti attraverso la individuazione di una forma di sindacato postumo del giudice del dibattimento sulla decisione del giudice competente in materia di astensione e ricusazione, che la Corte ha declinato in relazione ai soli atti probatori del giudice ritenuto "sospetto" poiché solo ad essi era legato l'oggetto del giudizio.

Giova richiamare, sotto tale profilo, la peculiarità del caso di specie, ove il Tribunale, dopo aver accolto la dichiarazione di astensione di alcuni dei componenti del collegio dibattimentale senza indicare quali degli atti processuali già compiuti conservassero efficacia, aveva dichiarato utilizzabili gli atti probatori assunti dal precedente collegio e ne aveva dato lettura ex art. 511 cod. proc. pen., mentre la difesa sosteneva che la sentenza era nulla poiché la mancata

dichiarazione di efficacia impediva di utilizzare ai fini della decisione gli atti probatori compiuti dal giudice in precedenza astenutosi.

Degli atti non probatori la Corte non ha fatto menzione nella seconda parte della richiamata decisione, là dove si fa riferimento al meccanismo di controllo successivo da essa individuato, sol perché quegli atti, pur implicitamente ricompresi nel perimetro applicativo della regola generale prima tracciata, esulavano dall'oggetto della questione sottoposta alla sua cognizione.

Se la portata applicativa della soluzione indicata nella sentenza Digiacomantonio fosse limitata esclusivamente agli atti probatori compiuti dal giudice astenutosi o ricusato e non investisse anche gli atti di altra natura – come le misure cautelari personali e reali, i negozi processuali, gli atti propulsivi e tutti i provvedimenti a mero titolo esemplificativo indicati nella sentenza Tanzi – si accoglierebbe una lettura non consentita dal dato normativo testuale delle richiamate disposizioni di cui agli artt. 37, 41 e 42 cit., con il rischio, paradossale, di escludere dall'ambito di applicazione dell'inefficacia una vasta categoria di atti (basti solo pensare ai provvedimenti incidentali in tema di misure cautelari) che potrebbero essere parimenti compromessi dalla mancanza di imparzialità del giudice che li ha adottati.

Basti richiamare, in tal senso, la costruzione lessicale dell'art. 42, comma 2, cit., la cui formulazione, esaminata assieme al primo comma della medesima disposizione, contiene un riferimento solo generico ad atti precedentemente compiuti dal giudice ricusato o astenutosi, senza individuare alcuna distinzione all'interno della categoria generale, utilizzata nel primo comma, degli "atti del procedimento".

Anche altre disposizioni in tema di ricusazione utilizzano espressioni analoghe, idonee a ricomprendere qualsiasi tipologia di atto: l'art. 41, comma 2, cit., ad esempio, prevede la possibilità di una temporanea sospensione di qualsiasi "attività processuale", eventualmente limitata al compimento di "atti urgenti", ma senza stabilire alcuna restrizione del loro ambito a quelli di natura probatoria.

L'art. 38, comma 1, cod. proc. pen., inoltre, nel prevedere a sua volta termini e forme della dichiarazione di ricusazione, stabilisce che la dichiarazione può essere proposta, anche al di fuori dell'udienza preliminare o del giudizio, "prima del compimento dell'atto da parte del giudice": anche a fronte di tale, onnicomprensiva, evenienza procedimentale il codice non distingue in alcun modo fra le diverse tipologie di atti, né fra quelli che possono essere compiuti prima o dopo la presentazione della relativa dichiarazione, sicché l'oggetto del riesame selettivo copre l'insieme dell'attività svolta dal giudice astenutosi o ricusato.

7. In conclusione, la questione posta dall'ordinanza di rimessione va risolta enunciando il seguente principio di diritto:

«In caso di accoglimento della istanza di ricsuzione del giudice dell'udienza preliminare, il decreto che dispone il giudizio - emesso in pendenza della decisione definitiva sulla domanda di ricsuzione - non conserva efficacia ed è affetto da nullità ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. a), cod. proc. pen.».

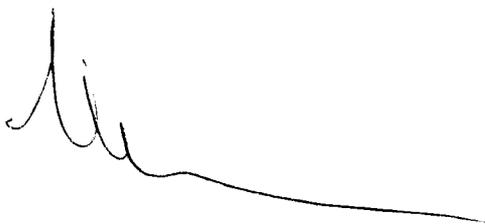
8. L'ordinanza di rimessione, come si è osservato, ha posto all'attenzione delle Sezioni Unite l'esigenza di un nuovo intervento regolativo che risolva le evidenziate disarmonie anche in relazione all'ulteriore profilo attinente al rapporto fra i poteri del giudice della ricsuzione che abbia accolto la relativa domanda e quelli del giudice subentrato nel procedimento principale.

Rileva sul punto la Sezione rimettente come l'applicazione dei principi affermati dalla pronuncia Digiacomantonio abbia palesato delle incertezze in ordine alla stessa estensione del loro contenuto, imponendo l'esigenza di una più ampia verifica della loro tenuta sistematica, e in particolare del meccanismo processuale che, al fine di evitare punti di frizione costituzionale del sistema, rimette al giudice del procedimento principale il sindacato finale sul provvedimento emesso in ordine alla efficacia degli atti assunti dal giudice poi astenutosi o ricsutato, ai sensi dell'art. 42, comma 2, cit.

8.1. Muovendo dalla considerazione della non impugnabilità del provvedimento emesso in forza di tale disposizione normativa, la richiamata decisione delle Sezioni Unite ha risolto il problema dell'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non consente di attivare una forma di controllo sulla declaratoria (esplicita o implicita) di inefficacia degli atti.

Alla luce di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 42, comma 2, cit. essa ha ritenuto possibile attivare dinanzi al giudice del procedimento principale un nuovo vaglio deliberativo circa l'inefficacia degli atti a contenuto probatorio compiuti dinanzi al giudice "sospetto", in analogia con quanto affermato dalla stessa giurisprudenza di legittimità in relazione ai provvedimenti adottati in tema di astensione e di ricsuzione nel processo civile.

La soluzione in tal modo individuata consente di eliminare i dubbi di costituzionalità della richiamata disposizione, restituendo alle parti ed al giudice del dibattimento la piena disponibilità del materiale probatorio conformemente alla previsione del sistema processuale, poiché, afferma la Corte, è proprio in tale sede di giudizio che, prima di dichiarare utilizzabili le prove secondo il combinato disposto degli artt. 525 e 511 cod. proc. pen., il giudice valuterà



quelle acquisite anche in relazione ai profili che potrebbero determinarne la inefficacia ai sensi dell'art. 42, comma 2, cit.: le parti, infatti, potrebbero dissentire anche sull'apprezzamento negativo, o parzialmente negativo, del giudice che ha accolto la ricusazione o ha autorizzato l'astensione, e tale dissenso potrebbe insorgere sia subito dopo l'adozione del provvedimento, sia, a maggior ragione, dopo l'espletamento della istruttoria dibattimentale.

8.2. Sotto tale specifico profilo, però, come posto in rilievo dalla dottrina, la decisione Digiacomantonio modifica radicalmente il meccanismo delineato dal legislatore nel codice del 1988. Seguendo tale prospettiva, infatti, la questione dell'efficacia degli atti compiuti dal giudice "sospetto", devoluta alla competenza funzionale di un organo giurisdizionale diverso da quello costituito ai fini della cognizione della *res iudicanda*, non rimarrebbe più confinata negli spazi ristretti del procedimento incidentale *ad hoc*.

Il provvedimento adottato al termine della procedura incidentale verrebbe in tal modo ad assumere un carattere meramente "dichiarativo" ed una portata "interinale", quando invece la volontà del legislatore è quella di concludere in tempi brevi e con una decisione definitiva la questione degli effetti derivanti dall'accoglimento dell'astensione o della ricusazione.

La soluzione prospettata, inoltre, non opera alcuna distinzione a seconda che vi sia stata una dichiarazione di conservazione, totale o parziale, di efficacia degli atti del giudice "sospetto", ovvero alcun provvedimento sia stato adottato in merito alla sorte degli atti pregressi.

Dinanzi al "nuovo" giudice del dibattimento, peraltro, potrebbero essere escluse dal fascicolo prove già dichiarate efficaci, con conseguenze pregiudizievoli sulla predisposizione delle strategie probatorie delle parti.

Sono stati già sottolineati, infine, i possibili rischi che potrebbero determinarsi per l'immagine di assoluta imparzialità del giudice qualora la portata della soluzione in tal modo indicata dovesse ritenersi limitata esclusivamente agli atti probatori compiuti dal giudice "sospetto" e non investisse anche gli atti di altra natura, come ad esempio le misure cautelari personali e reali.

E' evidente, pertanto, che l'introduzione di siffatta procedura di controllo e riesame selettivo postumo, non prevista dal codice, verrebbe inevitabilmente a sovrapporsi al vaglio del giudice funzionalmente competente a provvedere all'esito del relativo procedimento incidentale.

Se, da un lato, la soluzione così individuata, pur non prevista dal codice, ha opportunamente inteso rimuovere il sospetto di incostituzionalità incombente sulla relativa disciplina, dall'altro lato essa non ha adeguatamente valorizzato la rilevanza che il sistema processuale attribuisce alla decisione sull'efficacia degli



atti adottata dal giudice della ricusazione, riconoscendole una portata solo interinale ed un'incidenza meramente dichiarativa, là dove trasferisce in altra sede di giudizio la possibilità di riesaminare gli atti compiuti dal giudice prima dell'accoglimento della relativa dichiarazione e, al contempo, ne differisce il vaglio al momento in cui occorre provvedere alla rinnovazione del dibattimento dinanzi ad altro giudice.

La *ratio* ispiratrice della disciplina codicistica, di contro, si muove nella diversa prospettiva di consentire una chiusura immediata e definitiva del giudizio incidentale sulla ricusazione, con l'adozione delle relative statuizioni sugli effetti degli atti in precedenza compiuti. Tali statuizioni producono immediatamente le loro conseguenze e su di esse le parti possono aver fatto affidamento orientando le successive richieste ed esercitando i relativi diritti processuali, laddove la decisione assunta dal nuovo giudice in ordine alla eliminazione di una prova o di un determinato atto processuale dalla base cognitiva che ne dovrebbe sorreggere il giudizio in sede dibattimentale potrebbe porsi in antitesi rispetto alla libera esplicazione di forme e modalità di esercizio di diritti e facoltà la cui piena tutela rischierebbe di non essere adeguatamente garantita dalla riproposizione di un sindacato di merito sui limiti di efficacia di un atto che potrebbe non essere convalidato *ex post*.

8.3. Da tale approdo interpretativo, dunque, il Supremo Collegio intende discostarsi, valorizzando l'esigenza di ricondurre integralmente il controllo sugli atti compiuti dal giudice "sospetto" nell'ambito del giudizio incidentale che l'organo giurisdizionale a ciò funzionalmente preposto è chiamato a celebrare ex art. 40 cod. proc. pen.: modulo procedimentale, questo, che nella prospettiva delineata dal legislatore costituisce - anche per la possibilità di svolgimento di una celere e "mirata" attività istruttoria - il naturale alveo di trattazione della relativa deliberazione, attraverso lo stretto collegamento logico-sistematico tra i diversi tipi di provvedimenti che rispettivamente possono esservi assunti per effetto delle previsioni di cui agli artt. 41, commi 2 e 3, e 42, comma 2, cit.

Sotto tale profilo deve rilevarsi che il procedimento di ricusazione integra una sequenza autonoma di tipo incidentale, destinata a chiudersi in tempi necessariamente brevi per la tutela dei principi di ordine costituzionale che ne presidiano l'attivazione, ed unanimemente ritenuta del tutto estranea - per presupposti, forme di svolgimento, epiloghi decisori e finalità - alle caratteristiche proprie del processo principale su cui essa s'innesta.

Al riguardo questa Corte (Sez. 1, n. 4533 del 11/12/1990, dep. 1991, De Tommasi, Rv. 186848) ha affermato il principio secondo cui l'esercizio del diritto di ricusazione del giudice, tanto nel codice vigente che in quello abrogato, determina un procedimento incidentale autonomo, il cui oggetto è

essenzialmente diverso da quello del processo nel quale si inserisce, trattandosi di una potestà che la legge attribuisce al p.m. ed alle parti private, in ordine alla costituzione del giudice.

Rientra, dunque, nella competenza funzionale dell'organo giurisdizionale chiamato a pronunciarsi sulla ricusazione l'individuazione degli atti che conservano o meno efficacia, sulla base di una valutazione autonoma e non sovrapponibile, da un lato o dall'altro, a quella propria del giudice del dibattimento, a sua volta non competente a decidere sul relativo incidente in forza della disposizione di cui all'art. 40 cit.

E' evidente, infatti, che nel riesaminare i profili di imparzialità e terzietà del giudice con riferimento agli atti da lui compiuti, il giudice della rinnovazione sarà inevitabilmente chiamato a rivalutare gli stessi presupposti sui quali si è già pronunciato il giudice funzionalmente competente a provvedere sulla ricusazione, con il possibile determinarsi di ulteriori incoerenze sistematiche legate, da un lato, all'esercizio dei diritti di impugnazione su una materia sottratta alle decisioni dell'organo giurisdizionale chiamato a celebrare il processo, dall'altro lato, alla possibile attivazione di un sindacato su atti "pregiudicati" - siano essi di natura probatoria o meno - compiuti in una fase processuale antecedente a quella dibattimentale: atti dei quali il giudice del dibattimento non dispone e che dovrebbe pertanto acquisire per verificare quanto avvenuto nella fase precedente, dissolvendo la *ratio* della competenza funzionale attraverso la duplicazione di un improprio controllo di merito, peraltro esercitato non in forma "verticale", ma "orizzontale", contrariamente alla logica del sistema.

E' nel ristretto contesto del giudizio incidentale volto a stabilire, caso per caso, il grado di "compromissione" del giudice ai fini della decisione se sia legittima o meno la richiesta di sostituirlo che deve essere propriamente effettuata la valutazione sulla sorte degli atti che quel giudice ha compiuto nel corso del procedimento, trattandosi di decisioni che, come osservato dalla dottrina, "presuppongono ontologicamente uno stesso tipo di apprezzamento", quello inerente, appunto, ai profili di imparzialità-terzietà in concreto del giudice.

Nel recidere ogni legame tra l'istanza di ricusazione e la sospensione dell'attività processuale (art. 41, comma 2, cod. proc. pen.), il sistema disegnato dal legislatore del 1988 e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale mira a "rafforzare", come già sottolineato da questa Corte (Sez. U, n. 31421 del 26/06/2002, Conti), "la funzione di filtro svolta dal giudice della ricusazione, al quale solo compete la scelta in ordine all'eventuale sospensione del processo principale e, quindi, la valutazione del *fumus boni iuris* che assiste la dichiarazione presentata".

8.4. Entro tale prospettiva ermeneutica, il "merito della ricusazione", a voler utilizzare la formula lessicale impiegata dal legislatore nella disposizione di cui all'art. 41, comma 3, cit., costituisce l'oggetto dell'attività demandata al giudice funzionalmente competente a decidere nell'ambito della relativa procedura incidentale e ricomprende nel suo ampio raggio di applicazione, qualora la relativa dichiarazione venga accolta, anche l'operazione di controllo selettivo sugli atti che conservano efficacia ai sensi dell'art. 42, comma 2, cit. Non di un'attività meramente ricognitiva si tratta, ma, come osservato dalla dottrina, di una puntuale verifica incentrata su ogni singolo atto, al fine di stabilire se ne sia possibile il recupero, accertando se la sua formazione sia avvenuta in situazioni e condizioni tali da escludere qualsiasi rischio di compromissione delle richiamate i garanzie costituzionali.

E' il risultato di un orientamento interpretativo costante nella giurisprudenza di questa Corte l'affermazione del principio secondo cui il provvedimento sul "merito" della ricusazione, adottato ai sensi dell'art. 41, comma 3, è impugnabile dinanzi alla Corte di cassazione, che decide al riguardo, in difetto di specifica disciplina, nelle forme del rito camerale disciplinato dall'art. 611 cod. proc. pen. (Sez. 6, n. 3853 del 24/11/1999, Papalia, Rv. 216836; Sez. 1, n. 5251 del 29/09/1999, Marfia, Rv. 214390; in motivazione, Sez. 6, n. 47556 del 16/10/2013, Avanti, Rv. 257705).

In tal senso l'art. 41, comma 3, cit. stabilisce che sul merito della ricusazione la corte di appello decide a norma dell'art. 127 cod. proc. pen., il quale a sua volta prevede, nel settimo comma, che l'ordinanza conclusiva del relativo giudizio è ricorribile per cassazione: per tal via detto rimedio è azionabile anche contro la decisione sul merito della ricusazione, sebbene il disposto di cui all'art. 41, comma 3, non ne faccia espressamente menzione, a differenza di quanto esplicitato nel primo comma a proposito dell'ordinanza con la quale la corte di appello dichiara la inammissibilità dell'istanza di ricusazione.

Sulle ragioni di tale scelta del legislatore si è soffermata la Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, là dove ha spiegato che non si è ritenuto necessario "formulare alcuna esplicita previsione" sulla ricorribilità per cassazione dell'ordinanza che decide sul merito della ricusazione, "provvedendo al riguardo in via generale" la disposizione che regola il procedimento di cui all'art. 127 cit., alla quale fa espressamente rinvio il terzo comma dell'art. 41 cit.

Proprio per realizzare "un più ampio contraddittorio nel procedimento incidentale di ricusazione" il legislatore ha fatto rinvio, come sottolineato nella predetta Relazione, alle disposizioni che regolano il procedimento camerale,

prevedendo che possano esservi assunte, se necessario, le opportune informazioni.

Dalla trama normativa delineata dal legislatore emerge con chiarezza che il provvedimento richiamato nell'enunciato della disposizione di cui all'art. 42, comma 2, cit. pertiene logicamente alla pronuncia sul merito della ricusazione ex art. 41, comma 3, cit., nel senso che ne forma parte necessaria ed integrante. Nel disegno del codice, infatti, il provvedimento dichiarativo che ne costituisce l'oggetto è il risultato di un'attività doverosa e necessaria da parte del giudice che pronuncia sul merito della ricusazione: finanche nell'ipotesi in cui vi appaia temporalmente scissa e non contestualmente adottata, come di regola dovrebbe accadere in seno all'ordinanza che decide sul merito della ricusazione, la declaratoria in ordine alla conservazione dell'efficacia degli atti non si traduce in un provvedimento autonomo, ma nel necessario epilogo della decisione sull'oggetto del giudizio incidentale.

Se, dunque, si ammette la ricorribilità del provvedimento reso sul merito della ricusazione ai sensi dell'art. 41, comma 3, non è possibile escludere al contempo l'impugnabilità del provvedimento ad esso direttamente collegato ex art. 42, comma 2, cit.

Ciò vale anche nella ipotesi in cui il provvedimento di accoglimento della dichiarazione di ricusazione ometta completamente di provvedere in merito alla declaratoria di conservazione della efficacia degli atti pregressi – di natura probatoria e non – compiuti dal giudice ricusato, altrimenti verificandosi in tal caso, per effetto della regola presuntiva individuata dalla sentenza Digiacomantonio, una situazione di generale, e al contempo immotivata, improduttività di effetti non suscettibile di controllo in sede di legittimità. In tal caso l'impugnazione in cassazione dell'ordinanza sul merito della ricusazione ben potrà far valere l'omessa pronuncia del giudice e, dunque, la strutturale incompletezza del provvedimento che egli avrebbe dovuto adottare in relazione ai temi oggetto della connessa declaratoria prevista dall'art. 41, comma 3, cit.

8.5. Sulla base delle considerazioni or ora esposte deve pertanto enunciarsi il seguente principio di diritto:

«L'ordinanza che decide sul merito della ricusazione ai sensi dell'art. 41, comma 3, cod. proc. pen. provvede contestualmente a dichiarare, in caso di accoglimento della dichiarazione di ricusazione, se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice ricusato devono considerarsi efficaci; contro tale ordinanza è proponibile, anche in caso di omessa pronuncia sulla conservazione della efficacia degli atti, ricorso per cassazione nelle forme dell'art. 611 cod. proc. pen.».

9. La diversa natura del procedimento di astensione, pur totalmente assimilato dal legislatore al modello della ricusazione per quel che attiene alla produzione degli effetti processuali conseguenti all'accoglimento della relativa dichiarazione ai sensi dell'art. 42, comma 2, cit., ne giustifica, a fronte della attuale disciplina del codice di rito, il peculiare meccanismo di recupero postumo dinanzi al giudice chiamato alla rinnovazione degli atti precedentemente compiuti, secondo le indicazioni al riguardo dettate nella sentenza Digiacomantonio.

La dichiarazione di ricusazione, infatti, determina l'attivazione di un procedimento incidentale connotato in senso tipicamente giurisdizionale, con la garanzia di un contraddittorio dal quale scaturisce un provvedimento emesso in forma di ordinanza, assoggettabile al controllo di legittimità con il ricorso per cassazione.

Nel procedimento di astensione, di contro, il decreto che decide senza formalità di procedura sulla relativa dichiarazione (ex art. 36, comma 3, cod. proc. pen.) è sottratto ad ogni mezzo di impugnazione sia in virtù del principio di tassatività delle impugnazioni, sia perché si tratta di un provvedimento meramente ordinatorio di natura amministrativa e non giurisdizionale, i cui effetti restano limitati all'ambito dell'ufficio, assolvendo alla funzione di conservare il prestigio dell'amministrazione della giustizia e la fiducia dell'opinione pubblica nella imparzialità dei giudizi (ex multis, Sez. 6, n. 776 del 05/03/1998, Berlusconi, Rv. 211959).

La natura non giurisdizionale del relativo procedimento non ne esclude, tuttavia, una diretta incidenza dell'esito sull'iter processuale, e in particolare sulla conservazione dell'efficacia degli atti, a contenuto probatorio o meno, precedentemente compiuti dal giudice astenutosi, poiché al decreto che decide sulla dichiarazione di astensione, di per sé non autonomamente impugnabile, si ricollegano gli effetti della declaratoria prevista dall'art. 42, comma 2, cit.: ciò rende tuttora valide, sotto tale profilo, le argomentazioni di ordine costituzionale poste a fondamento dei principî stabiliti dalla sentenza Digiacomantonio in ordine alla individuazione di un meccanismo di controllo giurisdizionale attraverso la sindacabilità, nel contraddittorio delle parti, della declaratoria di efficacia ovvero della mancata declaratoria ad opera del giudice designato in luogo di quello astenutosi ai sensi dell'art. 43, comma 1, cod. proc. pen.

10. Alla stregua dei principî di diritto sopra enunciati può ora procedersi all'esame dei motivi dedotti a sostegno dei ricorsi.

Richiamate le suesposte considerazioni in ordine alla questione di diritto rimessa alle Sezioni Unite, il primo motivo di doglianza, formulato in termini

comuni da tutti e tre i ricorrenti, è fondato e deve essere integralmente accolto per quel che attiene alle posizioni dei ricorrenti Schembri e Mangiameli, mentre per la posizione del ricorrente Gerbino lo stesso deve accogliersi esclusivamente in relazione al reato di cui al capo 3.

Al riguardo si è preliminarmente rilevato (v., *supra*, il par. 2) che il difetto di imparzialità del giudice dell'udienza preliminare è stato accertato in sede di rinvio dalla Corte d'appello, che con ordinanza del 28 settembre 2017 ha accolto l'istanza di ricusazione proposta ex art. 37, lett. b), cit. dagli imputati Schembri e Mangiameli per i reati ad essi rispettivamente ascritti, con riferimento al decreto di rinvio a giudizio emesso dal G.u.p. del Tribunale di Caltanissetta in data 8 febbraio 2016.

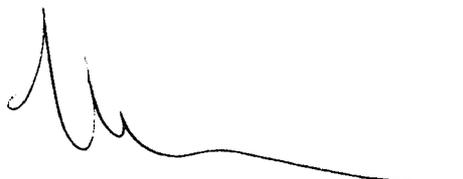
Nei confronti del coimputato Massimo Gerbino il richiamato decreto del 8 febbraio 2016 ne ha disposto il rinvio a giudizio esclusivamente per il reato di cui al capo 3, mentre per il reato associativo di cui al capo 2 – oggetto di un provvedimento di separazione della relativa posizione processuale a seguito di astensione del giudice – il predetto imputato è stato rinviato a giudizio con un diverso decreto, emesso in data 3 febbraio 2016 da altro G.u.p. del Tribunale di Caltanissetta.

Questa Corte ha affermato il principio secondo cui, in tema di astensione e ricusazione, le questioni sollevate da una parte, inerenti all'incompatibilità per precedenti funzioni svolte, hanno natura oggettiva e sono estensibili a tutti i coimputati, poiché le relative norme attuano i principi costituzionali di imparzialità e terzietà del giudice, a garanzia del giusto processo (Sez. U, n. 13626 del 16/12/2010, Digiacomantonio, dep. 2011, Rv. 249300).

Ciò determina, come correttamente osservato dalla Sezione rimettente, un effetto estensivo della relativa questione anche nei confronti del ricorrente Gerbino limitatamente al reato di cui al capo 3), non invece con riferimento al reato di cui al capo 2), poichè per esso alcun effetto pregiudicante si è verificato, essendo stato il predetto imputato rinviato a giudizio con decreto emesso da un giudice diverso da quello nei cui confronti è stata accolta l'istanza di ricusazione.

Avuto riguardo al definitivo accoglimento dell'istanza di ricusazione del giudice dell'udienza preliminare per effetto dell'ordinanza adottata dalla Corte distrettuale in sede rescissoria, il decreto emesso dal G.u.p. in data 8 febbraio 2016, in pendenza della decisione definitiva sulla relativa dichiarazione, deve ritenersi viziato da nullità assoluta ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., con la conseguente regressione del procedimento alla fase in cui l'atto è stato compiuto, ai sensi dell'art. 185, commi 1 e 3, cod. proc. pen.

Ne discende, conclusivamente, l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata e di quella emessa in primo grado nei confronti di Mangiameli



Giuseppe Andrea, Schembri Giuseppe e Gerbino Massimo - per quest'ultimo limitatamente al reato di cui al capo 3 - con la conseguente restituzione degli atti al G.u.p. del Tribunale di Caltanissetta per l'ulteriore corso.

11. In relazione al reato contestato nel capo 2, pertanto, deve procedersi, per quel che attiene alla posizione del solo Gerbino, all'esame dei residui motivi di ricorso.

11.1. Il secondo motivo di doglianza è infondato poiché, pur prescindendosi dal rilievo che la dedotta nullità non è stata tempestivamente eccepita in udienza (*ex multis*, Sez. 5, n. 13574 del 20/04/1989, Pezzini, Rv. 182242), omette di considerare: a) che le parti erano presenti all'udienza del 13 dicembre 2018, ove il consenso precedentemente manifestato dal P.G. alla proposta di concordato sulla pena ai sensi dell'art. 599-*bis*, comma 1, cod. proc. pen. venne revocato; b) che le conclusioni del P.G., pur non rinvenibili nel verbale della successiva udienza del 18 dicembre 2018, ove il rappresentante della pubblica accusa risultava comunque presente, devono ritenersi implicitamente, ma inequivocamente, formulate nel senso della conferma della sentenza di primo grado già all'atto del mancato accoglimento della proposta di concordato sulla pena, atteso che l'assenso originariamente espresso rende manifesta una volontà della pubblica accusa chiaramente orientata alla conferma della decisione affermativa di responsabilità, laddove il successivo dissenso del P.G. è intervenuto non certo in ragione della postuma rivalutazione di profili attinenti al merito della regiudicanda, ma per la presa d'atto dell'assenza di base legale dell'accordo, dunque dell'impossibilità del suo regolare perfezionamento, rientrando la contestata fattispecie incriminatrice nell'ambito del divieto di cui all'art. 599-*bis*, comma 2, cit., sicchè sotto tale profilo non può ritenersi verificata alcuna causa di nullità.

11.2. Parimenti infondate, sin quasi a lambire la soglia dell'inammissibilità, devono ritenersi le doglianze oggetto del terzo e del quinto motivo di ricorso, ove si consideri che le conformi decisioni di merito hanno puntualmente esaminato e congruamente disatteso le medesime censure in questa Sede reiterate, richiamando il complesso delle emergenze probatorie già vagliate da sentenze di condanna passate in giudicato, sia con riferimento al reato di partecipazione all'associazione mafiosa denominata "cosa nostra", sia in relazione al reato associativo di cui al capo 2.

A tal riguardo esse hanno evidenziato come l'organizzazione dell'attività associativa facente capo a Roberto Di Stefano, reggente della consorteria gelese in grado di garantire l'approvvigionamento di sostanze stupefacenti di vario tipo (cocaina e hashish) da diversi canali, attivi non solo nella realtà siciliana, si sia

avvalsa di una fitta rete di sodali individuati all'esito delle relative operazioni di monitoraggio e controllo espletate sul territorio, fra i quali un ruolo apicale nella direzione delle condotte di narcotraffico era stato assunto proprio da Massimo Gerbino.

Ricostruiti i rapporti con la contigua associazione di stampo mafioso, i giudici di merito hanno valorizzato le precise dichiarazioni rese dal Di Stefano, là dove ha analiticamente tracciato l'organigramma del sodalizio dedito al narcotraffico, facendo riferimento all'attività di smercio settimanale di rilevanti quantitativi di droga (sia hashish che cocaina) svolta da Massimo Gerbino, assieme allo Schembri e a numerosi spacciatori al minuto che venivano da essi riforniti, lungo l'intero arco temporale ricompreso fra il 2006 e il 2012. Essi hanno inoltre sottolineato come tali dichiarazioni abbiano trovato piena conferma sia nel convergente contributo narrativo offerto da Emanuele Cascino - che ha indicato nell'odierno ricorrente un esponente di vertice del gruppo Rinzivillo, ove ha operato assieme a numerose altre persone (lo stesso Schembri, Radicia Antonio, Domicoli Giuseppe ecc.) nel settore degli stupefacenti - sia nei molteplici e specifici elementi di riscontro probatorio acquisiti alla luce del chiaro contenuto delle conversazioni oggetto di intercettazione, degli arresti e dei sequestri di stupefacenti e somme di denaro.

Nella sentenza impugnata, al riguardo, sono state poste in rilievo le dirimenti circostanze di fatto legate al rilevante arco temporale entro cui l'attività delittuosa è stata continuativamente posta in essere dai sodali e alle diverse dotazioni materiali e logistiche destinate a fungere da stabile supporto all'organizzazione. Vi sono stati altresì richiamati gli univoci elementi di conferma in tal senso desunti sia dall'esito dei sequestri - non solo di rilevanti quantitativi di droghe "leggere" e "pesanti", ma anche di consistenti somme di denaro provento delle correlate attività di spaccio - sia dai diversi accorgimenti impiegati per eludere i controlli degli organi investigativi, anche in relazione allo svolgimento di attività commerciali di mera "copertura" (ad es., nella rivendita di prodotti ittici) della principale fonte di reddito derivante dallo smercio di sostanze stupefacenti.

Sulla base degli esiti delle operazioni di intercettazione e dei risultati dell'attività investigativa di osservazione e controllo sul territorio, la Corte distrettuale ha coerentemente desunto inequivoci elementi di prova a sostegno del giudizio di responsabilità, valorizzando le circostanze inerenti ai riferimenti fatti dallo stesso imputato a rilevanti quantitativi di droga smerciata in Gela nell'arco di una settimana, ovvero all'utilizzo di un garage - stabilmente messo a disposizione dallo Schembri - per custodire e prelevare partite di droga poi

redistribuite dallo stesso Gerbino ad altri sodali del gruppo cd. intermedio, che operava in funzione di raccordo con numerosi venditori al dettaglio.

Un gruppo, questo, che si è avvalso della fattiva e perdurante collaborazione di diverse persone, oltre che del Radicia, laddove la posizione di vertice assunta dall'odierno ricorrente all'interno del sodalizio deve ritenersi idonea a giustificare sul piano logico le argomentazioni linearmente esposte nella sentenza impugnata in ordine alla rilevata esistenza di un rapporto privilegiato di affari con lo Schembri, avuto riguardo, per un verso, al ruolo di rilievo da costui parimenti rivestito nella medesima associazione e alla conseguente condivisione con lo stesso Gerbino delle decisioni da assumere sulle relative attività, per altro verso alla delimitazione del ruolo del Radicia nel più ristretto perimetro di un'attività di organizzazione e gestione logistica degli adempimenti relativi alla custodia e alla consegna delle sostanze stupefacenti agli spacciatori al minuto, mettendo a disposizione del sodalizio la sua abitazione e le annesse pertinenze.

Infondate, in conclusione, devono ritenersi le prospettate censure di travisamento ed erronea valutazione del contenuto delle prove dichiarative sulla base dei molteplici elementi di riscontro dai giudici di merito singolarmente e globalmente vagliati in ordine all'esistenza di una stabile struttura organizzativa diretta dall'imputato, al rilevante lasso temporale entro cui risulta essersi dispiegata la relativa attività delittuosa, alla disponibilità di idonee dotazioni personali e materiali, all'accertata distinzione dei ruoli, all'impiego di plurimi canali di rifornimento e all'esistenza di una, sia pure rudimentale, contabilità associata ad una cassa comune.

11.3. Analoghe considerazioni involgono le censure oggetto del quarto motivo di ricorso, avendo la sentenza impugnata congruamente spiegato, con argomenti immuni da vizi logico-giuridici in questa Sede rilevabili, le ragioni per le quali è stata esclusa la sussistenza dei presupposti di configurabilità della meno grave ipotesi di cui all'art. 74, comma 6, d.P.R. cit., sì come coerentemente individuate in un complesso di elementi rappresentati dai rilevanti quantitativi di sostanze stupefacenti di vario tipo continuativamente smerciate per un lungo periodo di tempo nell'area territoriale di riferimento.

11.4. Ne discende, conclusivamente, il rigetto del ricorso di Massimo Gerbino in ordine al reato associativo di cui al capo 2, con la conseguente trasmissione degli atti alla Corte di appello in dispositivo indicata per la relativa rideterminazione della pena.

Ai sensi dell'art 624, comma 2, cod. proc. pen. va dichiarata la irrevocabilità della affermazione di responsabilità per tale reato.

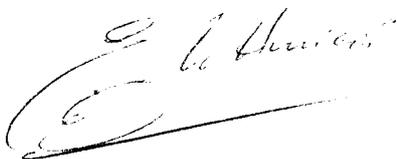
P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata e quella emessa dal Tribunale di Gela in data 6 dicembre 2017 nei confronti di Mangiameli Giuseppe Andrea, Schembri Giuseppe nonché nei confronti di Gerbino Massimo, per quest'ultimo limitatamente al capo 3, e dispone la restituzione degli atti al G.u.p. del Tribunale di Caltanissetta per l'ulteriore corso. Rigetta il ricorso di Gerbino Massimo relativamente al capo 2 e trasmette gli atti alla Corte di appello di Caltanissetta per la rideterminazione della pena; dichiara irrevocabile l'affermazione di responsabilità su tale capo.

Così deciso il 16/07/2020

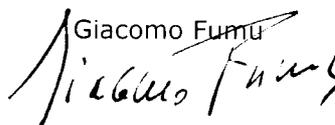
Il Componente estensore

Gaetano De Amicis



Il Presidente

Giacomo Fenu



SEZIONE UNITE PENALI

Depositato in Cancelleria

Roma, il **23 DIC. 2020**

