

CAPITOLO 1

I soggetti

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I soggetti del processo – 3. Il giudice. La giurisdizione – 3.1. Le questioni pregiudiziali – 3.2. La competenza per materia, la competenza per territorio e la competenza per connessione – 3.3. La disciplina della riunione e della separazione dei processi – 3.4. I procedimenti di verifica della giurisdizione e della competenza – 3.5. Inosservanza delle attribuzioni sulla composizione collegiale o monocratica del tribunale – 3.6. I conflitti di giurisdizione e di competenza – 3.7. Le cause personali di estromissione del giudice: incompatibilità, astensione e ricasazione – 3.8. La rimessione del processo – 4. Il pubblico ministero e l'azione penale – 4.1. Gli uffici del pubblico ministero – 4.2. L'astensione e l'autonomia del pubblico ministero nell'udienza; i casi di sostituzione – 4.3. I contrasti tra uffici del pubblico ministero e la richiesta di trasmissione degli atti ad un diverso ufficio di procura – 5. La polizia giudiziaria – 6. L'imputato – 6.1. Le dichiarazioni indizianti – 6.2. L'interrogatorio: modalità di svolgimento e garanzie – 7. La parte civile – 8. Il responsabile civile – 9. Il civilmente obbligato per la pena pecuniaria – 10. La persona offesa – 10.1. Profili generali – 10.2. I diritti e le facoltà della persona offesa – 11. Gli enti e le associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato – 12. Il querelante – 13. Il difensore – 13.1. Il difensore di fiducia dell'imputato – 13.2. Il difensore d'ufficio – 13.3. L'estensione al difensore dei diritti spettanti all'imputato – 13.4. Il patrocinio per i non abbienti – 13.5. Il difensore delle altre parti private e della persona offesa – 13.6. Il sostituto e le garanzie di libertà del difensore – 13.7. Il colloquio del difensore con l'imputato privato della libertà personale – 13.8. L'abbandono e il rifiuto della difesa; l'incompatibilità, la non accettazione, la rinuncia e la revoca del difensore – 14. Gli ausiliari del giudice e del pubblico ministero – 15. Gli ausiliari della polizia giudiziaria e delle parti pubbliche e private – 16. Le persone giuridiche. La responsabilità dell'ente dipendente da reato (d.lgs. n. 231/2001) – 17. Sintesi. – *Domande riepilogative*

1. Premessa

La scelta culturale e politica di un modello processuale emerge chiaramente dalle norme con cui il legislatore ne dà concreta realizzazione. Nel caso del nuovo codice di procedura penale si è proceduto attuando una legge delega che fissava principi e criteri direttivi ispirati come anticipato al modello accusatorio. Queste indicazioni, non senza compromessi, si sono tradotte nella complessa disciplina della struttura e dei suoi percorsi.

Sotto questa prospettiva, non casualmente il codice risulta diviso in due parti: la prima, che racchiude i Libri I – IV, definibile “statica”; la seconda, che comprende i Libri V – XI, qualificabile “dinamica”. Va, peraltro, sottolineato che, lungi dal trattarsi di una cesura, si tratta, al contrario, di un modo per rendere più omogeneo e compatto l'intero impianto processuale, attraverso una fitta trama di interconnessioni che è compito dell'interprete ricostruire, nel contesto delle scelte del nuovo modello.

2. I soggetti del processo

Dando concreta attuazione a quanto appena detto appare significativa sia la scelta di esordio dei temi affrontati, sia il loro successivo ordine. Invero, con specifica e misurata scelta, l'esordio del nuovo codice di procedura penale è riservato ai **soggetti del processo**, con ciò notevolmente differenziandosi da quello del codice precedente che, sotto l'intitolazione "Disposizioni generali", si occupava, anzitutto, delle azioni (e quindi della pretesa punitiva dello Stato), poi del giudice e delle parti, infine, degli atti processuali. La scena di un processo penale può presentarsi, invero, particolarmente affollata ed è necessario delineare per "protagonisti" e "comprimari" ruoli e funzioni, seppur nella generale loro riconducibilità al novero di soggetti del processo. Appare, pertanto, opportuno individuare in questo contesto le parti del processo.

Profili generali

Quanto ai soggetti, si tratta di titolari di situazioni soggettive legate all'origine ed allo sviluppo del procedimento. In questo ambito sono riconducibili il giudice, il pubblico ministero, la polizia giudiziaria, l'imputato (e la persona sottoposta alle indagini), la persona offesa, il danneggiato in funzione della costituzione di parte civile, il responsabile civile ed il civilmente obbligato per la pena pecuniaria. Per quanto attiene alle parti, invece, si tratta di **titolari di una pretesa da far valere** – ancorché in modo differenziato – attraverso il procedimento.

Devono conseguentemente escludersi da questo ambito sia il giudice, stante la contraddizione che diversamente si determinerebbe in relazione al suo ruolo istituzionale; sia la persona offesa, considerato il ruolo di sollecitazione ad essa attribuito; sia la polizia giudiziaria, in quanto, pur nell'integrabilità con le funzioni del pubblico ministero, essa se ne differenzia, proprio in relazione alla connotazione di parte. Per converso, sono riconducibili gli altri soggetti appena indicati. A parte vanno considerati gli ausiliari del giudice, quelli della polizia giudiziaria e delle parti pubbliche e private.

In questi contesti, non risulta agevole ricondurre il difensore (delle parti) per il quale appare, peraltro, alquanto riduttivo anche l'inquadramento nel novero delle figure ausiliarie. Pertanto, escluso che possa trattarsi di una parte, appare forse corretto sostenere che la riforma ha avviato per i legali (delle parti) la marcia di avvicinamento verso un progressivo inquadramento nell'ambito dei soggetti processuali.

3. Il giudice. La giurisdizione

È fin troppo scontato che in un **processo di impronta accusatoria** la centralità appartenga alla giurisdizione e, quindi, al giudice in un contesto contrassegnato da significative evoluzioni: il riferimento si indirizza all'accerta-

Funzione giurisdizionale

mento di una violazione non costituente reato obiettivamente connesso con un fatto di reato in senso stretto e alla nuova frontiera della responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato. Come sfondo va considerato che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge, con le connotazioni di garanzia contenute in molte norme costituzionali e nella disciplina consacrata nelle Carte e nei Trattati internazionali.

In evidente specificazione del **comma 1 dell'art. 102 Cost.**, che attribuisce la **funzione giurisdizionale** a "magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario", l'art. 1 riserva l'esercizio della giurisdizione penale ai "giudici previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario". Ciò significa che **soltanto** il giudice, e non qualsiasi magistrato (quindi, non il pubblico ministero), può essere titolare di funzioni giurisdizionali penali. Ciò manifesta anche il significato profondo che dovrebbe innestarsi tra processo penale e struttura ordinamentale (non casualmente con la riforma sono scomparse dalla scena processuale alcune figure di giudici ed altre hanno fatto il loro esordio). Il dato ha trovato ulteriori conferme non solo con l'istituzione del giudice unico di tribunale (d.lgs. n. 51 del 1998) e del giudice di pace (d.lgs. n. 274 del 2000), ma anche con le ampie modifiche apportate all'ordinamento giudiziario sia in attuazione della l. d. n. 150 del 2005, sia con la variegata legislazione successiva.

La qualità di giudice è il risultato di un atto d'investitura di potere regolato dalla legge, e precisamente – come stabilisce l'art. 1 – dalle leggi di ordinamento giudiziario. Salve le particolari giurisdizioni contemplate anche dalla Carta costituzionale (Corte costituzionale e Tribunali militari), il giudice è, dunque, una "creazione" esclusiva delle norme di ordinamento giudiziario, anche al fine di tracciare i rapporti e gli ambiti della giurisdizione penale con la giurisdizione civile, con quella amministrativa, con quella militare, con le norme relative alle giurisdizioni straniere, pure per gli eventuali limiti al suo esercizio che possano derivare dalla normativa internazionale, generale e pattizia (in via esemplificativa: la Convenzione Nato, resa esecutiva con l. n. 1335 del 1995, e la Convenzione di Vienna sull'immunità consolare ratificata con l. n. 804 del 1967).

Il raccordo tra queste norme e quelle che regolano il processo penale è palese, in quanto il valido esercizio della funzione giurisdizionale è condizionato dalla ritualità dell'investitura. La mancata attribuzione del potere giurisdizionale inficia gli atti compiuti nell'esercizio di quel potere. Stabilisce, infatti, l'art. 178 che "è sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti: a) le condizioni di capacità del giudice il numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi di ordinamento giudiziario" (l'art. 179 sanziona questa violazione con la nullità assoluta).

L'ambito di rilevanza dei **requisiti di capacità del giudice**, ai fini della validità degli atti di esercizio della funzione giurisdizionale, è normativamente segnato nel Capo VI del Titolo dedicato al giudice. **L'art. 33** (costituente l'unico articolo di tale capo), dopo aver stabilito nel

Garanzie costituzionali

comma 1 che le condizioni di capacità del giudice (ed il numero dei giudici necessario per costituire i collegi) sono fissate dalle norme sull'ordinamento giudiziario, nel comma 2 detta una disposizione che ne li-

mita ampiamente la portata, escludendo dal novero delle disposizioni riguardanti la capacità del giudice quelle “sulla destinazione del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni, sulla formazione dei collegi e sulla assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici” [per la legittimità costituzionale di quest'ultima previsione: **C. cost. n. 467 del 2000; C. cost. n. 392 del 2000; C. cost. n. 419 del 1998**]. Il dato è ulteriormente specificato dal comma 3 dell'art. 33 ove si precisa che non attengono alla capacità del giudice ed al numero dei giudici necessari per costituire l'organo giudicante, le disposizioni sull'attribuzione degli affari penali al tribunale collegiale o monocratico (trattandosi di articolazione interna all'organo). Il dato, come si vedrà (v. *infra*), non esclude profili di invalidità – peraltro controversi – stanti gli effetti sul rito (art. 33 *quinquies*).

Non bisogna tuttavia dimenticare che il tessuto di garanzia di una corretta attribuzione della funzione giurisdizionale penale risulta in definitiva costituito dagli **artt. 1, 33 e 178**. Più precisamente, il primo stabilisce che la giurisdizione penale è esercitata dai **giudici previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario**; il secondo precisa che le condizioni di capacità del giudice sono fissate dalle stesse leggi di ordinamento giudiziario; il terzo sanziona con **la nullità assoluta** le violazioni delle disposizioni attinenti alle predette condizioni e al numero dei giudici nei collegi.

Balza così evidente come la garanzia costituzionale del **giudice naturale precostituito per legge** (art. 25 comma 1 Cost.) dipenda non solo dall'intensità della trama delle disposizioni d'ordinamento giudiziario dirette ad individuare il giudice investito del processo, ma anche dal grado di tutela processuale apprestata dal codice di rito per la loro violazione. In mancanza di esplicite indicazioni normative, è necessario dunque adottare un **criterio interpretativo** coerente con le suddette esigenze di garanzia, collocando il comma 2 dell'art. 33 in chiave di eccezione rispetto alla pari efficacia costitutiva della capacità del giudice di tutti i requisiti richiesti dalle norme di ordinamento giudiziario. E, in tale quadro, vanno considerate non attinenti alla capacità del giudice esclusivamente quelle disposizioni che risultano in modo specifico riferite alla “destinazione del giudice agli uffici”, alla “formazione dei collegi” e alla “assegnazione dei processi”.

Sono numerose le figure di “giudici” penali (collegiali, monocratici, togati, laici), come emerge dalla legge di ordinamento giudiziario, ognuno dei quali con una sua competenza funzionale, nel senso che è attribuita la titolarità

allo svolgimento di specifiche attività che non possono essere svolte da altri giudici, per le quali è necessaria per un verso la capacità, per un altro la nomina, per un altro l'indicazione della legge.

Struttura ordinamentale e struttura processuale si integrano, com'è emerso dalla scomparsa del pretore e dall'istituzione del giudice unico di tribunale e del giudice di pace.

Esclusa la presenza di giudici straordinari, cioè, di giudici istituiti *post factum* con circoscritti poteri soggettivi ed oggetti – stante il divieto della Costituzione – nella categoria dei giudici ordinari, trovano sistemazione sia i giudici comuni, sia quelli speciali.

Sono **giudici comuni**: il giudice di pace (giudice monocratico); il tribunale ordinario (organo collegiale composto di tre magistrati togati e monocratico, con attribuzioni differenziate); la Corte d'assise (organo collegiale composto di otto magistrati di cui due togati e sei laici); la Corte d'appello (organo collegiale composto di tre magistrati togati); la Corte d'assise d'appello (organo collegiale composto da otto magistrati di cui due togati e sei laici); il giudice per le indagini preliminari (giudice monocratico); il giudice dell'udienza preliminare (giudice monocratico); il magistrato di sorveglianza (giudice monocratico); il tribunale di sorveglianza (organo collegiale composto da quattro magistrati di cui due togati e due laici).

Il giudice comune

Il panorama va completato con la **Corte di Cassazione** divisa in sei sezioni che giudicano con cinque membri ed, in caso di composizione a sezioni unite, con **nove membri**.

Quanto ai **giudici minorili**, sembra corretto il loro inquadramento tra i giudici comuni specializzati e non tra quelli speciali. Il collegio per i reati ministeriali è un organo specializzato della giurisdizione ordinaria.

3.1. Le questioni pregiudiziali

La giurisdizione penale è una **giurisdizione autosufficiente**, nel senso che ha **cognizione autonoma** su tutte le questioni strumentali alla pronuncia finale [C. cost. n. 159 del 1996]. Si tratta della scelta di destrutturare la logica della **c.d. unità della funzione giurisdizionale** nella consapevolezza della possibile differenziazione delle giurisdizioni, anche perché diversamente regolamentate e governate (significativo, al riguardo, quanto previsto espressamente dall'art. 193). L'assunto non esclude, naturalmente, né le possibili implicazioni legate alla circolazione probatoria tra procedimenti, né le ricadute sul piano degli accertamenti e degli sviluppi processuali.

Principio dell'unità della funzione giurisdizionale

Rispondendo alla esigenza di “massima semplificazione nello svolgimento del processo”, imposta dalla direttiva iniziale della legge delega, **l’art. 2 comma 1** stabilisce, infatti, il dovere del giudice penale di risolvere ogni tipo di controversia che si ponga come antecedente logico-giuridico della decisione di cui è investito. Si tratta di una pronuncia incidentale che può avere natura civile, amministrativa o penale, e che ha rilevanza solo all’interno del procedimento in cui è inserita (*cognitio incidenter tantum*), senza alcuna efficacia vincolante (ancorché divenuta irrevocabile) in nessun altro processo (art. 2 comma 2). Non casualmente, infatti, il giudice “risolve” e non “decide” la relativa questione.

Se la necessità di apprestare un meccanismo processuale capace di fornire decisioni definitive in tempi ragionevoli ha consigliato di adottare la regola **dell’autonoma cognizione del giudice penale** (v., tuttavia, gli artt. 263 comma 3 e 324 comma 8, con riferimento alle controversie sulla proprietà delle cose sequestrate) rispetto a tutte le questioni pregiudiziali – prescindendo, naturalmente (come si preciserà in seguito), da quelle costituzionali e da quella c.d. comunitaria – per converso l’opposta esigenza di evitare contrasti di giudicati su situazioni d’indubbio rilievo ha suggerito l’eccezione. Più precisamente, nel comma 1 dell’art. 2 è stata inserita la **clausola di riserva** “salvo che sia diversamente stabilito”, e sono state previste, in particolare, due limitate ipotesi di sospensione del processo per pregiudizialità negli artt. 3 e 479.

Esigenze

La **prima ipotesi** si riferisce all’insorgenza di una **questione pregiudiziale civile o amministrativa** relativa non genericamente allo stato delle persone, bensì soltanto allo “stato di famiglia o di cittadinanza”. Se la questione è seria, vale a dire non manifestamente infondata o artificiosa, e se da essa dipende la decisione della controversia penale, qualora l’azione civile o amministrativa sia già stata promossa, il giudice “può sospendere il processo in attesa della pronuncia definitiva sulla questione” (art. 3 comma 1). L’ordinanza di sospensione è ricorribile per cassazione (con effetti sul decorso della prescrizione ai sensi dell’art. 159 c.p.). Ancorché difetti la riserva richiesta dal comma 1 dell’art. 588, deve ritenersi che il ricorso non abbia effetti sospensivi, non potendosi ammettere una “sospensione della sospensione”, come del resto si evince dall’art. 479 comma 2. La sospensione non pregiudicherà il potere di compiere gli atti urgenti.

Questioni pregiudiziali

L’uso dell’espressione “può sospendere” parrebbe accreditare una configurazione della pregiudiziale in termini di facoltatività.

Si ha piuttosto la sensazione che nel suddetto art. 3 comma 1 l’uso del verbo servile “può” abbia solo la funzione di rappresentare la diversa situazione di “potere” del giudice, di fronte alle pregiudiziali di stato, rispetto alla posizione di “dovere” nei confronti delle altre questioni. Invero, una volta rea-

lizzate le condizioni poste dalla legge per l'esercizio del potere di sospendere il processo, sembra difficile riconoscere al giudice una residua facoltà di immotivato rifiuto.

Il comma 4 dell'art. 3 attribuisce alla decisione irrevocabile del giudice civile o amministrativo sulla questione di stato (di famiglia o di cittadinanza) – anche se pronunciata antecedentemente rispetto al processo penale ed al di fuori della ipotesi di sospensione – l'efficacia di giudicato nel procedimento penale. Qualora, invece, la decisione sopravvenga ad una pronuncia irrevocabile di condanna e sia di segno diverso rispetto a quanto deciso dal giudice penale, si integreranno le condizioni di cui alla lett. *c* dell'art. 630, mentre la situazione di cui alla lett. *b* della stessa previsione opererà solo in caso di revocazione della decisione da parte del giudice extrapenale. Le due situazioni, naturalmente, non si prospetteranno nel caso in cui il processo penale si sia concluso con una sentenza di non luogo, di proscioglimento o di assoluzione (come risulta *ex art.* 629).

La **seconda ipotesi** di sospensione per questioni pregiudiziali, civili o amministrative, diverse da quelle sullo stato di famiglia o di cittadinanza, è prevista dall'art. 479 ed è contenuta in limiti assai rigorosi, per evidenti considerazioni legate alle esigenze di celerità del processo penale.

Intanto, la disposizione si riferisce unicamente alla possibilità di sospensione del dibattimento; poi, la questione deve riguardare la decisione sull'esistenza del reato (e non di una circostanza) e deve risultare di particolare complessità; infine, dev'essere già in corso (davanti al giudice competente) il procedimento diretto a risolvere la controversia, senza che la legge ponga limitazioni di prova. In questi casi, tuttavia, se il giudizio civile o amministrativo non viene definito nel termine di un anno il giudice penale può revocare l'ordinanza di sospensione del dibattimento (art. 479 comma 3).

La limitazione più consistente si riferisce, comunque, **all'efficacia della decisione** emessa in sede civile o amministrativa. Anche se la sospensione del processo penale dura – come prescritto dall'ultima parte del comma 1 dell'art. 3 – fino a quando la questione è decisa con sentenza passata in giudicato, l'assenza di una specifica disposizione in proposito non consente di attribuire alla decisione in parola un'efficacia vincolante nell'ambito del giudizio penale. Essa viene a far parte del materiale probatorio destinato a costituire la base per la formazione del convincimento del giudice; pertanto, potrebbe venire anche disattesa, naturalmente con un'adeguata (e solida) motivazione. Questo dato, conseguentemente, finirà per incidere sul diverso modo di atteggiarsi delle lett. *b* e *c* dell'art. 630 in caso di richiesta di revisione nei confronti della sentenza di condanna, rispetto a quanto si è detto con riferimento alle questioni di cui all'art. 3.

Al tema qui considerato possono farsi risalire – come si è anticipato – anche le questioni connesse a quanto previsto dall'art. 23, comma 2 l. 11 marzo 1953, n. 87 e dall'art. 267 del T.f.u.e. *ex art.* 234 del Trattato istitutivo delle

Comunità europee, come modificato dall'art. 2 punto n. 18 del Trattato di Lisbona 13.12.2007. Quest'ultima previsione – allo stato di ridotta operatività nel processo penale – riserva alla Corte di giustizia della Comunità europea la competenza a pronunciarsi “in via pregiudiziale”, fra l'altro, sull'interpretazione del Trattato, nonché, sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni comunitarie (v. anche art. 12 l. n. 300 del 2000). La prima delle disposizioni indicate – di forte impatto sia storicamente, sia attualmente sul processo penale – riguarda l'eccezione, nel corso d'un processo penale, dell'illegittimità, per contrasto con le previsioni costituzionali, d'una norma di diritto penale sostanziale o processuale. La medesima disposizione stabilisce, infatti, che “l'autorità giudiziaria, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale e non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale dispone la trasmissione immediata degli atti alla Corte costituzionale, e sospende il giudizio in corso”.

3.2. *La competenza per materia, la competenza per territorio e la competenza per connessione*

Il Capo II del Titolo relativo al giudice è dedicato al tema della **competenza**, quale misura della giurisdizione attribuita a ciascun giudice: vale a dire all'insieme di regole giuridiche che consentono di attuare una distribuzione, in senso orizzontale e verticale, delle regiodicande penali, in modo tale che risulti predeterminato il giudice legittimato a conoscere di ogni procedimento, come impone il **comma 1 dell'art. 25 Cost.** secondo i canoni della riserva di legge, della determinatezza e della irretroattività delle relative previsioni. Al riguardo, viene dettata, anzitutto, una disposizione di carattere generale che, ripercorrendo le indicazioni contenute nella legge delega (art. 2 n. 12), fissa le regole di determinazione della competenza sulla base della gravità del reato.

Per stabilire la competenza – dispone l'**art. 4**, richiamato anche dagli artt. 33 *bis* comma 2 e 550 comma 1 – bisogna guardare alla **pena stabilita per cia-**

Come si stabilisce la competenza del giudice penale?

scun reato consumato o tentato, considerata nel massimo. Va presa in considerazione la pena edittale senza computarvi l'aumento che deriva dalla continuazione (con la conseguenza di considerare la pena stabilita per la violazione più grave), dalla recidiva e dalle circostanze del reato, salvo che si tratti delle ag-

gravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa (per esempio, si passa dalla pena pecuniaria alla detentiva) o di quelle ad effetto speciale (vale a dire, di quelle che importano un aumento della pena superiore ad un terzo, ai sensi dell'art. 63 c.p.) (nel caso di concorso di più aggravanti ad effetto speciale: Cass. Sez. Un. 8.4.1998).

Accanto a questa previsione di carattere generale, altri criteri di determinazione della **gravità del reato** sono stati dettati in tema di competenza per territorio, a seguito di connessione: i delitti sono considerati più gravi delle contravvenzioni; nell'ambito dei delitti o nell'ambito delle contravvenzioni si reputa più grave il reato che prevede la pena più elevata nel massimo; in caso di parità di massimi, quello che presenta la pena più elevata nel minimo; le pene pecuniarie che si cumulano alle pene detentive rilevano ai fini della competenza solo in caso di parità delle pene detentive (art. 16 comma 3).

Alle due tradizionali figure di competenza (per **materia** e per **territorio**) il nuovo codice ne aggiunge una terza (per **connessione**) al fine di limitare, da un canto, i sacrifici imposti al principio del giudice naturale e, d'altro canto, le distorsioni e i conflitti che si sono in passato registrati a causa di un'eccessiva propensione all'accumulazione dei processi.

Ancorché esplicitamente non formulata dal legislatore ma elaborata a livello dottrinale, deve farsi riferimento – come si vedrà – anche alla competenza funzionale, in relazione all'attività giudiziale assegnata al giudice nelle varie fasi e gradi del procedimento.

Nell'ambito della **competenza per materia**, i criteri di individuazione del giudice restano quello quantitativo, quello qualitativo e quello misto, rispettivamente imperniati: *a*) sulla pena edittale comminata per il reato; *b*) sull'elencazione di specifiche figure di reato; *c*) su un criterio composito che combina i due riferiti criteri, tenendo conto di considerazioni pratiche di diverso tipo (frequenza statistica, maggiore professionalità, speditezza processuale).

*Competenza
per materia*

Per quanto riguarda la **competenza per territorio** la regola fondamentale è quella del luogo dove il reato è stato consumato (**art. 8 comma 1**): si tratta del canone classico del *locus commissi delicti*, connesso sia alla raccolta delle prove, sia al contesto sociale nel quale il reato è stato perpetrato, al quale viene rapportato anche il parametro costituzionale della naturalità del giudice. Ad essa si aggiungono: *a*) alcuni criteri di specificazione (art. 8 commi 2, 3 e 4); nonché, *b*) particolari regole suppletive (**art. 9**).

*Competenza
per territorio*

Sempre con riferimento alla competenza territoriale, non mancano alcune **deroghe** previste da varie leggi in relazione a materie particolari.

La più significativa eccezione in materia è tuttavia rappresentata **dall'art. 328 commi 1 bis e 1 quater** a mente dei quali, quando si procede per i delitti di cui all'art. 51 commi 3 *bis*, 3 *quater* e 3 *quinquies*, per i quali le funzioni di pubblico ministero – in deroga a quanto previsto dall'art. 51 comma 3 – sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente (c.d. procu-

ra distrettuale), le funzioni di giudice per le indagini preliminari sono esercitate (salve specifiche disposizioni di legge) da un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente, davanti al quale, invece, si celebrerà regolarmente il dibattimento (per il rappresentante dell'accusa: art. 51 comma 3 *ter*).

Criteri ulteriori sono dettati per la determinazione della competenza nei casi di reati commessi interamente o parzialmente all'estero (**art. 10**) e nei casi di procedimenti riguardanti magistrati (art. 11).

Con riferimento ai **reati commessi interamente all'estero**, la competenza è determinata – in successione – dal luogo di residenza, di dimora, di arresto o di consegna dell'imputato (se più sono gli imputati la competenza spetta al giudice competente per il maggior numero di essi). L'impossibilità di ricorrere a questi criteri innesta la competenza del giudice dove ha sede d'ufficio del p.m. che ha iscritto per primo la notizia di reato. In caso di reato commesso in parte all'estero operano le regole generali degli artt. 8 e 9.

Con riferimento ai **procedimenti riguardanti magistrati**, la deroga è posta a presidio della serenità dei giudizi, del diritto di difesa, dell'eguaglianza dei cittadini. A tal fine, il codice ha stabilito che qualora un magistrato, giudice o pubblico ministero – sono esclusi: i giudici popolari; i giudici onorari [v. però, Cass. Sez. Un. 15.12.2004]; i magistrati amministrativi e gli assistenti di studio presso le sedi istituzionali; i collaboratori di cancelleria [C. cost. n. 570 del 2000]; i prossimi congiunti di un magistrato [C. cost. n. 432 del 2008]; gli avvocati che esercitano la professione in un ufficio giudiziario compreso nel distretto [C. cost. n. 462 del 1997]; sono inclusi: i giudici di pace, gli esperti del tribunale di sorveglianza, gli esperti delle sezioni agrarie, i componenti privati del tribunale per i minorenni, il giudice conciliatore – assuma (formalmente) la qualità di indagato, di imputato ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato (indipendentemente dalla costituzione di parte civile), con esclusione del caso in cui il magistrato sia solo il rappresentante di un ente da lui temporaneamente rappresentato [Cass. Sez. Un. 5.7.2004] e, secondo le regole generali, il procedimento risulti attribuito alla competenza di un ufficio giudiziario ricompreso nel distretto di Corte di appello in cui lo stesso magistrato esercita le proprie funzioni, ovvero le esercitava al momento del fatto, il procedimento è affidato alla cognizione di un giudice di pari competenza per materia che ha sede nel capoluogo del distretto di Corte d'appello determinato dalla legge secondo la Tabella allegata all'art. 1 disp. att. Si evitano, in tal modo, scelte discrezionali, sia competenze incrociate o reciproche. Qualora, successivamente al fatto, il magistrato sia venuto a svolgere le proprie funzioni in un ufficio di questo distretto, il procedimento subirà un ulteriore spostamento verso un giudice il cui ufficio è situato nel capoluogo del distretto di Corte d'appello, diverso da quello in cui il magistrato esercitava le funzioni al momento del fatto, sempre determinato ai sensi della Tabella di cui all'art. 1 disp. att. La competenza così determinata eserciterà – fermi i criteri di competenza per materia –

una *vis attractiva*, con conseguente deroga alla competenza territoriale, anche per i reati connessi. Si tratta di **competenza funzionale** [Cass. Sez. Un. 15.12.2004], rilevabile o eccepibile in ogni stato e grado del procedimento, con la conseguenza di riguardare tutte le attività espletabili nel procedimento [C. cost. n. 349 del 2000 parla di competenza per territorio che va eccepita entro la fase preliminare del giudizio]. La competenza *ex art. 11* permane anche nel caso in cui la posizione del magistrato sia archiviata o definita con la sentenza di non luogo. Ai sensi dell'art. 11 *bis*, quanto detto, opera anche per i magistrati addetti alla direzione nazionale antimafia (qualora siano inseriti nelle procure distrettuali antimafia periferiche). Con una recente sentenza è stato escluso che la previsione operi in relazione ad un giudice che ha lasciato l'ufficio da poco tempo [C. cost. n. 163 del 2013].

La cura posta dal legislatore nell'approntare un reticolo di norme dirette all'individuazione del giudice competente, scongiurando i rischi d'interventi discrezionali, raggiunge il suo massimo impegno nella definizione della connessione, come criterio autonomo di attribuzione di competenza in relazione a procedimenti collocati nella medesima fase (o nel medesimo grado), operando, successivamente, le ipotesi **dell'art. 17 e dell'art. 18**.

Competenza per connessione

L'attuale testo dell'art. 12 delinea, in sintesi, le seguenti situazioni suscettibili di determinare l'operatività della connessione: *a*) concorso di più persone nel reato o concorso di condotte indipendenti da parte di più persone (**c.d. connessione soggettiva**); *b*) persona imputato di reati commessi con una sola azione od omissione ovvero persona imputata di un reato continuato (**c.d. connessione oggettiva**); *c*) persona o stesse persone imputata (e) di più reati uniti da nesso teleologico (in quanto commessi per eseguire o per occultare gli altri) (**c.d. connessione teleologica**).

Alla medesima finalità di un'automatica attribuzione di competenza (per materia e, conseguentemente, per territorio) sono predisposti anche i criteri [Cass. Sez. Un. 16.7.2009, CP 2010, 2121] per la determinazione del giudice chiamato a procedere per i procedimenti connessi (per la disciplina della connessione in relazione ai reati di competenza del giudice di pace: artt. 6-8 d.lgs. n. 274 del 2000).

Sotto questo profilo, risulta individuato come tale: *a*) in primo luogo, il giudice funzionalmente superiore (a prescindere dalla gravità del reato) (Corte d'assise o tribunale ai sensi dell'art. 15); poi, in caso di pari competenza per materia, il giudice competente (in relazione alla competenza territoriale, nella difficoltà per il reato più grave di utilizzare i criteri dell'art. 8: Cass. Sez. Un. 16.7.2009) per il reato più grave (alla stregua dei parametri forniti dall'art. 16 comma 3: i delitti si considerano più gravi delle contravvenzioni; tra questi reati si considera più grave quello con la pena più elevata nel massimo e, se i massimi sono pari, si prendono in esame i minimi; le pene pecu-

niarie sono considerate solo in caso di parità di quelle detentive); infine, in caso di uguale gravità, è competente il giudice competente per il primo reato (in assoluto, e non solo tra i più gravi); *b*) nell'ipotesi di concorso di persone o di condotte indipendenti, se "le azioni od omissioni sono state commesse in luoghi diversi e se dal fatto è derivata la morte di una persona", il giudice "del luogo in cui si è verificato l'evento" (art. 16 comma 2 in relazione all'art. 8 comma 2).

Sono problematiche le questioni della connessione nel caso di reato ricompreso tra quelli di cui all'art. 51 commi 3 *bis*, 3 *quater*, 3 *quinquies*. Mancano precisi riferimenti – quindi si prospettano soluzioni diverse – in caso di interazione tra più casi di connessione.

Criteri particolari sono stabiliti per la connessione di procedimenti di competenza di giudici ordinari e speciali (art. 13).

Per i procedimenti riguardanti gli imputati che, al momento del fatto, erano minorenni (sia se connessi con procedimenti relativi ad imputati maggiorenni; sia se connessi con un procedimento per reati commessi quando il minore è diventato maggiorenne), l'art. 14 dispone che la connessione non opera, riservandoli quindi alla esclusiva competenza del tribunale minorile [C. cost. n. 52 del 1995].

Ognuno di questi organi è chiamato allo svolgimento di funzioni specifiche fissate dalla legge, secondo lo sviluppo del processo nelle fasi e nei gradi processuali.

Competenza funzionale

Si tratta della c.d. **competenza funzionale**, cioè dello svolgimento delle attività che soltanto quel giudice è chiamato ad espletare. In via esemplificativa, per quanto attiene alla fase antecedente al giudizio, vengono in rilievo le attività del giudice per le indagini preliminari e quelle del giudice dell'udienza preliminare.

Per la fase del giudizio assumono rilievo il ruolo e le funzioni del giudice di pace, del tribunale (ordinario), della Corte d'assise, della Corte d'appello, della Corte d'assise d'appello e della Corte di Cassazione; mentre per le procedure di esecuzione sarà necessario considerare il giudice dell'esecuzione, il magistrato di sorveglianza (organo di primo grado) ed il tribunale di sorveglianza (organo sia di secondo grado nei confronti dei provvedimenti del magistrato di sorveglianza; sia di primo grado per le materie assegnategli in via esclusiva).

Con riferimento ai gradi sarà possibile distinguere tra il giudice di pace, il tribunale (ordinario) e la Corte d'assise che giudicano in prima istanza; il tribunale monocratico (in relazione ai provvedimenti del giudice di pace), la Corte d'appello (in relazione ai provvedimenti del tribunale) e la Corte d'assise d'appello (in relazione ai provvedimenti della corte d'assiste) che agiscono

quali giudici di seconda istanza; la Corte di Cassazione in funzione di controllo di legittimità delle decisioni assunte nei gradi precedenti.

Così, in relazione alle attività estrinsecate, sarà possibile distinguere i giudici con riferimento al loro ruolo ovvero all'oggetto del provvedimento.

Da questa prospettiva, sarà possibile considerare, ad esempio, le specifiche funzioni svolte dal presidente del collegio giudicante (artt. 465, 467, 468) ovvero quelle espletate dal tribunale quale giudice del riesame o dell'appello circa i provvedimenti *de libertate* (artt. 309, 310) e dalla Corte d'appello nella procedura di estradizione (art. 704) ed in quella delle rogatorie (art. 724).

La violazione della competenza funzionale, non esplicitata specificamente dal codice, dovrebbe essere sanzionata con la **nullità assoluta** (non mancano, peraltro, al riguardo, delle riserve legate spesso al raggio di operatività della stessa categoria).

3.3. *La disciplina della riunione e della separazione dei processi*

Diversamente da quanto stabilito per la connessione, che è **criterio attributivo di competenza** ed ha effetti fin dall'inizio del "procedimento", la riunione e la separazione riguardano vicende maturate a seguito dell'esercizio dell'azione penale e, perciò, operano soltanto quando il procedimento, in correlazione proprio con quell'esercizio, è diventato "processo" (*ex art. 610 comma 3* la questione è prospettabile anche in Cassazione).

Dalla stessa formulazione **dell'art. 17** si trae implicitamente conferma che, in tema di pluralità di processi, la regola generale è quella della **separazione**, che è ritenuta il **canone aureo della speditezza**. La riunione, infatti – consigliata da esigenze di semplificazione – può effettuarsi soltanto quando, pendendo i processi nello stesso stato e grado davanti al medesimo giudice (inteso sia quale persona fisica, sia come ufficio giudiziario), risultano integrate le ipotesi tassativamente indicate nel predetto art. 17.

*Separazione
dei processi*

Si tratta, innanzitutto, dei casi di connessione di cui all'art. 12 (lett. *a*), sia nell'ipotesi in cui abbia già trovato applicazione, sia nel caso in cui pur sussistendo le condizioni non sia stata possibile effettuarla; dall'ambito dell'art. 17, a seguito delle già ricordate modifiche introdotte in materia, è stata soppressa la previsione relativa ai casi di reato continuato che risultava alla lett. *b*.

In secondo luogo, è necessario riferirsi a quanto previsto dalla lett. *b* dell'art. 371: reati dai quali gli uni sono stati commessi in occasione degli altri o per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità; i reati commessi da più persone in danno reciproco le une dalle altre; le situazioni in cui la prova di un reato o di una sua circostanza

za influisce sulla prova di un altro reato o di una sua circostanza (ipotesi che non hanno trovato posto nella disciplina della connessione e che è sembrato utile recuperare in questa sede al fine di soddisfare, almeno in parte, le riconosciute esigenze di economia processuale e di omogeneità di valutazioni in vicende fondate su un materiale probatorio comune) (lett. *c*).

A seguito dell'introduzione del giudice unico, si è previsto che – operando le situazioni della **riunione** – questa sia disposta a favore del tribunale in composizione collegiale, la cui composizione resta ferma – se è stata effettuata la riunione – anche nel caso di successiva separazione (art. 17 comma 1 *bis*).

Riunione dei processi

In presenza di tutte le condizioni indicate dall'art. 17, il giudice dispone la riunione solo se ritiene che non venga ostacolata la sollecita definizione dei processi. Sebbene il testo normativo impieghi, al riguardo, il verbo “potere”, non si deve ritenere che, in tal modo, venga attribuita al giudice un'ulteriore e immotivata facoltà di scelta rispetto alla valutazione di assenza di pregiudizio per la rapida definizione dei processi pendenti. Una volta compiuta positivamente tale valutazione, il giudice, invece, “deve” provvedere alla riunione dei processi, non esistendo più alcun motivo giuridicamente rilevante per sacrificare tutte le altre non trascurabili esigenze che si riconnettono ad una trattazione unitaria dei vari processi e che costituiscono, in particolare, il motivo stesso della previsione legale.

L'art. 18 elenca, poi, tutta una serie di ipotesi in presenza delle quali il giudice deve disporre (si tratta della c.d. separazione obbligatoria) la separazione dei processi, nati insieme o riuniti successivamente a norma dell'articolo precedente. Si tratta, in linea generale, di casi in cui alcuni dei processi riuniti appaiono pronti per la trattazione ed altri no, ma le esigenze di celerità cedono di fronte a quelle dell'assoluta necessità dell'accertamento [C. cost. n. 371 del 1996].

Il panorama delle situazioni suscettibili di determinare la separazione dei procedimenti va completato richiamando l'art. 130 *bis* disp. att., a mente del quale il p.m., prima dell'esercizio dell'azione penale, procede separatamente, ricorrendo le ragioni di urgenza di cui all'art. 18 comma 1 lett. *e bis*, e l'art. 533 comma 3 *bis*, ove si prevede una separazione della pronuncia di condanna nei procedimenti per delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. *a*, a causa del rischio di una rimessione del soggetto in libertà.

La separazione dei processi può avvenire, altresì, fuori dai casi di cui al comma 1 dell'art. 18 sulla base di un accordo tra le parti, quando il giudice la reputi utile (si parla di separazione facoltativa) sotto il profilo della speditezza del processo (art. 18 comma 2). È evidente, infine, che la disciplina della separazione non può incidere sul processo cumulativo instaurato per motivi di connessione, non potendo essa modificare le regole attributive di competenza.

I **provvedimenti di riunione e di separazione** sono dati con ordinanza motivata (è controverso se sia ammissibile anche un provvedimento implicito), emessa anche d'ufficio, sentite le parti (art. 19; nel caso dell'art. 18 comma 2 è necessario l'accordo delle parti) (si ritiene non necessaria una convocazione delle parti; la violazione della previsione non comporterebbe la nullità del provvedimento), inoppugnabile, salvo il caso dell'abnormità e dell'incidenza sulla competenza. Per quanto riguarda la individuazione del giudice del processo riunito, i criteri sono indicati nell'art. 2 disp. att. dove sono esplicitati i profili ordinamentali ed operativi.

3.4. *I procedimenti di verifica della giurisdizione e della competenza*

La disciplina dettata in tema di controllo del **difetto di giurisdizione e di competenza** si pone un duplice chiaro obiettivo. Per un verso, quello di anticipare quanto più è possibile la risposta definitiva sulla giurisdizione e sulla competenza, in modo da non distogliere il procedimento dal suo vero oggetto, relativo all'accertamento dei fatti e delle responsabilità; per un altro verso, quello di scongiurare i rischi di regressioni di procedimenti giunti in stadi avanzati, evitando le eccezioni tardive.

In questa direzione, gli **artt. 20 e 21** stabiliscono i momenti in cui può essere sollevata la relativa questione. Il primo, per il **difetto di giurisdizione**, prevede che esso può essere rilevato anche d'ufficio in ogni stato e grado del "procedimento". Si tratta delle situazioni diverse da quelle di cui all'art. 606 comma 1 lett. a [Cass. Sez. Un. 24.11.1999]: mentre queste ultime determinano situazioni di inesistenza della decisione, la situazione qui considerata (situazione soggettiva di un giudice ordinario non titolare della cognizione del processo, perché assegnato al giudice speciale o viceversa), riconducibile a situazioni di nullità (ancorché assoluta), non escluderà l'esistenza del provvedimento giurisdizionale.

*Difetto
di giurisdizione*

Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero, fatta salva la possibilità d'una richiesta archiviativa, nel caso della carenza di giurisdizione, chiederà la decisione del gip che si pronuncerà verosimilmente con ordinanza *ex art. 22* commi 1 e 2, previsioni operanti nel caso di una iniziativa officiosa del gip. Successivamente all'instaurazione del processo, il giudice si pronuncerà con sentenza con trasmissione degli atti – ricorrendone le condizioni (escluso cioè l'assoluto difetto di giurisdizione) – all'autorità competente.

Per quanto attiene al **difetto di competenza**, l'art. 21 dispone che la questione di competenza per materia (in relazione al fatto contestato e non alla qualificazione data), fatta salva l'ipotesi dell'incompetenza per difetto (art. 23 comma 2) e di quella per connessione (art. 20 comma 3) può

*Difetto
di competenza*

essere rilevata anche d'ufficio in ogni stato e grado del "processo" (e quindi solo in seguito all'esercizio dell'azione penale); quella per territorio e per connessione, invece, deve essere rilevata o eccepita prima della conclusione dell'udienza preliminare o, se questa manchi ovvero se l'eccezione venga respinta in sede d'udienza preliminare, entro il termine previsto per le questioni preliminari al dibattimento (art. 491 comma 1).

Con specifico riferimento alla **incompetenza per connessione** resta incerta l'operatività dell'art. 21 comma 3 rispetto al comma 1 dello stesso articolo in caso di incompetenza per materia per difetto e quella del limite temporale di cui all'art. 491 comma 1 in caso di contestazione suppletiva [C. cost. n. 280 del 1994, per la legittimità della soluzione]. Si ritiene non necessario per il riconoscimento dell'incompetenza per connessione che il procedimento penda nello stesso stato e grado [Cass. Sez. Un. 28.2.2013].

Le ragioni del riferito diverso regime delle varie situazioni di incompetenza vanno fatte risalire al diverso pregiudizio delle situazioni poste a confronto, con ricadute sugli stessi poteri del giudice.

Manca un esplicito riferimento alla **incompetenza c.d. funzionale** (inquadra-
bile nell'inidoneità dell'organo giurisdizionale ad emettere un determinato provvedimento); riconducibile ai vizi connessi alla capacità del giudice, il vizio *de quo* – inquadra-
bile *ex art. 178 comma 1 lett. a* – è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento [Cass. Sez. Un. 1.8.1994; Cass. Sez. Un. 14.12.1995].

Significative questioni si propongono in ordine alla rilevanza dell'incompetenza nei riti speciali a connotazione consensuale.

Gli artt. 22, 23, 24 e 25 definiscono il tipo di decisione e i diversi conseguenti provvedimenti da adottare nella risoluzione delle questioni di competenza da parte dei giudici dei vari stati e gradi del processo.

Ispirate dal **principio della conservazione degli atti** assunti dal giudice incompetente, due particolari previsioni sono dettate in tema di prove acquisite e di misure cautelari (**artt. 26 e 27**).

Principio di conservazione degli atti

Con la prima disposizione si prevede che il mancato rispetto delle norme sulla competenza (nonché sulla giurisdizione) non determina l'inefficacia delle prove, anche di quelle atipiche (conclusioni articolate si prospettano invece per gli atti di impulso processuale, condizionati dagli sviluppi procedurali) già acquisite (nel rispetto delle regole legali), mentre – con particolare riferimento alle dichiarazioni orali rese al giudice incompetente per materia (si ritiene trattarsi solo dell'incompetenza *ex art. 21 comma 1*) – si stabilisce che, ove l'atto sia ripetibile, potrà essere utilizzato solo per le decisioni conseguenti all'udienza preliminare (sentenza di non luogo, decreto che dispone il giudizio, sentenza di abbreviato e di applicazione della pena a richiesta) e per le contestazioni regolate dagli artt. 500 e 503,

con gli effetti *ivi* previsti alla luce della riforma *ex l. n. 63 del 2001* [per una ipotesi particolare in tema di reati ministeriali: Cass. Sez. Un. 25.10.1994].

Con la seconda disposizione si prevede che **cessino di avere efficacia** le misure cautelari (personali e reali) disposte dal giudice che, contestualmente o successivamente alla loro pronuncia, si dichiari incompetente per qualsiasi causa, qualora entro venti giorni dall'ordinanza di trasmissione degli atti al giudice competente non siano confermate da quest'ultimo ai sensi degli artt. 292, 317 e 321.

3.5. *Inosservanza delle attribuzioni sulla composizione collegiale o monocratica del tribunale*

Ricollegandosi **all'ultimo comma dell'art. 33**, ove si esclude che attengano alla capacità del giudice ed al numero dei giudici necessario per costituire l'organo giudicante le disposizioni sull'attribuzione degli affari penali al tribunale collegiale o a quello monocratico, trattandosi di un unico ufficio giudiziario (d.lgs. n. 51 del 1998 istitutivo del giudice unico di tribunale), con due articolazioni interne, diversamente composte, gli artt. 33 *bis* – 33 *novies* disciplinano le relative attribuzioni, i riflessi della connessione sull'attribuzione dei procedimenti *de quibus* (art. 33 *quater*), nonché le implicazioni dell'inosservanza delle disposizioni sulle riferite attribuzioni (artt. 33 *quinquies* – 33 *novies*).

Più specificamente, al **tribunale in composizione collegiale**, secondo lo schema tradizionale, sono attribuiti reati specifici (lett. *a-q*), nonché, secondo il criterio quantitativo – con la pena calcolata ai sensi dell'art. 4 – fatta eccezione per quelli conferiti al tribunale in composizione monocratica *ex art. 33 ter* comma 1, i delitti puniti con la pena della reclusione nel massimo a dieci anni, anche nell'ipotesi del reato tentato.

*Il tribunale
in composizione
collegiale*

Combinando il criterio della residualità con quello qualitativo, il **tribunale in composizione monocratica giudica** i delitti previsti dall'art. 73 t.u. stup., al di fuori dell'ipotesi aggravata dell'art. 80 del medesimo t.u. stup., nonché, i casi non assegnati al tribunale collegiale dall'art. 33 *bis* o da altre disposizioni di legge come, ad es., *ex artt. 186 e 187 c. strada*, la guida sotto l'influenza dell'alcool e la guida in stato di alterazione psicofisica per uso di sostanze stupefacenti; ovvero *ex art. 57* la violazione degli obblighi di cui all'art. 56 d.lgs. n. 274 del 2000 (art. 33 *ter ex l. n. 479 del 1999*; d.l. n. 82 del 2000 conv. l. n. 144 del 2000). Sotto un profilo diverso, si collocano le previsioni di cui agli artt. 39 comma 1, 41 comma 2 e 31 comma 4 del d.lgs. n. 274 del 2000, in relazione al procedimento davanti al giudice di pace.

*Il tribunale
in composizione
monocratica*

Confermando la preferenza per la collegialità, l'art. 33 *quater* stabilisce che, in caso di connessione, tutti i procedimenti connessi appartengono al tribunale in composizione collegiale. Il dato assume rilievo, nella fase delle indagini preliminari, in relazione al rito con udienza preliminare per i reati per i quali deve procedersi con citazione diretta. Analogamente dispongono gli artt. 17 comma 1 *bis* e 665 comma 4 *bis*, rispettivamente in tema di riunione e separazione di processi e in materia di competenza in sede esecutiva. Il processo verrà, tuttavia, instaurato avanti al giudice monocratico qualora nell'udienza preliminare il giudice pronunci sentenza di non luogo a procedere per il reato connesso attribuito al tribunale collegiale.

Il mancato rispetto delle regole di attribuzione – pur trattandosi di un riparto interno ad un unico ufficio giudiziario – non esclude l'assunzione di rilievo processuale – seppure attenuato, come si vedrà – potendo produrre effetti sul rito.

Si prevede, pertanto, che la riferita inosservanza – unitamente a quella delle disposizioni processuali collegate (art. 550 comma 3) – sia rilevata (d'ufficio) o eccepita (a istanza di parte) – a pena di decadenza [C. cost. n. 395 del 2001] – prima della conclusione dell'udienza preliminare ovvero, in difetto, entro il termine previsto per le questioni preliminari. Il termine opera anche per la riproposizione dell'eccezione respinta nell'udienza preliminare (art. 33 *quinquies*).

La riferita previsione apre due ulteriori scenari legati al fatto che è necessario tenere in considerazione, oltre alla composizione dell'organo, anche degli itinerari con udienza preliminare ovvero a citazione diretta. La tematica è disciplinata dagli artt. 33 *sexies* e 33 *septies*.

In coerenza con l'intera filosofia della scelta legislativa del giudice unico, l'art. 33 *novies* – con significative differenze rispetto all'art. 26, relativamente alle prove assunte dal giudice incompetente – stabilisce che l'inosservanza delle disposizioni sulla composizione collegiale o monocratica del tribunale non determina né l'invalidità degli atti del procedimento, né l'inutilizzabilità delle prove già acquisite.

Non pochi dubbi sono stati evidenziati in ordine all'ambito applicativo della previsione sia in ordine al raggio di salvaguardia degli atti processuali compiuti dal giudice nella composizione non corretta, sia con riferimento al rapporto tra la validità delle prove e la regola dell'immutabilità del giudice.

Stante il mancato richiamo all'art. 27, dovrebbe escludersi la necessità della rinnovazione del titolo cautelare emesso in difetto di attribuzione.

3.6. I conflitti di giurisdizione e di competenza

La possibilità che le norme in tema di giurisdizione e di competenza prospettino interpretazioni e decisioni divergenti tra giudici, ha indotto il legislatore a regolare le situazioni di conflitto nelle quali due o più giudici ordinari ovvero uno o più giudici speciali contemporaneamente prendono (positivo) o ricusano (negativo) di prendere cognizione del medesimo fatto attribuito alla stessa persona, ovvero due o più giudici ordinari contemporaneamente prendono o ricusano di prendere cognizione del medesimo fatto attribuito alla stessa persona (**art. 28 comma 1**). Del resto, nel processo penale non esistono strumenti preventivi per definire la competenza [Cass. Sez. Un. 26.2.1991].

L'intento è quello, da un lato, di evitare la stasi processuale, dall'altro, di impedire la pronuncia di una pluralità di decisioni (anche contrastanti) su di un'unica regiodicanda.

Per questa ragione è necessario che la situazione di contrasto riguardi il medesimo fatto inteso in senso materiale negli elementi della condotta, dell'evento (nelle medesime condizioni di luogo e di tempo) e del nesso di causalità [Cass. Sez. Un. 28.6.2005] escludendosi pertanto riferimenti alla mera qualificazione giuridica e l'operatività nei casi di reiterazione della stessa condotta *ex art. 81 c.p.*

È altresì necessario che il conflitto riguardi la stessa persona, dovendosi escludere il conflitto sia nel caso di mancata individuazione di una persona alla quale ascrivere il reato, sia nel caso di attribuzione dello stesso fatto alternativamente a più soggetti non in concorso tra loro.

Il **conflitto di giurisdizione o di competenza**, oltre ad essere attuale e non meramente teorico, deve riguardare giudici che si trovano **in posizione di parità decisionale**: conseguentemente, dovrà escludersi la possibilità di elevare conflitto da parte del giudice di primo grado che dissenta dalla decisione di nullità assoluta e insanabile del giudice d'appello – dovendo invece proporre ricorso per cassazione; nonché, nel caso di contestuale pendenza di due processi contro la stessa persona per il medesimo fatto, instaurati dallo stesso ufficio di procura e devoluti, anche se in fasi o gradi diversi, alla acquisizione della stessa autorità giudiziaria, dovendosi dichiarare l'improvvisabilità dell'azione penale.

Il conflitto può nascere in qualsiasi stato e grado del processo.

A dar vita al conflitto è o una **denuncia di parte**, privata (e difensori; esclusi persona offesa ed enti esponenziali) o pubblica (un p.m. presso uno dei giudici in conflitto), o una **rilevazione d'ufficio del giudice** (art. 30 commi 1 e 2). L'elevazione del conflitto (ai sensi dell'art. 30 comma

Da cosa scaturisce il conflitto?

3) non ha effetti sospensivi sul processo in corso [C. cost. n. 59 del 1993; C. cost. n. 1998 del 1995].

La **denuncia di parte** è presentata, in forma scritta e motivata con allegata la documentazione necessaria, nella cancelleria di uno dei due giudici in conflitto; qualora risulti, seppur astrattamente, prospettato un effettivo conflitto, il giudice dovrà trasmettere immediatamente denuncia, documentazione, nonché copia degli atti necessari per la risoluzione del conflitto, indicando le parti e i difensori, eventualmente prospettando sue osservazioni.

Il giudice che rileva un conflitto pronuncia ordinanza e rimette alla Cassazione copia degli atti necessari per la decisione, indicando le parti e i difensori. Si tratta di provvedimento inoppugnabile, salva la sua abnormità (art. 30 comma 1).

Il giudice che ha pronunciato l'ordinanza o ha ricevuto la denuncia di parte deve darne immediata comunicazione al giudice in conflitto, il quale deve trasmettere immediatamente alla Cassazione la copia degli atti necessari per la risoluzione del conflitto, l'indicazione delle parti e dei difensori, nonché sue eventuali osservazioni.

La **competenza in materia spetta alla Cassazione** che deciderà con sentenza, in camera di consiglio, che si celebrerà con le forme dell'art. 127, assunte le informazioni e acquisiti gli atti e i documenti necessari (art. 32 comma 1). L'estratto della decisione è immediatamente notificato ai giudici in conflitto ed al pubblico ministero presso di essi ed è notificato alle parti private (art. 32 comma 2).

Chi ha competenza al riguardo?

La decisione della Cassazione ha **effetto vincolante** ex art. 25 e trova operatività quanto previsto dall'art. 26 in tema di efficacia delle prove acquisite dal giudice incompetente (v. *retro*) e dall'art. 27 in tema di misure cautelari disposte dal giudice incompetente (v. *retro*), con la precisazione che, in caso di decisione della Cassazione sul conflitto, il termine per la conferma del provvedimento decorre dalla riferita comunicazione ai giudici in conflitto (art. 32 comma 3).

Oltre che a seguito della decisione della Cassazione, il conflitto (anche quello di giurisdizione) cessa, per effetto della dichiarazione di competenza o d'incompetenza (che non richiede formalità, essendo adeguata anche la revoca del proprio provvedimento in quanto le dichiarazioni di incompetenza non passano in giudicato), di uno dei giudici in conflitto (si tratta di provvedimento non impugnabile che può dar luogo solo ad un conflitto in caso di non condivisione della valutazione fatta dall'altro giudice) rispettivamente, negativo o positivo (art. 29).

Il cpv. dell'art. 28 estende la disciplina dei conflitti ai c.d. casi analoghi costituiti da quelle situazioni (non caratterizzate da una rigida tipologia) nelle quali il contrasto tra due giudici determina una stasi o un blocco dell'attività processuale riconducibile ad una diversa valutazione di due organi giuri-

sdizionali in ordine alla competenza funzionale ad emettere i provvedimenti necessari allo sviluppo del procedimento. Si tratta di un panorama molto variegato di situazioni, legato alla estrema varietà delle situazioni prospettabili, anche perché spesso dipendente da imprevedibili patologie procedurali. Sarà possibile, pertanto, limitarsi ad indicare solo le principali tipologie dei possibili casi di conflitti analoghi.

3.7. *Le cause personali di estromissione del giudice: incompatibilità, astensione e ricusazione*

Al fine di garantire la **terzietà del giudice persona fisica** (per l'imparzialità dell'organo opera la rimessione), assicurando i presupposti di un giusto processo *ex art. 111 Cost., art. 6 comma 1 Conv. EDU e art. 14 comma 1 Pidcp*, il legislatore ha predisposto nel Capo VII del Libro I alcuni strumenti processuali regolati da **termini tassativi e insuscettibili di interpretazioni estensive o analogiche**: l'art. 36 disciplina le ipotesi in cui il giudice ha l'obbligo di non esercitare la sua funzione giurisdizionale (**astensione**); l'art. 37 i casi in cui le parti hanno il diritto di chiederne l'**estromissione (ricusazione)**; gli artt. 34 e 35, nonché gli artt. 18 e 19 ord. giud., regolano le cause d'incompatibilità le quali, nonostante la configurazione autonoma, sono sottoposte alla stessa disciplina delle ipotesi di astensione e di ricusazione (art. 36 lett. *g*; art. 37 comma 1 lett. *a* che lo richiama).

Le situazioni ipotizzate si articolano su vari livelli. In primo luogo, non può svolgere le funzioni di giudice (non sempre opera la reciprocità delle situazioni) chi **nel medesimo procedimento** ha svolto funzioni sotto altre vesti (pubblico ministero, polizia giudiziaria, difensore, procuratore speciale, curatore, testimone, nonché, persona informata dei fatti, perito, consulente tecnico – non anche l'interprete –) ovvero ha proposto la denuncia (sia come privato, sia come pubblico ufficiale: n. 330 del 1997; C. cost. n. 439 del 1993; C. cost. n. 292 del 1992), la querela, l'istanza o la richiesta, o ha deliberato l'autorizzazione a procedere (art. 34 comma 3).

Molto più articolati – in secondo luogo – gli altri piani della previsione, condizionati dalla struttura procedimentale contrassegnata da una pluralità di percorsi – nell'intreccio di fasi, di gradi, di funzioni – nel medesimo processo, anche in relazione alla sua struttura bifasica, ma anche di procedimenti diversi, nonché, dentro le articolazioni funzionali.

In particolare, con riferimento alla progressione "in verticale" del processo, va escluso che possa svolgere funzioni di giudice nei successivi gradi del giudizio **chi ha pronunciato la sentenza nei gradi precedenti** (art. 34 comma 1), ovvero partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annul-

*Conflitto
di interessi*

*C.d.
incompatibilità
verticale*

lamento o al giudizio per revisione. È evidente il pregiudizio insito nelle riferite situazioni.

Quanto alle ordinanze, trova operatività invece l'art. 623 comma 1 lett. *a*, con qualche riserva della dottrina alla luce del novellato **art. 111 Cost.** La giurisprudenza, così, esclude incompatibilità interne alla procedura cautelare, potendo sia far parte del collegio del riesame il gip che ha emesso la misura, sia gli stessi giudici del riesame a pronunciarsi in caso di annullamento della Cassazione, sia il gip a rimettere il provvedimento annullato dal tribunale del riesame per vizi formali. Parimenti, **l'incompatibilità verticale** non opererebbe nel procedimento di esecuzione, di sorveglianza e di prevenzione. Queste conclusioni sono destinate ad una significativa evoluzione a seguito di C. cost. n. 183 del 2013 con cui è stata dichiarata l'incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio a seguito di annullamento della Cassazione del giudice dell'esecuzione che ha pronunciato ordinanza di accoglimento o di rigetto dell'applicazione della disciplina della continuazione dei reati o del concorso formale (art. 671).

Per quanto attiene allo sviluppo "orizzontale" del processo il **comma 2 dell'art. 34** dispone che non possa partecipare al giudizio il giudice che ha pronun-

Incompatibilità orizzontale

ciato il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare, ha disposto il giudizio immediato, ha emesso il decreto penale di condanna (C. cost. n. 502 del 1991), ha deciso sull'impugnazione avverso la sentenza di non luogo a procedere. Considerato che il concetto di giudizio non significa solo dibattimento, l'incompatibilità

riguarderà anche il gip che ha disposto il giudizio immediato a partecipare al giudizio abbreviato (C. cost. n. 401 del 1991), nonché, il giudice che ha emesso il decreto penale di condanna a giudicare sulla richiesta di applicazione della pena concordata avanzata con l'opposizione al decreto (C. cost. n. 151 del 2004).

Anche al fine di evitare una improponibile frantumazione dei procedimenti con pregiudizio per la loro continuità e unitarietà, le situazioni di incompatibilità vanno escluse in relazione alle decisioni pronunciate dal giudice all'interno della singola fase processuale (C. cost. n. 131 del 1996).

Come anticipato, questioni di incompatibilità possono prospettarsi anche con riferimento a procedimenti diversi. Occorre, al riguardo, operare una distinzione qualora si tratti di più procedimenti penali – distinguendo ulteriormente se si tratti del medesimo fatto a carico di persone diverse ovvero a carico del medesimo imputato – ovvero di procedimenti diversi.

Nelle situazioni escluse si afferma la possibilità del **ricorso all'astensione ed alla ricasazione**.

La ristrutturazione del modello processuale ha reso necessario – anche alla luce della giurisprudenza costituzionale nel frattempo emersa in materia – in-

tervenire sotto il profilo ordinamentale, distinguendo le funzioni del giudice per le indagini preliminari da quelle del giudice dell'udienza preliminare (art. 7 *bis* commi 2 *bis* e 2 *ter* r.d. n. 12 del 1941 *ex* l. n. 479 del 1999; l. n. 63 del 2011; l. n. 111 del 2007), anche al fine di evitare astensioni e ricusazioni, con una previsione espressa di incompatibilità. Il comma 2 *bis* dell'art. 34 *ex* d.lgs. n. 51 del 1998 prevede, infatti, che il giudice che nel medesimo procedimento ha svolto funzioni di gip non possa emettere il decreto penale di condanna, né tenere l'udienza preliminare, né, anche fuori dai casi previsti per l'incompatibilità orizzontale, partecipare al giudizio (inteso in senso ampio, cioè comprensivo del rito abbreviato, del patteggiamento e del dibattimento: C. cost. n. 401 del 1991). Sarà utile tenere distinte le diverse situazioni indicate.

Il quadro delle **incompatibilità processuali** si completa con l'**art. 35**: al fine di evitare che il giudice possa essere condizionato da influenze esercitate da un altro giudice, coniuge, parente o affine fino al secondo grado, si stabilisce che nello stesso procedimento (da intendersi attinenti allo stesso oggetto) non possano esercitare funzioni, anche separate o diverse (da intendersi in senso ampio) i giudici che si trovino nei riferiti rapporti parentali, di affinità o coniugio (e di convivenza *more uxorio*).

Le cause d'incompatibilità stabilite dalle **leggi di ordinamento giudiziario** (in particolare, dagli artt. 18 e 19 ord. giud.), invece, attengono esclusivamente alla costituzione dell'organo giudicante e prefigurano alcune condizioni dirette ad assicurare che la persona chiamata ad esercitare la funzione giurisdizionale non solo sia, ma anche appaia imparziale.

Le difficoltà di organizzazione hanno indotto la Corte costituzionale a ridimensionare il ricorso alle reiterate declaratorie di illegittimità costituzionale dell'art. 34 (cui si è fatto cenno) orientando le soluzioni di terzietà – non pregiudizio verso le situazioni di astensione o di ricusazione.

Si sono così delineati i confini tra gli istituti, escludendo dall'area dell'art. 34 le vicende di altri procedimenti penali o quelle extrapenali [C. cost. n. 490 del 2002; C. cost. n. 441 del 2001, fatta salva l'unitarietà delle vicende: C. cost. n. 371 del 1996 e C. cost. n. 241 del 1999] e riconducendo l'incompatibilità alle sole situazioni interne all'articolazione del processo, non evitabili con atti di organizzazione.

Ricusazione ed astensione: istituti diversi

Negli altri casi, si dovrà fare ricorso agli artt. 36 e 37, attraverso valutazioni da effettuarsi caso per caso [C. cost. n. 306 del 1997; C. cost. n. 307 del 1997; C. cost. n. 308 del 1997; C. cost. n. 431 del 1999]. Qualora le previsioni di cui all'art. 37 non siano in grado di offrire adeguata soluzione alla lamentata situazione, stante l'impossibilità di ricondurvi il caso specifico – come riconosciuto dalla Corte costituzionale – per l'**astensione** potrà operare la previsione di chiusura delle "gravi ragioni di convenienza" [C. cost. n. 113 del 2000, da interpretare non restrittivamente] e sarà possibile – sulla scorta di C. cost. n. 283 del 2000 che ha condotto alla declaratoria di incostituziona-

lità dell'art. 37 nella parte in cui non prevede che **possa essere ricusato** dalle parti il giudice che, chiamato a decidere sulla responsabilità di un imputato, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto – sollecitare l'intervento della Corte costituzionale per verificare la rilevanza della questione [C. cost. n. 367 del 2000].

Le **cause di astensione e di ricusazione** sono disciplinate unitariamente nella disposizione relativa all'astensione (**art. 36**), stante il richiamo dell'art. 37 [Cass. Sez. Un. civ. 17.1.2006]. Non costituisce, però, motivo di ricusazione l'ipotesi in cui sussistono "gravi ragioni di convenienza" (art. 36 lett. *h*), perché la stessa non risulta richiamata nell'art. 37; parimenti, non costituisce motivo di astensione (salvo farlo rientrare nella generica previsione di cui al citato art. 36 lett. *h*) la manifestazione indebita da parte del giudice, nell'esercizio delle sue funzioni e prima che sia pronunciata sentenza, del proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione, essendo tale ipotesi contemplata, invece, solamente nella disposizione relativa alla ricusazione (art. 37). Per il resto, tutti i motivi sono comuni.

Il catalogo risultante dagli artt. 34-37 è tassativo; i casi considerati riguardano in linea generale i rapporti del giudice con altri giudici o con le parti ovvero con la situazione dedotta in giudizio. Sotto il primo profilo, sono previste alcune ipotesi d'incompatibilità (art. 35; v. anche artt. 18 e 19 ord. giud.); sotto il secondo, sono presi in considerazione i rapporti di parentela, di affinità e d'interesse (per esempio, art. 36 lett. *a, b, e*); sotto il terzo, sono individuate ipotesi imperniate su un coinvolgimento del giudice nel giudizio, quale si realizza allorché il magistrato abbia già espresso il suo avviso sulla questione controversa, così maturando un "pregiudizio" (come emerge dagli artt. 34 commi 1, 2 e 3; 36 lett. *c* e 37 lett. *b*).

Va, invece, escluso dal raggio di operatività dell'art. 36 il **c.d. "motivo politico"**, legato al criterio di appartenenza (comune o contraria) del magistrato, anche alle correnti dell'associazione nazionale magistrati, ancorché materializzatosi in manifestazioni di dissenso ideologico.

Quanto alle "gravi ragioni di convenienza", motivo solo di astensione, la sua indeterminatezza (ad es.: l'art. 51 comma 1 c.p.c., fra i casi di astensione e ricusazione fa riferimento alla condizione di commensale abitale) è giustificata dalla scelta di lasciare alla sensibilità del giudice uno spazio di valutazione per assicurare la funzionalità della giurisdizione, così da costituire la norma di chiusura del sistema.

Più specificamente, per quanto attiene ai **motivi di ricusazione**, bisognerà considerare (oltre a quanto già detto in relazione ai "paralleli" casi di astensione): che riguarderà qualsiasi giudice (compresi i giudici popolari della Corte d'assise), indipendentemente dalle funzioni svolte; che resta escluso il p.m. (arg. *ex* art. 52 comma 1); che in caso di "contagio" riguardante più giudici, deve restare un'iniziativa individuale nei confronti di ciascun giudice;

che – come si dirà – non potrà riguardare i giudici chiamati a decidere sulla istanza di ricusazione; che alla luce di C. cost. n. 283 del 2000 (con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 37 comma 1) debba considerarsi ricusabile il giudice che chiamato a decidere sulla responsabilità di un imputato abbia espresso in un altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto; che dovrà essere considerato indebitamente reso il convincimento evidenziato al di fuori di ogni necessità funzionale e di collegamento con l'iter del procedimento senza escludere la possibilità che valutazioni improprie sui fatti oggetto di imputazione siano rese anche in un procedimento diverso [Cass. Sez. Un. 27.9.2005]; che in relazione ad una sentenza di patteggiamento vada accertato in quale misura il giudice abbia investito la posizione di un terzo con conseguenti effetti pregiudiziali di prevenzione.

Il **procedimento di astensione** è caratterizzato da uno sviluppo semplificato: si avvia a domanda del giudice (non revocabile) ed è definita con decreto (non impugnabile) senza formalità di procedura. La domanda è presentata al presidente della corte o del tribunale; quella del presidente del tribunale va presentata al presidente della Corte d'appello; quella del presidente della Corte d'appello è decisa dal presidente della Cassazione; è controverso se quest'ultimo debba (o possa) astenersi.

Procedimento di astensione

Se l'accoglimento della **dichiarazione di astensione** impedisce al giudice il compimento di qualsiasi atto del procedimento, in pendenza della decisione, al giudice dovrebbe essere consentito solo l'espletamento degli atti indifferibili e, nonostante il mancato richiamo dell'art. 37 comma 2, non dovrebbe essere consentita la pronuncia della sentenza. Il problema dovrebbe essere superabile, infatti, stante la celerità dei tempi di decisione. In caso di accoglimento opera **l'art. 42**: il provvedimento dovrà dichiarare se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice astenutosi conservano efficacia. L'accoglimento dell'astensione implicherà la sostituzione del giudice *ex art. 43*.

La violazione da parte del giudice **dell'obbligo di astensione** non incide *ex art. 178 comma 1 lett. a* sulla sua capacità, dando luogo al diritto delle parti interessate alla ricusazione, fermi restando i risvolti disciplinari ovvero, ricorrendone i presupposti (art. 323 c.p.), quelli penali.

Molto articolato si presenta, invece, il **procedimento di ricusazione**, in quanto l'impianto normativo è caratterizzato da un triplice obiettivo: 1) accentuare il carattere giurisdizionale della procedura incidentale; 2) escludere un'automatica sospensione dell'attività processuale, in seguito alla semplice presentazione della domanda di ricusazione; 3) assicurare criteri oggettivi nella nomina del giudice in sostitu-

Procedimento di ricusazione

zione di quello ricusato. Sia per la sua maggiore complessità, sia per evitare un pregiudizio al prestigio del giudice, si prevede che la dichiarazione di ricusazione si considera non proposta quando il giudice, ancorché successivamente (ma prima della decisione sulla ricusazione), dichiara di astenersi e l'astensione è accolta. È indifferente se si tratti degli stessi motivi o di motivi diversi. Si deciderà sulla ricusazione anche se l'astensione non accolta riguardi gli stessi motivi.

Il procedimento di ricusazione inizia con la presentazione della dichiarazione nella cancelleria del giudice competente e con il deposito di una copia di questa nella cancelleria del giudice ricusato. L'atto, reso in forma scritta, deve riportare i motivi, nonché, l'allegazione delle prove e dei documenti; dovrà contenere l'indicazione del giudice ricusato; **l'atto non è revocabile** e non ne è consentita la trasmissione a distanza, con esclusione dei detenuti per i quali opera l'art. 123. La dichiarazione dovrà essere sottoscritta.

Legittimati a proporre la dichiarazione di ricusazione sono le parti private e il p.m.; non si ritiene consentita l'iniziativa della persona offesa. È esclusa l'attività autonoma del difensore [Cass. Sez. Un. 5.10.1994], essendo necessaria la presenza di un apposito mandato precedente o contestuale alla dichiarazione, conferito con le forme previste per la nomina del difensore [Cass. Sez. Un. 5.10.1994], non senza distinguo in relazione alla posizione del difensore del latitante o dell'evaso [Cass. Sez. Un. 5.10.1994].

Legittimazione

Dalla presentazione della dichiarazione scatta il **divieto per il giudice ricusato di pronunciare sentenza** fino a che non sia intervenuta l'ordinanza d'innammissibilità o di rigetto della dichiarazione stessa (art. 37 comma 2). Lo stesso art. 38 al comma 1 fissa i termini (perentori) entro i quali va presentata la domanda di ricusazione.

La disposizione dell'art. 40 prevede gli organi (collegiali) competenti a decidere sull'istanza di ricusazione: la Corte d'appello per la ricusazione di un giudice di pace, di un giudice del tribunale (incluso il presidente, il gip e il gup), della Corte d'assise o della Corte d'assise d'appello; per la ricusazione di un giudice della Corte d'appello o della Corte di Cassazione decide una sezione diversa della stessa corte da cui dipende il giudice ricusato). Molto opportunamente nel comma 3 dell'art. 40 è previsto il divieto di ricusazione dei giudici chiamati a decidere sulla ricusazione. Si ritiene che il primo Presidente della Corte di Cassazione non sia ricusabile (e che neppure sia tenuto ad astenersi).

Competenza

Il comma 2 dell'art. 41 stabilisce che la corte o il tribunale, se non deve dichiarare l'innammissibilità, "può" con ordinanza disporre che il giudice ricusato sospenda ogni attività processuale ovvero compia solo atti urgenti.

Con le forme previste dall'art. 127 il tribunale o la corte decidono, in camera di consiglio, sul merito della ricusazione, anche dopo aver assunto, se necessario, le opportune informazioni, senza formalità. L'avviso della data fissata per la trattazione dovrà essere data alle "persone interessate": dovrebbe trattarsi di tutte le parti del procedimento (del difensore di fiducia del ricusante); tra queste non dovrebbe essere ricompreso il giudice.

Le parti possono presentare memorie sino a 5 giorni prima dell'udienza o oralmente, se comparse.

I provvedimenti – in forma di ordinanza – possono essere di accoglimento, di rigetto, di inammissibilità (se non dichiarata in precedenza), nonché, si prospetta (problematicamente) un'ordinanza di non luogo a provvedere in caso di sopravvenuta astensione.

A norma del comma 4 dell'art. 41 le ordinanze saranno comunicate al giudice ricusato e al p.m. e notificate alle parti private.

Le ordinanze che si pronunciano nel merito sono tutte **immediatamente esigibili** (arg. ex artt. 41 comma 3 e 127 comma 8), una conclusione diversa è proposta in relazione al provvedimento di inammissibilità, la cui esecuzione è sospesa dal momento della pronuncia, durante i termini per impugnare e fino all'esito del giudizio di impugnazione.

Provvedimento

Le decisioni di merito, tranne quelle emesse dalla Cassazione, **sono ricorribili**, stante il rinvio all'art. 127; la legittimazione ad impugnare spetta a tutte le parti, alle altre persone interessate, anche non ricusanti, e ai difensori; è controversa la legittimazione del giudice ricusato. La Corte di Cassazione decide con le modalità di cui all'art. 611, previste per i procedimenti in camera di consiglio.

Non sussistendo un obbligo di astensione, nell'eventualità in cui ciò si verifichi – come peraltro, in ogni altra ipotesi di concorso tra i due rimedi – la ricusazione si considera come non proposta, ove l'astensione venga accolta (art. 39). L'unico divieto imposto dalla legge a carico del giudice ricusato – per l'evidente motivo di non pregiudicare in modo definitivo le ragioni della parte istante – è, come anticipato, quello dettato dal comma 2 dell'art. 37, nel senso che non gli sarà consentito "pronunciare, né concorrere a pronunciare, sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione", sempre che la dichiarazione di ricusazione non sia la riproposizione di una precedente istanza rigettata.

Il provvedimento può essere **totale o parziale**, relativo ad alcuni imputati [per il riconoscimento di un possibile effetto estensivo] ovvero ad alcuni capi di imputazione; si tratta di valutazione discrezionale e insindacabile non impugnabile, mancando la quale gli atti conservano efficacia. Resta sempre ferma, comunque, la rilevanza della violazione dell'obbligo di cui all'art. 124 ai fini della responsabilità disciplinare.

Dall'accoglimento della dichiarazione d'astensione o di ricusazione derivano, ai sensi dell'art. 42, per un verso, il già citato potere del giudice decidente di disporre la conservazione di efficacia degli atti compiuti dal giudice astenutosi o ricusato e, per un altro verso, un effetto automatico di divieto assoluto, per tale giudice, di compiere qualsiasi atto del procedimento.

3.8. *La rimessione del processo*

Superando la logica del **giudice-singolo** e spostando l'attenzione verso il **giudice-organo**, si prevede che il processo sia rimesso in altra sede, qualora il contesto ambientale esterno al processo non garantisca l'imparzialità e la serenità dello svolgimento della funzione giudiziaria.

Più specificamente, quando a causa di "gravi situazioni locali" (con esclusione, pertanto, delle situazioni estese e diffuse su tutto il territorio nazionale), atte a turbare lo svolgimento del processo, risultano pregiudicate la sicurezza o l'incolumità pubblica ovvero la libertà di determinazione delle persone che vi partecipano ovvero si determinano motivi di legittimo sospetto [C. cost. n. 268 del 2004], la Corte di Cassazione rimette il processo stesso ad un altro giudice, individuato secondo i parametri automatici prefissati dal giudice. In materia, eccezionalmente, la Cassazione svolge funzioni di merito. La situazione anomala così definita non sia altrimenti eliminabile (impiego della forza pubblica; dibattimento a porte chiuse; impiego di videoconferenze; aula bunker; ricorso agli artt. 36, 37, 52, 53 e 11); sicché ogni altro intervento per rimuoverne le cause sembri o risulti inutile.

La **rimessione** può essere richiesta, in ogni stato e grado del processo, di merito (con esclusione del giudizio di Cassazione), sia dall'imputato, sia dal procuratore generale presso la Corte d'appello, ovvero dal pubblico ministero presso il giudice che procede.

Chi può richiederla?

È esclusa la legittimazione di soggetti diversi, in particolare della parte civile.

La presentazione dell'istanza di rimessione non sospende il processo, ma la sospensione può essere disposta dal giudice ovvero dalla Cassazione.

È invece previsto che a seguito della domanda di rimessione il processo sia sospeso prima dello svolgimento delle conclusioni e della discussione e non possa essere pronunciato il decreto che dispone il giudizio o la sentenza fino a quando la domanda non è stata dichiarata inammissibile o rigettata o quando il giudice abbia avuto notizia dalla Cassazione che la richiesta è stata assegnata alle Sezioni Unite, ovvero ad una sezione diversa da quella di cui all'art. 610 comma 1.

Il procedimento davanti al Supremo Collegio si svolgerà secondo le cadenze del procedimento camerale in contraddittorio previsto **dall'art. 127** e si concluderà dopo l'assunzione, se necessario, delle opportune informazioni.

In caso di accoglimento, il procedimento va comunicato al giudice procedente ed a quello designato secondo i criteri oggettivi stabiliti dall'art. 11. Nel procedimento davanti al nuovo giudice le parti conservano i particolari diritti (ad es.: quelli linguistici) che loro spettavano davanti al giudice originario.

Forme del procedimento

È consentita una **nuova richiesta di rimessione** (in caso di rimessione accolta), in quanto diretta a ottenere la designazione di un altro giudice (perché anche nella nuova sede designata si prospettano analoghe turbative ambientali), sia in quanto tesa alla revoca del provvedimento di rimessione precedentemente emesso (perché sono venute meno le ragioni alla base di tale provvedimento).

Nel caso di **rigetto o di inammissibilità per manifesta infondatezza della richiesta**, sarà possibile reiterare la stessa solo se fondata su elementi nuovi, mentre una richiesta dichiarata inammissibile per altre ragioni (ad es., formali) potrà essere “sempre” riproposta.

4. Il pubblico ministero e l'azione penale

Se per il giudice si opera il richiamo alla giurisdizione (art. 1), per il pubblico ministero si fa riferimento **all'azione penale**. Dando estrinsecazione alla nuova struttura del processo penale, **l'esercizio dell'azione penale, alternativa all'archiviazione**, si colloca alla fine delle indagini preliminari, all'atto della scelta del p.m. se sostenere o meno l'accusa in giudizio.

Principio di obbligatorietà dell'azione penale

Pur non escludendosi, cioè, decisioni immediate a fronte dell'infondatezza della *notitia criminis* (astrattamente configurabili come ipotesi di reato), l'azione – connotata da una valutazione ponderata sulla sua consistenza e sulla prognosi dibattimentale – si pone alla fine di un percorso di indagini più o meno lungo e si materializza con la formulazione della imputazione.

Si tratta di un **atto tipico ed esclusivo** del pubblico ministero, che ha l'obbligo di esercitare l'azione penale in estrinsecazione del canone della legalità, del principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, dell'indipendenza del p.m. nello svolgimento delle proprie funzioni. L'omissione è sanzionata con l'art. 178 lett. *b* e l'art. 179 che configurano una nullità assoluta.

È esclusa qualsiasi iniziativa d'ufficio del giudice (non sono tali: l'imputazione coatta, le indagini coatte, l'autorizzazione alla riapertura delle indagini).

Per queste ragioni, la richiesta di archiviazione, configurandosi come alternativa – negativa – rispetto all'esercizio dell'azione penale, deve essere sottoposta al vaglio giurisdizionale.

L'affermata **obbligatorietà dell'azione penale** è spesso sottoposta a rilievi critici – in fatto – in considerazione dell'elevato numero di notizie di reato che rende impossibile il pieno espletamento del criterio, consegnando alle procure un potere – non controllato – di scelta nella priorità delle indagini da svolgere. Si è allora suggerito di normativizzare queste indicazioni che si configurerebbero non come elemento di discrezionalità dell'azione ma come canone per l'ordine omogeneo di trattazione. Si tratta di un tema ricorrente nel dibattito sulla riforma della giustizia, connotata da estrema varietà delle soluzioni prospettate soprattutto in ordine alla legittimazione a fissare i relativi criteri.

Oltre ad essere obbligatoria e pubblica l'azione penale è **ufficiale** (qualora non sia necessaria la querela, la richiesta, l'istanza, l'autorizzazione a procedere, cioè, una condizione di procedibilità, è avviata d'ufficio) ed **irretrattabile** (cioè, non può essere né ritirata, né sospesa, né interrotta, se non nei casi previsti dalla legge).

4.1. *Gli uffici del pubblico ministero*

La pluralità degli uffici del pubblico ministero chiamati a svolgere le funzioni assegnate alle procure della Repubblica sia dalle leggi di ordinamento giudiziario, sia dalla disciplina codicistica impone di individuare quello al quale conferire questi compiti.

Il tema, inevitabilmente, è stato interessato sia dalle modifiche strutturali dell'organizzazione giudiziaria (giudice unico e giudice di pace), sia dalle esigenze di adeguare le funzioni investigative alle articolazioni ed alle specificità dei fenomeni criminosi.

Il quadro può essere così delineato.

In primo luogo, la previsione, recependo la struttura degli uffici di procura – articolati nella procura della Repubblica, nella procura generale presso la Corte d'appello e nella procura generale presso la Corte di Cassazione – li determina in relazione allo stato ed al grado del procedimento.

In particolare, si prevede che nelle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado, le funzioni di p.m. sono esercitate dai magistrati della procura della Repubblica presso il tribunale. Pertanto, la procura della Repubblica è chiamata a svolgere le funzioni istituzionali (nei termini indicati dal codice di rito) in primo grado a carico di imputati maggiorenni per i proce-

dimenti relativi ai reati di competenza del tribunale, della Corte d'assise e per quelli attribuiti al giudice di pace.

È prevista la delega ad altri soggetti.

Vanno altresì considerati il procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni per i relativi procedimenti, nonché, il procuratore della Repubblica presso il tribunale della sede dell'ufficio ed il procuratore generale presso la Corte d'appello, rispettivamente, nei procedimenti dinanzi al magistrato di sorveglianza ed al tribunale di sorveglianza.

*Procuratore
presso il tribunale
per i minorenni*

Sono previste **due eccezioni**: l'avocazione del procuratore generale; la possibile presenza del procuratore della Repubblica nel giudizio d'appello.

In secondo luogo, rendendosi necessario individuare la procura della Repubblica in relazione alla singola fattispecie criminosa, il legislatore la collega al giudice competente per materia, per territorio, per connessione. In altri termini, il p.m. legittimato alle indagini è individuato attraverso il giudice competente.

In relazione ai reati di criminalità organizzata, di terrorismo, ai reati informatici e quelli legati alla pornografia, si prevede che le funzioni di pubblico ministero nelle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado siano attribuite all'ufficio del p.m. presso il tribunale del capoluogo nel cui ambito ha sede il giudice competente. Si tratta della **c.d. procura distrettuale**, cioè, dell'ufficio di procura situato nel capoluogo del distretto di Corte d'appello.

*Procura
distrettuale*

Al riguardo, peraltro, è necessario operare una distinzione, in considerazione del fatto che per i delitti di criminalità organizzata opera la Direzione distrettuale antimafia e la Direzione nazionale antimafia. Va sottolineato che la DDA non costituisce un ufficio autonomo dotato di rilevanza esterna, ma solo un segmento interno alla procura, caratterizzato, tuttavia, da competenza funzionale capace di attrarre (territorialmente) per connessione anche i reati più gravi.

*Direzione
distrettuale
antimafia*

Il citato elemento costituisce la premessa per una disciplina differenziata, sotto molti profili (indagini, cautele, prove, esecuzione) tale da costituire il **c.d. doppio binario**.

Corre **l'obbligo di ricordare brevemente** – *ad memoriam* – che per le ipotesi criminose di cui all'art. 51 comma 3 *bis* – spesso intersecantesi anche con quelle di cui all'art. 407 e con alcune fattispecie racchiuse nel comma 3 *quinquies* – il legislatore fissa una disciplina differenziata, tale da costituire il c.d. doppio binario (fra le altre disposizioni, si può far riferimento, in tutto o in

parte e senza pretesa di completezza, agli artt. 190 *bis*, 275, 304, 335; artt. 146 *bis*, 147 *bis* disp. att.).

La diversa posizione “territoriale” dell’ufficio di procura incide, inevitabilmente, per esigenze di funzionalità, sull’individuazione del giudice delle indagini preliminari e del giudice dell’udienza preliminare: queste sono esercitate da un magistrato del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.

4.2. *L’astensione e l’autonomia del pubblico ministero nell’udienza; i casi di sostituzione*

Stante il suo ruolo di parte, il magistrato del pubblico ministero non può essere ricusato, ma ha facoltà di astenersi quando esistano gravi ragioni di convenienza. Contenutisticamente si tratta di situazioni idonee a pregiudicare lo svolgimento delle funzioni istituzionali.

La **competenza** a pronunciarsi sulla dichiarazione *de qua* è rimessa – nell’ambito dei rispettivi uffici – al procuratore della Repubblica presso il tribunale ed al procuratore generale; in caso di dichiarazione di astensione del titolare dell’ufficio, la decisione è assunta dal titolare dell’ufficio superiore: procuratore generale presso la Corte d’appello e procuratore generale presso la Corte di Cassazione.

Competenza

Il **provvedimento**, sia di accoglimento, sia di rigetto, deve essere motivato ed è insindacabile. In caso di accoglimento si provvede alla sostituzione con un magistrato appartenente al medesimo ufficio; peraltro, se viene accolta la dichiarazione del capo dell’ufficio può essere designato un magistrato del p.m. di un ufficio individuato *ex art.* 11, secondo la Tabella A allegata all’art. 1 disp. att.: il dato non comporta lo spostamento della competenza territoriale del processo, potendosi ricorrere alla rimessione del processo solo in caso di coinvolgimento dell’intero ufficio requirente nelle situazioni di cui all’art. 45.

Provvedimento

Se, ferme le implicazioni disciplinari e penali, devono escludersi ricadute processuali, in caso di mancata astensione, devono ritenersi invalidi gli atti compiuti dal pubblico ministero dopo l’accoglimento della dichiarazione di astensione, ma forse anche successivamente alla manifestazione della volontà di astenersi, qualora questa sia accolta.

Al fine di **assicurare l’autonomia del pubblico ministero**, non condizionandola a ordini del capo dell’ufficio, è sancita l’autonomia d’azione e di pareri del pubblico ministero nell’udienza (da intendersi non circoscritto all’udienza dibattimentale, ma operante – in generale – per ogni udienza che si svolga con la partecipazione delle parti). Non sono esclusi criteri e direttive in sede di assegnazione nonché in materia cautelare. Un richiamo all’autonomia del p.m. è ora

previsto espressamente nella disciplina del concordato in appello (art. 599 *bis*). Il riconoscimento dell'autonomia non esclude la possibilità della sostituzione: grave impedimento, rilevanti esigenze di servizio, astensione, consenso del p.m., avocazione in caso di mancata sostituzione.

4.3. I contrasti tra uffici del pubblico ministero e la richiesta di trasmissione degli atti ad un diverso ufficio di procura

La riferita collocazione del p.m. presso gli uffici giudiziari competenti, non esclude che anche per gli uffici di procura possano prospettarsi difformi valutazioni – durante la fase delle indagini preliminari – in ordine alla loro esatta collocazione.

Non potendosi parlare di **conflitti di competenza**, riguardando questi il giudice, il legislatore – prospettandosi l'evenienza di divergenti valutazioni del pubblico ministero, in materia di “competenza presso il giudice” – ha regolato i loro possibili “contrastati”. Naturalmente, gli eventuali contrasti interni all'ufficio sono risolti dal suo capo.

*Conflitti
di competenza*

Sono così previsti i contrasti negativi tra pubblici ministeri (quando nessuno dei due uffici ritenga di essere titolare delle indagini) e i contrasti positivi tra uffici del pubblico ministero (quando due uffici ritengano entrambi di essere titolari delle indagini). Le riferite situazioni operano in ogni altra ipotesi di contrasto.

Per quanto riguarda l'attività di indagine svolta dal p.m. sollevato (o sollevatosi) dallo svolgimento delle indagini, questa ha piena efficacia investigativa, mentre per l'impiego probatorio – nei casi e nei modi previsti dalla legge – si terrà conto solo degli atti compiuti prima della trasmissione o della designazione (art. 54, comma 3). A differenza di quanto previsto in tema di contrasti negativi, gli atti di indagine compiuti dai diversi uffici del pubblico ministero sono utilizzabili nei casi e nei modi previsti dalla legge (art. 54 *bis*, comma 4).

Il **conflitto infradistrettuale** è risolto dal procuratore generale presso la Corte d'appello; quello tra uffici appartenenti a diversi distretti di Corte d'appello è definito dal procuratore generale presso la Corte di Cassazione. qualora i riferiti contrasti tra uffici del p.m. riguardino procedimenti di criminalità organizzata, il procuratore generale deciderà dopo aver sentito il procuratore nazionale antimafia; il procuratore generale presso la Corte d'appello informerà il procuratore nazionale antimafia dei provvedimenti adottati.

Le profonde trasformazioni subite dal rito processuale penale in relazione al valore delle indagini del pubblico ministero ha indotto il legislatore a prevedere la possibilità per l'indagato e per la persona offesa che ha ricevuto l'informazione di garanzia, che abbiano in vario modo conoscenza del proce-

dimento, nonché per i rispettivi difensori, di chiedere al p.m. procedente di trasmettere gli atti al suo omologo presso il giudice ritenuto competente, che deve essere indicato nella richiesta a pena di inammissibilità con le ragioni che la sorreggono.

Se il p.m. l'accoglie, trasmette gli atti all'ufficio del p.m. presso il giudice competente, dando comunicazione al richiedente. In caso contrario, il richiedente può chiedere al procuratore generale presso la Corte d'appello o al procuratore generale presso la Corte di Cassazione, qualora il giudice ritenuto competente appartenga ad un diverso distretto, di determinare l'ufficio del p.m. che deve procedere.

Il procuratore generale, assunte le informazioni ritenute necessarie ed eventualmente richiesta copia degli atti del procedimento, provvede, con decreto motivato, comunicato alle parti ed agli uffici interessati. I provvedimenti sono inoppugnabili. La richiesta basata su elementi nuovi può essere riproposta.

Gli atti di indagini effettuati dopo la trasmissione degli atti e dopo la comunicazione dei decreti di accoglimento devono ritenersi inutilizzabili, gli altri sono utilizzabili nei casi e nei modi previsti dalla legge.

5. La polizia giudiziaria

Collocata tra i soggetti, in linea con la parte statica della prima parte del codice, il legislatore, nell'affrontare il tema della polizia giudiziaria, ne porta la

Chi sono? In via generale sono i nuclei operativi presso la Polizia di Stato, Polizia postale, Carabinieri, Guardia di Finanza

sua attenzione soprattutto ai profili ordinamentali e strutturali nonché sugli aspetti funzionali legati ai rapporti con la magistratura, secondo quanto previsto dalla Costituzione, ove si prevede la diretta disponibilità della polizia giudiziaria da parte dell'autorità giudiziaria. Sullo sfondo si collocano complesse e controverse questioni istituzionali legate soprattutto ai rapporti tra magistratura e potere esecutivo.

Il legislatore **ha escluso l'istituzione di un autonomo corpo di polizia giudiziaria** alle dirette dipendenze della magistratura e si è orientato per un sistema strutturale – funzionale e razionale – capace di superare le contraddizioni e le carenze evidenziate dal sistema dei rapporti tra polizia giudiziaria e magistratura, come erano venute emergendo nel concreto operare della polizia giudiziaria.

In altri termini, non si è creato un nuovo corpo di polizia giudiziaria ma si è cercato di rendere più efficienti e funzionali le sue strutture, assicurando a tutti gli organi giudiziari effettivi poteri di disponibilità e di controllo sugli organismi che svolgono funzioni giudiziarie.

Si è optato, conseguentemente, per una **dipendenza funzionale** ma non gerarchica della polizia giudiziaria dalla magistratura attraverso il potenziamento degli attuali nuclei di polizia giudiziaria ed una più razionale strutturazione dei rapporti con l'autorità giudiziaria.

La scelta, del resto, appare in linea con quanto deciso da **Cost. n. 122 del 1971**. I giudici della Consulta, infatti, si erano pronunciati positivamente sulla legittimità delle norme del codice Rocco fissando, altresì, alcuni principi importanti per la riforma della materia che sono stati recepiti dal legislatore.

Secondo la Corte costituzionale, innanzitutto, la disponibilità diretta da parte dell'autorità giudiziaria, a causa dei particolari poteri che essa comporta, non può riferirsi a tutte le forze di polizia; in secondo luogo, solo eccezionalmente l'autorità giudiziaria può servirsi del personale estraneo a nuclei specializzati di polizia che, peraltro, è tenuta ad eseguirne gli ordini; inoltre, la formazione dei nuclei di polizia giudiziaria non solo è legittima ma trova fondamento sia nell'esigenza di specializzazione, sia nella necessità di autonomia rispetto ai superiori gerarchici delle armi di appartenenza; infine, i nuclei di polizia giudiziaria devono essere formati in modo da garantire sia per il numero, sia per la qualità degli addetti, una costante ed efficace utilizzazione da parte del magistrato al quale il personale non deve essere sottratto o deve essere immediatamente reintegrato.

Sotto il profilo strutturale, le **funzioni di polizia giudiziaria** sono attribuite a tre diversi soggetti variamente collegati (*rectius*, dipendenti) funzionalmente e organizzativamente con l'autorità giudiziaria e, in specie, con il pubblico ministero:

- i **servizi di polizia giudiziaria previsti dalla legge**, che sono tutti gli uffici e le unità ai quali è affidato dalle rispettive amministrazioni o dagli organismi previsti dalla legge il compito di svolgere “in via prioritaria e continuativa” le funzioni di polizia giudiziaria indicate;
- le **sezioni di polizia giudiziaria istituite presso ogni procura della Repubblica** (quindi, presso le procure della Repubblica presso i tribunali e le procure della Repubblica presso i tribunali per i minorenni, dove deve essere assegnato personale dotato di “specifiche attitudini e preparazione”; le sezioni non sono istituite, invece, presso le procure generali presso le Corti di appello, trattandosi di uffici che, di regola, non svolgono le indagini preliminari: in caso di avocazione e, in genere, per ogni altra necessità, il procuratore generale può comunque disporre di tutte le sezioni istituite nel distretto) e composte con personale dei servizi di polizia giudiziaria;
- gli **ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria appartenenti ad altri organi** cui la legge fa obbligo di compiere indagini a seguito di una notizia di reato.

A chi sono attribuite le funzioni di polizia giudiziaria?

Per quanto attiene alle categorie degli ufficiali e degli agenti va sottolineato come ci siano funzioni riservate ai primi ed escluse ai secondi, come nel caso delle sommarie informazioni, nonché all'interno delle due categorie sussistendo ufficiali a competenza generale e ufficiali a competenza speciale o limitata, così, peraltro, come per gli agenti.

Sotto il **profilo funzionale** si prevede che “la polizia giudiziaria deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale; svolgere, infine, ogni indagine e attività disposta o delegata dall'autorità giudiziaria”. Si può notare come non si parli di ricerca di colpevoli, ma degli autori dei reati e dell'assicurazione delle fonti di prova e non delle prove.

La previsione si proietta così sulla seconda parte del codice, quella dinamica ed in particolare sulle finalità delle indagini preliminari (**art. 326**) e sulla direzione delle stesse (**art. 327**). Si tratta di elementi strettamente connessi, così da collocare significativamente la previsione **dell'art. 55** nella filosofia del nuovo processo penale, come disegnato originariamente. Orientano in tal senso le differenze – seppur minime, ma proprio per queste significative – della previsione.

Si fa riferimento alla ricerca degli autori del reato e non dei colpevoli (affermazione riproposta, invece, nell'art. 11 d.lgs. n. 274 del 2000 del procedimento davanti al giudice di pace), a voler sottolineare – in linea con l'art. 358 – il senso della completezza **dell'attività di investigazione** non orientata in modo unidirezionale, così da non escludere gli esiti – anche problematici (art. 125 disp. att.) – delle indagini preliminari.

Un ulteriore elemento significativo è costituito dal riferimento alla assicurazione delle fonti di prova e non alle prove, per la valenza che nella originaria costruzione di un sistema bifasico questo dato rappresentava e sul quale – com'è noto – si sono incentrate le spinte culturalmente involutive e restauratrici. Nell'analisi concreta di come si sono sviluppati, nelle dinamiche processuali, i rapporti tra indagini e giudizio, tra materiale investigativo e materiale probatorio, questo profilo assumerà un ruolo centrale.

Dalla previsione, inoltre, anche alla luce delle considerazioni svolte con riferimento ai rapporti di collegamento organizzativo e di dipendenza funzionale, emerge il legame molto stretto tra pubblico ministero e polizia giudiziaria, chiamati, nei rispettivi ruoli, ad espletare una attività sinergica, diversamente modulata, in relazione alle attività da svolgere ed alla struttura del procedimento, come emerge significativamente dalla disciplina – fortemente differenziata – del procedimento davanti al giudice di pace.

Funzioni

Invero, l'eliminazione, per ovvie considerazioni temporali e di economia processuale e strutturali dell'istruzione di polizia e del suo esito (il rapporto), sostituito **dall'informativa di cui all'art. 347**, escludono, da un lato, che il pubblico ministero si appiattisca sull'attività della polizia giudiziaria e, dall'altro, che egli debba rinnovare (attraverso l'istruzione sommaria) gli atti di indagine ed ipotizzano, invece, un forte raccordo strutturale tra polizia giudiziaria e procura, basato anche su rapporti di tipo fiduciario (v. gli artt. 16-20 per le sanzioni disciplinari ed il relativo procedimento).

Ciò ha indotto il legislatore non solo a confermare la disciplina del fermo e dell'arresto – con la verifica in prima battuta della legalità del provvedimento di p.g. da parte del pubblico ministero – ma a cogliere significative potenzialità dei nuovi rapporti.

Il riferimento s'indirizza, fra le altre situazioni, sia alla disciplina del **rito direttissimo** (tanto nella versione originaria – art. 566 – quanto in quella attuale – art. 558 –), sia a quanto previsto (originariamente) dall'art. 22 d.P.R. n. 449 del 1988 che modificava l'art. 72 ord. giud.

Con la prima norma, infatti, si consente agli ufficiali o agli agenti di polizia giudiziaria che hanno eseguito **l'arresto in flagranza** o che hanno avuto in consegna l'arrestato di condurlo – previa formulazione dell'imputazione da parte del pubblico ministero, che potrà disporre diversamente (art. 558 comma 4) – davanti al giudice per la convalida dell'arresto e il contestuale giudizio, citando anche oralmente la persona offesa ed i testimoni.

Con la seconda, si disponeva che “le funzioni del pubblico ministero in udienza dibattimentale potessero essere svolte, per delega nominativa del procuratore della Repubblica presso la pretura”, anche “da ufficiali di polizia giudiziaria diversi da coloro che hanno preso parte alle indagini preliminari”.

Dall'art. 55 resta confermato che l'attività di p.g. opera sul piano dell'informazione, dell'investigazione, dell'assicurazione e di prevenzione. Sotto quest'ultimo profilo, va sottolineato come – senza per questo scalfire il valore dell'attività di prevenzione – l'opzione garantista abbia modificato in misure cautelari reali l'attività della p.g. tesa ad impedire ulteriori conseguenze del reato [Cass. Sez. Un. 18.6.1993]. In questa prospettiva, va – tuttavia – sottolineato come il legislatore con l'art. 321 comma 3 *bis* secondo periodo abbia attribuito alla p.g. i poteri urgenti in materia di sequestro preventivo.

Infine, la norma evidenzia (al fianco delle scontate attività esecutive e strumentali) i tre piani lungo i quali si sviluppa **l'attività della polizia giudiziaria**: quella svolta in **autonomia**; quella svolta nell'ambito delle **direttive impartite dal pubblico ministero**; quella **delegata dallo stesso organo d'accusa** (art. 370). Il panorama dell'attività di p.g., oltre ad alcune modifiche interne a questo schema, ha visto – per effetto di interventi novellistici (art. 327 *ex l.* n. 128 del 2001) – ampliarsi – pur nel conservato raccordo con il p.m. – gli spazi di azione in relazione alla c.d. attività successiva ed all'azione pa-

rallela, senza dimenticare l'attività autorizzata (art. 13 d.lgs. n. 274 del 2000) del procedimento davanti al giudice di pace.

Tuttavia, sulla modulazione di queste attività, sulla sua tipologia (anche con riferimento all'evolversi ed incrementarsi delle ipotesi criminose ed alle sue nuove "frontiere"), sui suoi contenuti e modalità (anche in relazione all'evoluzione tecnologica), sulla sua efficacia, sulla sua documentazione, sui rapporti di "movimento" con il pubblico ministero e con i giudici sarà necessario ritornare quando saranno affrontate le questioni legate alle attività della p.g. nel corso delle indagini preliminari.

6. L'imputato

Lo *status* di imputato appare strettamente collegato alla struttura del nuovo codice di procedura penale articolato nel sistema bifasico delle indagini preliminari e del dibattimento, unito dalla "camera di compensazione" dell'udienza preliminare e dalla presenza di riti a contenuto e finalità variabili, tesi comunque ad assicurare funzionalità al sistema.

A differenza del codice abrogato, infatti, nel quale il baricentro processuale era collocato nella fase istruttoria, con conseguente assunzione dello *status* di imputato, nel nuovo modello **solo** l'attribuzione al soggetto di un fatto, contestato in forma chiara e precisa, fa assumere lo *status de quo*, distinguendosi – pur con l'estensione dei diritti – dalla posizione del soggetto nei cui confronti vengono svolte le indagini (in relazione all'attività di p.g.) e di **persona sottoposta alle indagini** (in relazione agli atti del p.m.).

Considerato il riferito legame con **l'esercizio dell'azione penale** e la **formulazione dell'imputazione**, la qualità di imputato si assume **con la richiesta di rinvio a giudizio**, di giudizio immediato, di decreto penale di condanna, di applicazione della pena nelle indagini preliminari, di decreto di citazione diretta a giudizio e nel giudizio direttissimo. Manca il riferimento al rito abbreviato, alla sospensione del processo e messa alla prova ed al patteggiamento appena indicato, collocandosi dopo l'esercizio dell'azione penale. Costituiscono altresì esercizio di azione penale – con conseguenze sullo *status* di imputato – anche le contestazioni del reato connesso o del fatto nuovo in udienza preliminare o in dibattimento, ove sono formulate oralmente, al pari dell'ipotesi di cui all'art. 449 commi 1 e 3 nel rito direttissimo. Dubbi si prospettano rispetto alla c.d. imputazione coatta. Previsioni particolari sono regolate nel procedimento del giudice di pace.

Deve escludersi che la qualità di imputato si assuma con l'arresto in flagranza, il fermo – anche convalidati – ovvero con la richiesta o l'adozione di misure cautelari.

A partire da quale momento l'indagato diventa imputato?

La qualità di imputato – con l’assunzione del ruolo di prosciolto, condannato o assolto – **si conserva in ogni stato e grado del processo** sino alla pronuncia della sentenza di non luogo a procedere non più soggetta ad impugnazione, della sentenza irrevocabile di condanna o di proscioglimento ovvero di un decreto di condanna divenuto esecutivo. La qualità di imputato viene meno anche in presenza di una sentenza che dichiara il difetto di giurisdizione e il difetto di competenza, in quanto suscettibile di far assumere il ruolo di indagato.

La qualità di imputato **non viene meno** nei casi in cui il giudice respinga la richiesta del p.m. di rito direttissimo, di giudizio immediato, di decreto penale di condanna: pur ritenendosi che la domanda del p.m. determini un esercizio di azione penale, questa – pena la violazione del criterio di irretrattabilità – deve ritenersi che costituisca un esercizio condizionato. Per queste stesse ragioni, non assume la qualità di imputato e conseguentemente non la perde il soggetto per il quale è rigettata la richiesta di patteggiamento nel corso delle indagini preliminari.

Sempre in relazione alla struttura del processo, **la qualità di imputato può essere riassunta**. Il dato si ricollega alla revoca della sentenza di non luogo a procedere, nel caso in cui il p.m. chieda il rinvio a giudizio (nel caso di richiesta di indagini, il soggetto assumerà il ruolo di “indagato”), alla revisione del processo, con riferimento al decreto di citazione a giudizio disposto dal presidente della Corte d’appello; all’atto della fissazione dell’udienza camerale nell’ipotesi del ricorso straordinario per errore di fatto.

*Altri profili
rilevanti*

Dalla figura dell’imputato va tenuta distinta quella della persona sottoposta alle indagini e quella della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, ritenute equipollenti: queste due situazioni sono dal codice ricondotte, la prima, all’attività del p.m., la seconda, a quella della p.g., e nella prassi riferibili all’indagato.

Lo status non si acquista – come per l’imputato – in forza di un atto formale ma attraverso l’attività che viene svolta nei suoi confronti. La condizione *de qua* si estingue con l’acquisizione dello *status* di imputato, ovvero con l’archiviazione disposta dal gip (salvo il ricorso della persona offesa) e si riacquista con la riapertura delle indagini o con la revoca della sentenza di non luogo a procedere.

Poiché i diritti costituzionalmente garantiti non sono legati al sistema bifasico, operando in ogni stato e grado del processo, si estendono alla persona sottoposta alle indagini i diritti e le garanzie attribuiti all’imputato nonché ogni altra disposizione relativa all’imputato, salvo che non sia diversamente stabilito.

In linea con la struttura accusatoria del nuovo codice, è previsto il **divieto di testimonianza sulle dichiarazioni** comunque rese dall'imputato o dall'indagato nel corso del procedimento (cioè, in un atto del procedimento). In tal modo, oltre a tutelare il diritto al silenzio e la libertà di autodeterminazione, si esige che le dichiarazioni entrino a far parte del materiale probatorio attraverso il rispetto delle formalità di documentazione prescritte dalla disciplina degli atti processuali. La violazione è sanzionata con inutilizzabilità operante sia in fase processuale, sia nella fase delle indagini, a prescindere dal contenuto favorevole o meno. Stante la natura oggettiva del divieto, questo opera per tutti quelli che partecipano al processo e che ricevono le riferite dichiarazioni.

6.1. *Le dichiarazioni indizianti*

Stante il **diverso ruolo svolto dal testimone e dall'imputato**, nonché dalla persona informata dei fatti e dall'indagato, in relazione ai doveri ed alle garanzie loro attribuiti, si rende necessario fissare alcune regole atte a chiarire le condizioni nelle quali questa distinzione debba essere assicurata, soprattutto in relazione a quanto di indiziante può dichiarare un soggetto – non imputato e non indagato – non assistito da un difensore al quale è imposto l'obbligo di verità.

Si tratta delle dichiarazioni – dalle quali emergano indizi di reità a suo carico – rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria.

In questo caso, l'autorità procedente – in aderenza ai diritti connessi al nuovo *status* del soggetto (diritto di difesa, diritto al silenzio) – interrompe l'esame. Avvertito il soggetto che da quel momento potranno essere svolte indagini nei suoi confronti e lo invita a nominarsi un difensore.

Le garanzie a tutela del dichiarante

Le **garanzie a tutela del dichiarante** si completano con il riconoscimento dell'inutilizzabilità – *contra se*, non *contra alios* – di quanto dichiarato, in considerazione del fatto che in relazione a queste ultime dichiarazioni egli assumerà la veste di persona informata dei fatti.

Qualora una non equivoca situazione soggettiva indiziante si configuri sin dall'inizio dell'assunzione delle dichiarazioni e che quindi il soggetto avrebbe già assunto la qualità di imputato o di indagato con le relative garanzie, le sue dichiarazioni non sono inutilizzabili sia le dichiarazioni *contra se* (chiarmente inutilizzabili, in quanto assunte in violazione del principio *nemo tenetur se detegere*), sia le dichiarazioni *contra alios* inutilizzabili in quanto nel regolare la posizione dell'imputato e del coimputato dello stesso reato o di reato connesso, va assicurato il diritto al silenzio nei confronti di terzi.

Resta fermo che l'**inutilizzabilità delle riferite dichiarazioni** opera solo nel corso e nell'ambito del procedimento nel quale il soggetto è sottoposto a

indagine o è imputato. Per la sanzione *de qua* operano le regole generali di cui all'art. 191 [v. Cass. Sez. Un. 21.6.2000] che non escludono l'uso di quanto emerso come spunto investigativo.

Se il soggetto sarà edotto della sua condizione, troveranno operatività le garanzie relative, con diversità del regime sanzionatorio, e l'operatività delle regole che presidiano le dichiarazioni, come nel caso dell'art. 350 comma 7.

Con una disposizione "parallela", la sola previsione di cui al comma 1 dell'art. 63 è regolata anche dall'art. 391 *bis* comma 9 in materia di indagini difensive, ove peraltro ci si limita a prevedere la sospensione dell'intervista e a disporre che in capo all'interrogante non sussiste un dovere di denuncia (art. 334 *bis*). Anche in questo caso, si prevede che le dichiarazioni non possano essere utilizzate contro il soggetto che le ha rese. Pur mancando un riferimento a quanto disposto dall'art. 63 comma 2, anche per la difficoltà per la difesa di essere in possesso dei relativi elementi indiziari, si ritiene che la situazione ivi delineata operi anche nelle indagini difensive.

6.2. *L'interrogatorio: modalità di svolgimento e garanzie*

Significativamente collocato nella disciplina relativa all'imputato, e non nel libro sulle prove, dove è disciplinato l'esame (artt. 208 – 210), ancorché riguardi, se svolto prima dell'esercizio dell'azione penale, l'indagato, l'interrogatorio indubbiamente si caratterizza per la sua "valenza" eminentemente difensiva. Tuttavia, si tratta di un atto che, sia in relazione alle sue finalità, sia con riferimento al soggetto che vi procede, assume connotazioni variegata.

Il dato – al di là dei **profili di discrezionalità e obbligatorietà** – emerge dalla disciplina delle misure cautelari (artt. 289, 294, 299 comma 3 *ter*, 301 comma 2 *ter*, 302, 391), ove vi procede il giudice; dagli artt. 294 comma 6, 370 comma 1, 375 comma 3 (anche in relazione alla richiesta di rito immediato), 376, 388 e dall'art. 430 comma 1 (ove deve ritenersi escluso), con riferimento all'attività del p.m.; dall'art. 415 *bis*, ove si stabilisce che l'atto deve essere assunto dal p.m. se viene richiesto dall'indagato; senza considerare l'assunzione di informazioni *ex art.* 350 da parte della p.g. (C. cost. n. 476 del 1992).

L'anello di congiunzione con l'esame dibattimentale è costituito da quanto previsto dagli artt. 421 e 422, a mente dei quali se **l'interrogatorio è richiesto dall'imputato** si svolgerà con le modalità degli artt. 64 e 65; se chiesto dalle parti si connoterà dagli elementi dell'esame, risultando condotto con le cadenze di cui agli artt. 498 e 499.

Agli ombratili risvolti della disciplina richiamata, si sono aggiunti più recentemente anche le ricadute delle modifiche introdotte dalla l. n. 63 del 2001, soprattutto con riferimento a quanto previsto in relazione – come si vedrà – all'atteggiamento da assumere per quanto attiene alle dichiarazioni relative

alla responsabilità di terzi, ritenendosi che in tal modo venga attenuato il diritto al silenzio ed innestato un dovere di collaborazione.

L'atto è circondato da precise garanzie alle quali sono ricondotte incisive sanzioni (inutilizzabilità sotto vari profili) in caso di violazione.

Le garanzie

In primo luogo, se la persona è ristretta (misura cautelare o altra ragione) deve intervenire libera all'interrogatorio, fatte salve le restrizioni – nei limiti della necessità – per evitare la fuga o le violenze.

In secondo luogo, è fatto **divieto di utilizzare** – anche se l'interrogato fosse consenziente – metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare le capacità di ricordare e di valutare i fatti.

Se dovrà escludersi il ricorso a strumenti come l'ipnosi, la narcoanalisi, la macchina della verità, più difficile si rivela la possibilità di escludere – e sanzionare – comportamenti più insidiosi connessi a metodi e tecniche funzionali a favorire o a “costringere” a comportamenti

Operazioni vietate

“collaborativi”. La violazione del divieto comporta l'inutilizzabilità dell'atto che colpirà anche quello compiuto nei confronti di un soggetto che si trova “a qualsiasi titolo” in stato di detenzione (e che non si svolga in udienza) e che non sia documentato integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva.

Il nucleo centrale delle **garanzie** è costituito dagli avvertimenti che devono precedere l'interrogatorio (va sottolineato che questi avvertimenti devono essere ripetuti prima di ogni interrogatorio, anche se svolto dagli stessi soggetti e per le medesime finalità).

In primo luogo, la persona deve essere avvertita che le sue dichiarazioni potranno essere sempre utilizzate nei suoi confronti (lett. *a*).

In secondo luogo, è necessario avvertire la persona interrogata che, fatta salva la necessità di declinare le proprie generalità (e quant'altro può valere alla sua identificazione), con le conseguenze di legge e fermo restando che il procedimento proseguirà il suo corso, ha la facoltà di non rispondere ad alcuna domanda.

Infine, la persona deve essere **avvertita** che se le dichiarazioni riguardano fatti che concernono la responsabilità (verosimilmente non favorevoli) di altri, in relazione a questi fatti assumerà la veste di testimone assistito, ferme le situazioni di incompatibilità con l'ufficio di testimone. Con questo avvertimento (molto tecnico e che quindi potrà essere decodificato dal difensore, se presente all'atto) si rende edotto il soggetto che il suo statuto processuale potrebbe subire un significativo mutamento.

Quanto ai profili sanzionatori connessi ai mancati avvertimenti è necessario operare una distinzione (art. 64 comma 3 *bis*).