

Gilberto Lozzi

Lineamenti di procedura penale

DECIMA EDIZIONE - RISTAMPA AGGIORNATA AL GIUGNO 2022



Giappichelli

Parte Prima

La legge processuale penale, i soggetti del processo, gli atti

SOMMARIO: *Cap.* 1. Il processo penale. – *Cap.* 2. Il giudice. – *Cap.* 3. Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria. – *Cap.* 4. Le parti private. – *Cap.* 5. I rapporti tra giudizio penale e giudizio civile. – *Cap.* 6. L'atto processuale penale.

Capitolo Primo

Il processo penale

SOMMARIO: 1. Gli interessi in conflitto. – 2. Sistema accusatorio e sistema inquisitorio. – 3. Fonti del diritto processuale penale. – 4. Le connotazioni del processo penale nel codice vigente. – 5. La modifica dell'art. 111 Cost.

1. Gli interessi in conflitto

Nel processo penale sussistono due interessi tra di loro nettamente antitetici: l'interesse ad una sollecita definizione del processo penale con attuazione dell'economia processuale e della pretesa punitiva dello Stato, da un lato, e, dall'altro, l'interesse al rispetto della forma e, di conseguenza, all'attuazione del principio di eguaglianza nell'applicazione della legge processuale per tutti i cittadini. Il rispetto della forma e le sanzioni processuali previste per le violazioni formali sono garanzia di un processo democratico, che assicuri un'eguale applicazione della legge ai cittadini, ma possono ritardare la definizione del processo penale e conseguentemente l'attuazione della pretesa punitiva. Pertanto, un'esasperazione del rispetto delle forme processuali con conseguente ampia previsione di sanzioni processuali può sacrificare l'interesse del cittadino innocente ad una rapida definizione del processo penale. In altri termini, l'economia processuale non garantisce solo l'attuazione della pretesa punitiva ma, altresì, l'imputato giacché, come diceva Carnelutti, essendo il processo penale di per se stesso una sanzione, la durata del processo risulta gravemente punitiva per l'imputato innocente ed anche per l'imputato colpevole che abbia interesse ad una definizione della vicenda processuale.

La lunghezza dei tempi processuali rende sempre il processo ingiusto. Infatti, la sentenza di assoluzione che dopo lungo tempo rico-

nosce l'innocenza dell'imputato è sentita, per il ritardo, come ingiusta da chi ha vissuto il dramma del processo penale. La sentenza di assoluzione dell'imputato colpevole determinata dalla lunghezza dei tempi processuali, che hanno reso operante la prescrizione o possibile l'applicazione di una provvida amnistia, è obbiettivamente ingiusta e come tale, ovviamente, è valutata dalla pubblica opinione. V'è di più: la lunghezza dei tempi processuali rende persino ingiusta la sentenza di condanna dell'imputato colpevole giacché la determinazione del *quantum* di pena alla stregua dei parametri delineati dall'art. 133 c.p. e segnatamente di quelli che fanno riferimento alla capacità a delinquere presuppone che la determinazione e l'esecuzione della pena avvengano in un periodo di tempo vicino alla realizzazione del reato. In caso contrario, la pena eseguita dopo lungo tempo dalla commissione del fatto delinquenziale potrebbe rivelarsi ingiusta posto che nel frattempo il mutamento della personalità dell'imputato rende ingiustificato il *quantum* di pena stabilito con riferimento ad un soggetto la cui personalità risulta completamente cambiata.

Il contrasto di questi interessi conflittuali ha sempre segnato la storia del processo penale ed è estremamente difficile un bilanciamento degli interessi stessi.

Un formalismo eccessivo allontana troppo la soluzione del processo ma la vanificazione delle forme determinata dall'assenza di sanzioni processuali o dalla previsione di sanzioni processuali inconsistenti rende possibili processi gravemente irregolari e di conseguenza aumenta il rischio di errori giudiziari. Carrara affermava che «il rito penale è la salvaguardia dei galantuomini poiché intuito degli ordinamenti processuali è di frenare la violenza dei magistrati»: non era né voleva essere una frase offensiva per i giudici ma solo la constatazione che la violenza determinata dalla privazione della libertà personale esige inevitabilmente un "rito" e cioè delle forme il cui rispetto deve essere garantito.

Del resto, il principio fondamentale della presunzione di innocenza, che spesso contrasta con la realtà processuale quale emerge dalla situazione probatoria, impone al giudice di considerare l'imputato innocente sino all'accertamento definitivo della sua responsabilità proprio al fine di ridurre il più possibile il numero degli errori giudiziari.

2. Sistema accusatorio e sistema inquisitorio

Nel delineare le caratteristiche di un sistema processuale penale si fa inevitabilmente riferimento ai due modelli astratti del sistema accusatorio e del sistema inquisitorio.

Il primo è caratterizzato da una dialettica processuale tra due parti contrapposte (accusatore ed accusato), la cui controversia è risolta da un organo al di sopra delle parti. Nel processo accusatorio si ha, pertanto, un organo accusatorio nettamente distinto dal giudice, il quale ha una connotazione di terzietà. Il processo è pubblico ed orale nonché contraddistinto dalla “parità delle armi” (vale a dire da una parità di diritti e poteri fra organo accusatorio ed imputato), da una libertà personale della persona accusata sino alla irrevocabilità della sentenza di condanna e dal fatto che le prove debbono essere prodotte rispettivamente (a seconda che siano a carico o a discarico) dall’organo accusatorio e dall’imputato.

Nettamente antitetiche le caratteristiche del sistema inquisitorio, nel quale il giudice è contemporaneamente organo accusatorio e difetta, quindi, completamente di terzietà. Il processo è scritto e caratterizzato da una segretezza esterna ed interna nel senso che gli atti processuali debbono rimanere segreti non solo per i soggetti estranei al processo ma anche per lo stesso imputato, vi è una totale disparità di poteri fra il giudice accusatore e l’imputato, è prevista una carcerazione preventiva di quest’ultimo ed infine il giudice d’ufficio ricerca le prove senza che venga riconosciuto all’imputato alcun diritto in ordine alla assunzione delle stesse.

Si tratta, come si è detto, di schemi astratti posto che nella realtà non esiste un processo accusatorio puro o un processo inquisitorio puro ma solo processi misti, le cui connotazioni possono essere prevalentemente accusatorie o inquisitorie.

3. Fonti del diritto processuale penale

Prima di esaminare le caratteristiche del nostro processo penale appare opportuno individuarne le fonti, che sono integrate, oltre che dalle norme della legislazione ordinaria, da numerose norme costitu-

zionali contenenti fondamentali disposizioni di natura garantistica. Si ricordino, a titolo di esempio, l'art. 13 che prevede la inviolabilità della libertà personale, l'art. 15 sulla libertà e segretezza della corrispondenza, l'art. 24 comma 2° sulla inviolabilità del diritto di difesa, l'art. 25 comma 1° che sancisce il principio del giudice naturale precostituito per legge, l'art. 27 comma 2° che prevede la presunzione di non colpevolezza, l'art. 97 comma 1° che prevede l'imparzialità della pubblica amministrazione e, quindi, anche della amministrazione della giustizia; l'art. 111 Cost. che, fino alla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, imponeva unicamente l'obbligo della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali e la ricorribilità per cassazione delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale, ma che, dopo la predetta legge costituzionale, attribuisce rilevanza costituzionale ai principi del cosiddetto "giusto processo" consacrati nell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo (tra gli altri, la parità delle parti, la terzietà e imparzialità del giudice, la durata ragionevole del processo e, soprattutto, il contraddittorio nel momento di formazione della prova); l'art. 112 che prevede l'obbligatorietà dell'azione penale.

Tra le fonti del diritto processuale penale una particolare segnalazione meritano la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata con legge 4 agosto 1955 nonché il Patto internazionale sui diritti civili e politici ratificato dal Presidente della Repubblica in seguito ad autorizzazione conferitagli dalla legge 25 ottobre 1977, n. 881 ed entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978. Le norme processuali di dette convenzioni fanno parte della legislazione ordinaria.

4. Le connotazioni del processo penale nel codice vigente

Il vigente codice di procedura penale nasce nel 1988 con l'intento di superare l'incoerenza e l'asistematicità del modello processuale risultante dalla precedente legislazione.

Nel sistema del codice Rocco si avevano due fasi processuali nettamente distinte e contrassegnate da principi antitetici: la fase istruttoria (prevista in duplice forma, l'istruzione formale effettuata dal giu-

dice istruttore e l'istruzione sommaria effettuata dal pubblico ministero) e quella dibattimentale. L'istruzione scritta, segreta e con scarsa attuazione del diritto di difesa presentava le caratteristiche di un processo inquisitorio mentre il dibattimento pubblico ed orale consentiva l'attuazione del diritto di difesa e, pertanto, sembrava ispirato ai principi del processo accusatorio.

A ben vedere, peraltro, i principi della fase dibattimentale risultavano in gran parte vanificati. In teoria il dibattimento era caratterizzato dalla continuità (vale a dire doveva svolgersi in maniera continuativa senza interruzioni affinché il giudice al momento della decisione avesse ben presenti tutte le prove assunte in sede dibattimentale), dalla immediatezza (per cui alla deliberazione della sentenza concorrevano gli stessi giudici che avevano partecipato al dibattimento), dalla pubblicità, dalla oralità (per cui le prove si assumevano oralmente), dal contraddittorio nel momento di formazione della prova (conseguente al principio di oralità), dalla correlazione tra accusa e sentenza (per cui la sentenza doveva avere per oggetto il fatto imputato e non un fatto diverso), dalla non regressione (per cui al processo giunto validamente alla fase del giudizio non era dato regredire ad una fase antecedente). In pratica, questi principi erano largamente disattesi. In primo luogo, il principio dell'oralità e del contraddittorio nel momento di formazione della prova era vanificato dalle numerose letture di atti istruttori consentite in sede dibattimentale: letture, che, introducendo nel dibattimento i verbali di prove segretamente assunte nella fase istruttoria e preistruttoria, consentivano al giudice del dibattimento di fondare la sua decisione su detti verbali. Questa vanificazione dell'oralità e del contraddittorio nel momento di formazione della prova diminuiva l'importanza del principio della continuità e della immediatezza. La rilevanza di uno svolgimento continuativo dell'istruzione dibattimentale e del fatto che la pronuncia giurisdizionale provenga dagli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento discende dal rilievo che solo i giudici che hanno assistito in maniera continuativa all'assunzione orale delle prove con attuazione del contraddittorio nel momento di formazione della prova sono in grado di adempiere correttamente alla valutazione della prova. È evidente che se le prove su cui la decisione si fonda sono quelle dell'istruzione e, quindi, la decisione viene ad essere basata su atti scritti e non su prove oralmente assunte, la continuità e l'immediatezza risultano molto meno pregnanti. Ed, infatti, la prassi giudiziaria aveva inventato l'isti-

tuto del rinvio ad udienza fissa, che costituiva un *escamotage* per violare il divieto di sospensione del dibattimento per un periodo superiore a dieci giorni. Ciò dimostra lo stretto legame che esiste tra i principi che disciplinano la fase dibattimentale.

Il vecchio sistema processuale, pertanto, era contrassegnato da una fondamentale ipocrisia. Infatti, l'istruzione doveva essere una fase destinata unicamente ad accertare l'utilità o no del dibattimento e, quindi, la necessità o no del rinvio a giudizio tanto è vero che, per sottolineare la natura di atto di impulso processuale del provvedimento dell'istruzione formale che disponeva il rinvio a giudizio – prima denominato sentenza – lo si era qualificato ordinanza, il che consentiva o, meglio, avrebbe dovuto consentire una succinta motivazione. Il dibattimento doveva, invece, essere la fase centrale del processo destinata ad accertare la responsabilità o l'innocenza dell'imputato. Nella prassi, peraltro, l'istruzione dibattimentale veniva spesso ad essere una stanca ed inutile riassunzione delle prove assunte nell'istruzione formale o sommaria che appariva la fase fondamentale del processo penale, cosicché il giudizio di primo grado conseguente ad una ordinanza di rinvio a giudizio svolgeva il ruolo di un giudizio di impugnazione, nel quale non emergevano nuove prove ma si valutava l'ordinanza di rinvio sostenuta dall'accusa e criticata dalla difesa. Ed, infatti, erano frequenti ordinanze di rinvio a giudizio contenenti ampie motivazioni dirette a dimostrare la responsabilità degli imputati come se fossero state sentenze di condanna.

Tutto ciò rendeva indispensabile un nuovo codice di procedura penale e di questa riforma globale si è parlato per alcuni decenni. Le prospettive di riforma, chiaramente delineate nel convegno di Lecce del 1964, partivano da una premessa comune (l'eliminazione della duplicità dei riti istruttori) ed erano sostanzialmente tre. La prima (CONSO) sosteneva l'opportunità di mantenere una fase istruttoria antecedente il dibattimento da effettuarsi, peraltro, soltanto dal pubblico ministero con il rito sommario: tesi basata sul rilievo che l'istruzione sommaria era più celere di quella formale e sulla asserzione che il pubblico ministero, pur esercitando la funzione accusatoria, dava garanzie di imparzialità posto che (come risultava dal combinato disposto degli artt. 299 e 392 c.p.p.) nell'indagine istruttoria il pubblico ministero aveva il dovere di ricercare la verità storica. La seconda prospettiva di riforma (NUVOLONE) sosteneva pure l'opportunità di mantenere una fase istruttoria antecedente il dibattimento ma

riteneva che tale istruzione dovesse essere compiuta unicamente dal giudice istruttore, il quale soltanto, come organo giurisdizionale, garantiva pienamente l'imparzialità. La terza tesi (Cordero che si riallacciava a quanto già enunciato da Carnelutti in un progetto del codice di procedura penale del 1962) sosteneva la necessità di eliminare completamente qualsiasi fase istruttoria prima del dibattimento, riservando alla fase dibattimentale l'assunzione delle prove con piena attuazione, quindi, del contraddittorio nel momento di formazione della prova. La fase del giudizio, alla stregua di questa tesi, doveva essere preceduta dalla c.d. inchiesta preliminare compiuta dal pubblico ministero e destinata unicamente ad acquisire non prove ma elementi di prova per accertare se si dovesse esercitare l'azione penale oppure richiedere l'archiviazione: nell'eventualità che si rendesse indispensabile l'acquisizione di prove prima del dibattimento (a causa della prevista impossibilità di acquisizione della prova stessa in sede dibattimentale) si prevedeva il c.d. incidente probatorio (del tutto eccezionale), nel quale la prova veniva assunta, nel corso dell'inchiesta preliminare, in contraddittorio delle parti e da un organo giurisdizionale.

Il codice di procedura penale del 1988 si rifà a questa terza prospettiva di riforma distinguendo tra procedimento e processo penale. Il procedimento è integrato dalla fase delle indagini preliminari compiuta dal pubblico ministero e destinata ad acquisire elementi di prova per le "determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale" e, cioè, per decidere se esercitare o no l'azione penale. Con l'esercizio dell'azione penale si acquisisce la qualità di imputato ed inizia il processo penale. L'assunzione della prova è, quindi, riservata al dibattimento con l'eccezione dell'incidente probatorio per le prove non rinviabili al dibattimento stesso.

Il nuovo processo è, inoltre, previsto come un processo di parti e, quindi, si è accentuata la natura accusatoria del pubblico ministero e si è data attuazione al principio dispositivo nel senso che le prove sono ammesse a richiesta di parte e non disposte d'ufficio dal giudice. Ciò determina una effettiva terzietà del giudice. Infatti, mentre nel sistema previsto dal codice Rocco il giudice del dibattimento conosceva i risultati dell'istruzione e, nel caso di istruzione formale, le valutazioni del giudice istruttore espresse nel provvedimento di rinvio a giudizio, nel sistema attuale il giudice del dibattimento non conosce le indagini preliminari ed assiste al formarsi della prova in sede dibattimentale nel contraddittorio delle parti.

Contraddittorio nel momento di formazione della prova, principio dispositivo, terzietà del giudice sono (o, più esattamente, come vedremo, dovrebbero essere) i principi fondamentali del nuovo codice.

Naturalmente il legislatore si è reso conto che sarebbe stata utopistica l'attuazione di tali principi se il numero dei dibattimenti fosse rimasto quello del sistema precedente. Proprio al fine di ridurre drasticamente detto numero ha previsto dei riti speciali diretti a deflazionare il dibattimento: tra questi i più importanti sono l'applicazione della pena su richiesta delle parti ed il giudizio abbreviato.

5. *La modifica dell'art. 111 Cost.*

Per assicurare una piena attuazione dei principi del processo accusatorio il Parlamento, con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, ha riformato l'art. 111 Cost. facendo precedere il comma 1° dai commi seguenti: «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà davanti al giudice di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita».

L'introduzione di queste disposizioni è stata salutata con espressioni altisonanti asserendo che, in tal modo, si è finalmente garantita l'attuazione del processo accusatorio posto che le leggi ordinarie contrastanti con i principi del giusto processo non potranno non essere dichiarate costituzionalmente illegittime.

A nostro avviso la modifica dell'art. 111 Cost. non giustifica eccessivi entusiasmi. In primo luogo, va rilevato che non ha senso parlare di giusto processo regolato dalla legge in quanto il processo regolato dalla legge non può che essere giusto a meno di seguire una esasperata concezione giusnaturalistica del diritto che giunga a negare validità di legge a disposizioni non conformi a principi di diritto naturale. Tesi che nessuno si permette di sostenere e che disconoscerebbe l'esistenza del positivismo giuridico.

Inoltre, non costituisce certo una novità il richiedere condizioni di parità davanti a un giudice terzo, l'asserire che la legge assicura una ragionevole durata del processo, che la persona accusata di un reato deve essere informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa nel più breve tempo possibile e così via. La legge delega 16 febbraio 1987, n. 81 al punto 2 stabiliva come direttiva per il legislatore delegato l'obbligo di adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia. Si pensi all'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (Diritto ad un processo equo) che appunto prevede il diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, il diritto dell'accusato ad essere informato, nel più breve tempo possibile, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico, il diritto ad interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico. Disposizioni del tutto analoghe sono contenute nel Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Il ritenere il codice vigente non del tutto conforme alle predette norme, a cui la legge delega imponeva di adeguarsi, giustificava la ravvisabilità di un vizio di legittimità costituzionale per eccesso di delega delle disposizioni che apparissero contrastanti con i suddetti principi. L'averle ribadite nel dettato costituzionale è opportuno ma non rappresenta certo una grande novità.

Inoltre, il punto 3 dell'art. 2 della legge delega disponeva «la partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento», usando una locuzione molto più lata e garantista di quella utilizzata dal comma 2° dell'art. 111 Cost. là ove

prevede che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale». Infatti, la parità tra accusa e difesa era prevista dal punto 3 della legge delega non solo con riferimento al processo ma pure al procedimento e, quindi, anche per la fase delle indagini preliminari, il che appare, a ben vedere, utopistico. Pertanto, qualunque disposizione del codice che risultasse contrastante con la parità predetta risultava e risulta viziata di legittimità costituzionale per eccesso di delega. Il vizio di legittimità costituzionale per violazione di tale parità oggi prospettabile *ex art. 111* non comporta, quindi, una grande novità.

La vera novità è contenuta nell'ultima parte del comma 4° dell'art. 111 Cost.: «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore». Infatti, è stato elevato a livello di dignità costituzionale il c.d. principio del contraddittorio per la prova, vale a dire il principio che la prova si ha soltanto quando sia stata assunta con l'attuazione del contraddittorio nel momento di formazione della prova. A ben vedere, l'art. 24 comma 2° Cost. («la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento») poteva anche interpretarsi nel senso di assicurare la garanzia del contraddittorio nel momento di formazione della prova ma tale interpretazione era discutibile. Il nuovo dettato costituzionale garantisce in modo inequivocabile il contraddittorio predetto e rende costituzionalmente illegittime quelle disposizioni che consentono, in assenza del consenso dell'imputato, un'affermazione di responsabilità basata su dichiarazioni rese da soggetti che abbiano reso impossibile l'attuazione del contraddittorio per la prova.

L'aver disposto nell'art. 111 comma 4° che «il processo è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova» e che, quindi, si ha prova unicamente, come si è detto, quando il risultato probatorio sia stato realizzato in seguito all'attuazione del contraddittorio nel momento di formazione della prova, comporta, posto che il giudice deve decidere sulla base delle prove, che il contraddittorio è una connotazione della giurisdizione, il suo statuto epistemologico come efficacemente è stato detto (GIOSTRA). In altri termini, il dettato costituzionale fa sì che il contraddittorio non possa più considerarsi unicamente una estrinsecazione del diritto di difesa, posto che «il

contraddittorio quale garanzia metodologica e il contraddittorio quale prerogativa *abdicabile* del diritto di difesa non sono realtà compatibili: ciò che attiene ai caratteri connotativi della giurisdizione non può essere nella disponibilità delle parti» (GIOSTRA). Più semplicemente non si può rinunciare ad una connotazione della giurisdizione e, quindi, l'imputato, così come non può rinunciare alla imparzialità del giudice, non potrebbe rinunciare al contraddittorio nel momento di formazione della prova. Conclusione che sembra essere smentita dallo stesso art. 111 Cost. là ove dispone nel comma 5° che «la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato». Questa disposizione dimostra che il legislatore, subito dopo aver asserito che si ha prova solo quando vi sia stato contraddittorio nell'assunzione della stessa, riconosce che può considerarsi prova l'atto di indagine effettuato senza attuazione del contraddittorio nei casi in cui la legge prevede che l'imputato vi consenta. Peraltro, posto che il contraddittorio è esercitato non solo dall'imputato ma anche dalle altre parti del processo l'interpretazione di questa norma appare problematica.

Capitolo Secondo

Il giudice

SOMMARIO: 1. I giudici penali. – 2. Le situazioni di incompatibilità del giudice penale. – 3. Astensione e ricusazione del giudice penale. – 4. La competenza e la composizione del giudice. – 5. La connessione. – 6. La riunione e la separazione dei processi. – 7. La rimessione. – 8. Le decisioni relative al difetto di giurisdizione, al difetto di competenza e al difetto di attribuzione. – 9. I conflitti di giurisdizione e di competenza.

1. *I giudici penali*

La funzione di *ius dicere* è demandata al giudice e, nel nostro ordinamento, si deve, anzitutto, distinguere tra giudici ordinari (quali il giudice di pace, il tribunale, la Corte d'assise) e giudici speciali (come il tribunale militare). Altra distinzione è quella tra giudici monocratici e giudici collegiali. Nella prima categoria rientrano il giudice di pace, il tribunale in composizione monocratica ed il giudice dell'udienza preliminare, nella seconda il tribunale in composizione collegiale, la Corte d'assise, la Corte d'appello, la Corte d'assise d'appello, la Corte di cassazione.

Una particolare considerazione merita la Corte d'assise formata da giudici togati e giudici laici, la quale concreta la partecipazione del popolo alla amministrazione della giustizia. Al riguardo, va, anzitutto, precisato che i giudici popolari non vanno confusi con i giurati. Nel nostro ordinamento non esiste né può esistere l'istituto della giuria, la quale emana il verdetto da sola senza la presenza di giudici togati e, di conseguenza, non deve motivare le sue decisioni (richiedendo la motivazione nozioni tecniche che il giudice laico non ha né deve avere), ragion per cui la giuria contrasterebbe con l'art. 111 comma 1° Cost. («tutti i provvedimenti giurisdizionali debbono essere motivati»). Nel contempo la stessa Costituzione nell'art. 102 comma 3° («la legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia») impone la partecipa-

zione popolare all'amministrazione della giustizia e tale partecipazione è concretata dai giudici popolari. Nella Corte d'assise vi è un magistrato di Corte d'appello che la presiede, un magistrato di tribunale e sei giudici popolari scelti, mediante estrazione a sorte, tra cittadini italiani aventi un titolo di studio di scuola media di primo grado e di età non inferiore a 30 anni e non superiore ai 65 anni. La Corte d'assise d'appello è presieduta da un magistrato di Corte di cassazione affiancato da un magistrato di Corte d'appello e da sei giudici popolari estratti a sorte fra cittadini italiani dai 30 ai 65 anni forniti di un titolo di studio di scuola media di secondo grado.

2. Le situazioni di incompatibilità del giudice penale

L'art. 34 c.p.p. prevede situazioni di incompatibilità a esercitare la funzione di giudice determinata da atti compiuti nel procedimento penale. L'incompatibilità deriva, in queste situazioni, dal fatto che quella connotazione di imparzialità e di totale indipendenza psicologica che il giudice deve sempre avere è intaccata da precedenti attività da lui compiute. Essa si verifica nei seguenti casi: 1) l'art. 34 comma 1° c.p.p. prevede che il giudice che ha pronunciato sentenza o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento non può esercitare funzione di giudice negli altri gradi del processo penale né partecipare al giudizio di rinvio successivo all'annullamento disposto dalla Corte di cassazione o al giudizio di revisione; 2) l'art. 34 comma 2° c.p.p. stabilisce che non può partecipare al giudizio il giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare o ha disposto il giudizio immediato o ha emesso il decreto penale di condanna o ha deciso sull'impugnazione proposta nei confronti della sentenza di non luogo a procedere (la Corte costituzionale con sentenza 12 novembre 1991, n. 401 ha chiarito che l'espressione "giudizio" di cui all'art. 34 comma 2° c.p.p. deve ritenersi comprensiva non solo del giudizio dibattimentale ma anche del giudizio abbreviato: dunque il giudice che abbia emesso il decreto di giudizio immediato non può partecipare al giudizio abbreviato che l'imputato abbia richiesto a norma dell'art. 458 comma 1° c.p.p.); 3) l'art. 34 c.p.p. comma 2° *bis* c.p.p., introdotto dal d.lgs. n. 51/1998 (la legge istitutiva del cosiddetto "giudice unico") vieta al giudice per le indagini preliminari di emettere, nel medesimo procedimento, il decreto penale di condanna, nonché, soprattutto, di partecipare all'udienza preliminare

e al giudizio: ciò anche al di fuori dei casi di incompatibilità già previsti dall'art. 34 comma 2° c.p.p., e salvo che il giudice per le indagini preliminari si sia limitato a emanare uno dei provvedimenti elencati nell'art. 34 comma 2° *ter* c.p.p., introdotto dalla legge n. 479/1999 (ossia il provvedimento di restituzione nel termine di cui all'art. 175 c.p.p., il provvedimento dichiarativo della latitanza di cui all'art. 296 c.p.p., ovvero uno dei provvedimenti di cui agli artt. 11, 18, 18 *ter* e 30 della legge n. 354/1975 di ordinamento penitenziario: trasferimento degli indagati in stato di custodia cautelare in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura laddove siano necessari accertamenti diagnostici o cure che non possono essere prestate dai servizi sanitari degli istituti penitenziari; provvedimenti relativi a permessi di colloquio, alla corrispondenza telefonica e al visto di controllo sulla corrispondenza di indagati in stato di custodia cautelare; concessione, a indagati in stato di custodia cautelare, del permesso di recarsi in visita a familiari o conviventi in caso di imminente pericolo di vita di questi ultimi o di analoghi permessi per eventi familiari di particolare gravità), oppure abbia provveduto all'assunzione dell'incidente probatorio o comunque adottato uno dei provvedimenti previsti dal titolo settimo del libro quinto del codice (art. 34 comma 2 *quater* c.p.p., introdotto con d.l. 7 aprile 2000, conv. in legge 5 giugno 2000, n. 144); 4) non può, altresì, esercitare le funzioni di giudice nel medesimo procedimento chi ha esercitato le funzioni di pubblico ministero o ha compiuto atti di polizia giudiziaria o ha prestato ufficio di difensore, di procuratore speciale, di curatore di una parte ovvero di testimone, perito, consulente tecnico o ha proposto denuncia, querela, istanza o richiesta o ha deliberato o ha concorso a deliberare l'autorizzazione a procedere.

Prima delle riferite modifiche normative (e in particolare, prima che nel 1998 venisse introdotta la regola generale per cui il magistrato che ha svolto le funzioni di giudice per le indagini preliminari non può svolgere, nel medesimo procedimento, le funzioni di giudice dell'udienza preliminare né partecipare al giudizio), la Corte costituzionale era intervenuta più volte a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 34 c.p.p., per violazione degli artt. 3, 25 e 111 Cost., nella parte in cui consentiva al giudice per le indagini preliminari di svolgere funzioni giurisdizionali dopo la chiusura della fase investigativa: ciò, segnatamente, laddove il giudice predetto avesse già espresso, nello svolgimento delle sue funzioni, una valutazione contenutistica circa la consistenza dell'ipotesi accusatoria. Si tratta di sentenze costituzionali che possono considerarsi ormai superate. Contribuiscono invece tuttora a integrare il quadro normativo delle incompatibilità del

giudice altre decisioni della Consulta. In particolare: 1) con la sentenza 22 aprile 1992, n. 186, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 comma 2° c.p.p., nella parte in cui non prevedeva l'incompatibilità a partecipare al giudizio ordinario nei confronti del giudice del dibattimento che avesse rigettato la richiesta di applicazione di pena concordata; 2) con la sentenza 26 ottobre 1992, n. 399, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 comma 2° c.p.p. nella parte in cui non prevedeva l'incompatibilità a procedere al dibattimento del pretore (oggi: giudice del tribunale in composizione monocratica) che, prima dell'apertura del dibattimento stesso, avesse respinto la richiesta di applicazione di pena concordata per la ritenuta non sussistenza di una circostanza attenuante del reato contestato; 3) con la sentenza 30 dicembre 1994, n. 455, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 comma 2° c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la incompatibilità a partecipare al giudizio del giudice che, all'esito di un precedente dibattimento, riguardante il medesimo fatto storico a carico del medesimo imputato, avesse ordinato la trasmissione degli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 521 comma 2° c.p.p. per essere risultato il fatto diverso da quello enunciato nella imputazione contestata; 4) con le sentenze 24 aprile 1996, n. 131 e 20 maggio 1996, n. 155, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 comma 2° c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che non potesse partecipare al giudizio né disporre l'applicazione della pena su richiesta delle parti il giudice che, come componente del tribunale del riesame o dell'appello *ex art.* 310 c.p.p., si fosse pronunciato sull'ordinanza che provvedeva in ordine a una misura cautelare personale nei confronti dell'indagato o dell'imputato (nel caso dell'appello, purché non relativamente ad aspetti puramente formali); 5) con la sentenza 2 novembre 1996, n. 371, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 34 comma 2° c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che non potesse partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che aveva pronunciato o concorso a pronunciare una precedente sentenza nei confronti di altri soggetti, nella quale la posizione di quello stesso imputato in ordine alla sua responsabilità penale fosse già stata comunque valutata; 6) con la sentenza 17 giugno 1999, n. 241, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 34 comma 2° c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che non potesse partecipare al giudizio nei confronti di un imputato il giudice che avesse pronunciato o concorso a pronunciare sentenza nei confronti di quello stesso imputato per il medesimo fatto; 7) con la sentenza 6 luglio 2001, n. 224, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 34 comma 1 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che avesse pronunciato o concorso a pronunciare sentenza, poi annullata, nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto; 8) con la sentenza 5 dicembre 2008, n. 51, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p. nella parte in cui non prevede incompatibilità alla trattazione dell'udienza preliminare del giudice che abbia ordinato, all'esito di precedente dibattimento, riguardante il medesimo fatto storico a carico del medesimo imputato, la trasmissione degli atti al pubblico ministero, a norma dell'art. 521 comma 2° c.p.p.; 8) con la sentenza 3-9 luglio 2013, n. 183, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 1° dell'art. 34 c.p.p. nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della ri-

chiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del reato continuato e della disciplina del concorso formale ai sensi dell'art. 671 c.p.p.

L'incompatibilità sopra esaminata consegue, come si è detto, ad atti compiuti nello stesso processo penale, ma accanto a detta incompatibilità ve ne è una seconda conseguente a qualità della persona a cui è richiesto l'esercizio della funzione di giudice. Tale forma di incompatibilità è delineata dalle seguenti disposizioni di legge: 1) l'art. 35 c.p.p. prevede che non possano esercitare funzioni (anche separate o diverse) nello stesso procedimento magistrati che siano tra loro coniugi, parenti o affini fino al secondo grado; 2) l'art. 19 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 stabilisce che i magistrati i quali abbiano tra loro vincoli di parentela o di affinità fino al terzo grado non possono far parte della stessa Corte o dello stesso tribunale o dello stesso ufficio giudiziario. Questa disposizione, peraltro, non si applica quando a giudizio del consiglio superiore della magistratura sia da escludere, per il numero dei componenti il collegio o l'ufficio giudiziario, qualsiasi intralcio al regolare andamento del servizio. L'ultimo comma del predetto articolo 19 soggiunge che tuttavia non possono far parte come giudici dello stesso collegio giudicante nelle corti e nei tribunali ordinari i parenti e gli affini sino al quarto grado incluso; 3) l'art. 18 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 prevede una incompatibilità di sede per parentela o affinità con professionisti, disponendo che i magistrati giudicanti e requirenti delle corti d'appello e dei tribunali ordinari non possono appartenere ad uffici giudiziari nelle sedi nelle quali i loro parenti fino al secondo grado o gli affini fino al primo grado sono iscritti negli albi professionali di avvocato, né, comunque, ad uffici giudiziari avanti i quali i loro parenti od affini nei gradi predetti esercitano abitualmente la professione di avvocato.

Vi è, infine, una terza forma di incompatibilità ad esercitare le funzioni giudiziarie, la quale discende dal rapporto del giudice con l'oggetto del processo o con le parti o i difensori del processo stesso. Tale forma di incompatibilità è delineata nelle norme che disciplinano il dovere di astensione del giudice e il potere delle parti di ricusare il giudice stesso (artt. 36 e 37 c.p.p.).