

L'estratto che stai consultando  
fa parte del volume in vendita  
su **ShopWKI**,  
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

**UTET**<sup>®</sup>  
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

---

---

## CAPITOLO V

### I SOGGETTI

---

SOMMARIO: 1. Profili sistematici. – 2. Il giudice: premessa politico-istituzionale. – 3. I giudici penali. – 4. La competenza: profili generali. – 4.1. Competenza per materia e per territorio. – 4.2. Rinvio preventivo alla Corte di cassazione per l'individuazione del giudice competente per territorio. – 4.3. Competenza per connessione. – 4.4. Conflitti di giurisdizione e di competenza. – 4.5. Giudice monocratico e giudice collegiale. – 5. Gli istituti a salvaguardia dell'imparzialità della persona del giudice: incompatibilità, astensione e ricusazione. – 6. La rimessione del processo. – 7. Il pubblico ministero. – 7.1. La distribuzione dei procedimenti fra i diversi uffici del pubblico ministero. – 7.2. La disciplina dei contrasti. – 8. La polizia giudiziaria. – 9. Imputato e persona sottoposta alle indagini. – 9.1. Identità ed esistenza in vita dell'imputato. – 9.2. Capacità dell'imputato. – 10. Azione civile e processo penale. – 10.1. Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria. – 11. Persona offesa dal reato. – 11.1. Enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato. – 12. Il difensore: profili generali. – 12.1. Garanzie di libertà del difensore. – 12.2. Colloqui fra difensore e persona assistita *in vinculis*. – 12.3. Difensore di fiducia. – 12.4. Difensore nominato d'ufficio. – 12.5. Il patrocinio dei non abbienti. – 12.6. Incompatibilità della difesa di più imputati nello stesso procedimento. – 13. Il difensore delle altre parti private, della persona offesa e degli enti o associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato. – 14. L'abbandono e il rifiuto della difesa. – 15. Il termine a difesa.

#### 1. - *Profili sistematici*

Ai «Soggetti» è intitolato il libro di apertura del codice di procedura penale, che ambisce ad essere una sorta di presentazione del sistema processuale riformato. Emblematica la scelta sottesa all'art. 1, rubricato «Giurisdizione penale». Questa previsione segna la deliberata presa di distanza dal codice previgente, il cui primo articolo riguardava la disciplina dell'azione penale obbligatoria. La nuova codificazione, invece, intende esaltare la centralità della giurisdizione e abbandonare, finalmente, la concezione inquisitoria del processo espressa, tra l'altro, nella preminenza – anche istituzionale – dall'accusa e nella consolidata convinzione che unica finalità del processo penale sia l'effettività dell'apparato punitivo, assicurata attraverso l'obbligatorietà dell'azione.

Parimenti significative sono le previsioni riguardanti l'azione penale (art. 50) e le funzioni della polizia giudiziaria (art. 55), poiché sia l'una che l'altra testimoniano e rimandano ai nuovi assetti sistematici. L'articolo rubricato

«azione penale» prefigura, sia pure implicitamente, la “doverosità” della richiesta di archiviazione quando manchino i presupposti per l’esercizio dell’azione penale<sup>1</sup>. L’articolo relativo alle «funzioni di polizia giudiziaria», invece, evoca il principio di separazione delle fasi e la tendenziale “irrelevanza” probatoria dell’atto d’indagine, attraverso l’impiego della locuzione «fonti di prova», in una norma che per il resto presenta un tenore letterale pressoché identico a quello dell’omologo articolo del codice previgente (art. 219 c.p.p. del 1930).

Innovative, poi, le norme che ampliano il novero dei privati legittimati a interloquire nel procedimento penale, ricomprendendovi la persona offesa, gli enti e le associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato (artt. 90 ss.).

Nel complesso, la disciplina dei «Soggetti» riguarda protagonisti e comprimari del dramma che si inscena davanti a un giudice per stabilire se una persona vada punita oppure no e ha il merito di raccogliere in un unico *corpus* le regole concernenti ciascuno di loro. Anche tale scelta, però, non è senza significato. La ricomprensione in un unico libro di regole concernenti soggetti profondamente diversi quanto a ruolo, fisionomia istituzionale ed estrazione professionale ha il senso “politico” di superare l’impronta tendenzialmente gerarchica di regole e istituti della giustizia penale.

Era questa un lascito della nostra tradizione inquisitoria, testimoniato ancora oggi dagli arredi delle aule d’udienza risalenti agli anni che precedono la riforma del 1988, nelle quali lo scranno del pubblico ministero costituiva un’appendice della cattedra del giudice, posta più in alto oltre che a debita distanza dalle scrivanie ove sedevano gli avvocati e le parti private.

Nel nuovo codice repubblicano, invece, privati e autorità si muovono – o almeno dovrebbero muoversi – su un piano paritario e tutti i soggetti, protagonisti e comprimari, condividono con pari dignità la responsabilità della conduzione del procedimento. Questa “coralità” del fenomeno processuale è registrata nel primo libro del codice, ove è contenuta la disciplina del giudice, del pubblico ministero, della polizia giudiziaria, dell’imputato, della parte civile, del responsabile civile, del civilmente obbligato per la pena pecuniaria, della persona offesa del reato, del difensore.

## 2. - *Il giudice: premessa politico-istituzionale*

Implicita nell’idea di processo è la figura del giudice. L’esplicazione del metodo dialettico esige la presenza di un organo terzo e imparziale, senza il quale non sarebbe realizzabile lo schema triadico in cui consiste il contraddittorio (*processus est actus trium personarum*); al contempo, il rispetto

<sup>1</sup> V. GREVI, *Archiviazione per “inidoneità probatoria” ed obbligatorietà dell’azione penale*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale dalla codificazione all’attuazione*, Giuffrè, 1991, p. 60.

del contraddittorio nelle sue differenti declinazioni rappresenta un percorso obbligato per il giudice, perché la sua sentenza spiega effetti relativamente immutabili sulla vita dell'imputato.

Giudicare se punire oppure no una persona – e dunque se assoggettarla oppure no alla forza coattiva in cui consiste la pena – è funzione “sovrana”, in quanto tale storicamente condizionata dalle differenti forme che la sovranità assume nei diversi ordinamenti.

In effetti, la repressione penale è sempre consistita in un immane atto di violenza, giustificato e giustificabile solo a condizione di provenire da un organo legittimato all'uso della forza. Questo aspetto, più di ogni altro, rivela l'indissolubile nesso che lega il punire alla sovranità. Con l'avvento degli Stati nazionali si consolida l'idea che agli Stati medesimi, ad essi soltanto, spetti il monopolio dell'esercizio della forza, nei confronti del suddito o del nemico. Ciò destina, inevitabilmente, il giudice al novero delle istituzioni attraverso cui si esprime l'autorità statale. La figura del giudice diviene così un artificio giuridico – riconducibile, cioè, all'insieme di regole vigenti in un dato contesto spazio-temporale – e rappresenta l'esito dell'evoluzione che caratterizza la tradizione politica, istituzionale e giuridica di ciascun Paese.

Semplificando al massimo, può dirsi che la concezione del giudice quale organo distinto dal titolare del potere sovrano si realizza in epoca moderna, dando forma a due diverse tipologie di giudice. Nei sistemi dell'Europa continentale prende piede l'organizzazione burocratica degli uffici giudiziari: il giudice appartiene all'apparato statale e viene selezionato secondo procedure burocratico-amministrative, sulla base della sua qualificazione tecnico-giuridica. Nei sistemi di *common law*, invece, la figura del giudice è bicefala: da un lato, c'è un organo a composizione laica (la giuria, che è composta da persone comuni) che pronuncia un verdetto immotivato di colpevolezza o non colpevolezza dell'imputato; dall'altro, c'è un giudice professionale – reclutato, cioè, per la sua abilità tecnico-giuridica – che dirige lo svolgimento del giudizio, presiede all'attività di assunzione delle prove e risolve eventuali questioni di diritto relative alla conduzione del processo.

Il giudice continentale e quello “duale” di *common law* costituiscono, ciascuno, il portato di altrettanti modi di intendere i fondamenti costituzionali dello Stato, profondamente diversi tra di loro. I sistemi di matrice continentale sono imperniati sulla preminenza della legge: i pubblici poteri devono essere assoggettati alla legge e al controllo circa la legalità del loro esercizio. Quelli di *common law*, invece, si caratterizzano per il primato del giudiziario sul legislativo: l'idea di fondo è che i diritti e le libertà non sono garantiti da un atto normativo, dalla cui permanenza in vigore essi sono condizionati; bensì dalla concreta prassi dei giudici, la cui funzione è quella di salvaguardare i diritti anche contro la legge<sup>2</sup>.

Di conseguenza, nei sistemi continentali, il giudice è un funzionario pubblico, politicamente irresponsabile, subordinato alla legge; la sua legittimazione risiede tutta nella sua qualificazione tecnica e nella sua capacità di dare attuazione alla legge. Nei sistemi di *common law*, invece, la legittimazione del giudice discende dal fondamento “politico” – promanante, cioè, direttamente dal popolo titolare della sovranità – dei suoi poteri: la giuria si legittima per essere essa stessa espressione del popolo, composta com'è da persone comuni, mentre i giudici togati sono organi di nomina politica.

<sup>2</sup> R. BIN, voce *Stato di diritto*, in *Enc. dir., Annali IV*, Giuffrè, 2011, p. 1153.

Prima di affrontare la disamina delle norme che il codice di procedura penale dedica alla figura del giudice, occorre ricordare che esse si radicano nella concezione di tale organo tipica dell'esperienza processuale continentale. Si riferiscono, pertanto, a un giudice funzionario, selezionato per concorso, cui la legge demanda la decisione in ordine ai profili sia di fatto che di diritto e che la Costituzione garantisce, sotto il profilo ordinamentale, con la massima indipendenza nei confronti non solo del potere esecutivo, ma anche delle giurisdizioni superiori.

Non a caso, la prima norma dedicata al giudice (art. 1), rubricata «Giurisdizione penale», rinvia espressamente alla disciplina dell'ordinamento giudiziario («La giurisdizione penale è esercitata dai giudici previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario secondo le norme di questo codice»), vale a dire a un *corpus* normativo assai risalente che, seppur variamente rimaneggiato nel corso degli anni, conserva per lo più i tratti della fisionomia originaria.

È indiscutibile che la commistione tra fisionomia accusatoria del sistema processuale e assetto istituzionale della magistratura tipico dei sistemi continentali ha determinato, proprio con riguardo alla figura del giudice, una linea di continuità fra disciplina previgente e quella del nuovo codice, che mutua dalla prima importanti istituti quali, ad esempio, l'incompatibilità, l'astensione e la ricusazione, la rimessione. La fisionomia "continentale" degli assetti istituzionali della magistratura, cui si aggiunge la specificità tutta italiana dell'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero<sup>3</sup>, rappresenta una delle più probabili cause della refrattarietà del sistema italiano ad assicurare piena effettività alle regole cardine del sistema accusatorio (si pensi, solo per fare un esempio, alle tendenze interpretative volte a minimizzare l'impatto applicativo delle inutilizzabilità, della contingentazione dei tempi di indagine, della concentrazione del dibattimento, ecc.)<sup>4</sup>.

Al tempo stesso – e paradossalmente – il permanere di un'organizzazione della magistratura di tipo continentale non ha impedito lo slittamento del sistema penale – concepito, organizzato e costruito sulla preminenza della legge – verso sempre più diffuse forme di preminenza del giudiziario, assimilabili a quelle tipiche degli ordinamenti di *common law*, ma prive dei corrispondenti contrappesi istituzionali presenti in quei sistemi<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> V. *infra*, § 7.

<sup>4</sup> E. AMODIO, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in AA.VV., *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri e M. Pifferi, Giuffrè, 2010, p. 333 ss.

<sup>5</sup> M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, processo, diritto sostanziale*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, 1998, p. 185; Id., *Intervento*, in AA.VV., *Il giudice unico nel processo penale*, Giuffrè, 2001, p. 317.

### 3. - I giudici penali

La parola giudice è una qualifica normativa, che trova espresso riscontro nel testo costituzionale (artt. 25 comma 1°, 101 comma 2°, 102, 103 comma 3° e 111 comma 2°), i cui contenuti sono stabiliti dalle norme di ordinamento giudiziario, la cui osservanza viene talvolta in rilievo quale condizione della stessa validità dell'atto processuale (si pensi, ad esempio, al primo gruppo di nullità di ordine generale individuato nell'art. 178 comma 1 lett. a)<sup>6</sup>.

Il giudice esercita la funzione giurisdizionale, il cui schema necessariamente triadico implica, per l'appunto, l'esistenza di un organo terzo e imparziale dinanzi al quale interloquiscono due parti dialetticamente contrapposte, in funzione dell'emissione di un provvedimento – la sentenza – il cui tratto caratteristico è la sua attitudine a passare in giudicato, vale a dire a divenire statuizione giuridica tendenzialmente imm modificabile.

L'esercizio delle funzioni giurisdizionali penali presuppone la qualifica di magistrato, che si consegue per concorso ed è formalizzata in un decreto ministeriale. L'assegnazione all'ufficio compete al Consiglio superiore della magistratura (art. 104 Cost.), cui spettano, «secondo le norme di ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti, le promozioni ed i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati» (art. 105 Cost.).

La nomina e l'ammissione alla funzione giudicante in uno specifico ufficio del singolo magistrato determina quella che viene comunemente qualificata come la capacità generica del giudice. Le condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi sono stabiliti dalle leggi di ordinamento giudiziario (art. 33 comma 1), ma non si considerano attinenti alla capacità del giudice le disposizioni sulla destinazione del giudice agli uffici giudiziari o alle sezioni, sulla formazione dei collegi e sulla assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici (art. 33 comma 2).

Variegato il quadro della giurisdizione penale nel nostro ordinamento, che presenta una molteplicità di giudici penali, diffusi sul territorio nazionale secondo una geografia giudiziaria fissata nelle leggi di ordinamento giudiziario.

I giudici cui si riferisce espressamente il codice di procedura penale sono il Tribunale, che può pronunciarsi in composizione collegiale (collegio composto da tre magistrati) o monocratica; la Corte d'assise (istituita con la l. 10 aprile 1951, n. 287), collegio a composizione mista formato da sei cittadini comuni e due magistrati, il Presidente e il c.d. giudice *a latere*. L'ambito territoriale del Tribunale è denominato circondario, mentre quello della Corte d'assise si chiama circolo.

Le sentenze pronunciate dal Tribunale e dalla Corte d'assise sono suscettibili d'impugnazione: i corrispondenti giudici di secondo grado sono la Corte d'appello (che è un collegio composto da tre magistrati) e la Corte d'assise

---

<sup>6</sup> V. *infra*, cap. VI, sez. II, § 3.1.

d'appello (collegio misto omogeneo, quanto a composizione, alla Corte d'assise). L'ambito territoriale della Corte d'appello si chiama distretto e ricomprende una molteplicità di circondari di Tribunale.

In Italia vi sono 29 Corti d'appello (26 più tre sezioni distaccate), giudici di secondo grado in relazione ai provvedimenti pronunciati dai Tribunali presenti nel distretto. Presso ogni Corte d'appello risulta istituito un Tribunale di sorveglianza (composto da due magistrati ordinari di sorveglianza e due esperti in psicologia, psichiatria, servizi sociali o scienze criminalistiche nominati dal Consiglio superiore della magistratura): si tratta di una giurisdizione specializzata – articolata nell'organo collegiale e in un organo monocratico, che è il magistrato di sorveglianza – cui risultano attribuite funzioni di controllo sull'esecuzione della pena, destinate a monitorare il trattamento del condannato al fine della sua rieducazione.

A Roma ha sede la Corte di cassazione, supremo organo giurisdizionale del Paese, cui sono destinati i ricorsi avverso le sentenze pronunciate dalle Corti d'appello ovvero i ricorsi presentati contro le sentenze di primo grado inappellabili, oppure impugnate *per saltum* direttamente in Cassazione, senza prima passare davanti al giudice d'appello.

Apposite leggi speciali individuano ulteriori giudici penali. Per giudicare tutti i reati commessi da coloro che, al momento del fatto, non abbiano ancora compiuto gli anni diciotto è istituito, in ogni sede di Corte d'appello o sezione di Corte d'appello, un Tribunale per i minorenni (R.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404)<sup>7</sup>, che è un collegio misto composto da due magistrati e da due membri laici, un uomo e una donna benemeriti nell'assistenza sociale e scelti tra i cultori di biologia, psichiatria, antropologia criminale, pedagogia, psicologia. Con d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 è stata istituita la giurisdizione penale del Giudice di pace (di cui al recente d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, intitolato “Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57”)<sup>8</sup>, che è un giudice onorario, nominato dal Ministro della Giustizia, previa deliberazione del Consiglio superiore della Magistratura, subordinata a un giudizio di idoneità effettuato sulla base di un tirocinio di sei mesi. Nel primo caso, il giudice dell'impugnazione è la Corte d'appello, sezione per i minorenni; nel secondo caso, invece, giudice dell'impugnazione è il Tribunale in composizione monocratica del circondario in cui ha sede il Giudice di pace che ha pronunciato la sentenza impugnata.

Altro giudice penale è il Tribunale militare, di cui parla l'art. 103 comma 3 Cost. che, in tempo di guerra – vale a dire sul presupposto dello stato di guerra dichiarato ai sensi dell'art. 78 Cost. – ha la giurisdizione stabilita dalla legge; mentre in tempo di pace ha giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle forze armate.

Infine, è ancora la stessa Costituzione a prevedere la giurisdizione penale della Corte costituzionale (art. 134 Cost.), per giudicare il Presidente della Repubblica, messo in stato di accusa dal Parlamento in seduta comune, a maggioranza assoluta dei suoi membri, per alto tradimento o per attentato alla Costituzione.

#### 4. - *La competenza: profili generali*

L'esigenza pratica di suddividere il lavoro giudiziario fra i molteplici giudici penali presenti nel nostro ordinamento<sup>9</sup>, da un lato, e il diritto di ciascuno a non essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge

<sup>7</sup> V. *infra*, cap. XXIII.

<sup>8</sup> V. *infra*, cap. XXII.

<sup>9</sup> F. CORDERO, *Artt. 4, 5, 6, 7*, in *Codice di procedura penale commentato*, Utet, 1990, p. 11.

(art. 25 Cost.), dall'altro, impongono la previsione di regole sulla cui base individuare il giudice tenuto a pronunciarsi su una specifica vicenda. Alla soddisfazione di tali istanze risponde la disciplina della competenza, con cui sono fissati i criteri sulla cui base predeterminare quale sia l'organo giurisdizionale tenuto, per legge, a esercitare la funzione giurisdizionale relativamente a un fatto concreto.

Ricorrente è l'affermazione che la competenza sia la "misura della giurisdizione", con ciò intendendo che il potere del giudice di esercitare la funzione giurisdizionale risulterebbe suddiviso fra i diversi giudici conformemente alle regole sulla competenza, che attribuirebbero a ciascun giudice una porzione del potere giurisdizionale considerato nel suo complesso. Se così fosse, però, la sentenza pronunciata dal giudice incompetente dovrebbe essere considerata dall'ordinamento come pronunciata da un organo privo del potere giurisdizionale; in quanto tale, essa non risulterebbe idonea a esplicare nessuno degli effetti tipici della sentenza, primo fra tutti quello consistente nella sua naturale attitudine a divenire irrevocabile e passare in giudicato.

Al contrario, quanto a effetti, niente distingue la sentenza pronunciata dal giudice incompetente da quella emessa dal giudice competente: anche la prima, se non debitamente impugnata, è suscettibile di divenire irrevocabile e passare in giudicato.

Così stando le cose, deve concordarsi con chi ritiene non corretto definire la competenza come la misura della giurisdizione. Meglio dire che, in attuazione della regola di cui all'art. 25 Cost., la legge predetermina attraverso una molteplicità di criteri – fissati nelle regole sulla competenza – quale sia il giudice tenuto a pronunciarsi su un certo fatto concreto. Nondimeno, ciascun magistrato assegnato a un certo ufficio penale dal Consiglio superiore della Magistratura è titolare, *in toto*, del potere giurisdizionale e può pronunciare sentenza in relazione a qualsiasi fatto, anche se non rientrante nella sua competenza. Tuttavia, quando si pronuncia un giudice incompetente il sistema prevede una serie di rimedi per ovviare a una simile inosservanza. Se ne ricava, conseguentemente, che i giudici incompetenti a giudicare su un certo fatto siano tenuti ad esimersi dal pronunciarsi in merito ad esso.

Le regole sulla competenza suddividono il lavoro giudiziario fra i diversi giudici in maniera razionale ed equa; esse rappresentano, pertanto, un fondamentale criterio organizzativo per assicurare l'efficienza delle istituzioni giudiziarie, evitando inutili superfetazioni di attività giurisdizionale.

Due i parametri tradizionali attraverso cui si ripartisce la competenza dei giudici: la materia e il territorio. Sia l'uno che l'altro fanno inevitabile riferimento all'oggetto del processo, vale a dire al fatto su cui il giudice è chiamato a pronunciarsi. Quanto li distingue, invece, riguarda i differenti profili del

fatto presi in considerazione. La competenza per materia considera il fatto oggetto del processo in relazione agli effetti sanzionatori a esso collegati dalla legge penale: l'individuazione del giudice è così ancorata alla qualità e quantità di pena irrogabile nel caso concreto. La competenza per territorio, invece, ha riguardo al fatto nella sua connotazione storica, ancorando l'individuazione del giudice sulla base del *locus commissi delicti*.

Il codice di procedura penale ha aggiunto a questi due criteri quello ulteriore della connessione, consistente nell'eventuale legame esistente fra più fatti di reato ovvero fra più persone coinvolte nel medesimo fatto.

Ai fini dell'individuazione del giudice competente, pertanto, rileva non solo la quantità e qualità della pena che si ritiene possa essere irrogata in concreto e il luogo di commissione del fatto; ma occorre altresì avere riguardo all'eventuale sussistenza di un legame tra più fatti, o tra le persone coinvolte nell'accadimento di un unico fatto, nei termini in cui il predetto legame risulta descritto dal legislatore nelle regole disciplinanti la competenza per connessione.

In aggiunta, pur in mancanza di riferimenti normativi espressi, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato la nozione di "competenza funzionale", equiparandola quanto a regime alla competenza per materia<sup>10</sup>. Con tale locuzione si indica il complesso normativo da cui si desume, implicitamente, quale sia il giudice tenuto a pronunciarsi in ciascuna delle specifiche fasi in cui si articola il procedimento (ad esempio, il giudice per le indagini preliminari è il giudice *ad acta* che interviene nelle eventuali parentesi giurisdizionali della fase preliminare; il Tribunale in composizione collegiale che si trova ove ha sede la Corte d'appello è il giudice dell'impugnazione in materia di misure cautelari personali; ecc.). Talvolta, nell'ambito di una medesima fase, si prevede una distribuzione della competenza funzionale fra più organi: ad esempio, nella fase degli atti preliminari al dibattimento, al Presidente del collegio giudicante spetta la decisione in ordine all'eventuale anticipazione o differimento dell'udienza dibattimentale, all'assunzione di prove non rinviabili e alla citazione a giudizio dei testimoni (artt. 465, 467 e 468); mentre al collegio unitariamente inteso spetta l'eventuale proscioglimento predibattimentale ai sensi dell'art. 469.

Il giudice è costantemente tenuto a verificare la propria competenza e, perciò, ha sempre il potere di dichiarare *ex officio* la propria incompetenza (artt. 21 comma 1 e 22 comma 1). Tuttavia, l'incompetenza del giudice si atteggi diversamente a seconda che sia stata già esercitata l'azione penale oppure no. Solo nel primo caso essa è dichiarata con sentenza, mentre nell'altro con

---

<sup>10</sup> Cass., Sez. un., 25 gennaio 2005, Gioia ed a., in *C.e.d.* 229981; Cass., Sez. un., 15 dicembre 2004, Scabbia ed a., *ivi* 229633; Cass., Sez. un., 20 luglio 1994, De Lorenzo, *ivi* 198220.

ordinanza. La differente veste formale della declaratoria d'incompetenza, in funzione del diverso stato in cui si trova il procedimento, esprime la differenza di peso che la stessa assume nei due contesti procedurali. La declaratoria d'incompetenza pronunciata prima del promovimento dell'azione – e dunque prima che sia stato instaurato il processo vero e proprio – ha natura meramente incidentale e non condiziona in alcun modo l'attività del pubblico ministero procedente, cui sono restituiti gli atti (art. 22 comma 1), poiché l'incompetenza dichiarata nelle indagini preliminari «produce effetti limitatamente al provvedimento richiesto» (art. 22 comma 2). Ciò si spiega alla luce di due specificità riscontrabili durante le indagini preliminari. In questa fase il fatto oggetto del procedimento ha ancora contorni vaghi e mutevoli, da precisare proprio grazie all'attività investigativa svolta da pubblico ministero e polizia giudiziaria; inoltre, nel corso delle indagini preliminari non esiste un giudice che procede ma un giudice *ad acta*, il giudice per le indagini preliminari, che si pronuncia su sollecitazione di parte quando si tratti di adottare provvedimenti limitativi di diritti fondamentali oppure occorra anticipare la formazione della prova, nei casi in cui essa risulti non rinviabile al dibattimento. Entrambi questi fattori hanno indotto il legislatore a escludere che durante la fase delle indagini preliminari le questioni di competenza eventualmente insorte dovessero essere affrontate e risolte compiutamente. Fermo restando il potere-dovere del giudice che si ritenga incompetente di dichiarare la propria incompetenza in ogni stato e grado del procedimento, e dunque pure prima della formale instaurazione del processo, si è ben pensato che prima dell'esercizio dell'azione penale tale provvedimento non dovesse in alcun modo condizionare l'organo che dirige le indagini e che ha la responsabilità della conduzione del procedimento nella fase preliminare. Diversamente, dopo l'esercizio dell'azione penale, il fatto risulta precisato in tutti i suoi elementi rilevanti nell'imputazione formulata dal pubblico ministero alla stregua di indagini complete; inoltre, esiste un giudice che procede in relazione a un fatto esattamente individuato. Di conseguenza, quando l'azione è stata esercitata dinanzi al giudice incompetente, sono previsti antidoti più incisivi per incardinare tempestivamente la regiudicanda davanti al suo giudice naturale.

Quando il giudice ritenga che la competenza appartiene ad altro giudice, in udienza preliminare (art. 22 comma 3) o nel dibattimento di primo grado (art. 23 comma 1), l'incompetenza è dichiarata con sentenza e gli atti non vengono restituiti al pubblico ministero procedente, bensì trasmessi al pubblico ministero istituito presso il giudice ritenuto competente (art. 21 e art. 23 comma 1, quale risulta a seguito della declaratoria d'illegittimità costituzionale di cui alla sent. 11 marzo 1993, n. 70). Nel caso in cui l'incompetenza sia dichiarata in esito al giudizio di secondo grado, il giudice d'appello pronuncia

sentenza di annullamento di quella di primo grado e procede alla trasmissione degli atti nelle stesse modalità sopra indicate (art. 24).

Quanto ai termini, dopo l'esercizio dell'azione penale, l'eventuale incompetenza è rilevabile *ex officio* dal giudice medesimo, o dedotta dalle parti, alla stregua di un regime differenziato. L'incompetenza per materia (art. 21 comma 1) è rilevabile in ogni stato e grado, a meno che il reato non appartenga alla competenza di un giudice inferiore: in quest'ultimo caso, infatti, l'incompetenza va rilevata o eccepita, a pena di decadenza, prima della dichiarazione d'apertura del dibattimento, subito dopo che sia stato compiuto per la prima volta l'accertamento circa la regolare costituzione delle parti (art. 23 comma 2).

La regola di cui all'art. 23 comma 2 è derogata dall'art. 48 d.lgs. n. 274 del 2000, ove è stabilito che l'incompetenza a conoscere i reati appartenenti alla cognizione del giudice di pace deve essere dichiarata dal giudice togato in ogni stato e grado del procedimento, a meno che la competenza di quest'ultimo – derivante da connessione o da una differente qualificazione giuridica poi modificata – sia risultata *ab origine* correttamente individuata e solo successivamente venuta meno<sup>11</sup>.

L'incompetenza per territorio e quella per connessione, invece, sono rilevate o eccepite, sempre a pena di decadenza, prima della conclusione dell'udienza preliminare e, se questa manchi, entro il termine di cui all'art. 491 comma 1, vale a dire con la stessa scadenza per rilevare o eccepire l'incompetenza per materia del giudice superiore (art. 21 commi 2 e 3).

L'inosservanza delle norme sulla competenza non produce effetti invalidanti sulle prove eventualmente acquisite dal giudice incompetente. Tuttavia, ove si tratti di dichiarazioni ripetibili, quelle rese al giudice incompetente per materia possono essere usate soltanto nell'udienza preliminare oppure per le contestazioni di cui agli artt. 500 e 503 (art. 26).

Una disciplina a parte, infine, è prevista per i casi d'incompetenza dichiarati nel procedimento cautelare (art. 27), cui segue la trasmissione degli atti al giudice ritenuto competente da parte di quello che dichiara la propria incompetenza<sup>12</sup>.

#### 4.1. - *Competenza per materia e per territorio*

La competenza per materia presuppone una distribuzione in senso verticale degli affari penali fra diversi giudici, ordinata secondo un ordine progressivo che tiene conto della gravità dei reati affidati alla cognizione di

<sup>11</sup> Cass., Sez. un., 27 settembre 2018, Treskine, in *C.e.d.* 275870; Cass., Sez. un., 27 settembre 2018, Balais Florentin, *ivi* 275869.

<sup>12</sup> V. *infra*, cap. XVIII, § 7.

ciascun giudice. I reati più gravi sono attribuiti alla competenza della Corte d'assise; quelli meno gravi, ai sensi dell'art. 4 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, al Giudice di pace; tutti gli altri al Tribunale (art. 6). Il giudice competente per materia si individua sulla base di profili quantitativi e qualitativi. Ciò significa che il legislatore richiama limiti edittali (criterio quantitativo), ovvero specifiche tipologie di reato (criterio qualitativo).

Ai fini dell'applicazione del criterio quantitativo, l'art. 4 stabilisce che per determinare la competenza occorre tener conto del massimo della pena stabilita per ciascun reato (consumato o tentato) e delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa e di quelle ad effetto speciale, mentre non rilevano la continuazione, la recidiva e le altre circostanze del reato.

La competenza per materia della Corte d'assise è individuata attraverso entrambi i criteri, poiché risulta sia l'indicazione di precisi limiti edittali (pena dell'ergastolo e della reclusione non inferiore nel massimo a ventiquattro anni); sia l'indicazione di specifici reati, inclusi oppure esclusi dalla competenza di tale giudice.

Fra i reati di competenza della Corte d'assise vanno ricordati l'omicidio volontario (575 c.p.), l'omicidio del consenziente (art. 579), l'istigazione o l'aiuto al suicidio (art. 580), l'omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.); il delitto di strage, se dal fatto deriva la morte di più persone (art. 422 c.p.); il delitto di devastazione, saccheggio e strage allo scopo di attentare alla sicurezza dello Stato (art. 285 c.p.); il sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione o a scopo di terrorismo o di eversione (artt. 630 e 289 *bis* c.p.), qualora il colpevole abbia cagionato la morte del sequestrato.

La competenza per materia del Tribunale, invece, è residuale e si ricava per sottrazione, perché a tale giudice risultano attribuiti i reati non appartenenti alla competenza né della Corte d'assise, né del Giudice di pace.

Sono di competenza del Tribunale, solo per menzionarne alcuni, i reati tributari (artt. 5 ss. d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74), i reati societari (artt. 2621 ss. c.c.), l'omicidio colposo (art. 589 c.p.), la responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario (art. 590 *sexies* c.p.), i delitti contro la pubblica amministrazione (artt. 314 ss. c.p.), l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti (art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309). Alla competenza del giudice di pace sono attribuiti, invece, una molteplicità di reati espressione di una "microconflittualità interindividuale", come ad esempio le percosse (art. 581 c.p.), la diffamazione (artt. 595 c.p.), la minaccia (art. 612 c.p.), l'ingresso abusivo nel fondo altrui (art. 581 c.p.).

Restano sottratti alla competenza per materia di cui si tratta i reati attribuiti ai giudici specializzati (Tribunale per i minorenni e Tribunale militare).

La competenza per territorio presuppone una distribuzione in senso orizzontale sull'intero suolo nazionale di una molteplicità di Corti d'assise, di Tribunali e di Giudici di pace: il giudice competente per territorio è quello nel cui ambito territoriale è stato commesso il reato. Stante l'insuperabile problematicità di che cosa debba intendersi per "commissione del reato", il codice di procedura penale elenca, al riguardo, preziose indicazioni. Occorre fare riferimento, innanzitutto, al luogo di consumazione del reato (art. 8

comma 1); se dal fatto è derivata la morte di una persona, il luogo è quello in cui è avvenuta l'azione o l'omissione (art. 8 comma 2); se il reato è permanente, conta il luogo in cui ha avuto inizio la consumazione, anche se ne è derivata la morte di una persona (art. 8 comma 3); se il delitto è tentato conta il luogo in cui è stato commesso l'ultimo atto diretto a commettere il delitto medesimo (art. 8 comma 4).

Nel caso in cui non sia possibile individuare il giudice territorialmente competente alla stregua dei criteri stabiliti nell'art. 8, sono fissate ulteriori regole suppletive, elencate dal legislatore alla stregua di un ordine non modificabile dall'interprete. In altri termini, ove restino ignoti i riferimenti fattuali cui l'art. 8 condiziona l'individuazione del giudice territorialmente competente, quest'ultimo va individuato alla stregua dell'art. 9 comma 1 (giudice dell'ultimo luogo in cui è avvenuta una parte dell'azione o dell'omissione); se non è possibile applicare nemmeno quest'ultimo criterio, allora vale quello fissato nel comma successivo (giudice della residenza, della dimora o del domicilio dell'imputato) e, se neppure questo è praticabile, allora la competenza per territorio appartiene al giudice del luogo in cui ha sede l'ufficio del pubblico ministero che ha provveduto per primo a iscrivere la notizia di reato nell'apposito registro<sup>13</sup> (art. 9 comma 3).

I criteri appena enunciati si applicano anche quando il reato sia stato commesso in parte all'estero (art. 10 comma 3). Diversamente, se il reato è stato commesso interamente all'estero, sono previste regole specifiche fissate nei primi due commi dell'art. 10.

Il codice di procedura penale prevede alcune deroghe generali alle regole appena dettate. Di particolare importanza quella riguardante i procedimenti nei quali un magistrato (sia esso giudice o pubblico ministero o perfino magistrato onorario) assuma la qualità di imputato, persona sottoposta alle indagini, ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato e la competenza spetti a un ufficio giudiziario ricompreso nel distretto di Corte di appello in cui lo stesso magistrato esercita le proprie funzioni. In tali casi la contiguità professionale e lavorativa esistente fra persona coinvolta nel procedimento e giudice competente rischia di appannare l'imparzialità di quest'ultimo o, quanto meno, ne offusca l'immagine di organo equanime e neutrale. Per questo l'art. 11, in deroga alle regole di cui agli artt. 8 ss., individua l'organo giurisdizionale cui affidare la cognizione del procedimento riguardante un magistrato alla stregua di un criterio "circolare", fissato nella tabella allegata all'art. 1 disp. att.: la competenza si radica così in capo al giudice, competente per materia, che ha sede nel diverso capoluogo di distretto della Corte d'appello indicata nella tabella. Ad esempio, se nel procedimento sono coinvolti magistrati del distretto della Corte di appello di Roma e il giudice competente secondo le regole generali è ricompreso nel distretto di tale Corte di appello, il giudice competente ai sensi dell'art. 11 è quello di pari grado che si trova ove ha sede la Corte d'appello di Perugia; se il magistrato appartiene alla Corte d'appello di Perugia e il giudice competente appartiene a questo stesso distretto, il giudice individuato è quello avente sede a Firenze, ecc.

---

<sup>13</sup> Quanto all'iscrizione della notizia di reato v. *infra*, cap. VIII, § 2.

L'altra deroga codicistica ai criteri territoriali di attribuzione della competenza si realizza per opera dell'art. 328 comma 1 *bis*. In corrispondenza delle peculiari regole che affidano al pubblico ministero cosiddetto distrettuale, istituito cioè presso il Tribunale che si trova ove ha sede la Corte d'appello, la legittimazione allo svolgimento delle indagini nei procedimenti relativi ai delitti di criminalità organizzata o ad altre tipologie di reati specificamente indicati dal legislatore<sup>14</sup>, il menzionato art. 328 comma 1 *bis* individua quale giudice territorialmente competente nelle fasi delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare non già quello individuato secondo le regole ordinarie, bensì quello del corrispondente capoluogo del distretto di Corte di appello.

Altre norme in deroga alla competenza per territorio disciplinata dal codice di procedura penale sono previste da leggi speciali, com'è la competenza del Tribunale c.d. distrettuale, vale a dire quello ubicato dove ha sede la Corte d'appello, competente per i reati commessi nel distretto dal Presidente del Consiglio dei ministri o dai ministri nell'esercizio delle loro funzioni (art. 11 l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1).

Infine, un'altra ipotesi di spostamento della competenza territoriale è quella dovuta alla rimessione del processo<sup>15</sup>.

#### 4.2. - *Rinvio preventivo alla Corte di cassazione per l'individuazione del giudice competente per territorio*

Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia) ha introdotto un controllo preventivo sulla competenza per territorio affidato alla Corte di cassazione, su iniziativa *ex officio* del giudice o su istanza di parte (art. 24 *bis*). Tale sindacato può essere attivato solo in udienza preliminare oppure, ove questa manchi, subito dopo l'avvenuta verifica per la prima volta della regolare costituzione delle parti, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento (*id est* entro il termine previsto dall'art. 491 comma 1).

L'istituto intende eliminare il prima possibile incertezze in ordine al corretto incardinamento del processo davanti al giudice che procede, attraverso la più tempestiva disamina delle questioni concernenti la competenza per territorio. A tal fine, il legislatore ha modificato il regime di deducibilità dell'eccezione di incompetenza per territorio, prevedendo che «la parte che ha eccepito l'incompetenza per territorio, senza chiedere contestualmente la rimessione della decisione alla Corte di cassazione, non può più riproporre l'eccezione nel corso del procedimento» (art. 24 *bis* comma 6). In altre parole, parti private e pubblico ministero hanno l'onere di sollevare la relativa questione unitamente alla richiesta di rinvio preventivo alla Corte di cassazione

---

<sup>14</sup> V. *infra*, § 7.1.

<sup>15</sup> V. *infra*, § 6.

per conservare la propria legittimazione a dedurre l'eventuale incompetenza per territorio nel prosieguo del processo.

Dal canto suo, il giudice precedente potrà o pronunciarsi sulla questione dedotta, accogliendola o rigettandola; ovvero rinviare la soluzione della questione alla Suprema corte. Solo nel primo caso, l'istante conserverà il suo diritto a dedurre il vizio di competenza anche successivamente, nel caso in cui il giudice precedente abbia confermato la propria competenza senza accogliere la richiesta di rinvio alla Suprema corte. Nel secondo caso, la decisione della Corte di cassazione che decide quale sia il giudice territorialmente competente, in esito a procedura camerale ai sensi dell'art. 127, risolve definitivamente la questione.

L'art. 24 *bis* nulla dispone circa la sospensione del procedimento nelle more della decisione della Corte di cassazione e ciò, evidentemente, vale come implicito divieto di sospensione, posto che nella procedura penale vige il principio di tassatività delle ipotesi di sospensione, desumibile dall'art. 50 comma 3<sup>16</sup>.

#### 4.3. - *Competenza per connessione*

In alcune situazioni le regole sulla competenza per materia e per territorio non sono sufficienti a individuare il giudice deputato a pronunciarsi su una certa vicenda. Sono questi i casi di connessione indicati nell'art. 12. Si tratta di situazioni relative a fatti di reato che, presentandosi variamente collegati fra di loro, secondo il legislatore abbisognano dell'individuazione di un unico giudice competente, da scegliere fra i diversi giudici che sarebbero ciascuno competente per uno soltanto dei diversi avvenimenti.

Prima di esaminare quali sono i criteri cui la legge ancora l'individuazione del giudice competente per connessione, occorre indicare quali siano le situazioni che rendono i procedimenti connessi. Il primo caso di connessione (art. 12 lett. *a*) riguarda un fatto di reato che si assume commesso da una molteplicità di persone in concorso o cooperazione colposa, ovvero una vicenda criminosa in cui l'evento sia stato determinato da più persone con condotte indipendenti (ad esempio, un incidente stradale in cui sono morti alcuni pedoni, provocato da due autovetture che procedevano entrambe a elevata velocità; oppure una rapina in banca commessa da un palo e altre tre persone; oppure l'esito infausto di un intervento chirurgico, riconducibile a condotta imperita del chirurgo e negligente del ferrista). Il secondo

---

<sup>16</sup> M. CHIAVARIO, *Sospensione del processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, 1993, 1.

(art. 12 lett. *b*) concerne più reati commessi da una stessa persona con una sola azione od omissione, ovvero con più azioni od omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso (si pensi al terrorista che uccide più persone con un ordigno esplosivo; oppure al tossicodipendente che commette una molteplicità di furti in un contesto spazio-temporale circoscritto per procurarsi il denaro sufficiente ad acquistare le dosi di sostanza stupefacente di cui ha bisogno). Il terzo caso di connessione (art. 12 lett. *c*) si realizza quando taluni reati sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri (si pensi al falso ideologico consumato dal pubblico ufficiale per realizzare un fatto di corruzione; oppure all'omicida che nasconde il cadavere della vittima per non essere scoperto).

In tutte queste situazioni il legislatore ritiene che la competenza debba incardinarsi davanti a un solo giudice in relazione a tutti i fatti connessi, onde evitare che, applicando i tradizionali criteri per materia e territorio, i procedimenti relativi a ciascun reato siano affidati alla cognizione di giudici differenti. La connessione, però, non opera se l'autore di qualcuno dei reati connessi è un minore, oppure in caso di reati connessi posti in essere dalla stessa persona, quando qualcuno di essi sia stato commesso prima del compimento della maggiore età (art. 14). *Ratio* di tale regola è l'inderogabilità della giurisdizione minorile, in funzione di salvaguardia della persona minorenni, la cui tutela è interesse considerato dall'ordinamento come preminente rispetto a quelli posti a fondamento dell'attribuzione della competenza per connessione.

L'esigenza di incardinare davanti a un unico giudice la competenza per i molteplici reati connessi implica la necessità di stabilire criteri determinati per individuare, fra i diversi giudici astrattamente competenti per ciascun fatto di reato, quello solo competente per connessione. Tali criteri sono disciplinati negli artt. 13, 15 e 16, ove sono stabilite le regole per individuare l'unico giudice competente per i diversi fatti connessi. Nei casi in cui la competenza per materia dovrebbe spettare per un reato alla Corte costituzionale e per altro al giudice ordinario, è solo la Corte costituzionale il giudice competente per connessione; se invece sono connessi reati comuni e reati militari, la connessione opera solo se il reato più grave è quello comune e unico giudice competente per connessione è quello ordinario; negli altri casi la connessione non opera (art. 13).

Il criterio generale per individuare la competenza per materia determinata dalla connessione è la preferenza per il giudice superiore. Pertanto, se i fatti connessi rientrano alcuni nella competenza per materia del Tribunale e altri in quella della Corte d'assise, il giudice competente per connessione è la Corte d'assise (art. 15). Alla stregua dell'art. 6 d.lgs. n. 274/2000, però, la

connessione fra reati di competenza del Giudice di pace e altri di competenza di quello ordinario, con conseguente attribuzione a quest'ultimo della competenza, opera esclusivamente in caso di concorso formale di reati.

Quando invece i diversi reati connessi siano attribuiti allo stesso giudice competente per materia, collocato presso sedi territoriali diverse, per individuare la competenza per territorio determinata dalla connessione si applica l'art. 16: la competenza spetta al giudice territorialmente competente per il reato più grave, o a quello competente per il reato commesso per primo in caso di pari gravità dei reati connessi (comma 1) – mentre i criteri per individuare il reato più grave sono indicati nell'art. 16 comma 3. Infine, nell'ipotesi di connessione di cui all'art. 12 lett. a, se le azioni od omissioni sono state commesse in luoghi diversi e dal fatto è derivata la morte di una persona, il giudice territorialmente competente è quello del luogo dove si è verificato l'evento (comma 2).

La connessione cumula in capo allo stesso ufficio la competenza dei diversi reati connessi, ma non comporta la celebrazione simultanea dei diversi procedimenti davanti allo stesso ufficio giudicante, che invece ha luogo soltanto quando risultino i presupposti della riunione di cui all'art. 17, che è altro istituto, differente dalla connessione, esperibile dopo l'esercizio dell'azione penale, vale a dire esclusivamente nella fase eminentemente processuale<sup>17</sup>. Durante le indagini preliminari, invece, è il pubblico ministero a scegliere se procedere separatamente<sup>18</sup> oppure svolgere indagini contestuali relative ai distinti procedimenti connessi, unificando a tal fine i corrispondenti numeri identificativi<sup>19</sup>. L'eventuale trattazione congiunta delle indagini relative a reati connessi, però, non configura una riunione di procedimenti.

#### 4.4. - *Conflitti di giurisdizione e di competenza*

La disciplina dei conflitti di giurisdizione e di competenza, allo stesso modo di quella concernente la rilevazione dell'incompetenza, serve ad assicurare effettiva applicazione alle previsioni sulla cui base il legislatore procede, da un lato, al riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudici speciali; dall'altro, alla distribuzione della competenza fra i diversi giudici penali. Si tratta di rimedi destinati a garantire, nella concretezza dello specifico procedimento, che nessuno venga distolto dal proprio giudice naturale precostituito per legge. Allo stesso tempo, però, l'istituto dei conflitti serve a

<sup>17</sup> V. *infra*, cap. XV, § 2.

<sup>18</sup> Cass., 12 gennaio 1998, Cusani, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3101; Cass., 19 gennaio 2012, R., in *C.e.d.* 255258; Cass., 3 dicembre 2014, Germani ed a., *ivi* 263634.

<sup>19</sup> Cass., 28 agosto 1992, Viola, in *Cass. pen.*, 1994, p. 968; Cass., 3 dicembre 2013, Cattafi, in *C.e.d.* 257943.

prevenire (nel caso di conflitto positivo) la moltiplicazione di attività giurisdizionale in relazione al medesimo procedimento, della cui cognizione deve essere investito, invece, un unico giudice; ovvero a contrastare (ed è il caso del conflitto negativo) l'inerzia del giudice.

Il conflitto di giurisdizione e quello di competenza insorgono quando il giudice ordinario e altro giudice speciale (conflitto di giurisdizione), o più giudici ordinari (conflitto di competenza) affermino o neghino, entrambi, la propria giurisdizione o la propria competenza. Il conflitto è positivo, nel caso in cui i diversi giudici si riconoscono aventi giurisdizione o competenza; negativo, nell'opposto caso in cui ciascuno si ritenga deficitario dell'una o dell'altra e, su tali basi, intenda spogliarsi del procedimento.

Se nessuno dei giudici in conflitto propizia la cessazione di esso mediante declaratoria conforme all'affermazione di competenza o incompetenza dell'altro giudice (art. 29), l'organo deputato a risolvere l'*impasse* è la Corte di cassazione, alla quale la questione viene rimessa dal giudice che rileva la sussistenza del conflitto con ordinanza, corredata degli atti necessari alla sua risoluzione (art. 30 comma 1). Il conflitto medesimo può altresì essere denunciato dal pubblico ministero presso uno dei giudici in conflitto o da altra parte privata. Anche in caso di denuncia di parte, il giudice è tenuto a trasmettere la denuncia e la documentazione ad essa allegata nonché, eventualmente, gli ulteriori atti necessari per risolvere il conflitto (art. 30 comma 2).

La Corte di cassazione, assunte informazioni e acquisiti gli atti e documenti ritenuti necessari per la risoluzione del conflitto, decide con sentenza in esito a procedimento in camera di consiglio ai sensi dell'art. 127 (art. 32 comma 1). Tale pronuncia è vincolante nel corso del processo, a meno che non emergano nuove risultanze da cui discenda una modifica della qualificazione giuridica del fatto oggetto del procedimento, cui corrisponda il mutamento della giurisdizione o la competenza di un giudice superiore (art. 25). Dopo la pronuncia della Corte di cassazione che compone il conflitto, restano efficaci le prove già acquisite dal giudice poi dichiarato incompetente, ma sono utilizzabili solo in udienza preliminare o ai fini delle contestazioni di cui agli artt. 500 e 503 le dichiarazioni ripetibili raccolte davanti al giudice incompetente per materia (art. 32 comma 3, nella parte in cui richiama l'applicabilità dell'art. 26).

#### 4.5. - *Giudice monocratico e giudice collegiale*

Fra i reati di competenza del Tribunale, è prevista una ripartizione interna degli affari penali fra organo collegiale e monocratico, effettuata sulla base del duplice criterio quantitativo e qualitativo (art. 33 *bis*). L'articolazione in due distinti organi giurisdizionali interna all'ufficio del Tribunale costituisce

un'innovazione relativamente recente, introdotta con la riforma del giudice unico (d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51), che ha soppresso l'ufficio del Pretore, vale a dire quello che per lungo tempo è stato l'unico e tradizionale ufficio monocratico della organizzazione giudiziaria italiana.

Sono attribuiti al Tribunale collegiale i delitti puniti con la reclusione superiore nel massimo a dieci anni (da calcolare ai sensi dell'art. 4)<sup>20</sup> anche nell'ipotesi di tentativo, nonché altri reati indicati specificamente, che risultano in tal modo sottratti dal gruppo di quelli affidati alla cognizione dell'organo monocratico. I reati puniti con la reclusione non superiore nel massimo a dieci anni, più altri specificamente indicati – che in assenza di tale espresso richiamo sarebbero rientrati nel novero di quelli attribuiti al collegio – risultano invece attribuiti al Tribunale in composizione monocratica.

Ad esempio, i reati connessi al traffico illecito di stupefacenti sono tutti di competenza del Tribunale: quelli meno gravi, però, sono attribuiti al Tribunale in composizione monocratica (art. 33 *ter*, che si riferisce al delitto di produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope, di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990), mentre quelli più gravi – come le forme aggravate ai sensi dell'art. 80 d.P.R. n. 309 del 1990, o come il delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope – spettano al Tribunale in composizione collegiale (art. 33 *bis* comma 2).

Questa distribuzione è stata volutamente ricondotta dal legislatore a un fenomeno diverso dalla competenza, denominato attribuzione. Tale scelta è stata mossa dall'intento di distinguere, quanto a effetti invalidanti, l'incompetenza per materia dall'inosservanza delle norme circa l'attribuzione di un reato al giudice collegiale o monocratico. Il legislatore, insomma, ha inteso mitigare il più possibile le conseguenze invalidanti dell'eventuale erronea attribuzione del processo al giudice monocratico piuttosto che a quello collegiale. Congeniale a tale logica, poi, è la regola secondo cui le disposizioni sull'attribuzione degli affari penali al Tribunale collegiale o monocratico «non si considerano attinenti alla capacità del giudice né al numero dei giudici necessario per costituire l'organo giudicante» (art. 33 comma 3).

La distinzione, quanto agli effetti, fra incompetenza per materia e viziata distribuzione degli affari tra Tribunale collegiale e monocratico, risultante dal combinato disposto degli artt. 33 comma 3, 33 *bis*, 33 *ter* e 33 *quater* merita di essere criticata, in quanto esprime la discutibile indifferenza normativa per la garanzia della collegialità<sup>21</sup>. Al contrario, la collegialità costituisce «supporto e fondamento d'imparzialità e qualità»<sup>22</sup> ed è «un rimedio alla fallibilità del giudizio», poiché «il confronto tra opposte alternative, nella misura in

---

<sup>20</sup> V. *retro* § 4.1.

<sup>21</sup> M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, 1989, p. 185.

<sup>22</sup> M. NOBILI, *Intervento*, in AA.Vv., *Il giudice unico nel processo penale*, Giuffrè, 2001, p. 321.

cui ripropone il gioco dialettico in seno al collegio, costituisce un limite alla imprevedibilità delle decisioni»<sup>23</sup>.

L'erronea attribuzione al giudice monocratico, invece che a quello collegiale, deve essere rilevata o eccepita, a pena di decadenza, prima delle conclusioni dell'udienza preliminare ovvero, nei processi in cui tale udienza non è prevista, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, entro il termine previsto per la trattazione delle questioni preliminari dall'art. 491. Entro quest'ultimo termine, poi, può essere riproposta l'eccezione circa l'erroneità dell'attribuzione, nel caso in cui essa sia stata respinta in udienza preliminare (art. 33 *quinquies*).

Occorre considerare che, per un cospicuo gruppo dei reati attribuiti al Tribunale in composizione monocratica, sono previste le peculiari forme procedurali stabilite nell'VIII libro del codice, che sono, principalmente: la mancanza dell'udienza preliminare, l'emissione della citazione diretta a giudizio da parte del pubblico ministero e la celebrazione dell'udienza pre-dibattimentale.

Nel caso di procedimento con più imputazioni, relative a reati attribuiti sia al Tribunale in composizione collegiale che a quello in composizione monocratica, se a conclusione dell'udienza preliminare è stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere soltanto in ordine ai reati di competenza dell'organo collegiale, deve essere disposto contestualmente il rinvio a giudizio per gli eventuali altri reati attribuiti alla cognizione dell'organo monocratico, a meno che per questi ultimi non fosse previsto l'esercizio dell'azione penale mediante citazione diretta<sup>24</sup>.

Gli effetti della rilevazione dell'erronea attribuzione di un reato mutano a seconda che l'udienza preliminare sia prevista oppure no nel procedimento male incardinato e/o in quello che invece deve correttamente incardinarsi dopo la rilevazione del difetto di attribuzione.

Se il difetto di attribuzione è rilevato in udienza preliminare e il reato è ricompreso fra quelli per i quali l'art. 550 dispone la citazione diretta, il giudice dispone con ordinanza che gli atti siano trasmessi al pubblico ministero (art. 33 *sexies* comma 1). Se invece l'inosservanza delle regole sul riparto degli affari penali tra collegio e giudice monocratico è rilevata nel dibattimento di primo grado, occorre distinguere in funzione di quanto accaduto prima della sua instaurazione. Se è stata celebrata l'udienza preliminare e il giudice del dibattimento rilevi che il fatto è attribuito al Tribunale in altra composizione, allora pronuncia ordinanza di trasmissione degli atti all'altro giudice (art. 33 *septies* comma 1). Se, invece, non è stata celebrata l'udienza preliminare e questa, invece, andava celebrata, occorre rimediare al vizio mediante la regressione del procedimento: è così disposta con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero perché proceda alla formulazione dell'imputazione con la richiesta di rinvio a giudizio (art. 33 *septies* comma 2).

Nel caso in cui l'erronea attribuzione sia stata tempestivamente e correttamente eccepita e, tuttavia, il giudice di primo grado non l'abbia rilevata, al vizio può essere ancora posto rimedio dal giudice di appello o dalla Corte di cassazione. Il primo, qualora ritenga che in primo grado avrebbe dovuto pronunciarsi il giudice collegiale – e sempre che l'erronea attribuzione sia stata eccepita ritualmente ed espressamente denunciata nei motivi di appello – emette sentenza di annullamento e ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero (art. 33 *octies* comma 1). Se invece il difetto di attribuzione riguarda una sentenza di primo grado emessa dal collegio e non dall'organo monocratico, il giudice di appello si pronuncia nel merito e non si ha regressione del procedimento (art. 33 *octies* comma 2).

La Corte di cassazione può essere adita sulla corretta attribuzione del Tribunale, sempre che tale doglianza sia contenuta in uno specifico motivo di ricorso, in esito a ricorso ordinario

<sup>23</sup> G. DE LUCA, *Intervento*, in AA.VV., *Il giudice unico*, cit., p. 11.

<sup>24</sup> Cass., Sez. un., 29 novembre 2019, Sacco, in *C.e.d.* 277304.

oppure *omisso medio*. Nel primo caso, interloquisce sulla questione solo se il processo è stato erroneamente giudicato dall'organo monocratico e il vizio risulti essere stato eccepito entro il termine previsto a pena di decadenza e non rilevato né dal giudice di primo grado, né da quello di appello investito della questione da specifici motivi di appello (art. 33 *octies* comma 1). Questo perché ai sensi dell'art. 33 *octies* comma 2 il giudice di appello che rilevi l'appartenenza del reato giudicato in sede collegiale alla cognizione del Tribunale in composizione monocratica è tenuto a pronunciarsi nel merito senza procedere all'annullamento in appello. Quando invece si pronuncia *per saltum*, o a seguito di ricorso presentato avverso sentenza di primo grado inappellabile – e quindi non ricorre il presupposto fissato nell'ultimo periodo dell'art. 33 *octies* comma 1 – la Corte di cassazione può rilevare il vizio di attribuzione non solo nel caso di erronea attribuzione all'organo monocratico invece che collegiale, ma pure nell'ipotesi inversa, sempre che la questione sia stata ritualmente eccepita ai sensi dell'art. 33 *quinquies* comma 1.

Un errore di investitura del Tribunale può concernere, oltre alla ripartizione degli affari penali tra collegio e giudice monocratico, anche la distribuzione territoriale fra sede principale e relative sezioni distaccate del Tribunale. Infatti, dopo la soppressione di tutte le originarie 220 sezioni distaccate di Tribunale dovuta all'art. 2 comma 1 d.lgs. 7 settembre 2012, n. 155, una minima quota di esse risulta tuttora funzionante. Della violazione dei criteri di ripartizione territoriale fra sede centrale e sedi distaccate si occupa l'art. 163 *bis* disp. att., stabilendo che essa può essere rilevata fino alla dichiarazione di apertura di dibattimento di primo grado e che il giudice, ove la consideri sussistente o solo non manifestamente infondata, rimette gli atti al Presidente del Tribunale, che si pronuncia al riguardo con decreto non motivato e inoppugnabile.

##### 5. - *Gli istituti a salvaguardia dell'imparzialità della persona del giudice: incompatibilità, astensione e ricusazione*

L'imparzialità costituisce uno dei fondamentali principi che la Costituzione detta in materia di giurisdizione, tant'è che anche prima della sua esplicita previsione nel secondo comma dell'art. 111 Cost. si affermava pacificamente che «il principio del giudice naturale precostituito per legge, dal quale nessuno può essere distolto [...], risponde al diritto fondamentale ad avere un giudice indipendente e imparziale»<sup>25</sup>. Il legislatore prevede apposite regole per consentire alle parti di propiziare l'esclusione del giudice che non risulti tale sulla base di elementi di fatto obiettivi e concreti. Al tempo stesso, altre regole impongono al giudice medesimo di esimersi dall'esercitare la funzione giurisdizionale ogni qualvolta risultino le specifiche contingenze che consentirebbero alle parti di estrometterlo dal processo.

Gli istituti volti a evitare la trattazione di un procedimento da parte di un magistrato nei cui confronti risultino situazioni atte a pregiudicarne l'imparzialità sono: l'incompatibilità, l'astensione e la ricusazione del giudice, la cui disciplina ha carattere eccezionale e tassativo, risultando così di stretta interpretazione<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Corte cost., 20 dicembre 1994, n. 460, § 2; nonché, successivamente, Corte cost., 23 dicembre 1998, n. 419, § 2.

<sup>26</sup> Cass., 5 febbraio 2019, Monteleone, in *C.e.d.* 276004; Cass., 7 dicembre 2017, Di Marco, *ivi* 272845; Cass., 11 giugno 2013, De Donno, *ivi* 255693; Cass., 19 marzo 2009, Sanna, *ivi* 243747; Cass., 2

Talvolta, i fatti che determinano il venir meno della imparzialità del giudice sono riconducibili allo stesso espletamento di compiti istituzionali; altre volte, essi discendono dall'esistenza di peculiari relazioni fra il giudice medesimo e una delle parti in causa.

Rientrano nel primo gruppo le diverse ipotesi in cui l'art. 34 stabilisce l'incompatibilità del giudice determinata da atti del procedimento.

Quando il giudice afferma o nega che una persona abbia commesso un fatto di reato perde la sua imparzialità perché, facendo propria una delle due istanze dialettiche in gioco, non si trova più in una posizione di equidistanza fra accusa e difesa. Per questo, la legge qualifica come incompatibile con l'esercizio della funzione giudicante il giudice che abbia adottato provvedimenti in cui sia implicita una presa di posizione sul merito della regiudicanda.

Più precisamente, il giudice che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado del processo non può esercitare funzioni di giudice negli altri gradi, né partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento o al giudizio di revisione (art. 34 comma 1). Nemmeno può partecipare al giudizio del giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare, o ha disposto il giudizio immediato, o ha emesso decreto penale di condanna, o ha deciso sulla impugnazione avverso la sentenza di non luogo a procedere (art. 34 comma 2). Ancora, non può esercitare l'ufficio di giudice chi, nel medesimo procedimento, ha esercitato funzioni di pubblico ministero, o ha svolto 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 (art. 34 comma 3).

L'elenco delle situazioni destinate a integrare un'ipotesi d'incompatibilità del giudice per atti compiuti nel procedimento si è nel tempo progressivamente ampliato, in ragione dell'elevato numero di declaratorie d'incostituzionalità dell'art. 34 di tipo "additivo", che hanno aggiunto ulteriori casi originariamente non contemplati dal legislatore.

Ad esempio, si è rilevato che, in analogia con quanto previsto nei commi 1 e 2 dell'art. 34, il giudice che si sia pronunciato in materia di misure cautelari personali non possa svolgere funzioni di giudice nel dibattimento, o ai fini della definizione del processo con giudizio abbreviato o con applicazione della pena su richiesta delle parti<sup>27</sup>; e che, allo stesso modo in cui ciò accade nelle ipotesi di cui all'art. 34 comma 3, il giudice perda l'imparzialità quando partecipi alla costruzione dell'accusa, ordinando al pubblico ministero di formulare l'imputazione (art. 409 comma 5), oppure disponendo la trasmissione degli atti al pubblico ministero in esito

---

dicembre 2008, De Rito, *ivi* 242720; Cass., 5 febbraio 1999, Bagedda, *ivi* 213519; Cass., 10 marzo 1994, Ferlin, *ivi* 198490; Cass., 18 maggio 1993, Ferlito, *ivi* 194237.

<sup>27</sup> Corte cost., 15 settembre 1995, n. 432 e Corte cost., 20 maggio 1996, n. 155.

al dibattimento, dopo aver rilevato che il fatto è diverso da come descritto nell'imputazione (art. 521 comma 2)<sup>28</sup>.

Sintetizzando al massimo, alla stregua dell'elaborazione compiuta dalla giudice delle leggi, ciò che "pregiudica" la necessaria imparzialità dell'organo giudicante è che questi abbia conosciuto e valutato le risultanze delle indagini e, su tali basi, abbia assunto una deliberazione in ordine al fatto addebitato; mentre la sede "pregiudicata", vale a dire il contesto procedimentale in cui la predetta deliberazione "pregiudicante" determina l'estromissione del giudice, è la valutazione sul merito dell'accusa, quindi il giudizio dibattimentale, il giudizio abbreviato, l'applicazione della pena su richiesta delle parti, il decreto penale di condanna.

Sulla scia della giurisprudenza costituzionale, pure il legislatore ha novellato l'art. 34, inserendo altri commi. È stato così previsto che non può tenere l'udienza preliminare e nemmeno partecipare al giudizio, o emettere il decreto penale di condanna, il giudice che nel medesimo procedimento abbia esercitato funzione di giudice per le indagini preliminari (art. 34 comma 2 *bis*).

Alle incompatibilità codificate nell'art. 34 si aggiungono quelle previste dall'ordinamento giudiziario, i cui artt. 18 e 19 contemplano una dettagliata disciplina della incompatibilità di sede per rapporti di parentela o affinità con esercenti la professione forense, ovvero per rapporti di parentela o affinità con magistrati o ufficiali o agenti di polizia giudiziaria della stessa sede. Contigue a queste ultime, perché sempre fondate sulla relazione di coniugio, parentela o affinità, sono infine le ipotesi di incompatibilità previste dall'art. 35, ove è stabilito che nello stesso procedimento non possono esercitare funzioni, anche separate o diverse, giudici che sono tra loro coniugi, parenti o affini fino al secondo grado.

Ricorrendo uno dei casi di incompatibilità previsti dalla legge, il giudice è tenuto a spogliarsi spontaneamente del procedimento formulando dichiarazione di astensione (art. 36 comma 1); in mancanza dell'astensione del giudice, quest'ultimo può essere ricusato dalle parti (art. 37 comma 1).

Le cause d'incompatibilità del giudice previste negli artt. 34 e 35 non esauriscono i motivi che possono legittimare la dichiarazione di astensione o di ricusazione.

Il giudice ha l'obbligo di astenersi: se ha interesse nel procedimento o se alcuna delle parti private o un difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli; se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una di dette parti è prossimo congiunto di lui o del coniuge; se ha dato consigli o manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie; se vi è inimicizia grave fra lui o un suo prossimo congiunto e una delle parti private; se alcuno dei prossimi congiunti di lui o del coniuge è offeso o danneggiato dal reato o parte privata; se un prossimo congiunto di lui o del coniuge svolge o ha svolto funzioni di pubblico ministero; se esistono «altre gravi ragioni di convenienza» (art. 36 comma 1).

<sup>28</sup> Corte cost. 26 ottobre 1990, n. 496; Corte cost., 12 novembre 1991, n. 401; Corte cost., 30 dicembre 1994, n. 455; Corte cost., 5 dicembre 2008, n. 400.

Un esempio di “interesse nel procedimento” rilevante ai fini dell’astensione o della ricasazione è stato ravvisato quando un giudice, sottoposto a procedimento disciplinare per comportamenti attinenti ad attività e provvedimenti giurisdizionali in precedenza adottati, sia poi chiamato a pronunciarsi nello stesso procedimento penale e in relazione ai medesimi fatti<sup>29</sup>: in tale situazione, infatti, sulla persona del giudice pesa il condizionamento derivante dalla pendenza del procedimento disciplinare e, più in particolare, dai dubbi circa la possibile incidenza su di esso delle nuove decisioni da assumere. Altro caso di “interesse nel procedimento” ai fini dell’astensione o della ricasazione è stata considerata la contemporanea appartenenza alla massoneria di una parte del procedimento e del relativo giudice<sup>30</sup>. Inoltre, fra le “gravi ragioni di convenienza” di cui alla lett. *h* dell’art. 36, la giurisprudenza ha ricompreso l’esigenza di evitare la partecipazione allo svolgimento dell’istruttoria dibattimentale di uno dei componenti del collegio in procinto di essere collocato a riposo<sup>31</sup>.

In tutti i casi in cui il giudice dovrebbe spontaneamente astenersi dal procedimento – eccetto quello delle gravi ragioni di convenienza, rimesso nella piena disponibilità del giudice medesimo – le parti possono ricusarlo (art. 37), entro gli stringenti termini fissati nell’art. 38. Ulteriore causa di ricasazione, poi, si realizza se il giudice, nell’esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata sentenza, manifesti indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell’imputazione (art. 37 comma 1 lett. *b*). A questo riguardo si è affermato che una delibazione incidentale su una questione processuale possa configurare un caso di “indebita” manifestazione del convincimento da parte del giudice, solo se la decisione medesima abbia anticipato la valutazione sulla colpevolezza dell’imputato, senza che tale apprezzamento fosse imposto o giustificato dalla specificità procedurale della pronuncia adottata<sup>32</sup>.

La dichiarazione di astensione è presentata al Presidente della Corte o del Tribunale, che decide con decreto senza formalità di procedura. Sulla dichiarazione di astensione del Presidente del Tribunale decide il Presidente della Corte di appello; su quella del presidente della Corte di appello decide il presidente della Corte di cassazione (art. 36 commi 3 e 4). Sulla dichiarazione di ricasazione, invece, decide la Corte di appello, se il giudice ricusato è del Tribunale o della Corte di assise o della Corte di assise di appello; la stessa regola vale se il giudice ricusato è della Corte d’appello, ma sulla sua ricasazione decide una sezione diversa da quella di appartenenza (art. 40 comma 1). Sulla ricasazione di un giudice della Corte di cassazione, infine, decide una sezione della Corte, diversa da quella a cui appartiene il giudice ricusato (art. 40 comma 2).

I motivi della ricasazione devono essere indicati nella dichiarazione di ricasazione, a pena di inammissibilità (art. 38 comma 4), unitamente alle prove sulle quali la stessa si fonda (art. 38 comma 3). Non è ammessa la ricasazione dei giudici chiamati a decidere sulla ricasazione (art. 40 comma 3).

Il giudice ricusato non può pronunciare né concorrere a pronunciare sentenza fino a che non sia intervenuta l’ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricasazione (art. 37 comma 2). L’ordinanza che decide sul merito della ricasazione – ricorribile per cassazione nelle forme di cui all’art. 611

<sup>29</sup> Cass., 6 aprile 1999, Cuzzocrea, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p. 526.

<sup>30</sup> Cass., 13 ottobre 1997, Rotunno, in *Giust. pen.*, 1999, III, c. 41.

<sup>31</sup> Cass., 27 settembre 2016, Valenti ed a., in *C.e.d.* 268830.

<sup>32</sup> Cass., Sez. un., 27 settembre 2005, Falzone ed a., in *Cass. pen.*, 2006, p. 403 ss.

(art. 41 comma 1) –provvede contestualmente a dichiarare se e in quale parte gli atti compiuti precedentemente dal giudice ricusato devono considerarsi efficaci (art. 42 comma 2) e anche tale delibazione è sottoposta al sindacato del giudice di legittimità<sup>33</sup>.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, in pendenza della decisione sull'istanza di ricsuzione, il giudice dell'udienza preliminare non può definirla ed è nullo il decreto che dispone il giudizio eventualmente pronunciato prima dell'accoglimento della predetta istanza<sup>34</sup>. La Corte costituzionale ha rilevato che, alla luce del principio di razionalità normativa, vanno censurati istituti e regole suscettibili di un uso distorto, che pregiudica l'efficiente svolgimento della funzione giurisdizionale; su tali basi, l'art. 37 comma 2 è stato dichiarato incostituzionale nella parte in cui è applicabile quando sia stata nuovamente proposta una dichiarazione di ricsuzione fondata sui medesimi motivi di altra già rigettata<sup>35</sup>.

## 6. - *La rimessione del processo*

La rimessione del processo consiste nello spostamento della sede di celebrazione del giudizio penale al fine di evitare che situazioni locali, esterne rispetto al processo medesimo, influenzino negativamente la serenità del suo svolgimento e provochino condizioni di fatto che pregiudicano l'imparzialità dell'ufficio giudiziario competente nel suo complesso. Mentre l'astensione e la ricsuzione tutelano il corretto esercizio della funzione giurisdizionale in relazione al singolo giudice persona fisica, la rimessione riguarda l'istituzione giurisdizionale di un dato luogo in tutte le sue articolazioni e indipendentemente dalla singola persona fisica investita della regiudicanda. In altri termini, ciò che rileva non è la sussistenza di orientamenti o relazioni personali e condotte riconducibili a uno specifico magistrato, bensì l'accertamento di situazioni ambientali estrinseche a ciascun soggetto del procedimento, che rischiano di turbare il giudice, le parti, i testimoni o qualsiasi altra persona che prenda parte al suo svolgimento.

Presupposto della rimessione, quindi, è la persistenza di specifiche situazioni locali non eliminabili, che alterano il regolare svolgimento del processo, vulnerando la libertà di autodeterminazione delle diverse persone in esso coinvolte; ovvero tali da mettere a rischio la sicurezza o l'incolumità pubblica o da determinare motivi di legittimo sospetto (art. 47 comma 1).

Stante il carattere locale delle situazioni pregiudicanti, il relativo rimedio consiste nello spostamento del luogo di celebrazione del processo, disciplinato attraverso la stringente predeterminazione legale delle situazioni di fatto alla cui ricorrenza connettere la *translatio iudicii*. L'individuazione di presupposti specificamente determinati, infatti, costituisce *condicio sine*

<sup>33</sup> Cass., Sez. un., 16 luglio 2020, Gerbino, in *C.e.d.* 280116-02.

<sup>34</sup> Cass., Sez. un., 16 luglio 2020, Gerbino, in *C.e.d.* 280116-01.

<sup>35</sup> Corte cost., 23 gennaio 1997, n. 10.

*qua non* della compatibilità costituzionale di questo istituto, che altrimenti rischierebbe di contrastare con il principio del giudice naturale (art. 25 Cost.). Il trasferimento da una sede all'altra, infatti, si risolve nella individuazione del giudice competente sulla base di una valutazione *ex post*, mentre la Costituzione impone la predeterminazione legale dell'ufficio giurisdizionale avente cognizione su una determinata regiudicanda. Perciò, la disciplina della rimessione, per non contrastare con l'art. 25 Cost. va formulata alla stregua di un duplice livello di vincoli legislativi. Da un lato, deve risultare precisa e determinata la descrizione delle condizioni in presenza delle quali può darsi luogo al mutamento di sede del processo; dall'altro, devono risultare predeterminati con pari precisione i criteri sulla cui base individuare il giudice dinanzi al quale spostare la celebrazione del processo.

La decisione circa la *translatio iudicii* spetta alla Corte di cassazione che, ove ritenga sussistenti i presupposti della rimessione, emette ordinanza di accoglimento dell'istanza proposta, contenente l'indicazione del nuovo giudice, da individuare ai sensi dell'art. 11 (art. 47 comma 1). Il giudice dinanzi al quale è spostata la celebrazione del processo, quindi, è quello avente sede nel capoluogo del distretto di Corte d'appello determinato attraverso l'applicazione del criterio "circolare" fissato nella tabella allegata all'art. 1 disp. att., che collega ciascuna sede di Corte di appello ad altra contigua. Pertanto, se il processo si sta svolgendo nel distretto della Corte di appello di Roma, l'eventuale accoglimento dell'istanza di rimessione determinerà lo spostamento della competenza a favore dello stesso giudice che si trova ove ha sede la Corte d'appello di Perugia; se il processo si sta svolgendo nel distretto della Corte d'appello di Perugia, lo spostamento avverrà a favore dello stesso giudice che si trova nel capoluogo della Corte d'appello di Firenze, etc.

La rimessione del processo è materia controversa, sulla quale non è agevole prendere posizione. Taluni escludono che tale istituto possa mai risolversi nella sottrazione di un imputato e del relativo processo al suo giudice naturale, in quanto l'imparzialità del giudice è connotato insopprimibile del giudice naturale e le turbative ambientali che costituiscono i presupposti della rimessione vengono in rilievo, ai fini dell'eventuale spostamento della sede in cui è incardinato il procedimento, proprio perché pregiudicano l'imparzialità del giudice individuato applicando le generali regole sulla competenza. Quale strumento codificato a salvaguarda della imparzialità del giudice, quindi, la rimessione avrebbe la funzione di consentire la piena effettiva attuazione di quanto garantito dall'art. 25 Cost., consentendo di celebrare il processo davanti al solo giudice naturale possibile, quello cioè che né risulti né tantomeno appaia pregiudicato nella sua imparzialità.

A tali osservazioni, però, è facile ribattere che considerare la rimessione come un efficace presidio dell'imparzialità dell'ufficio giudicante appare un'illusione antistorica. Tale istituto è congeniale a un contesto sociale non più attuale, fatto di comunità chiuse e con scarsa mobilità dei suoi componenti; caratterizzato da difficoltà di comunicazioni, limitatissima diffusione di *mass media*, assenza di *social network* virtuali. Nell'epoca della globalizzazione e degli *haters*, delle *fake news* e delle "macchine del fango", celebrare un processo a Perugia piuttosto che a Roma o a Firenze non cambia di molto il contesto ambientale capace di nuocere allo svolgimento del processo che la rimessione mira a neutralizzare.

A ciò deve aggiungersi che la fisionomia costituzionale del giudice naturale implica la necessaria previa determinazione legale dell'ufficio giudicante chiamato a pronunciarsi su una certa vicenda, poiché non è configurabile alcuna imparzialità senza predeterminazione legale e oggettiva del criterio di individuazione del giudice investito della regudicanda. L'art. 25 comma 2 Cost. è davvero osservato soltanto se la *translatio iudicii* in cui consiste la rimessione risulta saldamente e specificamente ancorata a presupposti oggettivi, precisamente determinati e tali da non lasciare spazio alcuno alla interpretazione giudiziale: ma ciò non è tecnicamente possibile. La valutazione necessaria a verificare la sussistenza dei presupposti della rimessione presenta insopprimibili profili di opinabilità e, proprio per questo, lo spostamento della sede del processo si risolve nella deroga all'ordinaria disciplina legale della competenza alla stregua di una *regula juris* costruita dal giudice, successivamente all'instaurazione del processo medesimo, in esito all'apprezzamento in concreto delle situazione impeditiva dello svolgimento del processo nella sua sede "naturale".

Nemmeno la moltiplicazione dei dettagli descrittivi e degli aggettivi nella normazione dei casi di rimessione vale a impedire che tale istituto risulti obliquamente utilizzato dalle parti per ottenere il trasferimento del processo, al fine di propiziare l'investitura di un altro giudice più in sintonia con le proprie posizioni: questa è la matrice storica della rimessione, disciplinata nel *Code d'instruction criminelle* e da lì transitata nel codice di procedura penale del 1930 quale retaggio di un sistema di giustizia penale che non rinunciava ad offrire al pubblico ministero, *longa manus* dell'esecutivo presso le istituzioni giudiziarie<sup>36</sup>, l'occasione per spostare la sede di celebrazione del processo davanti a giudici compiacenti con le politiche governative. A conferma della delicatezza politica del tema meritano di essere ricordate, le interpolazioni legislative e la giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia di rimessione risalenti alla XIV legislatura, quando la qualità di imputato rivestita dall'allora Presidente del Consiglio e da altri parlamentari ha costituito, non solo, l'occasione di importanti pronunce della Suprema corte<sup>37</sup>, ma anche di provvedimenti del legislatore<sup>38</sup>.

In definitiva, la rimessione del processo, nonostante la residualità del suo ambito applicativo e gli indubbi miglioramenti introdotti nel nuovo codice, continua a costituire un istituto altamente problematico del nostro sistema processuale.

In ogni stato e grado del processo di merito, sono legittimati a presentare richiesta di rimessione l'imputato, il Procuratore generale presso la Corte d'appello, il pubblico ministero presso il giudice che procede, ma non la parte civile (art. 45 comma 1). La richiesta dell'imputato deve essere presentata personalmente da quest'ultimo, oppure dal suo procuratore speciale (art. 46 comma 2). A seguito della presentazione della richiesta, il giudice procedente può disporre con ordinanza la sospensione del processo, ove siano riconosciuti il *fumus boni iuris* (e dunque non appaiano insussistenti i presupposti della rimessione) ed il *periculum in mora*, riscontrabile quando l'eventuale continuazione della celebrazione del processo rischi di vanificare gli effetti

<sup>36</sup> V., *infra*, § 7.

<sup>37</sup> Cass., Sez. un., 29 maggio 2002, Berlusconi ed a., in *Cass. pen.*, 2002, p. 3007 ss., con commento di V. GREVI, *Un sorprendente dubbio delle Sezioni unite in tema di rimessione del processo: incostituzionale l'art. 45 c.p.p. per "difetto di delega" rispetto alla previsione del "legittimo sospetto"?*; Cass., Sez. un., 28 gennaio 2003, Berlusconi ed a., in *Guida dir.*, 2003, f. 16, 55 s., con commento di E. MARZADURI, *Solo la presenza di gravi situazioni locali può giustificare una richiesta di spostamento*; Cass., Sez. un., 27 marzo 2003, Previti, in *C.e.d.* 223633. V. anche G. LOZZI, *Corte costituzionale, Sezioni unite e il legittimo sospetto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1436 ss.

<sup>38</sup> L. 7 novembre 2002, n. 248: v. L. GIULIANI, *La nuova disciplina in tema di rimessione del processo*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. Di Chiara, Giappichelli, 2003, p. 391 ss.; *La nuova disciplina della rimessione del processo*, a cura di F. Caprioli, Giappichelli, 2003.

dell'eventuale successivo accoglimento della richiesta di rimessione da parte dalla Corte di cassazione (art. 47 comma 1).

Qualora il Presidente della Corte di cassazione non rilevi profili d'inammissibilità in via di prima deliberazione dell'istanza, assegnando la richiesta di rimessione a una sezione semplice o alle sezioni unite della Corte di cassazione, il processo deve essere senz'altro sospeso: in udienza preliminare, prima dello svolgimento delle conclusioni, restano preclusi i naturali epiloghi della fase; nel dibattimento, prima della discussione, è inibita la pronuncia della sentenza (art. 47 comma 2). In conseguenza della sentenza 22 ottobre 1996 n. 353 della Corte costituzionale, e attualmente ai sensi dell'art. 47 comma 2 ultimo periodo, non può essere disposta la sospensione del processo in caso di presentazione di una richiesta di rimessione fondata sugli stessi elementi sulla cui base, in precedenza, era stata presentata altra analoga istanza dichiarata inammissibile o rigettata.

Quando la Corte di cassazione dispone la rimessione del processo, il giudice designato procede alla rinnovazione degli atti quando una qualsiasi delle parti ne faccia richiesta, ferma restando l'utilizzabilità degli atti validamente compiuti in precedenza e inseriti nel fascicolo per il dibattimento. Alla nuova assunzione delle prove già acquisite non si procede, invece, se è divenuta impossibile la ripetizione della prova; oppure quando si versa in una delle situazioni di cui ai commi 1 e 1 *bis* dell'art. 190 *bis* che escludono, tendenzialmente, l'escussione orale della fonte, a meno che la stessa riguardi «fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni»; oppure risulti necessaria «sulla base di specifiche esigenze» (art. 48 comma 5). All'opposto, quando la richiesta di rimessione è dichiarata inammissibile o rigettata, le parti private che l'hanno presentata possono essere condannate al pagamento di una somma a favore della cassa delle ammende (art. 48 comma 6).

## 7. - *Il pubblico ministero*

Il pubblico ministero è un magistrato. Svolge la funzione di accusa nel procedimento penale – per questo è qualificato anche come parte pubblica – ed è l'organo statutale in capo al quale è soggettivizzato l'interesse generale alla repressione dei reati; sempre al pubblico ministero, poi, l'ordinamento attribuisce il compito di curare l'esecuzione della condanna penale (art. 656 ss.). Ai sensi dell'art. 112 Cost., egli ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, i cui caratteri sono espressamente definiti nell'art. 50 (obbligatorietà, officialità e irretrattabilità)<sup>39</sup>. Per adempiere a tale obbligo è tenuto a svolgere indagini in funzione della ricerca e raccolta delle notizie necessarie alla condanna dei responsabili di azioni criminose<sup>40</sup>. Ciò spiega perché l'intero fenomeno

<sup>39</sup> V. *infra*, cap. IX, § 1.

<sup>40</sup> V. GREVI, *Archiviazione per "inidoneità probatoria"*, cit., p. 78; E. MARZADURI, voce *Azione (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, agg. 1996, p. 9; F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Jovene, 1994, p. 535; M. DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Giappichelli, 2005, p. 32; F. SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Giappichelli, 2005, p. 19 s., nonché p. 217 ss.

processuale è condizionato dal concreto atteggiarsi dell'organo dell'accusa nella fase destinata a precedere l'instaurazione del processo vero e proprio.

L'ufficio del pubblico ministero ha origini storiche risalenti agli inizi del XIX secolo e si ispira al modello del *ministère public* napoleonico. Nella vigenza dei codici di procedura penale anteriori alla Costituzione repubblicana il pubblico ministero è «rappresentante del potere esecutivo presso il potere giudiziario» (è questa l'esplicita previsione dell'art. 129 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1865 e dell'art. 77 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1923).

Nell'ordinamento giudiziario del 1941 mancava una previsione di analogo tenore; tuttavia, vi si affermava che il pubblico ministero fosse sottoposto alla direzione del ministro (art. 69 R. d. 30 gennaio 1941, n. 12) e ciò faceva ritenere, implicitamente, che quest'ultimo avesse il potere di dare ordini, elemento caratteristico della gerarchia. In definitiva, si perpetuava l'idea che il pubblico ministero rappresentasse l'esecutivo davanti al potere giudiziario e, in tale qualità, tale organo costituiva l'istituzione di raccordo tra esecutivo e processo penale, da un lato, e tra il primo e le istituzioni giudiziarie, dall'altro.

Si riteneva che l'ufficio del pubblico ministero si caratterizzasse per l'unità e l'indivisibilità, intendendo per unità il fatto che tutti gli uffici del pubblico ministero sono sottoposti ad una direzione unica; e per indivisibilità il fatto che ciascun singolo rappresentante di tale ufficio rappresenta l'intera istituzione nel suo complesso. Tali caratteri, ancora riscontrabili nell'attuale disciplina del pubblico ministero, in origine si ricollegavano all'organizzazione gerarchica degli uffici – a capo di ciascun ufficio era posto, presso la Corte di cassazione e presso le Corti d'appello, un Procuratore generale del Re e, presso i Tribunali, un Procuratore del Re – al cui vertice si trovava il Guardasigilli. Il pubblico ministero rivestiva una posizione di superiorità rispetto alla magistratura giudicante, in quanto gli era attribuito il compito di vegliare sull'esatta osservanza delle leggi e sulla regolare amministrazione della giustizia, disponendo del potere di promuovere l'azione disciplinare nei confronti dei giudici.

L'ufficio della pubblica accusa, dunque, costituiva un potere che operava «non solo innanzi, ma sopra e dentro la magistratura»<sup>41</sup>, e ciò trovava spiegazione nella necessità di impedire il diffondersi di orientamenti giudiziari che neutralizzassero l'indirizzo politico dei governi.

In Italia, la sottrazione del pubblico ministero alla dipendenza gerarchica nei confronti dell'esecutivo si realizza, inizialmente, con l'art. 39 R.d.lgs. 31 maggio 1946 n. 511, che estende a tali magistrati la garanzia dell'inaffidabilità già riservata ai giudici e modifica la forma di controllo esercitabile dal Ministro di grazia e giustizia da «direzione» a «vigilanza». Successivamente la Costituzione del 1948 fissa nell'art. 112 la norma cardine dell'indipendenza del pubblico ministero da ogni altro potere dello Stato<sup>42</sup>. Indipendenza confermata, peraltro, nell'esplicito riconoscimento di essa contenuto nell'art. 108 comma 2 Cost. con riguardo al pubblico ministero presso le giurisdizioni speciali.

Va sottolineato che i principi costituzionali dedicati alla magistratura risultano suscettibili di interpretazioni antitetice in relazione alla figura del

<sup>41</sup> G. CARCANO, *Il pubblico ministero*, Stabilimento Redaelli della Società Chiusi e Rechidei, 1868, p. 7 ss.

<sup>42</sup> M. CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Giuffrè, 1977, p. 92.

pubblico ministero e all'assetto istituzionale dell'ufficio dell'accusa<sup>43</sup>, poiché tale organo «gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario» (art. 107 comma 4 Cost.), a differenza del giudice, che è soggetto soltanto alla legge (art. 101 comma 2 Cost.). Secondo un primo orientamento, il quadro costituzionale consacrerrebbe l'indipendenza del pubblico ministero esclusivamente sotto il profilo esterno – e quindi fra i diversi uffici del pubblico ministero – e non l'indipendenza del singolo magistrato che svolge tale funzione, ammettendosi l'organizzazione gerarchica all'interno degli uffici di Procura<sup>44</sup>. All'opposto si è ritenuto, invece, che la Costituzione garantirebbe l'indipendenza del singolo magistrato requirente rispetto al titolare dell'ufficio della Procura<sup>45</sup>, pur nella consapevolezza che l'indipendenza intesa quale assenza di qualsivoglia controllo sull'attività dei singoli magistrati che esercitano funzioni di pubblico ministero è un assetto che genera inconvenienti e disfunzioni<sup>46</sup>. Infine, si è sostenuto che la Carta fondamentale non escluderebbe l'eventuale previsione di un rapporto gerarchico dell'ufficio del pubblico ministero risalente al vertice dell'esecutivo<sup>47</sup>.

Tanto più alla luce delle opinioni appena richiamate, risulta di tutta evidenza l'insuperabile alterità fra giudice e pubblico ministero. Solo il pubblico ministero, e non il giudice, procede sulla base di un susseguirsi di scelte non prefigurate né prefigurabili in sede normativa. Si tratta, insomma, «di un'attività che non compone un procedimento a schema stabilito, come invece avviene per il giudice, i cui atti e giudizi trovano nelle norme una disciplina che per ognuno di essi consente di determinare *a priori* la doverosità e di controllarne *a posteriori* la legittimità»<sup>48</sup>. Il modo di condurre e orientare le investigazioni, i tempi da imprimere a esse, la stessa valutazione delle notizie di reato, specie se non qualificate, la loro selezione e la priorità da assegnare a una piuttosto che a un'altra sono altrettanti momenti ineliminabili della

<sup>43</sup> A. PIZZORUSSO, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di G. Conso, Zanichelli, 1979, p. 30 ss.; M. CHIAVARIO, *Il pubblico ministero organo di giustizia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 734 ss.

<sup>44</sup> A. PIZZORUSSO, voce *Organi giudiziari*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Giuffrè, 1981, p. 100 ss.

<sup>45</sup> M. NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., p. 125.

<sup>46</sup> G. DE LUCA, *Controlli extra-processuali ed endo-processuali nell'attività inquirente del pubblico ministero*, in *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. Gaito, Jovene, 1991, p. 217 ss.

<sup>47</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, 9ª ed., Giuffrè, 2012, p. 212 s.; O. DOMINIONI, *Per un collegamento*, cit., p. 67 ss.; G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, 2ª ed., vol. I, Giuffrè, 1965, p. 256 ss.; G. UBERTIS, *Azione penale e sovranità popolare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 1202 s.; A. GAITO, *Natura, caratteristiche e funzioni del pubblico ministero. Premesse per una discussione*, in *Accusa penale*, cit., p. 19.

<sup>48</sup> O. DOMINIONI, *Per un collegamento fra ministro della giustizia e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., p. 56.

funzione requirente, rimessi a giudizi contingenti, condizionati dallo specifico delle situazioni concrete.

Il nostro sistema ha progressivamente emancipato il pubblico ministero dalla risalente impostazione burocratica e gerarchica del relativo ufficio, tendendo alla sostanziale equiparazione tra magistrati giudicanti e requirenti. Tuttavia, mentre all'interno del singolo ufficio resistono relazioni di sovraordinazione del Procuratore rispetto ai singoli sostituti, generalmente si esclude che siano riconducibili a figure gerarchiche le relazioni tra la Procura della Repubblica presso il Tribunale, la Procura generale presso la Corte d'appello e la Procura generale presso la Corte di cassazione<sup>49</sup>.

A seguito della riforma dell'ordinamento giudiziario di cui alla l.d. 25 luglio 2005, n. 150, come attuata dal d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106 recante "Disposizioni in materia di riorganizzazione dell'Ufficio del pubblico ministero, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera d) l. 25 luglio 2005, n. 150", in parte modificato dall'art. 1 l. 24 ottobre 2006, n. 269, l'organizzazione interna delle procure della Repubblica si è strutturata secondo un modello tendenzialmente verticistico. Tra i diversi uffici del pubblico ministero istituiti presso giudici di diverso grado, invece, esiste una concorrenza di funzioni e poteri, paragonabile nella sostanza al rapporto intercorrente fra i diversi giudici nei diversi gradi della giurisdizione. L'art. 6 d.lgs. n. 106 del 2006 riconosce al Procuratore generale presso la Corte d'appello la titolarità dei consueti poteri di vigilanza – analoghi a quelli previsti dalla legge del 1946 sulle guarentigie della magistratura – in funzione dei quali il pubblico ministero di secondo grado «acquisisce dati e notizie dalle Procure della Repubblica del distretto ed invia al Procuratore generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno annuale».

### 7.1. - *La distribuzione dei procedimenti fra i diversi uffici del pubblico ministero*

Gli uffici del pubblico ministero sono istituiti presso i diversi giudici del nostro ordinamento. Le funzioni del pubblico ministero sono esercitate, nelle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado, dai magistrati della Procura della Repubblica presso il Tribunale, il cui ufficio è composto dal Procuratore, da uno o più aggiunti (in numero non superiore a uno ogni dieci sostituti), dai sostituti procuratori. Nei giudizi di impugnazione, il ruolo di parte pubblica è esercitato dai magistrati della Procura generale presso la Corte d'appello o presso la Corte di cassazione (art. 51 comma 1, lett. *a* e *b*), il cui ufficio si compone di un Procuratore generale, di uno (presso la Corte d'appello) o più (presso la Corte di Cassazione) avvocati generali, di sostituti procuratori generali. Presso i giudici militari e minorili sono poi istituiti i relativi uffici di accusa (Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni, Procura militare della Repubblica presso il Tribunale militare, Procura militare generale presso la Corte militare d'appello, Procura generale militare presso la Corte di cassazione). Il pubblico ministero mutua la propria legittimazione all'espletamento delle indagini preliminari e delle

<sup>49</sup> M. L. DI BITONTO, *L'avocazione facoltativa*, Giappichelli, 2006, p. 22 ss.

altre funzioni d'accusa dalla competenza del giudice presso il quale è istituito. In altri termini, la distribuzione degli affari penali fra i diversi giudici sulla base della disciplina della competenza è il criterio che ripartisce fra i differenti uffici del pubblico ministero di primo grado la titolarità del poterdovere di svolgere l'attività investigativa prodromica all'eventuale esercizio dell'azione penale. Tuttavia, la ripartizione dei procedimenti fra i vari uffici del pubblico ministero risulta semplificata rispetto a quanto avviene per il giudice, perché la sola Procura della Repubblica presso il Tribunale svolge le funzioni d'accusa per i reati che competono al Giudice di pace, al Tribunale e alla Corte d'assise. Di conseguenza, le indagini saranno suddivise fra le varie procure in senso per così dire "orizzontale", secondo le regole sulla competenza per territorio e per connessione; invece, per il procedimento di primo grado, l'ufficio dell'accusa è sempre la Procura della Repubblica presso il Tribunale, salvi i casi in cui vengano in considerazione reati devoluti al Tribunale per i minorenni o a quello militare. All'interno di ogni ufficio della Procura della Repubblica la distribuzione degli affari penali è organizzata dal titolare attraverso meccanismi di designazione tendenzialmente automatici e predeterminati, talora implicanti scelte valutative del titolare dell'ufficio (o dell'aggiunto)<sup>50</sup>.

L'art. 13 l. 17 giugno 2022, n. 71 (c.d. riforma Cartabia dell'ordinamento giudiziario) stabilisce che il procuratore della Repubblica predisporre, in conformità ai principi generali definiti dal Consiglio superiore della magistratura, il progetto organizzativo dell'ufficio, da adottare ogni quattro anni, con il quale determina: *a*) le misure organizzative finalizzate a garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale; *b*) i criteri di priorità finalizzati a selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, di cui si deve tenere conto anche ai fini delle misure organizzative *sub a*); *c*) i compiti di coordinamento e di direzione dei procuratori aggiunti; *d*) i criteri di assegnazione e di coassegnazione dei procedimenti e le tipologie di reato per le quali i meccanismi di assegnazione dei procedimenti sono di natura automatica; *e*) i criteri e le modalità di revoca dell'assegnazione dei procedimenti; *f*) i criteri per l'individuazione del procuratore aggiunto o comunque del magistrato designato come vicario nella conduzione dell'ufficio; *g*) i gruppi di lavoro, salvo che la disponibilità di risorse umane sia tale da non consentirne la costituzione, e i criteri di assegnazione dei sostituti procuratori a tali gruppi, che devono valorizzare il buon funzionamento dell'ufficio e le attitudini dei magistrati, nel rispetto della disciplina della permanenza temporanea nelle funzioni, fermo restando che ai componenti dei medesimi gruppi di lavoro non spettano compensi, gettoni di presenza, rimborsi di spese o altri emolumenti comunque denominati.

I caratteri dell'unitarietà, impersonalità e indivisibilità delle funzioni di pubblico ministero si accompagnano al riconoscimento della piena autonomia del magistrato titolare delle relative funzioni solo in udienza (art. 53 comma 1). Delimitate con precisione le cause di sostituzione, cui provvede il titolare dell'ufficio in caso di grave impedimento, di rilevanti esigenze di servizio, di ricorrenza delle situazioni di fatto indicate quali cause di astensione del

---

<sup>50</sup> V. Circolare sull'organizzazione degli uffici di Procura (delibera 16 novembre 2017 e succ. modif. del 18 giugno 2018 e del 16 dicembre 2020), in [www.csm.it](http://www.csm.it).

giudice nell'art. 36 comma 1 lett. *a, b, d, ed e*. Qualunque sia l'ufficio di appartenenza, a ciascun magistrato del pubblico ministero – anche quando esistono gravi ragioni di convenienza – è sempre riconosciuta la facoltà di astensione (art. 52 comma 1), che non è mai obbligatoria sul piano processuale.

In taluni casi l'astensione risulta obbligatoria sul piano disciplinare: secondo la giurisprudenza, il magistrato del pubblico ministero ha il dovere di formalizzare istanza di astensione quando nel processo in cui interviene si manifestino situazioni obiettivamente suscettibili di far ipotizzare che la sua condotta si ispiri non già a fini istituzionali, bensì al soddisfacimento di interessi personali o riconducibili a suoi prossimi congiunti<sup>51</sup>; allo stesso modo, sussiste un obbligo di astensione rilevante sul piano disciplinare quando il pubblico ministero risulti legato al querelante da uno strettissimo grado di parentela, poiché tale fatto è obiettivamente idoneo a ingenerare sospetti di compiacenza e parzialità<sup>52</sup>. Sulla dichiarazione di astensione decide il titolare dell'ufficio (art. 52 comma 2); se questa è presentata dal titolare dell'ufficio decidono, rispettivamente, il procuratore generale presso la Corte d'appello o quello presso la Corte di cassazione, a seconda che la dichiarazione di astensione provenga dal procuratore della Repubblica o dal procuratore generale presso la Corte d'appello (art. 53 comma 3). Con l'accoglimento della dichiarazione di astensione, si procede alla sostituzione del magistrato astenuto (art. 52 comma 4).

In caso di avocazione (artt. 372, 412, 415 *ter* comma 2, 421 *bis*), le funzioni di pubblico ministero sono esercitate da un magistrato della Procura generale presso la Corte d'appello (art. 51 comma 2). Nel nuovo codice di procedura penale il potere di avocazione del Procuratore generale presso la Corte d'appello ha perso l'originaria natura di strumento di sottrazione degli affari più delicati da parte dell'organo superiore. Sul presupposto che ogni situazione di *impasse* riferibile allo svolgimento delle indagini preliminari si ripercuota direttamente sulla stessa operatività dell'obbligo di agire, l'avocazione costituisce un intervento in funzione vicaria, per rimediare a eventuali deficienze o inefficienze dell'ufficio di primo grado.

Si delinea, così, una sorta di “concorso di funzioni” tra pubblici ministeri di primo e secondo grado, le cui prerogative sono esercitate in prima battuta dalla Procura della Repubblica, cui si sostituisce il Procuratore generale in presenza dei presupposti indicati tassativamente dalla legge, al fine di contrastare l'inerzia del primo ufficio mediante il coinvolgimento di quello istituito presso la Corte d'appello, tra i cui compiti istituzionali rientra il controllo sull'efficienza investigativa dei magistrati requirenti di primo grado, in funzione del corretto e uniforme esercizio dell'azione penale. La c.d. riforma Orlando (l. 23 giugno 2017, n. 103) prima e ora la c.d. riforma Cartabia hanno valorizzato ulteriormente il ruolo sussidiario della Procura generale presso la Corte d'appello, attraverso un più ampio coinvolgimento dei suoi componenti nelle indagini e nella stessa assunzione delle determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale. In altre parole, la relazione fra pubblico ministero di primo e secondo grado, perso definitivamente il carattere verticistico, si conforma alla stregua del modello cooperativo, in cui diversi uffici concorrono e si armonizzano fra loro al fine di meglio adempiere i doveri istituzionali dell'organo di accusa.

<sup>51</sup> Cass. civ., Sez. un., 12 maggio 2010, n. 11431, in *C.e.d.* 612707; Cass. civ., Sez. un., 25 novembre 2009, n. 24758, *ivi* 609863; Cass. civ., Sez. un., 24 gennaio 2003, n. 1088, *ivi* 559949.

<sup>52</sup> Cass. civ., Sez. un., 9 aprile 1999, n. 226, in *C.e.d.* 525108.

Le specifiche peculiarità di alcuni fenomeni delittuosi hanno indotto il legislatore, ai fini della realizzazione della più efficiente e razionale conduzione delle investigazioni, ad attribuire in taluni casi le funzioni di pubblico ministero nelle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado all'ufficio della Procura della Repubblica che ha sede presso il Tribunale del luogo ove si trova la Corte d'appello (cosiddetta Procura distrettuale). Con riguardo a fenomeni criminosi di rilevante complessità, infatti, caratterizzati per la loro diffusione in territori ampi e contesti sociali articolati, l'efficienza investigativa dipende anche dalla capacità degli inquirenti di mettere in relazione fra loro diversi fatti di reato posti in essere in differenti luoghi – e quindi appartenenti alla competenza di giudici distinti. Inizialmente, la centralizzazione in sede distrettuale della titolarità delle indagini a fini di salvaguardia dell'efficienza investigativa ha riguardato i procedimenti di criminalità organizzata di stampo mafioso (art. 51 comma 3 *bis*). Successivamente, l'allargamento ad altre tipologie di reati della legittimazione dell'ufficio del pubblico ministero presso il Tribunale del capoluogo del distretto ha perso il suo riferimento esclusivo alle “mafie”; si è esteso prima ai procedimenti relativi a delitti, consumati o tentati, con finalità di terrorismo (art. 51 comma 3 *quater*), poi a quelli concernenti *cybercrimes* o comunque delitti concernenti le tecnologie informatiche, l'indebita interferenza nelle comunicazioni, la pedofilia e pedopornografia (art. 51 comma 3 *quinqüies*).

Nell'ambito dell'ufficio della Procura “distrettuale”, il Procuratore della Repubblica costituisce una Direzione distrettuale Antimafia, per la trattazione dei soli procedimenti relativi ai reati indicati nell'art. 51 comma 3 *bis*.

Al fine della realizzazione dell'effettivo coordinamento dell'attività investigativa, oltre che in funzione di efficace impulso alle indagini svolte dalle diverse procure distrettuali, è stato istituito, nell'ambito della Procura generale presso la Corte di cassazione, l'ufficio della Direzione nazionale antimafia, divenuta successivamente anche antiterrorismo (art. 103 comma 1 d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, modificato dall'art. 10 d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. in l. 17 aprile 2015, n. 43). Al vertice della Direzione c'è il Procuratore nazionale; l'ufficio si compone poi di due Procuratori aggiunti nonché di almeno altri venti magistrati con funzioni di sostituto Procuratore.

Sia il Procuratore nazionale che gli aggiunti sono in carica per quattro oppure otto anni, poiché l'incarico è rinnovabile una sola volta. Tutti i componenti della Direzione nazionale Antimafia e antiterrorismo sono scelti fra quanti hanno svolto funzioni di pubblico ministero per almeno dieci anni – sia pure non continuativi – che abbiano «specifiche attitudini, capacità organizzative ed esperienze nella trattazione di procedimenti in materia di criminalità organizzata e terroristica». Le funzioni del Procuratore nazionale sono previste nell'art. 371 *bis* e sono esercitate in relazione ai procedimenti per i delitti indicati nell'art. 51 comma 3 *bis* e comma 3 *quater*, oltre che in relazione ai procedimenti di prevenzione. Egli svolge funzioni di impulso nei confronti dei Procuratori distrettuali al fine di rendere effettivo il coordinamento delle

attività di indagine, di garantire la funzionalità dell'impiego della polizia giudiziaria nelle sue diverse articolazioni e di assicurare la completezza e tempestività delle investigazioni.

Si ritiene che la Direzione nazionale Antimafia e antiterrorismo costituisca un ufficio del pubblico ministero specializzato e, in ragione di ciò, esso risulta assoggettato alla sorveglianza del Procuratore generale presso la Corte di cassazione (art. 104 d.lgs. n. 159 del 2011).

## 7.2. - *La disciplina dei contrasti*

Nell'originaria formulazione del codice non era previsto alcun controllo volto ad assicurare che il pubblico ministero precedente fosse proprio quello istituito presso il giudice competente a pronunciarsi in ordine ai fatti oggetto delle indagini. Si aveva riguardo soltanto all'esigenza di evitare situazioni di stallo e a tal fine soccorreva la disciplina dei contrasti negativi fra pubblici ministeri (art. 54), che si realizzano quando due distinte procure della Repubblica escludono entrambe la propria legittimazione a svolgere indagini. In questo caso, il compito di dirimere il contrasto spetta alla Procura generale presso la Corte d'appello (nel caso in cui i pubblici ministeri rimasti inerti appartengano allo stesso distretto di Corte d'appello), o a quella istituita presso la Corte di cassazione (nel diverso caso in cui gli uffici del pubblico ministero siano di distretti diversi) (art. 54 comma 2, primo periodo). Su sollecitazione di uno degli uffici in contrasto, dopo avere esaminati gli atti, il Procuratore generale determina quale ufficio debba procedere e ne dà comunicazione sia a quello riconosciuto legittimato allo svolgimento delle indagini, sia all'altro (art. 54 comma 2, primo periodo). Questo criterio verticistico di soluzione del contrasto è stato poi impiegato dal legislatore anche per i contrasti positivi, consistenti nella duplicazione o moltiplicazione di indagini da parte di pubblici ministeri appartenenti a diverse procure, in ordine al medesimo fatto e a carico della stessa persona (art. 54 *bis*).

Nel caso di contrasto positivo o negativo relativo ai reati di cui all'art. 51 commi 3 *bis* e 3 *quater* occorre distinguere fra due situazioni, entrambe disciplinate nell'art. 54 *ter*. Se il contrasto sorge fra diverse direzioni distrettuali, la soluzione di esso spetta sempre alla Procura generale presso la Corte di cassazione, ma quest'ultima deve prima chiedere alla Procura nazionale antimafia e antiterrorismo un parere, di cui tenere conto ai fini della decisione. Se invece il contrasto riguarda una Procura della Repubblica del distretto e la Procura distrettuale, la sua soluzione è affidata alla Procura generale presso la Corte d'appello, tenuta a informare la Procura nazionale del provvedimento adottato.

Da ultimo, con l'introduzione dell'art. 54 *quater*, è stata riconosciuta la facoltà della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa dal reato di dare impulso al procedimento incidentale di verifica della legittimazione allo svolgimento delle indagini dell'ufficio del pubblico ministero che sta

procedendo. Presupposto della procedura *de qua* è che vi siano elementi per ritenere che, sulla scorta degli esiti investigativi disponibili, il reato ipotizzabile sia di competenza di un giudice diverso da quello presso cui è istituito il pubblico ministero che sta procedendo. In tali casi, la persona sottoposta alle indagini e la persona offesa dal reato possono presentare nella segreteria del pubblico ministero procedente una richiesta di trasmissione degli atti a favore di altro pubblico ministero ritenuto legittimato. L'ufficio destinatario della richiesta si pronuncia entro dieci giorni e, se l'accoglie, trasmette gli atti alla Procura della Repubblica in essa indicata. Se, invece, non riconosce la legittimazione allo svolgimento delle indagini dell'ufficio del pubblico ministero indicato nella richiesta, la parte che ha presentato quest'ultima ha facoltà di investire della questione il Procuratore generale presso la Corte d'appello o presso la Corte di cassazione, a seconda che l'altra Procura della Repubblica ritenuta legittimata si trovi nello stesso distretto di Corte d'appello oppure no. Al Procuratore generale, quindi, viene presentata richiesta di determinazione dell'ufficio legittimato all'espletamento delle indagini e su tale richiesta la Procura generale è tenuta a pronunciarsi entro venti giorni, individuando quale sia il pubblico ministero cui spetta il poterdovere di svolgere indagini.

In tutti i casi in cui un ufficio del pubblico ministero succede ad altro istituito presso diverso Tribunale in esito alla trasmissione o alla designazione disciplinate negli artt. artt. 54 ss., gli atti d'indagine compiuti prima conservano il regime di utilizzabilità consueto (artt. 54 comma 3, 54 *bis* comma 4, 54 *quater* comma 5).

#### 8. - *La polizia giudiziaria*

La polizia giudiziaria è l'organo di cui dispone il pubblico ministero ai fini dell'espletamento delle sue prerogative istituzionali e che il codice disciplina fra i soggetti, dopo il giudice e il pubblico ministero. Anche l'autorità giurisdizionale può avvalersi della polizia giudiziaria per eseguire provvedimenti ordinatori (ad esempio l'accompagnamento coattivo dell'imputato o di altre persone) e ordinanze applicative di misure cautelari personali o reali.

La polizia giudiziaria è così qualificata per distinguerla dalla polizia amministrativa o di prevenzione, il cui compito è quello di impedire la commissione di illeciti penali o amministrativi. La polizia giudiziaria, invece, interviene successivamente alla commissione del reato e svolge le funzioni individuate nell'art. 55, vale a dire: «anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati» (funzione informativa); «ricercare gli autori» (funzione investigativa); «assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale» (funzione assicurativa). In ogni

caso, ai sensi dell'art. 220 disp. att., quando nel corso di attività di polizia amministrativa o di prevenzione «emergano indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice».

In altre parole, la commissione del reato costituisce il discrimine per distinguere fra polizia amministrativa e giudiziaria, riconducendo alla prima tutto quanto sta prima della commissione del reato e alla seconda quanto sta dopo. Sul piano operativo, non sempre tale distinzione risulta agevole, perché nella dinamica delle attività poliziesche i due ambiti possono rivelarsi di fatto indistinguibili, sì da rendere necessario riconoscere anche alla polizia amministrativa funzioni di polizia giudiziaria e viceversa. Ne è conferma l'esplicito riferimento a una funzione tipica della polizia di prevenzione contenuto nell'art. 55, consistente nell'«impedire che [i reati] vengano portati a conseguenze ulteriori».

Il catalogo delle tre funzioni informativa, investigativa e assicurativa è risalente nel tempo, tanto che l'attuale formulazione dell'art. 55 è quasi identica a quella dell'art. 219 c.p.p. 1930, anch'esso rubricato “Funzioni della polizia giudiziaria”, che apriva il libro dedicato all'istruzione. Il mutato assetto sistematico del nuovo codice di procedura penale, però, si esprime nell'enunciazione della funzione cosiddetta assicurativa, che non consiste più nell'assicurare le prove dei reati – come nel vecchio codice – bensì nel «compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova», espressione quest'ultima che sottintende la differenziazione concettuale e legale fra atto d'indagine e prova. Allo stesso modo, la formulazione letterale concernente la funzione investigativa testimonia il superamento dell'impronta autoritaria tipica del vecchio sistema: ora la polizia non cerca più “i colpevoli”, come nell'art. 219 c.p.p. 1930, bensì “gli autori”, perché l'affermazione circa la colpevolezza di qualcuno è giudizio che può essere pronunciato solo con sentenza a conclusione del processo penale.

Le funzioni enumerate nell'art. 55 trovano proiezione nelle corrispondenti attività informativa, investigativa e assicurativa disciplinate nel V libro del codice, dedicato alle indagini preliminari e all'udienza preliminare: infatti, anche la polizia giudiziaria, unitamente al pubblico ministero, svolge nell'ambito delle sue attribuzioni le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale (art. 326).

Le funzioni di polizia giudiziaria possono essere esercitate a iniziativa della medesima polizia giudiziaria (artt. 347-357), oppure sotto la direzione o su delega del pubblico ministero (artt. 348 comma 3 e 370). La diretta disponibilità della polizia giudiziaria da parte dell'autorità giudiziaria sancita nell'art. 109 Cost. serve ad assicurare l'autonomia e l'indipendenza della giurisdizione penale, evitando che l'esecutivo possa in qualche modo condizionare l'accertamento processuale<sup>53</sup>, le cui sorti dipendono essenzialmente proprio dalle indagini svolte dagli organi di polizia.

Conformemente a tale impostazione, l'art. 56 ribadisce che le funzioni della polizia giudiziaria sono svolte alle dipendenze e sotto la direzione dell'autorità giudiziaria: a) dai servizi di polizia giudiziaria previsti dalla legge (ne fanno parte gli uffici cui risulta affidato dalle rispettive amministrazioni il compito di svolgere, in via prioritaria e continuativa, le funzioni di polizia giudiziaria: ad esempio, le squadre mobili istituite presso le Questure; i reparti e nuclei

<sup>53</sup> Corte cost., 6 dicembre 2018, n. 229.

operativi dei Carabinieri; i nuclei di polizia tributaria della Guardia di Finanza; il Servizio centrale e interprovinciale interforze per la lotta alla criminalità organizzata); b) dalle sezioni di polizia giudiziaria istituiti presso ogni Procura della Repubblica e composte con personale dei servizi di polizia giudiziaria (nelle quali si realizza il grado massimo di dipendenza organizzativa e funzionale della polizia giudiziaria nei confronti dell'autorità giudiziaria); c) dagli ufficiali e dagli agenti di polizia giudiziaria appartenenti agli altri organi, cui la legge fa obbligo di compiere indagini a seguito di una notizia di reato (si pensi, ad esempio, ai vigili del fuoco cui la legge 13 maggio 1961 n. 469 attribuisce la qualità di agenti o ufficiali di polizia giudiziaria, nei limiti del servizio cui sono destinati, vale a dire esclusivamente in relazione alle fattispecie di reato rientranti nelle specifiche funzioni, compiti o servizi attribuito a questo corpo; lo stesso dicasi per i funzionari ispettivi di INAIL e INPS, che assumono la qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria nei rispettivi ambiti di pertinenza).

L'art. 57 individua gli appartenenti ai diversi corpi di polizia che svolgono funzioni di polizia giudiziaria e distingue fra agenti e ufficiali di polizia giudiziaria, legati da un vincolo gerarchico che subordina i primi ai secondi. Tale distinzione non serve solo all'organizzazione interna dell'ufficio di polizia, ma rileva anche ai fini della legittimazione all'espletamento di specifici atti.

A mero titolo esemplificativo – e senza pretesa di esaustività – si consideri che solo l'ufficiale riceve la denuncia o la querela o l'atto di remissione di querela (artt. 333 comma 2, 337 comma 1, 340 comma 1); assume le sommarie informazioni della persona sottoposta alle indagini sul luogo e nell'immediatezza del fatto (350 comma 5); procede alla perquisizione di propria iniziativa o su delega (artt. 352 e 247 comma 3) e all'acquisizione di plichi o corrispondenza (art. 353).

Nei Comuni nei quali non abbia sede né un ufficio della polizia di Stato, né un Comando dell'arma dei Carabinieri o della Guardia di Finanza, il Sindaco è qualificato ufficiale di polizia giudiziaria (art. 57 comma 1 lett. c).

Ogni Procura della Repubblica dispone della rispettiva sezione di polizia giudiziaria, mentre la Procura generale presso la Corte d'appello dispone di tutte le sezioni istituite presso il distretto (art. 58 comma 1).

La relazione fra gli uffici del pubblico ministero e i servizi della polizia giudiziaria è di tipo gerarchico (art. 59 comma 1), tant'è che l'eventuale esercizio del potere disciplinare è rimesso esclusivamente al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale (art. 59 comma 2). Al fine di evitare interferenze da parte del corpo di polizia di provenienza, poi, è stabilito il divieto per quest'ultimo di distogliere gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria appartenenti alle sezioni dalla loro attività, se non per disposizione del magistrato dal quale dipendono (art. 59 comma 3).

Ulteriori previsioni di dettaglio, a salvaguardia dell'immediata disponibilità della polizia da parte del pubblico ministero, sono poi stabilite nel capo III delle disposizioni di attuazione (artt. 5-20).

La Procura Nazionale antimafia e antiterrorismo è supportata dall'attività di un corpo di polizia esclusivamente deputato alle indagini in tema di criminalità organizzata: la Direzione Investigativa Antimafia (DIA), a sua volta coordinata dal Consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata.

Per quanto riguarda i reati con finalità di terrorismo il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo si avvale altresì dei servizi centrali e interprovinciali delle forze di polizia.

Ai sensi dell'art. 109 d.lgs. n. 159 del 2011, il Ministro dell'Interno riferisce ogni sei mesi al Parlamento sull'attività svolta e sui risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia e, annualmente, presenta insieme alla relazione annuale sull'attività delle forze di polizia e sullo stato dell'ordine e della sicurezza pubblica nel territorio nazionale (*ex art. 113 l. 1° aprile 1981, n. 121, che ha istituito il Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza*), anche il rapporto sul fenomeno della criminalità organizzata.

### 9. - *Imputato e persona sottoposta alle indagini*

Dopo giudice, pubblico ministero e polizia giudiziaria entra in scena l'imputato, cui sono dedicate le previsioni contenute nel titolo IV del primo libro del codice di procedura penale. Norma di apertura è l'art. 60, che riconnette l'assunzione della qualità d'imputato all'avvenuto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, attraverso una delle differenti modalità consentite dalla legge (art. 60 comma 1).

In effetti, qualunque sia l'*iter* di definizione del processo prescelto dal pubblico ministero, sia che si tratti di processo ordinario articolato in udienza preliminare e giudizio, sia che si tratti di uno dei diversi procedimenti speciali di cui al VI libro, la formulazione dell'imputazione – vale a dire la formale attribuzione a una persona, da parte dell'organo dell'accusa, di un fatto di reato concreto attraverso una descrizione che lo determini, lo specifichi e lo precisi<sup>54</sup> – costituisce sempre l'immane contenuto dell'atto con cui il pubblico ministero esercita l'azione penale. La circostanza che l'imputazione debba essere formulata dopo lo svolgimento di tutte le attività investigative ritenute necessarie per vagliare il grado di fondatezza della notizia di reato evidenzia la natura di vero e proprio giudizio di tale atto<sup>55</sup>, che assume il senso di una presa di posizione del pubblico ministero circa il merito dell'ipotesi accusatoria, sulla base delle consapevolezze che gli derivano dagli elementi probatori già raccolti *contra reum*<sup>56</sup>.

Elevare un'accusa a carico di qualcuno porta con sé, quale ineludibile corollario, che la persona accusata sia posta nelle condizioni di difendersi. Non è un caso, quindi, che la norma di apertura della disciplina riguardante l'imputato, che è il naturale antagonista del pubblico ministero, faccia leva proprio sul promovimento dell'azione da parte di quest'ultimo per individuare il fondamento, anche cronologico, dell'assunzione della qualità di

<sup>54</sup> G. CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, 1958, p. 341.

<sup>55</sup> F. CARNELUTTI, *Questioni sul processo penale*, Zuffi editore, 1950, p. 168; E. LEMMO, *L'accusa suppletiva nel dibattimento penale*, Giuffrè, 1972, p. 10 ss.; M. NOBILI, *Accusa e burocrazia*, cit., p. 121.

<sup>56</sup> V. GREVI, *Archiviazione per "inidoneità probatoria"*, cit., p. 65.

imputato. La difesa è la funzione dialetticamente contrapposta all'accusa<sup>57</sup>, sicché dove c'è l'una non può mancare l'altra. Il dialogo che ha per posta la pena – si dice – tende ad assumere la forma naturale del contraddittorio<sup>58</sup>: perciò accusa e difesa sono concetti e istituti che si implicano reciprocamente. Sorta l'accusa non può non esserci una difesa e quindi un imputato.

La qualità di imputato permane per tutta la durata del procedimento, fino alla sua conclusione, vale a dire fino a quando non diviene irrevocabile la sentenza pronunciata nei confronti dell'imputato medesimo (art. 60 comma 2). In caso di revisione – che è l'impugnazione esperibile avverso una sentenza irrevocabile di condanna al fine di sostituire quest'ultimo esito con l'emana-zione di una sentenza di proscioglimento nel merito – la persona condannata assume nuovamente la qualità d'imputato nel corso del relativo procedi-mento, poiché la revisione determina una nuova instaurazione del giudizio (ai sensi dell'art. 636 comma 2, infatti, nel giudizio di revisione si applicano le norme del dibattimento), oltre all'eventuale sospensione dell'esecuzione della pena (art. 635). Lo stesso accade in caso di riapertura del processo a seguito della rescissione del giudicato o di accoglimento della richiesta prevista dall'articolo 628 *bis*, per dare esecuzione nel nostro ordinamento alla pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha riscontrato l'avvenuta violazione di un diritto fondamentale in una procedura giudiziaria e stabilito la necessità di rimediare alla violazione con un nuovo processo (art. 60 comma 3).

Il vigente sistema processuale colloca in una fase avanzata del procedi-mento l'iniziativa del pubblico ministero atta a instaurare il processo. Il fatto che, prima di allora, non esista ancora nessuno qualificabile come imputato non vale a escludere l'antagonismo dialettico fra accusa e difesa nella fase che precede l'esercizio dell'azione penale. Al contrario, la salvaguardia della posizione dell'imputato rappresenta un'esigenza da tutelare ancor prima che una persona abbia assunto tale qualità, vale a dire già quando essa risulti solo sottoposta alle indagini. Prima che il pubblico ministero abbia esercitato l'azione, infatti, la salvaguardia della posizione difensiva risulta per certi versi più pressante e imprescindibile. Durante le indagini preliminari, infatti, lo squilibrio fra la posizione dell'accusa e quella della difesa è molto più mar-cato rispetto a quanto accade dopo l'instaurazione del processo che, invece, realizza – almeno sul piano formale – condizioni di effettiva parità delle parti davanti a un giudice terzo e imparziale.

Come si è avuto modo di rilevare prima, la formulazione dell'imputazione presuppone il dispiegamento di una proficua azione investigativa, funzionale

---

<sup>57</sup> P. FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. pen.*, vol. III, Utet, 1989, p. 466.

<sup>58</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, 9<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 1987, p. 5.

a superare il *deficit* conoscitivo in cui l'organo dell'accusa versa all'inizio del procedimento. Per fare luce su un fatto ignoto l'investigatore formula ipotesi e cerca elementi che le verifichino o le invalidino; per di più, gli esiti della ricerca sono condizionati dalle notizie via via raccolte e dalla maniera in cui tali risultanze vengono valutate. Si tratta, evidentemente, di attività che non può essere indirizzata secondo canoni predefiniti e che è suscettibile di regolamentazione alla stregua di parametri normativi solo con riguardo agli adempimenti formali connessi al compimento dei diversi atti. Nondimeno, le risultanze investigative condizionano enormemente le sorti del procedimento: non solo perché da esse dipendono le stesse determinazioni del pubblico ministero in ordine all'esercizio dell'azione; ma anche perché gli atti d'indagine sono destinati ad assumere valore di conoscenza utilizzabile dal giudice in svariati contesti (ad esempio, ai fini dell'emissione di provvedimenti cautelari restrittivi della libertà personale, oppure della definizione del processo con il giudizio abbreviato o con il cosiddetto patteggiamento).

Per tali ragioni è necessario salvaguardare il diritto di difesa nelle indagini preliminari e una norma *ad hoc*, l'art. 61, estende alla persona sottoposta alle indagini i diritti e le garanzie dell'imputato e l'applicabilità di ogni altra disposizione relativa a quest'ultimo, a meno che non risulti diversamente stabilito.

Com'è ovvio, la salvaguardia della difesa nella fase delle indagini preliminari si atteggia secondo modalità e prerogative peculiari, assai distanti dalle condizioni realizzabili solo nella fase eminentemente processuale.

Ciononostante, quanto stabilito nell'art. 61 ha l'indubbio merito di sottolineare la centralità della salvaguardia della posizione difensiva in ogni stato e grado del procedimento, perché la sua inviolabilità è affermata dalla Costituzione senza restrizioni di sorta (art. 24 comma 2 Cost.) ed esige condizioni di effettività della tutela che prescindono dalla formale acquisizione della qualità di imputato. L'estensione alla persona sottoposta alle indagini dei diritti e delle prerogative previste per l'imputato non opera, però, in senso inverso: le previsioni dettate con riguardo al primo, di regola, non risultano applicabili all'altro<sup>59</sup>.

Nonostante la formale equiparazione fra imputato e persona sottoposta alle indagini (art. 61), l'assunzione delle dichiarazioni della persona cui risulta addebitato un fatto di reato risponde a logiche e regole diverse a seconda che tale atto sia compiuto nel giudizio o in una delle fasi che lo precedono, perché solo nel primo caso la persona accusata è garantita dalle condizioni di parità in cui si trovano accusa e difesa davanti al giudice, nell'attività di formazione in contraddittorio delle prove. In dibattimento, è l'imputato a decidere se

<sup>59</sup> G. GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 166.

sottoporsi ad esame oppure no e, proprio per questo, una volta manifestata la propria volontà favorevole all'esame, egli perde la possibilità di esercitare senza pregiudizio la strategia del silenzio, poiché la rilevanza probatoria dell'esame dell'imputato dipende proprio dal fatto che le sue eventuali mancate risposte possono comunque offrire al giudice argomenti di prova a suo carico (art. 209 comma 2)<sup>60</sup>.

Durante le indagini preliminari, invece, la persona sottoposta alle indagini deve essere lasciata libera di scegliere se rendere dichiarazioni oppure no, senza rischiare pregiudizio alcuno derivante dalla scelta di non deporre, perché ciò serve a compensare le condizioni di inferiorità psicologica e conoscitiva in cui versa la difesa.

Il legislatore presidia la volontarietà del contributo dichiarativo della persona sottoposta alle indagini attraverso la previsione di una serie di obblighi gravanti sull'autorità procedente – incombenti, quindi, innanzitutto su pubblico ministero e polizia giudiziaria – per assicurare le condizioni di fatto che consentano all'inquisito di scegliere liberamente se tacere o rendere dichiarazioni. Obiettivo del legislatore è che il contatto tra l'autorità e la persona interrogata sia un'efficace opportunità difensiva, prima che un'appetibile occasione di approvvigionamento probatorio per gli inquirenti (artt. 64, 65)<sup>61</sup>. Per evitare aggiramenti di tali regole, sono previste forme di tutela cosiddetta anticipata del diritto al silenzio della persona sottoposta alle indagini, a salvaguardia della sua autonomia di scelta in ordine al se e al quando rendere dichiarazioni: è così vietato che possano formare oggetto di testimonianza le dichiarazioni comunque rilasciate dalla persona sottoposta alle indagini o dall'imputato nel corso del procedimento (art. 62)<sup>62</sup>.

Si vuole evitare che abbiano ingresso nel procedimento penale dichiarazioni eventualmente «rese nel corso del procedimento» dalla persona sottoposta alle indagini o dall'imputato fuori da un contesto garantito dagli avvertimenti di cui all'art. 64 comma 3. Non è chiaro, tuttavia, in qual senso debba intendersi la locuzione «nel corso del procedimento»: se essa, cioè, richiami un criterio cronologico, tale da escludere il divieto di testimonianza in parola con riguardo a quanto proferito dall'imputato (o dalla persona sottoposta alle indagini) prima dell'inizio del procedimento; o se invece essa si risolva in un criterio funzionale sulla cui base restringere l'oggetto del divieto di testimonianza, escludendo dal suo ambito i contributi dichiarativi resi dall'imputato in procedimenti diversi da quello penale, come ad esempio le procedure concorsuali, i procedimenti amministrativi, quelli tributari, ecc.

Ulteriore forma di tutela anticipata del diritto al silenzio della persona sottoposta alle indagini è quella sancita nella disciplina delle cosiddette dichiarazioni indizianti, di cui all'art. 63<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> M. L. DI BITONTO, *Esame dibattimentale e garanzie difensive dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4348 ss.

<sup>61</sup> V. *infra*, cap. VIII, § 7.4.

<sup>62</sup> V. *infra* cap. VII, sez. II, § 1.13.

<sup>63</sup> V. *infra* cap. VII, sez. II, § 1.4.

### 9.1. - *Identità ed esistenza in vita dell'imputato*

Nel primo atto del procedimento in cui è presente la persona sottoposta alle indagini o l'imputato, l'autorità giudiziaria e la polizia giudiziaria invitano tale soggetto a dichiarare le proprie generalità e quant'altro valga ad identificarlo, ammonendolo delle conseguenze penali del rifiuto di dare le proprie generalità e della declinazione di generalità non corrispondenti al vero (art. 66 comma 1 e art. 21 disp. att.). La Corte costituzionale ha stabilito che gli avvertimenti circa il diritto al silenzio del dichiarante debbano riguardare anche l'invito a dichiarare l'eventuale soprannome o pseudonimo, i suoi beni patrimoniali e le sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale; e che non può essere punito chi, richiesto di fornire le informazioni di cui all'art. 21 disp. att. senza il previo avvertimento di cui all'art. 64 comma 3, abbia reso false dichiarazioni<sup>64</sup>.

L'eventuale attribuzione a una persona di generalità erronee è risolta attraverso la procedura di correzione di errore materiale di cui all'art. 130 (art. 66 comma 3). Comunque, l'impossibilità di attribuire all'imputato esatte generalità non impedisce al procedimento di proseguire il suo corso. L'individuazione della persona sottoposta a procedimento penale è concetto distinto dalla sua identificazione e soltanto la prima è condizione essenziale per l'instaurazione del procedimento. Individuare una persona significa precisare quale sia l'uomo o la donna cui attribuire il fatto di reato e nei cui confronti svolgere le indagini e poi, eventualmente, esercitare l'azione penale. Identificare qualcuno, invece, significa attribuire un'identità alla persona individuata. Perciò non ci può essere procedimento penale senza previa individuazione della persona sottoposta ad esso; al contrario, può svolgersi un procedimento nei confronti di persona specificamente individuata ma non identificata, o non identificata correttamente.

Per rimediare all'eventualità che una stessa persona declini le proprie generalità in maniera diversa in corrispondenza di altrettanti inviti a farsi identificare, è stabilita la disciplina dell'art. 66 *bis*, che prevede forme di raccordo informativo fra le diverse autorità giudiziarie presso cui pendono altrettanti procedimenti riferibili alla stessa persona diversamente identificata.

Può accadere altresì che l'erronea identificazione dell'imputato sia fuorviante anche ai fini della sua individuazione. Quando ciò accade si verifica quello che il codice qualifica come errore di persona. L'errore di persona si riferisce al caso in cui una persona sia stata erroneamente assoggettata al procedimento penale a causa della inesatta attribuzione dell'identità personale dell'imputato. Quando ciò accade, siamo in presenza della sottoposizione

---

<sup>64</sup> Corte cost., 5 giugno 2023, n. 111.

a procedimento penale di una persona diversa da quella nei cui confronti esso dovrebbe essere pendente. Perciò, in ogni stato e grado del processo, il giudice pronuncia immediata declaratoria della causa di non punibilità ai sensi dell'art. 129, dopo aver sentito pubblico ministero e difensore (art. 68). Dell'opposto caso, invece, si è già detto: quando il procedimento penale sia stato instaurato nei confronti della persona cui risulti effettivamente da addebitare il fatto di reato, ma quest'ultima risulti erroneamente identificata, se risultano indicate generalità erronee o appartenenti ad altro soggetto, occorre procedere alla rettifica di esse (art. 66 comma 3).

Secondo la giurisprudenza, non sarebbe applicabile l'art. 66 quando una condanna sia stata emessa nei confronti di un imputato correttamente individuato, che però abbia dichiarato falsamente come proprie le generalità di altra persona, cui formalmente risulta intestata la sentenza: in tale caso va annullata senza rinvio la condanna a carico della persona cui si riferivano le false generalità quando non è possibile procedere alla identificazione della persona che si era fatta processare sotto falsa identità; inoltre, andrebbe disposta la restituzione degli atti al pubblico ministero, perché proceda nei confronti della persona correttamente identificata<sup>65</sup>.

Altro aspetto rilevante è quello concernente l'eventuale età minore dell'imputato, perché nel nostro sistema la cognizione di tutti i reati commessi da persone che al momento del fatto non avevano ancora raggiunto il diciottesimo anno di età è devoluta al Tribunale per i minorenni. In ogni stato e grado del procedimento, quando si ha ragione di ritenere che l'imputato sia minorenni, l'autorità giudiziaria è tenuta a spogliarsi del procedimento e a trasmettere gli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni (art. 67).

Se, invece, risulta la morte dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini, il procedimento va immediatamente concluso con archiviazione (art. 411 c.p.p.) o sentenza che dichiara l'estinzione del reato, a seconda che la notizia del decesso sopraggiunga prima o dopo l'esercizio dell'azione penale. Tuttavia, nel caso in cui la morte dell'imputato sia stata erroneamente dichiarata con sentenza, tale pronuncia non impedisce che nei confronti della stessa persona e per il medesimo fatto possa essere successivamente esercitata l'azione penale (art. 649 comma 1).

## 9.2. - *Capacità dell'imputato*

La difesa può essere esplicata sia dalla persona cui è attribuito il fatto di reato (autodifesa), sia dal suo difensore (difesa tecnica). Al fine di consentire l'effettivo esercizio dell'autodifesa è necessario che l'imputato sia in possesso delle sue capacità psico-fisiche e che non risultino condizioni attuali tali da pregiudicare l'esercizio consapevole delle prerogative difensive. Tale

<sup>65</sup> Cass., 8 luglio 2014, Pizzimenti, in *C.e.d.* 262390; Cass., 28 giugno 1990, Russo, *ivi* 185941.

capacità processuale si risolve, quindi, in un elemento naturalistico rilevante esclusivamente sotto il profilo processuale, da commisurare non già alla stregua della nozione penalistica d'imputabilità, ossia sulla base della capacità d'intendere e volere, bensì sulla idoneità della persona a partecipare coscientemente al processo. Ove risulti pregiudicato l'esercizio consapevole dell'autodifesa, manca la capacità processuale e non si può dar corso al procedimento penale.

Distinta dalla capacità processuale è, invece, la capacità di essere parte, che è qualità che difetta negli infraquattordicenni e nelle persone immuni.

L'art. 70 consente al giudice di disporre perizia per accertare le condizioni di infermità psicofisica che impediscono all'imputato di partecipare coscientemente al processo<sup>66</sup>. Ad ogni modo, la cosciente partecipazione dell'imputato è, per lo più, situazione di fatto immediatamente percepibile dal giudice, dalle parti e dal pubblico eventualmente presente in udienza. Pertanto, non è indispensabile l'approfondimento specialistico; il giudice può autonomamente convincersi su basi empiriche, senza disporre alcuna perizia, che l'imputato versa in uno stato di incapacità tale da impedire la prosecuzione del procedimento<sup>67</sup>.

Quel che conta ai fini dell'art. 70 non è tanto l'esistenza di una patologia, quanto la circostanza che l'imputato non appaia nelle condizioni di comprendere gli eventi processuali di cui è protagonista e che, tuttavia, il giudice ritenga di dover accertare lo stato d'incapacità attraverso l'ausilio specialistico di un medico. Se la perizia è disposta nella fase delle indagini preliminari, restano sospesi i termini di durata massima della fase preliminare, ma il pubblico ministero può assumere gli atti che non richiedano la partecipazione cosciente della persona sottoposta alle indagini e richiedere l'assunzione delle prove non rinviabili con le forme dell'incidente probatorio (art. 70 comma 3).

Ove le condizioni psicofisiche dell'imputato ne impediscano una partecipazione cosciente, e tuttavia tale stato di infermità appaia reversibile, il giudice sospende il procedimento con ordinanza e nomina all'imputato un curatore speciale (art. 71 comma 1 e 2). Dopo l'esercizio dell'azione penale l'ordinanza di sospensione è pronunciata sempre che non debba essere emessa sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere (70 comma 1). Nonostante la sospensione, il giudice può assumere le prove che possono condurre al proscioglimento dell'imputato, anche su richiesta del curatore speciale (art. 70 comma 4). Dopo sei mesi dall'emissione dell'ordinanza di sospensione – o anche prima, ove risultino elementi per ritenere che siano mutate le condizioni dell'imputato – il giudice dispone nuovi accertamenti,

<sup>66</sup> Corte cost., 7 aprile 2023, n. 65, ha sostituito l'aggettivo «mentale» con «psicofisico» negli artt. 70 comma 1, 71 comma 1, 72 commi 1 e 2, 72 bis comma 1.

<sup>67</sup> Cass., 8 aprile 2008, Notaro, in *C.e.d.* 240443; Cass., 7 dicembre 2007, Boccarini ed a., *ivi* 240009; Cass., 8 luglio 2004, Alcamo ed a., *ivi* 230246; Cass., 23 gennaio 1997, Tolone, *ivi* 208917; Cass., 1° marzo 2007, Scoraggi ed a., *ivi* 236478; Cass., 20 febbraio 1998, Cornacchia, *ivi* 211943.

per verificare la permanenza delle condizioni d'incapacità dell'imputato; ove siano venute meno le cause che impedivano la partecipazione consapevole al procedimento, revoca l'ordinanza di sospensione (art. 70 commi 1 e 2). In assenza di revoca, tale controllo sulla attualità dei presupposti della sospensione viene ripetuto ogni sei mesi (art. 72 comma 2).

Se risulta, invece, che è irreversibile lo stato psicofisico dell'imputato che gli impedisce di partecipare consapevolmente al procedimento, il giudice provvede alla revoca dell'ordinanza di sospensione del procedimento e pronuncia sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza personale diversa dalla confisca (art. 72 *bis*). Pur in mancanza di espressa previsione in tal senso, deve ritenersi che prima dell'esercizio dell'azione penale, a fronte dell'irreversibilità delle condizioni di salute che impediscono la consapevole partecipazione al procedimento, il pubblico ministero debba procedere alla formulazione della richiesta di archiviazione ai sensi dell'art. 411, per mancanza di una condizione di procedibilità.

Nel diverso caso in cui ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza personale, vale a dire quando l'imputato sia da considerare irreversibilmente infermo per le sue complessive condizioni psicofisiche, ma risulti anche pericoloso – e ciò precluda l'emissione dei provvedimenti di cui all'art. 72 *bis* – alla sospensione del procedimento penale di cui all'art. 71 si accompagna l'applicazione in via provvisoria della misura di sicurezza personale, ai sensi degli artt. 312 s. In tale caso, al giudice spetta la verifica della permanenza delle condizioni di pericolosità che giustificano la misura restrittiva; tale accertamento deve essere compiuto ogni sei mesi, e dunque allo scadere dei medesimi termini indicati nell'art. 72.

Merita di essere ricordato che l'art. 72 *bis*, introdotto dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), costituisce la tardiva risposta del legislatore al severo monito formulato dalla Corte costituzionale<sup>68</sup>, che aveva dichiarato non più «tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa» in relazione al c.d. «eterno giudicabile», vale a dire alla persona che versasse irreversibilmente in condizioni di incapacità che gli impedissero di partecipare coscientemente al processo. In particolare, il giudice delle leggi aveva posto in rilievo l'irragionevolezza di un sistema che, da un lato, prevedeva la sospensione del corso della prescrizione in caso di sospensione del processo per incapacità dell'imputato; dall'altro, proprio per questo, perpetuava indefinitamente la sottoposizione a processo di una persona le cui condizioni di incapacità risultassero irreversibili. A fronte dell'inerzia legislativa, la Corte costituzionale ha successivamente dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina della sospensione della prescrizione (art. 159 comma 1 c.p.), nella parte in cui essa non rimane esclusa quando lo stato mentale (ora da intendersi psicofisico<sup>69</sup>) dell'imputato sia tale da impedirne la partecipazione cosciente al procedimento e, al contempo, tale condizione risulti irreversibile<sup>70</sup>.

## 10. - Azione civile e processo penale

La possibilità di individuare il processo penale quale sede giurisdizionale per tutelare gli interessi civili lesi dal reato costituisce un aspetto tipico della

<sup>68</sup> Corte cost., 11 febbraio 2013, n. 23.

<sup>69</sup> V. *retro*, nota n. 66.

<sup>70</sup> Corte cost., 25 marzo 2015, n. 45.

procedura penale dei sistemi c.d. continentali, risalente alle codificazioni pre-unitarie e napoleonica. I compilatori del nuovo codice di procedura penale hanno provato a rompere con questa tradizione, ma le inefficienze della giustizia civile hanno reso non praticabile la scelta di escludere dal procedimento penale la persona o l'ente danneggiati dal reato. L'azione civile continua così a poter essere esercitata nel processo penale, arricchendo quest'ultimo di un'ulteriore parte "eventuale", così qualificata per sottolinearne la differenza da pubblico ministero e imputato che sono parti necessarie. Tale attributo si spiega perché la presenza nel processo della parte civile dipende da un'opzione libera e insindacabile – in questo senso incerta e, dunque, eventuale – del titolare della posizione giuridica soggettiva che decida di rivolgersi al giudice penale e non a quello civile per trovare soddisfazione alla sua pretesa risarcitoria originata dalla commissione di un fatto di reato.

L'azione civile esercitata dal danneggiato nel processo penale assume sempre carattere accessorio e subordinato. Perciò, quando assumono preminenza le esigenze di interesse pubblico connesse all'accertamento dei reati e alla rapida definizione dei processi<sup>71</sup>, al giudice penale resta preclusa la pronuncia sull'azione civile.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui, dopo la costituzione di parte civile in udienza preliminare, imputato e pubblico ministero presentino al giudice richiesta di applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 ss. e il procedimento venga così definito; oppure venga accolta dal giudice la richiesta di sospensione del processo con messa alla prova; o ancora al caso in cui venga pronunciata sentenza inappellabile di non doversi procedere ai sensi dell'art. 469 o anche dichiaratoria di estinzione del reato per intervenuta oblazione: sono tutte fattispecie queste in cui la pretesa civile non può trovare soddisfazione in ambito penale.

Ciò spiega perché la relazione fra processo penale e quello civile inteso per le restituzioni e il risarcimento danni derivanti da reato è disciplinata dal sistema vigente alla stregua del principio di autonomia dei rispettivi giudizi: la tendenziale separazione dei giudizi civili e penali, infatti, testimonia la preminenza dell'esigenza di speditezza e di sollecita definizione del processo penale rispetto all'interesse del danneggiato di esperire la propria azione davanti allo stesso giudice che accerta i presupposti per la punizione<sup>72</sup>.

Spetta al titolare della pretesa civilistica (ossia al danneggiato o, meglio, a chi affermi di esserlo) scegliere in quale ambito, se civile o penale, azionarla; inoltre, l'azione intentata davanti al giudice civile può essere trasferita davanti a quello penale, prima che il giudice originariamente adito abbia pronunciato sentenza di merito (art. 75 comma 1)<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Corte cost., 27 luglio 1994, n. 353; Corte cost., 14 luglio 2009, n. 217; Corte cost., 12 ottobre 1990, n. 443; Corte cost., 23 dicembre 1998, n. 424; Corte cost., 16 maggio 1994, n. 185.

<sup>72</sup> Corte cost., 21 aprile 2006, n. 168; Corte cost., 27 febbraio 2015, n. 23.

<sup>73</sup> In argomento, più diffusamente, v. *infra*, cap. XV, § 4.

### 10.1. - *Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria*

La parte civile nel processo penale non svolge il ruolo di accusatore privato, ma aspira esclusivamente a soddisfare le sue pretese di carattere civilistico. L'art. 74 stabilisce che l'azione civile per le restituzioni o il risarcimento dei danni, patrimoniali e non, riconducibili al reato oggetto di accertamento (art. 185 comma 1 c.p.) può essere esercitata «dal soggetto al quale il reato ha recato danno ovvero dai suoi successori universali, nei confronti dell'imputato e del responsabile civile». Il generico riferimento al "soggetto" consente l'esercizio dell'azione civile anche all'ente plurisoggettivo, pur se privo di personalità giuridica; corrispondentemente, la "successione universale" evocata nella norma non è solo quella a vantaggio degli eredi della persona deceduta, ma anche quella fra diversi enti.

Conformemente a quanto previsto per il processo civile, la parte civile – così come il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria, di cui si parlerà più avanti – non può stare in giudizio personalmente, ma riveste il ruolo di parte nel processo penale soltanto attraverso il «ministero di un difensore munito di procura speciale» (art. 82 commi 2 e 3). Detto in altri termini, la parte deve rilasciare una procura *ad litem* al proprio difensore, perché solo chi ha ricevuto tale procura è legittimato ad assumere iniziative e a prendere parte nel procedimento. Una volta effettuata la costituzione, in ossequio al principio dell'"immanenza" della costituzione di parte civile, il danneggiato dal reato partecipa al processo in tutti i suoi gradi, compreso l'eventuale giudizio di rinvio, senza dover assumere ulteriori iniziative (art. 76). La costituzione di parte civile può essere però revocata in ogni stato e grado del processo, con dichiarazione fatta personalmente dalla parte o dal suo procuratore speciale in udienza, ovvero con atto scritto depositato nella cancelleria del giudice e notificato alle altre parti (art. 82 comma 1). Equivale a revoca della costituzione la mancata presentazione delle conclusioni scritte di cui all'art. 523 comma 2, comprensive dell'espressa richiesta di risarcimento dei danni specificamente determinato nel suo ammontare. Ulteriore caso di implicita revoca della costituzione si realizza in caso di promovimento dell'azione davanti al giudice civile (art. 82 comma 2). La revoca della costituzione di parte civile non preclude il successivo esercizio dell'azione nella sede propria (art. 82 comma 4).

A pena d'inammissibilità, l'atto di costituzione di parte civile è scritto e deve contenere l'indicazione delle generalità della persona fisica o la denominazione dell'ente (corredata delle generalità del suo legale rappresentante) che intendano costituirsi; le generalità dell'imputato nei cui confronti viene esercitata l'azione; il nome e cognome del difensore e l'indicazione della procura speciale; l'esposizione delle ragioni che giustificano la domanda; la sottoscrizione del difensore (art. 78). Le «ragioni che giustificano la domanda agli effetti civili» configurano quanto si definisce *causa petendi* nella dogmatica processualcivile e consistono nell'esposizione

argomentata del nesso esistente fra la commissione del reato e le conseguenze pregiudizievoli subite dal danneggiato. Non è prevista a pena d'inammissibilità della costituzione di parte civile, invece, la formulazione di specifiche richieste, vale a dire quanto si definirebbe *petitum* nell'atto di citazione davanti al giudice civile. La precisazione della determinazione dell'ammontare del risarcimento dei danni richiesto, infatti, deve avere luogo nelle conclusioni presentate in esito a dibattimento (art. 523 comma 2). Ai sensi dell'art. 122 comma 2 *bis*, introdotto dal d. lgs. n. 150/2022 (riforma c.d. Cartabia), la procura speciale va depositata, in copia informatica autenticata con firma digitale o altra firma elettronica qualificata, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici, mediante il deposito telematico di cui all'art. 111 *bis*, salvo l'obbligo di conservare l'originale analogico da esibire a richiesta dell'autorità giudiziaria<sup>74</sup>.

La costituzione di parte civile presuppone l'avvenuto esercizio dell'azione penale e non può avere luogo nelle indagini preliminari (art. 79 comma 1): ciò significa che il danneggiato può costituirsi soltanto dopo che il pubblico ministero ha formulato l'imputazione nella richiesta di rinvio a giudizio (art. 416), o nel decreto di citazione a giudizio (art. 552), o nella richiesta di giudizio immediato (art. 453), o contestualmente all'instaurazione del giudizio direttissimo (art. 449).

Quanto ai termini per la presentazione della dichiarazione di costituzione, sempre previsti a pena di decadenza, occorre distinguere a seconda che il procedimento preveda oppure no la celebrazione dell'udienza preliminare. Nel primo caso, l'atto di costituzione va presentato: a) per l'udienza preliminare, e dunque prima del suo inizio; b) in udienza preliminare, prima che siano ultimati gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti nel corso della predetta udienza.

Nei procedimenti in cui manca l'udienza preliminare, invece, l'atto di costituzione deve essere presentato: a) per il giudizio, prima del suo inizio; b) nel giudizio, entro il compimento degli adempimenti previsti dall'articolo 484 per il giudizio, o dall'articolo 554 *bis* comma 2 per l'udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta.

Quando la dichiarazione di costituzione è presentata fuori udienza, occorre notificarla alle altre parti (art. 78 comma 2).

Sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata<sup>75</sup>, si ritiene che i termini stabiliti dall'art. 79 siano vincolanti esclusivamente in relazione alle imputazioni contestate e che, in caso di contestazione di un nuovo fatto-reato ai sensi dell'art. 519, occorra porre la persona offesa dal reato in condizioni di esercitare l'azione civile dinanzi al giudice penale in relazione alla contestazione suppletiva; pertanto, ricorrendo tale ipotesi, non può essere considerata tardiva l'eventuale dichiarazione di costituzione di parte civile presentata in apertura della prima udienza utile dopo la nuova contestazione e prima che si apra l'istruzione dibattimentale in relazione al fatto dedotto nella nuova imputazione.

Qualora non sussistano i requisiti per la costituzione di parte civile, il giudice ne dispone con ordinanza l'esclusione prima della dichiarazione di

<sup>74</sup> V. *infra*, cap. VI, sez. I, § 3.1.

<sup>75</sup> Corte cost., 3 aprile 1996, n. 98.

apertura del dibattimento di primo grado di cui all'art. 492 comma 1, anche nel caso in cui la richiesta di esclusione della parte civile sia stata già formulata in udienza preliminare e poi rigettata dal relativo giudice (art. 81 commi 1 e 2).

Le ordinanze con cui la parte civile è ammessa o esclusa dal processo penale sono di carattere meramente processuale, sicché l'eventuale ammissione non pregiudica la successiva decisione sul diritto alle restituzioni e al risarcimento; mentre l'eventuale esclusione è priva di riflessi sull'esercizio dell'azione civile nella sede propria.

Oltre che nei confronti dell'imputato, l'azione per le restituzioni e il risarcimento del danno può essere intentata nei confronti del responsabile civile, vale a dire della persona fisica o dell'ente tenuti, ai sensi dell'art. 185 comma 2 c.p., a rispondere per il fatto dell'imputato sulla base delle regole sulla responsabilità aquiliana previste dalla legge civile (*ex plurimis*, v. artt. 1784, 2047, 2048, 2049, 2053, 2054 c.c.). Il responsabile civile è obbligato in solido con l'imputato e, proprio per questo, può intervenire volontariamente nel processo penale, o esservi citato (art. 83 comma 1) a richiesta della parte civile, in quanto la procura speciale conferita dal danneggiato al difensore per la costituzione, attribuisce al difensore il potere di esercitare l'azione civile nel processo penale anche nei confronti del responsabile civile, senza necessità che ciò sia espressamente indicato nella procura speciale<sup>76</sup>. Nel caso in cui il danneggiato sia incapace per infermità di mente o per età minore e l'azione civile nel suo interesse a causa di assoluta urgenza sia stata esercitata dal pubblico ministero, quest'ultimo può richiedere la citazione del responsabile civile.

Sulla base di una declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 83<sup>77</sup> – e in deroga alle regole generali – lo stesso imputato, nei procedimenti penali relativi a incidenti stradali, è legittimato a richiedere la citazione della compagnia assicurativa, quale responsabile civile in virtù dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, di cui alla l. 24 dicembre 1969, n. 990.

La richiesta di citazione del responsabile civile deve essere formulata al più tardi «per il dibattimento» (art. 83 comma 2), mentre l'intervento volontario deve avvenire per l'udienza preliminare o, successivamente, entro il compimento per la prima volta della regolare costituzione delle parti, anteriormente alla dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 85 comma 1). La citazione del responsabile civile ordinata dal giudice presuppone, di regola, una valutazione da parte di quest'ultimo circa il *fumus boni iuris* della richiesta.

---

<sup>76</sup> Cass., 11 novembre 2020, D., in *C.e.d.* 240443.

<sup>77</sup> Corte cost., 16 aprile 1998, n. 112.

L'imputato non può cumulare su di sé anche il ruolo di responsabile civile (in caso di condanna, infatti, egli rimane comunque civilmente responsabile in solido anche per il fatto dei coimputati); nondimeno, è consentito citare come responsabile civile l'imputato per il fatto dei coimputati, per il caso in cui venga prosciolto o sia pronunciata nei suoi confronti sentenza di non luogo a procedere (art. 83 comma 1).

La presenza del responsabile civile nel processo penale resta comunque legata a quella della parte civile: il suo intervento presuppone, così, la previa costituzione del danneggiato nel processo penale e la sua estromissione è collegata all'eventuale revoca o esclusione della parte civile (artt. 83 comma 6 e 85 comma 4). Inoltre, al responsabile civile è estesa la regola della immenza della costituzione (art. 84 comma 4).

Come la parte civile, il responsabile civile sta in giudizio con il ministero di un difensore (art. 100 comma 1) e, una volta citato ai sensi dell'art. 83 comma 1, può costituirsi, anche per mezzo di procuratore speciale, in ogni stato e grado del processo, depositando nella cancelleria del giudice procedente, o presentando in udienza, una dichiarazione contenente a pena d'invalidità: le generalità della persona fisica o la denominazione dell'ente che si costituisce e le generalità del suo rappresentante legale; il nome e il cognome del difensore, l'indicazione della procura e la sottoscrizione del difensore (art. 84 commi 2 e 3). Nonostante la mancanza di espresso richiamo analogo a quello attualmente inserito nell'art. 78 comma 1 *bis*, anche la procura speciale del responsabile civile va depositata in modalità telematica ai sensi dell'art. 122 comma 2 *bis*.

Nei casi in cui la legge penale sostanziale (si pensi ad esempio agli artt. 196 e 197 c.p.; oppure agli artt. 329 e 330 d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 in materia di contrabbando) assoggetti una persona fisica o giuridica, in via sussidiaria ed eventuale, a una obbligazione civile pecuniaria pari all'importo della multa o dell'ammenda inflitta al condannato, è possibile citare tali soggetti davanti al giudice penale. Escluso l'intervento volontario, tale citazione può essere richiesta dal pubblico ministero o dall'imputato (art. 89 comma 1).

In linea di massima, citazione, costituzione ed esclusione della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria sono disciplinate mediante rinvio alle norme concernenti il responsabile civile (art. 89 comma 2). Talvolta, però, così non è. Infatti, l'instaurazione del giudizio abbreviato comporta l'esclusione, senza ritardo, anche di ufficio del responsabile civile (art. 87 comma 3), ma non della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria (art. 89 comma 2), nei cui confronti è destinata a esplicitare i suoi effetti pure la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 442.

#### 11. - *Persona offesa dal reato*

Persona offesa dal reato è quella titolare dell'interesse protetto dalla norma penale, che si assume essere stata violata con la commissione del fatto oggetto del procedimento. Nel linguaggio comune questa persona è di solito definita vittima del reato e, nella maggior parte dei casi, è anche danneggiata e, perciò, legittimata a promuovere l'azione per il risarcimento dei danni e le

restituzioni derivanti dal reato, eventualmente attraverso la sua costituzione nel procedimento penale. In linea di principio, però, le nozioni di offeso e danneggiato dal reato vanno tenute distinte: la prima è slegata dalla necessaria sussistenza del danno civilistico; la seconda riguarda chi ha subito il danno di natura patrimoniale e/o non patrimoniale causalmente riconducibile alla commissione del reato, senza necessariamente essere titolare dell'interesse protetto dalla norma penale.

Alla persona offesa in quanto tale, e dunque senza bisogno della sua previa costituzione in giudizio quale parte civile, è riconosciuta la legittimazione a presentare memorie in ogni stato e grado del procedimento, oltre che a indicare elementi di prova nel giudizio di merito di primo grado o davanti al giudice di appello. Inoltre, le sono attribuiti i diritti e le facoltà espressamente previsti da specifiche disposizioni di legge (art. 90 comma 1).

Queste ultime prerogative – che si possono distinguere in poteri, diritti in senso ampio e diritti di informazione – paiono la più significativa innovazione del nuovo codice rispetto a quello previgente. Il coinvolgimento della persona offesa risulta particolarmente incisivo in materia di archiviazione, stante il suo potere di provocare l'intervento del giudice al fine di propiziare l'esercizio dell'azione penale (v. artt. 408 ss.). Non meno rilevanti, poi, il potere di sollecitare il Procuratore generale presso la Corte d'appello a disporre l'avocazione (art. 413); oppure quello di propiziare il sindacato sulla legittimazione allo svolgimento delle indagini da parte dell'ufficio del pubblico ministero procedente, per incardinare il procedimento presso un'altra Procura della Repubblica (art. 54 *quater*); o ancora quello di contrastare la stasi del procedimento nelle indagini preliminari (art. 415 *ter*). Vanno ricordati, inoltre, il diritto della persona offesa di partecipare all'incidente probatorio (art. 401) e al contraddittorio cartolare ai fini della proroga del termine di durata delle indagini (art. 406 comma 3); infine, le prerogative della persona offesa riguardanti il suo diritto a ottenere notizie circa l'iscrizione di un procedimento nell'apposito registro delle notizie di reato (art. 335 comma 3) e quello a ricevere l'informazione di garanzia (artt. 369 comma 1) e, ove si proceda per i reati di cui agli artt. 572 e 612 *bis* c.p., anche l'avviso di conclusione delle indagini (art. 415 *bis* comma 1). L'offeso è anche coinvolto nella procedura per rimediare alla stasi del procedimento (art. 415 commi 5 *ter*, 5 *quater* e 5 *sexies*, art. 415 *ter* commi 1 e 3).

Al fine di rendere il più possibile effettivi i diritti partecipativi dell'offeso dal reato, il comma 1 *bis* dell'art. 90 introdotto dalla riforma c.d. Cartabia gli consente di dichiarare o eleggere domicilio, pure attraverso l'indicazione di un indirizzo di posta elettronica certificata o altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato.

Nella prospettiva convenzionale, la persona offesa dal reato è titolare di un diritto inderogabile a «un procedimento penale effettivo» tutte le volte

in cui essa abbia subito una violazione di diritti fondamentali, quali il diritto alla vita, il divieto di tortura<sup>78</sup>, il rispetto alla vita privata<sup>79</sup>, ecc. In tali eventualità, l'autorità nazionale deve svolgere un'inchiesta effettiva, adeguata a consentire l'identificazione e la punizione dei responsabili, indipendentemente e a prescindere dalle eventuali iniziative assunte dall'offeso, dai suoi congiunti o da chiunque altro. Inoltre, tale inchiesta deve essere tempestiva, per evitare che l'eccessiva lunghezza dei tempi di svolgimento delle indagini faccia maturare i termini di prescrizione del reato provocando, in pregiudizio della vittima, la violazione del suo diritto alla ragionevole durata del procedimento, nonché del suo diritto di accesso alla giustizia (art. 6 C.e.d.u.) e di quello a un ricorso effettivo (art. 13 C.e.d.u.)<sup>80</sup>.

Il progressivo rafforzamento dei presidi normativi a tutela della vittima del reato dipende in larga parte dagli influssi del diritto europeo.

In particolare, va segnalata la direttiva 2012/29/UE istitutiva di "norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato", implementata nel nostro sistema con il d.lgs. 15 dicembre 2015 n. 212, che ha modificato i contenuti dell'art. 90, aggiunto gli artt. 90 *bis*, 90 *ter* e 90 *quater* e inserito, fra le disposizioni di attuazione, gli artt. 108 *bis* e 108 *ter*. Il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 90 prevede che ove sia incerta la minore età dell'offeso, il giudice dispone la perizia anche d'ufficio; e che, ai fini delle disposizioni processuali, la minore età è presunta nel caso in cui continuino a permanere dubbi anche dopo l'espletamento della perizia. La modifica dell'art. 90 comma 3, poi, estende l'ambito dei soggetti legittimati a esercitare i diritti e le facoltà che la legge riconosce a favore della persona offesa, ove quest'ultima sia deceduta a causa del reato. In quest'ultimo caso, la formulazione originaria della previsione attribuiva solo ai suoi prossimi congiunti l'esercizio delle facoltà e dei diritti dell'offeso; ora, invece, dopo la modifica del 2015, oltre ai prossimi congiunti, può agire nelle veci dalla persona defunta anche chi sia stato stabilmente convivente con lei e ad essa legato da relazione affettiva. Inoltre, l'art. 90 *bis* – i cui contenuti sono stati aggiornati dal d. lgs. n. 150 del 2022 in relazione al querelante – stabilisce a favore dell'offeso dal reato importanti obblighi di informativa in capo all'autorità procedente, funzionali al miglior esercizio del diritto di difesa, in analogia con quanto stabilito a salvaguardia del diritto di difesa della persona sottoposta alle indagini nell'art. 369 *bis*.

Di rilievo anche le nuove norme introdotte fra le disposizioni di attuazione. L'art. 108 *bis* disp. att. riconosce alla persona offesa il diritto all'interprete. Più precisamente, è stabilito che se l'offeso non conosce la lingua italiana, ha diritto di utilizzare la propria lingua, o altra conosciuta, per presentare denuncia o proporre querela dinnanzi alla Procura della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto, oltre che il diritto di richiedere la traduzione nella propria lingua dell'attestazione di ricezione della denuncia o della querela. L'art. 108 *ter* disp. att., infine, consente alla persona offesa di un reato commesso in altro Stato dell'Unione, che però sia residente o domiciliata nel territorio italiano, di presentare denuncia o querela presso qualsiasi ufficio della Procura della Repubblica, tenuto a trasmettere tale notizia di reato al Procuratore generale presso la Corte di appello, affinché ne curi l'invio all'autorità giudiziaria competente.

<sup>78</sup> Ad esempio, in riferimento alla violazione dell'art. 2. C.e.d.u. v. Corte e.d.u., grande camera, 8 luglio 1999, Çakici c. Turchia, § 86 e 113; in relazione alla violazione dell'art. 3 C.e.d.u., invece, v. Corte e.d.u., grande camera., 6 aprile 2000, Labita c. Italia, § 131.

<sup>79</sup> Corte e.d.u., 20 marzo 2012, C.A.S. e C.S. c. Romania, § 71; Corte e.d.u., 4 dicembre 2003, M.C. c. Bulgaria, § 150; Corte e.d.u., 26 marzo 1985, X e Y c. Paesi Bassi, § 26-30.

<sup>80</sup> Corte e.d.u., 18 marzo 2021, Petrella c. Italia.

Un altro fattore di espansione delle prerogative della vittima è stato l'allarme sociale provocato dai delitti violenti, cui è seguita l'emersione di pressanti istanze politiche volte a valorizzare il ruolo dell'offeso anche in ambiti in cui non gli risultava in genere riconosciuta alcuna considerazione, come nel procedimento cautelare e nel diritto probatorio.

Si sono così sviluppate metodiche di acquisizione della prova dirette a contemperare la regola del contraddittorio nella formazione della prova con l'esigenza di rispettare l'equilibrio o lo sviluppo psico-fisico della fonte di prova vulnerabile (art. 190 *bis* comma 1 *bis*). Inoltre, al fine di evitare o minimizzare gli effetti traumatici connessi allo svolgimento di specifici atti del procedimento (cosiddetto rischio di "vittimizzazione secondaria"), molteplici norme del codice presidiano con varie cautele l'audizione della vittima e la sua partecipazione ai diversi atti (ad esempio v. gli artt. 134 comma 4, 351 comma 1 *ter*, 362 comma 1 *bis*, 392 comma 1 *bis*, 398 comma 5 *quater*, 498 comma 4 *quater*). Tutte queste norme trovano nell'art. 90 *quater* la disciplina che individua i criteri sulla cui base stabilire, alla stregua di una valutazione da effettuare caso per caso, se la persona offesa possa essere considerata in condizioni "di particolare vulnerabilità" e, quindi, meritevole delle peculiari tutele fissate dalle richiamate previsioni.

Anche in materia di restrizioni della libertà personale si registrano innovazioni che assicurano il coinvolgimento della vittima nelle dinamiche cautelari. In particolare, nei procedimenti commessi con violenza alle persone, nei quali vi è stata l'applicazione di cautele custodiali, la persona offesa che ne fa richiesta deve ricevere comunicazione degli eventuali provvedimenti di scarcerazione (art. 299 comma 2 *bis*); in aggiunta, deve essere tempestivamente informata dell'eventuale evasione dell'imputato o in caso di volontaria sottrazione alla misura di sicurezza da parte dell'internato (art. 90 *ter*).

Il culmine della tendenza evolutiva volta a incrementare peso e ruolo dell'offeso dal reato nel procedimento penale può essere individuato nella recente codificazione della "giustizia riparativa" dovuta alla riforma c.d. Cartabia. Sulla base di quanto stabilito negli artt. 43 ss. del d. lgs. n. 150 del 2022, infatti, i programmi di giustizia riparativa puntano proprio sul coinvolgimento della vittima e sul tentativo di creare una relazione dialogante fra quest'ultima e l'autore del reato, quale indispensabile premessa per sanare la ferita sociale dovuta all'avvenuta commissione del reato<sup>81</sup>. In ragione di ciò, fra gli avvisi da effettuare a favore dell'offeso c'è anche quello concernente la facoltà riconosciuta a quest'ultimo di accedere ai programmi di giustizia

---

<sup>81</sup> V. *infra*, cap. XVI, § 7.

riparativa (artt. 90 *bis* lett. p *bis*, art. 90 *bis*.1, 369 comma 1 *ter*, 408 comma 3, 409 comma 2).

#### 11.1. - *Enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato*

Negli anni che precedettero la riforma del codice di procedura penale aveva iniziato a farsi strada nella giurisprudenza (civile, amministrativa e, successivamente, anche penale) il riconoscimento degli interessi cosiddetti diffusi, vale a dire di situazioni non meramente individuali, fino a quel momento apprezzate per lo più in termini di mero fatto, relegate perciò nell'area della tutela extra giurisdizionale. Gruppi di individui e formazioni sociali si rivolgevano alle Corti per indirizzare le proprie istanze di tutela a salvaguardia di interessi superindividuali e la giurisprudenza rispondeva dando accoglimento alle pretese aventi a oggetto posizioni soggettive caratterizzate dal simultaneo riferimento a intere collettività o ad ampie parti di esse<sup>82</sup>. In ambito penale, fu la costituzione di parte civile l'istituto attraverso cui i giudici diedero spazio agli interessi collettivi o diffusi, perché ai portatori di tali situazioni soggettive fu riconosciuta la titolarità di un diritto al risarcimento del danno morale e patrimoniale derivante da reato. Vennero così ricompresi nel novero dei danneggiati non soltanto l'individuo effettivamente colpito dalla condotta delittuosa, ma anche gli enti portatori di ulteriori interessi lesi dal reato e riferibili a una molteplicità di persone e/o gruppi sociali (si pensi, solo per fare un esempio, alla giurisprudenza in materia di delitti contro l'incolumità individuale commessi sul luogo di lavoro con violazione della disciplina antinfortunistica; o a quelli a salvaguardia del patrimonio artistico e paesaggistico).

Il nuovo codice muove da questo orientamento innovativo e spregiudicato, che ampliava a dismisura l'oggettività giuridica di taluni reati e ne offriva una lettura plurioffensiva, al fine di allargare il novero dei soggetti legittimati a costituirsi parte civile. Nell'intento di arginare la discutibile dilatazione dei casi di ammissibilità della parte civile riconosciuta dalla giurisprudenza, la disciplina vigente riconosce espressamente che i diritti e le facoltà della persona offesa possono essere esercitati nel procedimento penale anche dagli enti e associazioni senza scopo di lucro, cui la legge abbia riconosciuto finalità di tutela degli interessi lesi dal reato, in un momento anteriore alla commissione del fatto per il quale si procede (art. 91). L'esercizio dei diritti e delle facoltà spettanti agli enti e alle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato è subordinato al consenso della persona offesa (art. 92) e deve

---

<sup>82</sup> N. TROCKER, *Gli interessi diffusi nell'opera della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 1112 ss.

essere formalizzato in un atto d'intervento – cui va allegata la dichiarazione di consenso della persona offesa (art. 93 comma 2).

L'intervento deve contenere, a pena d'inammissibilità: a) l'indicazione della denominazione dell'ente e delle disposizioni di legge che riconoscono la finalità di tutela degli interessi lesi dal reato; b) l'indicazione del procedimento in cui si intende intervenire; c) l'indicazione del nome e del cognome del difensore a mezzo del quale si interviene e della relativa procura; d) l'esposizione sommaria delle ragioni che giustificano l'intervento; e) la sottoscrizione del difensore (art. 93 comma 1).

Tale intervento può avere luogo fino a che non siano compiute le formalità di verifica della regolare costituzione delle parti in dibattimento (art. 94). In caso di presentazione fuori udienza, l'atto d'intervento è notificato a tutte le altre parti, che potranno eventualmente opporsi ad esso. Sull'opposizione si pronuncia il giudice per le indagini preliminari, o il giudice dell'udienza preliminare, o il giudice del dibattimento, a seconda che la presentazione dell'atto d'intervento sia intervenuta nella fase delle indagini preliminari, in udienza preliminare o per il dibattimento (art. 95).

L'art. 45 d. lgs. n. 150 del 2022 (riforma c.d. Cartabia) ricomprende gli enti e le associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato fra i partecipanti ai programmi di giustizia riparativa.

## 12. - *Il difensore: profili generali*

Il difensore è un professionista munito delle competenze tecnico-giuridiche adeguate ad assistere la persona coinvolta in un procedimento, assicurandone la migliore difesa sul piano tecnico-giuridico. L'espletamento della funzione di difensore presuppone il possesso dei requisiti richiesti dalla legge professionale, che distingue fra: a) praticante avvocato, che può patrocinare solo nell'ambito del distretto in cui risulta iscritto, davanti al Giudice di pace e al Tribunale in composizione monocratica; in quest'ultimo caso, però, solamente nei processi aventi a oggetto i reati per i quali si procede con citazione diretta ai sensi dell'art. 550; b) avvocato, che può svolgere il suo ruolo di difensore nei processi davanti a ogni giudice penale, a eccezione della Corte di cassazione; c) avvocato iscritto nell'albo speciale dei patrocinanti davanti alle giurisdizioni superiori, che può svolgere il suo ruolo di difensore nei processi davanti a tutti i giudici e in tutti i giudizi.

La difesa nel procedimento penale è tematica riguardante i diversi soggetti privati; nondimeno, è solo in relazione alla persona cui è addebitato un fatto di reato che essa costituisce uno dei cardini dell'intero sistema, stante il rilievo centrale del difensore nello svolgimento di ogni fase del procedimento. Ciò trova agevole conferma nelle fonti internazionali (art. 6 § 3 C.e.d.u. e art. 14 § 3 lett. d P.i.d.c.p.) che, trattando in maniera esplicita dell'assistenza difensiva delle persone assoggettate a procedimento penale, rimarcano come

in questo ambito il principale titolare del diritto di difendersi e di farsi assistere dal difensore sia proprio l'accusato.

Lo statuto del difensore nel nostro ordinamento non può prescindere dalla fisionomia assunta dal diritto alla difesa tecnica nel sistema C.e.d.u. e in quello U.E. Nella prospettiva convenzionale giova ricordare che l'equità della procedura presuppone il riconoscimento di tipiche prerogative della difesa tecnica, come ad esempio il diritto di discutere ogni documento e osservazione presentati al giudice per influenzare la sua decisione<sup>83</sup>; oppure l'obbligo di comunicare alla difesa gli atti del procedimento<sup>84</sup>; o anche la possibilità di accesso del difensore al fascicolo processuale prima del dibattimento<sup>85</sup>; o ancora il riconoscimento di un congruo termine a difesa al difensore nominato d'ufficio in udienza. Le concrete possibilità di espletare l'attività difensiva da parte di un professionista sono ritenute criterio alla cui stregua valutare l'equità complessiva della procedura, in quanto la Corte di Strasburgo ha sottolineato che tra i fattori rilevanti a determinare la lunghezza del tempo necessario a preparare la difesa di cui all'art. 6 § 3 lett. b C.e.d.u. rientra il volume di lavoro abituale di un avvocato, che non può essere costretto a stravolgere il proprio programma professionale per dedicare la totalità del proprio tempo a un solo procedimento, potendo al più modificare solo in parte il proprio ordine di priorità, tenuto conto della particolare urgenza di una determinata causa<sup>86</sup>. Il diritto di accesso al difensore deve essere assicurato dagli Stati fin dal sorgere di un'accusa penale e, in caso di arresto, sin dal momento in cui questo è adottato<sup>87</sup>.

Oltre a questi profili, implicati nella nozione di *fair trial*, la Convenzione europea riconosce in maniera espressa il diritto dell'imputato di avvalersi di un difensore di sua scelta anche se, diversamente dal nostro sistema, assicura altresì il diritto di difendersi personalmente, senza assistenza alcuna. Tuttavia, l'obbligatorietà dell'assistenza difensiva eventualmente prevista dagli ordinamenti interni non contrasta con l'art. 6 § 3 lett. b C.e.d.u., in quanto tale previsione conferisce all'imputato soltanto il diritto all'autodifesa, ma non quello a esigere di difendersi esclusivamente da solo.

Passando al diritto dell'Unione europea, molteplici sono gli aspetti di rilievo. Innanzitutto, occorre considerare che sulla base di una risalente disciplina anteriore al nuovo codice di procedura penale (l. 9 febbraio 1982, n. 31), l'ufficio difensivo può essere assunto da avvocati cittadini di Stati membri dell'Unione. Successivamente, diverse direttive hanno reso effettivamente libero l'esercizio della professione forense in ambito europeo e si sono tradotte, sul piano interno, nei d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 115 e 2 febbraio 2001, n. 96.

L'art. 47 § 2 e 3 della Carta di Nizza sancisce il diritto all'assistenza difensiva e al patrocinio gratuito a favore di ogni parte processuale e non soltanto dell'accusato. Perciò, la promozione del riavvicinamento delle legislazioni nazionali, funzionale a facilitare il mutuo riconoscimento delle pronunce dei diversi giudici degli Stati membri dell'Unione e la cooperazione giudiziaria e di polizia in ambito europeo, ha comportato il varo di norme minime comuni che riguardano, tra l'altro, proprio l'attività difensiva, nel quadro di quanto stabilito dall'art. 82 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione.

L'attività svolta dal difensore può assumere le forme dell'assistenza o della rappresentanza. La prima consiste nella collaborazione offerta all'imputato al di fuori del procedimento, oppure durante il suo svolgimento ai fini del compimento di determinati atti. Quando, invece, il difensore si sostituisce

<sup>83</sup> Corte e.d.u., Zhuc c. Ucraina, 21 ottobre 2010, § 25; Corte e.d.u., Hermida Paz c. Spagna, 28 gennaio 2003; Corte e.d.u., J.J. c. Paesi Bassi, 27 marzo 1998, § 43.

<sup>84</sup> Corte e.d.u., Maftah a al. C. Francia, 26 luglio 2002, §§ 49-52.

<sup>85</sup> Corte e.d.u., Ocalan c. Turchia, 12 maggio 2005, § 140.

<sup>86</sup> Corte e.d.u., Mattick c. Germania, 31 marzo 2005.

<sup>87</sup> Corte e.d.u., Salduz c. Turchia, 27 novembre 2008. In senso più restrittivo, però, v. Corte e.d.u., Beuze c. Belgio, 9 novembre 2018.

all'assistito nell'esercizio di determinati diritti o facoltà, la corrispondente attività può essere definita di rappresentanza.

Che nell'ordinamento italiano l'assistenza del difensore sia irrinunciabile dall'imputato è affermazione risalente<sup>88</sup> e condivisa dalla Corte costituzionale, che ha individuato nella difesa tecnica una condizione oggettiva per la stessa regolarità del processo<sup>89</sup>. L'imputato deve essere assistito da un difensore e, nel caso in cui rinunci a scegliere un avvocato di propria fiducia, gliene deve essere nominato uno *ex officio*. Tale opzione non è riscontrabile in altri sistemi imperniati sulla valorizzazione dell'autonomia individuale, che implica la libertà di rinunciare all'avvocato, indipendentemente dall'importanza delle questioni oggetto del processo e per quanto squilibrato diventi quest'ultimo nel caso in cui si scelga di gestirlo in prima persona senza avere le adeguate competenze tecniche<sup>90</sup>.

Con regola di portata generale, l'art. 99 comma 1 stabilisce che il difensore dell'imputato esercita i diritti e le facoltà spettanti all'imputato medesimo<sup>91</sup>. La legittimazione generale del difensore rimane esclusa quando si tratti di assumere determinazioni relative a diritti fondamentali dell'imputato, di cui solo quest'ultimo può disporre. Spetta così all'imputato presentare personalmente la richiesta di differimento della richiesta di riesame (art. 309 comma 9 *bis*), la richiesta di rimessione (art. 46 comma 2), di giudizio abbreviato (art. 438 comma 3), di applicazione della pena (art. 446 comma 3), di sospensione del procedimento con messa alla prova (art. 464 *bis* comma 3), la domanda per la riparazione della ingiusta detenzione (art. 314)<sup>92</sup>, la richiesta di revisione (art. 632), la richiesta di rescissione del giudicato (art. 629 *bis*), la domanda di riparazione dell'errore giudiziario (art. 645 comma 1), la richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali (art. 628 *bis*). Tutti questi atti, però, possono essere posti in essere dal difensore nel caso in cui l'imputato gli abbia conferito apposita procura speciale. Diversamente, non sono mai esperibili dal difensore gli atti che, costituendo estrinsecazione dell'autodifesa, presuppongono l'imputato come soggetto agente, come ad esempio

<sup>88</sup> F. CARRARA, *Del giudizio criminale*, in *Programma del corso di diritto criminale* (1859-1870), a cura di M. Nobili, il Mulino, 2004, p. 233.

<sup>89</sup> Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 125; nonché Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 188; Corte cost., 18 dicembre 1997, n. 421; Corte cost., 8 giugno 2001, n. 182. V. *retro*, cap. IV, § 10.1.

<sup>90</sup> M. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo* (1986), il Mulino, rist. 2002, p. 241 e 291.

<sup>91</sup> Per una ricognizione generale del novero degli atti esperibili dal difensore senza bisogno della procura speciale v. Cass., Sez. un., 29 ottobre 2009, D'Agostino, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1761 ss.

<sup>92</sup> Cass., Sez. un., 14 dicembre 1994, Scacchia, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1173; Cass., Sez. un., 12 marzo 1999, Sciamanna, *ivi*, 1999, p. 3385.

gli enunciati narrativi sui fatti e le autodifese; la rinuncia alla prescrizione da parte dell'imputato di cui all'art. 157 comma 7 c.p., introdotto dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251; oppure la scelta della lingua del processo<sup>93</sup>.

Si è dubitato circa la legittimazione del difensore a formulare istanza di ricasazione e la giurisprudenza ha risolto la questione affermando che il giudice può essere ricasato soltanto dalla parte, dovendosi escludere un'autonoma e parallela legittimazione del difensore, che può validamente proporre l'atto di ricasazione solo in quanto abbia indefettibilmente ricevuto a tal fine apposito mandato, anche se non necessariamente nelle forme della procura speciale<sup>94</sup>.

L'estensione codificata nell'art. 99 realizza, in ogni stato e grado del procedimento, una forma di rappresentanza concorrente o sussidiaria fra imputato e difensore, che assicura a quest'ultimo le prerogative difensive senza che, per questo, ne rimanga privo l'imputato che, in ogni caso, può togliere effetto all'atto compiuto dal difensore attraverso una propria esplicita dichiarazione, da compiere prima che il giudice si sia pronunciato sull'atto del difensore che si intende rinnegare (art. 99 comma 2).

In deroga alla regola secondo cui l'atto del difensore è di per sé efficace e può essere inficiato solo da una dichiarazione esplicita dell'imputato formulata prima della decisione, in materia di sospensione dei termini processuali per il periodo feriale, l'art. 2 l. 22 maggio 1975, n. 152 stabilisce che l'eventuale rinuncia alla sospensione debba essere effettuata congiuntamente dall'imputato personalmente e dal suo difensore, anche se la giurisprudenza disattende tale previsione, affermando che la rinuncia *de qua* può non essere espressa ed è, anzi, desumibile da qualsiasi comportamento del difensore incompatibile con la volontà di avvalersi della sospensione medesima<sup>95</sup>.

Il difensore è titolare di un proprio diritto d'impugnazione (art. 571 comma 3) e, relativamente al decreto penale di condanna, è legittimato a presentare opposizione ai sensi dell'art. 461 (a dire il vero, l'art. 461 comma 1 parla di «difensore eventualmente nominato», ma la formula va intesa in senso ampio e comprende il difensore d'ufficio<sup>96</sup>). Tale regola generale è derogata quando il processo è celebrato in assenza dell'imputato: in tal caso il difensore, per impugnare la sentenza pronunciata nei confronti del proprio assistito, deve munirsi di specifico mandato rilasciato dopo l'emissione del provvedimento, contenente la dichiarazione o elezione di domicilio da parte dell'imputato (art. 581 comma 1 *quater*)<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> Cass., 27 gennaio 2005, Pfohl, in *C.e.d.* 231107; Cass., 3 novembre 2005, Kofler, *ivi* 233178.

<sup>94</sup> Cass., Sez. un., 5 ottobre 1994, Battaglia, in *Cass. pen.*, 1996, p. 473.

<sup>95</sup> Cass., 7 febbraio 2014, Rugeri, in *C.e.d.* 259570; Cass., 1° dicembre 2016, Scriosteanu, *ivi* 269470; Cass., 14 dicembre 2006, D'Onofrio, *ivi* 236565; Cass., 20 gennaio 2012, Donadio, *ivi* 252023; nonché Cass., 8 marzo 2000, Mele, *ivi* 216424.

<sup>96</sup> *Ex plurimis* v. Cass., 4 marzo 2009, Azzinnaro, in *C.e.d.* 242839; Cass., 1° ottobre 2008, Silvestri, *ivi* 241757; Cass., 15 novembre 2007, Hong ed a., *ivi* 238644; Cass., 15 marzo 2007, Minato, *ivi* 236629.

<sup>97</sup> *V. infra*, cap. X, § 2; cap. XVII, § 9.

### 12.1. - *Garanzie di libertà del difensore*

Efficacia ed effettività della difesa dipendono dalla libertà con cui è consentito al difensore di dar seguito al proprio mandato. Perciò devono essere assicurate in ogni stato e grado del procedimento garanzie per la libertà del difensore (art. 2 n. 4 legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale).

Tale libertà necessita della più totale riservatezza in ordine a quanto riguarda l'attività difensiva. Occorre evitare, infatti, che la persona assistita sia reticente con il proprio legale – e dunque non ponga quest'ultimo nelle condizioni di offrire la migliore difesa – nel timore che quanto riferito o consegnato al proprio avvocato in relazione ai fatti oggetto del procedimento possa, poi, in qualche modo filtrare nella disponibilità dell'autorità procedente. Di conseguenza, risultano espressamente codificati precisi e insuperabili limiti ai poteri investigativi degli organi inquirenti (art. 103), al fine di presidiare attraverso una barriera invalicabile i luoghi e gli spazi, anche virtuali, entro i quali si esprime l'attività difensiva.

Poiché il difensore non è il solo coinvolto nell'espletamento dell'attività difensiva, che può essere svolta anche dagli investigatori privati e dai consulenti tecnici, le regole a presidio della libertà difensiva si estendono a tali figure. Per analoghe ragioni, le garanzie previste dall'art. 103 si applicano anche agli assistenti sociali iscritti all'albo professionale (art. 1 comma 2 l. 3 aprile 2001, n. 119) e, in quanto applicabili, ai dipendenti del servizio pubblico per le tossicodipendenze e a coloro che operano presso gli enti, centri, associazioni, o gruppi che hanno stipulato convenzioni con le aziende sanitarie locali (art. 120 comma 7 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309).

Al fine di minimizzare ogni possibile intrusione esterna, che rischierebbe di alterare il fisiologico svolgersi delle diverse attività attraverso cui il difensore adempie al proprio mandato, è stato stabilito il tendenziale divieto di effettuare ispezioni, sequestri, perquisizioni e intercettazioni concernenti luoghi, cose, documenti o conversazioni comunque riferibili ai difensori oppure agli investigatori o ai consulenti della difesa, a meno che non ricorrano le specifiche e stringenti condizioni che sole possono legittimare l'eventuale prevalenza del potere investigativo della parte pubblica e degli organi di polizia a discapito delle prerogative difensive (art. 103 commi 2 e 5).

Mentre l'art. 341 c.p.p. abr. prevedeva in relazione al sequestro un divieto esplicito ma derogabile, l'attuale art. 103 comma 2 contiene un divieto implicito, desumibile dalla formulazione in positivo dei soli casi in cui è consentito disporre l'apprensione coattiva delle carte e dei documenti relativi all'oggetto della difesa.

La protezione accordata non tutela il segreto professionale del difensore, ma salvaguarda l'interesse alla difesa in sé e per sé considerato ed è condizionata alla validità del mandato: una sorta di immunità relativa a luoghi o persone e modi della ricerca coattiva, quando questa sia ammessa; cui si aggiunge la tutela di comunicazioni e corrispondenza (si veda al riguardo

anche quanto stabilito nell'art. 35 disp. att.). Il tutto per evitare che l'attività investigativa effettuata nei confronti del difensore costituisca uno strumento per trovare elementi a carico dell'assistito. L'eventuale trasgressione del divieto di effettuare ispezioni, sequestri, perquisizioni e intercettazioni desumibile dall'art. 103 determina l'inutilizzabilità degli esiti conoscitivi di tali atti ai sensi dell'art. 191<sup>98</sup>; si attegga, dunque, quale regola di esclusione autonoma e insuperabile.

Nelle intercettazioni la tutela apprestata dall'ordinamento a salvaguardia della funzione difensiva opera su due livelli. L'art. 103 pone un divieto invalicabile d'intercettazione delle comunicazioni relative a utenze immediatamente riferibili al difensore. Nel differente caso di accidentale intercettazione di comunicazione difensiva – vale a dire nel caso di intercettazione *ex ante* ammissibile e non vietata, perché relativa a utenza estranea a quelle appartenenti al difensore – l'eventuale captazione di comunicazione riservata avente a oggetto temi difensivi è comunque insuscettibile di utilizzazione probatoria, in quanto «non possono essere utilizzate le intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni» degli avvocati e degli investigatori privati autorizzati e dei consulenti tecnici quando hanno a oggetto fatti conosciuti per ragione della loro professione, salvo che le stesse persone abbiano depresso sugli stessi fatti o gli abbiano in altro modo divulgati» (art. 271 comma 2).

Negli uffici dei difensori e degli investigatori privati incaricati di svolgere indagini difensive eventuali perquisizioni e ispezioni sono ammesse esclusivamente quando, essendo imputato (o persona sottoposta alle indagini, in virtù dell'estensione di cui all'art. 61) il titolare dell'ufficio o una persona che in esso lavori stabilmente, l'atto investigativo a sorpresa serve a far emergere prove a suo carico; o anche quando – indipendentemente dallo *status* di indagato o imputato del difensore o di chi lavori presso il suo studio – gli inquirenti cerchino segni tangibili del reato («tracce o altri effetti materiali») oppure specifiche cose o persone già individuate (art. 103 comma 1).

Tale regola opera in favore degli investigatori privati alla presenza delle seguenti condizioni: 1) che essi siano stati autorizzati a svolgere attività d'investigazione privata dalle competenti autorità amministrative; 2) che abbiano formalmente ricevuto l'incarico in relazione al procedimento penale; 3) che dell'incarico sia stata informata l'autorità procedente ai sensi dell'art. 222 comma 4 disp. coord.

In ogni caso, dell'ispezione, della perquisizione o del sequestro nell'ufficio del difensore è avvisato il Consiglio dell'ordine forense del luogo in cui è svolto uno di tali atti, perché il presidente o un consigliere suo delegato possa assistere alle operazioni (art. 103 comma 3).

Il riferimento a cose o persone «specificamente predeterminate», contenuto nell'art. 103 comma 1 lett. *b*, serve a escludere ogni possibilità d'intrusione alla cieca e funge da criterio di ulteriore riduzione dei poteri investigativi esperibili nei confronti dei soggetti cui l'ordinamento demanda il compito di salvaguardare l'inviolabilità della difesa in ogni stato e grado.

---

<sup>98</sup> V. *infra*, cap. VII, sez. I, § 9.

Ove ricorrano le situazioni legittimanti il potere d'ispezione e perquisizione sopra richiamate, comunque, resta interdetto il sequestro presso i difensori – nonché presso gli investigatori e i consulenti tecnici – di «carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo che costituiscono corpo del reato» (art. 103 comma 2), dovendosi intendere con questa espressione le diverse specie di “documenti” elencate nell'art. 234 (fotografie, pellicole, nastri, dischi anche magnetici e tutti i supporti rappresentativi di fatti, persone o cose) riguardanti il procedimento giudiziario per il quale il professionista stia espletando o abbia espletato un mandato difensivo conferito dal diretto interessato.

## 12.2. - *Colloqui fra difensore e persona assistita in vinculis*

Chi sia sottoposto a custodia cautelare, o sia in stato di fermo o di arresto, ha il diritto di conferire con il difensore subito dopo essere stato privato della libertà personale (art. 104). A salvaguardia di tale diritto, gli artt. 293 comma 1 *ter* e 386 comma 2 impongono di avvisare immediatamente il difensore dell'avvenuta esecuzione della misura restrittiva; l'art. 36 disp. att. attribuisce al difensore medesimo il diritto di accedere ai luoghi in cui si trova il ristretto. Il colloquio tra difensore e persona *in vinculis* può svolgersi con l'ausilio di strumenti informatici, ma è necessario che il difensore illustri le ragioni che rendano indispensabile l'ausilio della suddetta strumentazione per l'esercizio delle prerogative difensive<sup>99</sup>.

A seguito di declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 18 ord. penit., il diritto di conferire con il difensore spetta al detenuto condannato fin dall'inizio dell'esecuzione della pena<sup>100</sup>. Nessun limite è consentito nemmeno quando il condannato sia sottoposto al regime speciale di sospensione delle regole trattamentali, di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., dichiarato incostituzionale nella parte in cui consentiva di effettuare con i difensori «fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari», pari rispettivamente a dieci minuti o ad un'ora<sup>101</sup>. Pertanto, pure la persona *in vinculis* assoggettata al regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. gode del diritto incondizionato di prendere contatto e interloquire con il proprio legale sin dall'inizio dell'esecuzione, anche in vista dell'eventuale instaurazione di altri procedimenti e non solo in relazione a quelli già in corso. Conseguentemente, l'amministrazione penitenziaria è tenuta a determinare le modalità di svolgimento degli incontri fra difensore e assistito con riguardo a locali, orari e modi di identificazione del professionista<sup>102</sup>.

La salvaguardia della prerogativa difensiva, che assicura nei tempi più brevi possibili il contatto fra persona ristretta e avvocato, è temperata con la necessità di evitare che le esigenze investigative possano in qualche modo risultare pregiudicate proprio in ragione del tempestivo svolgimento del colloquio tra assistito e difensore. È così stabilito che nel corso delle indagini preliminari per i delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, «quando sussistono specifiche ed eccezionali ragioni di cautela» (art. 104 comma 3),

<sup>99</sup> Cass., 18 settembre 2019, in *C.e.d.* 276786.

<sup>100</sup> Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212.

<sup>101</sup> Corte cost., 20 giugno 2013, n. 143.

<sup>102</sup> M. G. COPPETTA, *I colloqui con il difensore dei condannati al “carcere duro”: incostituzionali le restrizioni “quantitative”*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2349 ss.

tale colloquio possa essere ritardato di cinque giorni, con decisione del giudice sollecitata dal pubblico ministero – sicché risulterebbe nullo l'eventuale differimento disposto in assenza della corrispondente richiesta dell'organo dell'accusa<sup>103</sup>.

In caso di differimento del colloquio, l'imputato destinatario di un provvedimento cautelare potrà consultare l'avvocato solo dopo l'espletamento dell'interrogatorio di garanzia di cui all'art. 294<sup>104</sup>. Ove sia stato disposto l'arresto o il fermo, invece, è lo stesso pubblico ministero a poter ritardare l'incontro con il difensore dell'arrestato o del fermato – sempre che sussistano i presupposti prima richiamati – fino a quando il ristretto non risulti essere stato posto a disposizione del giudice, vale a dire finché non sia stata presentata la richiesta di convalida.

### 12.3. - Difensore di fiducia

L'imputato ha diritto di scegliere due difensori (art. 96 comma 1). La nomina del difensore può essere fatta anche in via preventiva, vale a dire per l'eventualità che si instauri un procedimento penale, al fine di consentire al difensore medesimo l'espletamento delle indagini difensive (art. 391 *nonies* comma 1). In questo caso il mandato deve essere necessariamente scritto e contenere, unitamente alla nomina del difensore, l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce, stante la necessità di precisare con estremo rigore l'oggetto dell'indagine (art. 391 *nonies* comma 2). La nomina consiste nell'instaurazione di un rapporto contrattuale fra difensore e assistito che, in mancanza di cause risolutive espresse, produce i suoi effetti per tutto l'arco del procedimento di cognizione. L'investitura effettuata per il giudizio di cognizione risulta automaticamente prorogata *in executivis* al solo fine della presentazione dell'istanza finalizzata alla concessione di una misura extracarceraria in luogo della pena detentiva (art. 656 comma 5).

La nomina è atto personale e, in quanto tale, non può essere effettuata da procuratore speciale. Tuttavia, le particolari condizioni in cui versa la persona detenuta hanno suggerito al legislatore di attribuire ai suoi prossimi congiunti – tra i quali deve ricomprendersi pure la persona convivente *more uxorio*<sup>105</sup> – una legittimazione sostitutiva alla nomina del difensore, di carattere eccezionale e temporaneo (art. 96 comma 3). Si ritiene generalmente che la facoltà dei prossimi congiunti di nominare un difensore nell'interesse dell'indagato o dell'imputato sia suscettibile di estensione anche al caso del latitante, in quanto la *ratio* del terzo comma dell'art. 96 è quella di agevolare l'intervento di un difensore di fiducia, a preferenza di quello d'ufficio, quando l'interessato non possa agevolmente provvedere personalmente a incaricare il professionista.

L'atto di nomina può assumere forma di dichiarazione orale resa all'autorità procedente; ovvero di dichiarazione scritta consegnata o trasmessa per raccomandata alla medesima autorità da parte dello stesso difensore, che è

<sup>103</sup> Cass., 17 settembre 2009, Di Nardo, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1843 ss., con nota di M. SCULCO, *Principio della domanda cautelare e differimento del colloquio*.

<sup>104</sup> V. *infra*, cap. XVIII, § 8.

<sup>105</sup> Cass., 13 febbraio 2014, Bruno ed a., in *C.e.d.* 259931.

tenuto ad assumere le dovute informazioni su quale sia l'autorità procedente (art. 96 comma 2).

La dichiarazione di nomina del difensore di fiducia può essere effettuata personalmente dal detenuto, con atto ricevuto dal direttore dello stabilimento di custodia (art. 123 comma 1) e deve essere tempestivamente comunicata al difensore nominato (art. 123 comma 2 *bis*). Tale atto ha efficacia immediata, come se fosse ricevuto direttamente dall'autorità giudiziaria destinataria, alla quale deve essere comunicato con urgenza, con le modalità e gli strumenti previsti dall'art. 44 disp. att. In applicazione di tale regola la giurisprudenza ha riconosciuto la nullità di carattere generale a regime intermedio dell'atto compiuto in mancanza di previo avviso al difensore di fiducia nominato in carcere ai sensi dell'art. 123, ancorché la nomina effettuata prima della fissazione dell'atto medesimo sia pervenuta all'ufficio dell'autorità procedente solo successivamente<sup>106</sup>.

In modo simile può essere fatta la dichiarazione di nomina di chi sia ristretto nel domicilio; se è formulata all'ufficiale di polizia giudiziaria, questo è tenuto a trasmetterla immediatamente all'autorità giudiziaria procedente (art. 123 comma 2) e al difensore (art. 123 comma 2 *bis*).

Il difensore di fiducia – ma vale la stessa regola anche per il difensore d'ufficio – può indicare un sostituto per l'espletamento dell'attività difensiva relativa al proprio assistito (art. 102 comma 1). Il difensore sostituto, quindi, è il professionista che, su incarico del titolare dell'ufficio difensivo, ne esercita i medesimi diritti e ne assume gli stessi obblighi (art. 102 comma 2).

La nomina del sostituto può essere *ad acta* o generica; in quest'ultimo caso il sostituto esercita i suoi poteri fino a quando il sostituito non riassume la conduzione della difesa. Nemmeno può escludersi la designazione di un sostituto in via preventiva, vale a dire prima dell'insorgenza della situazione di fatto che indurrà il titolare dell'ufficio difensivo a farsi sostituire.

#### 12.4. - *Difensore nominato d'ufficio*

Quando l'imputato o la persona sottoposta alle indagini rimangono privi di difensore, si deve procedere alla nomina di un difensore d'ufficio (art. 97 comma 1). Anche a seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense (l. 31 dicembre 2012, n. 247), l'imputato non può difendersi da solo, senza l'assistenza di un avvocato, nemmeno se risulti abilitato all'esercizio della professione forense innanzi alle magistrature superiori<sup>107</sup>.

Il difensore d'ufficio svolge un ruolo sussidiario rispetto a quello del difensore di fiducia, tant'è che cessa dalle funzioni non appena sia stata effettuata la nomina di quest'ultimo (art. 97 comma 6) e ciò esprime la preferenza accordata dall'ordinamento per il rapporto fiduciario.

<sup>106</sup> Cass., Sez. un., 26 marzo 1997, Procopio, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p. 429 ss.; Cass., 28 gennaio 1998, Ferro, *ivi*, 1998, p. 604.

<sup>107</sup> Cass., 16 luglio 2013, Stara, in *C.e.d.* 257072. V. anche *retro*, § 12, nota 89.

La sussidiarietà del difensore d'ufficio risulta implicita all'obbligo di avvertire l'imputato assistito dal difensore d'ufficio che può nominare in qualsiasi momento un difensore di fiducia (art. 28 disp. att.); nonché alla previsione che l'informazione alla persona sottoposta alle indagini sul diritto di difesa debba contenere, fra l'altro, la comunicazione della nomina del «difensore d'ufficio» e l'indicazione della facoltà di nominare un difensore di fiducia con l'avvertenza che, in mancanza, l'indagato sarà assistito dal difensore d'ufficio (art. 369 *bis*).

L'individuazione e la successiva designazione del difensore d'ufficio costituiscono l'atto formale da cui prende avvio il rapporto difensivo fra assistito e difensore, rappresentando per la difesa d'ufficio l'omologo della nomina fiduciaria. Presupposto per la designazione del difensore d'ufficio è la mancanza di quello di fiducia, determinata dall'assenza della relativa nomina oppure dall'interruzione del rapporto fiduciario precedentemente instaurato (art. 97 comma 1).

Il difensore d'ufficio deve essere nominato in caso di decesso di quello di fiducia, o quando quest'ultimo perde i requisiti professionali per espletare il mandato, oppure diventa incompatibile (art. 106). La nomina del difensore d'ufficio è dovuta pure in caso di rinuncia al mandato da parte del difensore di fiducia, sia che la rinuncia sia stata comunicata soltanto all'autorità precedente, sia che ne sia consapevole pure l'assistito. Il difensore d'ufficio cessa dalle sue funzioni dopo la designazione del difensore di fiducia; l'eventuale successiva revoca dal mandato di quest'ultimo non fa rivivere la nomina del primo difensore d'ufficio, ma occorre procedere ad altra nomina dell'avvocato d'ufficio. Secondo un discutibile orientamento della giurisprudenza, il giudice non è tenuto a procedere alla nomina del difensore d'ufficio per le udienze in cui è facoltativa la presenza del difensore, quando abbia rinunciato al mandato il difensore di fiducia che aveva ricevuto l'avviso di udienza<sup>108</sup>.

La procedura di designazione del difensore d'ufficio si articola in più fasi: predisposizione degli elenchi e tabelle degli avvocati idonei e disponibili ad assumere incarichi *ex officio*; individuazione del professionista; attribuzione effettiva dell'incarico, cui è correlata l'informazione all'interessato circa l'avvenuta nomina officiosa del difensore. Al fine di elevare i livelli di professionalità degli avvocati inseriti negli appostiti elenchi dei difensori d'ufficio, il d.lgs. 30 gennaio 2015, n. 6 ha novellato il sistema – materia questa che era stata già oggetto di riforma ad opera della l. 6 marzo 2001, n. 60 – modificando l'art. 97 e l'art. 29 disp. att. È ora previsto che l'elenco dei difensori d'ufficio venga unificato su scala nazionale e stilato dal Consiglio nazionale forense, cui spetta il suo periodico aggiornamento. Per assicurare la competenza professionale degli avvocati d'ufficio sono stati previsti criteri stringenti: si richiede che il corso di aggiornamento propedeutico all'iscrizione nell'elenco dei difensori d'ufficio (organizzato dal Consiglio dell'ordine circondariale o da una Camera penale o dall'Unione della Camere penali) abbia durata biennale, sia di almeno 90 ore e contempli il superamento di un esame finale; oppure che la pregressa esperienza professionale in materia penale sia di almeno cinque anni e adeguatamente documentata; o che il professionista abbia conseguito il titolo di specialista in diritto penale, ai sensi dell'art. 9 l. n. 247 del 2012. Al fine di coordinare le modifiche intervenute sul piano ordinamentale con la disciplina processuale è stato modificato l'art. 97: ora il nominativo del difensore d'ufficio è indicato dai locali Consigli dell'ordine, tenuti a predisporre un elenco dei professionisti iscritti all'albo che facciano parte dell'elenco nazionale. Inoltre, i criteri per la designazione del difensore sono attualmente dettati dal Consiglio nazionale forense e non più dai Consigli dell'ordine, sulla base della prossimità alla sede del procedimento ed alla reperibilità.

Il difensore d'ufficio ha l'obbligo di prestare il patrocinio: l'eventuale rifiuto di assumere l'incarico ricevuto configura un illecito disciplinare.

<sup>108</sup> Cass., 16 dicembre 2010, Fusco, in *C.e.d.* 249584.

L'obbligo viene meno in presenza di un giustificato motivo (art. 97 comma 5), da intendersi quale impossibilità concreta di adempiere all'incarico. In tal caso, il difensore d'ufficio è tenuto a comunicare immediatamente all'autorità giudiziaria le ragioni che gli impediscono di svolgere l'incarico, in modo tale da propiziare la nomina di un altro avvocato (art. 30 comma 3 disp. att.). L'attività difensiva espletata *ex officio* dal professionista è in ogni caso retribuita (art. 31 disp. att.): in tal senso si esprime esplicitamente l'art. 369 *bis*, stabilendo che la comunicazione della nomina del difensore d'ufficio è inviata alla persona sottoposta alle indagini unitamente a una serie di avvisi, fra cui l'indicazione che il difensore d'ufficio deve essere retribuito, a meno che non sussistano le condizioni per accedere al gratuito patrocinio.

La prassi contraddice palesemente questa indicazione normativa, poiché la difesa d'ufficio rimane per lo più non retribuita e gravosa per chi la assicura, posto che la giurisprudenza esclude che il mancato pagamento del compenso da parte della persona assistita costituisca giustificato motivo per la sostituzione del difensore d'ufficio ai sensi dell'art. 97 comma 5<sup>109</sup>. A questa criticità del sistema se ne aggiunge un'altra, non meno preoccupante: continua a mancare qualsivoglia forma di controllo sulle concrete modalità di svolgimento della funzione difensiva da parte del professionista nominato d'ufficio e ciò in molti casi rende tutt'altro che effettiva l'assistenza difensiva prestata. Questo stato di cose espone il nostro Paese a condanne da parte della Corte di Strasburgo per violazione del diritto fondamentale all'effettiva assistenza tecnica<sup>110</sup>. Plausibile ritenere che l'assenza di controlli del giudice sull'operato del difensore d'ufficio si spieghi alla luce della tendenziale diffidenza della classe forense verso l'eventualità di un sindacato "esterno" sull'attività difensiva. Nondimeno, sarebbe auspicabile l'individuazione di altre forme di controllo, perché l'effettività dell'assistenza tecnica dell'imputato rappresenta il perno di tutte le altre garanzie riconosciute nel procedimento penale.

Omologa, per la difesa d'ufficio, alla facoltà di farsi sostituire contemplata dall'art. 102 per l'avvocato di fiducia è la designazione del sostituto processuale di carattere temporaneo e transitorio disciplinata nell'art. 97 comma 4. Il difensore nominato d'ufficio ai sensi dell'art. 97 comma 4 è un sostituto del legale titolare, nominato su base fiduciaria o di ufficio *ex art.* 97 comma 1: si tratta di professionista nominato dall'autorità giudiziaria per svolgere una sostituzione *ad acta*, nei casi di temporanea assenza del difensore titolare della funzione.

#### 12.5. - *Il patrocinio dei non abbienti*

L'art. 24 comma 2 Cost. assicura «ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione». Allo stesso modo, l'art. 6, § 3 lett. c C.e.d.u., sancisce il diritto delle persone accusate di un reato

<sup>109</sup> App. Venezia, 23 ottobre 2018, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 570 ss., con commento di M. L. Busetto, *Mancata retribuzione del difensore d'ufficio e dispensa dell'incarico per «giustificato motivo»*.

<sup>110</sup> Corte e.d.u., 27 aprile 2006, Sannino c. Italia. V. anche G. UBERTIS, *Codice di procedura penale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Milano, 2000, p. 770 ss.

di poter beneficiare dell'assistenza tecnica anche quando non dispongono dei mezzi per retribuire un difensore. In linea con tali previsioni, l'art. 98 attribuisce la legittimazione a chiedere di essere ammessi al patrocinio a spese dello Stato all'imputato, alla persona offesa dal reato e al danneggiato che intenda costituirsi parte civile.

La prima regolamentazione della difesa dei non abbienti risale alla l. 30 luglio 1990, n. 217, intitolata "Istituzione del patrocinio a spese dello Stato", cui la l. 29 marzo 2001, n. 134 ha apportato sostanziali modifiche. Gli aspetti di maggiore rilevanza affrontati con la legge di riforma del 2001 riguardano: l'elevazione della soglia di non abbienza (attualmente individuata nel reddito annuale non superiore a euro 11.746,68, alla stregua di quanto fissato dal d.m. 23 luglio 2020, pubblicato in G.U., n. 24 del 30 gennaio 2021); l'estensione del beneficio anche ai reati contravvenzionali; la distinzione tra cittadini stranieri comunitari ed extracomunitari, ai fini della produzione della certificazione dell'autorità consolare attestante la veridicità di quanto dichiarato nell'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato; l'introduzione di un controllo preventivo sull'istanza da parte del magistrato competente a deciderla, non più limitato all'ammissibilità ma anche alla sua fondatezza.

Successivamente, la regolamentazione introdotta nel 2001 è confluita nel corpo del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (testo unico in materia di spese di giustizia). Presso il Consiglio dell'ordine degli avvocati è istituito un elenco di avvocati idonei a essere nominati difensori da colui che è ammesso al patrocinio a spese dello Stato (art. 81 d.P.R. n. 115 del 2002). È lo stesso Ordine a deliberare l'inserimento del professionista nell'elenco, su richiesta di quest'ultimo, valutando una serie di requisiti, modificati da ultimo dall'art. 2 l. 24 febbraio 2005, n. 25, fra i quali vanno ricordati l'esperienza professionale specifica almeno biennale, dovendosi a tal fine distinguere fra processi civili, penali, amministrativi, contabili, tributari e affari di volontaria giurisdizione. La novella del 2005 ha espunto la precedente condizione limitativa che obbligava a scegliere un difensore iscritto negli elenchi istituiti presso uno dei Consigli dell'ordine del distretto. Si può ora nominare anche un difensore iscritto a un ordine extradistrettuale, ma in tal caso non sono dovute le spese e indennità di trasferta previste dalla tariffa professionale. Gli artt. da 90 a 118 del menzionato t.u. riguardano più specificamente il gratuito patrocinio nel procedimento penale. A questo riguardo, l'art. 96 commi 2 e 3 prevede che l'istanza di ammissione vada respinta quando il tenore di vita, le condizioni familiari e personali del richiedente e le attività economiche dallo stesso eventualmente svolte offrano al giudice fondati motivi per ritenere, anche alla luce delle verifiche effettuate dalla Guardia di finanza, che il reddito da prendere in considerazione superi i limiti codificati. Successivamente, il d. l. 23 maggio 2008, n. 82 – conv. con l. 24 luglio 2008, n. 125 – inserendo l'art. 76 comma 4 *bis* d.P.R. n. 115 del 2002, ha introdotto la presunzione d'insussistenza delle condizioni reddituali per accedere al beneficio in relazione a persone condannate con sentenza irrevocabile in ordine a talune tipologie di reati specificamente elencate (delitti di cui agli artt. 416 *bis* c.p.; 291 *quater* t.u. di cui al d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43; 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, quest'ultimo limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 80 e 74 comma 1; nonché per i reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo). La Corte costituzionale ha però dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale previsione, nella parte in cui non garantisce all'interessato di godere del gratuito patrocinio qualora sia nelle condizioni di offrire un'adeguata prova contraria che ribalti la presunzione *de qua*<sup>111</sup>.

Al fine di assicurare condizioni di effettiva libertà di accesso alla giustizia da parte delle vittime di alcuni gravi reati contro la persona, l'art. 76 comma 4 *ter* del menzionato testo unico dispone che la persona offesa dal reato sia sempre ammessa al gratuito patrocinio, indipendentemente e a prescindere dai limiti reddituali prima richiamati<sup>112</sup>, nel caso in cui si proceda per i

<sup>111</sup> Corte cost., 16 aprile 2010, n. 139.

<sup>112</sup> Sulle ragioni di rilievo costituzionale che giustificano tale previsione v. Corte cost., 11 gennaio 2021, n. 1.

reati di cui agli artt. 572, 583 *bis*, 609 *bis*, 609 *quater*, 609 *octies* e 612 *bis* c.p. La medesima regola si applica anche quando si procede per i reati di cui agli artt. 600, 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quinqüies*, 601, 602, 609 *quinqüies* e 609 *undecies* c.p., nel caso in cui tali delitti siano stati commessi in danno di minori.

## 12.6. - *Incompatibilità della difesa di più imputati nello stesso procedimento*

La relazione fra difensore e assistito può presentare, talvolta, dei profili di patologia cui il legislatore dà rilievo al fine di espungere dal procedimento ogni situazione di fatto da cui possa derivare pregiudizio alla persona assistita. La prima situazione patologica a venire in considerazione è l'incompatibilità del difensore, che si configura quando uno stesso avvocato presti assistenza difensiva a una pluralità di imputati, ciascuno dei quali versi in una posizione processuale confliggente con quella di altri. Più specificamente, quando la difesa di un imputato o di una persona sottoposta alle indagini è inconciliabile con quella di altra persona imputata o sottoposta alle indagini, in quanto per difendere la prima occorre sostenere una ricostruzione in fatto o in diritto pregiudizievole alla difesa dell'altra, i diversi indagati o imputati non possono avvalersi dello stesso difensore (106 comma 1). L'incompatibilità in esame delimita la tendenziale libertà di scelta del difensore da parte dell'imputato e deroga al divieto di obblighi di esclusività nei confronti dell'assistito incompetenti sul l'avvocato, sancito con l'affermazione che «la difesa di più imputati può essere assunta da un difensore comune» (106 comma 1).

Centrale per la ricostruzione dell'istituto è l'elaborazione giurisprudenziale risalente alla codificazione previgente, quando l'art. 133 c.p.p. abr. stabiliva che la difesa di più imputati poteva essere affidata a un difensore comune quando non vi fosse «incompatibilità». In quel contesto normativo, la giurisprudenza consolidata era nel senso di ritenere che tale situazione ricorresse quando la comune difesa di più imputati da parte di uno stesso difensore dovesse considerarsi inadeguata ad assicurare l'effettività dell'assistenza tecnica non già in ragione di una mera divergenza di interessi, bensì a causa della loro radicale inconciliabilità, determinata dal carattere pregiudizievole che la tesi difensiva da sostenere per un imputato potesse assumere nei confronti dell'altro<sup>113</sup>. Ancora oggi, l'inconciliabilità delle posizioni difensive dei diversi imputati continua ad essere il fulcro del diritto vivente in materia<sup>114</sup>. Tuttavia, l'art. 106 assicura una

<sup>113</sup> M. G. AIMONETTO, *Art. 133 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Cedam, 1987, p. 474.

<sup>114</sup> Cass., 17 maggio 2018, De Luca ed a., in *C.e.d.* 273766; Cass., 18 gennaio 2017, H ed a., *ivi* 269310; Cass., 7 ottobre 2009, Gjoka ed a., *ivi* 245038; Cass., 19 gennaio 2006, Bagnasco ed a., in *Giust. pen.*, III, c. 241; Cass., 5 luglio 1999, Merolla, in *C.e.d.* 214931; Cass., 10 settembre 1998, Panariello ed a., *ivi* 211921; Cass., 3 dicembre 1996, Spinuzzi ed a., *ivi* 207863; Cass., 6 maggio 1996, Valente ed a., *ivi* 205182; Cass., 11 luglio 1994, Kamouni, *ivi* 199370.

tutela dell'imputato di gran lunga superiore a quella della disciplina previgente, nella quale l'incompatibilità era difetto rilevabile solo dall'interessato, fino a quando il giudice delle leggi non ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 133 comma 1 c.p.p. abr.<sup>115</sup>, con l'effetto di rendere insanabile in ogni stato e grado del procedimento la nullità determinata dallo svolgimento del procedimento con l'imputato assistito da difensore incompatibile.

L'incompatibilità del difensore compromette in radice l'effettività della difesa e rappresenta per questo un insanabile *vulnus* al contraddittorio. Se non si realizza la spontanea rimozione dell'incompatibilità – attraverso la revoca del difensore in situazione d'incompatibilità da parte dell'imputato, oppure attraverso l'iniziativa dello stesso difensore che rinunci alla difesa – è previsto l'intervento del giudice (o del pubblico ministero se la fase in corso è quella delle indagini preliminari), il quale indica la situazione d'incompatibilità rilevata, espone i motivi su cui si fonda e fissa un termine per la rimozione dell'avvocato incompatibile da parte dei diretti interessati (art. 106 commi 2 e 4). Nel caso in cui, nonostante questa esplicita presa di posizione dell'autorità procedente, gli interessati persistano nella loro inerzia senza sostituire il difensore, il giudice pronuncia ordinanza con la quale è dichiarata l'incompatibilità medesima e, sentite le parti interessate, si procede alle necessarie designazioni dei difensori d'ufficio. Nel corso delle indagini preliminari tale provvedimento è adottato previa richiesta del pubblico ministero o di altra parte privata.

Non è autonomamente impugnabile il provvedimento con il quale il giudice dichiara, a norma dell'art. 106 commi 3 e 4, che un difensore si trova in una situazione d'incompatibilità rispetto all'incarico conferitogli dal cliente<sup>116</sup>. La mancata osservanza di tali previsioni è vizio rilevabile d'ufficio e determina la nullità assoluta o a regime intermedio, a seconda che il pregiudizio difensivo riguardi attività processuale in cui l'assistenza difensiva è stabilita come obbligatoria oppure no. L'orientamento prevalente in giurisprudenza è nel senso di ritenere che la nullità sia configurabile soltanto quando risulti un effettivo e concreto pregiudizio alla difesa del singolo assistito<sup>117</sup>. Allo stesso modo risulta configurabile la nullità in caso di illegittimo ricorso da parte del giudice all'asserita incompatibilità del difensore, con conseguente sua rimozione, in assenza dei presupposti codificati.

La legge sui collaboratori di giustizia (l. 13 febbraio 2001, n. 45) ha introdotto una nuova ipotesi di incompatibilità del difensore (art. 106 comma 4 *bis*), che risulta però eterogenea rispetto alla fattispecie generale, in quanto tutela l'interesse di una persona estranea al rapporto che lega il difensore al proprio assistito. La relativa previsione – con riguardo alla quale sono stati finora esclusi profili d'illegittimità costituzionale alla stregua degli artt. 24 e

<sup>115</sup> Corte cost., 1° dicembre 1959, n. 59.

<sup>116</sup> Cass., 14 gennaio 1993, Ferretti, in *C.e.d.* 197938.

<sup>117</sup> Cass., 23 ottobre 2012, Vangjelaj, in *C.e.d.* 256448; Cass., 1° agosto 2011, Braidic, *ivi* 251483; Cass., 5 luglio 1999, Merolla, *cit.*; Cass., 2 novembre 1998, Archesso ed a., in *C.e.d.* 213443; Cass., 11 luglio 1994, Kamouni, *cit.*

3 Cost.<sup>118</sup> – stabilisce che «non può essere assunta da uno stesso difensore la difesa di più imputati che abbiano reso dichiarazioni concernenti la responsabilità di altro imputato nel medesimo procedimento o in procedimento connesso ai sensi dell'art. 12 o collegato ai sensi dell'art. 371 comma 2 lett. b», aggiungendo che i commi 2, 3 e 4 dell'art. 106 si applicano in quanto compatibili. Correlato a questa prescrizione è l'art. 105 comma 4, anch'esso modificato dalla l. n. 45 del 2001, alla cui stregua l'autorità giudiziaria è tenuta a comunicare al Consiglio dell'ordine competente la violazione da parte del difensore del divieto di cui all'art. 106 comma 4 *bis*, affinché possano essere adottati gli opportuni provvedimenti disciplinari. Obiettivo di questa disciplina è quello di minimizzare il rischio che l'assistenza da parte di un medesimo difensore a favore di una pluralità di collaboratori di giustizia possa costituire situazione propizia a favorire ricostruzioni dei fatti in qualche modo concordate. Per salvaguardare la genuinità delle dichiarazioni rese dagli imputati, quindi, si vieta che questi ultimi siano assistiti da un unico difensore, al fine di scongiurare che questi possa orchestrare e coordinare artatamente le loro versioni dei fatti. Di conseguenza, il divieto che lo stesso difensore assista più dichiaranti *erga alios* non garantisce questi ultimi, bensì gli altri imputati cui si riferiscono le dichiarazioni eteroaccusatorie dei primi<sup>119</sup>.

Proprio in ragione della diversità di *ratio* dell'art. 106 comma 4 *bis* rispetto agli altri commi dello stesso articolo, la giurisprudenza, dopo iniziali oscillazioni, ha escluso che in caso di sua inosservanza, l'eventuale assistenza da parte del medesimo difensore di più imputati dichiaranti *erga alios* possa determinare la nullità o l'inutilizzabilità delle deposizioni rese: l'eventuale violazione di questa norma, oltre a comportare l'eventuale responsabilità disciplinare del difensore, impone solo una verifica particolarmente incisiva da parte del giudice in punto di attendibilità dei dichiaranti<sup>120</sup>.

### 13. - *Il difensore delle altre parti private, della persona offesa e degli enti o associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato*

La necessità di salvaguardare il diritto di difesa nel procedimento penale non riguarda esclusivamente l'imputato o la persona sottoposta alle indagini, ma anche le altre parti private, vale a dire la parte civile, il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria. Al diverso tipo di interessi di cui sono portatori imputato e altre parti private corrisponde la differente regolamentazione delle modalità di esplicazione della difesa tecnica. Con riguardo alle parti eventuali il legislatore tratta unitariamente le modalità di conferimento del mandato difensivo, modellandole sulla

<sup>118</sup> Corte cost., 23 maggio 2002, n. 214; Corte cost., 28 febbraio 2003, n. 55.

<sup>119</sup> In questo senso v. anche Corte cost., 23 maggio 2002, n. 214, cit.; Corte cost., 28 febbraio 2003, n. 55, cit.

<sup>120</sup> Cass., Sez. un., 22 febbraio 2007, Dike, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4073 ss.

corrispondente disciplina civilistica. Esse stanno in giudizio con il ministero di un solo difensore – si parla, al riguardo di “onere di patrocinio” – munito di procura speciale, relativa cioè al processo in corso (art. 100 comma 1) e valevole per un determinato grado di giudizio, a meno che non risulti un’espressa determinazione di segno diverso (art. 100 comma 3). Secondo la giurisprudenza, la presunzione di efficacia della procura per un solo grado del processo può essere vinta dalla manifestazione di volontà della parte di attribuire il potere d’impugnazione, desumibile dalla interpretazione del mandato<sup>121</sup>.

La procura si conferisce con atto autonomo, oppure può essere apposta in calce o a margine dell’atto attraverso cui la parte si costituisce nel processo penale e non in calce o a margine di atto diverso da quello di costituzione; l’autografia della sottoscrizione è certificata dal difensore (art. 100 comma 2). Si può conferire la procura anche con atto pubblico o con scrittura privata autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale cui la legge conferisce il potere di autenticazione (art. 100 comma 2).

Nel caso in cui la parte privata rimanga priva del difensore personalmente nominato, non ha diritto a una difesa d’ufficio. E nemmeno ha diritto a essere restituita nel termine per l’impugnazione in caso di sopraggiunta morte dell’avvocato, giacché sulla parte privata incombe l’onere di assicurarsi che il proprio difensore porti a termine l’incarico conferitogli, provvedendo all’eventuale nuova nomina in caso in cui venga meno il legale già nominato.

Il difensore cui sia stata conferita la procura speciale ai sensi dell’articolo 100, nonché la procura per la costituzione di parte civile a norma dell’articolo 122, se in questa non risulta la volontà contraria della parte interessata, può conferire al proprio sostituto, con atto scritto, il potere di sottoscrivere e depositare l’atto di costituzione (art. 78 comma 1 *bis*).

Il difensore della parte privata è anche suo domiciliatario *ex lege*, quale naturale corollario della regola per cui le parti stanno in giudizio col ministero del difensore. Il difensore può compiere e ricevere, nell’interesse della parte rappresentata, tutti gli atti del procedimento che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati. In ogni caso, non può compiere atti che importino disposizione del diritto in contesa se non ne ha ricevuto espressamente il potere (art. 100 comma 4).

A differenza delle altre parti private diverse dall’imputato, la persona offesa partecipa al procedimento anche senza il difensore, la cui assistenza è meramente eventuale. Rispetto a talune attività, però, l’assistenza tecnica è prevista come condizione necessaria per l’esercizio dei poteri spettanti alla persona offesa, che risulta così gravata di un onere di designazione. Ciò spiega l’invio alla persona offesa dal reato dell’informazione di garanzia (art. 369), attraverso cui è formulato l’invito a farsi assistere da un difensore. In effetti, se la persona offesa intende partecipare a un accertamento tecnico irripetibile (art. 360) o all’incidente probatorio (art. 392 ss.), lo potrà fare soltanto attraverso il patrocinio di un difensore, anche se nell’incidente probatorio l’offeso

---

<sup>121</sup> Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, Mazzarella, in *Cass. pen.*, 2005, p. 383 ss.

può essere autorizzato dal giudice a essere presente agli esami (art. 401 commi 1 e 3). Inoltre, la persona offesa dal reato non ha il diritto di proporre personalmente ricorso per cassazione, sottoscrivendo il relativo atto, poiché per la valida instaurazione del giudizio di legittimità si applica la regola dettata dall'art. 613, secondo cui l'atto d'impugnazione deve essere sottoscritto, a pena d'inammissibilità, da difensori iscritti nell'apposito albo<sup>122</sup>.

Le formalità di nomina del difensore da parte della persona offesa sono del tutto identiche a quelle incumbenti sull'imputato che intenda nominare un avvocato di fiducia, in quanto l'art. 101 comma 1 rinvia all'art. 96 comma 2, ove è stabilito che la nomina è fatta con dichiarazione resa all'autorità procedente, consegnata alla stessa dal difensore o trasmessa a mezzo raccomandata. L'art. 33 disp. att. stabilisce che il domicilio dell'offeso che abbia nominato un difensore si intende eletto presso quest'ultimo.

Il difensore della persona offesa esercita tutti i poteri, diritti e facoltà che la legge riconosce a quest'ultima, limitandosi ovviamente a funzioni di assistenza tecnica, fra cui va senz'altro ricompreso l'espletamento delle investigazioni difensive.

A differenza dell'offeso, gli enti e le associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato partecipano al procedimento esclusivamente con il ministero di un difensore (art. 101 comma 2) munito di procura speciale conferita nelle consuete forme di cui all'art. 100, al quale viene riconosciuta la rappresentanza *pleno iure* dell'ente o dell'associazione.

#### 14. - *L'abbandono e il rifiuto della difesa*

L'abbandono e il rifiuto della difesa costituiscono altre situazioni patologiche, in aggiunta all'incompatibilità, che possono alterare la relazione fra difensore e assistito. Va detto, in premessa, che l'impegno del professionista della cui assistenza tecnica si avvale l'imputato o un altro soggetto privato si caratterizza per la sua libertà e la libertà dell'attività difensiva esclude, tendenzialmente, obblighi di accettare o mantenere l'incarico. Nondimeno, non sono ammessi comportamenti dell'avvocato che si pongano in contrasto con i doveri di supportare l'assistito nel procedimento, contrastando con i doveri di lealtà e probità del difensore e risolvendosi in ipotesi di abbandono o rifiuto della difesa. Il codice di procedura penale si preoccupa di immunizzare l'assistito dai pregiudizi che gliene possano derivare, ma al tempo stesso mette a punto congegni procedurali atti a evitare che l'effettivo rispetto delle regole deontologiche cui deve conformarsi l'attività difensiva possa essere in qualche modo sindacato dall'autorità giudiziaria.

---

<sup>122</sup> Cass., Sez. un., 16 dicembre 1998, Messina ed a., in *Cass. pen.*, 2000, p. 862 ss.; Cass., Sez. un., 27 settembre 2007, Lo Mauro, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 979 ss.

L'abbandono della difesa presuppone che il difensore, ricevuto l'incarico, abbia iniziato a svolgere l'attività di assistenza tecnica compiendo atti nell'interesse dell'assistito e poi abbia desistito. Se l'abbandono riguarda il difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini, sia esso di fiducia o d'ufficio, nel procedimento si determina una stasi, che dura fino a quando non si proceda alla nomina di un nuovo difensore di fiducia oppure, in mancanza, alla designazione di un difensore d'ufficio. In caso di abbandono del difensore di parte privata diversa dall'imputato, o del difensore della persona offesa o di enti e associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato, il procedimento prosegue senza interruzione alcuna (art. 105 comma 5). Ciò significa che le parti private diverse dall'imputato, che possono stare in giudizio solo con il ministero di un difensore (art. 100 comma 1 e 101 comma 2), in caso di abbandono della difesa perdono la possibilità di essere attive nel procedimento, a meno che non provvedano alla tempestiva nomina di un altro avvocato, unico possibile antidoto all'inerzia forzata conseguente all'abbandono.

Il rifiuto della difesa è configurabile in un momento anteriore a quello dell'assunzione dell'incarico e concerne esclusivamente il difensore d'ufficio, anche se mero sostituto nominato ai sensi dell'art. 97 comma 4, che non voglia accettare la nomina in assenza di giustificato motivo.

Il Consiglio dell'ordine forense ha competenza esclusiva a pronunciarsi nei casi di abbandono o di rifiuto, ma il procedimento penale in cui essi hanno avuto luogo non è pregiudiziale rispetto al procedimento disciplinare (art. 105 comma 2), perché le due procedure sono completamente autonome. L'autorità giudiziaria deve segnalare al Consiglio dell'ordine i casi di abbandono e rifiuto della difesa e ogni violazione dei doveri di lealtà e probità del difensore (art. 105 comma 4).

In passato si dubitava circa la possibilità di configurare un caso di abbandono della difesa a fronte dell'adesione dell'avvocato alla astensione dalle udienze proclamata dalle associazioni di categoria. La giurisprudenza ha escluso tale eventualità, riconoscendo allo "sciopero" degli avvocati valore di legittimo impedimento del difensore che abbia tempestivamente comunicato la sua adesione alla protesta<sup>123</sup>. Più di recente, l'astensione del difensore dalle udienze è stata configurata non già quale legittimo impedimento, bensì un'espressione di un diritto di libertà<sup>124</sup>, il cui corretto esercizio, attuato in ottemperanza a tutte le prescrizioni formali e sostanziali indicate dalle pluralità delle fonti regolatrici, impone il rinvio delle udienze, anche se camerali<sup>125</sup>. Nei procedimenti relativi a misure cautelari personali, però, si è stabilito che il difensore non possa esercitare la facoltà di astensione, in quanto l'art. 4 del Codice di "Autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati", adottato il 4 aprile 2007 e ritenuto idoneo

<sup>123</sup> Cass., Sez. un., 28 novembre 2001, Cremonese, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1308 ss., con nota di M.L. DI BITONTO, *Le Sezioni unite reinterpretano il combinato disposto degli artt. 159 c.p. e 304 c.p.p.: l'astensione collettiva dei difensori dalle udienze penali sospende il corso della prescrizione*; Cass., Sez. un., 27 marzo 2014, Lattanzio, in *C.e.d.* 259926.

<sup>124</sup> Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, § 3.1.

<sup>125</sup> Cass., 24 ottobre 2013, n. 1826, S., in *Cass. pen.*, 2014, p. 2075 ss. Corte.

dalla Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali con delibera del 13 dicembre 2007, avente valore di normativa secondaria, esclude espressamente che l'astensione possa riguardare le udienze penali "afferenti misure cautelari"<sup>126</sup>, anche quando si tratti di cautele reali<sup>127</sup>.

### 15. - *Il termine a difesa*

È stabilito in via generale che il giudice, se richiesto, debba concedere un termine a difesa al nuovo difensore subentrato fiduciarmente o *ex officio* ad altro rinunciante, revocato o rimosso per causa d'incompatibilità o di abbandono, al fine di consentirgli di assumere ogni informazione utile al procedimento, mediante la conoscenza degli atti e l'espletamento di ogni altra attività ritenuta utile (art. 108 comma 1). Il termine concesso deve essere "congruo" e, comunque, non inferiore a sette giorni; oppure non inferiore a ventiquattro ore su consenso dell'imputato o del suo difensore oppure, indipendentemente dal consenso, quando ricorrano specifiche esigenze processuali tali da determinare la scarcerazione dell'imputato per decorrenza dei termini massimi di custodia o la prescrizione del reato (art. 108 comma 2). La concessione del termine a difesa rientra senz'altro nella più ampia garanzia sancita nell'art. 111 comma 3 Cost., che riconosce all'accusato il diritto di disporre «del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa».

L'elencazione tassativa delle ipotesi cui collegare la concessione del termine a difesa a tutela dell'imputato rimasto definitivamente privo del difensore, senza avervi dato causa in alcun modo, è un perno della relativa disciplina. Il diritto al termine a difesa ricorre solo in caso di rinuncia, revoca, incompatibilità e abbandono della difesa e, pertanto, non è configurabile quando il difensore di fiducia subentra a quello d'ufficio per effetto di una normale nomina; nemmeno ha diritto al termine a difesa l'avvocato che, in caso di assenza del difensore titolare, è nominato sostituto *ex art.* 102 o immediatamente designato ai sensi dell'art. 97 comma 4<sup>128</sup>.

La mancata concessione del termine a difesa richiesto ai sensi dell'art. 108 configura una causa di nullità di ordine generale a regime intermedio (inosservanza concernente l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato *ex art.* 178 comma 1 lett. c). In un noto precedente, però, si è escluso che il diniego di termini a difesa, ovvero la concessione di termini ridotti rispetto a quelli codificati, dia luogo a nullità quando la relativa richiesta non tuteli una reale esigenza difensiva e il rigetto non abbia determinato alcuna lesione o menomazione dell'assistenza tecnica dell'imputato<sup>129</sup>. Tale decisione è stata assai criticata dalla dottrina<sup>130</sup>: la materia delle nullità, infatti, è governata dal principio di tassatività, che vieta al giudice di valutare il pregiudizio effettivo eventualmente verificatosi, imponendogli di verificare soltanto se risultino i presupposti cui la legge ricollega l'integrazione dell'invalidità<sup>131</sup>.

<sup>126</sup> Cass., Sez. un., 30 maggio 2013, Ucciero, in *C.e.d.* 255346.

<sup>127</sup> Cass., 4 dicembre 2017, Lombardo, in *C.e.d.* 273702.

<sup>128</sup> Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 450; Corte cost., 20 gennaio 2006, n. 17.

<sup>129</sup> Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi e altri, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2410 ss., con nota di F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*.

<sup>130</sup> E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3596 ss.; F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*, *ivi*, 2012, p. 2444 ss.; R. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, *ivi*, 2012, p. 3599 ss.; T. PADOVANI, *A.d.r. sul c.d. abuso del processo*, *ivi*, 2012, p. 3605 ss.; P. CORSO, *Quale difesa dall'abuso di difesa?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 104 ss.

<sup>131</sup> V. *infra*, cap. VI, sez. III, § 2.



L'estratto che stai consultando  
fa parte del volume in vendita  
su **ShopWKI**,  
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

**UTET**<sup>®</sup>  
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX